

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em
Direito da Regulação

RENATA MENDES ALVES

HÁ LEGISLAÇÃO REGULAMENTANDO ATUAÇÃO DAS
SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA NO MERCADO
CONCORRENCIAL?

Brasília – DF

2012

RENATA MENDES ALVES

**HÁ LEGISLAÇÃO REGULAMENTANDO A ATUAÇÃO DAS
SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA NO MERCADO
CONCORRENCIAL?**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito da Regulação, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Hector Luís Cordeiro Vieira

Brasília – DF

2012

Renata Mendes Alves

**HÁ LEGISLAÇÃO ADEQUADA PARA A ATUAÇÃO DAS
SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA NO MERCADO
CONCORRENCIAL?**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito da Regulação, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovados pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com menção ____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

RESUMO

Trata-se de análise quanto à existência de legislação adequada para as sociedades de economia mista do setor elétrico, em especial do Grupo Eletrobras, atuarem no mercado concorrencial, haja vista a concorrência ter sido inaugurada no setor a partir de 1990. Apesar da existência de normativos pontuais dispendo especialmente sobre as sociedades de economia mista, partindo de exemplos práticos, demonstra-se que ainda há carência legislativa que permita a essas sociedades a flexibilidade necessária para atuação no mercado concorrencial.

ABSTRACT

The research analyses the existence of appropriate legislation for the public companies in the electricity sector, in particular the Eletrobras Group, to participate in a competitive market, given the overture of the sector to competition since 1990. Despite the existence of specific regulatory standards featuring especially the public companies, drawing on practical examples, it is possible to demonstrate that there is still lack of legislation to allow these companies the flexibility to work in a competitive market.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 PANORAMA LEGISLATIVO DO SETOR ELÉTRICO NACIONAL	9
1.1 Do Novo Modelo do Setor Elétrico – investimentos públicos e privados	19
2 DO FUNCIONAMENTO DO MERCADO	25
2.1 - Da compra e venda de energia.	25
2.2 Leilões de transmissão	27
3 – DA SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA	29
4 - DA AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO REGULAMENTANDO A ATUAÇÃO DA ELETROBRAS ELETRONORTE NO MERCADO DE ENERGIA ELÉTRICA	36
4.1 - Acordo de confidencialidade	36
4. 2 - Contratações de serviços de consultoria especializada destinados à análise da viabilidade econômica de investimento	39
4.3 Natureza jurídica de SPE de que a Eletrobras Eletronorte participa	42
5 - CONCLUSÃO	49
6 - BIBLIOGRAFIA	51

INTRODUÇÃO

A participação das empresas estatais, em especial do grupo Eletrobras, no mercado de energia elétrica nacional, tem relevância histórica e importância econômica indiscutíveis. É estratégia política do novo modelo a manutenção de agentes vinculados à supervisão do Estado atuando em um cenário mercadológico e econômico de indiscutível relevância pública e indissociável do crescimento nacional.

A intervenção do Estado Brasileiro diretamente na atividade econômica, especificamente no Setor de Energia Elétrica, atuando por intermédio das empresas públicas e sociedades de economia mista, se deu no segundo governo Vargas, em meados da década de 40, quando, para fomentar o crescimento nacional e estimular o desenvolvimento do setor, foram criadas as empresas Chesf e Furnas.

Àquele momento, o setor elétrico era fortemente marcado pela presença de empresas estrangeiras e pelo monopólio comercial, isto é, situação mercadológica em que as empresas atuantes não fazem concorrência entre si.

Historicamente, sempre foi característica das sociedades de economia mista a atuação em atividade econômica ou prestação de serviço público sob regime de monopólio, não havendo participação dessas empresas no regime concorrencial. Dessa forma, grande parte da legislação acerca dessas sociedades tem, então, como contexto a atuação no mercado monopolístico.

A Constituição Federal de 1988 implantou um novo modelo de Estado reduzindo a participação direta do Estado na economia e institucionalizou princípios a serem observados pelos entes da Administração Pública e, expressamente na redação original do art. 37, constavam os seguintes princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. Mais tarde, com a Emenda Constitucional nº 19/1998 inseriu-se o princípio da eficiência no rol dos princípios constitucionais.

Em 1990, o modelo político proposto para o setor elétrico nacional abriu o mercado para a iniciativa privada, inaugurando a concorrência no setor, buscando-se, à época, a privatização das empresas estatais.

Algumas empresas do setor foram privatizadas, em especial as distribuidoras de energia. Porém, os investimentos privados não foram captados da

forma prevista e com a crise de abastecimento ocorrida em 2001 foi preciso reformular a política do setor elétrico.¹

Nesse novo modelo, firmou-se a manutenção das empresas estatais no setor e buscou-se uma maior regulação do mercado. Assim, o modelo político primou pela congregação dos investimentos públicos e privados para o setor elétrico.

Isso posto, o presente trabalho tem por propósito apresentar o setor elétrico e, sob a ótica de atuação do Grupo Eletrobras, em especial da Eletrobras Eletronorte, verificar se a legislação no novo modelo político proposto para o setor elétrico regulamenta especificamente a atuação das sociedades de economia mista no mercado competitivo.

¹ LANDAU, Elena; SAMPAIO, Patrícia. *Breve apresentação do Novo Marco Regulatório do Setor Elétrico Brasileiro*. In LANDAU, Elena (Coord.) *Regulação Jurídica do Setor Elétrico*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006.

1 – PANORAMA LEGISLATIVO DO SETOR ELÉTRICO NACIONAL

A Constituição Federal de 1988 representa um marco na transformação do papel do Estado na economia, com a adoção de um regime capitalista, assegurando aos agentes econômicos direito à livre iniciativa, protegendo a propriedade privada e consagrando a liberdade de concorrência, princípios inscritos no art. 170.²

De acordo com entendimento esposado por Villela Souto:

No Brasil, a Constituição de 1988, evoluindo nesse modelo de 'Estado Bem-Estar', não se limitou a criar e estruturar o Estado Brasileiro (que é função básica de uma constituição), dedicando um capítulo integralmente à ordem econômica e social, onde, na primeira parte, destacam-se os princípios básicos de funcionamento da economia no país, ressaltando o papel da iniciativa privada na produção de riqueza e o papel regulador do Estado para evitar anormalidades. A Constituição tem o papel de legitimar o poder e, ao mesmo tempo, limitar o poder. Nesse passo, foi legitimada a intervenção do Estado na ordem econômica; mas criou-se-lhe um limite, que é o respeito à livre iniciativa.³

Para o setor elétrico, de maneira geral, a CF/88 estrutura a energia em dois temas: fontes de energia e atividades energéticas. No que se referem às fontes, a Carta Magna dispõe sobre suas propriedades, sendo as principais fontes de energia de propriedade da União⁴. No tocante à atuação, o serviço público pode ser prestado diretamente pelo Estado, mediante concessão e autorização precedidas de licitação ou como atividade econômica mediante autorização estatal.

Ademais, no art. 21⁵, dispõe que compete à União explorar, diretamente ou mediante concessão, autorização ou permissão, os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, bem como legislar privativamente sobre energia.

² LANDAU, Elena; SAMPAIO, Patrícia. *O Setor Elétrico em uma Visão Introdutória*. In LANDAU, Elena (Coord.) *Regulação Jurídica do Setor Elétrico*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006.

³ *Desestatização, privatização, concessões e terceirizações*. Rio de Janeiro: Lume Juris, 1997. p. 26.

⁴ Art. 20. São bens da União: [...].

V – os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva; [...]

VIII – os potenciais de energia hidráulica;

IX – os recursos minerais, inclusive os do subsolo; [...].

⁵ 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;

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...].

IV – águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão;

Já no art. 175⁶, a Carta Constitucional disciplina ser incumbência do Estado a prestação dos serviços públicos, o que pode se dar mediante atuação direta ou sob regime de concessão ou permissão.

A partir dessas bases, a Constituição de 88 implantou um novo modelo de Estado no País, reduzindo a participação direta do Estado na economia, cabendo ao Estado exercer o papel de fiscalizador, fomentador e de incentivo, regulando a ordem econômica de modo determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.⁷

Complementando, com as palavras de Clever Campos:

O objetivo central do processo de transformação do setor elétrico era transferir para o mercado a responsabilidade dos investimentos necessários à expansão, mediante um planejamento indicativo executado pelo Estado.

As ações tiveram como foco o atendimento das necessidades urgentes do setor elétrico, ou seja, aumento de investimentos, eficiência e produtividade, de modo a acompanhar a evolução econômica do país e a integração no mercado global.⁸

Assim, no governo de Fernando Collor de Melo, instituiu-se o Programa Nacional de Desestatização – PND, por intermédio da Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, com os seguintes objetivos fundamentais:

- I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público;
- II - contribuir para a redução da dívida pública, concorrendo para o saneamento das finanças do setor público;
- III - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada;
- IV - contribuir para modernização do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia;
- V - permitir que a administração pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais;

⁶ 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.

⁷ COIMBRA, Márcio C.. *O Estado Regulador*. Disponível em: <http://www.factum.com.br/artigos/084.htm>. Acesso em 15/01/2012.

⁸ CAMPOS, Clever. *Curso Básico De Direito De Energia Elétrica*. Rio de Janeiro: Synergia, 2010. p. 21

VI - contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa.⁹

Sobre o programa, é importante ressaltar que, dentre as metas previstas, conforme artigo supracolacionado, encontra-se o reposicionamento do papel do Estado na economia, a redução da dívida pública e a retomada de investimentos no setor, o que sugere que a "reestruturação do setor elétrico foi mormente motivada por questões econômicas, e não por razões eminentemente técnicas".¹⁰

Um dos pilares da desestatização consistiu na desverticalização das atividades setoriais, com ênfase na abertura do mercado nos segmentos potencialmente competitivos, quais sejam, geração e comercialização de energia elétrica. A transmissão e a distribuição seguiram sendo segmentos de monopólio natural, o que significa, conforme Richard Posner, citado por Clever Campos, *in verbis*:

(...) os custos fixos são muito elevados relativamente à demanda (...) se puderem ser diluídos por toda a produção do mercado, uma única firma fornecendo aquele produto pode ter um custo médio de produção menor do que duas firmas igualmente eficientes, cada uma das quais tendo de incorrer nos mesmos custos fixos, mas tendo de diluí-los por apenas metade da produção total.¹¹

Diante da nova política governamental, no âmbito do setor elétrico, foram privatizadas a Light (RJ), a Escelsa (ES), parte da Eletrosul e várias distribuidoras. Ressalte-se que, de acordo com Elena Landau e Patrícia Sampaio, as distribuidoras foram vendidas por preço bastante elevado, "o que requereu grande esforço de captação de recursos para financiamento das aquisições e consequente endividamento por parte dos investidores, tendo por consequência um patamar inicial de tarifa elevado".¹²

Porém, muito embora fosse forte o movimento, as privatizações no setor estagnaram e o governo federal continuou a atuar diretamente no setor de energia.

⁹ Art. 1º da Lei nº 8.031/1990.

¹⁰ LANDAU, Elena; SAMPAIO, Patrícia. *Breve apresentação do Novo Marco Regulatório do Setor Elétrico Brasileiro*. In LANDAU, Elena (Coord.) *Regulação Jurídica do Setor Elétrico*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006. p. 9

¹¹ CAMPOS, Clever. *Curso Básico De Direito De Energia Elétrica*. Rio de Janeiro: Synergia, 2010. pp. 12/13

¹² LANDAU, Elena; SAMPAIO, Patrícia. *Breve apresentação do Novo Marco Regulatório do Setor Elétrico Brasileiro*. In LANDAU, Elena (Coord.) *Regulação Jurídica do Setor Elétrico*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006. p 8

Cabe ressaltar, contudo, que, apesar de a maioria das geradoras terem continuado sob controle estatal, a partir desse movimento, praticamente cessaram novos investimentos em seus ativos.¹³

Outrossim, imperativo apontar que as privatizações ocorreram à margem de uma normatização especial sobre regulação e política energética e que, por essa razão, o setor privado não assumiu, de imediato, os investimentos então a cargo do Estado.

Aos 13 de fevereiro de 1995, foi publicada a Lei nº 8.987 – Lei das Concessões, que “dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências”. Em seu art. 1º determina que:

As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, por esta Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos.

Dispõe ainda sobre serviço adequado, direitos e obrigações dos usuários, política tarifária, licitação, contrato de concessão, encargos do Poder Concedente, encargos da Concessionária, intervenção do Estado na concessão para garantir adequação na prestação do serviço, formas de extinção da concessão, e aduz que as permissões serão formalizadas mediante contratos de adesão.

