



UNIVERSIDADE CANDIDO MENDES
Mestrado em Direito
Empresarial e Tributação.

**Programa de Incentivo às
Fontes Alternativas de
Energia – PROINFA: Um
Exemplo de Parceria
Público-Privada.**

PATRICIA DE CARVALHO MOREIRA

RIO DE JANEIRO
2007

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

Patricia de Carvalho Moreira

**Programa de Incentivo às
Fontes Alternativas de
Energia – PROINFA: Um
Exemplo de Parceria
Público-Privada.**

Dissertação apresentada no Curso de Mestrado da Universidade Candido Mendes como requisito para a obtenção do Grau de Mestre. Área de Concentração em Direito Empresarial e Tributação.

Orientador: Profº. Dr. Willis Santiago Guerra Filho.

RIO DE JANEIRO
2007

O trabalho é dedicado aos meus filhos
Igor e Renan.

AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente a Deus por toda força inspiração e energia necessárias para concluir mais esta árdua e importante etapa de minha vida profissional.

Agradeço também, imensamente, à minha amiga Cecília Carvalho de Moraes, pela atenção, incentivo e paciência com que revisou todos os meus trabalhos do Mestrado.

“A energia torna-se poder pelo uso consciente.”

Saint Germain

APRESENTAÇÃO

No Brasil, o discurso das Parcerias Público-Privadas vem tomando conta dos debates como a maior salvação para o desenvolvimento estatal. As vozes aparecem em uníssono para criticar a ineficiência e a falta de recursos estatal e apontar à necessidade de uma Administração moderna, em especial, com a implantação de Parcerias Público-Privadas que atualmente se encontram normatizadas pela Lei 11.079/2004.

A problemática das Parcerias no Direito Brasileiro, que hoje aparecem como uma novidade vem sendo construída ao longo dos anos. Já em 1997, o Professor Diogo de Figueiredo¹ já atentava para o tema. Arnold Wald também elabora e contribui muito para o tema com a edição do Livro Direito das Parcerias e a Lei das Concessões. Posteriormente, Maria Sylvia Di Pietro concedendo uma amplitude maior ao vocábulo – utiliza o termo Parceria também quando não há percepção de lucro por parte do ente privado – englobando neste caso os convênios administrativos, por exemplo.

A matéria ganhou relevo maior para mim quando em minha atuação como advogada da Eletrobrás fui obrigada a participar da implantação do Programa de Incentivo as Fontes Alternativas de Energia – PROINFA. O referido Programa é administrado pelo Ministério de Minas e Energia, o qual é responsável por estabelecer o planejamento anual de ações a serem implementadas, definindo o montante anual de contratação e avaliando o impacto decorrente do repasse de custos aos consumidores finais, de modo a tentar minimizá-los, pelo estabelecimento e divulgação dos valores econômicos, obedecidas as diretrizes metodológicas definidas no art. 3º do Decreto nº 5.025/2004 e pela preparação do Guia de habilitação, por exemplo, ficando para a Eletrobrás a implantação do mesmo com a seleção e contratação dos empreendimentos para compra e venda de energia pelo período de 20 anos.

¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O Sistema de Parcerias entre os setores Público e Privado*. São Paulo: NDJ, ano XIII, nº 1, jan. 1997.

Na época da implantação do PROINFA, maio de 2004, a Lei das Parcerias Público-Privadas ainda não passava de um projeto de lei que estava em discussão. Deste modo, a participação neste programa me fez perquirir os diversos meandros que se apresentavam no Direito administrativo para a solução de problemas e busca de conhecimento de Programas semelhantes no cenário internacional.

O presente trabalho foi estruturado em 5 (cinco) capítulos.

Em primeiro lugar, abordo a Ordem Econômica, já que esta é, sem dúvida, o elemento fomentador de mudanças do Estado, influenciando as estruturas e, conseqüentemente, as “escolhas” para o desempenho das atividades estatais. Para tanto, inicio caracterizando a Ordem Econômica no Estado Liberal, no Estado Intervencionista e no Neoliberal. Destaco, neste sentido, a posição de Foucault, explicando a evolução neoliberalista, através da Escola de Frankfurt e da Escola de Fribourg, ambas partindo de concepção de Max Weber. Para Foucault, o neoliberalismo tem como objetivo a manutenção da concorrência perfeita pelo Estado.

No segundo capítulo, inicio o estudo do Brasil como Estado Democrático de Direito que, como tal, orienta todo o conjunto político, social e econômico do sistema jurídico. Fundamento o sistema jurídico, buscando demonstrar que as decisões e normas jurídicas atendem a um sistema aberto de regras e princípios. Enumero princípios de grande relevância, buscando integrar e correlacionar seus fundamentos com o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA.

No terceiro capítulo, apresento as parcerias público-privadas em suas duas concepções: *latu sensu*, que é a mais largamente utilizada no Direito Comparado, e que não apresenta tipicidade e formatação limitada, e a *stritu sensu*, que é a preconizada pela Lei nº 11.079/94, que apresenta duas formações – concessão administrativa e concessão patrocinada – que seriam o rol taxativo para seu enquadramento como tal. No Direito Internacional, a orientação é de não limitar as possibilidades de parceria público-privada, sendo esta entendida como uma colaboração de particulares na gestão dos serviços públicos em diversos formatos. A fim de elucidar tal assertiva, o trabalho buscou caracterizar as parcerias no Reino Unido, na França, na Alemanha e em Portugal, além de demonstrar

alguns exemplos mais específicos no setor elétrico de países como a Guatemala, República Dominicana e Costa Rica. O capítulo pretende ainda apresentar algumas características de parcerias (*latu sensu*) no setor elétrico brasileiro.

O quarto capítulo apresenta a estruturação do setor elétrico ao longo da história brasileira, destacando os momentos de crise do setor elétrico que ocorreram no período de 1981 a 1995, quando se iniciou uma onda de privatização estancada somente com o “apagão”, e também os agentes que atuam no setor elétrico dentro da estrutura concebida pelo novo modelo.

No quinto capítulo, abordo inicialmente a formação da Lei nº 10.438/2002, explico a nomenclatura do próprio PROINFA, limitando a aplicabilidade das tecnologias específicas contempladas. Destaco a figura do produtor independente autônomo, elemento criado nesta lei, a implantação do PROINFA, desde a chamada pública, o processo de seleção, a fase de habilitação, o contrato firmado, estatutando as regras de compra e venda de energia durante o período de 20 anos e, por fim, a forma de custeamento em que o programa se baseou para poder ser estruturado, a fim de garantir a parceria entre o poder público e a esfera privada.

No sexto capítulo, procuro consolidar as idéias anteriormente apresentadas e justificar e enquadrar o PROINFA como uma modalidade *sui generis* de parceria público-privada, que não se limita aos requisitos da Lei nº 11.079/2004, editada após a criação do programa, mas que apresenta todas as características necessárias para ser concebida como uma parceria público-privada, conforme preconizada no Direito Comparado.

RESUMO

O objetivo deste estudo é apresentar o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA como um exemplo Parcerias Público-Privadas. Para tanto, há que se verificar que o termo Parcerias Público-Privadas possui uma abrangência maior que a verificada pela Lei nº 11.079 de 30 de dezembro de 2004. Esta análise está calcada em referências contidas no Direito Comparado e pode ser exemplificada no Direito Brasileiro, com o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA. O estudo engloba preliminarmente as características do Estado Democrático de Direito, a visão geral da evolução da Ordem Econômica mundial e brasileira, as Parcerias Público-Privadas no contexto do Direito Comparado, o desenvolvimento do setor elétrico brasileiro e algumas de suas particularidades, e o estudo do Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA. Para alcançar este objetivo foi utilizada a metodologia hipotética-dedutiva que, com as referências bibliográficas utilizadas, constituem o suporte de argumentação para a análise da problemática. As reflexões sobre a temática permitem concluir que as Parcerias Público-Privadas não se esgotam nas possibilidades apresentadas pela Lei nº 11.079/2004, possuindo uma gama de possibilidades, onde o PROINFA é apenas um exemplo, conforme denotam as teorias presentes no Direito Comparado.

ABSTRACT

The purpose of this study is to introduce the Program of Incentive to Alternative Energy Sources – Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia (PROINFA) – as an example of partnership between the Public and Private sectors. For this reason one should observe that the term Public Private Partnership translates more than what is determined by law n° 11.079 of December 30, 2004. This analysis is based on references found in Comparative Law and examples may be found in the Brazilian Legal System with the Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA. The study includes primarily the characteristics of the Democratic State Right, an overview of the evolution of Global and Brazilian Economic Order, the Public Private Partnerships from the Comparative Law perspective, the development of the Brazilian Electric Sector and some of its special characteristics, and the study of PROINFA. To achieve these goals, a deductive mortgage methodology, that together with bibliographical research used, sustain our point of view of the problem. Reflections on the issue lead us to the conclusion that Public Private Partnerships are not bound to the limitations covered by law n° 11.079 of December 30, 2004, and have a range of possibilities, such as PROINFA, as shown in theories present in Comparative Law.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	i
RESUMO	iv
ABSTRACT	v

CAPÍTULO 1 – DA ORDEM ECONÔMICA

1.1. O Estado e a Ordem Econômica	1
1.1.1. Do Estado Liberal	2
1.1.2. Do Estado Intervencionista	4
1.1.3. Do Estado Neoliberal	6
1.2. A Ordem Econômica nas Constituições Brasileiras	13
1.2.1. A Disciplina da Atividade Econômica	18
1.2.2. Fomento	19
1.2.3. O Exercício Direto da Atividade Econômica	19
1.3. Considerações Gerais	20

CAPÍTULO 2 – O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

2.1. Estado de Direito	23
2.2. Estado Democrático de Direito	23
2.3. Brasil – Um Estado Democrático de Direito	25
2.4. Sistema Jurídico	25
2.5. Classificação dos Sistemas	27
2.6. Sistema Constitucional	28
2.7. Princípios	31
2.7.1. Conceito	31
2.7.2. Diferenciação entre os Princípios, Valores e Diretrizes	33
2.7.3. Distinção entre Princípios e Regras	34
2.7.4. Dos Princípios na Constituição de 1988	37
2.7.5. Classificação dos Princípios na Constituição de 1988	39
2.7.6. Considerações Gerais	40
2.8. Os Princípios de Larga Abrangência – Princípios Fundamentais ou Gerais	43
2.8.1. Princípio da proporcionalidade	43
2.8.2. Princípio da segurança jurídica	45

2.8.3. Princípio da supremacia do interesse público sobre o privado	47
2.8.4. Princípio da indisponibilidade dos interesses públicos	49
2.8.5. Princípio da igualdade	50
2.8.6. Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional	53
2.8.7. Princípio do contraditório	54
2.8.8. Princípio da ampla defesa	56
2.8.9. Princípio do devido processo legal	58
2.9. Os princípios jurídicos especiais referentes à Administração Pública	60
2.9.1. Princípio da legalidade	60
2.9.2. Princípio da finalidade	63
2.9.3. Princípio da motivação	65
2.9.4. Princípio da impessoalidade	67
2.9.5. Princípio da publicidade e da transparência	69
2.9.6. Princípios da moralidade e da probidade administrativa	70
2.9.7. Princípio da eficiência	73

CAPÍTULO 3 – DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

3.1. Da Reforma do Estado	76
3.2. As Parcerias Público-Privadas no Direito Comparado	77
3.2.1. Reino Unido	78
3.2.2. França	81
3.2.3. Alemanha	83
3.2.4. Portugal	83
3.3. Exemplos de Parcerias Público-Privadas no Setor Elétrico	84
3.4. Parcerias Público-Privadas em Sentido Amplo e Restrito	86
3.5. O Princípio da Legalidade na Administração Pública	88
3.6. Tipo, Tipicidade e Atipicidade	90
3.7. Das Parcerias Brasileiras no Setor Elétrico	94
3.7.1. Concessões na Área de Energia	94
3.7.1.1. Base Legal do Contrato de Concessão de Energia Elétrica	99
3.7.2. Polêmicas a respeito das Concessões e Permissões na prestação de Serviço Público	105
3.7.3. Do Produtor Independente	107

CAPÍTULO 4 - O SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO

4.1. Introdução	111
4.2. Histórico da Legislação aplicada ao Setor Elétrico Brasileiro	111
4.2.1. Pré-Regulamentação do Setor Elétrico – período de 1890 a 1934	111
4.2.2. Primeira Regulamentação do Setor Elétrico – período de 1934 a 1957	112
4.2.3. Estruturação Empresarial do Setor Elétrico – período de 1946 a 1968	113
4.2.4. Desenvolvimento do Setor Elétrico – período de 1964 a 1981	114
4.2.5. Crise do Setor Elétrico – período de 1981 a 1995	115
4.3. Marco Institucional Atual	116
4.4. Da Privatização do Setor Elétrico	121
4.5. Dos agentes que atuam no Setor Elétrico	121
4.5.1. O MME – Ministério de Minas e Energia	122
4.5.2. A ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica	124
4.5.3. O ONS – Operador Nacional do Sistema	125
4.5.4. O MAE – Mercado Atacadista de Energia Elétrica	126
4.5.5. O Produtor Independente	128
4.5.6. Os Usuários/Consumidores	129
4.6. Considerações gerais	130

CAPÍTULO 5 - PROGRAMA DE INCENTIVO ÀS FONTES ALTERNATIVAS DE ENERGIA – PROINFA

5.1. Formação	133
5.2. Fontes Alternativas de Energia	135
5.3. Do Produtor Independente e Produtor Independente Autônomo	138
5.4. Da Implantação do PROINFA	139
5.5. Da Chamada Pública	140
5.6. Do Processo de Seleção	146
5.7. Do Contrato	149
5.8. Do Custeamento	154

CONCLUSÕES	156
-------------------------	------------

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	160
---	------------

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

Capítulo 1 - DA ORDEM ECONÔMICA

A fim de avaliar melhor o contexto que propiciou o surgimento do Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA é necessário apreciar os antecedentes históricos e legais, bem como as políticas públicas econômicas.

1.1. O Estado e a Ordem Econômica

O Direito, com seu dinamismo próprio das ciências sociais, precisa, para sua compreensão, de uma pré-compreensão histórica e cultural que determine o seu desenvolvimento (e, às vezes, sua regressão) e o de seus institutos, a fim de que possa ser apreendido através de sua interligação sócio-temporal.

Neste diapasão, é fundamental o estudo dos Estados desde sua formação até suas atuais transformações, buscando traçar os alicerces principais que regem e determinam as estruturas de valores dentro das quais são conduzidas as ‘escolhas’ para o desempenho de suas atividades.

Assim, a partir da concepção do Estado, advirão conseqüências de ordem econômica, social, política e administrativa, que nortearão o rumo e estabelecerão as bases de relacionamento do Estado com a sociedade e, por conseguinte, do Estado com a iniciativa privada.

As raízes e as linhas fundamentais da sistematização dos Estados geram repercussão em suas atuações, seja no campo econômico ou social.

Para o desenvolvimento desta esquematização de uma realidade complexa, utilizar-se-á de fórmulas sintéticas que traduzam de maneira facilitada a realidade histórica, com a criação de macro-modelos que caracterizem os elementos dominantes de uma dada

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

realidade e que permitam o confronto entre seus antecedentes. Entretanto, as características são de caráter geral, tendo por base os países que integram a civilização ocidental.

Para explicitar as transformações do Estado e de sua Ordem Econômica, apesar das inúmeras nomenclaturas que aparecem na doutrina, adotar-se-á os termos de referência utilizados para designar suas principais características.

São três as fases bastante distintas que dividem a formação do Estado Moderno, tanto no Brasil quanto no mundo: O Estado Liberal, O Estado Intervencionista e o Estado NeoLiberal.

1.1.1. Do Estado Liberal

Na primeira fase, a do Liberalismo puro, o Estado é chamado de Estado liberal, Estado burguês ou Estado abstencionista, dentre outros. O Estado incumbia-se tão-somente da gestão de segurança, Justiça e alguns serviços essenciais, onde o foco da preocupação era a garantia da liberdade. Dele partiam e nele se depositavam todas as faculdades e prerrogativas de domínio que são utilizadas em nome do povo ou da nação, e não mais de acordo com a vontade do monarca².

O liberalismo, sob o prisma econômico, era visto como o meio necessário de garantir a liberdade, e se constituía como um dogma intocável, nesta primeira época. O poder estatal era vislumbrado como o inimigo número um da liberdade individual pela classe burguesa, que temia um impedimento de suas atuações pelo Estado.

² MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 79.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

O Estado Liberal era preocupado, primordialmente, em assegurar os direitos políticos e individuais, havendo grande preocupação em preservar um espaço individual no qual não deveria haver intervenção do Estado.

As mudanças no decorrer no século, em especial após a Primeira Grande Guerra, imprimem uma necessidade crescente de desenvolvimento e forçam uma aliança entre o setor público e o privado, concedendo ao Estado um papel de agente de implementação de políticas públicas.

Em verdade, com o decorrer da história, o liberalismo se apresenta deficiente, na medida em que não combate ou não procura deter os avanços da concentração econômica (monopólios), com a prejudicial supressão da concorrência e a supremacia do capital em detrimento do trabalho. Conseqüentemente, crises econômicas acontecem. Os princípios preconizados pelo liberalismo se fundamentam na proteção à liberdade e à igualdade. Entretanto, se mostram insuficientes para conter as desigualdades, o que impele o Estado a uma nova função de controlador do mercado, já que se encontrava comprometida a tentativa de auto-regulação do mercado, onde vigorava a regra do livre mercado (princípio sem princípio). Surgem neste contexto as primeiras leis *anti-trust*, que preservam a estrutura econômica e esboçam um controle necessário ao abuso referido.

O que se constata é que o abstencionismo começava a sofrer derrogações para o atendimento de situações críticas ou atuações subsidiárias para propiciar a correção de deficiências, como por exemplo a concessão de terrenos para a construção de ferrovias, e o financiamento público a indústrias de interesse estratégico³. Dentre outros fatores, o que se buscava, nesta época, eram soluções para uma realidade histórica que apresentava problemas centrais diversos e necessitava de uma atuação mais intensa do Estado para atender aos anseios e necessidades sociais e econômicas.

³ MEDAUAR, Op. cit. p. 81.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

Destaque-se que, de fato, como assevera MARCOS JURUENA⁴, nunca existiu um Estado totalmente liberal, como também nunca existiu um Estado que negasse a iniciativa privada em sua totalidade.

1.1.2. Do Estado Intervencionista

O Estado desta época também era chamado de Estado do Bem-Estar, Estado Providência, *Welfare State* ou Estado Social de Direito, dentre outras nomenclaturas presentes na doutrina.

Inicia-se, assim, o capitalismo assistencial, que assume um modelo de estatização parcial da economia, na medida em que este novo Estado deveria assegurar o bem-estar social e viabilizar a implementação da sua economia na ordem internacional. Atribui-se, assim, ao Estado, a missão de extinguir a desigualdade, ou pelo menos minimizá-la, a fim de cumprir com os ditames da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, que preconizava que os homens são livres e nascem iguais em direitos. Deste modo, resta ao Estado promover esta igualdade intervindo na ordem econômica e social, a fim de garantir sua implementação e, assim, cumprir com as promessas inspiradoras do início da era Moderna.

Esse ‘novo Estado’ instala-se no Brasil com a Constituição de 1934, comprometido com os Direitos Sociais, inicialmente de natureza trabalhista, tendo como exemplos a definição do limite à jornada de trabalho, o salário mínimo e férias. Em momento seguinte, o Estado é comprometido em exercer prestações efetivas de serviços como saúde, educação e previdência.

⁴ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo da Economia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

Para cumprir seu papel de “Estado Providência”, os Estados assumem novas atribuições e, para tanto, agigantam sua estrutura, a fim de atender a todas as categorias de serviços públicos, promover a indústria nacional e desenvolver as atividades econômicas, que são exercidas por intermédio das sociedades de economia mista ou empresas estatais.

Percebe-se que no Estado Liberal impera uma vontade de conter o poder do Estado em relação ao cidadão e se proclama a contenção da ação do Estado, enquanto que no Estado Social de Direito o indivíduo passa a exigir uma atuação estatal, a fim de promover a educação, a saúde, a moradia, o transporte dos seus cidadãos, além de promover subvenções e financiamentos para o desenvolvimento da economia nacional. Neste caso, o Estado foi chamado a atuar energicamente na esfera social e econômica, a fim de proporcionar a tão desejada justiça social.

O Estado se agiganta, a fim de atender a todos estes anseios, sem, entretanto, cumprir de maneira satisfatória as suas funções. Assim, começa a sofrer críticas quanto à ampliação de suas funções, e, a partir da década de oitenta, começa uma nova discussão visando a desregulamentação, que desvela o surgimento do neoliberalismo.

Em verdade, o sistema capitalista busca sua renovação mais uma vez, o que, aliás, revela sua primordial característica, que lhe garante a integridade ao longo da história, qual seja, a possibilidade de se moldar e de se adequar a novas formas e modelos.

Acrescente-se a este contexto que, em busca de mercados, a economia internacional inicia uma pressão na reformulação da participação do Estado na economia, para que seja possibilitada a privatização da economia e a conseqüente quebra de monopólios estatais, com a abolição das políticas protecionistas. A justificativa para a necessidade de interação na ordem econômica mundial, e a conseqüente abertura do mercado, é o endividamento dos Estados subdesenvolvidos.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

EROS ROBERTO GRAU⁵ assevera que o que se revela, neste contexto, é uma forte contradição entre o neoliberalismo – que exclui e marginaliza – e a democracia, que supõe o acesso de um número cada vez maior de cidadãos aos bens sociais.

Para MARIA SYLVIA DI PIETRO,⁶ o excessivo crescimento de funções do Estado – que o transforma em verdadeiro Estado Prestador de Serviços, Estado Empresário, Estado Investidor – resulta em desequilíbrio dos Poderes, ou seja, afeta o Princípio da separação dos Poderes, na medida em que há um excessivo fortalecimento do Poder Executivo. Além disto, resulta em uma ação interventiva desmesurada, já que passa a atuar em todos os setores da vida social e na própria liberdade individual.

Este cenário propiciou uma tendência mundial de superação do modelo providencialista e um retorno a um modelo econômico liberal (neoliberalismo). Assim, a auto-regulação das forças de mercado constituiu-se em um dos principais alicerces dos processos da reforma estatal iniciada nos anos 80 e 90 do séc. XX⁷.

1.1.3. Do Estado Neoliberal

A literatura jurídica também se refere ao Estado Contemporâneo como Estado Regulador, Estado Subsidiário, Estado Controlador e Estado Cooperativo, buscando, de acordo com a referência, destacar uma de suas conotações.

⁵ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 8ª. ed. Malheiros, 2003. p. 47.

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, 5ª ed. São Paulo ed. Atlas, 2005. p. 27-32.

⁷ A auto-regulação vem sendo proposta pela comunidade financeira mundial como diretriz reformadora desde 1989, por meio do Consenso de Washington, os organismos internacionais e economistas latino-americanos que discutiram um conjunto de reformas essenciais para que a América Latina. superasse a crise econômica e retomasse o caminho do crescimento.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

A compreensão deste novo modelo de Estado deve integrar fatores como a Globalização, o Neoliberalismo e a Privatização.

O desafio do Estado agora é integrar e ampliar as missões anteriores, diminuindo de tamanho e sendo cada vez mais democrático, tanto na participação popular quanto nas atividades de Controle da Administração Pública. “Por outras palavras, o Estado, sem deixar de ser **Estado de Direito**, protetor das liberdades individuais, e sem deixar de ser **Estado Social**, protetor do bem comum, passou a ser também **Estado Democrático**⁸”.

A globalização se caracteriza pela internacionalização dos mercados, dos capitais e da produção, formando um grande mercado planetário, onde ocorre a livre circulação de capitais financeiros e comerciais, o que obriga a eliminação de todas as barreiras nacionais, que passam a ser combatidas, a fim de que haja proliferação das zonas de livre comércio e de uniões econômicas. O fenômeno, basicamente econômico, produz efeitos nas esferas sociais, jurídicas e políticas, por exemplo.

A doutrina mundial tem salientado alguns efeitos da Globalização, tais como:

- a) As forças econômicas mundiais passam a dominar as políticas monetária, fiscal e cambial, influenciando as decisões internas dos Estados nas diversas esferas;
- b) Os Estados passam a agregar-se em blocos, tais como Mercosul, União Européia, entre outros;
- c) Proliferam um grande número de organizações internacionais (ONU, OEA, OMC), criando gestões globais com as quais os Estados compartilham as funções e executam as diretrizes;

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, 5ª ed. São Paulo: ed. Atlas, 2005. p. 27-32.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

- d) Diminui a atuação estatal e, conseqüentemente, a Democracia, na medida em que as necessidades do mercado substituem as escolhas políticas, sociais e democráticas.

O Neoliberalismo foi uma expressão resultante do Consenso de Washington⁹, para designar o conjunto de idéias preconizadas em prol de uma economia de mercado, que tem por escopo o fortalecimento do mercado privado, a privatização das empresas estatais, o livre comércio internacional, o controle da inflação e a redução do *déficit* público, entre outros.

As Privatizações – aqui utilizadas no sentido amplo, a fim de sintetizar todas as medidas que, de uma forma ou de outra, contribuem para a diminuição do tamanho do Estado, tais como a quebra dos monopólios públicos, a venda de empresas estatais, o aumento na utilização de concessões e permissões de serviços públicos e o incentivo à auto-regulação – ganham uma dimensão e um impulso muito fortes, a fim de modificar e redefinir a estrutura do Estado, que passa a renunciar ao papel de Estado empresário.

Deste modo, o novo desempenho do Estado na economia evoluiu de um papel conformativo do mercado, próprio das regulamentações diretas e indiretas, e do papel substitutivo do mercado, próprio das intervenções concorrenciais e monopolísticas, para tornar-se regulador de mercado, alocador de recursos, parceiro econômico e fomentador econômico¹⁰.

⁹ Reunidos na capital americana em novembro 1989 no *International Institute for Economy*, funcionários do governo dos EUA, dos organismos internacionais e economistas latino-americanos discutiam um conjunto de reformas essenciais para que a América Latina superasse a crise econômica e retomasse o caminho do crescimento. O diagnóstico era: dívida externa elevada, estagnação econômica, inflação crescente, recessão e desemprego. As conclusões desse encontro passaram a ser denominadas informalmente como o Consenso de Washington, expressão atribuída ao economista inglês John Williamson. O consenso representava uma corrente de pensamento na defesa de um conjunto de medidas técnicas em favor da economia de mercado, que visavam, em tese, a recuperação econômica dos países latino-americanos.

¹⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O Novo Papel do Estado na Economia*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, nº 241, Ed. Renovar jul-set/2005.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

As conseqüências desta mudança são diversas e atingem a estrutura política, social, econômica e jurisdicional dos Estados.

Comparando-se o Estado liberal com o neoliberal, poder-se-ia dizer que naquele, o Estado só exercia as atividades essenciais, resguardando a idéia da liberdade individual tão característica daquela época, enquanto que neste, além das atividades essenciais, próprias do Poder Público, o Estado exerce as atividades econômicas e sociais que não são desempenhadas a contento pelo regime da livre iniciativa e da livre concorrência. Cabe ao Estado buscar maneiras de impulsionar a iniciativa privada a participar ou não no desenvolvimento das atividades econômicas, seja por intermédio de subsídios, fomento ou parcerias, por exemplo.

Para o aprofundamento da questão, faz-se necessário mencionar que, para FOUCAULT¹¹, em análise do neoliberalismo alemão do pós-guerra, do qual somos contemporâneos, inicialmente o problema da inovação representada pela liberdade de mercado para o Estado de Polícia do séc. XVIII, no qual as liberdades eram apenas de privilégios, associadas a um *status*, um ofício ou uma concessão do poder, foi o contraponto do *laissez-faire*. Assim, este processo aumentaria o poder do Estado: *mais Estado via menos governo*.

Na Alemanha de 1945-1948, o problema era o inverso: o de um estado inexistente. Como construir e legitimar antecipadamente este Estado futuro? Como torná-lo aceito a partir de uma liberdade econômica que vai ao mesmo tempo garantir a limitação do Estado e ser fiadora de sua existência? Este foi o primeiro objetivo político e histórico do neoliberalismo, e, para sua consecução, foi necessário reelaborar elementos fundamentais da doutrina liberal – mais a política que a econômica.

¹¹ FOUCAULT, Michael. *Naissance de la Biopolitique*. Cours ao Collège de France (1978-1979), Hautes Études, Gallimard Seuil.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

Esta tarefa coube a intelectuais em torno do futuro Chanceler Erhard: EUCKEN¹², BÖHM¹³ e MÜLLER-ARMACK¹⁴, além de outros como RÖPKE¹⁵, RÜSTOW¹⁶ e HAYEK¹⁷. Todos partiram de Max Weber, para quem, diferentemente de Marx, importava menos o problema da lógica contraditória do capital do que o da racionalidade irracional da sociedade capitalista.

Este problema foi retomado, ainda que em sentidos diversos, tanto pela Escola de Fribourg como por Horkheimer e a Escola de Frankfurt. Esta se preocupou em definir a nova racionalidade social, a qual anularia a irracionalidade econômica, enquanto aquela buscou redefinir uma racionalidade econômica que permitisse anular a irracionalidade social do capitalismo.

Este era o antagonismo *Weberiano* central na Alemanha. No âmago da reflexão de ambas as Escolas estava a experiência do nazismo. As Escolas tinham três tarefas: a primeira era definir um objetivo – que seria fundar a liberdade do Estado a partir de um espaço de liberdade dos sócios econômicos; a segunda era definir o sistema geral que seria atingido por esse objetivo; a terceira, atingir o objetivo — redistribuindo, para este fim, os recursos conceituais e técnicos de que dispunham.

Releva notar que o neoliberalismo alemão teve antecessores, como Brentano e List. Este último preocupou-se, já em 1840, com o fracasso do *Zollverein*¹⁸ para constituir um

¹² Economista, aluno de Alfred Weber, irmão de Max, professor de economia política em Friburgo em 1927, onde conheceu Husserl, o pai da fenomenologia, bem como juristas alemães que romperam com tradição formalista, dogmática e estatizante de Kelsen. Cria a revista *Ordo* e em torno dele se agrupam os ordoliberais ou a Escola de Fribourg.

¹³ Outro integrante da Escola de Fribourg.

¹⁴ Buscou definir a arte de governar economicamente, *owirtschaftsstil* (estilo econômico). Foi secretário de Estado de Erhard.

¹⁵ Anti-keynesiano exilado a partir da ascensão de Hitler em 1933, escreveu *gesellschaftskrisis*, outra bíblia desse pensamento, além de *grundlagen der nationalökonomie* de Eucken.

¹⁶ Filho de um oficial general da Prússia, adepto de um socialismo radical.

¹⁷ Austríaco que foi um dos fundadores do anarco-capitalismo dos Estados Unidos.

¹⁸ União Aduaneira dos Estados da Confederação Germânica.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

estado alemão nos moldes do liberalismo clássico. Para List e seus sucessores, o liberalismo econômico não era senão o instrumento utilizado pela Inglaterra para atingir uma posição hegemônica sobre o resto do mundo, e não a forma geral que toda política econômica deveria adotar. Ele servia à Inglaterra enquanto potência marítima; a Alemanha, por sua vez, teria de adotar política protecionista. Este era o primeiro obstáculo ao primado do neoliberalismo em terras alemãs. O segundo era o socialismo de estado de Bismarck, que refletia a necessidade de reintegrar o proletariado ao consenso social e político alemão. O terceiro, a economia planificada, de guerra, na qual se tomavam as decisões essenciais da economia, e na qual a Alemanha viveu até o fim da guerra. Por fim, havia o dirigismo de estado do tipo Keynesiano, a partir de 1930. Estes foram os quatro obstáculos ao primado do liberalismo na Alemanha de encontro aos quais foram os neoliberais alemães.

Com o nazismo, a partir de 1933, formar-se-ia um sistema composto de economia protegida, assistencialista, planificada e keynesiana, de um protecionismo absoluto e inflacionista, preparando o terreno para a economia de guerra que viria.

Enquanto todos criticavam este modelo econômico nazista pela disparidade e contradição entre seus elementos, os ordoliberais argumentavam que cada um destes elementos acarretava necessariamente nos demais. Começaram a analisar cada um dos sistemas isoladamente – o soviético, o *new deal*, o trabalhismo inglês, etc. – mostrando que levavam ao nazismo.

Este era, sobretudo, o crescimento indefinido de um poder estatal. Nisto havia um paradoxo, pois o nazismo foi a tentativa mais sistemática de desaparecimento do Estado. O Estado, no regime nacional-socialista, havia perdido sua personalidade jurídica, sendo reduzido à condição do fundamento último do direito, objetivo último de toda organização — o *volk*¹⁹, organizador da *gemeinschaft*²⁰. Ademais, a estrutura do governo nazista não se

¹⁹ Povo.

²⁰ Comunidade.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

submetia ao princípio da hierarquia, mas ao da condução, ao dever de todos, do mais alto ao mais baixo, de obedecer a seu *führer*²¹.

Sobre isto, os ordoliberais observarão que, se o Estado parece ter desaparecido, é porque suas formas tradicionais não atendiam mais à demanda de estatização da política econômica do *reich*. Para os nazistas, o capitalismo produzira uma sociedade de massa, unidimensional, de consumo, onde não havia comunicação direta entre os indivíduos, ao qual contrapuseram seu modelo.

Para os neoliberais, porém, o nazismo só acentuou esta sociedade normalizadora, em que a comunicação se fazia por signos e espetáculos. Estes e a uniformização, portanto, integram o antiliberalismo, e não a economia de mercado. Assim, os defeitos que se atribuem a esta, na verdade pertencem ao Estado. Não se trata, portanto, de circunscrever a ação do Estado dentro de um limite, mas de organizá-lo, tendo por princípio regulador a liberdade do mercado. É esta que supervisionará aquele, e não o contrário. Este tipo de análise só se tornou possível para os ordoliberais a partir do nazismo.

É aí que se pode analisar o neoliberalismo atual, que não é de modo algum a recorrência da economia liberal do séc. XVIII – que se centra na questão de saber se uma economia de mercado pode servir de princípio, forma e modelo para um Estado. O verdadeiro objetivo do liberalismo seria empreender uma formalização geral dos poderes do Estado e da organização da sociedade a partir de uma economia de mercado, e definir até onde se estenderão os poderes de informação políticos e sociais da economia de mercado. Para tornar isto possível, os ordoliberais operarão deslocamentos e transformações na teoria liberal clássica, como será explicado a seguir.

O primeiro deslocamento vai da troca à concorrência, enquanto princípio do mercado. No séc. XVIII, o mercado se definia pela troca. Nela, a concorrência é princípio

²¹ Condutor.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

formalizador, com estrutura própria, cujos efeitos só se produzirão se sua lógica particular for respeitada.

Na verdade, porém, como ensinaria Husserl, a concorrência não é um dado da natureza, mas fruto de uma política ativa, objetivo histórico da arte de governar. À ciência econômica cabe a análise dos mecanismos formais que tornam a concorrência possível, ao passo que caberá à história analisar os sistemas que possibilitarão ou impossibilitarão o funcionamento destes processos.

Deste modo, a relação entre a economia concorrencial e o Estado não é mais de delimitação recíproca dos respectivos domínios. Não há mais um simples jogo do mercado que se precisa deixar atuar livremente, ou um domínio em que o Estado intervirá, porque o mercado agora (ou a concorrência perfeita, que constitui sua essência) só surge quando produzida por um governo ativo. A partir de então, ter-se-á uma cobertura completa dos mecanismos de mercado sobre a concorrência e a política governamental. O governo deve acompanhar de um extremo ao outro a economia de mercado. É preciso que se governe para o mercado, mais do que governar por causa do mercado. Assim, a relação definida pelo liberalismo do séc. XVIII se inverteu por completo. O problema então consistirá em saber qual será o tipo de delimitação, ou qual será o efeito, para a arte de governar, deste princípio segundo o qual a construção do mercado constitui o objetivo de um governo.

