

Universidade de Brasília
Mestrado Profissional em Regulação e Gestão de Negócios - REGEN

**REGIMES JURÍDICOS PARA A GERAÇÃO HIDROELÉTRICA
POR EMPRESAS ESTATAIS FEDERAIS**

Rogério Assis Carmo
11/0155866

Brasília
2013

Rogério Assis Carmo

11/0155866

**REGIMES JURÍDICOS PARA A GERAÇÃO HIDROELÉTRICA
POR EMPRESAS ESTATAIS FEDERAIS**

**Dissertação apresentada ao CERME
da Universidade de Brasília como
exigência do Mestrado Profissional
em Regulação e Gestão de Negócios
– REGEN**

Orientador: LUIZ GUSTAVO KAERCHER LOUREIRO

Brasília

2013

RESUMO

Neste trabalho foram abordados tópicos dos regimes jurídicos aplicáveis à geração hidroelétrica por empresas estatais federais. Para isso visitou-se a doutrina do direito administrativo brasileiro sobre a atividade empresarial do Estado.

Foi destacado que, nos termos da CF/88, a geração hidroelétrica é uma atividade reservada à União, que nela pode atuar diretamente ou, após imprescindíveis licitações, por meio de concessão.

Verificou-se que, não obstante terem personalidade jurídica de direito privado e distinta da União é constitucionalmente admissível tratamento diferenciado para as estatais federais em relação aos agentes privados. Assim, na qualidade de instrumentos para a atuação do ente público titular da atividade de geração hidroelétrica, as estatais federais podem, por lei, receber a incumbência de execução de uma competência econômica da União como uma extensão de poderes e prerrogativas próprios do poder concedente. Nessa circunstância, há inexigibilidade de licitação e de fixação de prazos para a outorga, bem como ausência de garantia à atividade lucrativa e ao equilíbrio econômico-financeiro.

Porém, também é constitucionalmente admitido que as empresas estatais atuem na geração hidroelétrica em ambiente de competição com as empresas privadas. Nessas situações, também as outorgas a empresas estatais federais exigem licitação prévia, prazos determinados e respeito à finalidade lucrativa e ao equilíbrio econômico financeiro.

ABSTRACT

This research covers legal regimes topics applicable to the hydroelectric generation by Brazilian Federal-Government-Owned companies. For this, the Brazilian Administrative Law doctrine was consulted in regards to the State's entrepreneurial activity.

It is highlighted that, by the terms of the Brazilian Constitution from 1988, the hydroelectric generation is an activity reserved to the Union, who can act directly or, after mandatory bidding, by concession.

It was found that, although possessing legal private personality distinct from the Government, a distinct treatment to the Brazilian Federal-Government-Owned Companies in relation to the private agents is constitutionally accepted. Thus, as instruments for the State's operation, holder of the hydroelectric generation activity Federal Companies, can, by law, obtain the commission to execute a State's economic and exclusive competence as an extension of powers and prerogatives of the granting authority. In this circumstance, there is unenforceability of bidding and period determination for the conferment, as well as the absence of the guaranty for lucrative activity and to the economic-financial balance.

However, it is also constitutionally accepted that the State-Owned Companies operate on the hydraulic generation in a rivalry scenario with the private companies. In these situations, also for the granting to Brazilian Federal-Government-Owned Companies it is necessary previous bidding and defined period and consideration to the lucrative goal and the economic and financial balance.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1 – O ESTADO EMPRESÁRIO.....	9
1.1 – Considerações Iniciais.....	9
1.2 – Estado Liberal. Estado Social.....	9
1.3 – A <i>Public Utility Regulation</i> nos Estados Unidos.....	11
1.4 – O <i>Service Public</i> na França.....	16
1.5 – Diferenças entre as duas tradições jurídicas.....	25
1.6 – Estado Empresário. Estado Subsidiário. Estado regulador.....	30
1.7 – Considerações Finais.....	36
2 – A GERAÇÃO HIDROELÉTRICA NA CF/88.....	38
2.1 – Considerações Iniciais.....	38
2.2 – Atividade econômica reservada ao Estado.....	38
2.3 – O art. 175 da CF/88.....	42
2.4 – A expressa disciplina constitucional da geração hidroelétrica.....	48
2.5 – Diversidade de regimes jurídicos na geração hidroelétrica.....	51
2.6 – Execução direta ou concessão.....	58
2.7 – Considerações finais.....	61
3 – EMPRESAS ESTATAIS BRASILEIRAS NA GERAÇÃO HIDROELÉTRICA.....	62
3.1 – Considerações Iniciais.....	62
3.2 – Situação na organização administrativa brasileira.....	62
3.3 – Classificação conforme a composição societária.....	63
3.4 – Princípios para atuação.....	64
3.5 – Finalidade lucrativa e equilíbrio econômico-financeiro.....	71
3.6 - Execução direta por empresa estatal.....	75
3.7 - Concessão a empresa estatal.....	79
3.8 – Considerações finais.....	87
CONCLUSÃO.....	88
REFERÊNCIAS.....	91