Sobre a política tarifária, a Lei das Concessões inaugura, no dizer de Diniz Araújo, a tarifa pelo preço, regime econômico-financeiro pelo qual as tarifas máximas são fixadas em ato específico do Poder Concedente, com a possibilidade de previsão de mecanismos de reajuste e revisão das tarifas.¹⁴

Com essa lei, começam a ser pincelados, então, os primeiros traços da regulamentação do novo modelo implantado. De acordo com, Villela Souto, uma das maiores contribuições da referida lei ao processo de competitividade para o setor elétrico foi a definição de que concessão é contrato, e não mais um decreto.¹⁵

¹³ LANDAU, Elena; SAMPAIO, Patrícia. *Breve apresentação do Novo Marco Regulatório do Setor Elétrico Brasileiro*. In LANDAU, Elena (Coord.) *Regulação Jurídica do Setor Elétrico*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006.

¹⁴ ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz. *Marcos normativos do setor elétrico*. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/18577/marcos-normativos-do-setor-eletrico>. Acesso em: 15/01/2012.

¹⁵ LANDAU, Elena; SAMPAIO, Patrícia. *Breve apresentação do Novo Marco Regulatório do Setor Elétrico Brasileiro*. In LANDAU, Elena (Coord.) *Regulação Jurídica do Setor Elétrico*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006. p. 238.

Ainda no ano de 1995, em 7 de julho, deu-se a publicação da Lei nº 9.074, que “estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências”.

Mencionado normativo introduz a figura do produtor independente de energia - PIE, a quem foi concedida ampla liberdade de comercialização da energia produzida, cujo conceito, de acordo com o art. 11 é:

peessoa jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebam concessão ou autorização do poder concedente, para produzir energia elétrica destinada ao comércio de toda ou parte da energia produzida, por sua conta e risco.

Outra inovação que merece destaque consiste no novo enquadramento para o consumidor livre, isto é, aquele consumidor que, conforme a carga de energia consumida, tem a faculdade de escolher seu fornecedor de energia, não estando, pois, submetido à distribuidora de sua região.

Assim, dada a possibilidade de aquisição de energia de agente diverso da distribuidora, começa-se a falar em separação entre a contratação do fornecimento e a contratação do uso do fio que transmite a energia até seu destino final. Por essa razão, a lei garante a esses consumidores o livre acesso aos sistemas de distribuição e transmissão, mediante ressarcimento do custo do transporte envolvido.¹⁶

Destaque-se, ainda, o art. 32 da norma em questão, qual seja, a Lei nº 9.074/1995, a seguir colacionado, o qual, disciplinando especificamente sobre as concessionárias estatais, submetidas a um regime jurídico diferenciado, e visando à efetiva participação dessas empresas nos leilões, permitiu que fossem firmados pré-contratos sem necessidade de se observar o procedimento licitatório previsto na Lei nº 8.666/1993.

Art. 32. A empresa estatal que participe, na qualidade de licitante, de concorrência para concessão e permissão de serviço público, poderá, para compor sua proposta, colher preços de bens ou serviços fornecidos por terceiros e assinar pré-contratos com dispensa de licitação.

§ 1º Os pré-contratos conterão, obrigatoriamente, cláusula resolutiva de pleno direito, sem penalidades ou indenizações, no caso de outro licitante ser declarado vencedor.

§ 2º Declarada vencedora a proposta referida neste artigo, os contratos definitivos, firmados entre a empresa estatal e os fornecedores de bens e

¹⁶ ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz. *Marcos normativos do setor elétrico*. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/18577/marcos-normativos-do-setor-eletrico>. Acesso em: 15/01/2012.

serviços, serão, obrigatoriamente, submetidos à apreciação dos competentes órgãos de controle externo e de fiscalização específica.

Pelo até então exposto, pode-se constatar que, apesar de o programa de desestatização ter sido lançado em 1990, somente em 1995 é que começou a ser normatizada a mudança de modelo pretendida. Nesse sentido, as palavras de Campos:

A partir de 1995, o objetivo central do processo de privatização do setor elétrico era abandonar o modelo de crescimento impulsionado pelo Estado e seguir rumo a um modelo conduzido pelo mercado. A transformação visava atender a necessidade urgente do setor de serviços públicos nacional e aumentar os investimentos, a eficiência e a produtividade, de forma a acompanhar a evolução econômica do país e a integração no mercado global.¹⁷

Em 1996 foi implantado o Projeto de Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro (Projeto RE-SEB), coordenado pelo Ministério de Minas e Energia, cujas principais apontamentos foram: necessidade de criação de um órgão regulador, de um operador para o sistema elétrico nacional e de um ambiente para realização das transações de compra e venda de energia; necessidade de implementar a desverticalização das empresas de energia elétrica, isto é, divida-las nos segmentos de geração, transmissão e distribuição; incentivar a competição na geração e comercialização; manter sob regulação a distribuição e a transmissão de energia elétrica, identificados como monopólios naturais.¹⁸

No mesmo ano de 1996, aos 26 de dezembro, foi publicada a Lei nº 9.427 que "institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões dos serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências".

A ANEEL, autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, nos termos do art. 2º, tem a finalidade de "regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal".

O art. 3º atribui à Agência, dentre outras, as seguintes competências:

I - implementar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração da energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais

¹⁷ CAMPOS, Clever. *Curso Básico De Direito De Energia Elétrica*. Rio de Janeiro: Synergia, 2010. p.7

¹⁸ NUNES, Felipe Denegri Menegas. *Estudo do risco associado à comercialização da energia elétrica no Setor Elétrico Brasileiro*. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/mwg-internal/de5fs23hu73ds/progress?id=7C5LRRIGDO> . Acesso em 24/05/2012.

hidráulicos, expedindo os atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela Lei no 9.074, de 7 de julho de 1995;

II - promover, mediante delegação, com base no plano de outorgas e diretrizes aprovadas pelo Poder Concedente, os procedimentos licitatórios para a contratação de concessionárias e permissionárias de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos; (Redação dada pela Lei nº 10.848, de 2004)

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

VIII - estabelecer, com vistas a propiciar concorrência efetiva entre os agentes e a impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica, restrições, limites ou condições para empresas, grupos empresariais e acionistas, quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações, à concentração societária e à realização de negócios entre si; (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

X - fixar as multas administrativas a serem impostas aos concessionários, permissionários e autorizados de instalações e serviços de energia elétrica, observado o limite, por infração, de 2% (dois por cento) do faturamento, ou do valor estimado da energia produzida nos casos de autoprodução e produção independente, correspondente aos últimos doze meses anteriores à lavratura do auto de infração ou estimados para um período de doze meses caso o infrator não esteja em operação ou esteja operando por um período inferior a doze meses. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

XIV - aprovar as regras e os procedimentos de comercialização de energia elétrica, contratada de formas regulada e livre; (Incluído pela Lei nº 10.848, de 2004)

XV - promover processos licitatórios para atendimento às necessidades do mercado; (Incluído pela Lei nº 10.848, de 2004)

XVI - homologar as receitas dos agentes de geração na contratação regulada e as tarifas a serem pagas pelas concessionárias, permissionárias ou autorizadas de distribuição de energia elétrica, observados os resultados dos processos licitatórios referidos no inciso XV do caput deste artigo; (Incluído pela Lei nº 10.848, de 2004)

XVII - estabelecer mecanismos de regulação e fiscalização para garantir o atendimento à totalidade do mercado de cada agente de distribuição e de comercialização de energia elétrica, bem como à carga dos consumidores que tenham exercido a opção prevista nos arts. 15 e 16 da Lei no 9.074, de 7 de julho de 1995; (Incluído pela Lei nº 10.848, de 2004)

XVIII - definir as tarifas de uso dos sistemas de transmissão e distribuição, sendo que as de transmissão devem ser baseadas nas seguintes diretrizes: (Incluído pela Lei nº 10.848, de 2004)

a) assegurar arrecadação de recursos suficientes para a cobertura dos custos dos sistemas de transmissão, inclusive das interligações internacionais conectadas à rede básica; (Redação dada pela Lei nº 12.111, de 2009)

b) utilizar sinal locacional visando a assegurar maiores encargos para os agentes que mais onerem o sistema de transmissão; (Incluído pela Lei nº 10.848, de 2004)

XIX - regular o serviço concedido, permitido e autorizado e fiscalizar permanentemente sua prestação. (Incluído pela Lei nº 10.848, de 2004)

Assim, a ANEEL, dentre as atribuições ora colacionadas, originalmente, ficou incumbida de expedir os atos regulamentares, promover os procedimentos licitatórios e dirimir divergências entre os agentes.

Importante ressaltar que dotar a Agência de garantia de autonomia técnica, funcional e administrativa foi uma forma de se viabilizar o correto exercício do poder de regulação e fiscalização: "o órgão regulador anterior, DNAEE, era um Departamento cujos funcionários eram originários das empresas a serem reguladas. No fundo, este órgão apenas homologava tarifas já que, em virtude do monopólio estatal no setor, a regulação setorial eminentemente técnica acabava por muitas vezes não conseguir se impor"¹⁹.

No que diz respeito ao regime econômico e financeiro das concessões de serviço público de energia elétrica, a norma em comento, qual seja, Lei nº 9.427/1996, impôs a responsabilidade da concessionária em realizar investimentos²⁰, fixou o regime econômico-financeiro de serviço pelo preço²¹, instituiu a figura do consumidor especial, caracterizado, nos termos do art. 26, § 5º, como "consumidor ou conjunto de consumidores reunidos por comunhão de interesses de fato ou de direito, cuja carga seja maior ou igual a 500 (quinhentos) kW".

Com a publicação da Lei nº 9.648, de 28 de maio de 1998, que alterou dispositivos das leis nº 3.890-A/1961, 8.666/1993, 8.987/1995, 9.074/95, e 9.427/1996, inaugurou-se formalmente a livre negociação da compra e venda de energia elétrica, bem como separou-se a contratação do acesso e do uso da compra e venda de energia, além de terem sido instituídos o Mercado Atacadista de Energia Elétrica - MAE e o Organizador Nacional do Sistema – ONS.

Com a livre negociação prevista no art. 10, os setores de geração e comercialização foram abertos ao mercado competitivo. Para tanto, a lei estabeleceu um modelo de transição por meio do qual os contratos de suprimento, firmados entre distribuidoras e geradoras, seriam progressivamente desconcentrados.

Já pela dissociação dos contratos de compra e venda de energia dos contratos de acesso e uso do sistema (Contrato de Conexão ao Sistema de Transmissão - CCT e Contrato de Uso do Sistema de Transmissão - CUST para a transmissão e Contrato de Conexão ao Sistema de Distribuição - CCD e Contrato de

¹⁹ LANDAU, Elena; SAMPAIO, Patrícia. *Breve apresentação do Novo Marco Regulatório do Setor Elétrico Brasileiro*. In LANDAU, Elena (Coord.) *Regulação Jurídica do Setor Elétrico*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006. p. 7

²⁰ Art. 14, II.

²¹ Art. 15.

Uso do Sistema de Distribuição - CUSD para a distribuição), a comercialização de energia, via de regra, passou a ser transacionada via preço e não mais por tarifa regulada da ANEEL.²²

Ao mesmo passo, ao alterar o art. 26 da Lei nº 9.427/1996, criou a figura do comercializador de energia, agente que não possui ativos de geração ou de consumo, mas que é autorizado a comprar e vender energia, fomentando, ou buscando fomentar, a concorrência no segmento da geração.²³

O Mercado Atacadista de Energia - MAE e o Organizador Nacional do Sistema - ONS foram criados para viabilizar a livre concorrência. O MAE, nos termos do art. 12, entidade sem personalidade jurídica, instituído mediante Acordo de Mercado a ser firmado pelos agentes, é um ambiente virtual para a realização das transações de compra e venda de energia e deve obedecer aos regramentos definidos pela ANEEL. O preço da energia não contratada no mercado regulado deve ser fixado pelo Acordo de Mercado, o que depende de homologação da ANEEL.

Por sua vez, o ONS, instituído pelo art. 13 do diploma em referência, é pessoa jurídica de direito privado que tem por função a coordenação e o controle da operação da geração e da transmissão do sistema interligado. Inicialmente, suas atividades deveriam ser autorizadas pela ANEEL, porém, com a edição da Lei 10.433/2004, foi atribuído ao Poder Concedente a função de autorizar suas atividades, cabendo à ANEEL a fiscalização e regulação.

Assim, o MAE ficou incumbido das relações comerciais, enquanto ao ONS coube tratar da operação física necessária ao pleno e eficiente funcionamento do sistema interligado.

Outro artigo da Lei nº 9.648/1996 que merece destaque é o 16, que dispôs sobre a reestruturação da Eletrobras, com vistas a permitir a privatização da *holding* e de suas subsidiárias. Ressalte-se, contudo, que apesar da previsão legal, somente a Eletrosul teve parte de seus empreendimentos privatizados.²⁴

²² ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz. *Marcos normativos do setor elétrico*. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/18577/marcos-normativos-do-setor-eletrico>. Acesso em: 15/01/2012.

²³ Ibid.