1.2. A Ordem Econômica nas Constituições Brasileiras

A passagem de uma ordem econômica para outra nem sempre significa uma ruptura de suas estruturas, mas apenas uma correção de possíveis distorções prejudiciais ao desenvolvimento econômico e social. Assim, a passagem ocorre gradualmente através de inserções na ordem econômica.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

A expressão ‘ordem econômica e social’ aparece nas Constituições Brasileiras de 1934, 1946 e 1967, com a Emenda nº 1 de 1969. Excetua-se apenas a Constituição de 1937, que menciona somente a ‘ordem econômica’, e a de 1988, onde aparecem duas ordens: uma econômica e uma social, o que destacam alguns autores tratar-se de uma diretriz de um capitalismo que se direciona a assumir uma finalidade social.

Pode-se verificar que a contemplação, pela ordem jurídica, do conjunto de normas a que se refere como ordem econômica, não é uma inovação deste século que, por si só, peculiarize a ordem jurídica intervencionista. Somente a dinâmica da ordem econômica é que a caracterizaria como ordem jurídica intervencionista ou não. Deve-se destacar que a ordem econômica não se esgota no nível constitucional, compondo-se por inúmeras normas infraconstitucionais.²²

O estudo da ordem econômica é a própria teorização de uma Constituição Econômica que deve viabilizar e auxiliar a aplicação das normas jurídicas. Entretanto, como anteriormente mencionado, a ordem econômica se modela pela conjugação de normas constitucionais e disposições infraconstitucionais. Assim, como ocorre com as outras normas constitucionais, existem disposições contidas no título ‘Ordem Constitucional’ que só são assim classificadas por estarem formalmente aí inseridas (ex: art. 173, §3º - norma econômica constitucional formal).

No que concerne à atuação do Estado, ela (a ordem econômica) é assim chamada quando se refere a uma ação ampla no campo do domínio econômico, e se denominará intervenção quando sua atuação estiver abrangendo área de outrem, ou seja, na área de titularidade do setor privado.

A atuação estatal nos regimes dos contratos age sobre dois pilares da teoria contratual, quais sejam, a liberdade de contratar e abster-se de contratar, e a liberdade de

²² GRAU, op.cit., p. 65.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

configuração interna dos contratos. No campo da liberdade de contratar, apresentam-se duas limitações: as limitações imanentes ao próprio instituto contratual, e neste campo estariam abrangidas as obrigações de contratar dos concessionários de serviço público (art. 175, IV da Constituição da República) e a obrigação de fazê-lo quando a recusa contraria os bons costumes – médico não pode recusar a atender enfermo e monopólio não pode se recusar a prestar serviços – e as limitações derivadas de princípios de economia dirigida, que podem ser imanentes, quando criam vínculo obrigacional de contratar independente de limitação legal, e não imanentes, quando esta obrigação decorre de previsão legal.

Outro aspecto importante é relativo à utilização da expressão ‘atividade econômica’, que aparece em nossa Carta Magna indistintamente em dois sentidos: o primeiro, no sentido de gênero, e como tal comporta os serviços públicos e a atividade econômica em sentido estrito como espécie; e o segundo, que é a atividade econômica como espécie. No capítulo da ordem econômica, a expressão ‘atividade econômica’ contida no art. 170, § único e 174, a expressão estaria consubstanciada em seu sentido amplo, como gênero das espécies serviço público e atividade econômica em sentido estrito. Já no art. 173, *caput* e seu § 1º, denotam simplesmente o sentido de atividade econômica *stritu sensu*.²³

A Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988 pode ser classificada como uma *Constituição dirigente*, enunciando o conjunto de diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade, tratando-se mesmo de um plano global normativo.

A contemplação da Ordem Econômica na referida Lei Superior encontra-se em seu Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira – que reúne os artigos 170 a 181, sem, entretanto, se esgotar neles, já que diversos outros preceitos que contêm disposições que operam a institucionalização da ordem econômica se encontram em outros capítulos, como por exemplo, os arts. 1º, 3º, 7º a 11, 201, 202, 218 e 219. Além destes, outros devem ser

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

acoplados a estes, por afetarem seu modo específico, dentre os quais o art. 5º, LXXI, art. 4º, I, art.37, XIX e XX, § 2º do art. 103, art.149 e art. 225.

Por ser a Constituição de 1988 uma Constituição principiológica, é da interação de seus princípios que se traçam as diretrizes que compõem a Ordem Econômica e que, portanto, devem pautar as estruturas elementares do Estado, de sua Sociedade e suas inter-relações.

A Constituição da República de 1988 apresenta como um dos princípios fundamentais, basilares, capitulado em seu no art 1º, a **Livre Iniciativa**.

O princípio da livre iniciativa pode ser decomposto em alguns elementos que lhe dão conteúdo, todos eles desdobrados no Texto Constitucional. Pressupõe ele, em primeiro lugar, a existência de propriedade privada, isto é, de apropriação particular dos bens e dos meios de produção (Constituição da República, arts. 5º, XXII e 170, II). Em parte, isto integra, igualmente, o núcleo da idéia de livre iniciativa e liberdade de empresa, conceito materializado no parágrafo único do art. 170, que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização, salvo nos casos previstos em lei. A seguir, situa-se a livre concorrência, lastro para a faculdade de o empreendedor estabelecer os seus preços, que não de ser determinados pelo mercado, em ambiente competitivo (Constituição da República, art. 170, IV). Por fim, é da essência do regime de livre iniciativa a liberdade de contratar, decorrência lógica do princípio da legalidade, fundamento das demais liberdades, pelo qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (Constituição da República, art. 5º, II).

É bem de ver que, embora a referência à livre iniciativa seja tradicional nos textos constitucionais brasileiros, a Carta de 1988 traz uma visão bem diversa da Ordem Econômica e do papel do Estado, em contraste com os modelos anteriores. Já não se

²³ GRAU, op.cit., p. 65.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

concede mais, como fazia a Carta de 1967/69, ampla competência na matéria ao legislador ordinário, ao qual era reconhecida até mesmo a possibilidade de instituir monopólios estatais²⁴. As exceções ao princípio da livre iniciativa, portanto, deverão estar autorizadas pelo próprio texto da Constituição de 1988 que o consagra. Não mais se admite que o legislador ordinário possa livremente excluí-la, salvo se agir fundamentado em outra Norma Constitucional específica.

De acordo com o sistema constitucional que aqui se vem expondo, é fora de dúvida que os particulares são os principais atores da ordem econômica brasileira. Têm eles direito subjetivo à livre concorrência e à busca do lucro, e o dever jurídico de observarem os princípios de funcionamento da atividade econômica. O significado desta preeminência da livre iniciativa foi captado e enfatizado por TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR., nos seguintes termos:

"Afirmar a livre iniciativa como base é reconhecer na liberdade um dos fatores estruturais da ordem, é afirmar a autonomia empreendedora do homem na conformação da atividade econômica, aceitando sua intrínseca contingência e fragilidade; é preferir, assim, uma ordem aberta ao fracasso a uma 'estabilidade' supostamente certa e eficiente. Afirma-se, pois, que a estrutura da ordem está centrada na atividade das pessoas e dos grupos e não na atividade do Estado. Isto não significa, porém, uma ordem do '*laissez faire*', posto que a livre iniciativa se conjuga com a valorização do trabalho humano."²⁵

Tais idéias, naturalmente, não são incompatíveis com o conceito moderno de função social da empresa. Embora não referido de modo expresso no Texto Constitucional, integra ele o sistema jurídico, como decorrência da idéia de Estado Democrático de Direito,

²⁴ Este era o teor do art. 163 da Constituição de 1967/69: "São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais.

²⁵ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Congelamento de preços - tabelamentos oficiais* (parecer), in Revista de Direito Público nº 91, 1989, p. 77.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

inspirada por valores como justiça social e participação. A empresa há de ter compromisso social com os parceiros com os quais interage e com a sociedade como um todo.

Pelas ideologias constitucionalmente adotadas, elucidadas através dos referidos princípios, pode-se afirmar que, na Ordem Econômica na Constituição de 1988, o Estado pode intervir no domínio econômico pela disciplina da atividade econômica, pelo fomento e pelo exercício direto da atividade econômica²⁶.

1.2.1. A Disciplina da Atividade Econômica

Ao Estado cabe a segurança das relações jurídicas. Portanto, cabe a ele a disciplina das atividades e a sistematização do planejamento, a fim de que haja atendimento do interesse público, ou seja, atendimento aos anseios da sociedade.

A intervenção, que ocorre pela disciplina da atividade econômica, engloba uma vertente legislativa, quando da edição de normas, e uma vertente administrativa, exercida no âmbito do poder de polícia.

No âmbito de sua atuação legislativa (art. 174 da Constituição da República), estaria englobado o planejamento, como ocorre, por exemplo, na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), que fixa as metas e as prioridades a serem executadas.

A intervenção do Estado no Domínio Econômico, no âmbito de sua competência legislativa, também se evidencia na edição de normas que regulam a atuação dos agentes econômicos. Como exemplo, pode-se citar o Código do Consumidor, a Lei Antitruste e a lei de Repressão ao Abuso do Poder Econômico.

²⁶ Classificação de Luis Roberto Barroso *in* *Intervenção do Estado no Domínio Econômico*. Revista: BDA abril/1996.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

A outra forma de intervenção do Estado, ainda dentro da disciplina econômica, é a ligada à sua fiscalização, qual seja, o poder de polícia do Estado. Aqui estariam contidas as restrições às atividades econômicas que o Estado faz nas esferas ambiental, sanitária, trabalhista, etc.

1.2.2. Fomento

O poder de intervenção do Estado por intermédio dos fomentos, ou seja, concedendo incentivos ou desestimulando determinadas atividades, é enorme e está previsto constitucionalmente em diversas áreas, como por exemplo na cultura (art. 215 e §3º do art. 216), desporto (art. 217), e ciência e tecnologia (arts. 218 e 219).

Vários são os mecanismos de fomento, que vão desde incentivos fiscais, tais como a diminuição de alíquota do imposto, até os subsídios, que são donativos, sem obrigação de reembolso, que viabilizam os produtos a terem preços acessíveis à sociedade, ao mesmo tempo em que permitem à empresa a manter sua produção.

Destaque-se aqui o fomento que é prestado por intermédio de concessão de garantias, que permitem a empresas privadas recorrerem ao mercado de capitais para obter condições para o desempenho de atividades de interesse público.

1.2.3. O Exercício Direto da Atividade Econômica

A terceira forma de intervenção do Estado no domínio econômico está ligada à titularização do Estado no desenvolvimento de determinada atividade econômica.

Nesta hipótese, a atuação estatal está limitada ao princípio da subsidiariedade, qual seja, de que a atividade estatal deve ser exercida tão-somente em caráter suplementar ao da iniciativa privada.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

A Constituição não consagra expressamente este princípio, deixando grande margem de atuação do Estado no exercício de atividades econômicas, pois o permite “quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei” (2ª parte do art. 173).

Assim, podemos concluir que o Estado pode prestar serviços públicos e, excepcionalmente, somente nos casos previstos na Constituição, pode exercer atividade econômica.

Quanto aos serviços públicos, eles podem ser prestados diretamente pelos órgãos estatais, indiretamente por meio de entidades criadas para este fim, ou por intermédio do instituto da delegação para a iniciativa privada, conservando – o Estado – a sua titularidade.

O grande problema que assombra e que deve balizar a atuação estatal é a escassez de recursos presentes na Administração Pública, que impede o Estado de açambarcar para si todas estas atividades, tornando-se imperiosa a conjugação de esforços com as entidades privadas para garantir os recursos necessários ao desenvolvimento das estruturas mínimas do Estado.

Deste modo, a doutrina administrativa demonstra a necessidade de que a presença do Estado só deva se dar onde for indispensável, devendo criar modelos de gestão e parcerias que enxuguem a máquina estatal e melhorem o modelo administrativo, com benefícios em qualidade e eficiência.

1.3. Considerações Gerais

A história nos ensina que o Estado liberal foi arquitetado a partir da Revolução Francesa e implementou a separação de poderes a fim de garantir a liberdade individual, marcando, por consequência, o fim do Estado mercantilista. Ao longo do tempo, o uso

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

desmedido da liberdade levou a distorções que geraram uma dominação e subjugação dos fortes e poderosos sobre os mais fracos.

A fim de resolver este problema, surge o Estado intervencionista e assistencialista, que busca acabar com estas distorções, tomando para si a tarefa de produzir riquezas e as espalhar aos integrantes da sociedade, Estado este inspirado, muitas vezes, na concepção de Marx. O modelo gerou novas deformações, já que houve o agigantamento da máquina estatal e o endividamento dos Estados, inflações galopantes e, conseqüentemente, obrigou a uma nova revisão do Estado. Apresentando como marco o Consenso de Washington, surge o chamado Estado neoliberal, que apresenta como solução para estes males as privatizações e a abertura dos mercados, que, no contexto da globalização, corroboram para a captação de recursos privados, a diminuição da máquina estatal e também do seu endividamento.

Este é o quadro que, de maneira resumida, tentou-se mostrar nos pontos anteriores e que se apresenta na doutrina pátria.

Sob o prisma filosófico, a primeira reflexão seria se, de fato, para enfrentar e analisar a questão, estariam sendo colocados na ‘mesa de discussão’ todos os fatores que realmente interagem no sistema, conforme sugere NIKLAS LUHMANN, e todas as contingências que são geradas, a fim de poder tomar as decisões e enfrentar os paradoxos.

Para Luhmann, o sistema social se baseia em uma dupla contingência (expectativas sobre expectativas), isto é, a seletividade das possibilidades não depende somente de um homem, mas também dos outros. Assim, as incertezas e o não comportamento definido elevam o risco de frustrações, produzindo tanto a cooperação quanto os conflitos.

Ora, deve-se analisar a questão sobre o prisma da matéria-prima, qual seja: **o homem**. A solução das questões passa necessariamente pelo homem, seus medos e riscos, e ele deturpará qualquer sistema em que se sinta ameaçado e sob fortes riscos. Neste sentido, podemos compreender que os diversos escândalos de corrupção que permearam o Brasil

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

nos últimos anos são demonstrações de um sistema altamente arriscado e envolvente que gera insegurança ao homem e, como reação, ele tenta interagir de modo a garantir sua pseudo-segurança. É neste contexto que, sem que haja um trabalho de melhoria na crença dos homens, uns nos outros, a colaboração perde lugar para o conflito, pois se entende estar numa selva onde a sobrevivência justifica tudo. Conseqüentemente, os conflitos e deturpações continuarão a aparecer, sendo necessárias novas e novas estruturas para o Estado, pois se dirá que a anterior falhou e que estaremos por consertá-la.

É imperioso que haja uma complementação entre a moral do comportamento humano e a positivação do Direito, para que haja verdadeiramente uma diminuição de riscos e contingências e para que possa haver a prevalência da cooperação sobre o conflito.

Falar em colaboração, *lato sensu*, e em parceria, *stritu sensu*, requer pressupostos de diminuição de incertezas, e mesmo de confiança mútua. E esta confiança não decorre exclusivamente de leis (normas), mas principalmente de uma conduta que propicie uma diminuição de riscos e frustrações, para que o sistema possa funcionar internamente e interagir com o meio, a fim de se auto-sustentar.

A parceria, assim, se bem utilizada, pode servir como elemento fundamental para servir a vários objetivos para o desenvolvimento do Estado, podendo formalizar-se por diferentes formas jurídicas.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

Capítulo 2 - O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

2.1. Estado de Direito

No início do séc. XIX, havia, basicamente, duas propostas no constitucionalismo alemão: O “constitucionalismo da restauração”, cujo paradigma era a Carta Constitucional de Luís XVIII, com fundamento monárquico, e o “Constitucionalismo da Revolução”, com alicerce na Soberania Popular. Surge, então, o *Rechtsstaat* – o Estado de Direito como uma alternativa. No fim do séc. XIX, a idéia de Estado de Direito se fortalece no sentido de um Estado Liberal de Direito, onde os direitos fundamentais decorriam de um respeito a uma esfera de liberdade individual, e não de uma simples declaração revolucionária. Deste modo, passa a haver um entendimento de que os dois direitos fundamentais – Liberdade e Propriedade (*Freiheit und Eigentum*) – só poderiam sofrer intervenções quando houvesse permissão de lei aprovada pela representação popular. O Direito passa a limitar a atuação do soberano e do próprio Estado.²⁷

Surge, então, a conjugação entre o Estado de Direito e o Estado Constitucional, ou seja, como sendo aquele Estado que faz subordinar todas as suas atividades e poderes estatais à norma jurídica preexistente.

2.2. Estado Democrático de Direito

O Estado Democrático de Direito é mais abrangente que o Estado de Direito, na medida em que engloba tanto a “liberdade negativa” (ou “liberdade de defesa”), presente no Estado de Direito, quanto a liberdade positiva, que se traduz no exercício democrático do poder. Deste modo, deve haver a conjugação, por um lado, da legitimidade do direito, dos

²⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 90-91.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

direitos fundamentais e do processo de legislação, e, por outro, da legitimidade de uma ordem de domínio e da legitimação do exercício do poder político.²⁸

A compreensão de Estado Democrático de Direito está associada diretamente aos procedimentos legislativos, eleitorais e, em especial, os judiciais, que permitem a sua realização.

O elevado grau de complexidade da sociedade pós-moderna e a crescente inovação dos seus problemas sociais exigem que a solução dos problemas seja alcançada por intermédio de procedimentos que permitam o exame de cada posição divergente e da ponderação entre a parcela de razão que lhe cabe e a superioridade de um frente aos demais, em cada situação específica.²⁹

Neste sentido, cabe a lição de GUERRA FILHO³⁰, para quem “a fórmula do Estado Democrático se firma a partir da revalorização dos clássicos direitos individuais de liberdade, que se entende não poderem jamais ser demasiadamente sacrificados, em nome da realização dos direitos sociais. O Estado Democrático de Direito, então, representa uma forma de superação dialética da antítese entre os modelos liberal e social ou socialista de Estado.” Continua ele dizendo que “em sendo assim, tem-se o compromisso básico do Estado Democrático de Direito na harmonização de interesses que se situam em três esferas fundamentais: a **esfera pública**, ocupada pelo Estado, a esfera privada, em que se situa o indivíduo, e um segmento intermediário, a coletividade, em que se tem os interesses de indivíduos enquanto membros de determinados grupos, formados para a consecução de objetivos econômicos, políticos, culturais ou outros.”

²⁸ CANOTILHO, op. cit., p. 91.

²⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Editora, 2005. p. 22-23.

³⁰ GUERRA FILHO, op. cit., p. 25.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

2.3. Brasil – Um Estado Democrático de Direito

A Constituição da República Federativa do Brasil afirma, em seu artigo primeiro, que se constitui como um Estado Democrático de Direito, e elenca os seus princípios fundamentais. É assim, a partir desta fórmula política, que deve ser desenvolvido todo o conjunto de organização político-social³¹, e é a partir deste contexto que se deve construir todo o Sistema Jurídico.

2.4. Sistema Jurídico

O conceito de sistema encontra na literatura jurídica e filosófica diversas definições que tentaremos transcrever, de modo a possibilitar uma visão do assunto buscando os elementos de conversão, ou seja, os elementos fundamentais que permitem sua caracterização.

Para KANT³², sistema é a “**unidade**, sob uma idéia, de conhecimentos variados”, ou seja, “um conjunto de conhecimentos ordenados segundo princípios”. Para SAVIGNY³³, sistema é a “concatenação interior que liga todos os institutos jurídicos e as regras de Direito numa grande **unidade**”. EISLER³⁴ define sistema como sendo “uma concepção objetiva ou real, como um conjunto global de coisas, processos ou partes, no qual o significado de cada parcela é determinado pelo conjunto supra-ordenado e supra-somativo, e, numa concepção lógica, como uma

³¹ Op. cit., p.16-17.

³² KANT, Immanuel. *Metafysische Anfangsgründe der Naturwissenschaft*, 1ª ed. (1786), preâmbulo, p. IV *apud* CANARIS, Wilhelm Claus. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, Tradução de A. Menezes Cordeiro 3ª. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 10.

³³ SAVIGNY, Friedrich. *System des heutigen Römischen Rechts*, v. 1, Berlim, 1840 *apud* CANARIS, Wilhelm Claus. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, Tradução de A. Menezes Cordeiro 3ª. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 10-11.

³⁴ EISLER, Rudolf. *Wörterbuch der philosophischen Begriffe*, 4ª ed, Berlim, 1927-1930 *apud* CANARIS, Wilhelm Claus. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, Tradução de A. Menezes Cordeiro 3ª. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 10.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

multiplicidade de conhecimentos **unificada** e que prossegue através de princípios, com a finalidade de formar um conjunto ou uma estrutura unificada em termos interiores lógicos.”

Deste modo, podemos, assim como CANARIS³⁵, destacar dois elementos básicos para a caracterização de sistema, quais sejam: a **unidade** e a **ordenação**, que possibilitam a conexão de seus elementos para um objetivo comum.

Neste tocante, a ordenação, na visão do citado autor alemão, expressa um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, fundado na realidade, enquanto a unidade permite reconduzir particularidades desconexas aos princípios fundamentais, devendo esclarecer, entretanto, que, com relação à distinção entre os dois prismas do sistema (o "científico" e o "objetivo"), a formação jurídica do sistema só seria possível quando o seu objeto (o direito) aparentasse tal "sistema objetivo".

Posteriormente, o renomado pensador alemão, indagando sobre o que se passa com a ordenação interior e com a unidade de sentido do Direito, sustenta que, num prisma metodológico, adequação e unidade se pressupõem mutuamente, sendo ambas emanações e postulados da própria idéia do Direito, concluindo que “a exigência de ordem [interior] resulta diretamente do reconhecimento do postulado da justiça, de tratar o igual de modo igual e o diferente de modo diferente, de acordo com a medida da sua diferença”.

Seguindo nesta linha, CANARIS aduz que “a idéia do sistema jurídico justifica-se a partir de um dos mais elevados valores do Direito, notadamente do princípio da justiça e das suas concretizações no princípio da igualdade e na tendência para generalizações”.³⁶

³⁵ CANARIS, Wilhelm Claus. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, 3ª. ed., Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 12.

³⁶ CANARIS, op. cit. p. 22.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

Deste modo, “a função do sistema na Ciência do Direito se alicerça no desenvolvimento da adequação valorativa e da conseqüente unidade interior da ordem jurídica, podendo ser definido como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de Direito, na qual o elemento de adequação valorativa se dirige mais à característica de ordem teleológica e o de unidade interna à característica dos princípios legais”.³⁷

Podemos concluir, assim, que é a noção de sistema que permite uma composição do Direito, na medida em que o conteúdo teleológico da norma deve ser sempre analisado em conjunto, como parte de uma unidade, de um todo, e que a garantia de sua unidade reside na adequação dos valores que permitem a integração e a manutenção da unidade, ou melhor, atuam como enxerto no preenchimento das lacunas.

Aplicando tais lições na seara jurídica, tem-se que o Sistema do Direito Positivo é formado por todos os textos legais em vigor num determinado país, inclusive os que estruturam e regulam as relações de coordenação e subordinação existentes entre eles.

2.5. Classificação dos Sistemas

Adotaremos neste trabalho a didática classificação de sistema conforme ensinamento de CANOTILHO³⁸, o qual divide a teoria dos sistemas em duas gerações: o sistemismo cibernético e o sistemismo auto-organizativo.

O primeiro se caracteriza como um sistema de regras que se destinam a dar à sociedade uma estrutura estável e distinta da sua ordem natural ou espontânea, enquanto

³⁷ Op. cit. pág. 77-78.

³⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2ª ed. Coimbra, Livraria Almedina, 1998, p. 1229 e segs.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

que o segundo se concebe como um sistema endógeno de relações sociais emergentes da interação espontânea de seus agentes³⁹.

O Direito Cibernético tem sua trajetória na história humana marcada pela expressão material de seus comandos, como por exemplo, a lei das 2 tábuas de Moisés, a revolução francesa, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão; enquanto que o Direito Auto-organizativo tem o seu caminho traçado no Direito Romano, com o pretor, e com o Direito Jurisprudencial da *Common Law*.

Assim, as Constituições pós-modernas buscam o equilíbrio entre a mobilidade do Direito Auto-organizativo e a segurança e a rapidez do Direito Cibernético, se traduzindo por estatutos reflexivos, que, através do estabelecimento de esquemas procedimentais, do apelo à auto-regulação, cria condições de coexistências múltiplas (pluralismo) de opções políticas, e a garantia de evolução sem rupturas.

2.6. Sistema Constitucional

A partir da conceituação do Sistema Jurídico é podemos iniciar o estudo do Sistema Constitucional, os seus princípios e, por fim, um regramento específico, como a Lei nº 10.438/02, que instituiu o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA.

Inicialmente, impende ressaltar a lição do ilustre KARL LARENZ,⁴⁰ explicando que a função do ordenamento jurídico é justificar as decisões de valor que subjazem às normas jurídicas, de modo a excluir supostas contradições valorativas, subordinando-as sempre à idéia de Direito.

³⁹ CANOTILHO, op. cit. p. 1231.

⁴⁰ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, Trad. José Lamago, 2ª ed, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

Dentro da visão exposta anteriormente, podemos colocar a Constituição da República do Brasil como elemento integrador de nosso Sistema Jurídico, que irradia seus efeitos para todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Desta forma, impõe-se compreender o sistema constitucional como aquele que fundamenta toda a ordem jurídica, dada a condição valorativa de seus princípios e regras, iluminadores de todo o ordenamento.

A Constituição, como sistema harmônico e aberto, não apresenta uma completude plena de seus dispositivos no ordenamento, posto que é de sua natureza ter a capacidade de evolução e de modificação do sistema, na medida em que os fenômenos jurídicos se modificam.

Semelhantemente ao que ocorre no Sistema Constitucional Brasileiro, CANOTILHO⁴¹ nos ensina que o Sistema Constitucional Português é um sistema aberto, compondo-se de regras e princípios. A caracterização como um sistema jurídico decorre do fato de ser um sistema dinâmico de normas (regras e princípios); é um sistema aberto porque tem uma disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para absorverem as mudanças da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da verdade e da justiça; é normativo, na medida em que a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas ocorrem através de normas; e é um sistema de regras e de princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios, como sob a forma de regras.

Desta forma, as reflexões sobre a dualidade do sistema consistem em que, se por um lado o mesmo não consegue prever, através de regras, todas as possibilidades que podem decorrer a partir de um determinado fato, por outro, também não atenderiam às

⁴¹ CANOTILHO, op. cit. p. 1033.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

necessidades da sociedade moderna um sistema constitucional meramente principiológico, contendo apenas elementos valorativos e indeterminados.

Daí a necessidade de conjugação das duas espécies de normas, para que seja efetivado o balanceamento do sistema.

O Sistema Jurídico Brasileiro conjuga estes dois aspectos, sendo caracterizado como aberto, na medida em que possui sensibilidade para se inter-relacionar com a realidade fática, com flexibilidade para se moldar aos acontecimentos, e possui regras de conduta que asseguram a segurança do sistema.

Como visto, na sociedade moderna (ou pós-moderna, como querem alguns) um sistema hermético composto exclusivamente de regras que pretendesse exaurir a regulação das condutas humanas, seja em base constitucional ou infraconstitucional, não se tornaria um sistema na acepção da Ciência do Direito, conforme a visão de CANARIS, posto que não possuiria unidade – pela impossibilidade de se prever todas as possibilidades de um fato – e ordem axiológica e teleológica, elementos estes formadores do sistema, como anteriormente visto.

Cabe ressaltar que a expressão axiológica do sistema não se confina aos princípios expressos, podendo, e mais, devendo se interpretar a linguagem jurídica, a fim de traduzir os princípios implícitos.

Em expressa concordância com o acima exposto, vale concluir com a lição do grande constitucionalista português:

“A existência de regras e princípios, tal como se acaba de expor, permite a decodificação, em termos de um <constitucionalismo adequado> (Alexy: *gemässigte Konstitutionalismus*), da estrutura sistêmica, isto é, possibilita a compreensão da constituição como **sistema aberto de regras e princípios**.

Um modelo ou sistema constituído exclusivamente por regras conduzir-nos-ia a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática. Exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa – legalismo – do mundo e da vida, fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas. Conseguir-

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

se-ia um <sistema de segurança>, mas não haveria qualquer espaço livre para a complementação e o desenvolvimento de um sistema, como o constitucional, que é necessariamente um sistema aberto. Por outro lado, um legalismo estrito de regras não permitiria a introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta. Corresponderia a uma organização política monodimensional (Zagrebelsky). O modelo ou sistema baseado exclusivamente em princípios (Alexy: *Prinzipien – Modell des Rechtssystems*) levar-nos-ia a consequências também inaceitáveis. A indeterminação, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflitantes, a dependência do <possível> fático e jurídico, só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema. Daí a proposta aqui sugerida. Qualquer sistema jurídico carece de *regras* jurídicas (...) Contudo, o sistema jurídico necessita de princípios (ou os valores que eles exprimem) como os da liberdade, igualdade, dignidade, democracia, Estados de Direito; são exigências de otimização abertas a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos.(...)”⁴²
(grifos do original).

2.7. Princípios

2.7.1. Conceito

Na língua portuguesa, são múltiplos os significados atribuídos ao vocábulo “princípio”, palavra de origem latina que pode significar início, causa primária, base. Para a Lógica, o seu significado é de ser a proposição que serve de fundamento para uma dedução.

De um modo geral, em toda a Ciência, “princípio” funciona como um ponto de partida, como o fundamento ou base de algo. Pode ainda, em filosofia, significar a preposição que se propõe no início de uma dedução, e que não é deduzida de nenhuma outra do sistema considerado, sendo admitida, provisoriamente, como inquestionável – são

⁴² CANOTILHO, op. cit. p.1036-1037.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

princípios os axiomas, os postulados e os teoremas ou pode assumir, como mais nos interessa, a conotação de preceito ou norma.⁴³

Como bem se sabe, a Ciência do Direito apreende alguns termos do cotidiano e lhes confere sentido jurídico próprio, destinado a expressar conteúdos específicos e a ter uma precisão semântica mais apurada. Entretanto, o referido vocábulo tem sido empregado sem preocupações, muitas vezes, de sua distinção com outras conceituações como os valores ou as diretrizes, ou mesmo diferenciando-os de sua concepção mais específica, de regra.

Inicia-se aqui a difícil tarefa de conceituação a partir da visão de princípio enquanto começo, ou máxima essencial, que nos habilita à compreensão precisa de princípio jurídico, e para isto da clássica definição elaborada pelo grande administrativo, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, segundo o qual:

“Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de estrutura mestra.”⁴⁴

Imperioso, portanto, é ressaltar que, de acordo com este entendimento, o papel ocupado pelos princípios assume um destaque fundamental, posto tratar-se de figura

⁴³ HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, 2ª ed., Ed. Nova Fronteira, 1986, p. 1393.

⁴⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 230.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

essencial à solidez e coesão na estrutura do sistema jurídico, na medida em que constituem as premissas básicas que irradiarão por todo o sistema.

2.7.2. Diferenciação entre os Princípios, Valores e Diretrizes

A Ciência Jurídica deve ser conceituada como um sistema aberto que possui unidade e conteúdo próprios, que se alicerçam em um conjunto de significações plurais e móveis que, agindo entre si, formam um todo que, através de ponderações, busca o seu equilíbrio.

Os valores jurídicos muitas vezes se justapõem a valores morais, como é o caso da justiça e da liberdade, e se constituem como elementos abertos que interagem com os fatos e as instituições de maneira a construírem uma espiral em constante busca da perfeição.

Os princípios não devem ser confundidos com os valores, apesar de se vincularem a eles ou, muitas vezes, deles decorrerem, e diferenciam-se na medida da graduação de suas abstrações. Para CANARIS⁴⁵, o Direito é um sistema aberto de valores, na medida em que está constantemente necessitando ser complementado e aprimorado.

“Um sistema jurídico é considerado aberto quando possui normas constitucionais com ‘capacidade de aprendizagem’, ou seja, mecanismos que permitem a captação de mudança da realidade e por estarem abertas as concepções cambiantes da verdade e da justiça.” (CANOTILHO, J.J. Gomes)

Podemos aduzir os valores como gêneros dos quais os princípios seriam espécies.

As diretrizes, conforme abordagem preconizada por Dworkin, se traduziriam como pautas que traçam a direção e orientação que se objetiva alcançar sob aspectos econômicos, políticos ou sociais, ou seja, seriam argumentos de finalidade, enquanto que os princípios

⁴⁵ CANARIS, op. cit. p. 104.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

são pautas valorativas correspondentes não à conveniência, mas a normas imperativas que devem ser respeitadas⁴⁶.

2.7.3. Distinção entre Princípios e Regras

A questão de os princípios serem normas ou não deve, pelo menos, ser exposta em todo trabalho que pretenda tratar de princípios, sob pena de deixar sem respostas algumas questões, ou pior, deixá-las passíveis de equívocos, embora alguns autores sustentem que esta divergência esteja superada.

“É importante assinalar, logo de início, que já se encontra superada a distinção que outrora se fazia entre norma e princípio. A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: normas-princípio e as normas-disposição. As normas-disposição, também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas às quais se dirige. Já as normas-princípio, ou simplesmente princípios, têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema.” (BARROSO, Luís Roberto)

Atentemos para o fato de a primeira divergência poder ser evidenciada na própria materialidade, já que as regras trazem a descrição de dada situação, formada por um fato ou uma espécie (a **fattispecie**, a que se referem os italianos), enquanto nos princípios há uma referência direta a valores.

A fim de minimizar a celeuma e padronizar uma linguagem, será utilizada a classificação preconizada por J.J. CANOTILHO⁴⁷, que, juntamente com a concepção alemã e americana acerca do assunto, abandona a distinção entre norma e princípio.

⁴⁶ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 8ª. ed. Malheiros, 2003, p. 137.

⁴⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

Para o consagrado professor português, as regras e os princípios constituem espécies do gênero norma e sua distinção decorre do fato de serem duas espécies (regras e princípios) distintas de norma.

Os critérios sugeridos para a distinção seriam:

1) **Quanto ao grau de abstração**, já que os princípios possuem elevado grau de abstração em relação às regras;

2) **Quanto ao grau de determinabilidade na aplicação ao caso concreto**, posto que os princípios necessitam de mediação para sua concretização, por serem vagos e indeterminados, enquanto que as regras são suscetíveis de aplicação direta;

3) **Quanto ao caráter de fundamentalidade no sistema de fontes de direito** – refere-se ao papel fundamental e estruturante que os princípios possuem no ordenamento jurídico;

4) **Quanto à proximidade da idéia de direito**, na medida em que os princípios são *standarts* juridicamente vinculados à idéia de justiça (Dworkin) ou à “idéia de Direito” (Larenz), enquanto as regras podem desempenhar uma vinculação meramente funcional;

5) **Quanto à natureza normogenética** [= transmissão de informação] posto que os princípios constituem a *ratio* das regras.

Em sentido análogo, poder-se-ia estabelecer dois critérios bastante práticos para a distinção entre princípios e regras:

1º) as regras são aplicadas segundo o critério do tudo ou nada (*all or nothing*), ou seja, presentes os seus suportes fáticos, ocorre a jurisdicização do fato ou a mesma (a regra) é afastada por ser considerada inválida, enquanto os princípios com um grau maior de abstração não são aplicados necessariamente, mesmo quando presentes condições de fatos relativos a ele (princípio);

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

2º) os princípios, por possuírem ponderações diversas, podem ser dimensionados em função de sua maior ou menor importância no caso concreto, enquanto que as regras, por não possuírem estas características, seus conflitos não podem ser resolvidos através de critérios de ponderações.

Podemos observar, deste modo, que as regras se fundamentam nos princípios, os quais não estabeleceriam diretamente nenhuma ação, dependendo para isso da intermediação de uma (ou mais) regra(s) concretizadora(s).

Neste diapasão, podemos atentar que os princípios têm um grau incomensuravelmente mais alto de generalidade (referente à abrangência de sua ação do que a norma) e abstração (referente à espécie de fato a que a norma se aplica) do que a mais geral e abstrata das regras. Assim, diante do fato concreto ao qual uma regra se reporta, ou esta regra é observada ou é infringida. Já os princípios são “determinações de otimização” (**Optimierungsgebote**), na expressão de ROBERT ALEXY,⁴⁸ que se cumprem na medida das possibilidades, fáticas e jurídicas, que se oferecem concretamente.