INTRODUÇÃO

O ano de 2011 foi marcado por discussões acerca do tratamento que poderia ser dado às concessões do setor elétrico que venceriam em grande número a partir de 2015.

Conforme anotado no Acórdão 3.012/2011–TCU–Plenário (BRASIL, 2011) do total da potência instalada referente às concessões de geração hidroelétrica que venceriam em 2015, 97%, em torno de 19.500 MW, correspondia a potenciais explorados por empresas estatais.

Perguntas surgiram sobre o regime jurídico¹ pelo qual às empresas estatais² federais pode ser atribuído o aproveitamento energético dos cursos de água. Na elucidação desse regime, mostrou-se crucial averiguar se seria constitucionalmente admissível um tratamento diferenciado para as estatais em relação aos agentes privados no tocante à renovação das concessões ou se ambas deveriam receber tratamento exatamente igual.

Por terem as empresas estatais federais personalidade jurídica de direito privado e distinto da União, dúvidas surgiram sobre elas estariam em situação jurídica equivalente às concessionárias privadas ou se poderiam, na qualidade de integrantes da Administração Indireta, receber a outorga direta como uma transferência de poderes e prerrogativas próprios do poder concedente.

A solução por fim adotada, consubstanciada na Lei 12.783/2013, no tocante à prorrogação das concessões não distinguiu entre empresas privadas e empresas estatais. No entanto, essa mesma Lei 12.783/2013 contemplou a

¹ ARANHA (2013, p. 48): Regime é o sistema de uma disciplina jurídica. Assim, é o conjunto de regras jurídicas integradas para consecução de uma finalidade comum. SILVA (2012, p. 1180): Regime jurídico é expressão que designa o conjunto de normas que incidem sobre determinado aspecto da personalidade física ou jurídica, nos diversos papéis sociais de sua atuação, compreendendo desde normas de origem constitucional até disposições normativas privadas que regulam determinada situação. Neste sentido, são usadas as expressões regime jurídico do casamento, da magistratura, do empregado, etc.

² O termo empresa estatal é empregado, neste trabalho, para fazer referência apenas às empresas públicas e de sociedades de economia mista federais. Sabe-se que o termo empresa estatal pode receber significação mais ampla que a ora fixada, porém, neste trabalho, não se pretende extrapolar análises sobre outras formas empresariais pelas quais, hodiernamente, pode a União atuar, tais como as sociedades de propósito específico, nas parcerias público-privadas. Outrossim, não se abordam questões específicas sobre empresas estatais vinculadas a outros entes federativos, tema tratado por LOUREIRO e RODRIGUES (2013).

possibilidade de exercício de competência do poder concedente dar-se diretamente por meio de empresa estatal, ainda que temporariamente, nos termos de seu art. 9º, § 1º, que admite que o serviço seja explorado por meio de órgão ou entidade da administração pública federal, até a conclusão de processo licitatório.

Persistiram então questões sobre as possibilidades para enquadramento das empresas estatais nas modalidades previstas na Constituição pelas quais a União deve prestar o serviço de geração de energia hidroelétrica: execução direta ou delegação (concessão, permissão ou autorização). Dessa questão maior outras derivaram a respeito da natureza do vínculo entre o poder concedente e as empresas estatais, das condições em que se faz imprescindível a realização de licitação para a outorga de aproveitamento de potencial hídrico para e do direito ao lucro e à garantia do equilíbrio econômico- financeiro no caso das empresas estatais.

Na busca pelas respostas, levantou-se, no capítulo 1, a matriz histórica da disciplina jurídica da atividade empresarial do Estado. Verificou-se que as respostas procuradas dependem do grau em que o direito brasileiro seguir uma ou outra de duas tradições jurídicas: a francesa, remetendo para as empresas estatais como emanções do Poder Público e nisso substancialmente distintas das privadas, ou a norte-americana, que as considera em igualdade com as privadas.