²⁴ LANDAU, Elena; SAMPAIO, Patrícia. *Breve apresentação do Novo Marco Regulatório do Setor Elétrico Brasileiro*. In LANDAU, Elena (Coord.) *Regulação Jurídica do Setor Elétrico*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006.

Inobstante o esforço do governo em implementar o mercado livre no setor de energia elétrica, a reforma instituída não almejou os investimentos esperados, talvez, principalmente, pela demora na correta regulamentação do novo sistema implantado. Vejamos as palavras de Malaguti:

Apesar das mudanças no setor, existem algumas críticas à forma como esse processo foi estabelecido. A reforma foi feita de forma gradual por meio de Leis e Decretos devido às dificuldades que o governo federal tinha de aprová-los e, não de uma só vez, como, em vários países, atrasando o processo de reestruturação. Além disso, a falta de um marco legal durante alguns anos para as novas leis gerou incertezas no mercado – as mudanças foram feitas antes das regras aprovadas – e, conseqüentemente, os investimentos estimados para o setor não aconteceram como esperado. E, por fim, outro problema a ser citado é a dificuldade de cisão das empresas federais, devido a problemas legais não resolvidos, inviabilizando a reforma institucional planejada pelo Estado. Inúmeras empresas continuaram com a estrutura verticalizada, não permitindo o planejamento inicial de separar as atividades de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica a fim de estimular a competição como ocorrido em vários países. Esses problemas podem explicar a crise energética pela qual o país passou em 2000/2001.²⁵

Somando a falta de investimento – tanto privado quanto estatal – à crise de abastecimento ocorrida em 2001, o governo passou a adotar medidas excepcionais e emergenciais na tentativa de evitar um colapso na oferta de energia elétrica.²⁶ Dessa forma, nos termos do art. 1º da Medida Provisória nº 2,148-1, de 22 de maio de 2001, “com o objetivo de propor e implementar medidas emergenciais para compatibilizar a demanda com a oferta e, assim, evitar interrupções intempestivas no suprimento”, foi então criada, pelo Poder Executivo, a Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica – CGCE, por meio da Resolução nº 23, de 5 de julho de 2001.

Durante a crise, alertou-se para a necessidade de se introduzir novas fontes de energia primária na matriz energética nacional, até então predominantemente hidráulica, como a biomassa, principalmente a partir do bagaço da cana e o gás natural.

Ademais, a crise levantou diversos questionamentos sobre os rumos do setor elétrico e, em 2002, foi instituído o Comitê de Revitalização do Modelo do

²⁵ MALAGUTI, Gustavo Abreu. *Regulação do setor elétrico brasileiro: da formação da indústria de energia elétrica aos dias atuais*. Dezembro / 2009. Disponível em: http://www.uff.br/econ/download/tds/UFF_TD254.pdf. Acesso em 15/01/2012.

²⁶ GOMES, Antonio Claret S. et. all. *O Setor Elétrico*. Disponível em: http://www.bndespar.com.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimentolivro_setorial/setorial14.pdf. Acesso em 15/01/2012.

Setor Elétrico, que concluiu pela necessidade de novas alterações estruturais: a chamada 'Contra – Reforma'.

1.1 - Do Novo Modelo do Setor Elétrico – investimentos públicos e privados

Em decorrência da crise de abastecimento que revelou a falta de investimentos aptos a modernizar o setor elétrico, o então Presidente da República, Sr. Luiz Inácio Lula da Silva, publicou a Medida Provisória nº 144, de 23 de dezembro de 2003, para dispor sobre a comercialização de energia elétrica e alterar diversas leis atinentes ao setor, inaugurando a já denominada contra-reforma.²⁷

Em 15 de março de 2004, referida MP foi convertida na Lei nº 10.848, a qual, *ipsis litteris*:

Dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, altera as Leis nºs 5.655, de 20 de maio de 1971, 8.631, de 4 de março de 1993, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 9.478, de 6 de agosto de 1997, 9.648, de 27 de maio de 1998, 9.991, de 24 de julho de 2000, 10.438, de 26 de abril de 2002, e dá outras providências.

Nessa mesma data, foi também publicada a Lei nº 10.847, autorizando "a criação da Empresa de Pesquisa Energética – EPE e dá outras providências".

Com isso, o Governo Federal fixou as bases para a formação do 'novo modelo do setor elétrico nacional', cujos principais objetivos consistiram na i) garantia do suprimento da energia elétrica; ii) busca da modicidade tarifária; e iii) promoção da universalização do atendimento de energia elétrica no Brasil, com vistas ao fomento da inserção social.²⁸

A Empresa de Pesquisa Energética – EPE, empresa pública vinculada ao Ministério de Minas e Energia, com sede e foro no Distrito Federal e escritório central no Rio de Janeiro, conforme art. 1º da lei que autorizou sua criação (Lei nº 10.847/2004):

Tem por finalidade prestar serviços na área de estudos e pesquisas destinadas a subsidiar o planejamento do setor energético, tais como

²⁷ LANDAU, Elena; SAMPAIO, Patrícia. *O Setor Elétrico em uma Visão Introdutória*. In LANDAU, Elena (Coord.) *Regulação Jurídica do Setor Elétrico*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006.

²⁸ NUNES, Felipe Denegri Menegas. *Estudo do risco associado à comercialização da energia elétrica no Setor Elétrico Brasileiro*. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/mwg-internal/de5fs23hu73ds/progress?id=7C5LRRIGDO>. Acesso em 24/05/2012.

energia elétrica, petróleo e gás natural e seus derivados, carvão mineral, fontes energéticas renováveis e eficiência energética, dentre outras.

Por sua vez, no que respeita à Lei nº 10.848/2004, referido normativo veio a instaurar uma renovação no setor elétrico, promovendo, dentre outras medidas, uma profunda modificação nas regras de comercialização de energia elétrica, com a criação de dois ambientes de comercialização denominados: Ambiente De Comercialização Regulado – ACR e Ambiente De Comercialização Livre – ACL.²⁹

Além disso, destacam-se as seguintes mudanças: (i) obrigatoriedade de as distribuidoras integrantes do Sistema Interligado Nacional garantirem o atendimento à totalidade de seu mercado³⁰, por procedimento licitatório e mediante assinatura de contratos bilaterais denominados Contrato de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado - CCEAR³¹; (ii) criação da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE; (iii) determinou que as concessionárias, permissionárias ou autorizadas de distribuição de energia elétrica, como regra geral, somente poderiam desempenhar atividade de distribuição, não podendo, nem mesmo participar de outras empresas atuantes nos outros segmentos do mercado elétrico³²; e (iv) concedeu autorização para a constituição do Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico – CMSE, órgão sob coordenação direta do Poder Executivo, "com a função precípua de acompanhar e avaliar permanentemente a continuidade e a segurança do suprimento eletroenergético em todo o território nacional"³³.

O novo ambiente de comercialização, conforme já exposto, dividido em Ambiente de Comercialização Regulada – ACR e Ambiente de Comercialização Livre - ACL, foi regulamentado por intermédio do Decreto nº 5.163, de 30 de julho de 2004, cujo parágrafo 2º do art. 1º, definiu ser o ACR e o ACL, respectivamente:

(ACR) o segmento do mercado no qual se realizam as operações de compra e venda de energia elétrica entre agentes vendedores e agentes de distribuição, precedidas de licitação, ressalvados os casos previstos em lei, conforme regras e procedimentos de comercialização específicos;

²⁹ GOMES, Antonio Claret S. et. all. *O Setor Elétrico*. Disponível em: http://www.bndespar.com.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conheciment_o/livro_setorial/setorial14.pdf. Acesso em 15/01/2012.

³⁰ Art. 2º, da Lei nº 10.848/2004.

³¹ Art. 2º, § 2º, da Lei nº 10.848/2004.

³² Art. 8º, da Lei nº 10.848/2004.

³³ Art. 14, da Lei nº 10.848/2004.

(ACL) segmento do mercado no qual se realizam as operações de compra e venda de energia elétrica, objeto de contratos bilaterais livremente negociados, conforme regras e procedimentos de comercialização específicos.³⁴

Cumprido destacar que do ACL participam agentes geradores, produtores independentes de energia, comercializadores, importadores e exportadores de energia e consumidores livres. Além disso, nos termos do art. 47:

A contratação no ACL dar-se-á mediante operações de compra e venda de energia elétrica envolvendo os agentes concessionários, permissionários e autorizados de geração, comercializadores, importadores, exportadores de energia elétrica e consumidores livres.

Parágrafo único. As relações comerciais entre os agentes no ACL serão livremente pactuadas e regidas por contratos bilaterais de compra e venda de energia elétrica, onde estarão estabelecidos, entre outros, prazos e volumes.

Em relação às novas regras para os distribuidores, ao impor verticalização da atividade e a obrigatoriedade de licitar e contratar a totalidade da carga de seu mercado, o governo federal visou à modicidade tarifária, haja vista os leilões serem por critério de menor tarifa, de forma a o custo de aquisição da energia elétrica a ser repassado para os consumidores finais.

Por sua vez, a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica, cuja finalidade era viabilizar a comercialização de energia elétrica, caracteriza-se, nos termos do art. 4º da Lei nº 10.848/2004, como:

pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, sob autorização do Poder Concedente e regulação e fiscalização pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, com a finalidade de viabilizar a comercialização de energia elétrica de que trata esta Lei.

É na Câmara que se processam as atividades comerciais de compra e venda de energia elétrica por meio de contratos bilaterais livremente pactuados, pelo CCEAR e do mercado de curto prazo.

Já o Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico – CMSE, regulamentado pelo Decreto nº 5.175, de 9 de agosto de 2004, está sob coordenação direta do Ministério de Minas e Energia e tem a "função precípua de acompanhar e avaliar permanentemente a continuidade e a segurança do suprimento eletroenergético em todo o território nacional"³⁵. Na sua composição incluem-se o Ministério de Minas e

³⁴ Art. 1º, do Decreto nº 5.163/2004.

³⁵ Art. 1º, do Decreto nº 5.175/2004.

Energia - MME, o ONS, a ANEEL, a EPE, a Agência Nacional do Petróleo - ANP e a CCEE. Dentre as atividades previstas no Decreto, destaca-se, nos termos dos arts. 1º e 3º: avaliar e acompanhar permanentemente a continuidade e segurança do suprimento de energia; acompanhar as atividades de geração, transmissão, distribuição e comercialização, importação e exportação de energia, petróleo e gás; e realizar análise periódica das condições de abastecimento e suprimento dos insumos energéticos.

Sobre o novo modelo, colacionam-se as seguintes palavras de Felipe Botelho que bem o resumem:

O novo modelo proposto no primeiro governo Lula foi definido a partir da aprovação das Leis 10.847 e 10.848, em março de 2004, em conjunto ao Decreto 5.163, em julho também de 2004, regulamentando a comercialização de energia elétrica e o processo de outorga de concessões e de autorizações para o novo modelo. Os objetivos norteadores do novo modelo são a segurança do abastecimento e universalização do suprimento com modicidade tarifária. Com isso, manteve-se o intuito de atração da iniciativa privada ao setor, porém com a orientação da expansão a partir do planejamento indicativo integrado com modicidade tarifária.

Para atender estes objetivos, são realizados, a partir de então, leilões reversos de projetos de usinas geradoras e linhas de transmissão, onde se torna possível a associação de empresas públicas e privadas mediante consórcios implementarem os novos projetos, tendo pré-aprovação de parte do licenciamento ambiental. Os leilões de geração são subdivididos por tipo de projeto, de energia nova (novos projetos) ou energia velha (usinas estabelecidas), por fonte, ou ainda há leilões específicos para grandes projetos. Há também distinção nos prazos dos contratos, quantidade e/ou disponibilidade, e do horizonte de início da efetiva entrega de energia gerada.

(...)

O novo modelo tem como linhas gerais a “competição pelo mercado” na geração¹⁰ e a regulação nos segmentos de transmissão e distribuição. São delimitados de forma mais clara dois ambientes separados para a contratação de energia: o Ambiente de Contratação Livre (ACL) e o Ambiente de Contratação Regulado (ACR). Essa definição foi importante, pois no modelo anterior almejava-se a criação gradual de um mercado único totalmente liberalizado. Dadas as especificidades do mercado brasileiro em franca expansão, o novo modelo garante a expansão via leilões no ACR, ao mesmo tempo em que, para melhor atender as demandas de grandes consumidores, dá opções de negócio para geradores no ACL. Há também, por conta disto, a promoção de outro segmento da cadeia, o segmento da comercialização, que atua apenas nas relações contratuais de compra e venda de energia no mercado liberalizado.