Cabe ressaltar a posição (superada ou não) defendida pelos positivistas, de que as normas diretivas seriam normas programáticas desprovidas de eficácia e, por conseguinte, portadoras de simples ideologia simbólica.

No Brasil, o longo caminho percorrido pelos princípios, apesar de difícil e acidentado, lhes assegura hoje a convalidação de sua existência como norma e, conseqüentemente, o reconhecimento de sua força cogente. Não existe mais espaço, porém, a quem se deixe de tê-los como plenamente normativos e, por conseguinte, integrantes do ordenamento jurídico.

⁴⁸ *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden: NOMOS, 1985, pp. 75 e s. apud CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

2.7.4. Dos Princípios na Constituição de 1988

A partir da Constituição promulgada em 1988, os princípios passaram a assumir o *status* de princípios constitucionais, tendo sido agraciados com grande concretude e com alta normatividade no sistema jurídico. Assim, a anterior concepção que conferia aos princípios uma posição subsidiária, utilizando-os apenas em face dos atos de integração do ordenamento jurídico foi superada, fazendo com que os princípios gerais do Direito perdessem a sua posição de coadjuvante, conforme os enunciados do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, e do art. 126 do Código de Processo Civil.

Atualmente, os princípios se constituem em verdadeiros parâmetros de aferição de constitucionalidade do sistema jurídico. Os princípios, portanto, passam a se impor como normas fundamentais de direitos, assumindo a trilha no papel principal da hermenêutica tradicional.

Os princípios jurídicos, conforme assevera PAULO BONAVIDES, ao saírem dos códigos e assumirem o *status* constitucional, ao deixarem o Direito Privado e se engajarem no Direito Público, ao se transferirem da dogmática civilista para a dogmática constitucional, promoveram uma total alteração no modo de compreensão, interpretação e aplicação das normas⁴⁹.

Através dos princípios constitucionais foram positivados os valores éticos, políticos e jurídicos que devem nortear a Sociedade e o Estado. Assim, é a partir dos princípios constitucionais que se devem extrair os grandes sentidos da Democracia Constitucional Contemporânea.

O princípio da dignidade da pessoa humana, disposto no art. 1º, III, da Constituição da República, o princípio que assegura a garantia da vida como valor supremo do homem, estabelecido no *caput*, do artigo 5º da CR e o princípio da cooperação entre os povos para o

⁴⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 228-266.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

progresso da humanidade, artigo 4º, IX da CR, são exemplos de princípios carregados de valores éticos positivados na Constituição de 1988, que conformam os objetivos a serem atingidos pela democracia.

No que concerne aos princípios ensejadores de valores políticos, positivados na nossa Norma Constitucional, pode-se citar o próprio princípio democrático (art. 1º), o princípio do pluralismo político (art. 1º, V), o princípio federativo (art. 1º c/c 18) e o princípio presidencialista (art. 75, *caput*).

Por sua vez, como exemplo de valores jurídicos, as normas consagradoras de direitos e garantias fundamentais, em sua quase totalidade, constituem princípios, como por exemplo os princípios do devido processo legal, do juiz e do promotor natural, do contraditório e ampla defesa, da motivação dos atos administrativos, etc. (art. 5º da Constituição da República).

A referência acima exposta não abrange a totalidade dos valores explicitados nas citadas normas, que de per si guardam valores diversos, tendo sido pretendido, apenas, o destaque do caráter axiológico predominante em cada uma delas.

A compreensão ou pré-compreensão da concepção de democracia se alicerça nos princípios constitucionais, a fim de que estes se amoldem ao atual Direito Constitucional e proporcionem uma imediata relação destes elementos.

Releva notar que, para a efetivação da democracia, não basta haver uma regra da maioria, regras procedimentais que conceituem democracia ou somente idéias de bem conviver democraticamente. É preciso a ação de valores, de princípios postos como fins a serem perseguidos pelos agentes da democracia, pelos governantes e pelos governados. É preciso, ainda, que estes valores possam valer, possam ser imperativamente eficazes, possam ser respeitados e serem instrumentalizados com mecanismos garantidores que obriguem sua aplicabilidade frente a órgãos, e mais, é preciso que estes valores assumam

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

uma tal dignidade, que não sejam passíveis de resistências negativas por parte de autoridade ou por quem quer que seja, independentemente do escalão da autoridade ou de particulares de qualquer condição.

Só assim os princípios constitucionais poderão agir de maneira a conferir autoridade aos valores éticos, políticos e jurídicos da democracia contemporânea e da democracia brasileira, conforme o esboço jurídico traçado em nossa Constituição.

2.7.5. Classificação dos Princípios na Constituição de 1988

Em relação à sua classificação, os princípios podem ser considerados como explícitos ou implícitos; estruturantes, gerais ou especiais.

Os princípios são explícitos quando expressamente previstos na norma constitucional, e implícitos quando são trazidos à luz através de algum elemento interpretativo.

Os princípios ditos estruturantes alicerçam as decisões políticas estruturais do Estado, condensando as opções políticas idealizadoras e inspiradoras da Constituição. Eles estruturam a organização política do Estado, correspondendo aos princípios constitucionais de organização. Assim, eles fornecerão a opção política entre Estado unitário e Federação, República ou Monarquia, Presidencialismo ou Parlamentarismo, Regime Democrático, etc.

Releva destacar que, na medida em que os princípios constitucionais fundamentais exprimem a ideologia política que fundamenta o ordenamento jurídico, são eles pilares que não estão sujeitos a modificação posterior, consubstanciando, algumas vezes, em cláusulas pétreas. Por suas características fundamentais, estes princípios possuem força de irradiação expansiva, comportando desdobramentos em outros princípios e permitindo uma ampla integração infraconstitucional.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

Os princípios constitucionais gerais se estabelecem como importantes especificações dos princípios fundamentais. Possuem menor grau de abstração e ensejam, na maioria das vezes, a tutela imediata das situações jurídicas que contemplam, irradiando-se por toda a ordem jurídica, como desdobramentos dos princípios fundamentais. Como exemplo, podemos citar o princípio da legalidade, da isonomia e do juiz natural.

No que concerne aos princípios setoriais ou especiais, estes se caracterizam como aqueles que especificamente irradiam sob um conjunto de normas relacionadas a um determinado ramo, capítulo ou título da Constituição. Deste modo, seu campo de ação é limitado à matéria atinente a eles, podendo, algumas vezes, serem meros detalhamentos dos princípios gerais, como os princípios da legalidade administrativa.

2.7.6. Considerações gerais

Os princípios são de extrema relevância para que o intérprete e o aplicador do Direito possam estabelecer os parâmetros necessários para sua ponderação e aplicação no caso concreto. São extremamente importantes, quer se trate de princípios abrangentes, quer se trate de princípios específicos a uma determinada área jurídica. Podem ter previsão constitucional ou infraconstitucional. Podem ser explícitos ou implícitos⁵⁰.

Os princípios jurídicos são como a representação expressional construída pelo homem, segundo os valores que são considerados importantes e relevantes em uma sociedade acerca de determinadas pessoas, objetos e das relações que se estabelecem entre si. Eles são reconhecidos pela ordem jurídica, os quais reúnem no seu entorno enunciados e normas jurídicas voltados, sobretudo, para nortear condutas e disciplinar as relações intersubjetivas.

50 Vide item 2.7.5. Classificação dos Princípios na Constituição de 1988.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

Por representação expressional intentamos referir à maneira escolhida pelos seres humanos que, por vezes, não só têm seu conteúdo representado, à justa, no plano da expressão, através de enunciados jurídicos, oportunidade em que recebem a designação de princípios explícitos, caso do princípio da legalidade, cuja essência encontra-se disposta no art. 5º, II da Constituição da República, como também há aqueles que permanecem implícitos nos textos, não obstante se encontrarem expressos na realidade concreta da comunicação dos valores presentes no dia-a-dia da sociedade. Por exemplo, o princípio da proporcionalidade, que, apesar de não se encontrar exposto no texto da Constituição da República, é invariavelmente mencionado como o princípio dos princípios, já que “é ele que permite fazer o ‘sopesamento’ (*Abwägung, balancing*) dos Princípios”⁵¹.

A nota de relevância e importância presente nos princípios jurídicos, ao seu turno, equivale a reconhecer a carga axiológica também observável na realidade jurídica, a qual, em situações que mereçam especial distinção, não só autoriza a rotulação dos enunciados e normas jurídicas sob o emblema principiológico, como também influencia a produção de enunciados e normas jurídicas a serem introduzidas no ordenamento e, por fim, influencia na aplicabilidade efetiva, que permite que a ideologia promova a hierarquização dos valores no caso de entrelhecho de princípios, o que significa a prevalência de um princípio em detrimento de outro, ou seja, a ponderação dos princípios procurando repercutir na resolução concreta de uma situação.

Como vemos, os princípios jurídicos são extremamente relevantes no que se refere à aplicabilidade das normas, a ponto de ditarem orientações de inegável utilidade pragmática para a solução de litígios, sobretudo quando há situações de dúvida decorrentes da introdução de novos institutos, como acontece com a criação do Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA.

⁵¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Editora, 2005. p. 92.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

Com relativa freqüência, registra-se relação tencional entre os conceitos relativos a dois sujeitos inegavelmente tutelados pela ordem jurídica, a partir dos quais se irradiam diversos princípios jurídicos, e que, por vezes, diante de situações controversas concretas, exigem a opção pelos agentes credenciados na própria ordem jurídica para a promoção da preponderância dos princípios jurídicos. Por exemplo, a relação entre as entidades públicas e as entidades privadas.

Os princípios freqüentam a realidade jurídica direta ou reflexamente, sendo muito relevantes e indispensáveis para aplicação concreta de comandos jurídicos, interferindo na realidade circundante, quer influenciando a produção de enunciados prescritivos, quer influenciando a produção, interpretação e aplicação das normas jurídicas. Apresentam, portanto, a missão essencial de, a partir da realidade concreta, influenciar o mundo do ser e as relações intersubjetivas.

No âmbito da Administração Pública, constroem-se subsistemas jurídicos (Direito Administrativo, Direito Tributário, Direito Financeiro, etc.) que sofrem influência de diversos princípios, conforme exposto anteriormente.

Aquele que ingressa no estudo de matérias envolvendo a Administração Pública deve, forçosamente, visitar cada um destes princípios para que detenha as suas recomendações e, conseqüentemente, reúna as condições necessárias e suficientes para transitar pelos enunciados e normas jurídicas do plano dogmático.

No que se atina ao Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA, entende-se ser necessário examinar os princípios de maior abrangência e, posteriormente, aqueles endereçados à Administração Pública, direta e indiretamente, conforme expressamente mencionado no *caput* do art. 37 da Constituição da República.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

2.8. Os Princípios de Larga Abrangência – Princípios Estruturantes ou Gerais

Os princípios de prestígio constitucional que se direcionam a todas as áreas atingidas pela ordem jurídica são, por consequência, igualmente relevantes no segmento do PROINFA. Neste sentido, merecem destaque, por sua marcante presença, alguns dos princípios formadores do conceito de Estado Democrático de Direito, tais como: o princípio da proporcionalidade⁵², o princípio da segurança jurídica, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, o princípio da indisponibilidade dos interesses públicos, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, o princípio do contraditório, o princípio da ampla defesa e o princípio do devido processo legal.

2.8.1. Princípio da proporcionalidade⁵³

⁵² “A essência e destinação do princípio da proporcionalidade é preservar os direitos fundamentais. O princípio, assim, coincide com a essência e destinação mesma de uma Constituição que, tal como hoje se concebe, pretenda desempenhar o papel que lhe está reservado na ordem jurídica de um Estado Democrático de Direito”. (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Editora, 2005. p. 84).

⁵³ Questão que merece menção é a existência, ou não de distinção entre o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade: Neste sentido, a doutrina e jurisprudência nacional majoritária vêm entendendo não haver distinção essencial entre ambos. Eminentemente doutrinadores como Luís Roberto Barroso e José dos Santos Carvalho Filho, prelecionam neste sentido, entendendo que os princípios em tela diferem entre si apenas pela origem, pois o princípio da razoabilidade surgiu no direito anglo-saxão (*Common Law*), como face material da cláusula do *due process of law*, enquanto o princípio da proporcionalidade foi desenvolvido a partir da doutrina e jurisprudência alemã (*Civil Law*), entendendo estes autores que os conceitos de ambos são fundíveis. Igualmente, o próprio Supremo Tribunal Federal não estabelece distinção entre os princípios em tela, seguindo a doutrina de Luís Roberto Barroso, conforme STF, ADIN N. 1.158-8/AM, medida liminar, Relator Ministro Celso de Mello, j. 24/11/1994, maioria. Entretanto, acompanhando doutrina preconizada por Willis Santiago Guerra Filho e Francisco Fernandes Araújo trataremos do princípio da proporcionalidade não como uma faceta do princípio da razoabilidade, e sim de maneira própria e distinta. Francisco Fernandes Araújo citando Helenilson Cunha Pontes aponta quatro diferenças entre o princípio da proporcionalidade e o da razoabilidade: a) o princípio da proporcionalidade exige maior motivação racional nas decisões do que o princípio da razoabilidade; b) o princípio da razoabilidade, ao contrário do princípio da proporcionalidade, prescinde de consideração da relação meio-fim; c) enquanto a razoabilidade constitui princípio geral de interpretação, a proporcionalidade, além dessa qualidade também consubstancia princípio jurídico material; d) finalmente, a razoabilidade tem função eficaz de bloqueio, enquanto a proporcionalidade, além dessa mesma função, também assegura a concretização dos interesses constitucionalmente consagrados.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

O princípio da proporcionalidade é aquele que produz a investigação para uma saída no caso de conflito entre princípios constitucionais, aos quais se deve igual respeito por se encontrarem no mesmo grau hierárquico.

GUERRA FILHO⁵⁴ leciona que, do princípio da proporcionalidade, da maneira como está previsto no direito constitucional alemão e em consonância com o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial, se traduzem três aspectos: proporcionalidade em sentido estrito (ou “máxima do sopesamento”), adequação (princípio da adequação) e exigibilidade (princípio da exigibilidade ou “máxima do meio mais suave”).

Assim, deve-se atentar sempre para o fim almejado dos ditames constitucionais. Os caminhos para o atingimento são vários. Entretanto, deve-se eleger um. Deste modo, o caminho a ser escolhido deve ser o mais adequado, aquele que guarde maior harmonia e proveito para o atingimento do seu objetivo. Por fim, deve-se atentar para que o meio escolhido seja o menos danoso aos bens e valores constitucionais, e, portanto, o mais acertado, mais vantajoso para que haja o menor desrespeito a outros princípios que a ele se contraponham.

O Princípio da Proporcionalidade, desta forma, tem seu conteúdo formado por subprincípios como o da adequação e da exigibilidade, que determinam a necessidade de adequação do meio utilizado, já que é imprescindível que o meio se preste para se atingir o fim estabelecido e que este meio seja o exigível, no sentido de não haver outros meios menos gravosos e igualmente eficazes.

GUERRA FILHO assim alude acerca da questão:

“A idéia de proporcionalidade revela-se não só um importante - o mais importante, por viabilizar a dinâmica de acomodação dos diversos princípios -

⁵⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Editora, 2005. p. 81.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

princípio jurídico fundamental, mas também um verdadeiro *topos* argumentativo, ao expressar um pensamento que, além de aceito como justo e razoável, de um modo geral, é de comprovada utilidade no equacionamento de questões práticas, não só do direito em seus diversos ramos, como também em outras disciplinas, sendo grande exemplo a filosofia, sempre que se tratar da descoberta do meio mais adequado para atingir determinado objetivo.”

O princípio dos princípios pode ser configurado como a "proibição de excesso" (Übermassverbot), que pode ocorrer nos casos de ação ou omissão. O excesso, aqui referenciado, deve ser caracterizando na limitação de violação do núcleo essencial de qualquer dos direitos em colisão, onde se situa a dignidade humana. Assim, o princípio da proporcionalidade pode ser associado ora ao princípio (estruturante) do Estado de Direito, ora ao princípio (fundamental) da dignidade humana, e consequentemente ao outro princípio estruturante como o do Estado Democrático de Direito.⁵⁵

2.8.2. Princípio da segurança jurídica

O princípio da segurança jurídica é um verdadeiro princípio geral (princípio do Estado de Direito), dado que os princípios jurídicos de prestígio constitucional e infraconstitucional, direta ou reflexamente, o informam e o robustecem, prestigiando-o e homenageando-o incessantemente.

Quando o ordenamento e as instituições, de um lado, com legitimidade, efetivamente asseguram a segurança jurídica e os respectivos endereçados das mensagens

⁵⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. O Princípio da Proporcionalidade em Direito Constitucional e em Direito Privado no Brasil. Publicado *in Aspectos Controvertidos do novo Código Civil*. Escritos em homenagem ao Min. José Carlos Moreira Alves. Arruda Alvim, Joaquim Portes de Cerqueira Cesar e Roberto Rosas (Orgs)

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

jurídicas de fato dela desfrutam, os destinatários dos enunciados e normas jurídicas emitidas pelas entidades competentes tranquilizam-se e sentem-se amparados, permitindo-se empreender.

Nas relações jurídicas envolvendo a Administração Pública, tanto interna como externamente, quando afetam terceiros (caso de Parcerias Público-Privadas), é de capital relevância a consciência – e, sobretudo, a convicção, no tocante à efetividade – de que a segurança jurídica encontra-se sempre presente, regrando as condutas e as repercussões jurídicas relacionadas com as pessoas, os objetos e suas relações.

O ordenamento jurídico não teria valor se, legitimamente, não se impusesse e não fizesse prevalecer, na realidade, as suas prescrições.

CANOTILHO⁵⁶ assim expõe sobre o princípio da segurança jurídica:

“O princípio geral da segurança jurídica, em sentido amplo, pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo tem do direito poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçadas em normas jurídicas vigentes e válidas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos por essas mesmas normas. As refacções mais importantes do princípio da segurança jurídica são as seguintes: (1) relativamente a actos normativos – proibição de normas retroactivas restritivas de direitos ou interesses juridicamente protegidos; (2) relativamente a actos jurisdicionais – inalterabilidade do caso julgado; (3) em relação a actos da administração – tendencial estabilidade dos casos decididos através de actos administrativos constitutivos de direitos.”

Deste modo, é imperioso cultivar e exigir respeito a este princípio, alicerce do Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, imprescindível a toda a coletividade.

Sob o aspecto temporal, o princípio da segurança jurídica veda, com veemência, a retroação, admitindo-a, tão-somente, em determinadas circunstâncias especialíssimas,

⁵⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 250.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

invariavelmente em benefício do destinatário da mensagem jurídica. Possui, então, a aptidão de lançar regras seguras, que presidirão as relações entre pessoas e objetos.

2.8.3. Princípio da supremacia do interesse público sobre o privado

O interesse público é aquele que resulta da pluralização de interesses individuais, formando um todo de aspiração e identidade coletiva.

A partir desta consideração, depreende-se a presença de dois vetores axiológicos: o coletivo ou público e o individual ou privado. A supremacia, no caso, daquele sobre este último é inerente ao Estado Democrático de Direito.

O que ele traduz é que o interesse coletivo deve, sempre, prevalecer sobre o interesse individual. Tal não equivale a dizer que os direitos e interesses individuais sejam desprezados, dando margem a arbitrariedades e excessos. Definitivamente não é esta a orientação que ele permeia.

No Estado Democrático de Direito, o interesse coletivo reside nos enunciados jurídicos, notadamente prescritivos, instalados no plano constitucional e no plano legislativo, os quais permitem a construção de normas jurídicas, as quais possuem a aptidão de prescrever condutas, quer as obrigando, quer as proibindo, quer as permitindo.

Assim, o princípio da supremacia do interesse público está sempre implícito, já que decorre da identificação, pelos agentes credenciados pelo sistema jurídico, dos valores sociais que se tornam jurídicos, mediante a produção de enunciados e de normas prescritivas, mais das vezes, produzidas no âmbito do Poder Legislativo, através de leis complementares, leis ordinárias, etc., sempre em consonância às diretrizes jurídicas fixadas pela Constituição da República.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

O interesse público pode também ser reconhecido na produção de enunciados e normas jurídicas formuladas no âmbito do Poder Judiciário, mediante a tomada de decisórios, quer de espectro mais restrito, entre partes identificadas, quer através da produção de decisórios de abrangência *erga omnes*, caso daquelas tomadas em Ação Direta de Inconstitucionalidade, exemplificativamente.

Há, também, a possibilidade de sua materialização no âmbito da Administração Pública, através de decisões tomadas em processos administrativos, em que os agentes credenciados proclamam decisões calcadas em valores positivados através de enunciados jurídicos, caso das decisões tomadas no âmbito do processo administrativo.

Pode também se concretizar no Poder Executivo, com a edição, pelo Presidente da República, de Medidas Provisórias, as quais possuem ‘efeitos’ de lei.

Em todas as hipóteses, o interesse público está esculpido nestes mencionados enunciados e normas jurídicas, os quais estabelecem vetores restritivos sobre o direito de propriedade, sobre as liberdades dos indivíduos, sobre a responsabilidade do próprio Estado por atos dos seus agentes, e sobre outras situações envolvendo pessoas, objetos e relações entre si estabelecidas, em que o interesse da sociedade sobrepuja-se ao interesse individual.

Pois bem, uma vez lançados no ordenamento e por ele recepcionado, eis que à Administração Pública compete a função e o dever de implementar, no plano da realidade, estes interesses públicos, por vezes, inclusive, na concretização de tal objetivo, sacrificando interesses individuais, como o que ocorre, emblematicamente, no caso de desapropriação.

A Administração, neste mister, para tanto pratica atos administrativos de extrema relevância, ora vinculados, ora discricionários, que possuem natureza e características peculiares, como a da unilateralidade da obrigação, que impõe, da exigibilidade, que porta, da autoexecutoriedade, que, predominantemente, o acompanha, da autotutela, que lhe circunda, etc.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

O Direito, à vista desta sumária exposição, concede os domínios e, conseqüentemente, os limites do que seja interesse coletivo, assim como fornece os instrumentos e delimita os perímetros em que a Administração Pública os implementará no plano da realidade.

No âmbito do Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA, há uma presença marcante deste princípio, que, mesmo estando diante de uma parceria entre a entidade pública e a privada, a posição da Administração Pública tem sido marcada em prevalência ao interesse privado, como por exemplo nos contratos de compra e venda de energia que prevêm a estipulação das cláusulas exorbitantes.

2.8.4. Princípio da indisponibilidade dos interesses públicos

A Administração não pode dispor dos interesses públicos como bem lhe aprouver. Deverá fazê-lo, sempre, em estrita obediência aos limites e ao conteúdo dos deveres, que lhe são atribuídos e fixados pelo ordenamento jurídico.

Deste modo, não pode o agente público, ao seu arbítrio, quando a lei expressamente não lhe faculta, deixar de atuar sob determinado indivíduo por descumprimento de determinada obrigação a ele imposta por força legislativa ou contratual; ou, ainda, conceder-lhe determinado favor, sem contar com a autorização normativa correspondente.

Absolutamente apropriadas, por captarem o núcleo deste princípio, são as considerações de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO⁵⁷, em ênfase a este princípio caro ao Direito Administrativo:

“A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público –, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre

⁵⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2004, p. 64.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que predispuer a *intentio legis*.”

Ao redor desta diretriz axiológica principal, configurando em verdadeiro campo imantado por vetores que a todo tempo prestigiam o princípio da indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos, observa-se a presença de outros princípios igualmente instalados no plano constitucional, como os da legalidade, isonomia, proporcionalidade, motivação e publicidade.

A indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos é princípio implícito no Direito Público, não encontrando neste ou naquele enunciado ou norma jurídica, mas, se empreendido exame sistemático, em todo o ordenamento jurídico.

É justamente em obséquio a este caro princípio publicista que a Lei nº 10.438/02, que instituiu o PROINFA, é inegavelmente cuidadosa em fixar limites a serem freqüentados pelas entidades públicas na respectivas parcerias.

2.8.5. Princípio da igualdade

O Princípio da igualdade é um dos princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito. Ele condensa uma variedade de conteúdo e desdobramentos, como: Igualdade na aplicação do direito; Igualdade quanto à criação do direito; e Igualdade perante os encargos públicos, por exemplo.⁵⁸

O enunciado constitucional de que “Todos são iguais, perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, conforme assinala o art. 5º da Constituição, denota primeiramente uma exigência de igualdade de tratamento perante a lei. Assim, a lei obriga todos os destinatários, em tom igualitário, quer facultando, vedando ou obrigando comportamentos.

⁵⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 388-394.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

No que concerne às relações com o Estado (em sentido amplo), este princípio ganha extraordinário relevo, ao assegurar isonomia a todos aqueles que, acerca de determinado assunto, possam, querendo, pugnar por seus direitos, exatamente o que ocorre no processo administrativo, como o que se instala para a formação do PROINFA.

Vê-se a isonomia, fundamentalmente, em dois planos: quando os enunciados de natureza constitutiva ou prescritiva são produzidos, influenciando a elaboração de normas jurídicas, e, também, quando os enunciados jurídicos são formulados, ganhando a designação de decisões judiciais e/ou atos administrativos. Em outras palavras, a igualdade materializa-se, fundamentalmente, na lei (formação e sua aplicação), seja como decisão judicial, seja como ato administrativo.

TORRES⁵⁹ acentua que:

“o aspecto mais intrincado da igualdade se relaciona com a sua polaridade. Enquanto nos outros valores (justiça, segurança, liberdade) a polaridade significa o momento da sua negação (injustiça, insegurança, falta de liberdade), na igualdade o seu oposto não nega, senão que muitas vezes a afirma. Aí está o paradoxo da igualdade.”

A questão é buscar a identificação da discriminação autorizadora, que permite tratar alguns de maneira igual em relação a outros considerados desiguais. Esta solução é sempre crítica, apresentando elevado grau de dificuldade, quando testada na realidade empírica. Quando a lei agrupa certas pessoas, objetos ou relações, destacando-os de outra porção integrada por pares semelhantes, mas não iguais, pode, às vezes, empreender discriminação defeituosa, e contrária à orientação de se prestigiar a igualdade. A questão, então, é conseguir saber até que ponto a desigualdade que compõe a equalização da igualdade está presente, ou seja, se as diferenças estão na medida correta para a promoção da igualdade.⁶⁰

⁵⁹ TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 261-262.

⁶⁰ TORRES, op. cit., p. 262.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

A discriminação infundada, no mais das vezes, reside na própria eleição do critério discriminador, ou na aplicação inadequada do critério discriminador eleito. Assim, elemento importante a considerar é a eleição do critério nas situações envolvendo a elaboração de leis, já que o mesmo deve resultar da conjugação de valores sociais, econômicos, culturais, etc., os quais, uma vez identificados, autorizam o órgão jurídico para a discriminação igualadora. O Poder Legislativo, constitucionalmente credenciado, fica autorizado a produzir os enunciados que promoverão a introdução, na realidade jurídica, destes valores aparentemente desiguais, entretanto, essencialmente igualitários.

Uma vez ingressados no ordenamento jurídico, contudo, passam a submeter-se aos mecanismos de disciplina e controle da realidade jurídica, os quais permitem indagar acerca do critério de discriminação e dos atos relativos à aplicação prática de tais critérios, subsequentemente abrigados pelos enunciados jurídicos correspondentes. Nesta orientação é que se admite aparelhar medidas judiciais de efeito concreto, para banir, da ordem jurídica, dispositivos que promovam distinção que desatenda à máxima constitucional de não se admitir nenhum tipo de discriminação onde a igualdade deveria prevalecer.

O aspecto nuclear para vislumbrar o desatendimento ao princípio da igualdade reside na ausência de pertinência lógica entre o motivo que anima a produção do enunciado jurídico e o *descrimen* promovido pela lei, ou seja, reside no binômio discriminador-finalidade da norma, segundo expressão cunhada por CELSO RIBEIRO BASTOS.⁶¹

A igualdade, por outro lado, como antes sublinhamos, pode não só ser identificada no plano legislativo, mas igualmente encontrar-se presente no plano dos atos administrativos. Neste caso, usualmente a infringência ocorre por desconformidade, formal e substancial, entre o ato administrativo e a lei que lhe concede fundamento.

⁶¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2, p. 9.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

Assim, quando o ato tomado pela Administração Pública não se inscreve entre aqueles que a lei lhe autoriza, ou seja, promovido pelo alvedrio do agente público uma discriminação que a lei não previra e nem o autorizara a tanto, evidentemente defrontamos com atitude jurídica antiisonômica promovida pela Administração Pública, a qual autorizará a adoção de medidas apropriadas a afastar tal vício, quer através de processos administrativos, quer através da adoção de medidas judiciais.

O princípio da igualdade, no âmbito do processo administrativo, encontra-se presente de forma protuberante, servido para assegurar e garantir o direito individual de todos aqueles que desejem participar da Chamada Pública ou de qualquer ato convocatório, ao mesmo tempo em que coíbe qualquer tipo de favoritismo ou predileção injustificada.

2.8.6. Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional

A Constituição da República prescreve, no art. 5º, XXV, que a lei não excluirá, da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito. Trata-se do repositório, expresso, do princípio da inafastabilidade do controle da jurisdição ou da universalidade da jurisdição, que, a par de ter tal representação expressional, é complementado por diversos enunciados e princípios alojados no próprio Texto Constitucional, voltados, para, substancial e formalmente, conferir efeitos concretos a esta diretriz constitucional.

Este princípio – como, aliás, todos os demais princípios jurídicos – pode ser examinado sob diversos ângulos. Vejamos, contudo, aqueles que nos parecem de maior relevância para o PROINFA e para as questões que possam dele fluir. O Poder Judiciário pode promover a revisibilidade das decisões tomadas no âmbito da Administração Pública, ou seja, revê, se provocado, de modo definitivo, próprio da coisa julgada, as matérias que tenham sido objeto de discussão em processos administrativos. Na hipótese deste trabalho sobre o PROINFA, em diversas ocasiões os empreendedores buscaram a tutela judicial, seja para poderem ser habilitados, seja para poderem ser contratados.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

O acesso ao Judiciário é plenamente assegurado na ocorrência de ameaça, e não só quando o dano já tiver ocorrido. Em outras palavras, o dever do Estado, de prestar a atividade jurisdicional, tem lugar antes mesmo de o dano materializar-se. Basta que haja uma possibilidade efetiva de ocorrer a ofensa ao direito para que a ameaça se materialize, sendo tutelado o direito constitucional de acesso do interessado, situação freqüentemente encontrável em disputas envolvendo interessados em processos de licitações ou chamamento público (caso do PROINFA).

2.8.7. Princípio do contraditório

A Constituição da República assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, a rigor do art. 5º, LV, do Texto Constitucional.

Litigante é a nomenclatura atribuída àquele que possua uma pretensão em relação a outrem, exteriorizada em linguagem na forma escrita, o qual enfrente resistência, igualmente redutível à linguagem, também escrita, por parte desta outra parte.

Cabe à Administração Pública, especificamente num programa como o PROINFA, que se assenta segundo regras previamente catalogadas no contexto jurídico, assegurar o contraditório, consignando as razões das discordâncias do administrado, com o propósito de se obter condições de, à luz do regramento e dos princípios, solucionar o conflito.

O princípio do contraditório, de prestígio expresso constitucional, forja-se com a finalidade de exigir-se a produção de enunciados jurídicos prescritivos que assegurem a possibilidade dialética e homogeneizada de manifestação das pessoas entre si oponentes, no tocante àquilo que se encontra em discussão, ou seja, em situação de confronto envolvendo proposições que não podem conviver.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

Assim, se a Administração Pública entende que um determinado empreendedor não preencheu as condições habilitatórias, e este, ao reverso, entende atender, plenamente, tais condições de participação, evidentemente estar-se-á diante de pretensões que não cabem no mesmo ambiente processual. Em outras palavras, no caso, ou a Administração é portadora de uma proposição que deve prevalecer à vista do contexto jurídico, ou o Administrado detém a proposição prevalecente.

Evidentemente, ao falar-se em proposições prevalecentes – e, por implicitude, de proposições prevalecidas – quer-se referir às consequências jurídicas advindas das respectivas pretensões. Sim, pois o que se mostra relevante para o processo administrativo é a fixação das consequências aplicáveis às proposições comunicacionais formuladas.

O importante é compreender-se, com bastante clareza, que o vetor do princípio do contraditório enceta a sua incidência sobre proposições, que se referem a objetos, pessoas e eventos, e que as decisões proferidas elegem uma certa consequência jurídica ao caso, o que acarreta a exclusão das demais, que, potencialmente, poderiam justificar a mensagem julgadora emitida, promovendo-se-lhes a respectiva exclusão.

As posições de ambas as partes serão submetidas a confronto, pois há uma controvérsia entre os seus titulares e, mesmo, terceiros, posto que, interessados na desabilitação dos concorrentes da Chamada Pública, gostariam de ver uma destas pretensões prevalecer em relação às de outro. Para que isto ocorra, de maneira equilibrada, assegura-se a movimentação dialética entre os interessados, seus fundamentos, e o agir das contrapartes, de maneira que, como asseguram CELSO RIBEIRO BASTOS e IVES GANDRA DA SILVA MARTINS⁶²:

“A todo ato produzido caberá igual direito da outra parte de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou ainda de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.”

⁶² BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2, p. 267.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

Assistindo a esta movimentação dialética, dela procurando identificar a proposição prevalecente, encontra-se a Administração Pública-julgadora, através de autoridade competente, ou, conforme o ambiente em que se travar a disputa, do Poder Judiciário – em outras palavras, aquela pessoa ou conjunto de pessoas credenciadas, pelo ordenamento jurídico, para terminar a controvérsia, tanto no âmbito administrativo, quanto no judiciário.

Assim, tanto o processo judicial quanto o processo administrativo, devem, incessantemente, contar, para o atingimento das suas finalidades, com o forte vetor axiológico proveniente do princípio do contraditório, o qual deverá prestigiar a finalidade almejada, em convivência com o formalismo compreensivo, de maneira a não emprestar relevância a obstáculos que impeçam a efetiva aplicação da norma, no caso concreto.

GUERRA FILHO⁶³ assim se posiciona, ao tratar do Princípio do Contraditório:

“(…), temos o inc. LV do art. 5º da nossa Constituição, ao determinar a observação do contraditório em todo processo judicial e administrativo. Daí podermos afirmar que não há processo sem respeito efetivo ao contraditório, o que nos faz associar o princípio a um princípio informativo, precisamente aquele político que garante a plenitude do acesso ao Judiciário. Importante, também, é perceber no princípio do contraditório mais que um princípio (objetivo) de organização do processo, judicial ou administrativo – e logo, um princípio de organização de um instrumento de atuação do Estado, ou seja, um princípio de organização do Estado, um direito. Trata-se de um verdadeiro Direito fundamental processual, donde se poder falar, com propriedade, em direito ao contraditório, ou *Anspruch auf rechliches Gehör*, como fazem os alemães.”

2.8.8. Princípio da ampla defesa

A Constituição da República assegura, expressamente, o direito de ampla defesa a todos aqueles que possuam posições controvertidas, seja em processo administrativo ou

⁶³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Editora, 2005. p.49.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

judicial, expressão praticamente indissociável do princípio do contraditório anteriormente examinado.

Ampla defesa é a expressão lingüística que procura transmitir uma garantia, de prestígio constitucional, de que aquele que atua num processo judicial ou administrativo tenha todas as condições de que tudo possa fazer para que a sua pretensão prevaleça à frente de outra que lhe é oposta, para o fim de obter-se uma decisão que lhe seja favorável.

Igualmente, refere-se à garantia, assegurada aos litigantes dos processos, de poderem utilizar os meios e os recursos inerentes, segundo a dicção constitucional, ou seja, poderão utilizar-se de todos os instrumentos que o ordenamento jurídico admita como apropriados, quer no tocante aos meios naturais através dos quais o homem possa divisar uma certa realidade (através dos sentidos), quer através daqueles instrumentos culturalmente desenvolvidos pelo homem, especialmente, os integrantes do chamado **mundo jurídico**, concebidos, lingüisticamente, para propiciar a aplicação efetiva e prática de tais garantias, como a utilização de mandado de segurança, *habeas data*, mandado de injunção, etc., ou mesmo da formulação de mensagens estruturantes ou recursais a serem veiculadas nos domínios do processo administrativo onde se instale a controvérsia.