No capítulo 2, discorreu-se sobre a disciplina constitucional da geração de energia hidroelétrica, explicitando-a como uma competência material econômica e exclusiva da União. Nesta qualidade, excluída a atividade da esfera da livre iniciativa, abordou-se as possíveis diferenças entre os títulos que podem habilitar empresas privadas ou estatais federais para seu exercício. Como requisito para esclarecer questões sobre os regimes jurídicos aplicáveis à geração hidroelétrica por empresas estatais buscou-se situar a prestação dessa atividade no contexto geral das disposições constitucionais sobre a atuação do Estado na ordem econômica.

No capítulo 3, tratou-se da posição das empresas estatais no ordenamento jurídico brasileiro, em especial no tocante às possibilidades e limites que se lhes impõem frente à condição de instrumentos para a atuação do Estado. Também nesse último capítulo foram apresentadas as possibilidades abertas ao legislador para especificar regimes jurídicos para a geração hidroelétrica por empresas estatais na modalidade de execução direta e de concessão, em especial,

no tocante à exigência de licitação, prazos para a outorga, finalidade lucrativa e direito ao reequilíbrio econômico financeiro.

Verificou-se que a disciplina constitucional da atividade empresarial do Estado brasileiro admite que atribuições e prerrogativas próprias da União possam ser destacadas e alocadas em empresas estatais federais criadas com a finalidade de exercer a atividade de geração hidroelétrica. Nessas circunstâncias, tratando-se de execução direta e não de concessão de serviços públicos, segue a inexigibilidade de licitação e de fixação de prazos para as outorgas, bem como a ausência de garantia à atividade lucrativa e ao equilíbrio econômico-financeiro.

Porém, em situações em que as empresas estatais atuem em condições de igualdade e em competição com as empresas privadas, elas não serão necessariamente excepcionadas, mediante especial proteção do Estado, da aplicação das regras de concorrência. Assim será o caso da geração de energia hidroelétrica quando a lei determinar a competição entre empresas estatais e privadas em processo licitatório que desemboca na seleção de um único agente para prestar tais serviços. Nessas situações, também às outorgas a empresas estatais federais exigem licitação prévia, prazos determinados e respeito à finalidade lucrativa e ao equilíbrio econômico financeiro.

1 – O ESTADO EMPRESÁRIO

1.1 – Considerações Iniciais.

A possibilidade de empresas estatais brasileiras atuarem na geração hidroelétrica é hoje inquestionável. No entanto, esse dado só se constituiu em obviedade a partir de processo histórico que consagrou a atuação do Estado nesse e em outros campos que impliquem organização empresarial em prol da prestação de bens e serviços de cunho econômico e indispensáveis ao atendimento de necessidades de interesse geral. Em suma, a compreensão do regramento aplicável à atividade considerada neste estudo é favorecida pela elucidação das origens e da situação atual dos institutos que fundamentam a atividade empresarial do Estado.

1.2 – Estado Liberal. Estado Social.

As revoluções liberais do século XIX inauguram a institucionalização de garantias dos cidadãos contra o Poder do Estado. Nelas, então, prevaleceu a concepção de que o Estado não deveria intervir no domínio econômico e garantir um respeito absoluto aos estritos termos dos contratos celebrados entre partes dotadas de plena autonomia de vontade. A essa concepção de Estado passou-se a designar Estado liberal, conforme TÁCITO (1997, p. 660):

O Estado liberal nasceu sob o signo da liberdade, caracterizando – na síntese de Pierre Duclos – a transformação do servo em cidadão. Limitando o poder absoluto do Estado, afirmou os direitos individuais e políticos. A norma jurídica limita a autoridade em benefício da liberdade. Na ordem econômica, o princípio da liberdade de iniciativa e de comércio facilita a expansão do regime capitalista e assegura o florescimento da burguesia. A ação do Estado deve se exercer em sentido neutro, visando a garantir a liberdade de contrato e de associação, tendo como pressupostos a autonomia da vontade e a garantia judicial dos direitos e obrigações.

(...)

O capitalismo encontrava o seu caldo de cultura nos postulados do individualismo jurídico, da igualdade contratual, da liberdade de comércio, da proteção à propriedade e da abstenção do Estado na ordem econômica.