O conjunto dessas medidas tem como objetivo um ambiente mais estável e um marco regulatório melhor adaptado às necessidades do país. Pode-se dizer, que um setor complexo como o setor elétrico brasileiro, jamais estará isento de lacunas ou inconsistências estruturais e/ou organizacionais, porém, na medida em que estas não se tornem críticas ao bom funcionamento do setor, há de se crer que o aprendizado de seus agentes,

tanto empresas, quanto suas instituições pode ter um papel fundamental na solução dos problemas associados ao modelo.³⁶

Especificamente, no que respeita à legislação voltada a atuação das sociedades de economia mista no novo modelo, a Lei nº 11.651, de 7 de abril de 2008, alterando a Lei 3.890-A/1961 (Lei da Eletrobras), no seu art. 2º, passou a permitir que a Eletrobras e suas subsidiárias participassem de consórcios ou sociedades que se destinem direta ou indiretamente à exploração de energia elétrica com ou sem poder de controle:

A ELETROBRAS, diretamente ou por meio de suas subsidiárias ou controladas, poderá associar-se, com ou sem aporte de recursos, para constituição de consórcios empresariais ou participação em sociedades, com ou sem poder de controle, no Brasil ou no exterior, que se destinem direta ou indiretamente à exploração da produção, transmissão ou distribuição de energia elétrica sob regime de concessão ou autorização.

Mais recente ainda foi a edição da MP nº 559, de 2 de março de 2012, *in verbis*:

Art. 2º A Lei no 3.890-A, de 25 de abril de 1961, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 15.

§ 1º A ELETROBRAS, diretamente ou por meio de suas subsidiárias ou controladas, poderá associar-se, com ou sem aporte de recursos, para constituição de consórcios empresariais ou participação em sociedades, com ou sem poder de controle, no Brasil ou no exterior, que se destinem direta ou indiretamente à exploração da produção, transmissão ou distribuição de energia elétrica sob regime de concessão ou autorização.
.....

§ 4º Fica autorizada a dispensa de procedimento licitatório para a venda à ELETROBRAS de participação acionária em empresas relacionadas ao seu objeto social”. (NR)

Além desses normativos, o Decreto nº 7.058, de 29 de dezembro de 2009, alterou a redação do Decreto nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986, passando a autorizar a concessão de garantia à sociedade de propósito específico constituída por sociedade de economia mista que explore atividade econômica para cumprimento de seu objeto social, limitada ao percentual de sua participação na referida sociedade.

Ademais, explicitou que:

considera-se empresa pública ou sociedade de economia mista exploradora de atividade econômica, para fins deste artigo, a entidade que atua em mercado com a presença de concorrente do setor privado, excluída aquela que: i – goze de benefícios e incentivos fiscais não extensíveis às empresas

³⁶ BOTELHO, Felipe. *O novo posicionamento estratégico das empresas estatais: o caso Eletrobras*. Disponível em: <http://www.gee.ie.ufrj.br/mwg-internal/de5fs23hu73ds/progress?id=/DKPfrpWCm>
Acesso em: 24/04/2012.

privadas ou tratamento tributário diferenciado; ii – se sujeite a regime jurídico próprio das pessoas jurídicas de direito público quanto ao pagamento e execução de seus débitos; iii – seja considerada empresa estatal dependente, nos termos da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal); e iv – comercialize ou preste serviços exclusivamente pela União.³⁷

Isso posto, tem-se que a partir da CF, o Estado reduziu sua intervenção direta no setor elétrico, passando a atuar mais como fiscalizador, fomentador e incentivador, regulando a atividade.

Com isso firmou-se a base para a abertura do mercado aos investimentos privados. Porém, com a crise energética de 2001, reformou-se novamente o modelo do setor elétrico, mantendo o atrativo para o capital privado, porém, orientando a expansão a partir do planejamento indicativo com o objetivo de garantir maior eficiência energética, passando a permitir a associação do capital privado ao capital público.

Nesse contexto, são publicadas algumas leis específicas regulamentando a participação das empresas do sistema Eletrobras no mercado concorrencial em competição direta com agentes eminentemente privados.

Considerando que as sociedades de economia mista, conforme se verá a seguir, submetem-se a um regime jurídico diferenciado, cabe averiguar se essa recente invoção na ordem econômica encontra amparo legal para garantir a essas empresas uma atuação efetiva nesse novo regime.

³⁷ Art. 1º do Decreto nº 7.058/2009.

2 – DO FUNCIONAMENTO DO MERCADO

2.1 - Da compra e venda de energia.

O Decreto nº 5.163/2004 regulamenta a comercialização de energia elétrica, o processo de outorga de concessões e de autorizações de geração de energia elétrica e dá outras providências.

No ACR, a ANEEL promove leilões de compra de energia denominados A-1 ('a' menos um), A-3 ('a' menos 3) e A-5 ('a' menos cinco), sendo A o ano base de previsão para início do suprimento da energia adquirida, assim, no Leilão A-3 o gerador deverá gerar a energia comercializada em 3 anos a contar da data do leilão e também nesse prazo é que o distribuidor passará a receber a energia adquirida.³⁸

A Agência promove também leilões de ajuste, os quais, nos termos do art. 26, do Decreto nº 5.163/2004:

para contratações de ajuste pelos agentes de distribuição, com prazo de suprimento de até dois anos, para fins de possibilitar a complementação, pelos referidos agentes, do montante de energia elétrica necessário para o atendimento à totalidade de suas cargas.

Ademais, no ambiente regulado, ocorrem os Leilões de Reserva, cuja energia comercializada, nos termos do § 1º do art. 1º do Decreto nº 6.353, de 16 de janeiro de 2008, é "destinada a aumentar a segurança no fornecimento de energia elétrica ao Sistema Interligado Nacional - SIN, proveniente de usinas especialmente contratadas para este fim".

Podem participar do leilão, como compradores, as distribuidoras que tenham declarado necessidade de compra de energia elétrica ao MME, desde que estejam adimplentes com as obrigações setoriais. Como vendedoras, podem participar as pessoas jurídicas de direito privado nacionais ou estrangeiras, isoladamente ou reunidas em consórcio, sendo, regra geral, facultado ao consórcio, caso seja vencedor, a constituição de uma Sociedade de Propósito Específico – SPE, preferencialmente sob a forma de sociedade anônima, para receber a outorga de autorização.

Sociedade de propósito específico - SPE é uma sociedade constituída para o exercício de um objetivo específico.

³⁸ Art. 1º do Decreto nº 5.163/2004.

Note-se que a Sociedade de Propósito Específico - SPE é constituída após a publicação de Aviso de Adjudicação e Homologação do Leilão pela ANEEL e antes da assinatura do Contrato de Compra e Venda de Energia no Ambiente Regulado - CCEAR, pois a pessoa jurídica que o assina é a própria SPE e não a figura dos consorciados. Quando houver, no consórcio, a participação de Fundos de Investimento em Participações – FIP ou pessoas jurídicas estrangeiras, é obrigatória a constituição de SPE, da mesma forma que pessoa jurídica estrangeira quando sua participação se der de maneira isolada deverá constituir uma SPE para recebimento da outorga de autorização.

O custo de realização do leilão é rateado entre todas as vendedoras e compradoras que houverem negociado no certame e no caso de não haver negociação ou se o leilão for cancelado, o custo será arcado integralmente pelas compradoras, na proporção dos montantes de MWh declarados ao MME. Já os custos relativos à assinatura dos CCEAR e o aporte das garantias de fiel cumprimento, fica inteiramente a cargo das vendedoras.

As vendedoras que negociarem energia no leilão deverão aderir à CCEE, obedecer aos Procedimentos de Rede e demais exigências e orientações do ONS, bem como aos requisitos das concessionárias de distribuição, conforme o caso, devendo ter suas Garantias Físicas calculadas conforme Cadastramento e Habilitação Técnica pela EPE.

Os leilões de venda de energia são realizados na rede mundial de computadores – *internet*, sendo que a ANEEL informa o preço teto do lance, isto é o valor máximo de cada MWh a ser negociado. Vende energia quem oferecer o menor preço.

Os CCEAR a serem firmados deverão explicitar o prazo de vigência e o início de suprimento, conforme as características de cada Produto, bem como prever a atualização monetária dos preços de comercialização (produto quantidade) e das receitas de comercialização (produto disponibilidade). O CCEAR será formalizado e celebrado entre cada vendedora, que comercializou energia no Leilão, e cada uma das compradoras.

2.2 Leilões de transmissão

Para a transmissão de energia elétrica, a ANEEL promove os leilões das instalações de transmissão da Rede Básica, implantação e ou ampliação das subestações associadas que são, via de regra, realizados na Bolsa de Valores de São Paulo, cujo objeto é a prestação do serviço público de transmissão, pela menor receita anual permitida.

Os proponentes, pessoas jurídicas de direito privado nacionais ou estrangeiras, bem como os Fundos de Investimento em Participações - FIP, que podem participar isoladamente ou em consórcio, podendo as concessionárias de transmissão constituir uma SPE caso participem em consórcio, e devendo constituir SPE para recebimento da outorga os demais consórcios participantes.

O proponente vencedor, desde que cumpridos os requisitos de habilitação, ou a SPE por ele constituída, deverá firmar contrato de concessão com a União, por intermédio da ANEEL. Além desse contrato, a transmissora também deverá firmar Contrato de Prestação de Serviço de Transmissão – CPST e Contrato de Uso do Serviço de Transmissão - CUST com o ONS; Contrato de Conexão ao Sistema Transmissão com a Central Geradora a que irá se conectar e Contrato de Compartilhamento de Instalações com outra empresa de transmissão, caso seja necessário acessar subestação existente.

No ACL, as relações comerciais entre os agentes no ACL são livremente pactuadas e regidas por contratos bilaterais de compra e venda de energia elétrica, nos quais devem estar estabelecidos, entre outros, prazos e volumes.³⁹ Porém, quando se tratar de agentes vendedores sob controle federal, estadual ou municipal, a comercialização deverá se dar nas formas estabelecidas no art. 54⁴⁰ do Decreto nº 5.163/2004.

³⁹ Art. 47, parágrafo único, do Decreto nº 5.163/2004.

⁴⁰ Art. 54. No ACL, a comercialização de energia elétrica pelos agentes vendedores sob controle federal, estadual e municipal poderá ser realizada das seguintes formas:

I - leilões exclusivos para consumidores finais ou por estes promovidos;

II - oferta pública para atendimento à expansão da demanda de consumidores existentes ou a novos consumidores;

III - leilões, chamadas ou ofertas públicas junto a agentes vendedores e exportadores; (Redação dada pelo Decreto nº 7.129, de 2010).

Apresentada a sistemática mercadológica do setor elétrico, tem-se que a concorrência entre os agentes, no mercado regulado, ocorre nos leilões, nos quais as empresas, para receberem a outorga de autorização para a geração de energia, precisam oferecer o menor preço por MWh (mega watt hora) a ser gerado e comercializado no CCEAR ou, para poder implantar determinada Linha de Transmissão com as respectivas subestações, o maior deságio na receita anual permitida.

Ademais, a comercialização de energia também ocorre no mercado livre, após a obtenção da outorga de autorização, no qual os agentes geradores e comercializadores negociam a venda de energia para consumidores livres, consumidores especiais, ou outros agentes comercializadores.

É nesse cenário de competição que se dá a atuação das sociedades de economia mista, em especial do grupo Eletrobras, na concorrência direta com agentes privados.

IV - aditamentos de contratos de fornecimento de energia elétrica, em vigor no dia 26 de agosto de 2002, firmados entre os agentes vendedores de que trata o caput e seus consumidores finais, com vigência até 31 de dezembro de 2010; e (Redação dada pelo Decreto nº 7.129, de 2010).

V - aditamento dos contratos de compra de energia elétrica a que se refere o inciso IV, vigentes na data de publicação da Lei no 11.943, de 28 de maio de 2009, para vigorarem até 30 de junho de 2015, desde que, cumulativamente: (Incluído pelo Decreto nº 7.129, de 2010).

a) atendam ao disposto no art. 3º da Lei no 10.604, de 17 de dezembro de 2002; e (Incluído pelo Decreto nº 7.129, de 2010).

b) observem o disposto nos §§ 5º a 7º deste artigo. (Incluído pelo Decreto nº 7.129, de 2010).

§ 1º A comercialização de que tratam os incisos I, II e III do caput deste artigo deverá observar critérios de transparência, publicidade e garantia de acesso a todos os interessados.

3 – DA SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

A Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. - Eletrobras Eletronorte é sociedade anônima de economia mista independente, isto é, não recebe “recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, excluídos, no último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária”⁴¹, concessionária de serviço público de energia elétrica. Por ser sociedade de economia mista, integra a Administração Indireta e submete-se a um regime jurídico diferenciado.