Assim, observa-se que o princípio da ampla defesa tem por finalidade assegurar, àquele que litiga, todas as condições para que se traga ao processo, tanto administrativo quanto judiciário, o que necessário for para comprovar-se a procedência dos relatos apresentados.

Porém, é inegável que o direito de ampla defesa encontre algumas limitações. A primeira delas, sem, contudo, pretender examinar todas as limitações encontráveis no ordenamento jurídico, refere-se à utilização, no âmbito do processo, das chamadas provas ilícitas, obtidas, portanto, de maneira subalterna. De acordo com o art. 5º, LVI, do Texto Constitucional, consideram-se inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

O direito à ampla defesa, ademais, deverá ser exercido ao tempo que a lei assim assegure e o admita. Realmente, a defesa há que ser realizada nos tempos processuais para tanto admissíveis, de maneira a instruir o convencimento do julgador, permitindo o exercício pleno do direito do interessado, sem interesses abrigados em subterfúgios, nem se curvando e nem encontrando, doutra parte, óbice intransponível nos rigores formais e, verdadeiramente, imprestáveis à justiça e ao direito.

O princípio do direito à ampla defesa, portanto, é de riquíssima consistência e de ampla repercussão, ocupando evidente destaque no processo administrativo.

2.8.9. Princípio do devido processo legal

No Brasil, a Constituição da República de 1988 estabelece, no art. 5º, LIV, que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.⁶⁴

Pois bem, o foco sobre o qual se direciona tal prescrição constitucional é a liberdade e o perdimento de bens. Por liberdade deve-se associar-se a idéia de defesa da esfera jurídica dos cidadãos perante a intervenção ou agressão dos poderes públicos. Com isto, assegura o direito à identidade, direito à liberdade, direito à vida, direito à intimidade, direito à liberdade de imprensa, à liberdade de culto, etc.

Por *bens* entende-se a espécie de coisa – que, à sua vez, é tudo aquilo perceptível pelo homem – que admite ser referida e regulada por enunciados jurídicos, apresentando-se ora associados a coisas da realidade circundante, caso dos bens imóveis, bens móveis, etc., ora imaterialmente, caso da honra, imagem, etc., que no contexto com que se expressa a

⁶⁴ O princípio do devido processo legal, no formato embrionário, sob a designação *per legem terrae*, surgiu através da Magna Carta, de 15.6.1215, que, no art. 39, originariamente escrito em latim, subsequentemente vertido para a língua inglesa, assim se expressara: “*No free man shall be seized or outlawed or exiled, or deprived of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will be proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgement of his equals or by the law of the land.*”

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

dicção constitucional, mais os aproximam da noção de liberdade igualmente abrangida pelo princípio do devido processo legal.

Em função da abrangência perceptiva do princípio, atingindo de maneira frontal todas as relações em que haja relação entre o Estado e o indivíduo, e entre indivíduos, à frente do Estado, de há muito evita-se conceituá-lo, pois tal empreitada importaria numa limitação, verdadeiro engessamento, que restringiria, de alguma maneira, a sua efetiva aplicação.

O seu núcleo evidencia aspectos substanciais e formais. A ênfase substancial do princípio do devido processo legal volta-se para a fixação de limites para os Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, coibindo qualquer iniciativa legislativa, judiciária ou executiva que pretenda sacrificar ou restringir os direitos de liberdade e de propriedade dos indivíduos, sem que haja um proceder através do qual possa ser oferecida a oportunidade de defesa de direitos aos indivíduos.

Sob a ótica formal, por seu turno, poder-se-ia sublinhar que o devido processo legal equivale a dizer que regras firmes e de todos conhecidas instruem as discussões – em processos – que podem ser travadas entre indivíduos e o Estado, quando se encontram em jogo restrições ou supressões às liberdades e à propriedade.

Neste ângulo, prestigia-se o princípio da não-surpresa, ou seja, de ao alterarem-se, casuística e inopinadamente, as regras que disciplinam os processos e os julgamentos; robustece-se, assim, o princípio da segurança jurídica, que, sabe-se, anima seus destinatários, conferindo-lhes estabilidade nas relações.

Observamos que este princípio constitucional materializa a garantia, no sentido de defender o indivíduo da ação arbitrária do Estado, quer sob a ótica processual, quer sob a ótica substantiva, para tanto assegurando-lhe o direito ao contraditório e à ampla defesa. E, quando o confronto tem lugar no âmbito administrativo – caso do processo administrativo –

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

estar-se-ia irradiando, em evidente enriquecimento, os vetores axiológicos irradiados a partir dos princípios, notadamente da legalidade, razoabilidade, proporcionalidade e da motivação, relativamente aos atos estatais atinentes ao confronto havido.

A partir do concurso desta verdadeira constelação de princípios constitucionais, chega-se, com sobras de razão, a afirmar-se que o princípio do devido processo legal praticamente confunde-se com a noção do Estado de Direito.⁶⁵

2.9. Os princípios jurídicos especiais referentes à Administração Pública

Neste ponto examinaremos, a breve trecho, os princípios que se alojam no art. 37º da Constituição da República, sejam explícitos, sejam implícitos. São ora tratados de maneira destacada, porque são certamente endereçados à Administração Pública direta e indireta – não obstante igualmente sejam aplicados noutras paragens – logo, relevantes à Chamada Pública envolvendo o PROINFA, pois, como se sabe, o processo de execução do PROINFA instalou-se e está se desenvolvendo nos domínios da ELETROBRÁS, Administração Pública indireta.

2.9.1. Princípio da legalidade

O princípio da legalidade pode ser erigido à categoria de essencial ao Estado de Direito, já que abrange a doutrina da separação de poderes. Engloba o princípio da supremacia ou prevalência da lei, assim como o princípio da reserva legal. De maneira genérica, tanto o princípio da supremacia da lei quanto o princípio da reserva legal são instrumentos fundamentais e de segurança para o regime de determinadas matérias – v.g.

⁶⁵ BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2, p. 261.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

direitos fundamentais -, e constituem a vertebração democrática do Estado, na medida em que apontam para a vinculação jurídico-constitucional do Poder Executivo.⁶⁶

Assim, o aspecto essencial da lei, como veículo introdutor de enunciados no ordenamento jurídico, portanto, é a aptidão de produzir enunciados que têm a característica especialíssima de ‘a todos’ obrigar, prescrevendo comportamentos que, invariavelmente, possuem a vocação de permitir, proibir e obrigar.⁶⁷

No Brasil, a Ordem Constitucional credencia a lei (complementar, ordinária), assim como outros poucos veículos introdutores de enunciados jurídicos que tomam de empréstimo algumas de suas credenciais, caso da lei delegada, medida provisória, decretos legislativos e resoluções, veículos que integram o chamado processo legislativo, a rigor do art. 59 da Constituição da República.

Não basta ser lei, sob o aspecto formal, ou seja, ser produzida pelos órgãos para tanto credenciados pelo ordenamento, em obediência à ritualística a respeito exigida, para ser prescritora de comportamentos, e mesmo de sanções. A lei há de ser, substancialmente, legítima e acorde com a Ordem Constitucional. Quer isto dizer, noutras palavras, que a lei deverá portar os valores da sociedade, tal qual assentados na Ordem Constitucional, não se admitindo leis que contrariem as mensagens irradiadas a partir do Texto Constitucional.

A importância do princípio da legalidade e sua conotação sofrem mutações nos diversos ordenamentos jurídicos. Na França, na Alemanha, na Itália, em Portugal e na Espanha, a esfera de atuação em que a Administração pode se manifestar em relação à lei é amplamente maior que no Brasil.

⁶⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 251-252.

⁶⁷ Registra-se a existência de leis que, saturadas por enunciados constitutivos, limitem-se a jurisdicizar objetos e relações, não se preocupando, assim, em imediatamente prescrever condutas.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

No Brasil, observa-se o destaque do conteúdo deste princípio da legalidade, ainda que exista no Direito Administrativo contemporâneo a delegação legislativa ao plano dos atos administrativos, que possa causar tormentosas perplexidades, como as que envolvem o chamado poder normativo das agências reguladoras, dentre outras.

Existe uma zona limite entre os domínios da matéria sobre a qual tem a lei a aptidão de versar e, notadamente, de obrigar, e os limites do ato administrativo em si. No entanto, a lei é concebida para regulamentar e conferir aplicabilidade concreta, diante dos eventos e fatos jurídicos que a Administração Pública iterativamente enfrenta. Esta zona limite, por vezes, gera dúvidas e incertezas fomentadoras de questionamentos administrativos e judiciais, no âmbito dos processos administrativos, como é o caso específico do presente trabalho sobre o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA. O princípio da legalidade tem destacado prestígio, não só por disciplinar a forma, como, igualmente, a maneira pela qual podem desenrolar-se, perante a Administração Pública, os procedimentos e rumos destinados a formalizar a integração de uma parceria público-privada, como a que representa o PROINFA.

É característica essencial do princípio da legalidade que a prescrição da conduta não só obrigue o indivíduo, como também o Estado. Aliás, o constituinte precavido, sabendo que a relação Estado-indivíduo é sabidamente tensa e, às vezes, crítica, fez constar no *caput* do art. 37 da Constituição da República a expressa menção de que, tanto a Administração Pública direta, quanto indireta, nos diferentes planos, devem obedecer, dentre outros, ao princípio da legalidade.

Depreende-se a expressa determinação no sentido de exigir-se, igualmente, da Administração Pública, o respeito à lei, somente admitindo-lhe o exercício das funções que

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

expressamente estejam prescritas em lei, donde ser incogitável, ilegal e inconstitucional um comportamento de agentes públicos que esteja em desacordo com tal diretriz.⁶⁸

2.9.2. Princípio da finalidade

Ao longo da sua história, o Direito busca determinados instrumentos que sirvam para introduzir no mundo jurídico os valores provenientes do *mundo do ser*. As leis têm sido utilizadas neste sentido, dado o seu valor e relevância, e receberam a denominação de um verdadeiro princípio, o princípio da legalidade.

As leis, igualmente com os princípios, portanto, são os veículos através dos quais os valores são introduzidos na ordem jurídica. Destaca-se que o fim não é senão um valor dirigido para a conduta.

Com os valores introduzidos no ordenamento jurídico, seja por leis ou por princípios, tem-se materializada a finalidade almejada pela lei. É a partir desta fixação que a Administração Pública tem o dever de conduzir atos voltados para a realização desta finalidade, sempre de acordo com as funções que lhe são atribuídas, pelo próprio ordenamento jurídico.

O princípio da finalidade possui grande afinidade com o princípio da impessoalidade, na medida em que o administrador só deve praticar o ato para o seu fim legal, e este é aquele preconizado na norma jurídica, de maneira impessoal.

O princípio da finalidade, no âmbito publicista, é de capital importância, pois enaltece a relação que se estabelece entre os elementos: valores sociais, finalidade jurídica e atos da Administração.

⁶⁸No capítulo 3 tratar-se-á novamente sobre o Princípio da Legalidade.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

Releva notar que, quando se inicia discussão no Congresso Nacional, na etapa que precede a elaboração das leis, lá se encontram valores sociais que, sob debate de diferentes matizes ideológicos, se tenta coadunar a um fim. Neste sentido, houve no Congresso Nacional discussão acerca da instituição do PROINFA – parceria que une a entidade pública e a entidade privada, com um objetivo comum e que preconiza a ampliação da matriz energética brasileira, com a utilização de fontes alternativas de energia.

Várias foram as forças que atuaram diante da iniciativa da promulgação da Lei nº 10.438/02, havendo intenso debate até que se viabilizasse e se aprovasse a instituição do PROINFA.

Após a promulgação da lei, teve-se, à evidência, o conjunto de valores que estimulou e serviu de fundamento para a produção da lei; no caso, a preocupação com o aprimoramento da matriz energética, além do estímulo à própria economia nacional, integrando numa só couraça jurídica os parceiros públicos e os parceiros privados.

No momento em que se tem introduzidos no ordenamento jurídico os meios adequados para o atingimento de tal finalidade, a Administração Pública passa a ter o dever de praticar atos que a concretizem, ou seja, o dever de praticar atos de maneira a, efetivamente, atingir-se a finalidade, como por exemplo, a identificação de segmentos que sejam considerados prioritários para fins da implementação de parcerias público-privadas.

A prática de atos em desacordo com a finalidade fixada na lei, pela Administração Pública, caracterizará um exemplo de desvio de poder ou desvio de finalidade, ato este passível de questionamento na esfera judiciária.

CELSONO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO⁶⁹ nos ensina que o princípio da finalidade:

⁶⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*, 17ª ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2004. p. 98.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

“impõe que o administrador, ao manejar as competências postas a seu encargo, atue com rigorosa obediência à finalidade de cada qual. Isto é, cumpra-lhe cingir-se apenas à finalidade própria de todas as leis, que é o interesse público, mas também à finalidade específica abrigada na lei a que esteja dando execução. Assim, há desvio de poder e, em consequência, nulidade do ato, por violação da finalidade legal, tanto nos casos em que a atuação administrativa é estranha a qualquer finalidade pública quanto naquela em que o fim perseguido, se bem que de interesse público, não é o fim preciso que a lei assinala como tal.”

No âmbito do PROINFA aqui examinado, ou em qualquer outra norma, a finalidade que deve ser constantemente perseguida é aquela almejada pela lei. Para tanto, na hipótese aventada, foi necessária a Chamada Pública, a fim de atender ao objetivo finalístico de permitir e propiciar a contratação entre uma entidade pública e uma entidade privada, segundo termos e condições preconizadas na lei e aceitas pelos envolvidos, pois só assim estaria se atingindo o fim maior.

Em suma: a finalidade é um elemento explicitado pela própria lei. Deste modo, é somente percorrendo a engenharia legal que se consegue atender ao princípio da finalidade.

2.9.3. Princípio da motivação

O princípio da motivação é de extrema importância no âmbito publicista, na medida em que exige que os atos proferidos pela Administração Pública devam conter os fundamentos que se consubstanciem como razões necessárias e suficientes para o seu proferimento. Diz-se, portanto, por que motivo e sob qual fundamento jurídico está-se proferindo determinado ato administrativo.

Fato é um “elemento lingüístico capaz de organizar uma situação existencial da realidade”.⁷⁰ Isto é equivalente a dizer-se que a simples ocorrência de um evento por si só

⁷⁰ FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*, São Paulo: Atlas, 2000. p. 245.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

não se consubstancia num fato. Para que ocorra a materialização de um fato, é imprescindível a narrativa sobre a situação ocorrida, através de uma linguagem.

O fato é jurídico quando interessa ao Direito, estando entre aqueles que sejam considerados relevantes, pelo ordenamento jurídico, que sobre ele expede enunciados constitutivos ou prescritivos.

O princípio da motivação é, portanto, essencial para a identificação, pelo agente público, de um fato jurídico, que requer como requisito a explicitação dos seus fundamentos, sob pena de nulidade do ato expedido.

O fundamento jurídico é que integra a motivação do seu agir ou decidir. Observa-se que a Administração Pública deverá identificar, para expedir um ato administrativo, o fundamento jurídico-positivo que a autorize a tanto, recolhendo, da ordem jurídica, as disposições que mais adequadamente refiram-se ao fato jurídico a ser alvejado.

Os fatos jurídicos e os fundamentos jurídicos se consubstanciam como a motivação referente ao caso concreto que se possui à mão. No plano concreto, o princípio da motivação tem enorme importância no âmbito do Direito Administrativo e é de grande utilidade para os trabalhos que formalizaram e implantaram as escolhas dos atos administrativos, com o objetivo de proteger o cidadão.

A identificação do fato jurídico, do fundamento jurídico e do nexos lógico e, sobretudo, jurídico que se estabelece entre ambos, é que permite ao interessado bem conhecer a decisão ou ato sob foco.

No processo da Chamada Pública para o PROINFA, por exemplo, é absolutamente incogitável que um interessado seja considerado desabilitado para a seleção sem que tal decisão venha acompanhada dos motivos que levam a ELETROBRÁS a assim decidir-se. Ora, à vista de tal motivação, o administrado conforma-se ou aparelha-se para insurgir-se contra o decidido, socorrendo-se, subseqüentemente, dos instrumentos que o ordenamento

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

jurídico lhe coloca à disposição para pugnar pela modificação do ato administrativo proferido.

O fundamento constitucional do princípio da motivação encontra-se implícito no próprio art. 1º, inciso II, que indica a cidadania como um dos fundamentos da República.

No Texto Constitucional de 1988, existe expressa referência à necessidade da motivação, relativamente às decisões administrativas tomadas no âmbito dos tribunais judiciais.⁷¹ Esta recomendação é também endereçada ao Poder Judiciário, na medida em que exige que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário sejam públicos e “fundamentadas todas as suas decisões, sob pena de nulidade.”⁷²

Assim, motivar significa, em verdade, indicar, motivadamente, o fundamento, e as razões que levaram a uma tomada de decisão. Representa um princípio que prestigia, o *devido processo legal*.

2.9.4. Princípio da impessoalidade

A Constituição da República, no *caput* de seu art. 37, determina que a Administração Pública deverá atender, dentre outros, ao princípio da impessoalidade. Constitui-se, assim, em princípio explícito, diretamente voltado para a Administração Pública, não obstante encontrar-se igualmente presente onde houver atividades do Poder Público, seja no exercício de funções legislativas, judiciárias ou executivas.

⁷¹ Art. 93, X, da Constituição da República.

⁷² Art. 93, IX, da Constituição da República.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

O princípio da impessoalidade possui textura aberta, passível de ser saturada sob diversas acepções, como de identidade com o princípio da igualdade,⁷³ atrelado ao princípio da finalidade,⁷⁴ etc.

A Administração Pública, ao exercer as funções que são da sua competência, o faz através de atos administrativos, quer vinculados, quer discricionários. Os vinculados têm a característica marcante de encontrarem-se traçados e previstos em lei, competindo ao administrador tão-somente concretizar a determinação legislativa. Já o ato discricionário possibilita ao agente público adotar a melhor dentre as várias alternativas possíveis de serem adotadas diante de um caso concreto.

Quando há a necessidade da prática de um determinado ato por parte da Administração Pública, e para a qual a lei somente preveja um único agir apropriado à situação, inexistente margem de discricionariedade, para admitir-se o vetor da pessoalidade, do favorecimento.

O princípio da impessoalidade apresenta um vetor mais forte quando se está diante de atos administrativos de espécie discricionária, conferindo-lhes uma direção axiológica no sentido de determinar, ao agente público, que a decisão que se encontra prestes a ser tomada deverá sê-lo em atendimento ao interesse público e em estrita obediência à lei, não em favor deste ou daquele interesse ou preferência pessoal.

Deste modo, atente-se que, sempre que haja uma certa margem de discricionariedade do agente na produção de um ato administrativo desta espécie, exige-se, por vontade constitucional, o afastamento de todas e quaisquer motivações de índole pessoal, a qual, até um passado recente, serviam de elemento decisório em relação a valores e interesses às vezes justapostos.

⁷³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*, 17ª ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2004. p. 104.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

2.9.5. Princípio da publicidade e da transparência

O princípio da publicidade é inerente ao Estado Democrático de Direito, o qual se alicerça na absoluta transparência da prática de atos, pelo Poder Público, ressalvadas somente as situações especialíssimas que autorizam o resguardo do sigilo e discrição no tráfego da mensagem, igualmente em obséquio ao interesse público. A publicidade, na Ordem Constitucional brasileira, deve ser a regra, enquanto o sigilo e a discrição na divulgação, a exceção.

O princípio da publicidade está consubstanciado no ordenamento jurídico, conforme o conjunto de enunciados presentes na Constituição da República, e é a partir daí, no plano legislativo, que surge a necessidade da divulgação, a todos, do conteúdo dos atos e das decisões já tomadas ou que se encontrem sob formação no âmbito da Administração Pública.

O presente princípio, sob comento, mereceu referência expressa no *caput* do art. 37 da Carta Constitucional, que contém diversas prescrições endereçadas tanto à Administração Pública direta, quanto à Administração Pública indireta.

A transparência ou visibilidade, traduzida como publicidade da atuação administrativa, é inerente à Democracia administrativa⁷⁴. A transparência dos atos da Administração Pública e a translucidez nas condutas dos servidores e dos agentes delegados da Administração Pública constitui-se no traço marcante da contemporaneidade no exercício de funções voltadas para o benefício do interesse da coletividade, não mais sendo admitida a prática, verificada até passado não muito distante, de decisões tomadas em salas fechadas, com outorga de prestígio e favores a alguns poucos.

⁷⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16ª ed., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 89-90.

⁷⁵ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 147.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

A Publicidade tem o condão de conceder eficácia jurídica aos atos administrativos, na medida em que eles só ganham eficácia jurídica caso sejam divulgados a todos, inclusive no que se refere à decisão tomada no âmbito do processo Administrativo.

Ela se configura, também como meio do melhor e mais eficaz exercício de controle dos atos da Administração Pública, assim como das condutas dos seus servidores e agentes, já que possibilita a todos os cidadãos exercerem este controle, além do controle, quer interno, quer externo, a que a Administração Pública também se submete. E nem poderia ser diferente: a coisa pública a todos pertence, donde ser até evidente que o ordenamento jurídico prescreva diferentes formas e maneiras para que toda a sociedade possa aferir a legalidade e a legitimidade dos atos praticados nos domínios da Administração, assim como das condutas adotadas por seus servidores e agentes.

A publicidade não se assenta no aspecto ‘promoção’ – que, inclusive, é vedada pela própria Constituição da República, conforme art. 37, § 1º –, mas sim no aspecto *divulgação*, isto é, na efetiva transmissão de uma mensagem num determinado contexto, com o propósito de atender ao interesse público. Para tanto, utiliza-se da imprensa oficial (Diário Oficial da União, dos Estados ou dos Municípios, naturalmente, onde houver tal publicação), da imprensa privada, credenciada para tal finalidade, da própria Administração Pública e, atualmente, dos meios eletrônicos amplamente disponíveis.

O princípio da publicidade e da transparência, à evidência, é essencial ao Estado Democrático de Direito, assegurando a translucidez que, contemporaneamente, exige-se da Administração Pública.

2.9.6. Princípios da moralidade e da probidade administrativa

O princípio da moralidade administrativa está intimamente relacionado ao princípio da boa-fé e da lealdade. Representa o conjunto de valores sociais, reconhecidos pelo

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

Direito, que estabelece os domínios formais e substanciais do agir e das condutas dos agentes e da Administração Pública.

A moralidade administrativa está prevista no *caput* do art. 37 da Constituição da República e se consubstancia nos valores que a realidade espera e exige da Administração Pública, numa movimentação dialética que vai sofrendo mutações, resultado da rica realidade e experiência diuturnamente vividas pelo homem.

Na diversidade brasileira assentada na sua extensão territorial, na sua diversidade de cultura, na pluralidade de crença e nos costumes regionais arraigados, por exemplo, tem-se que as movimentações axiológicas do contexto demonstram variações em relação aos comportamentos esperáveis e exigíveis da Administração Pública, alterando as respectivas expectativas, de uma para outra localidade.

Deste modo, um determinado trajar mais informal nas instalações de uma repartição pública em algumas regiões do norte do país são admitidas, o mesmo não ocorrendo, por exemplo, na capital federal.

Se, por um lado, o princípio da moralidade é constituído de variações, por outro apresenta um núcleo duro, saturado por certos valores resultantes de um verdadeiro consenso social, tais como: honestidade, bons costumes, ética, lealdade, boa-fé, boa administração, justiça e equidade.

Todos estes valores, com maior ou menor intensidade, se encontram juridicizados, seja através de menção genérica e, às vezes, programática – características identificáveis nos enunciados jurídicos alojados no Texto Constitucional – seja merecendo referências especificamente voltadas a prescrever, concretamente, o agir da Administração Pública, com a cominação de sanções correspondentes ao seu descumprimento.

Ao lado do princípio da moralidade administrativa encontra-se o princípio da probidade administrativa. Enquanto pensados como princípios, podem os dois serem

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

considerados como portadores do mesmo sentido e consistência axiológica,⁷⁶ variando-se, somente, na intensidade da carga valorativa depositada num ou noutro vetor social. No plano dogmático, todavia, observa-se que os enunciados informadores do princípio da probidade administrativa inclinam-se para deter feição e configuração específicas, ao enfatizar o disciplinamento conseqüente ao enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário e ofensa aos princípios da Administração Pública.⁷⁷

O Texto Constitucional apresenta a disposição dirigida à Administração Pública, tanto direta, quanto indireta, de guardar obediência ao princípio da moralidade, conforme exige, expressamente, o art. 37, prevendo, o mesmo Texto Constitucional, a possibilidade do aparelhamento, por parte de qualquer cidadão, de ação popular que vise a anular o ato lesivo à moralidade administrativa (art. 5º, LXXIII).

No que concerne à probidade administrativa, a Constituição da República de 1988 remete à lei complementar a fixação de outros casos de inelegibilidade, a fim de proteger a probidade administrativa,⁷⁸ ao mesmo tempo em que, em atenção a este princípio, expressamente admite a cassação e a suspensão de direitos políticos, assim como a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e graduação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível, diante da ocorrência de sua infringência ou contrariedade.⁷⁹

Relativamente ao chefe da Administração Pública federal, o Texto Constitucional considera, ademais, como crime de responsabilidade, dentre outras hipóteses, o ato do Presidente da República que atente contra a probidade na administração.⁸⁰

⁷⁶ Na linha do pensamento de Di Pietro, Maria Sylvia Zanella (*Direito Administrativo*, p. 672), Gasparini, Diógenes (*Direito Administrativo*, p. 10) e Moreira Neto, Diogo de Figueiredo (*Curso de Direito Administrativo*, p. 93).

⁷⁷ Lei nº 8.429/92, especialmente nos arts. 9º, 10 e 11.

⁷⁸ Art. 14, § 9º, da Constituição da República.

⁷⁹ Art. 15, V, § 4º, da Constituição da República.

⁸⁰ Art. 85, V, da Constituição da República.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

Assim, ambos os princípios – da moralidade e da probidade administrativa – destinam-se à Administração Pública, dela exigindo não só a boa administração, mas, sobretudo, que tal se dê com ética, honestidade, bons costumes, lealdade, boa-fé, justiça e equidade. E como a Administração Pública interage com os indivíduos a ela estranhos, e no ponto aqui sob realce, com a entidade privada interessada em participar da parceria com a ELETROBRÁS formatada no PROINFA, por aplicabilidade reflexa, também deles exige-se obediência, com a aplicação dos consectários apropriados, como, por exemplo, nos casos em que induzam ou concorram para a prática de ato de improbidade.⁸¹

2.9.7. Princípio da eficiência

A Administração Pública pode ser vista sob o prisma daqueles que não integram os seus quadros, quais sejam, aqueles que com ela estabelecem relações jurídicas, caso de autorizatários, permissionários e concessionários, ou mesmo dos participantes do processo de Chamada Pública do PROINFA, e para este, muitas vezes é vista como um aparelhamento burocrático, organizado em bases formais e rígidas, sem maiores preocupações com a boa administração.

Parte desta visão é verdadeira, parte incorreta. O cunho de verdade reside na manutenção, até nossos dias, de alguns dos efeitos próprios e decorrentes de uma concepção burocrática da Administração Pública, rígida, tal qual concebida no séc. XIX, baseada nos princípios da profissionalização, organização em carreira, hierarquia funcional, impessoalidade e formalismo, voltada para o combate da corrupção e do nepotismo patrimonialista.⁸² Já a parte incorreta se assenta nas iniciativas adotadas contemporaneamente, e nos resultados concretos já auferidos, no sentido de aprimorar o Estado brasileiro e, notadamente, a administração da coisa pública.

⁸¹ Art. 3º da Lei nº 8.429/92.

⁸² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Parcerias na Administração Pública*, 5ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2005. p. 42.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

Neste contexto atual da denominada *administração pública gerencial* é que, juridicamente, tem lugar a eficiência da Administração Pública. E tanto é assim, que ele (o princípio da eficiência) ocupa lugar de proeminência, estando presente no *caput* do art. 37, da Carta Constitucional, exigindo obediência pela Administração direta e indireta para este ponto.

Observe-se que a expressão é principal, valorativa, porém apresenta formidáveis e compreensíveis parâmetros a serem fixados, os quais são, de certa maneira, definidos a partir de orientações provenientes das quadras das ciências econômicas, da administração, da ciência política, etc., adequadamente juridicizados.

O princípio da eficiência tanto alude ao disciplinamento das condutas dos agentes da Administração Pública, quanto à estruturação e funcionamento dos órgãos e entidades que a integram e da qual participem, caso de uma parceria público-privada, por exemplo.

Exige-se o cultivo do interesse público, não com ênfase burocrática e, de certa maneira, descomprometida com os resultados. Espera-se, atualmente, bem ao revés, que se estabeleçam metas, persigam-se objetivos claramente delineados, tendo sempre a finalidade de obter-se a administração ótima, assegurando-se excelência na qualidade dos serviços a serem prestados aos indivíduos e à coletividade, tudo sendo feito com o menor custo possível.

Para MOREIRA NETO⁸³, a eficiência administrativa deve ser entendida como:

“a melhor realização possível da gestão dos interesses públicos, em termos de plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade”, apresentando-se, simultaneamente, “como um atributo técnico da administração, como uma exigência ética a ser atendida, no sentido weberiano de resultados, e como uma característica jurídica exigível, de boa administração dos interesses públicos”.

⁸³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*, 12ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001. p. 103.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

Tal orientação não é simples. Ao contrário, apresenta dificuldades de monta, pois, para ser implementada, concretamente, necessita que o Direito assim a preveja, estabelecendo mecanismos que possam abrigá-la e prestigiá-la, respeitados, todavia, princípios caros e essenciais ao âmbito público, sobretudo os da legalidade, segurança jurídica, transparência e de controle da Administração Pública.

A história comprovará que se trata de princípio idôneo à revisibilidade dos atos da Administração Pública, ao menos à região de contorno dos atos administrativos da espécie discricionária, recordando-se, em arremate, de que o próprio Texto Constitucional determina de maneira enfática e expressa que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário deverão manter, de forma integrada, um sistema de controle interno com a finalidade de comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da Administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de Direito Privado.⁸⁴

Os Processos de contratação do PROINFA inegavelmente constituíram-se num depoimento valioso no sentido de testemunhar que a eficiência preconizada para os agentes públicos foi efetivamente implementada, na medida em que a execução das contratações para o referido programa ocorreu em tempo recorde e em situação de grande superação dos agentes da ELETROBRÁS, uma vez que seu prédio e escritório central havia sido incendiado, tendo o processo ocorrido em lugar improvisado e sem a menor infra-estrutura física e material.

⁸⁴ Art. 74, II, da Constituição da República.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

Capítulo 3 - DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

3.1. Da Reforma do Estado

A reforma do Estado não é somente um fenômeno peculiar do setor público – ela é um fenômeno do séc. XX⁸⁵. A crise do Estado está associada, de um lado, ao caráter cíclico da intervenção estatal, e de outro, ao processo de globalização, que reduziu a autonomia das políticas econômicas e sociais dos Estados nacionais.

A exigência de reforma administrativa surge, assim, da necessidade de se abandonar um modelo amador e generalista em favor de um modelo profissional alicerçado numa visão especialista. As reformas se difundiram por muitos países europeus, e, basicamente, foram deflagradas em virtude da crise financeira do Estado, pela insatisfação na atuação do setor público, que apresentava pouca eficiência, e também pela internacionalização, que acabou forçando um ajuste nos sistemas nacionais.⁸⁶

As reformas apresentam tendências semelhantes nos países e culminam na tendência de privatização de tarefas, antes realizadas pelo Estado, e agora compartilhadas com parceiros privados.

CASSESE⁸⁷ identifica que a primeira e mais aceita tendência de reforma dos países europeus é um conjunto de orientações que surge com o nome de *New Public Management*. Consiste basicamente dos seguintes elementos:

- a) *Agencification* – é a tendência à criação de agências reguladoras, como entidades independentes, para a organização e o equilíbrio das forças econômicas do mercado;

⁸⁵ CASSESE, Sabino. *La Globalización Jurídica*. Instituto Nacional de Administración Pública Marcial Pons, Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. 2006. p. 196.

⁸⁶ CASSESE, op. cit. p. 196.

⁸⁷ CASSESE, op. cit. p. 198.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

- b) *Process re-engineering* – consiste na revisão dos procedimentos internos da Administração Pública, com o objetivo de simplificar e reduzir a burocratização, e, por conseguinte, proporcionar melhorias na relação Administração/Cidadão.
- c) *Value for money* – significa a proposta de introdução de contabilidade mercantil na Administração Pública, buscando analisar o controle dos custos, a fim de aumentar a produtividade dos serviços públicos;
- d) *Result-oriented budget* – é a elaboração de pressupostos para a Administração, com o fito de maximizar os resultados dos processos;
- e) *Customer orientation* – caracteriza-se pela determinação de indicadores de qualidade, que servem como parâmetros de produtividade como medida de controle da satisfação dos usuários de serviços públicos;
- f) *Public private partnership (PPP)* – entendida como a colaboração de particulares na gestão dos serviços públicos, em diversas formas, seja através de contratação externa de tais serviços, seja por delegação destes serviços a particulares, seja propiciando a participação financeira de particulares em determinadas áreas.

Para o presente estudo, há que se desenvolver a noção de Parceria Público-Privada – PPP no Direito Comparado e, posteriormente, a sua caracterização no Brasil, lembrando sempre que seu surgimento advém de Reformas nos Estados.

3.2. As Parcerias Público-Privadas no Direito Comparado

As Parcerias Público-Privadas no Direito Comparado assumem variações nas suas formulações nos diversos ordenamentos jurídicos, tendo um conceito bastante abrangente. De modo genérico, as Parcerias Público-Privadas - PPPs se apresentam sob um conceito

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

que significa a cooperação entre os setores públicos e privados, seja para aumentar a oferta de serviços, seja para oferecer serviços mais eficientes e de melhor qualidade. Representam uma das diversas estruturas alternativas para a prestação de determinados serviços.

3.2.1. Reino Unido⁸⁸

O conceito de Parcerias Público-Privadas – PPPs foi criado no Reino Unido após a abolição das regras que anteriormente haviam restringido fortemente o uso do capital privado para o financiamento de ativos públicos. A idéia era direcionar as Parcerias Público-Privadas – PPPs para setores como a saúde, por exemplo.

A **Iniciativa de Financiamento Privado** (*Finantial Management Initiative*) surgiu no Reino Unido como resultado de iniciativas do governo, a partir dos anos 80, representando a terceira fase de um processo que teve etapas como a privatização, concebida pela transferência da propriedade e de toda a exploração econômica a empresas do setor privado, e a licitação competitiva, entendida, esta última, como uma forma de reduzir os custos referentes à prestação de serviços auxiliares que respaldavam o serviço público ‘central’, tais como os serviços de limpeza, criando, assim, uma economia de provedores para o setor público. Deste modo, haveria a criação de uma economia mista.

A introdução da experiência de gestão do setor privado, assim como as disciplinas financeiras e a força de mercado, contribuíram para criar grandes empresas em alguns setores, como por exemplo o setor das telecomunicações. Os contratos, nestes casos, eram celebrados com as empresas do setor privado que se apresentassem em melhores condições para oferecer os serviços pretendidos, e de modo mais eficaz. Como resultado, o setor privado começou a aumentar sua participação nesta espécie de prestação de serviços (como limpeza e serviços alimentícios, por exemplo).