TÁCITO (1997, p. 660-662) trata da emergência de novas obrigações e de novo papel do Estado na ordem econômica, dadas por reflexo da evolução do conteúdo da relação entre cidadão e governante e que caracterizam a concepção de Estado social como contrário e posterior dialético do Estado liberal:

Ainda no curso do século XIX, despontou a compreensão de que o Estado não podia permanecer, inalteravelmente, inerte diante das relações econômicas entre pessoas privadas.

...

A esse quadro que marca o fim do século XVIII e os primórdios do século XIX, sucede-se o progressivo reconhecimento de que a democracia política não era bastante para a proteção eficaz da personalidade humana no jogo dos conflitos da sociedade. As injustiças da sociedade econômica moderna (...) contribuíram para o realce da solidariedade social como endereço do Estado: os direitos individuais passam a ser garantidos em função de sua harmonia com os interesses coletivos.

O Estado assume, ainda, outro papel, que não se limita à garantia das liberdades individuais e dos direitos políticos. Os indivíduos, integrados na comunidade, devem, ainda, ser defendidos contra os riscos sociais, mediante a prestação de serviços administrativos e a iniciativa econômica do Estado.

Aparecem, no cenário do direito público, os direitos econômicos e sociais e, gradualmente, o Estado liberal se transforma no Estado do Bem-Estar Social (Welfare State).

TÁCITO (1997, p. 691-692) aborda institutos jurídicos da *public utility regulation* e do *service public*, que surgiram, respectivamente, nos Estados Unidos e na França como reação a um momento histórico comum, de crise do Estado liberal.

O tratamento no direito brasileiro da atividade de geração hidroelétrica é produto de dupla influência, das tradições francesa e norte-americana, TÁCITO (1997, p. 13-25 e p. 199-255). Tendo isso em vista, é necessária a compreensão das especificidades e distinções entre os institutos da *public utility regulation* e do *service public* para o entendimento de opções legislativas sobre os regimes jurídicos aplicáveis à geração hidroelétrica por empresas estatais brasileiras.

1.3 – A *Public Utility Regulation* nos Estados Unidos

TÁCITO (1997, p. 16-17 e 19) apresenta os casos que marcaram a intervenção do Estado (*regulation*) sobre contratos privados de prestação de serviços de interesse público (*public utility*).

O primeiro desses casos, conhecido como *Munn v. Illinois*³, é de 1877, e decorreu de conflitos entre os centros rurais do Meio-Oeste norte-americano e a indústria de transporte ferroviário que levava os produtos agrícolas para abastecimento das cidades litorâneas.

Conforme registro de TÁCITO (1997, p. 16-17), a liberdade econômica facultava os abusos de tarifas fixadas pelos empresários na busca do mais alto lucro, até o extremo limite da resistência da clientela. Cunhou-se, para designar esse regime de tarifas espoliativas, a expressão *as traffic would bear* (até onde o tráfico suportar). Instaurado o conflito entre os interesses rurais e as empresas ferroviárias, os fazendeiros do Oeste organizaram-se no movimento conhecido como *National Grange*, que levou a lei e a jurisprudência a admitirem a validade do controle administrativo sobre os preços do serviço de transporte ferroviário.

Segundo TÁCITO (1997, p. 16-17) e GARCIA (2003, p. 19-37), pelo movimento, ocorrido entre 1865 e 1879, os *Grangers* reagiram contra o fato de que pagavam tarifas de transporte altas, mais altas até que as dos industriais. Fazendo pressão sobre as assembleias, obtiveram a aprovação de leis estaduais regulando tarifas ferroviárias e os preços da armazenagem de cereais, com estabelecimento de tarifas máximas e a proibição de diferenças entre localidades e cargas. A constitucionalidade dessas leis foi amplamente discutida, através dos chamados *Granger cases*.

Nesse contexto, lembra TÁCITO (1997, p. 16-17), o art. 13 da Constituição do Estado de Illinois, que tabelou preços de armazenagem nos celeiros de Chicago, foi questionado junto à Corte Suprema que, em 1877, na decisão sobre o caso *Munn v. Illinois*, considerou válida a regulação de negócios que, por sua natureza, transcendiam ao puro âmbito privado, por estarem vinculados ao interesse público (*business affected with a public interest*).

³ 94 U.S. 113

Conforme VISCUSI (2005, p. 362-363), do caso *Munn v. Illinois* resultou a primeira decisão a estabelecer o fundamento para a regulação estatal de atividades privadas, inclusive contra a exploração dos consumidores pelos monopólios.