Nas lições de Fernanda Marinela, a sociedade de economia mista tem o seguinte conceito:

A sociedade de economia mista é pessoa jurídica cuja criação é autorizada por lei, dotada de personalidade de direito privado, mas submetida a certas regras especiais decorrentes de sua finalidade pública, constituída sob a forma de sociedade anônima, cujo controle esteja em poder do ente político ou à entidade de sua Administração Indireta, admitindo-se que seu remanescente seja de propriedade particular.⁴²

Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, afirma que essas empresas são fundamentalmente instrumentos de ação do Estado cujo traço essencial é o de serem auxiliares do Poder Público, por intermédio das quais, o Estado, *in verbis*:

- a) Explora atividades econômicas que, em princípio, competem às empresas privadas e apenas suplementarmente, por razões de subida importância, é que o Estado pode vir a ser chamado a protagonizá-las (art. 173 da Constituição)
- b) Presta serviços públicos ou coordena a execução de obras públicas, tal como as mencionadas, são atividades indubitavelmente pertinentes à esfera peculiar do Estado.⁴³

A doutrina denomina o regime jurídico dessas empresas de regime híbrido ou misto, haja vista o influxo de regras de direito privado em alguns setores de sua atuação e de normas de direito público em outros. Assim, nas palavras do administrativista Carvalho Filho:

Quando se trata do aspecto relativo ao exercício em si da atividade econômica, predominam as normas de direito privado, o que se ajusta bem à condição dessas entidades como atuação do Estado-empresário. É comum, portanto, a incidência de normas de Direito Civil ou de Direito

⁴¹ Art. 2º, III, da Lei Complementar nº 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal

⁴² MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 3.ed. Salvador : Podium, vol. 1, 2007. p. 107

⁴³ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 18.ed. atual. São Paulo : Malheiros, 2005. p. 185

Empresarial, reguladoras que são das relações econômicas de direito privado.⁴⁴

Nesse sentido, o STJ já sumulou entendimento que a prescrição da ação de indenização contra sociedades de economia mista em caso de responsabilidade civil é de 20 (vinte) anos (Súmula nº 29 do STJ), diferentemente do que ocorre com as pessoas públicas, favorecidas pela prescrição quinquenal.

Seguindo com as lições de Carvalho Filho, incidem as normas de direito público naqueles aspectos ligados ao controle administrativo resultante de sua vinculação à pessoa federativa.

Quanto à sua criação, conforme art. 37, XIX, da Constituição Federal, depende de autorização legislativa específica, não podendo fazer o Legislativo uma autorização genérica.⁴⁵ Por paralelismo jurídico, se tem que ser criada por lei, sua extinção também exige uma lei, não podendo ser extinta por mero ato administrativo, conforme ensina Fernanda Marinela.⁴⁶ Vale lembrar, que o texto constitucional também exige lei para criação de subsidiárias, devendo haver, pois, lei para sua extinção.

Quanto ao controle, nos termos do art. 49, X e do art. 71, II, III e IV, ambos da Constituição Federal, submetem-se à supervisão do Ministério a que se vinculam e controle externo pelo Tribunal de Contas, além da possibilidade de interposição de ação popular pelo e demais controles constitucionalmente outorgados aos cidadãos.

Anote-se que o STF já pacificou entendimento no sentido de que as sociedades de economia mista se submetem ao controle pelo Tribunal de Contas.

O inc. XXI, do art. 37 combinado com o art. 22, XXVII, da CF/88, exige que as contratações pelas empresas estatais seja precedida de licitação e se apliquem as regras dos contratos administrativos. Pelo texto constitucional, as prestadoras de serviços públicos seguem as normas gerais para licitação (Lei nº 8.666/1993 e Lei nº 10.520/02).

Quanto ao regime tributário, as empresas estatais não poderão gozar de privilégios não extensíveis à iniciativa privada, conforme art. 173, § 3º, da CF/88.

⁴⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17.ed. atual. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007. p. 433

⁴⁵ MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 3.ed. Salvador : Podium, vol. 1, 2007.

⁴⁶ Ibid.

No que diz respeito à responsabilidade civil, o art. 37, § 6º, CF/88 aduz que:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Assim, as empresas prestadoras de serviço público responderão de maneira objetiva⁴⁷, havendo divergência na doutrina, conforme elucida Marinela⁴⁸, quanto à responsabilidade por omissão. De acordo com a autora, a corrente majoritária aduz que a responsabilidade será objetiva para atos comissivos e subjetiva para atos omissivos. Já as exploradoras de atividade econômica responderão tal qual as empresas privadas, não havendo que se falar de responsabilidade subsidiária do Estado nesses casos.

No que diz respeito ao regime de pessoal, os empregados são regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT e devem ser admitidos por concurso público, havendo exceção nas exploradoras de atividade econômica, de acordo com Marinela⁴⁹, em que a doutrina aceita atenuar a regra diante da necessidade do caso concreto, como por exemplo: necessidade imediata; contratação de pessoal de maior qualificação, hipótese em que o profissional não teria interesse em se submeter a concurso, dentre outras regras previstas no texto constitucional.

Não há estabilidade, porém, conforme ensina Bandeira de Mello⁵⁰, uma vez que a escolha não é livre, a destituição também não será, exigindo-se processo regular, com direito à defesa.

Não há ocorrência de privilégios processuais e no que respeita ao seu patrimônio, segundo doutrina majoritária, se a finalidade da empresa for a prestação de serviço público, os bens diretamente ligados a esses serviços são impenhoráveis, pelo princípio da continuidade. Entretanto, se não houver essa vinculação, não haverá essa proteção. Quanto às exploradoras de atividade econômica, seguirão o regime próprio das empresas privadas.

⁴⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17.ed. atual. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007.

⁴⁸ MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 3.ed. Salvador : Podium, vol. 1, 2007.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 18.ed. atual. São Paulo : Malheiros, 2005.

Ademais, nos termos do caput do art. 37 da Constituição, as entidades da Administração Indireta deverão obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Antes de elucidar os princípios citados, contudo, abordar-se-á brevemente os princípios inerentes ao Direito Administrativo, quais sejam: supremacia do interesse público, indisponibilidade do interesse público e princípio da continuidade, aos quais também se submetem as sociedades de economia mista.

O princípio da supremacia não está inscrito expressamente no texto constitucional e determina que em razão do interesse público, a Administração terá posição privilegiada em face de terceiros, além de prerrogativas e obrigações que não são extensíveis aos particulares.⁵¹

Pelo princípio da indisponibilidade, "os bens, direitos e interesses públicos são confiados ao administrador para gestão, nunca para disposição"⁵², assim, "o administrador tem o dever de guarda, aprimoramento e conservação"⁵³, não podendo dispor livremente desses bens.

Por fim, o princípio da continuidade preceitua que a atividade administrativa deve ser mantida de forma ininterrupta. De acordo com Bandeira de Mello⁵⁴, trata-se de um subprincípio derivado do princípio da indisponibilidade.

Passe-se, então, aos princípios expressamente insculpidos no *caput* do art. 37 da CF/88.

O princípio da legalidade é basilar para o Estado Democrático de Direito e garante que todos os conflitos sejam solucionados pela lei. Deve ser analisado sob dois enfoques distintos: a legalidade para o direito privado, que permite que seja feito tudo o que não for expressamente proibido por lei; e a legalidade para o direito público, também denominada legalidade estrita, no qual a regra se inverte somente admitindo como lícito o que for expressamente autorizado em lei.

Vale frisar, contudo, que tal princípio não elimina a atuação discricionária do administrador, pautada em critérios de oportunidade e conveniência do interesse público a perseguir.

⁵¹ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 18.ed. atual. São Paulo : Malheiros, 2005.

⁵² ROSA, Márcio Fernando Elias. *Direito administrativo*. 8. ed. São Paulo : Saraiva, 2006. p. 18

⁵³ MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 3.ed. Salvador : Podium, vol. 1, 2007. p.25

⁵⁴ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 18.ed. atual. São Paulo : Malheiros, 2005.

De acordo com ensinamentos da administrativista Marinela:

Por ser materialmente impossível a previsão de todos os casos, além do caráter de generalidade da própria lei, restarão, inúmeras vezes, à Administração a faculdade e o dever de apreciar discricionariamente as situações, principalmente para implementar a finalidade legal a que está jungida.⁵⁵

Para Bandeira de Mello, inerente ao princípio da legalidade está o princípio da finalidade:

O que explica, justifica e confere sentido a uma norma é precisamente a finalidade a que se anima. A partir dela é que se compreende a racionalidade que lhe presidiu a edição. Logo, é na finalidade da lei que reside o critério norteador de sua correta aplicação, pois é em nome de um dado objetivo que se confere competência aos agentes da Administração. Bem por isso Caio Tácito apostilou, com louvável exatidão: 'A destinação da competência de agente precede a sua investidura. A lei não concede autorização de agir sem um objetivo próprio. A obrigação jurídica não é uma obrigação inconstitucional; ela visa a um fim especial, presume um endereço, antecipa um alcance, predetermina o próprio alvo'. Cirne Lima, avisadamente, já advertira que é traço característico da atividade administrativa 'estar vinculada a um fim alheio à pessoa e aos interesses particulares do agente ou do órgão que a exercita'. De restou, aduziu ainda: 'A relação de administração somente se nos depara no plano das relações jurídicas, quando a finalidade, que a atividade de administração se propõe, no aparece defendida e protegida pela ordem jurídica contra o próprio agente e contra terceiros'.⁵⁶

O princípio da impessoalidade estabelece que o agente público deve atuar sempre com objetividade, isto é, sem ser pautado em critérios subjetivos, sendo-lhe proibido "considerar quaisquer inclinações e interesses pessoais próprios ou de terceiros"⁵⁷.

De acordo com Bandeira de Mello, tal princípio:

Traduz a ideia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimetosas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa não é senão o princípio de igualdade ou isonomia.⁵⁸

O princípio da moralidade, nas palavras de Carvalho Filho:

⁵⁵ MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 3.ed. Salvador : Podium, vol. 1, 2007. p.35

⁵⁶ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 18.ed. atual. São Paulo : Malheiros, 2005. pp. 97/98

⁵⁷ MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 3.ed. Salvador : Podium, vol. 1, 2007. p. 38

⁵⁸ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 18.ed. atual. São Paulo : Malheiros, 2005. p. 104

impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir entre o que é honesto do que é desonesto. Acrescentamos que tal forma de conduta deve existir não somente nas relações entre a Administração e os administrados em geral, como também internamente, ou seja, na relação entre a Administração e os agentes públicos que a integram.⁵⁹

Já o princípio da publicidade, ainda de acordo com os ensinamentos do ilustre administrativista Carvalho Filho:

Indica que os atos da Administração devem merecer a mais ampla divulgação possível entre os administrados, e isso porque constitui fundamento do princípio propiciar-lhes a possibilidade de controlar a legitimidade da conduta dos agentes administrativos. Só com transparência dessa conduta é que poderão os indivíduos aquilatar a legalidade ou não dos atos e o grau de eficiência de que se revestem.

É para observar esse princípio que os atos administrativos são publicados em órgãos de imprensa ou afixados em determinado local das repartições administrativas. O que importa, com efeito, é dar a eles a maior publicidade, porque somente em raríssimas hipóteses se admite sigilo na Administração.⁶⁰

Sobre a publicidade, a própria Constituição Federal admitiu conflitos com alguns princípios e, na ponderação de valores, expressamente sobrepôs o direito de sigilo e a intimidade em relação à publicidade, conforme se depreende da exegese do art. 5º, XXXIII e do art. 93, IX, ambos da CF/88.⁶¹

Por derradeiro, dentre os princípios expressos no art. 37, encontra-se o princípio da eficiência, acrescentado ao texto constitucional com a Emenda Constitucional nº 19/98, com o objetivo de implementar a prestação de serviços pela administração pública.⁶²

Conforme ensinamentos de Carvalho Filho:

O núcleo do princípio é a procura de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional.

(...)

A eficiência não se confunde com a eficácia nem com a efetividade. A eficiência transmite sentido relacionado ao modo pelo qual se processa o desempenho da atividade administrativa; a ideia diz respeito, portanto, à

⁵⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17.ed. atual. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007. p. 18

⁶⁰ Ibid. p. 21

⁶¹ Ibid.

⁶² Ibid.

conduta dos agentes. Por outro lado, eficácia tem relação com os meios e instrumentos empregados pelos agentes no exercício de seus misteres na administração; o sentido aqui é tipicamente instrumental. Finalmente, a efetividade é voltada para os resultados obtidos com as ações administrativas; sobreleva nesse aspecto a positividade dos objetivos. O desejável é que tais qualificações caminhem simultaneamente, mas é possível admitir que haja condutas administrativas produzidas com eficiência, embora não tenham eficácia ou efetividade. De outro prisma, pode a conduta não ser muito eficiente, mas, em face da eficácia dos meios, acabar por ser dotada de efetividade. Até mesmo é possível admitir que condutas eficientes e eficazes acabem por não alcançar os resultados desejados; em consequência, serão despidas de efetividade.⁶³

Nas palavras de Inocêncio Mártires Coelho:

Esse princípio consubstancia a exigência de que os gestores da coisa pública não economizem esforços no desempenho de seus encargos, de modo a otimizar o emprego dos recursos que a sociedade destina para a satisfação das suas múltiplas necessidades; numa palavra, que pratiquem 'boa administração', de que falam os publicistas italianos. Nos Estados burocrático-cartoriais, o princípio da eficiência configura um brado de alerta, uma advertência mesmo, contra os vícios da máquina administrativa, sabidamente tendente a privilegiar-se, na medida em que sobrevaloriza os meios, em que, afinal, ela consiste, sacrificando os fins, em razão e a serviço dos quais vem a ser instituída.⁶⁴

Pelo exposto no presente capítulo, tem-se que tradicionalmente a constituição de uma sociedade de economia mista pressupõe prévia autorização legal, bem como a finalidade de servir como instrumento de atuação do Estado.