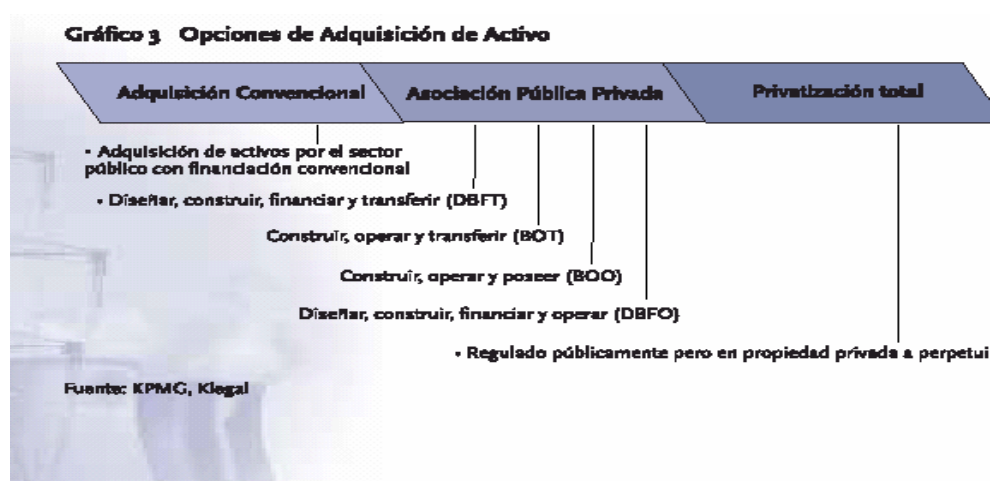
⁸⁸ GRIFFITHS, Nigel. Palestra proferida no *Seminário Parcerias Público-Privadas*, no BNDES, em 13 de novembro de 2003.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

No âmbito da Iniciativa de Financiamento Privado, a idéia central que a permeia é a outorga de contratos de serviços de longo prazo a empreendedores do setor privado, que se responsabilizam pela provisão dos ativos, ou seja, pelo compromisso de introduzir o capital necessário à alavancagem do projeto. Nesta concepção, a responsabilidade pela prestação dos serviços centrais permanece com o setor público.

Deste modo, pode-se afirmar que as Parcerias Público-Privadas – PPPs são, usualmente, estruturadas no Reino Unido sob as três amplas modalidades apresentadas, quais sejam: privatização, licitação competitiva e Iniciativa de Financiamento Privado. Destaque-se que, conforme o entendimento de GRIFFITHS,⁸⁹ a Iniciativa de Financiamento Privado possui enfoque no serviço conjugando o binômio preço-qualidade, enquanto que a licitação competitiva é, em geral, assentada apenas no preço.

Com o desenvolvimento das Parcerias Público-Privadas – PPPs, pode-se dizer que, na prática, existem diversas opções de formatos, que vão desde uma aquisição convencional a uma privatização total, conforme o gráfico que se segue, e que é representativo dos modelos de Parcerias Público-Privadas – PPPs no Reino Unido:



⁸⁹ GRIFFITHS, loc. cit.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

Em meados dos anos 90, o processo das Parcerias Público-Privadas se ressentiu, sofrendo uma paralisação, por falhas em sua coordenação central, a qual era insuficiente para priorizar as ações necessárias à sua continuidade e para gerenciar a quantidade de projetos existentes. Além disso, também se apresentaram uma série de obstáculos de natureza financeira, que impediram a conclusão de projetos.

Para possibilitar um reaquecimento na promoção das Parcerias Público-Privadas – PPPs, o Reino Unido promoveu uma reorganização em seu programa, que passou pela formação de uma estrutura central para a coordenação e a homologação de todos os principais temas comerciais, e principalmente para a publicação de normas gerais para a contratação dos projetos de PPPs, o que ajudou a melhorar a sua eficácia.

Os projetos das PPPs no Reino Unido têm um modelo que pode incluir desde o desenho do projeto, sua construção, financiamento, até a posterior operação (DBFO) para a prestação dos serviços. Os contratos têm previsões que lhe dão uma forma flexível para possibilitar a execução de ajustes nos serviços, já que se tratam de contratos de longa duração. Estes ajustes podem ser derivados da necessidade de modificação da política inicialmente planejada ou de melhoras tecnológicas que o setor privado não possa prescindir de utilizar, por exemplo.

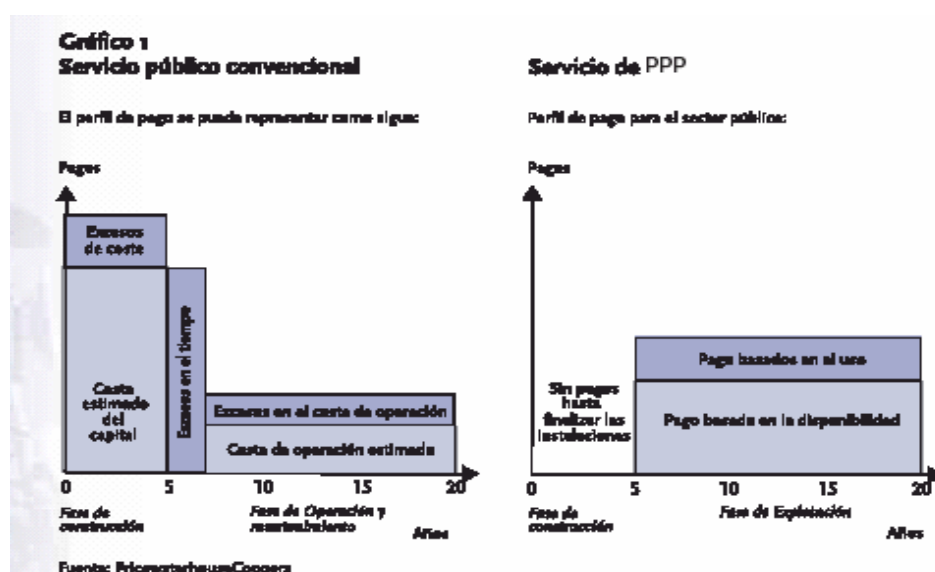
Destaque-se que uma maior flexibilidade de formatação jurídica significa que se pode modelar um formato específico para cada PPP, para que ela possa se adaptar às características e peculiaridades de cada projeto específico. Estas ações têm ajudado o Reino Unido a estabelecer os requisitos para bons projetos de PPP.

Assim, principalmente pelo respaldo político e legislativo vigente, a experiência da realização de Parcerias no Reino Unido tem resultado em melhorias no desenvolvimento dos contratos de longo prazo. Outro aspecto deste desenvolvimento é a presença de um marco político que oferece um contínuo fluxo de projetos de Parcerias Público-Privadas, e que tem incluído a formatação de contratos que compreendem a combinação de um ou mais

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

projetos, visando a obtenção de economia de escala e, por conseguinte, a melhoria do conhecimento e da capacitação do setor público, para a formulação e a gestão dos contratos.

Comparando-se os serviços públicos convencionais com os serviços de Parcerias Público-Privadas, tem-se o gráfico abaixo:



3.2.2. França

O processo de reforma da Administração Pública Francesa, para se adaptar às diretrizes da Comunidade Européia, foi estabelecido com base no princípio da supremacia do Direito Comunitário. Nesta concepção, destaca-se a edição de duas leis: a *Ley Deffere*, que transfere as funções estatais a entes locais, dando parcela de autonomia a estes entes, e a *Ley Pascua*, que estabelece que a Administração Central tem somente tarefas de Direção, enquanto que a execução compete aos órgãos estatais periféricos.⁹⁰

Na França, existe uma série de modalidades de delegação de serviços públicos, sendo a concessão apenas uma espécie do gênero delegação. A concessão no modelo

⁹⁰ CASSESE, op. cit. p. 200.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

francês é, via de regra, remunerada pelo usuário. Entretanto, ela admite algumas espécies de garantias financeiras do Estado. O mais interessante a ser destacado é que o ordenamento jurídico francês admite uma liberdade geral para que a Administração Pública possa lançar mão de contratos atípicos e inominados de delegação de serviços públicos, não precisando ser eles previamente tipificados em lei.⁹¹

Como exemplos de delegação de serviços públicos, tem-se:

- a) *Concession de Service Public* – modelo-tipo da delegação de serviço público. É o contrato em virtude do qual o concedente, pessoa pública, encarrega um concessionário, pessoa pública ou privada, de explorar um serviço público por sua conta e risco. Nestes casos, a remuneração do concessionário se dá, usualmente, pelos usuários do serviço. Entretanto, pode haver uma participação do poder concedente na remuneração indireta, por meio de subvenções para equipamentos ou garantias de empréstimos, por exemplo;
- b) *Affermage* – instituto muito semelhante à concessão no formato brasileiro. Todavia, admite apenas a delegação do serviço em si, sem a possibilidade de construção de infra-estrutura. Nestes casos, como o Estado é o detentor da infra-estrutura e o responsável por eventual expansão, recebe uma quantia do *fermier*;
- c) *Régie Intéressé* – esta modalidade se situa entre a delegação e a terceirização de serviços. O usuário do serviço paga diretamente por este ao Estado, sendo este último o responsável pelo pagamento (por provisão orçamentária) diretamente ao *régisseur*. A remuneração é calculada pelo número de usuários e pela qualidade do serviço;

⁹¹ BOITEAU, Claudie. *Lês Conventions de D'légation de Service Public*. Paris: Imprimerie Nationale. 1999. p. 200. *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. Artigo *As Parcerias Público-Privadas no Direito Público Brasileiro*, publicado na Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Vol. XVII. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. BOITEAU revela, ainda, que há “obsolescência dos

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

- d) *Emphytéotique Administratif* – instituto em que o particular faz investimentos em imóvel público, colocado à disposição da Administração para prestação de serviços públicos. A remuneração do investimento privado decorre da exploração de outras instalações por ele construídas no imóvel, como por exemplo um hospital, um *shopping*, etc.).⁹²

3.2.3. Alemanha

A Alemanha foi um dos primeiros países a modificar suas próprias instituições e adaptá-las à Comunidade Européia. A primeira grande Diretiva foi a descentralização, especialmente ocorrida nos serviços públicos, onde o Direito Comunitário iniciou uma ingerência no Direito Administrativo nacional.

De 1959 a 1965 houve a primeira onda de privatização dos setores públicos, a qual ganhou nova força entre 1982 e 1989, destacando-se, nesta época, a privatização dos setores automotivos e da Energia.

As Parcerias Público-Privadas se exteriorizaram mediante contratos de terceirização de serviços, como a limpeza dos prédios públicos e a manutenção dos parques.

3.2.4. Portugal

O conceito de Parceria Público-Privada no Direito Português é amplo e está previsto no Decreto-Lei nº 86/03 como o contrato ou a união de contratos por via dos quais entidades privadas, designadas por parceiros privados, se obrigam, de forma duradoura, perante um parceiro público, a assegurar o desenvolvimento de uma atividade tendente à

modelos tradicionais de delegação. A tipologia clássica dos contratos de gestão delegada pouco a pouco se desvanece diante das concessões complexas que são aplicadas a esses modelos.”

⁹² BOITEAU, op. cit. p. 96-106.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

satisfação de uma necessidade coletiva, em que o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração cabem, no todo ou em parte, ao parceiro privado.

3.3. Exemplos de Parcerias Público-Privadas no Setor Elétrico⁹³

DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA NA GUATEMALA

Programa	Responsabilidades do Governo	Responsabilidades do investidor privado	Riscos compartilhados	Benefícios
Ampliação Programa de Eletrificação Rural (PER)	Reinvestimento dos recursos da Privatização e subsequente venda de ações	Execução de Investimentos do PER e Implementação do PN	Risco comercial de eletrificação Rural mitigado pela contribuição do Governo da Guatemala ao PER	Ampliação da rede de Distribuição para 281 mil novos clientes sem aumento de tarifa
Privatizações da Companhias de Distribuição e plano de Negócios (PN)	Injeção de recursos adicionais			Ganhos na qualidade e eficiência dos serviços de distribuição

DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA NA REPÚBLICA DOMINICANA

Programa	Responsabilidades do Governo	Responsabilidades do investidor privado	Riscos compartilhados	Benefícios
Capitalização da Endesur e Endenorte	Ativos da Companhia	Injeção de Capital (recursos da Capitalização),	Riscos quanto à viabilidade Comercial e	Implementação imediata do Programa de

⁹³ AGUINAGA, Adriana de. Palestra proferida no *Seminário Parcerias Público-Privadas*, no BNDES, em 13 de novembro de 2003.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

(EDES)		execução do programa de investimento	financeira EDES mitigados pelos recursos da Capitalização	Investimentos
--------	--	--------------------------------------	---	---------------

GERAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA NA COSTA RICA

Programa	Responsabilidades do Governo	Responsabilidades do investidor privado	Riscos compartilhados	Benefícios
Compras de Energia Elétrica sob um PPA com a usina Geotérmica Miravalles III	Fornecimento de Vapor Construção dos dutos para vapor e linha de transmissão	Fornecimento de equipamentos Construção e operação da usina	ICE (Entidade da Administração) melhor capacitado que o investidor privado para construir e operar dutos de vapor e linhas de Transmissão	Viabilização da usina baseada em recursos naturais (vapor) com alto risco de exploração

Deste modo, têm sido diversas as vantagens e os benefícios das Parcerias Público-Privadas, que foram concebidas como uma alternativa capaz de conjugar esforços que, por um lado, beneficiam a Administração Pública, na medida em que permitem o aumento da injeção de recursos em projetos de infra-estrutura, por exemplo, com o capital privado (os recursos públicos são cada vez mais limitados), e, por outro lado, beneficiam os parceiros privados, permitindo que eles obtenham um empreendimento lucrativo. Os usuários dos projetos também são diretamente beneficiados, através da melhoria dos serviços colocados à sua disposição.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

3.4. Parcerias Público-Privadas em Sentido Amplo e Restrito

As Parcerias Público-Privadas podem ser traduzidas, no Direito comparado, como toda a forma de conjunção de esforços entre o setor público e o privado que, associados, sem a formação de uma nova pessoa jurídica, se unem para a consecução de uma finalidade de interesse público.

No dizer da língua portuguesa, segundo o Dicionário Aurélio⁹⁴, a palavra Parceria apresenta como significado a “reunião de pessoas para um fim de interesse comum; sociedade, companhia”.

A palavra Parcerias tem origem latina (*partiaris*), conforme lição de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO⁹⁵, e, antes da edição da Lei nº 11.079/04, era empregada no Direito Administrativo, em *lato sensu*, no sentido de sociedade *sui generis*, onde não havia a composição de capital social ou a instituição de uma nova pessoa, mas tão-somente uma relação negocial, em que uma das partes assumia obrigações determinadas com vistas à participação de lucros a serem alcançados.

ARNOLDO WALD⁹⁶ utiliza o vocábulo Parcerias em sentido análogo ao definido por Diogo de Figueiredo, cuidando especificamente dos institutos da concessão e da permissão, antes da publicação da Lei nº 11.079/04.

Já MARIA SYLVIA DI PIETRO⁹⁷ concede uma amplitude maior ao vocábulo, na medida em que entende que o termo Parceria também poderia ser usado quando não há percepção de lucro por parte do ente privado.

⁹⁴ HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de. *Dicionário Aurélio* - Século XXI versão eletrônica – 30 de nov. de 1999.

⁹⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O Sistema de Parcerias entre os setores Público e Privado*. São Paulo: NDJ, ano XIII, nº 1, jan. 1997.

⁹⁶ WALD, Arnoldo, et alii. *O Direito de Parcerias e a Lei de Concessões*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

Após a publicação da Lei nº 11.079/04, que utiliza o termo Parceria Público-Privada para duas espécies de concessão: a concessão administrativa e/ou a concessão patrocinada, o termo passou a ser utilizado numa concepção restrita, significando as hipóteses de parcerias concebidas no referido diploma legal.

Corroborando o mencionado, ARAGÃO⁹⁸ faz a seguinte colocação:

“No Direito Comparado, inclusive no modelo inglês e no português, tão comumente invocados, a noção de parceria público-privada é dotada de uma amplitude, fazendo com que o seu estudo nos seja mais útil para analisarmos as formas de cooperação em geral entre o poder público e entidades privadas, do que as específicas duas formas de cooperação contempladas na Lei 11.079/04 (concessões patrocinadas e concessões administrativas).”

O presente estudo parte da utilização do termo de Parceria Público Privada de maneira ampla, consagrando a proposta utilizada no Direito europeu, qual seja, englobando as diversas formas e possibilidades em que os esforços entre as esferas pública e privada, que, mesmo não implicando na constituição de uma pessoa jurídica distinta, teriam por condão a lucratividade, pois é esta a abordagem aplicada ao setor elétrico e, especificamente, aquela realizada no Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA, um programa que foi instituído pela Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002.

A Parceria, conforme concepção acima, é uma espécie do gênero “colaboração” do Direito Administrativo, sendo sua característica primordial a vinculação à noção de lucro e,

⁹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 4ª ed – São Paulo: Atlas 2002.

⁹⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Artigo *As Parcerias Público-Privadas no Direito Público Brasileiro* publicada na Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Vol. XVII. Rio de Janeiro:Lúmen Júris, 2006. p. 54.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

conseqüentemente, à iniciativa privada. Diferentemente, pode-se citar o instituto da cooperação, que trata da colaboração entre entidades estatais.

A colaboração entre os setores públicos e privados, tem seu maior desenvolvimento de acordo com a visão juspolítica adotada, e, conseqüentemente, na proporção direta da relação do Estado com a sociedade e a ordem jurídica e econômica adotada, já que a participação da iniciativa privada ou sua regulação vai propiciar um maior destaque das modalidades de parcerias.

Destaca-se que a natureza econômica da atividade pode gerar distanciamento entre os objetivos de ambas as partes (pública e privada), já que o particular sempre almeja lucro.

A questão inicial que se apresenta é a seguinte: se as parcerias no Direito Público Brasileiro seriam *numerus clausus*, ou seja, tipificadas em lei, diante do princípio da legalidade, ou não, e, conseqüentemente, se o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA – poderia ser enquadrado como uma forma de parceria público-privada.

Deste modo, a fim de responder a esta indagação, necessitamos fazer, previamente, a incursão em temas como o princípio da legalidade e da tipicidade, a fim de nos libertarmos de alguns véus e parametrizarmos alguns conceitos.

3.5. O Princípio da Legalidade na Administração Pública

O princípio mestre no Estado de Direito é o princípio da legalidade, qual seja, a subordinação da conduta dos agentes públicos aos ditames legais.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

Em clássica comparação, diz-se que, enquanto os indivíduos no campo privado podem fazer tudo o que não esteja vedado pela lei (art 5º, II da CR⁹⁹), na esfera pública o administrador só pode atuar onde a lei autoriza¹⁰⁰. Assim, a atuação da administração só é legítima quando condizente com o disposto na lei.

Para compreensão deste ponto, deve-se lembrar que este princípio teve sua origem no início do liberalismo, na necessidade da burguesia de se proteger dos mandos e desmandos da realeza absolutista. Neste contexto, qualquer ato administrativo que não reapresentasse a vontade previamente disposta pelo legislador, significaria um verdadeiro atentado à vontade e aos interesses do povo e, por conseguinte, seria ilegítimo.

Esta vontade popular é, ainda nos dias de hoje, invocada para fundamentar a defesa da subordinação absoluta do administrador à lei. No entanto, já deve ser relativizada, na medida em que o império absoluto da lei nunca conseguiu ser realizado, posto que lhe falta completude. A lei não consegue determinar, prévia e exaustivamente, todos os atos necessários para a consecução do interesse público. Assim, passou a ser necessário dar ao administrador uma liberdade para tomada de decisão e para a determinação do conteúdo dos preceitos, a denominada discricionariedade.

Deste modo, deve ser excluída a idéia de um sentido absoluto da vinculação da administração a um simples papel de executora direta da lei, desconsiderando os desvirtuamentos provenientes da exacerbação do chamado legalismo.

O ideal legalista do iluminismo, no qual as leis (do parlamento) seriam sempre justas e racionais, deve ser ultrapassado, tendo em vista a série de barbáries vinculadas a ele

⁹⁹ “art.5º

I - (...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

¹⁰⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16ª ed., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 88.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

(nazismo, fascismo), o que se pode concluir que a suposta garantia poderia causar danos à liberdade e aos direitos fundamentais dos homens.

“(…) A própria sacralização da legalidade produziu um devirtuamento denominado legalismo ou legalidade formal pelo qual as leis passaram a ser vistas como justas, por serem leis, independente do seu conteúdo. (...) Por outro lado, com as transformações do Estado, o Executivo passou a predominar sobre o Legislativo; a lei votada pelo Legislativo deixou de expressar a vontade geral para ser a vontade de maiorias parlamentares, em geral, controladas pelo Executivo. (...) Ante tal contexto, buscou-se assentar o princípio da legalidade em bases valorativas, sujeitando as atividades da Administração não somente à lei votada pelo Legislativo, mas também aos preceitos fundamentais que norteiam todo o ordenamento.”¹⁰¹

O que se registra é a evolução da idéia genérica de legalidade existente no Estado liberal, no Estado legal e a idéia de legalidade num Estado Democrático de Direito, onde os princípios têm fundamentos em bases valorativas e devem ser ponderados na sua aplicação para que haja harmonização de seus conteúdos.

“Em termos exclusivamente lógicos, o Estado de Direito pode prescindir da subordinação do ato administrativo à lei e do Executivo ao Legislativo. Basta preservar em vigor o dogma de que o ato da administração não pode ser fruto de capricho (mesmo que não haja uma lei a sujeitá-lo).”¹⁰²

3.6. Tipo, Tipicidade e Atipicidade

O estudo do tipo é o empregado pelo jurista no Direito Penal e Tributário e visa oferecer garantias de que o Estado não ultrapassará determinados limites. É uma verdadeira barreira em favor do cidadão.

A regra mais conhecida para garantias individuais é a prevista no Art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição da República, que determina que não há crime sem lei anterior

¹⁰¹ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 9ª ed, rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.142.

¹⁰² Sundfeld, Carlos Ari. *A Administração Pública na era do Direito Global*, constante da obra coletiva *Direito Global*, Max Limonad, 1999, p.167.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

que o defina, e nem pena sem prévia cominação legal. O tipo é, portanto, um modelo legal (conjunto de elementos de fato descritos na lei), ao qual um fato deve ajustar-se para sua incidência.

A expressão “tipo normativo” serve para designar o modelo proposto para a conduta de determinada situação.

A tipicidade normativa indica a determinação de uma disciplina de alguma operação apta a receber uma infinidade de possibilidades distintas, e não a impossibilidade de existência de possibilidades atípicas. Ela pode estar presente no Direito Administrativo, se o legislador optar pelo *numerus clausus* de tipos. Assim, a existência de um núcleo de modelos nominados no ordenamento jurídico administrativo não constitui por si só um sistema completamente fechado. Denota apenas a impossibilidade de utilização de novos esquemas para regular aquelas operações já tipificadas, ficando compelidos a obedecer ao modelo legal, no caso da escolha de um dos tipos do catálogo legal.

A tipicidade normativa pode apresentar-se sob 3 técnicas diferentes:

- a) pode consignar categorias abstratas, às quais seja possível reconduzir um número ilimitado de realidades;
- b) pode descrever categorias concretas nos seus contornos essenciais, suscetíveis de compreender um número finito de eventos; e
- c) pode referir-se aos próprios eventos¹⁰³.

Na primeira hipótese, as previsões abstratas esgotam o universo lógico em que se integram; na segunda e na terceira, surgem normas jurídicas.

¹⁰³ CORDEIRO, Antonio Menezes. *Direito das Obrigações*, Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1980, v.1, p.285 *apud* SZTAIJN, Raquel. *Contrato de Sociedade e Formas Societárias*, São Paulo: Ed. Saraiva, 1989, p. 11.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

Havendo tipicidade normativa, observa-se que o número de realidades reguladas é finito; não há possibilidade lógica de aplicação analógica das normas aí integradas.

A tipicidade normativa se apresenta pelo *numerus clausus* de realidades e pelo afastamento da aplicação da analogia de seus preceitos, já que está fora de seu universo lógico tudo que não apareça nele com regulação expressa.

A taxatividade da realidade pode ser:

- a) por disposição da norma;
- b) por determinação de que os elementos integrantes do evento devem constar da lei; e
- c) por proibição à aplicação analógica, determinando a opção da política legislativa adotada para aqueles eventos.

Podemos observar que o simples confronto dos tipos legais com o modelo atípico não implica que a este seja automaticamente aplicável o conjunto de regras elaboradas para aqueles.

Se a tipicidade decorre da conformidade do fato concreto com o modelo legal ao qual se chegou por abstração, podemos concluir que a fórmula a que o fato social deve ajustar-se pode ser mais ou menos limitadora, conforme o rigor da sua precisão.

Deste modo, o modelo fático típico pode não corresponder inteiramente ao tipo legal, mas isto não basta para que ele seja um contrato atípico, já que para a ocorrência da tipicidade basta que os elementos caracterizadores do tipo estejam presentes.

Releva notar que a tipificação estrita, tal qual ocorre, mais especificamente, nos Direitos Penal e Fiscal, busca evitar a introdução de elementos estranhos ao tipo que possam causar dúvidas ou equívocos, elementos que contribuam para a estabilidade, certeza

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

e segurança do Direito, e mesmo se caracterizando como garantia do cidadão, conforme preconizado na Constituição da República.

No campo do Direito Administrativo, com fulcro na discricionariedade, o administrador tem a faculdade de adequar a maneira de melhor atender aos interesses públicos. Esta liberdade possui limites representados por princípios, determinados institutos tipificados, ou mesmo, muitas vezes, pelo elenco taxativo de hipóteses possíveis de serem utilizadas. Muitas vezes, permite o surgimento dos contratos atípicos, que se caracterizam como aqueles que não encontram suas linhas definidoras nos modelos legais.

Neste sentido, pode-se atentar para a redação do art. 116 da Lei nº 8.666/93, que prevê que a referida lei aplica-se subsidiariamente, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres. Ora, torna-se evidenciada a intenção do legislador de abranger todas as formas de ajustes, indicando, entretanto, que não há uma previsão taxativa e tipificada à qual a Administração estaria limitada.

Destaca-se que não há uma contraposição dos vocábulos típico e atípico, já que os modelos atípicos ou inominados são, apenas, aqueles que não contam com disciplina específica e se subordinam às disposições gerais. Advêm, muitas vezes, da necessidade de atendimento do interesse público, em situações não disciplinadas pelas formas típicas.

Assim, a fim de responder à pergunta anteriormente formulada,¹⁰⁴ podemos dizer que o Direito Administrativo não teria um rol taxativo de instrumentos de parcerias, nos moldes preconizados neste trabalho, havendo espaço para se utilizar de disposições gerais e dos princípios para a formatação de parcerias, a fim de se atingir o interesse público.

Ao mesmo tempo, deve-se atentar para que não se coloque em risco o princípio da legalidade. O que se deve ter como paradigma é que o princípio da legalidade não deve ser

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

absoluto, posto que se encontra acompanhado de outros valores, direitos e garantias constitucionais que a eficácia administrativa não pode desconhecer, a fim de propiciar e garantir com eficiência os interesses gerais e individuais – o Bem Comum – o que não quer dizer que deve-se tolerar ou fomentar situações frontalmente ilegais e imorais, que muitas vezes são noticiadas, posto que estas, por si só, se afastam dos valores e princípios explícitos e implícitos da Constituição da República, os quais entende-se como invioláveis.

3.7. Das Parcerias Brasileiras no Setor Elétrico

O setor elétrico brasileiro teve sua estruturação retomada em nova vertente somente em 2004, uma vez que, com a crise do ‘apagão’, todas as iniciativas de privatização do setor foram paralisadas.

O que se obteve de convergência entre os estudiosos do setor elétrico é que há necessidade da presença do Estado no setor, havendo apenas variação na concepção quanto ao maior ou menor grau desta presença, tendo em vista que o mercado não resolve, por si, as necessidades de expansão da oferta de energia elétrica e que há necessidade de que as empresas estatais possam equilibrar o preço do mercado.

3.7.1. Concessões na Área de Energia

O instituto das concessões pode ser utilizado para atribuição de direitos de uso de bem público, de direitos reais sobre bens públicos e de prestação de serviços públicos. Entretanto, nem sempre sua utilização é tão simples, como ocorre, por exemplo, no caso da

¹⁰⁴ Se as parcerias no Direito Público Brasileiro seriam *numerus clausus*, ou seja, tipificadas em lei, diante do princípio da legalidade, ou não.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

energia. Neste campo, apesar de incluir diversas alternativas (o petróleo, o álcool e o gás, por exemplo), só trataremos da energia elétrica para o desenvolvimento deste trabalho.

No plano constitucional, a matéria deve ser analisada à luz do art. 21, XII, alínea ‘b’, do art. 175 (serviço público) ou do art. 176 (recursos minerais), agora revisados pela EC nº 6/95, e à luz do art. 37, § 3º, alterado pela EC nº 19/98.

O art. 21, XII, alínea ‘b’ da CR determina como competência da União a exploração, direta ou mediante autorização, concessão ou permissão, dos 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.

Consoante o art. 175 da CR, incumbe ao Poder Público a prestação de serviços públicos, e ele poderá executá-lo de maneira direta ou sob o regime de concessão ou permissão, impondo-se, neste último caso, a realização de prévia licitação. A matéria encontra-se regulada pela Lei nº 8.987/95.

Quanto aos direitos dos usuários de serviços públicos, o art. 37, § 3º da CR estabelece que:

“A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:
I - as reclamações relativas à prestação de serviços públicos em geral assegurada a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade do serviço;
.....”

Neste sentido, o Ministro CARLOS ALBERTO DIREITO,¹⁰⁵ do Superior Tribunal de Justiça, observou que:

“Este comando constitucional pode ter um efeito tão poderoso quanto o Código de Defesa do Consumidor. Na verdade, trata-se de elaborar uma Lei de Defesa do Usuário dos Serviços Públicos. Como todos sabemos, o Código de Defesa do

¹⁰⁵ Artigo *Reforma Administrativa: a Emenda nº 19/1998*. Revista de Direito Administrativo vol. 213, p. 135.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

Consumidor alcançou uma dimensão que hoje, na lição de Ruy Rosado de Aguiar e Sergio Cavalieri, a sua presença social é mais importante que o próprio código civil.”

Na legislação infraconstitucional, por uma questão de cronologia, inicialmente deve-se citar:

O Código de Águas (Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934); a Lei nº 8.031/90, que iniciou as bases da política de privatização, sendo posteriormente revogada pela Lei nº 9.491/97; a Lei nº 8.987/95, que estipula as regras básicas da concessão, anteriormente comentada; a Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, que cuidou da prorrogação das concessões de energia elétrica e criou um conjunto de regras que disciplinam matérias essenciais para a implantação da nova estrutura do setor de energia elétrica; o Decreto nº 2.003, de 10 de setembro de 1996, que regulamenta a produção por autoprodutor e por produtor independente; a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, que criou a Agência Nacional de Energia Elétrica, regulamentada pelo Decreto nº 2.335 de 6/10/97; e, também, a Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998, regulamentada pelo Decreto nº 2.655 de 02 de julho de 1998, que formaram os pilares da reforma do setor de energia elétrica.

A verdade é que a produção de energia, por ser uma atividade econômica, deve ser explorada, apenas, em caráter complementar ao da iniciativa privada (CR, art. 173) e sob a forma de empresa pública ou sociedade de economia mista (§ 1º do art. 173, CR), conforme a disposição constitucional do princípio da livre iniciativa e os seus consequentes princípios da subsidiariedade e da abstenção.

Destaque-se que o serviço de energia elétrica tem como característica apresentar três fases distintas, quais sejam: a geração, a transmissão e a distribuição.

A reforma administrativa, derivada pela impossibilidade de novos investimentos públicos, forçou a mudança de modelo de Estado, buscando na parceria com a iniciativa privada a nova saída para a estruturação dos setores públicos e, consequentemente, do setor

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

elétrico. Os instrumentos básicos de utilização para a consecução deste modelo são a concessão e a privatização.

A Lei nº 8.987/95, que encerra as normas destinadas às concessões e permissões de serviços públicos, dispõe dos encargos do Poder Concedente e do concessionário, da intervenção e da extinção da concessão, entre outros. Dentre estas regras, algumas apresentam especial relevo para o setor de energia elétrica.

Destaque-se o tratamento dispensado à política tarifária, que busca a harmonia da satisfação do interesse público com a lucratividade desejada pelo concessionário. As tarifas constituem, em regra, a remuneração básica do concessionário, que explora o serviço e o cobra do usuário.

Em consonância com o disposto no art. 9º e no art. 15 da referida Lei de Concessões, o valor da tarifa será determinado na licitação, conforme o critério de julgamento do menor valor da tarifa, de maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente, da outorga da concessão, ou da conjugação destes elementos.

Quanto às regras de reajuste e revisão da tarifa, apesar de não terem sido empregadas no rigor da técnica jurídica,¹⁰⁶ elas estão previstas e impedem que as tarifas tenham natureza contratual imutável.

No setor elétrico, tem-se como exemplo destas regras os contratos de concessão constantes do edital de privatização da ESCELSA e da LIGHT, onde devido ao seu pioneirismo, a previsão da cláusula de revisão não foi considerada suficientemente clara, conforme entendimento de PINHEIRO.¹⁰⁷

¹⁰⁶ O reajuste configura hipótese de atualização da tarifa, sem que haja a alteração dos fatores inicialmente previstos; já a revisão é a uma reavaliação das condições iniciais a fim de manter a equação original.

¹⁰⁷ PINHEIRO, Armando Castelar, Artigo *O Setor Privado na infra-estrutura Brasileira*. Revista do BNDES nº 5.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

Destaque-se ainda que o art. 11 da Lei de concessões prevê que o Poder Concedente poderá, atendendo às peculiaridades de cada serviço, estipular no edital de licitação a possibilidade de auferir receitas provenientes de outras fontes alternativas, complementares, acessórias, ou de projetos associados, em favor do concessionário, a fim de favorecer a modicidade da tarifa.

Releva notar que, devido ao longo período dos contratos de concessões, é muito difícil antever todas as hipóteses de receitas alternativas que poderiam contribuir para a modicidade da tarifa. Deste modo, caberá ao Poder Concedente decidir, no caso concreto, levando em consideração o interesse público em questão, da possibilidade ou não de receitas alternativas e de sua repercussão no referido contrato.

Neste sentido, cabe exemplificar a questão acima com a hipótese concreta da utilização da rede de transmissão das empresas do sistema ELETROBRÁS nos negócios das telecomunicações, que foi resolvida pela ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica pela Resolução nº 239, de 04/08/99, que definiu que parte da receita auferida fosse considerada para redução da tarifa, a fim de atender ao princípio da modicidade tarifária, e que o restante fosse destinado para investimento no serviço público.

Outra questão que apresentava controvérsia era a possibilidade ou não de suspensão da prestação do serviço de distribuição nos casos de inadimplência, tendo em vista a previsão do princípio de continuidade expresso no § 1º do art. 6º do citado diploma legal, corroborado pelo disposto no art. 22 da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que prevê que os órgãos públicos, por si ou suas concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

A fim de solucionar a questão, a ANEEL disciplinou as condições sob as quais poderá ocorrer a suspensão do fornecimento de energia, conforme disposto no art. 91 de sua Resolução nº 456, de 29 de novembro de 2000.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

Visando a melhoria dos mecanismos de financiamento de projetos, levando-se em consideração que a concessão de novos potenciais no setor elétrico exigem elevados investimentos para a implantação de novas obras, o legislador dispôs no art. 28 que as concessionárias poderão oferecer em garantia os direitos emergentes da concessão, limitados ao não comprometimento da operacionalidade e continuidade da prestação do serviço.

Nota-se o sentido de viabilização de soluções de financiamentos estruturadas sob a forma de *project finance*. Nesta alternativa, os financiadores contam com o fluxo de caixa do projeto como garantia, ou melhor, com o futuro pagamento a ser efetuado pelos usuários.

Os arts. 29 e 30 elencam os encargos do Poder Concedente que, no caso do setor elétrico, é a ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica, instituída pela Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996.

Por fim, ressalta-se que, conforme previsão contida no art 42, § 1º combinado com o art. 43, há estipulação expressa para que as concessões outorgadas sem licitações, na vigência da Constituição de 1988, bem como as outorgadas antes de sua promulgação, sejam extintas com o decurso de seu vencimento e que sejam, a partir daí, licitadas.

3.7.1.1. Base Legal do Contrato de Concessão de Energia Elétrica

O novo marco regulatório instituiu a base legal para a reestruturação setorial. Desta reestruturação interessam, conforme já visto anteriormente, as normas que versam sobre as concessões e os contratos delas decorrentes.