Esse fundamento está sintetizado no seguinte enunciado dado pelo então Presidente da Suprema Corte, rememorando lição já consagrada à época:

Property does become clothed with a public interest when used in a manner to make it of public consequence, and affect the community at large. When, therefore, one devotes his property to a use in which the public has an interest, he, in effect, grants to the public an interest in that use, and must submit to be controlled by the public for the common good, to the extent of the interest he has thus created⁴.

Esse enunciado, conforme lembrou TÁCITO (1997, p. 216), é frequentemente mencionado como as *palavras de santificação da regulation de atividades ligadas ao interesse geral e que, assim, deixam de ser juris privati apenas.*

O fundamento extraído do caso *Munn v. Illinois* para a regulação pelo Estado de relações econômicas, contratuais, até então consideradas matéria da qual deveria se abster o Poder Público, assenta-se, portanto, no fato de se ter reconhecido que o direito à propriedade se reveste de interesse público quando exercido de modo a ter consequências públicas e afetar a comunidade de modo amplo. Com isso legitimou-se a regulação como forma de submissão do exercício do direito à propriedade a controle público em favor do bem comum.

Conforme TÁCITO (1997, p. 16-17), a partir do caso *Munn v. Illinois* frutificou-se no direito norte-americano uma semente de aceitação do poder do Estado de regular a atividade de determinadas empresas privadas (*regulation*) em razão de sua importância para a coletividade (*public utility*), daí que, dez anos mais tarde, tornou-se imperativa a intervenção federal sobre comércio interestadual, levando à criação, em 1887, da *Interstate Commerce Commission*, primeira de uma

⁴ GARCIA (2003, p. 20) traz tradução para o espanhol de parte desse enunciado nos seguintes termos: *La propiedad se ve investida por un interés público cuando es usada de modo que tiene repercusiones públicas y afecta a la comunidad en general. Cuando, por tanto, una persona dedica su propiedad a un uso en el que la Comunidad tiene un interés, él, de modo efectivo, está garantizando al público su interés y debe aceptar ser controlado por el público por el bien común.*

série de agências governamentais reguladoras do processo econômico norte-americano.

TÁCITO (1997, p. 16-17) ressalta a situação institucional das agências reguladoras bem como papel delas esperado de equilibrar interesses de produtores e consumidores:

A tônica essencial dessa intervenção no domínio econômico se concentrou na fixação de tarifas (rate making power), como ato materialmente legislativo, delegado ordinariamente a agências administrativas. Visando basicamente a harmonizar os interesses dos fornecedores e dos usuários, a regulation tendia a oferecer o serviço pelo menor custo para os consumidores, ao mesmo tempo que assegurava às empresas a amortização e a remuneração apropriadas do capital que investiam, garantindo-lhes a sobrevivência e a eficiência, mediante o equilíbrio econômico-financeiro do negócio.

A progressiva implantação do regime de tarifas flexíveis e razoáveis, sob permanente fiscalização das comissões administrativas, sujeitas ao controle final dos tribunais, consolidou, no direito norte-americano, o chamado princípio do serviço pelo custo (service at cost), que desde então lastreou amplamente a legislação, a jurisprudência e a doutrina norte-americana no campo dos serviços de utilidade pública (public utilities).

TÁCITO (1997, p. 19), então, define *regulation* como a regulação das atividades econômicas mediante a ação de comissões ou agência administrativas.

Contudo, lembra GARCIA (2003, p. 21), a intervenção estatal sempre enfrentou a hostilidade da filosofia liberal que impregna o Direito norte-americano. Isso se manifestou nos obstáculos opostos à regulação com base no princípio do devido processo legal, previsto nas emendas V e XIV da Constituição Americana, conforme trechos a seguir transcritos:

V – No person shall (...) be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property, be taken for public use, without just compensation

...

*XIV – (...) nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law (...)*⁵

Segundo GARCIA (2003, p. 21), o princípio do devido processo legal possui um sentido formal, de que se deve seguir o adequado curso processual, mas também um sentido material, de fazer assegurar que as leis ou a administração não violem a substância dos direitos de liberdade e de propriedade. Nesse sentido material, o princípio do devido processo representa um freio à regulação.

Assim, anota GARCIA (2003, p. 21), inicialmente somente se admitia a regulação nos casos de preços exorbitantes ou níveis demasiadamente baixos de atividades essenciais. Também VISCUSI (2005, p. 364) destacou que, nos primórdios, a *regulation* visava apenas monopólios e *public utilities*, tais como rodovias, energia elétrica, telefonia e trânsito urbano.