Além disso, a atuação dessas sociedades deve observar os seguintes requisitos e princípios: controle de seus atos pelo Tribunal de Contas da União, contratação de obras ou serviços por meio de licitação, contratação de pessoal por intermédio de concurso público, observância dos princípios inerentes à administração pública, submissão ao princípio da legalidade estrita, somente lhes sendo permitido atuar se houver prévia autorização em lei, observância dos princípios da finalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

No próximo capítulo apresentaremos exemplos práticos da atuação das sociedades de economia mista do Grupo Eletrobras, em especial a Eletrobras Eletronorte, que tem demonstrado a flexibilização de alguns desses princípios e requisitos.

⁶³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17.ed. atual. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007. pp. 23/25

⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4.ed. São Paulo : Saraiva, 2009. p. 881.

4 – DA AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO REGULAMENTANDO POSITIVAMENTE A ATUAÇÃO DA ELETROBRAS ELETRONORTE NO MERCADO DE ENERGIA ELÉTRICA

No presente capítulo, apresentaremos casos práticos da Eletrobras Eletronorte, com a fundamentação jurídica que dá respaldo à prática do ato, nos quais se demonstra que a prática comercial, diante da ausência de regulamentação específica, vem flexibilizando alguns requisitos e princípios até então inerentes à atuação de uma sociedade de economia mista.

O primeiro exemplo trata da assinatura de Acordo de Confidencialidade, documento corriqueiro na prática empresarial, haja vista o sigilo empresarial ser fundamental para a boa condução das atividades, em especial se tratando de mercado concorrencial. Não há lei expressa autorizando que uma sociedade de economia mista possa dispor da publicação de determinados atos quando a confidencialidade for essencial ao objeto social a que se destina.

O segundo exemplo traz uma situação singular de contratação que demonstra que as regras tradicionais atinentes ao procedimento licitatório não abarca o dinamismo e a confidencialidade exigida das empresas quando da participação nos leilões relacionados à energia elétrica.

Por fim, um exemplo no qual se demonstra a ausência de legislação a respeito da natureza jurídica das sociedades de propósito específico de que participe um ente da administração pública pode significar a criação de sociedade de economia mista sem a prévia autorização legal, tampouco com finalidade originária de *longa manus* do Estado.

4.1 Acordo de confidencialidade

Na fase de seleção de parceiros, ou análises de proposta de parcerias comerciais, existe uma constante troca de informações entre os possíveis sócios destinada a uma avaliação recíproca, onde o sigilo é fundamental. Daí o costume do firmamento de um acordo de confidencialidade, no intuito de impedir o vazamento das informações fornecidas.

Dessa forma, os acordos ou termos de confidencialidade – também chamados de *non-disclosure agreement* (NDA), *confidentiality agreement*, *confidential disclosure agreement* (CDA), *proprietary information agreement* (PIA) e *secrecy agreement*, compromissos muito comum no Direito anglo-saxão (*Common Law*), tem por finalidade proteger o conteúdo de informações confidenciais e segredos industriais que, por qualquer razão, tenha sido partilhada entre as partes signatárias imputando às partes obrigação de não revelar determinadas informações.

O que poderia ser questionado quando uma entidade da Administração Pública firma acordo de confidencialidade é a inobservância de princípios básicos atinentes à Administração Pública, como os da publicidade e da transparência, pelos quais os atos administrativos são públicos e devem ser expostos para que a sociedade possa interferir caso haja alguma irregularidade.

O princípio da publicidade, aplicável ao caso, refere-se à divulgação de que as partes firmaram um contrato, conforme determina a lei, mas não às informações relativas ao negócio.

Sob um viés civilista, o acordo de confidencialidade, por imputar uma obrigação de sigilo ou de não divulgação de informação, corresponde a uma obrigação classificada como negativa (ou de não-fazer) traduzindo-se numa abstenção, ou seja, deixar de praticar um ato que, em tese, não seria vedado.⁶⁵

Verifica-se ser uma obrigação de não-fazer instantânea, já que, caso descumprida uma única vez, não é possível a restituição ao estado original, ou seja, o desfazimento é definitivo. Exemplo comum na doutrina, para esse tipo de descumprimento, é a divulgação de segredo de empresa.

Procuradores da República entraram com a representação no TCU alegando (dentre outras questões que não são relevantes ao presente exemplo) ser injustificável restrição à publicidade de instrumento público diante Acordo de Cooperação Técnica nº 120/2005, firmado entre a Eletrobrás e as construtoras Camargo Corrêa, Andrade Gutierrez e Norberto Odebrecht para conclusão dos Estudos de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental do AHE Belo Monte. Veja-se.

⁶⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 13 ed. Atual. São Paulo : Saraiva, 1999.

“3.4 Injustificável restrição à publicidade do instrumento público

3.4.1 Alegam que o acordo possui cláusula de confidencialidade sobre informações que deveriam subsidiar a realização do EIA/RIMA, em afronta à transparência que deve reger as atividades da administração pública.

3.4.2 Trazem aos autos entendimento desta Corte de Contas, no sentido de que o sigilo só pode ser admitido nos casos de segurança nacional, investigações policiais ou interesse superior da Administração a ser preservado (Acórdão TCU nº 537/2006) aduzindo não serem estas hipóteses aplicáveis ao presente caso.⁶⁶

No voto do nº 1068/09, de 7/03/2009, o Ministro Relator prolatou o seguinte entendimento:

Em que pese haver regras disciplinando a confidencialidade de informações obtidas como resultado da cooperação firmada por meio do Acordo objeto dos presentes autos, deve ser consignado que a Eletrobrás informou a este Tribunal que elaborou minuta de termo aditivo ao multicitado Acordo, com o objetivo de excluir a respectiva cláusula do Ajuste, que versa sobre a confidencialidade do Acordo de Cooperação.

Assim, acolheu a proposta da Unidade Técnica no sentido de determinar à Eletrobrás “que ultime providências com vistas à assinatura, por todos os acordantes, do Primeiro Termo Aditivo ao Acordo de Cooperação Técnica nº 120/2005, objetivando suprimir as Cláusulas relacionadas à confidencialidade do instrumento”.⁶⁷

Porém, pelo fato de a Eletrobrás ter informado que a cláusula seria retirada, determinou que fosse cumprido o informado.

Outro não poderia ser o entendimento. Ora, alegar que a Administração Pública só pode selar acordos de confidencialidade nos casos de segurança nacional, investigações policiais ou interesse superior da Administração é fechar os olhos para atuação da Administração no mercado concorrencial. É andar na contra mão da modelagem econômico-financeira que se desenha no cenário nacional, a qual se utiliza de recursos públicos e privados como forma de investimento em infraestrutura e estímulo ao crescimento econômico.

⁶⁶ Tribunal de Contas da União. Acórdão 1068/2009 – Segunda Câmara. Número Interno do Documento AC-1068-07/09-2 GRUPO I / CLASSE VI / Segunda Câmara. Ministro Relator Benjamim Zymler. Disponível em: <http://www.prpa.mpf.gov.br/news/2009/pdfs/pdf1/Acordao%20TCU%20caso%20contrato%20EIA%20Belo%20Monte.pdf>. Acesso em 15/01/2012.

⁶⁷ Tribunal de Contas da União. Acórdão 1068/2009 – Segunda Câmara. Número Interno do Documento AC-1068-07/09-2 GRUPO I / CLASSE VI / Segunda Câmara. Ministro Relator Benjamim Zymler. Disponível em: <http://www.prpa.mpf.gov.br/news/2009/pdfs/pdf1/Acordao%20TCU%20caso%20contrato%20EIA%20Belo%20Monte.pdf>. Acesso em: 15/01/2012.

Se para o bom desempenho do fim social da empresa é necessário que eventualmente se forme parceria com empresas eminentemente privadas é fundamental que a Eletrobras Eletronorte, antes de firmar qualquer compromisso, verifique com toda a diligência a atratividade deste negócio. Deve avaliar com cautela todos os riscos que o negócio envolve e, para tanto, precisa obter do agente privado informações que pelas regras do mercado são consideradas sigilosas.

Essa a razão que leva à assinatura do Acordo de Confidencialidade: dar garantia ao agente detentor do negócio de que, ao analisar a proposta, não serão divulgadas informações acerca do empreendimento que possam vir a prejudicá-lo, bem como não se fará uso dessas informações no próprio interesse da Eletrobras Eletronorte (o que também o prejudicaria).

Assim, o Acordo de Confidencialidade é uma etapa anterior ao ato administrativo em si: firmar ou não a parceria; é etapa de um processo. Isso porque a finalidade do acordo é a de que informações disponibilizadas pelas partes para subsidiar tomada de decisão quanto à celebração e os termos de eventual contrato a ser firmado, não venham a se tornar públicas de forma a prejudicar uma empresa no ambiente da livre concorrência.

Dessa forma, o fato de se firmar um acordo de confidencialidade com um possível parceiro privado, no intuito de avaliar se a proposta por ele apresentada é consistente, não deve ser considerado mácula a nenhum princípio administrativo, uma vez que seja justificado pelo administrador público como estritamente necessário para a própria existência do negócio jurídico que pode ou não vir a existir.

Nesse exemplo, tem-se a mitigação do princípio da publicidade diante de uma necessidade empresarial imprescindível para a consecução dos objetivos para o qual a Eletrobras Eletronorte foi constituída.

4.2 Contratações de serviços de consultoria especializada destinados à análise da viabilidade econômica de investimento

Para participar dos leilões, a Eletrobras Eletronorte precisa estudar os investimentos, analisar os custos da produção da energia ou da criação da rede de transmissão que impõe, dentre outros, pesquisa e negociação de preços com

fornecedores e construtores para, com base nesses dados, formatar o lance a ser proposto no leilão.

Nesses casos, devido à importância estratégica dos novos negócios que se lhe apresentam, o acesso às informações disponibilizadas para análise deverá ficar restrito ao grupo de trabalho responsável pela avaliação da atratividade desses negócios, sob pena de se frustrar os esforços da negociação.

Nesse espeque, o sigilo quanto às informações estratégicas é essencial para garantir que a Eletrobras Eletronorte faça uma adequada avaliação da atratividade do investimento, e que sua proposta de participação não chegue ao conhecimento de terceiros que venham a frustrar a realização do negócio. A simples divulgação do conteúdo dessas negociações poderá, por exemplo, comprometer a realização final do negócio.

Considerando os desafios que o novo modelo do setor elétrico impõe à Eletrobras Eletronorte, tornam-se imprescindíveis a qualidade e a celeridade na avaliação da atratividade dos investimentos. Nesse sentido, objetivando alcançar o melhor resultado possível na sua atividade finalística, a prática comercial da empresa concluiu que a melhor prática comercial reside na contratação de consultorias especializadas na avaliação de investimentos, cujos trabalhos têm servido de subsídio para a tomada de decisão por parte dos dirigentes daquela entidade pública.

Tais consultorias prestam, em essência, serviços de *Financial Advisor* – assessoramento financeiro – e de *Due Diligence* – auditoria, sendo, pois, de fundamental importância na definição da atratividade dos novos investimentos que a Eletrobras Eletronorte tem interesse em implementar, analisando se tanto as condições oferecidas quanto os preços cobrados são, de fato, justos, vantajosos para a empresa.

A estratégia do negócio a ser avaliado, a magnitude do empreendimento, o elevado capital a ser investido pela Eletrobras Eletronorte, a necessidade de celeridade na contratação dos consultores externos, a conclusão dos seus serviços em curtíssimo espaço de tempo e o volume e a complexidade das informações a serem por eles analisadas – e mantidas em sigilo nas contratações – são fatores que tornam a adoção de alguma das modalidades licitatórias tradicionais, contempladas na Lei nº 8.666/93, incompatível com a finalidade que se quer atingir,

uma vez que seguir os trâmites legais ali impostos significa não só publicar informação que pelo regime concorrencial do mercado não deve ser disponibilizada aos demais agentes competidores, bem como os prazos legais fixados são bem mais extensos que os prazos a serem observados no leilão.