A concessão de serviço público, para CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO,

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

"é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço"¹⁰⁸.

No topo da pirâmide normativa está a Constituição da República. O legislador constituinte, quando tratou da Ordem Econômica e Financeira, dispôs:

"Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime da 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, rescisão da contratação ou permissão;

II – os direitos dos usuários;

III – a política tarifária;

IV – a obrigação de manter o serviço adequado."

Na regulamentação do artigo da Constituição da República, supracitado, o Congresso Nacional publicou a Lei nº8.987, de 13.02.95. Fato curioso é que o autor do projeto de Lei que deu origem à referida norma era, na época, o Senador Fernando Henrique Cardoso, que, por obra do destino, na data da publicação da Lei ocupava a Presidência da República. Ocorre que o referido projeto de Lei, que tramitava desde o início dos anos 90, após aprovação tranqüila no Senado, sofreu várias alterações na Câmara dos Deputados, de forma que, quando retornou ao Senado, não atendia aos anseios dos concessionários de serviços públicos, notadamente os do setor elétrico. A fim de agilizar a publicação da Lei de Concessões, que no Senado não poderia sofrer qualquer mudança – ou se aprovava ou se rejeitava – o Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, comprometeu-se a, quando da publicação da referida Lei, editar Medida Provisória atendendo ao pleito do Setor Elétrico, mormente no particular dos artigos 42, 43 e 44 da Lei

¹⁰⁸BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 17ª ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Malheiros. p. 499-500.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

nº 8.987/95. Surgiu, assim, a MP nº 890, de 14.02.95.¹⁰⁹ Esta Medida Provisória viria dar origem à Lei nº 9.074/95.

Da Lei nº 8.987/95, destaca-se:

“Art. 1º. 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.”

Portanto, estava em vigor a norma que "dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição da República, e dá outras providências".

Ressalta-se ainda o artigo que elenca as cláusulas essenciais dos contratos de concessão:

“Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

- I – ao objeto, à área e ao prazo de concessão;
- II – ao modo, forma e condições de prestação do serviço;
- III – aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço;
- IV – ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para reajuste e a revisão das tarifas;
- V – aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidade de futura alteração e expansão do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações;
- VI – aos direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço;
- VII – à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas da execução do serviço, bem como da indicação dos órgãos competentes para exercê-la;
- VIII – às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação;
- IX – aos casos de extinção da concessão;
- X – aos bens reversíveis;
- XI – aos critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária, quando for o caso;

¹⁰⁹ Nas palavras de Celso Antonio Bandeira de Mello esta Medida Provisória é "inconstitucionalíssima". Op. cit. p. 502.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

- XII – às condições para prorrogação do contrato;
- XIII – à obrigatoriedade, forma e periodicidade da prestação de contas da concessionária ao poder concedente;
- XIV – às exigências da publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária; e
- XV – ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.

Com referência às categorias jurídicas essenciais dos contratos de concessão, faz-se necessário destacar algumas de suas características.

Aspecto importante do contrato de concessão diz respeito à alterabilidade unilateral do contrato de concessão no que tange às cláusulas regulamentares, ou seja, "as inerentes ao próprio objeto da concessão, destacando-se, no caso da concessão de serviço público, as concernentes à operacionalização e prestação adequada (regularidade, permanência, eficiência, segurança, atualidade, etc...)".¹¹⁰ Por este instituto jurídico, pode a Administração Pública, no exercício de seu poder, proceder à alteração das referidas cláusulas, mesmo sem a concordância do concessionário. É obvio que as referidas alterações devem seguir as previsões legais para tanto. O amparo para a alteração unilateral decorre de duas premissas: a) a de que o interesse público prevalece sobre o particular; e b) a de que o concessionário não tem a titularidade do serviço público, mas tão-somente o direito/dever de prestar o serviço.

As cláusulas de natureza contratual, como a do equilíbrio econômico-financeiro, só bilateralmente podem ser alteradas. Caso as alterações de caráter regulamentar resultem no desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, o mesmo deve ser revisto com o intuito de se restaurar o equilíbrio inicial.

A primeira exigência do contrato de concessão diz respeito ao objeto. Nas palavras de LUIZ ALBERTO BLANCHET, "o objeto do contrato coincide com a *finalidade* mediata do procedimento administrativo licitatório: atendimento do *motivo de fato*, ou *pressuposto empírico* (necessidade pública em razão da qual o poder concedente procedeu a

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

licitação)".¹¹¹ Desnecessário mencionar que o objeto explicitado no contrato deve coincidir com "motivo de fato" da contratação, sob pena de nulidade do contrato.

A referência à área diz respeito ao espaço físico em que vigora a concessão do serviço público. Assim, se a concessão é feita para explorar serviço público de distribuição de energia elétrica em determinado Município "X", a mesma concessão não pode se espalhar para o município "Y", distante 500 km.

O prazo da concessão diz respeito ao espaço de tempo em que vigora o contrato. O marco inicial, em tese, é a data de assinatura do contrato. No caso das concessões existentes quando da publicação da Lei nº 9.074/95, a mesma estabeleceu regras para os respectivos prazos. Posteriormente, com a assinatura dos contratos de concessão, teve-se que observar o dispositivo legal, pois não se pode extrapolar via contrato o que a Lei deixou claro. Em regra geral, entretanto, as concessões para geração de energia elétrica têm prazo limitado a 35 (trinta e cinco) anos. Já o prazo para as concessões para transmissão e distribuição de energia elétrica limita-se a 30 (trinta) anos. O prazo do contrato de concessão pode ser abreviado ou prorrogado na forma da lei.

Fato interessante no tocante à prorrogação da concessão é o que dispõe o art. 27 da Lei nº 9.427/96, transcrito a seguir:

"Art. 27. Os contratos de concessão de serviço público de energia elétrica e de uso do bem público celebrados na vigência desta Lei e os resultantes da aplicação dos arts. 4º e 19 da Lei 9.074, de 07.07.95, conterão cláusula de prorrogação da concessão, enquanto os serviços estiverem sendo prestados nas condições estabelecidas no contrato e na legislação do setor, atendam aos interesses dos consumidores e o concessionário a requiera".

¹¹⁰ BLANCHET, Luiz Alberto, *Concessão de Serviços Públicos*, Curitiba: Juruá, 2001. p. 121.

¹¹¹ BLANCHET, op. cit. p.124.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

A hermenêutica desta norma leva ao entendimento de que, enquanto os serviços estiverem sendo prestados de acordo com o contrato e com a lei, os mesmos poderão ser prorrogados *ad eternum*.

A qualidade do serviço é um princípio a ser observado durante toda a concessão. Para tanto, deverão ser observadas metas e parâmetros capazes de avaliá-la. O contrato de concessão deve deixar claro quais são estes parâmetros.

O concessionário é remunerado por tarifa ou preço público, que é pago por quem se utiliza do serviço. Nota-se que não é o Poder Concedente que remunera o concessionário, mas o usuário do serviço. No que tange ao reajuste e à revisão, tem-se que fazer a distinção entre as duas categorias, haja vista que tratam-se de figuras diferentes. Novamente, tomando as palavras de BLANCHET, que se ditas de outra forma não teriam a mesma clareza, tem-se que "o reajuste é periódico e baseia-se na variação do custo dos insumos previsíveis, os quais são representados por índices que comporão a fórmula de reajuste".¹¹² Já "a revisão funda-se na imprevisibilidade, razão pela qual é incompatível com a adoção de fórmulas, periodicidades, índices e coeficientes preestabelecidos. A revisão é obrigatória sempre que a equação econômico-financeira do contrato de concessão é abalada por fato superveniente, imprevisível, de efeitos inevitáveis e independente da vontade do concessionário".¹¹³ Tanto o reajuste como a revisão podem implicar em variações no preço público, para cima ou para baixo.

Os incisos V e VI, do art. 23, da Lei nº 8.987/95 tratam dos direitos e obrigações do concessionário, do Poder Concedente e do usuário. Assim, cada pólo da relação tem prerrogativas e encargos que devem ser observados durante a vigência do contrato. Não é possível a imposição de condições ou exigências que extrapolem os limites legais e contratuais. Quando da publicação do edital de licitação para a concessão do serviço

¹¹² BLANCHET, op. cit, p. 128.

¹¹³ BLANCHET, op. cit., p. 129.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

público, os direitos e obrigações das partes (concessionário, Poder Concedente e usuário) devem estar explicitados.

Desta forma, vale destacar que as concessões, permissões e autorizações de exploração de serviços e instalações de energia elétrica e de aproveitamento energético dos cursos de água serão contratadas, prorrogadas ou outorgadas nos termos da Lei nº 9.074/95, da Lei nº 8.987, e das outras que regulamentam a matéria.

Aspecto importante da Lei nº 9.074/95 diz respeito à imposição do livre acesso aos sistemas de distribuição e transmissão, mediante ressarcimento do custo de transporte envolvido. Assim, caso geradores ou consumidores desejem conectar-se aos referidos sistemas, os transmissores e distribuidores não poderão impor-lhes condições senão aquelas previstas pela ANEEL.

A Lei nº 9.074/95 permitiu a prorrogação das concessões de transmissão de energia elétrica existentes, pelo prazo de 20 anos. Porém, condicionou a eficácia da prorrogação à assinatura do respectivo contrato de concessão. É o que estabelece o artigo a seguir:

"Art. 25. As prorrogações de prazo, de que trata esta Lei, somente terão eficácia com assinatura de contratos de concessão que obtenham cláusula de renúncia a eventuais direitos preexistentes que contrariem a Lei 8.987, de 1995."

Enfim, a Lei nº 9.074/95 estabeleceu as regras para as concessões existentes e definiu que as concessões futuras deveriam obedecer à exigência de licitação, conforme já preceituava a Constituição de 1988.

3.7.2. Polêmicas a respeito das Concessões e Permissões na prestação de Serviço Público

A questão da diferenciação da natureza jurídica da concessão e da permissão encontrava-se praticamente assentada no entendimento de que a concessão decorria de um contrato administrativo, pelo qual o Poder Público Concedente transferia a uma pessoa

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

jurídica de direito privado – concessionário – a execução de um serviço público. Já a permissão decorria de um ato administrativo, pelo qual o Poder Público também poderia transferir a realização do serviço público. Assim a diferença residia na natureza da realização do ato administrativo, que na concessão era contratual, nascido de um acordo de vontade, enquanto que na permissão o ato era unilateral e precário, sem maiores garantias para o permissionário.

A problemática ressurgiu quando da promulgação da Constituição de 1988, que exige em seu art. 175¹¹⁴ a realização de licitação para as concessões e para as permissões. Ocorre que o processo licitatório antecede a celebração de contratos administrativos, conforme estipulado na Lei nº 8.666/93. A edição da Lei nº 8.987/95 não afasta a referida dúvida, já que em seu art. 2º define que a permissão seja precedida de licitação pública.

BANDEIRA DE MELLO¹¹⁵ ensina que o instituto da permissão está sendo desnaturado, já que a Administração vem conferindo, a título de permissão, serviços públicos que demandam investimentos de considerável monta e que, portanto, demandariam permanência, estabilidade e garantias razoáveis ao seu prestador, como por exemplo no transporte coletivo de passageiros.

Deste modo, entende o ilustre jurista que, diante da realidade fática da existência de atos de permissões conferidos com prazo determinado ou com condicionamentos à sua revogação (o que contraria a característica precária do ato), a permissão tem natureza jurídica de contrato. Doutrinadores como Maria Sylvia Di Pietro e Oswaldo Aranha Bandeira de Mello também vêm se filiando a esta corrente.

Em sentido análogo, o Ministro José Augusto Delgado se pronunciou no 2º Seminário Nacional de Direito Administrativo, ressaltando que a permissão estaria

¹¹⁴ “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.”

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

assumindo um caráter contratual, em face dos abusos que foram cometidos pelo Poder Público no trato de sua precariedade. Em verdade, sustenta que a manutenção do instituto da permissão ocorreu a fim de impedir que o mesmo fosse utilizado sem licitação, o que poderia ocorrer se a Lei fosse silente.

De maneira contrária, Hely Lopes Meirelles, José Cretella Junior, Carlos Pinto Coelho da Motta e Marcos Juruena Villela Souto entendem que permanecem mantidas as diferentes naturezas jurídicas dos dois institutos (Concessão – contratual, e Permissão – ato administrativo discricionário e precário), já que a permissão estaria reservada para os casos em que se exija obra pública.

3.7.3. Do Produtor Independente

A Lei nº 8.987 traça normas gerais para concessão de serviços públicos, enquanto na Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995, está disposto o conjunto de regras que disciplinam matérias essenciais para a implantação da estrutura do setor elétrico, em conjunto com a Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002.

A Lei nº 9.074/95 introduziu, em nosso ordenamento jurídico, a figura do Produtor Independente de Energia. O conceito de Produtor Independente é definido no art. 11 do referido diploma legal como “a pessoa 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.”

A criação da figura do Produtor Independente teve por objetivo atrair investidores privados para a geração de energia, já que isto propicia a aplicação de regras mais flexíveis

¹¹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Malheiros. p. 703.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

para o aumento de oferta de energia, aumentando a oferta e a concorrência deste segmento e possibilitando a melhoria do preço da energia para o consumidor final.

O Produtor Independente poderá gerar energia para o seu próprio consumo, melhorando a rentabilidade de seu negócio, e para a venda a terceiros, sujeitando-se a regras operacionais e comerciais próprias (parágrafo único do art.11 da Lei nº 9.074/95).

Para o exercício de suas atividade, o Produtor Independente, na hipótese de exploração de aproveitamento de potencial hidráulico de potência superior a 1000Kw, receberá uma concessão de uso de bem público precedida de licitação, conforme disposto no art.5º da Lei nº 9.074/95.

O Produtor Independente pode vender energia livremente, a consumidores com perfis diferenciados, conforme definido no arts. 15 e 16 da Lei em comento. O que se buscou aqui foi a eliminação da exclusividade de que as distribuidoras gozavam. Esta quebra de exclusividade também já estava prevista na Lei de Concessões (Lei nº 8.987/95), em seu art. 16, o qual previne que a outorga de concessão ou permissão não tem caráter de exclusividade, salvo nos casos de inviabilidade técnica ou econômica justificada.

Existe ainda a possibilidade do Produtor Independente vender energia a concessionário de serviço público, ou a consumidores de energia elétrica integrantes de complexo industrial ou comercial, aos quais o Produtor Independente também forneça vapor oriundo de processo de co-geração, ou em condições específicas, nas hipóteses previstas nos incisos IV e V do art. 12 da Lei nº 9.074/95¹¹⁶, a consumidores atendidos por concessionários.

¹¹⁶ “Art. 12 – A venda de energia elétrica por produtor independente poderá ser feita para:

I -

II -

III -

IV – Conjunto de consumidores de energia elétrica, independente de tensão e carga, nas condições previamente ajustadas com o concessionário local de distribuição;

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

A constitucionalidade do regime jurídico que regula a atividade do Produtor Independente é controvertida na doutrina, já que o art. 21, inciso XII, alínea ‘b’ da Constituição da República dispõe que o serviço de energia elétrica, indistintamente, é serviço público, e o art. 175, da mesma Carta, prevê que as transferências de gestão dos serviços públicos ocorrerão mediante licitação, segundo regime de concessão ou permissão, diferentemente do que ocorre com o Produtor Independente, que possui apenas autorização para a geração de energia.

BLANCHET é de opinião de que a figura do Produtor Independente, conforme disposta na Lei nº 9.074/95, é inconstitucional.

JUSTEN FILHO¹¹⁷ apresenta a seguinte posição:

“Parece-me viável, porém, adotar interpretação conforme a Constituição, que propicia inserção da figura no sistema jurídico.

.....
Somente se pode reconhecer sua constitucionalidade na medida em que se admita tratar-se de concessão. Não é possível atribuir-lhe natureza própria e autônoma. Mas nada impede sua configuração como modalidade especial de concessão, com o cunho complementar das concessões propriamente ditas”.

SOUTO¹¹⁸ apresenta entendimento diverso, com a seguinte posição:

“Os serviços de energia elétrica compreendem as etapas de geração, transmissão e distribuição; somente a segunda e terceira etapas, que utilizam os sistemas e redes públicas e envolvem o consumidor (usuário), é que, inicialmente, seriam considerados serviços públicos. A comercialização é tida como atividade econômica.

A geração (produção) de energia pode ser feita tanto pelo concessionário de serviço público como pelo produtor independente e pelo autoprodutor de energia elétrica, os quais recebem uma concessão de uso de bem público, com fundamento no art. 20, VIII, c/c 176, §10, CF, e não no art. 175, CF.

O produtor independente tem, na geração de energia, a sua mercadoria de comércio (com todos os riscos inerentes à atividade comercial), cujo consumidor pode ser tanto o concessionário de serviço público como o usuário final, observados os dispositivos da Lei nº 9.074/95, arts. 11 a 16.”

V – qualquer consumidor que demonstre ao poder concedente não ter o concessionário local lhe assegurado o fornecimento no prazo de até cento e oitenta dias contados da respectiva solicitação.”

¹¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de Serviços Públicos*. São Paulo: Dialética, 1987, p. 414

¹¹⁸ SOUTO, op. cit. p. 54.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

BANDEIRA DE MELLO¹¹⁹ leciona que, no caso do Produtor Independente, há um certo hibridismo desta figura. Isto porque o concessionário, conforme art 12, da Lei nº 9.074/95, pode vender energia até mesmo a qualquer consumidor que demonstre ao Poder Concedente não ter o concessionário local assegurado o fornecimento no prazo de 180 dias, contados da solicitação. Deste modo, nesta hipótese estaria configurada uma aproximação da concessão de uso de serviço público.

O que se torna evidenciado é que a legislação procurou tratar a geração de maneira diferenciada, a fim de propiciar o surgimento de múltiplos geradores e romper o monopólio dos distribuidores.

A Lei assegura ainda, em seu art. 15 § 6º, o livre acesso aos sistemas de transmissão e de distribuição de concessionários e permissionários, mediante ressarcimento do custo do transporte envolvido.

A prática tem demonstrado que a figura do Produtor Independente surgiu para possibilitar ao Setor Elétrico brasileiro um aumento suplementar na oferta de energia existente, resguardada a menção de que a forma utilizada é passível de críticas, sob o prisma jurídico.

¹¹⁹ BANDEIRA DE MELLO, op cit. p. 660.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

Capítulo 4 - O SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO

4.1. Introdução

O Brasil, com sua extensão de 8,5 milhões de Km², apresenta a peculiaridade de ter grandes extensões de linhas de transmissão e um parque gerador predominantemente hidrelétrico. Mais da metade da energia produzida é renovável. Da capacidade total Instalada no Sistema Interligado Nacional- SIN, 85,3% são originários de fonte hidráulica e 14,7% de Termoelétricas¹²⁰.

A eletricidade constitui-se, assim, numa importante força motriz responsável por impulsionar o desenvolvimento econômico e social do país. Representa, também, uma atividade econômica que requer uma estrutura legal que lhe regulamente o funcionamento. Ao longo do século passado, o Setor Elétrico Brasileiro passou por diversas etapas de desenvolvimento e regulamentação. A seguir, encontra-se um breve histórico destas fases.

4.2. Histórico da Legislação aplicada ao Setor Elétrico Brasileiro

4.2.1. Pré-Regulamentação do Setor Elétrico – período de 1890 a 1934

Do último quarto do séc. XIX ao início do séc. XX, a atividade do Estado brasileiro era quase que restrita às questões relacionadas à defesa nacional e à importação e exportação de produtos primários.

¹²⁰ Dados constante no Relatório Executivo ciclo 2005 do Departamento de Estudos Energéticos – Eletrobrás. p.17

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

No setor de energia elétrica, as primeiras atividades eram limitadas a questões isoladas em busca do atendimento às necessidades de iluminação pública e residencial nos principais centros urbanos. É assim que surge o Setor Elétrico Brasileiro.

A primeira norma brasileira sobre energia elétrica foi a Lei nº 1.145, de 31 de dezembro de 1903, que, em seu art. 23, autorizava o Governo Federal a promover, administrativamente ou mediante concessão, o aproveitamento da força hidráulica para os serviços federais.

Destaque-se que a Constituição de 1891, por suas características descentralizadoras, atribuía grandes poderes aos Estados e Municípios, de forma que a intervenção da União restringia-se a medidas isoladas para atendimentos de casos específicos.

4.2.2. Primeira Regulamentação do Setor Elétrico – período de 1934 a 1957

O processo de alteração da política econômica do país teve início na década de 30. Era necessário que o Estado garantisse a infra-estrutura mínima necessária para o início do desenvolvimento, com a industrialização premente.

Este período se desenvolveu sob a égide da Constituição de 1934, com características nacionalistas e intervencionistas, que estabeleceu as bases para a entrada em vigor do Código de Águas, que tramitava no Congresso desde 1907.

Neste contexto, foi promulgado o Decreto nº 26.234, em 10 de julho de 1934 – o chamado Código de Águas. Dentre as inovações trazidas por este diploma legal, podemos destacar os seguintes aspectos: a) a introdução de uma diferenciação entre a propriedade do solo e a propriedade das quedas d'água; b) a incorporação ao patrimônio da União das fontes de energia hidráulica; c) a concessão para o aproveitamento dos potenciais hidráulicos ficaria a cargo do Presidente da República; d) a concessão dos serviços públicos

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

de energia elétrica ficou estipulada pelo prazo de 30 anos; e) as concessionárias de energia elétrica ficaram sujeitas a um maior controle do poder público, aí englobadas a fiscalização, visando serviço adequado, tarifas razoáveis e estabilidade/viabilidade das empresas concessionárias; e f) o estabelecimento de tarifas na forma de serviço pelo custo.

Somente em 26 de fevereiro de 1957, foi editado o Decreto nº 41.019, que regulamenta o Código de Águas. Tanto o Código de Águas quanto o Decreto supracitado encontram-se em vigor, no que não contraria as últimas normas setoriais, destacando que os contratos de concessão da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, ainda mencionam, em seu preâmbulo, que o mesmo se regerá também pelas referidas normas.

4.2.3. Estruturação Empresarial do Setor Elétrico – período de 1946 a 1968

O aumento da industrialização, e mesmo do consumo doméstico, trouxe para o governo a tarefa de incrementar a oferta de energia elétrica no país, e este o fez através das empresas de economia mista¹²¹, tanto federais quanto estaduais. É deste período a criação das seguintes empresas:

Empresa	Ano de Criação
- Companhia Hidro Elétrica do São Francisco – CHESF	1945
- Centrais Elétricas de São Paulo – CESP	1966
- Centrais Elétricas de Minas Gerais – CEMIG	1952

¹²¹ Fonte: quadro montado a partir de pesquisa na *internet*, nos *sites* das empresas, em 18 de abril de 2006.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

- Companhia Paranaense de Energia Elétrica – COPEL	1953
- Centrais Elétricas de Santa Catarina – CELESC	1955
- Centrais Elétricas de Goiás – CELG	1955
- Furnas Centrais Elétricas – FURNAS	1957
- Centrais Elétricas Brasileiras – ELETROBRÁS	1962
- Centrais Elétricas do Sul do Brasil – ELETROSUL	1968

4.2.4. Desenvolvimento do Setor Elétrico – período de 1964 a 1981

Em 1965, após a estruturação das supramencionadas sociedades de economia mista, foi criado o Departamento Nacional de Águas e Energia – DNAEE, com a atribuição de ser um órgão regulador para propiciar o desenvolvimento do setor elétrico.

O desenvolvimento do Setor Elétrico brasileiro deveu-se principalmente à atuação da ELETROBRÁS, das suas subsidiárias ELETROSUL, FURNAS, CHESF e ELETRONORTE, além das companhias estaduais. Através deste modelo de planejamento centralizado, observou-se o crescimento da capacidade instalada de 6.000 MW, em 1964, para 35.600 MW, em 1981. Concomitantemente, houve ainda a interligação dos sistemas de transmissão, que permitiram um melhor aproveitamento da capacidade instalada, em função da diversidade hidrológica das regiões.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

Os recursos para a expansão do Setor Elétrico vieram do Imposto Único sobre Energia Elétrica – IUEE, o empréstimo compulsório da ELETROBRÁS e a Reserva Global de Reversão – RGR¹²².

A crise do petróleo, a disponibilidade de recursos no mercado internacional e a necessidade do Governo Federal de fechar o deficitário Balanço de Pagamentos, no final da década de 70, fizeram com que se abandonasse o modelo de financiamento setorial interno e se buscasse o endividamento externo como forma de financiar a expansão do setor elétrico brasileiro.

4.2.5. Crise do Setor Elétrico – período de 1981 a 1995

No início da década de 80 começou a crise no setor elétrico. De um lado, havia um alto grau de endividamento externo das empresas, além de juros internacionais crescentes, e, de outro, uma atuação governamental buscando a contenção das tarifas para impedir o crescimento da inflação, fatores estes que, conjugados, provocaram uma grande crise institucional no setor.

Fatores como a falta de recursos para honrar os débitos acarretam numa grande inadimplência no setor. As empresas deixaram de pagar a dívida externa e mesmo os fluxos intra-setoriais, desencadeando uma sucessão de déficits – os distribuidores não pagavam aos geradores, que não pagavam à ELETROBRÁS, que não tinha recursos para financiar novos empreendimentos.

Neste contexto, a atuação governamental foi no sentido da contenção da demanda crescente, a fim de buscar resolver a crise instalada no setor. A Lei nº 8.631, de 4 de março de 1993, posteriormente regulamentada pelo Decreto nº 774, de 18 de março de 1993, teve

¹²² A RGR foi instituída pela Lei nº 5.655, de 20.05.1971.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

por escopo solucionar os principais problemas existentes no setor. Neste sentido, destacaram-se as seguintes medidas:

- a) a extinção da equalização tarifária;
- b) a recuperação tarifária;
- c) a suspensão do regime da remuneração garantida e da Conta de Resultados a Compensar – CRC;
- d) a realização de um grande encontro intra-setorial de contas, com a utilização dos saldos da CRC.

Na realidade, estas normas visaram o saneamento setorial para, num segundo momento, viabilizar-se a implantação de um novo modelo.

4.3. Marco Institucional Atual

A crise do modelo então vigente levou à implantação de um novo modelo, apoiado nas reformas do Estado, que se expandiu em todos os segmentos da economia.

A Constituição Federal de 1988, no capítulo "Ordem Econômica e Financeira", deixou espaço para as bases deste novo modelo, já que ao Estado cabe o papel de normatizador, fiscalizador e regulador da atividade econômica. Consolida-se, assim, a necessidade de redesenho do Estado na economia, inclusive em decorrência de pressões das agências internacionais de financiamento, credoras da dívida externa do país.

É neste contexto que se inicia o processo de reforma do Setor Elétrico Brasileiro. Ao capital privado estava reservado importante papel na modernização e financiamento da expansão do setor.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

Em linhas gerais, a reestruturação do setor elétrico visou alcançar os seguintes objetivos:

- a) introduzir a competição nos segmentos geração e comercialização de energia elétrica;
- b) garantir as condições econômico-financeiras para a expansão da oferta de energia elétrica;
- c) reduzir a dívida pública;
- d) melhorar a eficiência produtiva do sistema e das empresas, para a prestação de melhores serviços aos consumidores.

Em busca do atendimento a estes objetivos, nem sempre alcançados, um conjunto de leis e decretos foi promulgado, a fim de introduzir as modificações no setor elétrico, descrevendo as bases de um novo modelo do setor.

Em resumo, pode-se citar os seguintes diplomas legais como propiciadores do arcabouço legal do marco setorial, que desemborcaria no Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA:

- i. Lei nº 8.631, de 4 de março de 1993, que extinguiu o regime de equalização tarifária e remuneração garantida, criou a obrigatoriedade de celebração de contratos de suprimento entre geradoras e distribuidoras de energia e promoveu um grande encontro de contas históricas entre devedores e credores do setor¹²³;
- ii. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, Lei das Concessões, que regulamenta o art. 175 da Constituição da República de 1988, dispondo sobre o regime de

¹²³ O Tesouro Nacional absorveu cerca de US\$ 20 bilhões: em números redondos, as empresas deviam US\$ 5 bilhões à ELETROBRÁS, e tinham a haver da União US\$ 24 bilhões, por conta de insuficiência da CRC – Conta de Resultados a Compensar.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

concessão e permissão da prestação de serviços públicos, sobre licitação, tarifas, contratos, encargos dos agentes, dentre outros aspectos;

- iii. Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995, que complementa a Lei das Concessões, estabelecendo normas para a outorga e prorrogação das concessões e permissões de serviços públicos. Esta lei introduz novas figuras no setor elétrico brasileiro: o produtor independente de energia elétrica, o consumidor livre, o consórcio de geração e a rede básica de transmissão, que integra a geração às empresas distribuidoras;
- iv. Decreto nº 2.003/96, que regulamenta a produção de energia elétrica por Produtor Independente e por autoprodutor;
- v. Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, que cria a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, autarquia especial vinculada ao Ministério de Minas e Energia, para regular e fiscalizar os serviços de energia elétrica, em substituição ao DNAEE – Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica; institui também a Taxa de Fiscalização dos Serviços de Energia Elétrica – TFSEE;
- vi. Decreto nº 2.335, de 06 de outubro de 1997, que constitui a ANEEL, aprova sua estrutura regimental e o quadro de cargos em comissão e funções de confiança;
- vii. Lei nº 9.433, de 08 de janeiro de 1997, que institui a política nacional de recursos hídricos e cria o sistema nacional de gerenciamento dos recursos hídricos. Esta lei prevê a criação dos Comitês de Bacia Hidrográfica e respectivas agências de água;
- viii. Lei nº 9.478, de 06 de agosto de 1997, que cria o Conselho Nacional de Política Energética – CNPE, com alterações introduzidas posteriormente pela Lei nº 10.202, de 20 de fevereiro de 2001;

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

- ix. Decreto nº 3.520, de 21 de junho de 2000, que dispõe sobre a estrutura e o funcionamento do CNPE;
- x. Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998, que altera a Lei das Licitações (Lei nº 8.666/93); modifica a Lei das Concessões (Lei nº 8.987/95), a Lei nº 9.074/95, e a lei de criação da ANEEL (Lei nº 9.427/96); define as regras para a reestruturação da ELETROBRÁS e suas subsidiárias, com vistas à privatização; estabelece a livre negociação para a compra e venda de energia elétrica entre concessionários, permissionários e autorizados; e define as condições para a constituição do ONS – Operador Nacional do Sistema e do MAE – Mercado Atacadista de Energia Elétrica;
- xi. Decreto nº 2.655, de 02 de julho de 1998, que regulamenta o MAE e define regras de organização do ONS;
- xii. Medida Provisória nº 1.819-1, de 30 de abril de 1999, que altera vários dispositivos das Leis nº 9.074/95, nº 9.427/96, e nº 9.648/98;
- xiii. Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, que dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Água – ANA, entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e de Coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos;
- xiv. Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, que dispõe sobre a Gestão de Recursos Humanos das Agências Reguladoras;
- xv. Resolução da ANEEL nº 456, de 29 de novembro de 2000, que estabelece as condições gerais de fornecimento de energia elétrica;
- xvi. Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002, que dispõe sobre a expansão da oferta de energia elétrica emergencial, a recomposição tarifária extraordinária, cria o

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

Programa de **Incentivo às Fontes Alternativas de Energia (PROINFA)**, a Conta de Desenvolvimento Energético (CDE), dispõe sobre a universalização do serviço público de energia elétrica e dá outras providências.

Enfim, deste arcabouço legal, as principais mudanças em relação ao modelo anterior podem ser visualizadas no quadro a seguir¹²⁴:

	Modelo Anterior	Novo Modelo
Papel do Estado	Estado Executor	Estado Regulador e Fiscalizador
Financiamento	Estado	Privado
Empresas	Verticalizadas	Desverticalizadas
Tarifas	Serviço pelo Custo	Serviço pelo Preço (custo + lucro)
Mercado	Monopólio	Concorrência ¹²⁵
Concessões	Sem licitação	Com licitação

¹²⁴ Fonte: vários apontamentos obtidos em palestras e treinamentos.

¹²⁵ De acordo com o novo modelo, o setor elétrico será desverticalizado em 4 categorias de empresas: geradoras, transmissoras, distribuidoras e comercializadoras. A concorrência deve ocorrer no segmento geração e comercialização. Já na transmissão e na distribuição, por constituírem-se em monopólios naturais, deverão ser segmentos altamente regulados.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

4.4. Da Privatização do Setor Elétrico

A privatização, propriamente dita, do Setor Elétrico Brasileiro, teve início no primeiro ano de governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, com a venda do controle acionário das concessionárias distribuidoras ESCELSA – Espírito Santo Centrais Elétricas S.A. e LIGHT – Serviços de Eletricidade S.A., respectivamente em 11/07/95 e 21/05/96 – antes mesmo da criação da ANEEL, a agência reguladora do setor elétrico. Teve continuidade com a privatização de várias outras empresas do setor elétrico, em especial no segmento distribuição, onde já se ultrapassou 80% do mercado nacional. No segmento geração, a parcela privatizada é, ainda, inferior a 20%.

A Lei nº 10.438/02 incorpora várias das sugestões apresentadas pela GCE – Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica, através do seu Comitê de Revitalização do Modelo do Setor Elétrico.

O processo de privatização ficou paralisado, em virtude de resistências generalizadas. Com a eleição, em outubro de 2002, do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, do Partido dos Trabalhadores, oposição ao governo anterior, observou-se o fim das privatizações no setor elétrico.

4.5. Dos agentes que atuam no Setor Elétrico

Constituem o atual modelo do setor elétrico brasileiro o seguinte conjunto de agentes: o MME – Ministério de Minas e Energia; a ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica – agência reguladora, representante do Poder Concedente; o MAE – Mercado Atacadista de Energia Elétrica; o ONS – Operador Nacional do Sistema de Transmissão; a CBEE – Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial; as empresas concessionárias, permissionárias e autorizadas; os produtores independentes e os usuários/consumidores (livres e cativos).

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

4.5.1. O MME – Ministério de Minas e Energia

O Ministério de Minas e Energia (MME) foi criado em 1960, pela Lei nº 3.782, de 22 de julho de 1960. Antes de sua criação, os assuntos referentes a minas e energia eram de competência do Ministério da Agricultura.

O Ministério foi extinto em 1990, pela Lei nº 8.028, que transferiu suas atribuições ao Ministério da Infra-Estrutura, criado pela mesma lei, que também passou a ser responsável pelos setores de transportes e comunicações. Já em 1992, a Lei nº 8.422/92 criou novamente o Ministério de Minas e Energia.

A Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, criou o Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), vinculado à Presidência da República e presidido pelo Ministro de Minas e Energia, com a atribuição de propor ao Presidente da República políticas nacionais e medidas para o setor de energia.

Em maio de 2001, ocorrem problemas de fornecimento, seguidos de um severo racionamento de energia elétrica, o chamado “apagão”, determinando ações emergenciais da Presidência da República, através da Casa Civil, preterindo o Ministério de Minas e Energia e a ANEEL.

Pela Medida Provisória nº 2.147, de 15 de maio de 2001, posteriormente complementada por várias outras, foi criada e instalada a **Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica – GCE**, com o objetivo de estabelecer diretrizes e programas de enfrentamento da crise de energia elétrica. Pela Medida Provisória nº 2.198-5, de 24 de agosto de 2001, capítulo II, foi definido o “Programa Emergencial de Redução do Consumo de Energia Elétrica”, e, no art. 26, suspendeu-se a aplicabilidade das Leis nº 8.987/95 (das Concessões) e 9.427/96 (de criação da ANEEL), naquilo que com ela conflitassem.

A crise do racionamento trouxe conseqüências marcantes ao processo de implementação do novo modelo do setor elétrico brasileiro, por um lado, agilizando sua

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

complementação e aperfeiçoamento-o, e, por outro, modificando fortemente os hábitos de consumo da população.

Em 2003, Lei nº 10.683/03 determinou que seriam de competência do MME: as áreas de geologia, recursos minerais e energéticos; aproveitamento da energia hidráulica; mineração e metalurgia; e petróleo, combustível e energia elétrica, incluindo a nuclear.