No entanto, GARCIA (2003, p. 21) ressalta que a interpretação acerca da relação entre a *regulation* e o princípio do devido processo legal foi alterada com o tempo. TÁCITO (1997, p. 19) destaca que, embora os fundamentos que servem de base à *regulation* tivessem sido construídos a partir dos fins do século XIX, a presença regulamentar do Poder Público no livre jogo dos negócios se tornou, porém, mais destacada com o impacto das reformas políticas do *New Deal*, como remédio à crise econômica de 1929.

GARCIA (2003, p. 21) anota que, a partir do caso *Nebbia v. New York*⁶, de 1934, admitiu-se que toda empresa poderia estar sujeita à regulação se isso exigisse o interesse público.

Conforme VISCUSI (2005, p. 362), no caso *Nebbia v. New York*, de 1934, tratou-se de regulação do preço de varejo do leite. Na ocasião, conforme trecho da decisão seguir transcrito, entendeu-se que:

So far as the requirement of due process is concerned, and in the absence of other constitutional restriction, a state is free to adopt whatever economic policy may reasonably be deemed to promote public welfare, and to enforce that

⁵ Na tradução para o espanhol, por GARCIA (2003, p. 21):

V – [a nadie] se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización

...
XIV – o tampoco podrá ningún Estado privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal.

⁶ 291 U.S 502

*policy by legislation adapted to its purpose. The courts are without authority either to declare such policy, or, when it is declared by the legislature, to override it*⁷.

GARCIA (2003, p. 21-22) menciona, então, que, no julgamento do caso *West Coast Co. v. Parrish*⁸, de 1937, sedimentou-se a compatibilidade entre regulação e o princípio do devido processo. Esse entendimento pode ser resumido no seguinte enunciado retirado da decisão nesse caso:

*the Constitution does not recognize an absolute and uncontrollable liberty. Liberty in each of its phases has its history and connotation. But the liberty safeguarded is liberty in a social organization which requires the protection of law against the evils which menace the health, safety, morals and welfare of the people. Liberty under the Constitution is thus necessarily subject to the restraints of due process, and regulation which is reasonable in relation to its subject and is adopted in the interests of the community is due process*⁹.

Como denotam desses casos modelares, a experiência norte-americana da *public utility regulation*, como ensina TÁCITO (1997, p. 762-763), traduz a concepção, fundamentada em princípios constitucionais de liberdade de comércio e no individualismo jurídico dominante, pela qual a prestação de serviços essenciais (*public utility*), como todos os demais campos da atividade econômica, cabe à criatividade do empresário privado, ainda que sujeita a um especial controle pelo Estado (*regulation*) em consideração aos interesses públicos em jogo.

⁷ Tradução para o espanhol por GARCIA (2003, p. 21): *[en] lo que se refiere a los requisitos del debido proceso y de no existir otras restricciones constitucionales, un Estado es libre de adoptar cualquier política económica que pueda parecer que favorece el bienestar público e imponer esta política mediante legislación adecuada a su propósito. Los tribunales no tienen autoridad ni para confirmar una ley ni, cuando es confirmada por el Congreso, anularla.*

⁸ 300 U.S. 379

⁹ GARCIA (2003, p. 21 – 22), em tradução para o espanhol: *la Constitución no reconoce una libertad absoluta e irrefrenable. La libertad, en cada una de sus fases, tiene su historia y derivaciones. Pero la libertad salvaguardada es una libertad en una organización social que exige la protección de la ley contra los males que amenazan la salud, la seguridad, la moral y el bienestar del pueblo. La libertad según la Constitución está pues, necesariamente sujeta a las restricciones del debido proceso y la regulación en cuanto a su objeto y adoptada en interés de la comunidad es debido proceso.*

1.4 – O *Service Public* na França.

Como afirmou JÈZE (1914, p. 1-2), no princípio do século XX, os serviços públicos e seu regime jurídico específico passaram a ser uma nota distintiva dos países civilizados.

Essa assertiva de JÈZE está relacionada à evolução da relação súdito-soberano para a de cidadão-governante que, como elucidou BOBBIO (1992), implicou a emergência de novos deveres do Estado. Essa relação entre cidadão e Estado se desdobrou em gerações de direitos correspondentes a preceitos sobre a atuação do Poder Público que desembocaram na noção de serviço público como um direito do cidadão e um dever prestacional do Estado.