De acordo com a jurisprudência do TCU, as empresas públicas e as sociedades de economia mista que exploram atividade econômica podem prescindir da licitação – realizada nos exatos termos da Lei nº 8.666/93 – para a contratação de bens e serviços que constituam sua atividade-fim, nas hipóteses em que a aplicação da Lei de Licitações representar óbice intransponível à consecução de sua atividade negocial, sem olvidarem, contudo, da observância dos princípios básicos aplicáveis à Administração Pública⁶⁸, bem como daqueles insertos na própria Lei nº 8.666/93⁶⁹, entre eles o da moralidade, o da impessoalidade e o da economicidade.

É exatamente dentro desse contexto que se inserem as contratações, no âmbito da Eletrobras Eletronorte, sobre que versa este exemplo. Significa dizer que não deverá ser exigida dessa entidade pública, em tais contratações relacionadas à

⁶⁸ Acórdão nº 549/2006 – Plenário: "[...] a interpretação sistemática da própria Lei Maior reforça a convicção de que o Estatuto Federal de Licitações e Contratos é norma de observância obrigatória pela Petrobras.

[...] o art. 173, § 1º, inciso III, da Carta Magna é norma constitucional de eficácia limitada, a exigir que lei disponha sobre licitação e contratos das empresas estatais, observados os princípios da administração pública. A considerar que, até o presente momento, não foi publicado o referido diploma legal, incide na espécie a Lei 8.666/93, em cumprimento ao disposto no art. 37, *caput* e inciso XXI, da Constituição da República.

É evidente que o Tribunal tem admitido temperamentos na aplicação da Lei 8.666/93 quando a utilização da norma legal em sua inteireza implica risco à atividade-fim da empresa estatal, em ambiente concorrencial com a iniciativa privada (nesse sentido: Acórdão 121/1998, Decisão 1.383/2002, Acórdão 624/2003, todos do Plenário). Tais circunstâncias excepcionais, cumpre destacar, devem ser avaliadas em cada caso concreto. Isso não significa, porém, o afastamento do diploma federal de licitações e contratos no âmbito da Petrobras, cujo emprego, até o momento, permanece como regra.

[...] a exigência de estimativa de preço detalhado com a composição de custos unitários, prevista no art. 7º, § 2º, inciso II, da Lei 8.666/93, não frustra o desempenho da Petrobras em ambiente concorrencial, uma vez que a avaliação orçamentária minuciosa é recomendável em qualquer obra da iniciativa privada, com muito mais razão quando se trata de sociedade de economia mista, onde é inafastável o interesse público.

O art. 173, § 1º, inciso III, *in fine*, da CF/88 deixa claro que independentemente do que o futuro estatuto das estatais vier a instituir, os princípios da administração pública devem ser respeitados. Com efeito, a ausência de um orçamento preciso afronta os princípios da isonomia e da economicidade, na medida em que a Administração deixa de dispor de instrumento essencial para a escolha da proposta mais economicamente vantajosa."

⁶⁹ Lei nº 8.666/93: Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.

sua atividade-fim, com respaldo na própria jurisprudência do TCU, a observância fiel aos exatos termos da Lei de Licitações, mas sim a adoção de procedimentos análogos aos estabelecidos naquele diploma legal.

Será dela exigido, na verdade, um modelo de contratação que, a despeito de poder contemplar procedimentos específicos, respeite o conteúdo dos princípios que informam e norteiam a atuação da Administração Pública. É esse o entendimento do TCU sobre a matéria.⁷⁰

Nesse exemplo, o dinamismo do leilão impôs uma flexibilidade no requisito constitucional de contratações de serviços sempre precedida de licitação.

4.3 Natureza jurídica de SPE de que a Eletrobras Eletronorte participa

Com efeito, a Lei nº 11.651, de 7 de abril de 2008⁷¹, autorizou a Eletrobras Eletronorte a participar de sociedades que explorem direta ou indiretamente os serviços de energia elétrica, *in verbis*:

Art. 2º. A Eletrobrás, diretamente ou por meio de suas subsidiárias ou controladas, poderá associar-se, com ou sem aporte de recursos, para constituição de consórcios empresariais ou participação em sociedades, com ou sem poder de controle, no Brasil ou no exterior, que se destinem direta ou indiretamente à exploração da produção ou transmissão de energia elétrica sob regime de concessão ou autorização.

Assim, a Eletrobras Eletronorte tem permissão legislativa para participar de outras sociedades com ou sem poder de controle. Frise-se que a lei não autoriza a criação de outras sociedades de economia mista, mas tão somente a participação de uma sociedade de economia mista em outra sociedade, com ou sem poder de controle.

⁷⁰ Acórdão nº 1390/2004 – Plenário: "9.1. (...) responder ao consulente que enquanto não for editado o estatuto a que se refere o art. 173, § 1º, da Constituição Federal, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços devem observar os ditames da Lei nº 8.666/1993 e de seus regulamentos próprios, podendo prescindir da licitação para a contratação de bens e serviços que constituam sua atividade-fim, nas hipóteses em que o referido Diploma Legal constitua óbice intransponível à sua atividade negocial, sem olvidar, contudo, da observância dos princípios aplicáveis à Administração Pública, bem como daqueles insertos no referido Estatuto Licitatório;"

⁷¹ Apesar de a Lei 11.651/2008 ter sido revogada pela MP 599/2012, referida MP manteve em seus termos o mesmo texto: A ELETROBRAS, diretamente ou por meio de suas subsidiárias ou controladas, poderá associar-se, com ou sem aporte de recursos, para constituição de consórcios empresariais ou participação em sociedades, com ou sem poder de controle, no Brasil ou no exterior, que se destinem direta ou indiretamente à exploração da produção, transmissão ou distribuição de energia elétrica sob regime de concessão ou autorização.

Nesse contexto legislativo, a Estação Transmissora de Energia S/A – ETE foi constituída após o Consórcio formado por Eletrobras Eletronorte, Eletrosul, Abengoa e Andrade Gutierrez ter sido vencedor do Lote LC/CC do Leilão 007/2008, nos termos do disposto no item 1.16 do edital, com a finalidade de explorar a concessão para a implantação das Estações Retificadora de Porto Velho, no Estado de Rondônia e Inversora Araraquara, no Estado de São Paulo.

Vale ressaltar que Eletrobras Eletronorte e Eletrosul possuem 49% (quarenta e nove por cento) das ações da empresa e Abengoa e Andrade Gutierrez detêm os outros 51% (cinquenta e um por cento)

A praxe comercial tem pacificado o entendimento de ser direito privado a natureza jurídica de uma sociedade de propósito específico quando a participação da sociedade de economia mista é minoritária. Porém, há falta de legislação regulamentando o assunto, em especial quando a participação das sociedades de economia mista for majoritária.

A seguir, exposição jurídica demonstrando que a questão merece uma regulamentação adequada.

Como se sabe, "o Estado, ao constituir as sociedades mistas, visa ao interesse público"⁷². Assim, as entidades da administração indireta (empresa pública e sociedade de economia mista) funcionam como uma *longa manus* do Estado para que este cumpra seu papel de intervenção econômica e promotor do desenvolvimento econômico e social do País.

No dizer de Cretella Júnior, "não é tarefa das mais fáceis conceituar sociedade de economia mista, divergindo autores em sua conceituação"⁷³.

O fundamento legal originário que define sociedade de economia mista está inscrito no Decreto-Lei 200/67, art. 5º, inc. III, com redação dada pelo Decreto-Lei 900, de 1969, pelo qual, sociedade de economia mista é:

A entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam, em sua maioria, à União ou a entidade da administração indireta.

⁷² MAGALHÃES, Roberto de Barcelos. *Lei das S/A: Comentários por artigos*. 2 ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1997, vol. II.

⁷³ CRETELLA JÚNIOR, José. *Administração indireta brasileira: autarquia, concessionária, subconcessionária, permissionária, fundação pública, corporação pública, empresa pública, sociedade de economia mista, autorização, atividade do particular*. 4ª. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

Daí decorre que a sociedade de economia mista é pessoa jurídica de direito privado, criada por lei, voltada para a exploração de atividade econômica⁷⁴, com conjugação de recursos públicos e privados, e organizada sob a forma de sociedade anônima.

Sobre o assunto, Carvalhosa⁷⁵, citando Luiz Gastão Paes de Barros Leães aponta quatro correntes doutrinárias para se conceituar Sociedades de Economia Mista.

Para a primeira corrente, é sociedade de economia mista a mera associação do capital público com privado, de forma que qualquer participação do Estado transformaria uma sociedade em sociedade de economia mista. A maior crítica que se lhe atribui é pecar pelo excesso e generalismo, pois “sua adoção levaria ao absurdo de se considerar que uma participação puramente contingencial, fortuita, do Estado em uma empresa privada (p. Ex., herança jacente, penhora, execução fiscal) conferiria a esta o *status* de sociedade de economia mista”.⁷⁶

A segunda corrente considera como característica essencial dessas sociedades a direção da empresa por ambos investidores (público e privado), assim, bastaria o Estado participar da gestão da sociedade para esta ser de economia mista. A mesma crítica feita à teoria anterior se faz à presente: excessivamente generalista.

Pela terceira corrente, a sociedade de economia mista é conceituada a partir da conjugação do entendimento das duas correntes anteriores, somada ao objeto da companhia, isto é, requer participação de público e privado tanto no capital quanto na gestão da empresa e o objeto desta ser de interesse público. A crítica que se apõe é que a própria justificativa da teoria é paradoxal no que tange ao caráter intrínseco de sociedade com personalidade jurídica de direito privado, qual seja, gerar lucro.

De pronto, verifica-se que as três correntes acima vão de encontro ao atual modelo de mercado do setor de energia elétrica, fortemente marcado por parcerias

⁷⁴ Para Eros Grau, a atividade econômica no sentido amplo, inclui os serviços públicos e a atividade econômica estrito senso. (A Ordem Econômica na Constituição Federal. 5ª Ed. São Paulo: Ed. Malheiros, p. 123 e ss.)

⁷⁵ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 4º Vol. Tomo I. 3ª Ed. Revista e atualizada. São Paulo : Saraiva, 2002. v. 4.

⁷⁶ Ibid. p. 345

entre a Administração Indireta e os agentes privados: como já exposto, não há dúvidas que as sociedades constituídas a partir dessas parcerias não são consideradas sociedades de economia mista e sim sociedades de regime jurídico exclusivamente privado; dessa forma, uma vez que essas empresas contam com a efetiva participação do Estado tanto na composição acionária quanto na administração, restam invalidadas as 3 correntes acima esposadas.

Por fim, a quarta corrente, também conhecida por teoria legalista, considera que ser criada e definida em lei como sociedade de economia mista é que lhe confere a natureza própria, dispensando-se o preenchimento de quaisquer outras características diferenciadoras.

Nesse sentido, o STF entendeu que:

Não é possível confundir sociedade de economia mista com sociedade sob controle acionário do Poder Público, é a situação especial que o Estado se assegura, através da lei criadora, que caracteriza o ente assim instituído como sociedade de economia mista, 'ex vi' do art. 5º, III, do Decreto-lei nº 200.⁷⁷

Emprestando palavras de Waldemar Ferreira e Pontes de Miranda para fundamentar sua decisão o relator apontou, *ipsis litteris*:

Não se podem qualificar como de economia mista as sociedades privadas como tais organizadas pelo simples efeito da intromissão nelas, transitória ou permanentemente, de pessoas jurídicas de direito público interno. Pouco importa que estas, pela aquisição da maioria das ações consigam dominá-las; elegendo os seus órgãos administrativos, deliberantes e fiscalizadores, subordinados de um lado aos estatutos sociais e, de outro, aos dispositivos da lei regente da sociedade anônima, principalmente quando o objetivo da sociedade seja o mercantil ou industrial.

Mesmo se o Estado se faz titular de mais de metade, ou de mais de dois terços, ou da quase totalidade das ações de sociedades por ações, ou cota superior à de qualquer dos acionistas, a sociedade não se torna de economia mista.⁷⁸

Ademais, no julgamento do RE 93.175-9/RJ, o Ministro Soares Muñoz, citando o Ministro Cunha Peixoto, complementa seu entendimento:

(...) Se poderia haver dúvida na vigência do Dec.-lei nº 200, de 1967, modificado pelo de nº 900, de 1969, desapareceu ela em face de atual lei

⁷⁷ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 93.035-2 – Rio de Janeiro. Primeira Turma. Relator: Soares Muñoz. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=184669>. Acesso em 15/01/2012.