A atual estrutura do Ministério foi regulamentada pelo Decreto nº 5.267, de 9 de dezembro de 2004, que criou as Secretarias de Planejamento e Desenvolvimento Energético; de Energia Elétrica; de Petróleo, Gás Natural e Combustíveis Renováveis; e de Geologia, Mineração e Transformação Mineral.

Em 15 de março de 2004, por meio da Lei nº 10.847, foi autorizada a criação da Empresa de Pesquisa Energética (EPE). Vinculada ao Ministério de Minas e Energia, a EPE, que tem por finalidade prestar serviços na área de estudos e pesquisas destinadas a subsidiar o planejamento do setor energético.

O Ministério de Minas e Energia tem como empresas vinculadas: a ELETROBRÁS e a PETROBRAS, que são de economia mista. A ELETROBRÁS, por sua vez, controla as empresas Furnas Centrais Elétricas S.A., Companhia Hidro Elétrica do São Francisco (CHESF), Companhia de Geração Térmica de Energia Elétrica (CGTEE), Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. (ELETRONORTE), Eletrosul Centrais Elétricas S.A. (ELETROSUL) e Eletrobrás Termonuclear S.A. (ELETRONUCLEAR), entre outras.

Entre as autarquias vinculadas ao Ministério estão as agências nacionais de Energia Elétrica (ANEEL) e do Petróleo (ANP), e o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM).

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

4.5.2. A ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica¹²⁶

Criada pela Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e constituída pelo Decreto nº 2.335, de 6 de outubro de 1997, a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, autarquia especial com personalidade jurídica de direito público e autonomia patrimonial, administrativa e financeira, vincula-se ao Ministério de Minas e Energia. Sua finalidade é regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, bem como a atuação dos agentes envolvidos com estas atividades (concessionários,

¹²⁶ O art. 3º da sua lei de criação declara que compete especialmente à ANEEL o seguinte:

I – implementar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração da energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, expedindo os atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela Lei nº 9.074, de 02/07/95 (esta lei regulamenta a Lei nº 8.987, de 13/02/95, das concessões);

II – promover as licitações destinadas à contratação de concessionárias de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos;

III – definir o aproveitamento ótimo de que tratam os §§ 2º e 3º, do art. 5º, da Lei nº 9.074, de 07/07/95;

IV – expedir os atos de outorga das concessões, permissões, autorizações e suas prorrogações para exploração de serviços e instalações de energia elétrica e para o aproveitamento de potencial hidroelétrico, celebrar e gerir os contratos, bem como fiscalizar, diretamente ou mediante convênios com órgãos estaduais, os serviços e instalações concedidos, permitidos ou autorizados;

V – dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizados, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre agentes e consumidores;

VI – fixar os critérios para o cálculo do preço de transporte de que trata o § 6º do art. 15, da Lei nº 9.074, de 07/07/95, e arbitrar os seus valores nos casos de negociação frustrada entre os agentes envolvidos;

VII – articular com o órgão regulador do setor de combustíveis fósseis e gás natural os critérios para fixação dos preços de transporte destes combustíveis, quando destinados à geração de energia elétrica, e para arbitramento de seus valores, nos casos de negociação frustrada entre os agentes envolvidos;

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;

IX – zelar pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência, monitorando e acompanhando as práticas de mercado dos agentes do setor de energia elétrica;

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.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

permissionários ou autorizados), nos termos da legislação e em conformidade com as políticas e diretrizes do Governo Federal. Tudo isto, de forma a proporcionar condições favoráveis para que o desenvolvimento do mercado de energia elétrica ocorra com equilíbrio entre os agentes e em benefício da sociedade.

Os arts. 29 e 30, da Lei nº 8.987/95 (Lei das Concessões) estabelecem as incumbências do Poder Concedente, as quais se incluem como competência da ANEEL, por força do art. 3º da sua lei de criação, citado.

Portanto, por delegação estabelecida na lei de sua criação, a ANEEL exerce atribuições de Poder Concedente. Embora, em países desenvolvidos, a função de Poder Concedente não seja típica de um órgão regulador, no Brasil ela pode ser melhor exercida pela ANEEL, dadas as suas condições institucionais de autonomia, que a tornam menos permeável a interferências, no sentido amplo.

Como já foi mencionado anteriormente, a missão da ANEEL é proporcionar condições favoráveis para que o mercado de energia elétrica se desenvolva com equilíbrio entre os agentes e em benefício da sociedade.

No âmbito do Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA, a ANEEL tem uma função de total relevância, cabendo a ela a fiscalização e o registro dos contratos de compra e venda de energia celebrados pela ELETROBRÁS, e do fornecimento da Energia de Referência¹²⁷ pelas centrais geradoras, dentre outras.

4.5.3. O ONS – Operador Nacional do Sistema

O Operador Nacional do Sistema Elétrico foi criado em 26 de agosto de 1998, pela Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998, e pelo Decreto nº 2.655, de 02 de junho de 1998, que

¹²⁷ Energia de Referência é a quantidade de energia, em MWh/ano, passível de ser produzida pela central geradora.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

a regulamentou, como uma entidade de direito privado, sem fins lucrativos, responsável pela coordenação e controle da operação das instalações de geração e transmissão de energia elétrica no Sistema Interligado Nacional (SIN), sob a fiscalização e regulação da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). O Operador teve seu funcionamento autorizado pela Resolução nº 351 da ANEEL, de 11 de novembro de 1998.

A missão do ONS é operar o Sistema Interligado Nacional de forma integrada, com transparência, equidade e neutralidade, de modo a garantir o suprimento de energia elétrica contínuo, econômico e seguro no país. O Sistema Interligado Nacional (SIN) é formado pelas empresas das regiões Sul, Sudeste, Centro-Oeste, Nordeste e parte da região Norte. Apenas 3,4% da capacidade de produção de eletricidade do país encontra-se fora do SIN, em pequenos sistemas isolados localizados principalmente na região amazônica.

4.5.4. O MAE – Mercado Atacadista de Energia Elétrica

O MAE – Mercado Atacadista de Energia Elétrica é uma empresa de direito privado, submetida à regulamentação por parte da ANEEL, criado pela Lei nº 10.433 de 24 de Abril de 2002, em substituição à antiga estrutura da ASMAE – Administradora de Serviço do Mercado Atacadista de Energia Elétrica.

O MAE atua como Agente Administrador de serviço do Mercado, por autorização concedida pela ANEEL, conforme Resolução ANEEL nº 162, de 20 de abril de 2001.

Ele é responsável por todas as atividades requeridas à administração do Mercado, inclusive financeiras, contábeis e operacionais, sendo as mesmas reguladas e fiscalizadas pela ANEEL. É ainda aí que se processam as atividades comerciais de compra e venda de energia elétrica, por meio de contratos bilaterais e de um mercado de curto prazo, restrito aos sistemas interligados Sul/Sudeste/Centro-Oeste e Norte/Nordeste.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

O MAE não compra ou vende energia, e não tem fins lucrativos. Ele viabiliza as transações de compra e venda de energia elétrica entre os agentes de mercado.

O suporte legal e as regras de funcionamento são determinadas pela ANEEL, e o MAE é responsável pelas seguintes atividades:

I – Promover registro dos contratos e contabilizar as transações no âmbito do MAE, que tenham por objeto a negociação de energia elétrica;

II – Promover a liquidação financeira das transações efetuadas no Mercado de Curto Prazo;

III – Promover a confiabilidade das operações realizadas no âmbito do MAE;

IV – Assegurar aos agentes participantes do MAE o acesso aos dados necessários para a conferência da contabilização de suas transações no MAE;

V – Prover o acesso às informações sobre as operações realizadas no MAE;

VI – Receber e processar solicitações e manifestações dos Agentes, referentes às atividades desenvolvidas no âmbito do MAE;

VII – Elaborar a proposta de orçamento anual para o funcionamento do MAE, efetuando seu gerenciamento e a respectiva prestação de contas ao Conselho de Administração;

VIII – Executar as atividades de apoio às reuniões Conselho de Administração e às sessões da Assembléia Geral do MAE, implementando suas deliberações;

IX – Elaborar, atualizar de forma controlada, implantar e divulgar as Regras e Procedimentos de Mercado.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

4.5.5. O Produtor Independente

A Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995, conforme exposto no capítulo anterior, conceitua o Produtor Independente de energia como a pessoa jurídica ou empresas reunidas em consórcios 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.

A geração de energia tanto pode ser realizada pelo Concessionário de serviço público como pelo Produtor Independente, o qual recebe uma concessão de uso de bem público, com fundamento no art. 20, VIII, c/c 176, §10, CR, e não no art. 175, CR.

A figura do Produtor Independente foi a forma encontrada para que houvesse o enquadramento dos agentes que se incorporaram ao setor elétrico, como suplementares à oferta de geração existente.

Para o Produtor Independente, a geração de energia é a sua atividade mercantil (com todos os riscos inerentes à atividade comercial), cujo destinatário final pode ser tanto o concessionário de serviço público como o usuário, observados os dispositivos da Lei nº 9.074/95, em seus arts. 11 a 16.

Outra figura criada para aumentar a oferta de energia é o autoprodutor. De maneira distinta do Produtor Independente, o autoprodutor tem na energia apenas um insumo para sua atividade. Ele busca reduzir seus custos, pois ele produz para seu próprio consumo (Lei nº 9.074/95, art. 4º, III), deixando de consumir do sistema público, que ganha, então, um excedente. Assim, consegue-se um aumento da oferta sem o emprego de recursos públicos.

A Lei nº 9.074/95 introduz e regulamenta estas figuras, com características distintas (arts. 10 e 18), como maneira de ampliar a oferta de energia e, ao mesmo tempo, criar uma maior competitividade entre os fornecedores (art. 10 da Lei nº 9.648/98). A tendência é

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

aumentar a competitividade entre todos os agentes para a “comercialização” da energia gerada e distribuída.

Não resta dúvida de que a produção de energia é uma atividade econômica, portanto está adstrita ao princípio da livre iniciativa e aos seus consequentes princípios da subsidiariedade. Assim, a atuação do setor público deve ocorrer, apenas, em caráter complementar ao da iniciativa privada (CF, art. 173) e sob a forma de empresa pública ou sociedade de economia mista (§ 1º do art. 173, CF).

A inovação que foi introduzida pela Lei nº 10.438/2002, nesta figura, é a criação do Produtor Independente Autônomo – PIA, passando a existir, por conseguinte, o Produtor Independente não-Autônomo – Não-PIA.

O § 1º do art. 3º da Lei nº 10.438/2002 define que Produtor Independente Autônomo é aquele cuja sociedade não é controlada ou coligada de concessionária de geração, transmissão ou distribuição de energia elétrica, nem de seus controladores ou de outra sociedade controlada ou coligada com o controlador comum.

A contrário senso, o Produtor Independente não-Autônomo é aquele que é controlado ou coligado de concessionária de geração, distribuição ou transmissão de energia elétrica, ou de seus controladores, ou de outra sociedade controlada ou coligada com o controlador comum, conforme disposto no parágrafo único do art. 2º do Decreto nº 5025, de 30 de março de 2004.

4.5.6. Os Usuários/Consumidores

Usuário é todo aquele que demanda serviços públicos, que são prestados diretamente pelo Estado ou por terceiros, por meio de concessão ou permissão, nos termos do art. 175 da Constituição de 1988.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

Os usuários de energia elétrica podem ser **cativos**, quais sejam, aqueles que são atendidos exclusivamente por uma distribuidora, ou **livres**, quando podem escolher se o fornecimento será feito pela distribuidora e/ou por Produtores Independentes.

Além dos direitos dispostos na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que prevê os direitos dos consumidores, são direitos e obrigações dos usuários:

- a) receber serviço adequado;
- b) receber do Poder Concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos;
- c) obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha, observadas as normas do Poder Concedente;
- d) levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado;
- e) comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço;
- f) contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos através dos quais lhes são prestados os serviços.

4.6. Considerações gerais

Em resumo, o modelo do Setor Elétrico Brasileiro objetiva promover a concorrência e a competição nos segmentos de geração e de comercialização, possibilitando uma liberdade cada vez maior dos consumidores de comprar energia de quem quiserem, um sistema tarifário do tipo serviço pelo preço, com incentivos à eficiência e produtividade, e buscando a repartição dos ganhos das concessionárias com os consumidores.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

A atual política energética busca, ainda, a expansão do sistema de energia elétrica, em termos de oferta e qualidade, com foco na demanda e no pleno atendimento ao usuário, de modo a satisfazer as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas, conforme rege a atuação da ANEEL.

Outro elemento importante é o combate ao abuso do poder econômico, elidindo a dominação dos mercados ou o prejuízo à livre iniciativa, bem como o aumento arbitrário dos lucros. Para tanto, a ANEEL baixou a Resolução nº 94/98, que proíbe que uma empresa detenha mais de 20% do mercado nacional e mais de 25% e 30% dos sistemas interligados sul/sudeste/centro-oeste e norte, respectivamente. Neste sentido, os instrumentos regulatórios, normativos e contratuais são utilizados, buscando atender a necessidade dos consumidores e permitindo o pleno acesso aos serviços de energia elétrica. Tem-se, ainda, que uma distribuidora somente poderá dispor de até 30% do total de seu mercado, em geração própria, para atendimento de consumidores cativos (desverticalização).

O novo modelo alterou o planejamento do setor elétrico brasileiro, que antes era determinativo, como regra, e passou a ser apenas indicativo, com metas flexíveis que demandam, regularmente, uma reavaliação. Somente continua o caráter determinativo na expansão do sistema de transmissão, já que se refere às obras consideradas inadiáveis, de forma a garantir o atendimento ao mercado.

Releva notar que a implantação do modelo do setor elétrico vem ocorrendo de modo gradual, como por exemplo a transformação dos consumidores cativos em consumidores livres, e a tarifação pelo preço.

Conforme previsto na Lei nº. 9.648/98 (art. 10), passou a ser de livre negociação a compra e venda de energia elétrica entre concessionários, permissionários e autorizados, observados os prazos e condições de transição. A partir de 2003, os contratos iniciais tiveram uma redução gradual, à razão de 25% ao ano.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

De outra parte, os consumidores livres poderão optar entre continuar cativos ou tornarem-se livres; neste caso, comprando energia elétrica de qualquer concessionário, permissionário, produtor independente (PIE) ou autoprodutor do sistema interligado.

São considerados consumidores livres aqueles podem optar por comprar energia elétrica de qualquer fornecedor, os consumidores com carga igual ou superior a 3.000 KW, atendidos em tensão igual ou superior a 69 KV, e, desde 1995, os novos consumidores, com a mesma demanda, em qualquer tensão. Estes limites foram reduzidos a partir de 2003 (§ 3º, do Art. 15, da Lei nº 9.074/95). A resolução nº 665/02, da ANEEL regulamenta o tema.

Os consumidores cativos, cujo número ainda se mantém elevado, têm as tarifas de fornecimento obedecendo ao limite do valor normativo (VN), que é um preço predefinido para a energia gerada. As concessionárias distribuidoras só podem repassar ao consumidor final até 105% do valor normativo. Por outro lado, o valor normativo objetiva incentivar e viabilizar novos investimentos em geração. Seu reajuste é anual e reflete a variação de três fatores: a inflação medida pelo IGPM (fator k1), o custo do combustível (fator K2) e a taxa de câmbio (fator k3).

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

Capítulo 5 - PROGRAMA DE INCENTIVO

ÀS FONTES ALTERNATIVAS DE ENERGIA – PROINFA

5.1. Formação

O instrumento que se proclamava como o grande remédio para recolocar o Setor Elétrico sob normalidade é o Projeto de Lei nº 2.905 proposto pelo Deputado José Carlos Aleluia (PFL-BA). Depois de inúmeras rodadas de negociação, o projeto ficou parado, aguardando não só um novo substitutivo por parte do deputado, como também por falta de vontade política do governo federal para sua aprovação.

Em dezembro de 2001, ocorreu o Acordo Geral do Mercado, instrumento firmado entre os agentes de geração e distribuição de energia elétrica, com a anuência do Governo Federal, objetivando liquidar as pendências decorrentes do racionamento.

Tal entendimento foi sedimentado na Medida Provisória nº 14, que acabou por conferir aplicabilidade à Recomposição Tarifária Extraordinária, mecanismo que, dentre outras coisas, recoloca as empresas de distribuição e geração de energia sob equilíbrio econômico-financeiro, até então rompido pela redução compulsória de 20% na produção de energia.

A partir de março de 2002, iniciou-se o processo de conversão da Medida Provisória nº 14 em lei. Para tanto, a relatoria do projeto foi conferida ao Dep. Aleluia, dentro do contexto delicado que havia entre o Governo Federal e o PFL, partido que acabara de se retirar da base governamental por conta da sucessão presidencial. Atento à complexidade do tema e à urgência em aprovar tal medida, o Deputado inseriu no texto original diversos pontos que constavam de seu Projeto de Lei nº 2.905.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

Desta forma, o novo projeto, além de versar sobre a Recomposição Tarifária Extraordinária (intenção original instituída pelo Acordo Geral do Mercado), passou a elencar temas específicos do setor elétrico, como a Conta de Desenvolvimento Energético – CDE, a universalização do atendimento aos usuários, a readequação no modelo das funções da ELETROBRÁS, os critérios para composição tarifária da população de baixa renda, o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA, a introdução da figura do Produtor Independente Autônomo, dentre outros pontos. Assim, um Projeto de Lei que havia tido sua origem para equacionar um problema pontual acabou ganhando uma conotação mais abrangente, criando subsídios e encargos de diversas espécies, sem que houvesse uma profunda discussão com a sociedade acerca destes temas.

O então projeto deu origem à Lei nº 10.438, que foi publicada em 29 de abril de 2002, contendo todos os pontos acima expostos. Desta forma, a promulgação da lei implicou em diversos aspectos, dentre estes a estruturação de um Grande Programa de diversificação da matriz energética brasileira, através do aumento da participação da energia elétrica produzida por empreendimentos concebidos com base em fontes alternativas de energia: energia eólica, Pequenas Centrais Hidrelétricas (PCH) e biomassa, ou seja, novas tecnologias de geração de energia, prevendo, em seu bojo, o aumento de geração elétrica da ordem de 3.300 MW, sendo inicialmente prevista a contratação de 1.100 MW para cada tipo de fonte energética.

A primeira etapa do Programa foi regulamentada, inicialmente, pelo Decreto nº 4.541, de 24 de dezembro de 2002, e, posteriormente, pelo Decreto nº 5.025, de 30 de março de 2004, e a implementação está sendo conduzida pelo Ministério de Minas e Energia (MME), em conjunto com a ELETROBRÁS.

Para se poder entender a representatividade do referido Programa no Setor Elétrico brasileiro, devemos inicialmente lembrar de que se trata de um Programa piloto, que

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

procurou a diversificação da matriz energética e da valorização do Produtor Independente Autônomo, a fim de oportunizar e aumentar a produção de energia de maneira mais ampla.

A Lei nº 10.438, conforme já mencionado anteriormente, regula diversas matérias. Entretanto, é, somente em seu artigo 3º que ela dispõe sobre o PROINFA – sua criação, etapas, metas e linhas gerais. A matéria se encontra regulamentada, atualmente, no Decreto nº 5.025/2004, do qual também se tratará ao longo desta exposição.

A criação do Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA teve por objetivo o aumento da participação da energia elétrica produzida por empreendimentos de Produtores Independentes Autônomos. Pavia, ainda, que a diversificação da matriz energética, no referido programa, abrangeria as fontes eólica, Pequenas Centrais Hidrelétricas (PCHs) e biomassa, no Sistema Elétrico Interligado Nacional, mediante procedimentos específicos, conforme estipulado no art. 3º *caput* da Lei nº 10.438.

5.2. Fontes Alternativas de Energia

Logo de início, percebe-se que o Programa vem tratar exclusivamente de Fontes Alternativas de Energia, conforme sugere seu próprio nome. Deste modo, faz-se mister desvendar a abrangência do termo ‘fontes alternativas de energia’ (FA).

As fontes alternativas de energia podem ser entendidas como aquelas que representam fontes para geração de energia fora do uso cotidiano, distinguindo-se daquelas fontes tradicionais, consagradas e amplamente utilizadas nas matrizes energéticas mundiais, tais como os combustíveis fósseis – carvão e derivados de petróleo – ou ainda as grandes centrais hidrelétricas, por exemplo. Elas podem, assim, ser caracterizadas por possuírem uma tecnologia embrionária, seja por desinteresse econômico, causado pela baixa capacidade energética, ou pelo seu alto custo, como é o exemplo da energia fotovoltaica,

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

seja pelo alto custo de investimento em comparação com as fontes já existentes, como é o caso da energia nuclear.

Outro ponto a destacar é a diferença entre Fontes Alternativas, Fontes Renováveis e Fontes Alternativas Renováveis. As Fontes Renováveis são aquelas que não se esgotam com a sua utilização, caso da energia eólica, já que o vento que passa pelos aerogeradores pode ser utilizado indefinidamente. De maneira diferente, tem-se a energia nuclear, que, apesar de ser uma energia alternativa, não pode ser caracterizada como renovável, pois uma vez tendo havido a cisão do átomo este não se reconstitui, e gera o chamado lixo atômico. Deste modo, a energia alternativa e renovável é aquela que, além de não ser cotidianamente utilizada, possui também a característica de não se esgotar em si mesma.

As fontes alternativas que serão incentivadas no curso do PROINFA se limitam àquelas estipuladas na lei, quais sejam: a biomassa, a energia eólica e as pequenas centrais hidrelétricas.

Pode-se perceber que a energia solar, apesar de ser fonte alternativa e renovável, não se encontra contemplada pelo referido Programa. Tecnicamente se alude que, além de ser uma energia cara, a sua utilização é mais indicada no sistema isolado brasileiro¹²⁸.

As energias previstas são *numerus clausus*, não sendo possível o alargamento do Programa a outras energias não contempladas na lei, apesar de serem alternativas.

Como Pequena Central Hidrelétrica – PCH, no âmbito do PROINFA, conforme disposto no art. 2º, inciso I, entende-se o empreendimento de geração de energia elétrica de aproveitamento de potencial hidráulico de potência superior a 1.000 kW e igual ou inferior a 30.000 kW, destinado à produção independente ou autoprodução, e que apresente o

¹²⁸ O sistema elétrico brasileiro é composto de dois sistemas: O **Sistema de transmissão interligado**, que se compõe da geração das regiões sul, sudeste, nordeste e parte do centro-oeste, que estão conectados por linhas de transmissão, operado pelo ONS – Operador nacional do Sistema e o **Sistema isolado**, que se compõe de produção de energia não conectada ao restante da rede nacional e que é o que predomina na região norte.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

competente ato autorizativo e Resolução da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, tudo na forma do inciso I do art. 26 da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996.¹²⁹

Problemas têm surgido com relação à biomassa posto que, conforme disposto no art. 4º do Decreto nº 5.025, de 30 de março de 2004, os valores econômicos correspondentes às tecnologias específicas e os respectivos pisos para cada fonte foram estabelecidos por Portaria do Ministério de Minas e Energia. Ocorre que a Portaria nº 45, de 30 de março de 2004, estipulou o valor econômico apenas para a biomassa proveniente do bagaço de cana de açúcar, casca de arroz, madeira e biogás de aterro, não apresentando possibilidade de contratação de outras formas, como por exemplo a biomassa proveniente do bagaço de uva.

Os valores econômicos do Programa podem ser vistos no quadro a seguir:

VALORES ECONÔMICOS E PISOS CORRESPONDENTES ÀS TECNOLOGIAS ESPECÍFICAS DA FONTE

Central Geradora de Energia Elétrica		Valor Econômico da Tecnologia Específica da Fonte - VETEF R\$/MWh		Piso (em R\$/MWh)
PCH		<i>VETEF_P</i>	117,02	117,02
<i>UEE</i>	$FCR = FCR_{min}$	<i>VETEF_Emax</i>	204,35	150,45
	$FCR_{min} < FCR < FCR_{max}$	<i>VETEF_E</i>	Equação	150,45
	$FCR = FCR_{max}$	<i>VETEF_Emin</i>	180,18	150,45
UTE a Biomassa	Bagaço de Cana	<i>VETEF_Bc</i>	93,77	83,58
	Casca de arroz	<i>VETEF_Ba</i>	103,20	83,58
	Madeira	<i>VETEF_Bm</i>	101,35	83,58
	Biogás de aterro	<i>VETEF_Bb</i>	169,08	83,58

¹²⁹ Lei nº 9.427, Art. 26. Cabe ao Poder Concedente, diretamente ou mediante delegação à ANEEL, autorizar: I - o aproveitamento de potencial hidráulico de potência superior a 1.000 kW e igual ou inferior a 30.000 kW, destinado a produção independente ou autoprodução, mantidas as características de pequena central hidrelétrica; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)”

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

Fonte: Portaria nº 45 do MME, de 30 de março de 2004.

Com referência à questão anteriormente apresentada, corre ação judicial na Justiça Federal 5ª Região processo nº 2004.83.00.010.85-4, buscando a inclusão no PROINFA de energia proveniente do bagaço de uva, a qual não foi contemplada na Portaria do Ministério de Minas e Energia, não tendo sido possível a sua contratação.

5.3. Do Produtor Independente e Produtor Independente Autônomo

O PROINFA, conforme dito anteriormente, foi instituído com o objetivo de aumentar a participação da energia elétrica produzida por empreendimentos de Produtores Independentes Autônomos, conforme disposto no *caput* do citado artigo. O § 1º do art. 3º da referida Lei (10.438) dispõe, ainda, da criação e conceituação dos Produtores Independentes Autônomos, e foi regulamentada pelo Decreto nº 5.025, de 30 de março de 2004.

A Lei nº 10.438/2002 procura privilegiar a figura do Produtor Independente Autônomo – PIA, criando incentivo à geração de energia destes empreendedores, produzida através das Pequenas Centrais Hidrelétricas, da biomassa e da energia eólica.

No caso específico da energia eólica, o Decreto cria algumas normas específicas¹³⁰ que equiparam o Produtor Independente Autônomo – PIA – ao Produtor Independente de Energia – PIE. Destaque-se que tal distinção de tratamento ocorrida com a energia eólica tem fundamento no domínio de tecnologia pelo setor elétrico brasileiro, posto que tanto a

¹³⁰ Decreto nº 5.025/2004. “Art. 10 - Os empreendimentos habilitados, segundo as condições descritas no Guia de Habilitação por Fonte, serão selecionados obedecendo-se o disposto no art. 3º, inciso I, alíneas “d” e “e”, e § 2º, da Lei nº 10.438, de 2002, observados os seguintes procedimentos e condições por fonte: I - para eólica: os empreendimentos serão ordenados, em lista única e sem distinção entre Produtores Autônomos e não-Autônomos, em sequência crescente de data de emissão da primeira Licença Ambiental de Instalação - LI, da mais antiga para a mais nova e, após esta ordenação, serão aplicados sequencialmente os seguintes procedimentos:”

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

energia proveniente da biomassa quanto das pequenas centrais hidrelétricas já são de domínio comum para sua implantação, enquanto que a tecnologia para geração de energia eólica ainda não se encontra tão difundida, por ser mais cara e por ainda se encontrar em fase de pesquisas para redução incremental dos custos. Além disto, não existem muitas alternativas para o suprimento dos equipamentos necessários, o que justificaria a diferenciação do tratamento.

5.4. Da Implantação do PROINFA

O Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA – é administrado pelo Ministério de Minas e Energia, o qual é responsável: por estabelecer o planejamento anual de ações a serem implementadas, definindo o montante anual de contratação e avaliando o impacto decorrente do repasse de custos aos consumidores finais, de modo a tentar minimizá-los; pelo estabelecimento e divulgação dos valores econômicos, obedecidas as diretrizes metodológicas definidas no art. 3º do Decreto nº 5.025/2004; pela definição das medidas de estímulo ao avanço tecnológico que se reflitam, progressivamente, no cálculo dos valores econômicos; e pela edição do Guia de Habilitação por Fonte, consignando as informações necessárias à participação e habilitação de cada empreendimento no PROINFA, com a antecedência necessária à Chamada Pública¹³¹.

O Valor Econômico correspondente à tecnologia específica da fonte é o valor da venda da energia elétrica para a Centrais Elétricas Brasileiras S.A. – ELETROBRÁS, conforme as diretrizes metodológicas definidas no art. 3º do Decreto nº 5.025/2004.

O PROINFA é um projeto-padrão, uma verdadeira parceria público-privada que busca sua viabilização econômica e financeira através da utilização de recursos privados

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

para a implementação destas fontes alternativas num período de 20 (vinte) anos, com determinados níveis de eficiência e atratividade para os empreendedores, conforme as premissas indicadas na legislação aplicável.

O Programa contempla duas fases. Na primeira etapa, já em implantação, os contratos celebrados pela Centrais Elétricas Brasileiras S.A. – ELETROBRÁS com os empreendedores buscaram a contratação de 3.300 MW de capacidade, em instalações de produção com início de funcionamento previsto para até 30 de dezembro de 2006, sendo este início posteriormente postergado para até dezembro de 2008, conforme alteração promovida pela Lei nº 11.075, de 30 de dezembro de 2004. Estes contratos foram estabelecidos por um processo de Chamada Pública.

A segunda etapa, prevista na Lei nº 10.438/02, será realizada de forma que as fontes eólica, pequenas centrais hidrelétricas e biomassa atendam a 10% (dez por cento) do consumo anual de energia elétrica no País, objetivo a ser alcançado em até 20 (vinte) anos, aí incorporados o prazo e os resultados da primeira etapa; não foi concretizada, nem regulamentada, não sendo, portanto, considerada no presente estudo.

5.5. Da Chamada Pública

A Lei nº 10.438/02 estipula que as contratações no âmbito do PROINFA sejam precedidas de uma Chamada Pública, em atendimento, em especial, aos princípios da isonomia e da impessoalidade. O Guia de Habilitação, editado por intermédio da Portaria nº 45 do Ministério de Minas e Energia – MME e o Decreto nº 5.025/04 conceituam a Chamada Pública como o ato de publicidade a ser adotado pela ELETROBRÁS para a

¹³¹ Chama Pública, conforme disposto no art. 2º, inciso VI do Decreto nº 5.025/2004, é o ato de publicidade a ser adotado pela ELETROBRÁS na compra de energia elétrica no âmbito do PROINFA, obedecendo à legislação aplicável e às regras do Guia de Habilitação por Fonte.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

compra de energia elétrica no âmbito do PROINFA, conforme a legislação aplicável e as regras do referido Guia.

Assim, a lei estabelece uma modalidade licitatória própria para o PROINFA, não se confundindo com as modalidades disciplinadas pela Lei nº 8.666/93, não obstante esta última seja aplicável subsidiariamente, ou seja, regula aquilo que não estiver especificamente coberto pela norma específica.

O questionamento que deve ser enfrentado é o relacionado à possibilidade de criação de procedimentos específicos de seleção.

O fundamento para a resposta a este questionamento encontra-se na própria Constituição da República, quando dispõe em seu art. 22, inciso XXVII, que sua competência exclusiva para legislar refere-se tão-somente à edição de normas gerais, ou seja, permite que haja a edição de normas específicas a outros entes da federação, ou mesmo às empresas de economia mista, ou até a outras situações específicas.

Deste modo, como a Lei nº 8.666/93 estabelece apenas normas gerais, não significa que outros diplomas legais não possam estabelecer procedimentos diversos ou algumas normas específicas para a regulação de determinados contratos administrativos.

A Lei nº 10.438/02, ao instituir o PROINFA, em seu art. 3º, alínea ‘d’, dispõe expressamente que a contratação das instalações no âmbito do referido Programa seriam realizadas mediante Chamada Pública para conhecimento dos interessados. Esta matéria foi regulamentada pelo Decreto nº 5.025, de maneira similar à disposição da Lei do Petróleo, em que o Ministro Relator Gilmar Mendes concedeu Liminar entendendo pela legalidade do dispositivo da Lei de Petróleo¹³².

¹³² MS 25888 Mc / DF - Distrito Federal - Medida Cautelar em Mandado de Segurança.

“A Lei nº 9.478/97, portanto, disciplina a matéria. Em seu artigo 67, deixa explícito que “os contratos celebrados pela Petrobrás, para aquisição de bens e serviços, serão precedidos de procedimento licitatório simplificado, a ser definido em decreto do Presidente da República”. A matéria está regulamentada pelo Decreto nº 2.745, de 1998, o qual aprova o

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

Deste modo, apesar de não haver entendimento consolidado sobre este tema, entende-se pela legalidade do Procedimento da Chamada Pública, ressaltando que não houve, até agora, qualquer questionamento a este respeito.

Com vistas à consecução dos objetivos da primeira etapa do PROINFA, e em atendimento ao disposto no art. 7º do Decreto nº 5.025/04, coube ao Ministério de Minas e Energia editar, com antecedência à Chamada Pública, o Guia de Habilitação por Fonte, consignando as informações necessárias à participação e habilitação de cada empreendimento no PROINFA, e definir o cronograma da Chamada Pública. Para tanto, em 30 de março de 2004 foi publicada a Portaria Ministerial nº 45, contendo o Guia de Habilitação por Fonte e os valores econômicos correspondentes a cada fonte.

regulamento licitatório simplificado da Petrobrás. A submissão legal da Petrobrás a um regime diferenciado de licitação parece estar justificado pelo fato de que, com a relativização do monopólio do petróleo trazida pela EC nº 9/95, a empresa passou a exercer a atividade econômica de exploração do petróleo em regime de livre competição com as empresas privadas concessionárias da atividade, as quais, frise-se, não estão submetidas às regras rígidas de licitação e contratação da Lei nº 8.666/93. Lembre-se, nesse sentido, que a livre concorrência pressupõe a igualdade de condições entre os concorrentes. Assim, a declaração de inconstitucionalidade, pelo Tribunal de Contas da União, do art. 67 da Lei nº 9.478/97, e do Decreto nº 2.745/98, obrigando a Petrobrás, conseqüentemente, a cumprir as exigências da Lei nº 8.666/93, parece estar em confronto com normas constitucionais, mormente as que traduzem o princípio da legalidade, as que delimitam as competências do TCU (art. 71), assim como aquelas que conformam o regime de exploração da atividade econômica do petróleo (art. 177). Não me impressiona o teor da Súmula nº 347 desta Corte, segundo o qual "o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público". A referida regra sumular foi aprovada na Sessão Plenária de 13.12.1963, num contexto constitucional totalmente diferente do atual. Até o advento da Emenda Constitucional nº 16, de 1965, que introduziu em nosso sistema o controle abstrato de normas, admitia-se como legítima a recusa, por parte de órgãos não-jurisdicionais, à aplicação da lei considerada inconstitucional. No entanto, é preciso levar em conta que o texto constitucional de 1988 introduziu uma mudança radical no nosso sistema de controle de constitucionalidade. Em escritos doutrinários, tenho enfatizado que a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil. Parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade. A amplitude do direito de propositura faz com que até mesmo pleitos tipicamente individuais sejam submetidos ao Supremo Tribunal Federal mediante ação direta de inconstitucionalidade. Assim, o processo de controle abstrato de normas cumpre entre nós uma dupla função: atua tanto como instrumento de defesa da ordem objetiva, quanto como instrumento de defesa de posições subjetivas. Assim, a própria evolução do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, verificada desde então, está a demonstrar a necessidade de se reavaliar a subsistência da Súmula 347 em face da ordem constitucional instaurada com a Constituição de 1988. A urgência da pretensão cautelar também parece clara, diante das conseqüências de ordem econômica e política que serão suportadas pela impetrante caso tenha que cumprir imediatamente a decisão atacada. Tais fatores estão a indicar a necessidade da suspensão cautelar da decisão proferida pelo TCU, até o julgamento final deste mandado de segurança. Ante o exposto, defiro o pedido de medida liminar, para suspender os efeitos da decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União (Acórdão nº 39/2006) no processo TC nº 008.210/2004-7 (Relatório de Auditoria). Brasília, 22 de março de 2006. Ministro GILMAR MENDES Relator.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

O Guia de Habilitação, publicado na Portaria nº 45 do MME, se configurou como um verdadeiro edital que objetivava a orientação dos interessados em participar do PROINFA, informando e listando os documentos necessários à habilitação dos projetos, os quais deveriam ser apresentados à ELETROBRÁS em atendimento à Chamada Pública. Expunha, ainda, sobre o detalhamento do processo de seleção dos projetos, conforme previsto na Lei nº 10.438/2002 e as informações complementares referentes ao PROINFA. Neste sentido, foi estabelecido que os empreendimentos a serem selecionados para participação no PROINFA deveriam ser previamente habilitados, o que ocorreria com a entrega necessária dos documentos exigidos para a habilitação.