Nesse contexto, a expressão serviço público passou a ser usada para designar as atividades estatais de cunho econômico e que poderiam, a princípio, serem também prestadas por empresas privadas. A prestação desses serviços públicos foi então incorporada às obrigações do Poder Público, TÁCITO (1997, p. 639-640 e p. 791).

As transformações trazidas pela industrialização e pela expansão das cidades impunham a prestação de serviços já então considerados essenciais, tais como estradas de ferro, iluminação pública, telecomunicações e serviços de água e esgoto, para os quais a administração pública clássica não dispunha de condições próprias, desaparelhada que estava de meios específicos, daí buscar a prestação desses serviços mediante contratação com a iniciativa privada, TÁCITO (1997, p. 761-762).

No início, esses vínculos entre a administração pública e a iniciativa privada eram reconhecidos como relações contratuais típicas. Gradativamente, porém, surgiu a consciência de que a relação não poderia se manter no estrito âmbito do direito privado, TÁCITO (1997, p. 762 e 764).

TÁCITO (1997, p. 764-766) lembra que foi a necessidade de alterações na prestação de serviços de iluminação e de transportes públicos em relação aos contratos originais que levaram à evolução do entendimento do Conselho de Estado para, superando ideia de sacralidade dos termos contratuais, reconhecer, de um lado, a mutabilidade das cláusulas técnicas (cláusulas de serviço) e, de outra parte, a estabilidade econômico-financeira das concessões (cláusulas financeiras).

JÈZE (1914) listou casos que marcaram a evolução da jurisprudência do Conselho de Estado que, de um respeito absoluto à literalidade dos termos dos contratos então considerados, no bordão liberal, lei entre as partes, passou a admitir a mutabilidade da organização do serviço por ato regulamentar, embora preservando-se a equivalência econômica entre exigências e contraprestações. O produto dessa mudança caracterizou o regime jurídico do *service public* ou serviço público em contraposição ao regime de direito privado.

Entre os julgamentos que refletiram a visão liberal, que não reconhecia o regime de serviço público, foram mencionados por JÈZE (1914, p. 285-286) os casos *Chemins de fer économiques du Nord*, de 23/1/1903, e *Compagnie des tramways de Paris*, de 30/6/1905. Nessas duas oportunidades, o Conselho de Estado entendeu que a modificação do serviço dependeria da anuência do concessionário, pois, se tratava de mudança no pacto anterior.

De se destacar como, no aresto de 1903, um dos fundamentos para negar ao Prefeito o poder de modificar unilateralmente a organização do serviço, foi que não se tratava de atividade decorrente de competência estabelecida em lei, mas em ato regulamentar e não se tratava, então, do exercício do poder de império, mas de atividade facultativa para o Poder Público, que poderia até mesmo ser renunciada pelo Estado.

Em nota de rodapé, JÈZE (1914, p. 285-286) se reporta à modificação trazida à jurisprudência do Conselho de Estado quando do julgamento, em 11/3/1910, do famoso caso *Compagnie générale française des tramways*¹⁰. Na ocasião, seguindo-se a manifestação de M. Blum (*commissaire du gouvernement*), decidiu-se que não seria anulável a modificação dos horários impostos pelo prefeito simplesmente porque, para isso, não fora obtida a anuência da concessionária. No entanto, foi destacado que a concessionária poderia demandar uma indenização como contrapartida aos adicionais encargos que foram impostos.

A comparação entre esses arestos, os de 1903 e 1905 com o de 1910, mostra as diferenças, quanto aos deveres e poderes do Estado, entre a ordem liberal e a ordem social. Nos dois primeiros, a atividade de transporte público urbano,

¹⁰ TÁCITO (1997, p. 765): Em 1910, a municipalidade de Bouches-du-Rhône estabelece a obrigação de o concessionário do serviço de transportes urbanos ampliar sua rede (embora ela fosse especificamente descrita no contrato) a fim de atender outras áreas da zona urbana que se havia expandido, bem como alterar seus horários para que a demanda fosse adequadamente suprida.

por meio dos bondes, foi tida como de prestação facultativa pelo Estado e o vínculo com o particular de cunho estritamente contratual. No último, e mais famoso, caso, o serviço foi considerado essencial, de modo que sua organização se apresentava, necessariamente, como atribuição do Estado e, nessa seara, o vínculo com o particular possuía também caráter estatutário.