⁷⁸ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 93.035-2 – Rio de Janeiro. Primeira Turma. Relator: Soares Muñoz. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=184669>. Acesso em 15/01/2012.

sobre sociedade anônima, que, em seu art. 236, é expressa: 'a constituição da companhia de economia mista depende de prévia autorização legal'.⁷⁹

Por outro lado, o Ministro Eros Graus no julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 24.249/DF, discorre uma longa tese sobre as sociedades de economia mista, em que defende a não correspondência plena entre a conceituação de sociedade de economia mista adotada pelo Dec.-lei nº 200/67 e a contemplada na Lei nº 6.404/76 (LSA), visto que, pela LSA:

as companhias das quais participarem, majoritariamente ou minoritariamente, as sociedades de economia mista estão sujeitas ao disposto nesta lei, sem as exceções previstas neste capítulo" [capítulo que trata sobre as sociedades de economia mista].⁸⁰

No entendimento do jurista, então:

para efeitos do Dec.-lei nº 200/67 são sociedades de economia mista do segundo grau as companhias de que participarem, majoritariamente, a sociedades de economia mista de primeiro grau. Enquanto, para os efeitos da Lei nº 6404/76, não são sociedades de economia mista as companhias de que participarem, majoritariamente, as sociedades por elas concebidas como de economia mista – vale dizer, as sociedades de economia mista de primeiro grau.⁸¹

Em conclusão de sua tese, constata que:

assim como há empresas sob controle do Estado que não se acomodam às definições legais de sociedade de economia mista – e de empresa pública – algumas (as de segundo grau), que para efeitos do Dec.-lei nº 200/67 são entendidas como sociedade de economia mista, não podem ser entendidas como sociedades de economia mista para os efeitos da Lei nº 6.404/76.⁸²

De ressaltar que na tese esposada ficou reconhecida a existência de empresas sob controle do Estado que não se equiparam a sociedades de economia mista ou empresas públicas.

Data venia o posicionamento de Eros Graus, diferente interpretação pode ser conferida à ressalva contida na Lei n 6.404/1976 – Lei das Sociedades Anônimas: o teor do art. 235, §2º, a seguir citado, apenas veda que as características especiais

⁷⁹ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 93.175-9 – Rio de Janeiro. Primeira Turma. Relator: Soares Muñoz. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=186696>. Acesso em 15/01/2012.

⁸⁰ Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 24.249 – Distrito Federal. Primeira Turma. Relator: Eros Graus. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=116074>. Acesso em 15/01/2012.

⁸¹ Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 24.249 – Distrito Federal. Primeira Turma. Relator: Eros Graus. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=116074>. Acesso em 15/01/2012.

⁸² Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 24.249 – Distrito Federal. Primeira Turma. Relator: Eros Graus. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=116074>. Acesso em 15/01/2012.

inerentes a uma sociedade de economia mista sejam automaticamente atribuídas a uma outra pela mera participação em seu quadro acionário, *ipsis litteris*:

As companhias de que participarem, majoritariamente ou minoritariamente, as sociedades de economia mista, estão sujeitas ao disposto nesta Lei, sem as exceções previstas neste Capítulo.

Essa também é a interpretação de Modesto Carvalhosa, *in verbis*:

Nos termos do §2º da norma ora comentada, foram excluídas da qualificação de sociedade de economia mista e do consequente regime legal público as companhias não criadas por lei, embora com participação, direta ou indireta, nas primeiras.

Não se aplica, pois, o direito administrativo em se tratando de sociedade não criada por lei, apesar de controlada por sociedade de economia mista. Aplica-se tão somente o direito privado e, assim, a lei societária e as demais leis comerciais e civis. Nelas o interesse público deverá sujeitar-se ao fim lucrativo da empresa privada.

Pressupõe a lei societária que a sociedade de economia mista, ao associar-se a capitais privados, exercendo ou participando do controle de companhias não criadas por lei, age unicamente no âmbito do direito privado, sem diretamente priorizar o interesse público (art. 173, caput, da CF de 1988). Pode, assim, tanto a sociedade de economia mista prestadora de serviço público como a exploradora de atividade econômica associar-se com sociedades privadas ou controlá-las sem que estas se submetam às leis administrativas que se aplicam às sociedades de economia mista criadas por lei.

(...)

A participação de uma sociedade de economia mista no capital de outra sociedade não reveste esta última de tal natureza, não sendo ela, em consequência, sociedade vinculada à Administração Indireta.⁸³

Com efeito, esse é o entendimento consubstanciado no art. 37, inc. XIX, da Constituição Federal. Confira-se:

Art. 37. - XIX – "somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação" (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Além disso, atribui força à existência de sociedades controladas pelo Estado que não são consideradas de economia mista o teor do art. 37, inc. XVII, da CF, o qual, ao tratar da vedação de acumulação de cargos, faz distinção entre sociedades de economia mista e empresas públicas e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público, *ipsis litteris*:

Art. 37, XVII: A proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou

⁸³ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 4º Vol. Tomo I. 3ª Ed. Revista e atualizada. São Paulo : Saraiva, 2002. v. 4. p. 353.

indiretamente, pelo poder público; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

Ora, se a própria Constituição Federal reconhece a existência de sociedade controladas direta ou indiretamente com o Poder Público que não são consideradas sociedades de economia mista ou empresas públicas, nas situações em que o constituinte quisesse englobá-las em outros dispositivos, o faria expressamente. Assim, se a Constituição quisesse conferir às sociedades das quais uma sociedade de economia mista faz parte os mesmos requisitos atribuídos à sociedade de economia mista, o teria feito de maneira expressa.

No caso apresentado, a Estação Transmissora de Energia S.A. - ETE foi constituída por Eletrobras Eletronorte, Eletrosul, Abengoa e Andrade Gutierrez. No decorrer da atividade, contudo, Eletrosul, Abengoa e Andrade Gutierrez se retiraram da sociedade. Vale lembrar, nos termos do art. 1029 do Código Civil:

Art. 1.029. Além dos casos previstos na lei ou no contrato, qualquer sócio pode retirar-se da sociedade; se de prazo indeterminado, mediante notificação aos demais sócios, com antecedência mínima de 60 (sessenta) dias; se de prazo determinado, provando judicialmente justa causa.
Parágrafo único. Nos 30 (trinta) dias subseqüentes à notificação, podem os demais sócios optar pela dissolução da sociedade.

A Lei nº 12.582, de 29 de dezembro de 2011, "Abre ao Orçamento de Investimento para 2011, em favor de empresas estatais federais do Grupo ELETROBRAS, crédito especial no valor total de R\$ 1.055.118.669,00, para os fins que especifica".

O anexo I do referido diploma legal inclui a Estação Transmissora de Energia S.A dentre as empresas estatais federais do Grupo Eletrobras que receberam crédito especial.

Isso posto, no presente exemplo uma empresa constituída como empresa privada passou a ser considerada estatal federal sem a observância da prévia autorização legal, ainda que a própria Constituição admita a existência de empresas controladas pelo Estado que não são consideradas sociedades de economia mista ou empresas estatais.

5 - CONCLUSÃO

Da análise do panorama legislativo do setor elétrico, verificou-se que a partir da constituição Federal de 1988, o Estado reduziu sua participação direta na economia, o que implicou, para o setor elétrico, no Programa Nacional de Desestatização, com a publicação da Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990.

Outrossim, constatou-se que o processo de privatização ocorreu à margem de uma normatização especial sobre regulação e política energética, responsável pelo fato de o setor privado não ter assumido de imediato os investimentos então a cargo do Estado.

O arcabouço jurídico desse novo modelo foi desenvolvido a partir de 1995 tendo como marcos a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e a Lei nº 9.648, de 28 de maio de 1998, a qual inaugurou formalmente a livre negociação da compra e venda de energia.

Em 2001, a crise de abastecimento, somada à falta de investimentos no setor elétrico, resultou em uma ação emergencial do governo para evitar o colapso energético no País, culminando na chamada 'contra-reforma', cujo marco legal foi a edição das Leis nº 10.847 e 10.848, ambas de 15 de março de 2004, e do Decreto nº 5.163, de 30 de julho de 2004. O atual modelo, então, permitiu a associação de empresas públicas e privadas por meio de consórcios e acabou por firmar a importância da participação das estatais no setor.

Ao se verificar a legislação atinente ao setor em estudo, observou-se que de fato, após a abertura do mercado, houve a edição de normas específicas para as sociedades de economia mista, como por exemplo: art. 32, da Lei nº 9.074/2005, Lei nº 11.651/2008, Decreto nº 7.058/2009, MP 559/2012.

Foi visto também que, dado o mercado concorrencial, as estatais passaram a competir diretamente com os agentes eminentemente privados nos leilões de compra e venda de energia para recebimento da outorga de autorização de geração, nos leilões para outorga da prestação do serviço público de transmissão e também na compra e venda de energia no ambiente de comercialização livre.

Abordou-se, então, as especificidades atinentes às sociedades de economia mista, consideradas instrumentos de ação do Estado, cuja criação depende de lei, e

as quais se submetem a um regime jurídico híbrido, devendo obedecer tanto a normas atinentes ao direito privado, quanto normas de direito público. Dentre estas, incluem-se os princípios administrativos, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Na sequência, foram apresentados casos práticos ocorridos na Eletrobras Eletronorte que demonstram como a praxe comercial vem flexibilizando alguns dos princípios supramencionados, em especial legalidade e publicidade, bem como se demonstrou um caso em que a novel estruturação das parcerias entre agentes estatais e privados deu origem a uma sociedade de economia mista a partir da reestruturação societária de uma sociedade de propósito de natureza jurídica de direito privado, sem a prévia autorização legal para tanto.

Porém, partindo de situações corriqueiras ocorrentes na Eletrobras Eletronorte, demonstrou-se que, de maneira geral, ainda é marcante a ausência de lei específica regulamentando a atuação das sociedades de economia mista no mercado concorrencial.

Isso posto, conclui-se que, apesar da edição de algumas leis específicas regulamentando a atuação das empresas do grupo Eletrobras no atual mercado concorrencial de energia elétrica, não há lei regulamentando toda a efetiva participação no mercado concorrencial, de tal forma que é notável a flexibilização, em especial, do princípio da legalidade.

6 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz. *Marcos normativos do setor elétrico*. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/18577/marcos-normativos-do-setor-eletrico> . Acesso em 15/01/2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 18.ed. atual. São Paulo : Malheiros, 2005.

BOTELHO, Felipe. *O novo posicionamento estratégico das empresas estatais: o caso Eletrobras*. Disponível em: <http://www.gee.ie.ufrj.br/mwg-internal/de5fs23hu73ds/progress?id=/DKPfrpWCm> Acesso em: 24/04/2012.

CAMPOS, Clever. *Curso Básico De Direito De Energia Elétrica*. Rio de Janeiro: Synergia, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17.ed. atual. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 4º Vol. Tomo I. 3ª Ed. Revista e atualizada. São Paulo : Saraiva, 2002. v. 4. p. 353.

COIMBRA, Márcio C.. *O Estado Regulador*. Disponível em: <http://www.factum.com.br/artigos/084.htm> . Acesso em 15/01/2012.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Administração indireta brasileira: autarquia, concessionária, subconcessionária, permissionária, fundação pública, corporação pública, empresa pública, sociedade de economia mista, autorização, atividade do particular*. 4ª. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*.13 ed. Atual. São Paulo : Saraiva, 1999.

LANDAU, Elena; SAMPAIO, Patrícia. *O Setor Elétrico em uma Visão Introdutória*. In LANDAU, Elena (Coord.) *Regulação Jurídica do Setor Elétrico*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006.

GOMES, Antonio Claret S. et. all. *O Setor Elétrico*. Disponível em: http://www.bndespar.com.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/livro_setorial/setorial14.pdf . Acesso em 15/01/2012.

MALAGUTI, Gustavo Abreu. *Regulação do setor elétrico brasileiro: da formação da indústria de energia elétrica aos dias atuais*. Dezembro / 2009. Disponível em: http://www.uff.br/econ/download/tds/UFF_TD254.pdf . Acesso em 15/01/2012.

MAGALHÃES, Roberto de Barcelos. *Lei das S/A: Comentários por artigos*. 2 ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos,1997, vol. II.

- MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 3.ed. Salvador : Podium, vol. 1, 2007.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 30.ed. São Paulo : Malheiros, 2005.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4.ed. São Paulo : Saraiva, 2009.
- NUNES, Felipe Denegri Menegas. *Estudo do risco associado à comercialização da energia elétrica no Setor Elétrico Brasileiro*. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/mwg-internal/de5fs23hu73ds/progress?id=7C5LRRIGDO>
Acesso em 24/5/2012.
- REALI, Ronaldo Roberto. *A desconsideração da personalidade jurídica no direito positivo brasileiro*. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/5008/a-desconsideracao-da-personalidade-juridica-no-direito-positivo-brasileiro> . Acesso em 15/01/2012.
- ROSA, Márcio Fernando Elias. *Direito administrativo*. 8. ed. São Paulo : Saraiva, 2006. p. 18
- VILLELA SOUTO, Marcos Jurena. *Desestatização, privatização, concessões e terceirizações*. Rio de Janeiro : Lume Juris, 1997.

Sites consultados:

<http://www.neoenergia.com>

<http://www.ccee.org.br>

<http://www.copel.com>

<http://www.aneel.gov.br>

<http://www.stf.jus.br>