Assim, o empreendedor interessado deveria ser destinatário do ato autorizativo da ANEEL, deveria responder à Chamada Pública por meio de Carta-Resposta, conforme modelo constante no Anexo 1 do Guia de Habilitação, manifestando sua intenção de participar do PROINFA, protocolando na ELETROBRÁS, juntamente com a Carta-Resposta, toda a documentação para sua habilitação, listada nas modalidades apresentadas a seguir. Fazia-se também a exigência de que toda documentação fosse apresentada em língua portuguesa.

O Guia de Habilitação era específico para cada fonte, existindo, deste modo, três Guias de Habilitação: um para a energia eólica, um para biomassa e um para as Pequenas Centrais Elétricas – PCHs.

Para a habilitação dos empreendedores, fazia-se necessária a apresentação de documentação relativa à: I – Habilitação Jurídica; II – Habilitação Fiscal; III – Habilitação Econômico-Financeira; e IV – Habilitação Técnica.

A Habilitação Jurídica e a Fiscal muito se assemelhavam com a prevista na Lei nº 8.666/93, apresentando algumas peculiaridades concernentes à configuração de Produtor

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

Independente, que exige uma relação de documentos capazes de informar que a sociedade não é concessionária de qualquer espécie, nem é controlada ou coligada de concessionária de serviço público ou de uso de bem público de geração, transmissão ou distribuição de energia elétrica, nem de seus controladores, ou de outra sociedade controlada ou coligada com o controlador comum.

A Habilitação Econômico-Financeira se limitava à apresentação de Certidão Negativa de Falência ou Concordata, expedida pelo Distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física.

Quanto à Habilitação Técnica, foram exigidos vários documentos referentes ao Projeto, já que não deveriam ser habilitados os empreendimentos já em teste ou em operação comercial, definidos de acordo com resolução da ANEEL, ressalvada a possibilidade de contratação de capacidade adicional reconhecida pela ANEEL no caso de ampliação de centrais a biomassa; e, neste caso, a alteração da planta, troca de equipamentos ou instalação de nova turbina ou gerador deveria aumentar a potência instalada do empreendimento, em no mínimo, 20% (vinte por cento), condicionada a reconhecimento a ser feito pela ANEEL.

O Guia exigia, ainda, com relação à Habilitação Técnica, um Termo de Compromisso, garantindo que o índice de nacionalização da instalação, considerando-se os equipamentos e os serviços, seria de, no mínimo, 60% (sessenta por cento) em valor, verificado durante a construção e após a entrada em operação, por meio de fiscalização da ANEEL, a fim de dar cumprimento ao Decreto nº 5.025/04, que dispõe que somente poderiam participar da Chamada Pública produtores que se comprometessem a atingir um grau de nacionalização dos equipamentos e serviços de, no mínimo, sessenta por cento em valor, em cada empreendimento.

Por último, e ainda atinente à Habilitação Técnica, cabe ressaltar a exigência da apresentação da Licença Ambiental de Instalação – LI, em plena vigência, emitida pelo

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio-Ambiente – SISNAMA, ou, em caráter supletivo, pelo Instituto Brasileiro do Meio-Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, oficialmente publicada, e, quando existissem, todos os seus anexos que, embora não transcritos no documento de Licença Ambiental de Instalação, seriam parte integrante deste.

A não entrega de qualquer um dos documentos requeridos no referido Guia, no prazo determinado na Chamada Pública, acarretaria na exclusão do empreendimento no processo de habilitação ao PROINFA.

Ressaltava o Guia que o recebimento desta documentação, por parte da ELETROBRÁS, não implicava em vínculo obrigatório entre o empreendedor e a Empresa, significando tão-somente que o empreendimento seria analisado em termos de habilitação para possível seleção, nos termos da Lei nº 10.438/02.

O Guia de Habilitação estipulava, ainda, que a ELETROBRÁS poderia solicitar a apresentação de documentação suplementar para a assinatura do CCVE – Contrato de Compra e Venda de Energia.

Destaque-se, deste modo, que foi no Guia de Habilitação que foram fixadas as regras jurídicas que presidiram a Chamada Pública para o Programa.

Coube à ELETROBRÁS a execução da Chamada Pública, nos termos do Guia de Habilitação elaborado pelo Ministério de Minas e Energia. Ela consistiu na verificação da documentação entregue pelos empreendedores e a posterior habilitação ou inabilitação do empreendimento, este último ocorrendo, somente, na hipótese de não atendimento às exigências constantes no referido Guia.

A relação dos empreendimentos habilitados e contratados na 1ª etapa do PROINFA correspondeu a um total de 144 empreendimentos, sendo: 63 referentes a PCHs, 54 de fonte eólica e 27 de biomassa, representando uma potência de 3.299 MW.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

5.6. Do Processo de Seleção

Após a etapa de habilitação, a regra disposta na Lei nº 10.438 estipula que o critério principal de seleção, respeitado o conjunto de cada fonte específica de energia, seria, primeiramente, referente à antiguidade da Licença Ambiental de Instalação – LI.

Assim, como houve uma oferta de energia, pelos empreendedores, superior a 1.100 MW por fonte, fez-se necessária a utilização do critério de seleção dos empreendimentos na forma da Lei e de seus regulamentos, classificando os empreendimentos por ordem crescente da data de concessão das Licenças Ambientais de Instalação – LI. Assim, iniciou-se a seleção pelos empreendimentos que tinham as Licenças Ambientais de Instalação – LI mais antigas, prevalecendo, em cada instalação, a data de emissão da primeira LI, caso tenha ocorrido prorrogação ou nova emissão. Outro limite observado foi o de 20% (vinte por cento) nas fontes eólica e biomassa e 15% (quinze por cento) nas Pequenas Centrais Hidrelétricas – PCHs, do total do Programa, por Estado da Federação.

O procedimento adotado para a seleção dos empreendimentos teve de considerar também a classificação de autônomo e não-autônomo, no caso da biomassa e das Pequenas Centrais Elétricas – PCHs, enquanto que para a energia eólica não havia esta divisão.

A seleção ocorreu, no caso da energia eólica, ordenando-se os empreendimentos em lista única, sem distinção entre Produtores Autônomos e não-Autônomos, em sequência crescente de data de emissão da primeira Licença Ambiental de Instalação - LI, da mais antiga para a mais nova. Após esta ordenação, foram selecionados, um a um, os empreendimentos, até que se atingisse a meta de 1.100 MW a serem contratados para esta fonte, respeitando, concomitantemente, os limites de 220 MW a instalar por Estado, 550 MW para Produtores Autônomos e 550 MW para Produtores Independentes não-Autônomos.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

Como este critério não foi suficiente para a seleção dos empreendimentos, foi calculado o saldo de potência remanescente, que correspondeu à diferença positiva entre a meta de 1.100 MW a ser instalada e a potência total dos empreendimentos já selecionados para a fonte. Deste modo, o saldo de potência remanescente foi distribuído pelos Estados que ainda possuíam empreendimentos não selecionados, na proporção da oferta total, em kW, de cada Estado, descontada a potência já selecionada. Por fim, foram selecionados, um a um, os empreendimentos que não ultrapassassem a meta total de 1.100 MW a ser instalada para a fonte, os limites de 550 MW para produtores independentes autônomos, 550 MW para produtores independentes não-autônomos, e os novos limites por Estado.

No caso de PCH e biomassa, o procedimento foi semelhante para cada uma destas duas fontes. Os empreendimentos foram distribuídos em dois grupos: no primeiro, os classificados como Produtores Independentes Autônomos e, no segundo, os classificados como Produtores Independentes não-Autônomos, ambos ordenados em sequência crescente de data de emissão da primeira LI, da mais antiga para a mais nova. Após esta ordenação, foi verificado se a soma das potências dos empreendimentos do grupo de Produtores Independentes Autônomos era igual ou superior a 1.100 MW, o que neste caso eliminaria os Produtores Independentes não-Autônomos, sendo somente considerados os Produtores Independentes Autônomos para a seleção.

Os empreendimentos foram selecionados, um a um, até atingirem a meta de 1.100 MW a ser instalada para as fontes de biomassa e PCHs, respeitando, concomitantemente, os limites por Estado de 165 MW, no caso de PCH, e de 220 MW, no caso de biomassa.

Por fim, foi calculado o saldo de potência remanescente, que correspondeu à diferença positiva entre a meta de 1.100 MW a ser instalada e a potência total dos empreendimentos selecionados. O saldo de potência remanescente foi distribuído pelos Estados que ainda possuíam empreendimentos não selecionados, na proporção da oferta total, em kW, de cada Estado, descontada a potência já selecionada. Deste modo, foram

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

selecionados, um a um, os empreendimentos, de forma que não se ultrapassasse a meta total para a fonte de 1.100 MW e os novos limites por Estado, conforme estabelecido no Decreto nº 5.025/04.

Como a soma das potências dos empreendimentos a serem instalados do grupo de Produtores Independentes Autônomos foi inferior a 1.100 MW, foram selecionados do grupo de não-Autônomos todos os empreendimentos necessários até completar a meta de 1.100 MW, observados o limite de 275 MW fixado pelo § 2º do art. 3º da Lei nº 10.438, de 2002. Entretanto, como este critério ainda não foi suficiente para a contratação da meta de 1.100 MW, já que vários empreendedores desistiram do Programa, ou não apresentaram a nova documentação exigida para a contratação, procedeu-se a nova Chamada Pública, para preenchimento da potência não contratada, utilizando as regras mencionadas.

Destaca-se que, para a aplicação do critério de distribuição por Estado, conforme definido na alínea “d” do inciso I do art. 3º da Lei nº 10.438/02, no caso específico de PCH a ser implantada em curso d’água que define a divisa entre dois ou mais Estados, seria considerado como localização do empreendimento o Estado onde estivesse situada a casa de força.

Para que houvesse o ajuste da oferta ao cumprimento das metas e dos limites de potência previstos no comando legal, nos casos específicos das fontes eólicas e biomassa, a ELETROBRÁS propôs aos empreendedores a redução da potência de seu projeto, para a adaptação aos limites de potência remanescentes. Nos casos em que o empreendedor recusou a proposta de redução de potência para o ajuste da meta legal, seu projeto foi removido da lista e substituído pelo imediatamente seguinte. Para os casos em que o empreendedor aceitou a proposta, foi-lhe concedido o prazo de 10 (dez) dias úteis para apresentar à ELETROBRÁS os documentos estabelecidos no Guia de Habilitação relativos ao novo projeto, nos termos do art. 10 do Decreto nº 5.025/04.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

Outra previsão normativa utilizada na seleção feita no âmbito do PROINFA foi a prevista no § 1º do art.10 do Decreto nº 5.025, que determinava que, nos casos de empate na ordenação dos empreendimentos, adotar-se-ia o sorteio como critério de desempate, nos termos da legislação aplicável.

5.7. Do Contrato

Antes de se proceder a uma análise específica, seja de Contrato Administrativo ou, mais especificamente, do contrato celebrado no âmbito do PROINFA, faz-se necessária uma incursão no tema ‘contrato’.

A conceituação atual de contrato pouco difere da de ULPiano: “*Contractum est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus* (Digesto, 2, 14, 1, 2), ou seja, é o consenso mútuo de duas ou mais pessoas sobre o mesmo objeto.”¹³³

Os conceitos de contrato no Direito Romano e no Direito Moderno apresentam algumas diferenças. “O direito romano distinguia o pacto do contracto. O primeiro era a convenção desacompanhada da sanção da lei civil, o segundo era a convenção, a que a lei havia dado forma e eficácia jurídica.”¹³⁴ O contrato, na concepção moderna, abrange uma categoria geral e abstrata, se caracterizando como o acordo de vontade de duas ou mais pessoas que visa a constituir, a regular, ou a extinguir uma relação jurídica.¹³⁵

Contrato, na conceituação de MONTEIRO¹³⁶, é o acordo de vontades que tem por fim criar, modificar ou extinguir um direito, e que exige para sua validade agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei.

¹³³ CRETELLA NETO, José. *Comentários à Lei das Parcerias Público-Privadas – PPPs*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 33.

¹³⁴ BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, comentado por Clóvis Bevilacqua. Vol. IV. 7ª ed. Atualizada por Acchilles Bevilacqua. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1946. p. 236.

¹³⁵ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano* – Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 125.

¹³⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, 5º vol. 25ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 5.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

Para WALD¹³⁷, contrato é um ato jurídico bilateral que depende da declaração da vontade de duas ou mais partes, que visam à criação, modificação ou extinção de uma ou mais obrigações.

Os contratos têm como princípios fundamentais a autonomia da vontade das partes, que se apresenta sob duas formas: a liberdade de contratar e a liberdade de contratação. A primeira se refere à possibilidade de realizar ou não o negócio jurídico, enquanto que a segunda diz respeito à criação de contratos típicos ou atípicos¹³⁸.

A liberdade contratual, entretanto, sofre restrições em virtude do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado¹³⁹. Assim, nos contratos administrativos, pelo fato de a Administração almejar o interesse público, enquanto que o particular busca, apenas, o atendimento de seus interesses, há uma desigualdade justificada entre as partes.

Os contratos que tem por parte a Administração Pública são denominados, de maneira ampla, como contratos da Administração, ou seja, englobam todos os contratos celebrados pela Administração Pública, tanto os regidos pelo Direito Público, quanto os regidos pelo Direito Privado. Já quando a Administração celebra contrato regido pelo Direito Público, o mesmo é denominado de contrato administrativo.

A característica marcante dos contratos administrativos é a existência de cláusulas exorbitantes¹⁴⁰, em favor da Administração Pública, que apresentam como finalidade o atendimento ao interesse público. Estas cláusulas exorbitantes contemplam privilégios e prerrogativas para a Administração contratante. Elas estão previstas nos arts. 65, 77 e 78, dentre outros, da Lei nº. 8.666/93. Como exemplo, podemos citar: a alteração e a

¹³⁷ WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro – V.II – Obrigações e Contratos*. 7ª ed. rev, ampl. e atual. com a colaboração do professor Semy Glanz, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e com referências ao Projeto de Código Civil. São Paulo: Revista do Tribunais, 1987.

¹³⁸ Para maiores esclarecimento vide item 4.1.2.

¹³⁹ Vide cap. 2 item 2.8.3, p. 46

¹⁴⁰ Estas cláusulas são assim chamadas porque criam uma situação de vantagem para a Administração em relação ao particular, se traduzindo como uma exceção à regra geral da igualdade das partes contratantes.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

possibilidade de extinção unilateral do contrato; restrição ao uso do *exceptio non adimplenti contractus*; e a aplicação unilateral de sanções.

Outra característica do contrato administrativo é que ele deve ser sempre precedido de um procedimento de seleção que garanta a manutenção dos princípios da igualdade, da impessoalidade, e de todos os demais previstos no art. 3º da Lei nº 8.666/93.

A Lei nº 10.438/02, diferentemente do que ocorre na Lei de Licitações e Contratos Administrativos, não faz menção expressa à necessidade do contrato fazer parte do Guia de Habilitação, que, na hipótese vertente, se equipararia ao edital de licitação. Este fato ocorreu em virtude de o Guia de Habilitação ter sido preparado pelo Ministério de Minas e Energia – Portaria Ministerial nº 45/04, administrador do Programa, enquanto que o contrato foi elaborado pela ELETROBRÁS, executor do referido programa.

A minuta do contrato, de todas as fontes – energia eólica, biomassa e PCH –, entretanto, foi publicada contemporaneamente ao Guia de Habilitação.

O Contrato de Compra e Venda de Energia – CCVE tem natureza administrativa, e é conceituado na Portaria nº 45/04 como o contrato a ser celebrado entre a ELETROBRÁS e o produtor de energia habilitado e selecionado, em consonância com os requisitos do PROINFA, conforme as condições estabelecidas no Guia de Habilitação.

Os contratos de compra e venda de energia que foram firmados pela ELETROBRÁS têm por base a energia de referência¹⁴¹ de cada central geradora definida pela ANEEL, e estabelecem que os pagamentos aos produtores de energia elétrica serão feitos em contrapartida da energia efetivamente gerada, ou seja, só será paga a energia efetivamente colocada à disposição, na rede de transmissão operada pelo Operador

141 Energia de Referência é a quantidade de energia, em MWh/ano, passível de ser produzida pela central geradora, estabelecida em resolução específica da ANEEL e que servirá como base de contratação com a ELETROBRÁS (Portaria nº 45/04).

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

Nacional do Sistema – ONS. Assim, são de responsabilidade do produtor: o consumo próprio e as perdas elétricas, sendo estas últimas contabilizadas segundo as regras e procedimentos da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE.

Por ser uma verdadeira Parceria Público-Privada¹⁴², o Contrato de Compra e Venda de Energia, no âmbito do PROINFA, define que a eficácia do contrato de compra de energia elétrica estará condicionada à conclusão, pelo produtor de energia elétrica, do processo de acesso à rede e de conexão e uso dos sistemas de transmissão e distribuição. Esta é a concepção de que cabe ao parceiro privado a assunção de todos os riscos até o início da efetiva operação.

No mesmo sentido, o contrato exige, ainda, que o produtor de energia elétrica apresente Parecer de Acesso Conclusivo, emitido pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS ou pelas concessionárias e permissionárias de distribuição, com a participação das concessionárias de transmissão, a fim de cumprir todas as etapas necessárias à entrada em operação. Assim, a não apresentação à ELETROBRÁS, pelo empreendedor, do Parecer de Acesso Conclusivo, bem como a existência de impossibilidade de acesso aos sistemas de transmissão ou distribuição até a data de funcionamento, conforme previsto na alínea “a” do inciso I do art. 3º da Lei nº 10.438, de 2002, será motivo de rescisão contratual e exclusão do empreendimento do PROINFA.

Na hipótese de exclusão de empreendimento pela não apresentação do Parecer de Acesso Conclusivo, a capacidade originalmente contratada com tal empreendimento será imediatamente contratada entre os empreendimentos previamente habilitados, obedecendo aos critérios de seleção estabelecidos no art. 10 do Decreto nº 5.025/04.

¹⁴² O Projeto de Lei original, enviado pelos então Ministros Guido Mantega (Ministro do Planejamento) e Antonio Palocci Filho (Ministro da Fazenda) ao Presidente da República em 10 de novembro de 2003, definia o contrato de Parceria Público-Privada, em seu art. 2º, como “o ajuste celebrado entre a Administração Pública e entidades privadas, que estabeleça vínculo jurídico para implantação ou gestão, no todo ou em parte, de serviços, empreendimentos e atividades de interesse público, em que haja aporte de recursos pelo parceiro privado, que responderá pelo respectivo financiamento e pela execução do objeto.”

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

Com o fito de manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e de atendimento ao princípio da modicidade tarifária, já que os custos do Programa são rateados pelos usuários do Sistema Elétrico Interligado Nacional¹⁴³, há previsão de redução do preço contratado na hipótese de o produtor vir a ser beneficiado com novos incentivos às tecnologias consideradas no PROINFA. Ainda no que se refere à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, este dispõe que o reajuste de preço será calculado com base na variação do Índice Geral de Preços do Mercado, calculado e publicado pela Fundação Getúlio Vargas (IGP-M/FGV).

Tendo em vista que o PROINFA tem por objetivo o aumento da participação da energia elétrica produzida por empreendimentos de Produtores Independentes Autônomos, o contrato prevê a rescisão contratual, com a perda dos incentivos do PROINFA, na hipótese de o empreendedor não atender aos termos das declarações encaminhadas para sua habilitação, ou deixar de manter todas as condições que o qualifiquem como Produtor Independente Autônomo ou não-Autônomo, além de outras penalidades.

Caberá à ANEEL, durante a vigência dos contratos, a fiscalização do cumprimento dos critérios de qualificação dos Produtores Independentes Autônomos e dos não-Autônomos, conforme definição contida no § 1º do art. 3º da Lei nº 10.438/02, e no *caput* do art. 11 da Lei nº 9.074/95.

Os contratos de compra e venda de energia elétrica celebrados com a ELETROBRÁS, no âmbito do PROINFA, são registrados na ANEEL e na CCEE – Câmara de Comercialização de Energia Elétrica. Estes contratos asseguram a compra da energia a ser produzida pelo prazo de 20 (vinte) anos, a partir da data de entrada em operação definida no contrato, observando o valor-piso definido na Portaria nº 45/04 do MME.

¹⁴³ O Sistema Elétrico Interligado compreende as regiões sul, sudeste, centro-oeste e nordeste, e é operado pelo ONS - Operador Nacional do Sistema Elétrico. A região norte do Brasil opera em Sistemas Isolados.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

O valor pago pela energia elétrica adquirida e os custos administrativos incorridos pela ELETROBRÁS na contratação serão rateados entre todas as classes de consumidores finais atendidas pelo Sistema Elétrico Interligado Nacional, proporcionalmente ao consumo individual verificado.

5.8. Do Custeamento

Para fazer face às necessidades de pagamentos da energia contratada, foi criada a Conta PROINFA, a ser movimentada pela ELETROBRÁS, sendo regulada e fiscalizada pela ANEEL.

Haverá depósito antecipado, na conta PROINFA, de um duodécimo da quota anual para o provisionamento inicial na Conta PROINFA, que será calculada considerando a contratação plena de todos os empreendimentos do PROINFA, para fazer frente a todas as despesas.

A Conta PROINFA auferirá as receitas decorrentes da liquidação, na Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, da energia produzida acima da energia contratada; dos eventuais benefícios financeiros provenientes do MDL – Mecanismo de Desenvolvimento Limpo –, nos Mercados de Carbono¹⁴⁴; dos resultados das aplicações financeiras dos recursos da Conta; e das quotas de cada agente do Sistema Interligado Nacional, que comercialize energia com o consumidor final, bem como de cada um dos agentes do Sistema Interligado Nacional, que recolhem Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição e Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão relativas a consumidores livres, tudo nos termos do art. 13, do Decreto nº 5.025/04.

¹⁴⁴ Mecanismo de Flexibilização do Protocolo de Kyoto que prevê investimentos dos países industrializados nos países em desenvolvimento, gerando créditos para comercialização nos mercados de carbono, ou no abatimento em suas metas de redução de emissões.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

Os resultados das aplicações financeiras com os recursos da Conta PROINFA serão incorporados ao seu saldo.

Somente poderão ser efetuadas despesas na conta PROINFA para pagamento aos produtores de energia; aquisição de energia, na CCEE, para complementação das quotas de rateio de energia; para reembolso à ELETROBRÁS dos custos administrativos, financeiros e dos encargos tributários decorrentes da contratação da energia do PROINFA; e as demais despesas necessárias ao regular desenvolvimento do PROINFA.

Os recursos da ELETROBRÁS que venham a ser utilizados para pagar despesas associadas ao PROINFA serão remunerados com recursos da própria Conta, com base em taxa de juros equivalente àquela que seria obtida com a aplicação destes, em igual período de utilização.

O agente deverá recolher à ELETROBRÁS, para crédito na Conta PROINFA, o valor da quota anual fixada pela ANEEL, em duodécimos, até o dia 10 (dez) do mês anterior ao mês de operação considerado.

As quotas de energia e de custeio serão estabelecidas pela ANEEL, obedecendo à proporção do consumo verificado e excluindo previamente a Subclasse Residencial Baixa Renda.

O rateio dos custos e da energia será definido de modo a não acarretar em vantagens ou prejuízos econômicos ou financeiros à ELETROBRÁS.

Cabe à ANEEL a regulação e a fiscalização da Conta PROINFA.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

CONCLUSÕES

O presente trabalho, versando acerca do Programa de Incentivo as Fontes Alternativas de Energia buscou, primeiramente, evidenciar a trajetória histórica do Estado e suas concepções, para posteriormente ingressar na evolução do Sistema Elétrico Brasileiro que propiciou a elaboração de um Programa com um formato próprio e autentico que apresenta relevância para o contexto jurídico brasileiro na medida em que pode servir como parâmetro para novas iniciativas em outras esferas.

Passando em revista a história brasileira, observa-se que o país enfrentou dificuldades econômicas e imposições de ordem econômica que, invariavelmente, influenciaram na reforma do Estado.

O Estado da República Federativa do Brasil, a partir da Constituição da República de 1988, constitui-se como um Estado Democrático de Direito, que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, e é a partir deste princípio estruturante que todos os outros princípios e regras do ordenamento jurídico devem ser interpretados.

A par destas dificuldades, seja de natureza econômica ou financeira, seja de natureza administrativa, inegavelmente insere-se uma nota ideológica de caráter predominantemente político que buscou a definição das funções do Estado, bem como a de sua própria estrutura dentro de um contexto global que preconizava o neoliberalismo. Anteriormente, prevalecia a opinião de um Estado protuberante e provedor que atuava no segmento econômico que, entretanto, por seu agigantamento, se viu obrigado a se desonerar e, conseqüentemente, dividir suas tarefas com a iniciativa privada.

No fim do séc. XX, especialmente na última década, notou-se uma alteração no modelo e na concepção do papel a ser representado pelo Estado brasileiro, procurando diminuir significativamente a sua atuação no segmento econômico e na prestação de

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

serviços públicos, passando a utilizar uma estrutura predominantemente reguladora e fiscalizadora, no que concerne a estas atividades.

Já no séc. XXI, a realidade conclama que os brasileiros e estrangeiros aqui domiciliados tenham uma satisfação mínima de suas necessidades, com reflexos na sua qualidade de vida, sendo para isto imprescindível uma rápida implementação das melhorias que se fazem urgentes e necessárias.

Por outro lado, tem-se o vigor da iniciativa privada, brasileira ou estrangeira, que pretende enfrentar desafios de empreendimentos que tragam em seu bojo novas oportunidades e segmentos de atuação, com vistas ao desenvolvimento de novas atividades, empreendedoras e lucrativas.

No âmbito do setor elétrico, tem-se em 2001 uma grande crise de abastecimento – o chamado “apagão” –, que instalou precocemente um ambiente ideal para que novos modelos de atuação fossem planejados e desenvolvidos. De um lado, o Estado, necessitando incrementar a geração de energia, mas com dificuldades econômicas para fazê-lo. De outro lado, empresas privadas com disposição de ampliar os domínios dos seus empreendimentos. Finalmente, os destinatários, inquietos usuários de energia, desejando uma solução imediata para o fim do racionamento.

Neste contexto, iniciam-se várias medidas, e longas e exaustivas discussões, com o propósito de estabelecerem-se no país prescrições capazes de amenizar a situação vigente. Em 2002, foi editada a Lei nº 10.438, que traz em seu bojo, além de diversos pontos relativos à energia elétrica, a criação do Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA –, que inova a relação Estado-Iniciativa Privada, criando uma verdadeira possibilidade de Parceria entre eles.

Releva notar que a Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que regula a matéria atinente às Parcerias Público-Privadas, somente teve sua publicação dois anos após a lei de

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

criação do PROINFA, delimitando o conceito de Parceria Público Privada a uma esfera restrita da concessão administrativa e a concessão patrocinada.

Assim, em síntese, o PROINFA pode ser considerado um veículo jurídico inovador, que introduziu os primeiros dispositivos capazes de atender ao reclame da sociedade no âmbito do setor elétrico, conferindo orientação e fixando elementos precursores.

O PROINFA estabelece uma modalidade particular de relação entre a Administração Pública e a iniciativa privada, flexibilizando, de maneira destacada, alguns dos engessamentos jurídicos próprios do Direito Administrativo, e buscando dar novos rumos e abrir alternativas capazes de, harmoniosamente com a Constituição, atender às necessidades de desenvolvimento do Brasil.

Este Programa não se confunde com uma simples parceria advinda de concessão, nem tampouco se limita às exigências enumeradas na Lei nº 11.079/2004, das Parcerias Público-Privadas, trazendo inúmeras vantagens para a Administração Pública, na medida em que não apresenta as imposições de garantias governamentais, conforme expostas no citado diploma legal.

Neste sentido, não existe a formação de fundo garantidor que respalde os contratos assinados e que imponha ao Estado as garantias representativas de seu patrimônio, havendo, apenas, a obrigação contratual de compra de energia pelo período de 20 (vinte) anos. Em realidade, os contratos prevêem a garantia para o financiador de 70% da energia comprada, consubstanciando-se em contratos denominados de *Power Purchase Agreement* – PPAs, que servem de garantia para as instituições financiadoras, permitindo a obtenção de recursos aos investidores do empreendimento.

A Parceria Público-Privada, conforme preconizada pela Lei nº 11.079/2004, corresponde a uma norma de tipo fechado, diferentemente do que ocorre com o conceito de Parceria Público-Privada no Direito Comparado, que permite diversas formações jurídicas,

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

sem a representação de um tipo fechado. A Parceria Público-Privada, segundo a concepção legal brasileira, pode ser configurada como um modelo contratual do tipo fechado, enquanto seu enfoque na doutrina internacional apresenta uma diversidade de desenho jurídico, podendo ser considerada um modelo aberto que permite inúmeras formatações, ou seja, contratos atípicos e inominados¹⁴⁵.

É neste sentido amplo, e não no regime jurídico introduzido pela Lei nº 11.079/2004, que consideramos o PROINFA como uma Parceria. Em outras palavras, é com fundamento no amplo conceito de Parceria Público-Privada preconizada no Direito Comparado, como, por exemplo, no modelo do Reino Unido e no modelo Francês, que o PROINFA, por sua essência, é uma Parceria Público-Privada.

¹⁴⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Artigo *As Parcerias Público-Privadas no Direito Público Brasileiro* publicada na Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Vol. XVII. Rio de Janeiro:Lúmen Júris, 2006.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUINAGA, Adriana de. Palestra proferida no *Seminário Parcerias Público-Privadas*, no BNDES, em 13 de novembro de 2003.

ALVARES, Walter T. *Curso de Direito da Energia*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

ANDRADE, Rogério Emílio. *Aspectos constitucionais da implantação de políticas públicas econômicas*, artigo publicado na Revista do Direito de Energia, ano I, nº 2. São Paulo: IBDE, 2004.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Regulação da economia: conceito e características contemporâneas*, artigo publicado na Revista do Direito de Energia, ano I, nº 2. São Paulo: IBDE, 2004.

_____. *Artigo As Parcerias Público-Privadas no Direito Público Brasileiro*, publicado na Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Vol. XVII. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. *Intervenção do Estado no Domínio Econômico*. Revista: BDA abril/1996.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.

BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, comentado por Clóvis Bevilaqua. Vol. IV. 7ª ed. Atualizada por Acchilles Bevilaqua. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1946.

BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão de Serviços Públicos: Comentários à Lei 8.987/95 e à Lei 9.074/95 com as inovações da Lei 9.427/96 e 9.648/98*. Curitiba: Juruá, 2001.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2002.

_____. *Concessão e Permissão de Serviço Público*.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CALDAS, Geraldo Pereira. *Concessão de Serviços Públicos de Energia Elétrica: Face à Constituição Federal de 1988 e o Interesse Público*. Curitiba: Juruá, 2001.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

CANARIS, Wilhelm Claus. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, 3ª ed., Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

_____; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CASSESE, Sabino. *La Globalización Jurídica*. Instituto Nacional de Administración Pública Marcial Pons, Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. 2006.

CORDEIRO, Antonio Menezes. *Direito das Obrigações*, Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1980, v.1, p.285 *apud* Sztajjn, Raquel. *Contrato de Sociedade e Formas Societárias*, São Paulo: Ed. Saraiva, 1989.

CRETELLA NETO, José. *Comentários à Lei das Parcerias Público-Privadas – PPPs*, 1ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15ª ed. São Paulo: Atlas 2002.

_____. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 4ª ed – São Paulo: Atlas 2002.

_____. *Curso de Direito Administrativo*, 17ª ed. São Paulo, Ed. Atlas, 2004.

_____. *Parcerias na Administração Pública*, 5ª ed. São Paulo ed. Atlas, 2005.

DIREITO, Carlos Alberto. *Artigo Reforma Administrativa: a Emenda nº 19/1998*. Revista de Direito Administrativo vol. 213.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Congelamento de preços - tabelamentos oficiais* (parecer), in Revista de Direito Público nº 91, 1989.

_____. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*, São Paulo: Atlas, 2000.

FOUCAULT, Michael. *Naissance de la Biopolitique*. Cours ao Collège de France (1978-1979), Hautes Études, Gallimard Seuil.

GARCIA, Flávio Amaral. Coordenador da *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do novo Estado do Rio de Janeiro*, Vol. XVII – *Parcerias Público-Privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2006.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 8ª. ed. Malheiros, 2003.

GRIFFITHS, Nigel. Palestra proferida no *Seminário Parcerias Público-Privadas*, no BNDES, em 13 de novembro de 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Editora, 2005.

_____. O Princípio da Proporcionalidade em Direito Constitucional e em Direito Privado no Brasil. Publicado in *Aspectos Controvertidos do novo Código Civil*. Escritos em homenagem ao Min. José Carlos Moreira Alves. Arruda Alvim, Joaquim Portes de Cerqueira Cesar e Roberto Rosas (Orgs).

HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, 2ª ed., Ed. Nova Fronteira, 1986, p. 1393.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitação e Contratos Administrativos*. 8ª ed. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. *Concessões de Serviços Públicos*. São Paulo: Dialética, 1987, p. 414

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, Trad. José Lamego, 2ª ed, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

MÁYNEZ, Eduardo García. *Filosofia del Derecho*, 8ª ed. México: Porrúa, 1996.

MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Direito Administrativo Moderno*. 9ª ed, rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16ª ed., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 88.

_____. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24ª ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1999.

MEZZAROBÀ, Orides; MONTEIRO, Cláudia Sevilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. São Paulo: Saraiva, 2003.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, 5º vol. 25ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1991.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano – Vol. II*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O Sistema de Parcerias entre os setores Público e Privado*. São Paulo: NDJ, ano XIII, nº 1, jan. 1997.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001.

_____. *Mutações do Direito Administrativo*. 2ª ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2001.

_____. *Direito Regulatório*. A alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas na estado democrático. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003.

_____. *O Novo Papel do Estado na Economia*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, nº 241, Ed. Renovar, jul-set/2005.

MUKAI, Toshio et al. *Parcerias Público-Privadas*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

PESTANA, Marcio. *O Princípio da Imunidade Tributária*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *A Concorrência Pública na Parceria Público-Privada (PPP)*. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2006.

PINHEIRO, Armando Castelar, Artigo *O Setor Privado na infra-estrutura Brasileira*. Revista do BNDES, nº 5.

PONTES, Helenilson Cunha. *O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, 2000.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1978. v. 1.

SEABRA FAGUNDES, Maria Aparecida de Almeida Pinto. Pontos polêmicos da legislação sobre concessões e permissões de serviços públicos. Revista de Direito Administrativo. v. 205. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

SICHÉS, Luis Recasens. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, 3ª ed. México: Porrúa. 1980.

SILVA, João Bosco Euclides da. *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico dentro do contexto de crise energética do ano de 2001*, artigo publicado na Revista do Direito de Energia, ano I, nº 2. São Paulo: IBDE, 2004.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA: Um Exemplo de Parceria Público-Privada.

SILVEIRA, Janildo Jovino. Determinantes da Crise do Setor de energia Elétrico Brasileiro. Monografia apresentada no Curso de Ciências Econômicas da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Florianópolis, 1990.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo da Economia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. *A Administração Pública na era do Direito Global*, constante da obra coletiva *Direito Global*, Max Limonad, 1999.

SZTAIJN, Raquel. *Contrato de Sociedade e Formas Societárias*, São Paulo: Ed. Saraiva, 1989.

TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

VERGARA, Sylvia Constant. *Projetos e relatórios de pesquisa em administração*, 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2007

WALD, Arnoldo, et al. *O Direito de Parceria e a Nova Lei de Concessões*. Análise das Leis 8.987/95 e 9.074/95. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____, et al. *O Direito de Parcerias e a Lei de Concessões*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro – V.II – Obrigações e Contratos*. 7ª ed. rev, ampl. e atual. com a colaboração do professor Semy Glanz, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e com referências ao Projeto de Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)