A abordagem francesa para o Estado prestador de utilidades econômicas de interesse geral, deve remontar ao conceito de *service public* ou de serviço público desenvolvido por JÈZE (1914). No entanto, na obra de JÈZE (1914), a noção de serviço público não remete primordialmente ao objeto da atividade estatal, mas ao regime jurídico que poderá incidir sobre tal atividade. Deve-se, então, atentar para o uso do mesmo termo em sentidos distintos na obra de JÈZE (1914).

JÈZE (1914, p. 1-2) anota que o regime de serviço público pressupõe a organização de pessoas e de coisas. Os indivíduos devem dispor ou executar as medidas requeridas para a satisfação das necessidades de interesse geral. As coisas são os meios pelos quais serão prestados os serviços que o público espera dos indivíduos incumbidos da atividade qualificada como serviço público. A ideia de um regime jurídico do serviço público distinto do direito privado emerge da necessária garantia de que tais indivíduos (agentes públicos) disporão das coisas (bens e poderes públicos) de modo a promover as vantagens e prestações deles esperadas. As questões essenciais são, portanto, sobre a técnica jurídica que orienta essa organização de pessoas e coisas voltadas para a prestação de serviços públicos, e sobre a noção mesma de serviço público.

Retornando à ideia, de que, nos países civilizados, é tarefa do Estado satisfazer as necessidades de interesse geral (*besoins d'intérêt général*), JÈZE (1914, p. 241) anota que isso pode se fazer pela atuação exclusiva da Administração ou conjuntamente com particulares. Lista, então, dois procedimentos que podem ser empregados com essa finalidade: 1º) o procedimento do direito privado, apropriado aos particulares que satisfazem necessidades de interesse geral; e 2º) o procedimento do serviço público.

JÈZE (1914, p. 242), ao discorrer sobre as características de certas necessidades de interesse geral que serão melhor atendidas pelo procedimento do serviço público, aponta para os casos de necessidades que requerem satisfação regular, contínua e completa e que isso não possa ser assegurado pela iniciativa

privada. Atente-se que a noção de serviço público apresentada na obra de JÈZE (1914) é mais ampla do que a de uma parcela de atividades econômicas reservada ao Estado. Esse autor propõe que a noção de serviço público pode ser referida a toda atividade estatal que deva ser regida por esse regime jurídico especial.

O essencial para JÈZE (1914, p. 242) é a noção de que haverá serviço público quando a atividade atrair “*un regime juridique spécial et que ce regime peut être modifié à tout instant par le lois et reglements*”. Esse aspecto da modificação por leis e regulamentos, portanto, de matéria estatutária e não contratual, é enfatizada pelo autor, mais que outras qualidades, para a especificação do regime de serviço público. Nesse ponto, pode-se perceber que a expressão mais corrente para a tradução desse conceito de regime de serviço público é regime jurídico administrativo¹¹.

A primazia da noção de regime jurídico sobre a de natureza da atividade, na concepção de serviço público na obra de JÈZE (1914), não se afasta nem mesmo quando este autor propõe que a incidência do regime jurídico de serviço público se justifica quando isso se apresentar como a melhor técnica para o atendimento a interesses gerais. Portanto, como ressaltou TÁCITO (1997, p. 638), deve ser acentuada a relatividade da noção de serviço público proposta por JÈZE (1914). Nessa linha, como discorreu JÈZE (1914, p. 247), *sont uniquement, exclusivement services publics le besoins d'intérêt général que les gouvernants, dans un pays donnée, à une époque donnée, ont décidé de satisfaire par le procédé du service public*.

JÈZE (1914, p. 242) admite que esse regime do *service public* possa ser aplicado variadas atividades, desde que se entenda que isso seja necessário para assegurar o modo mais rápido e completo para a satisfação de necessidades de interesse geral. E lembrando que o regime jurídico administrativo é um instrumento, conquanto não o único instrumento, para atender ao interesse público, JÈZE (1914, p. 246-247) conclui que seu diferencial em relação ao direito privado é seu caráter

¹¹ DALLARI (1994, p. 454-455): *O traço característico do serviço público, o que caracteriza realmente um serviço como público, além de sua essencialidade, é o seu regime jurídico. É o fato de ser exercido diante, ou debaixo, de um regime jurídico especial. Um regime jurídico que, ao mesmo tempo, outorga prerrogativas à administração e também a submete a determinadas sujeições, isto é o que se chama regime jurídico administrativo. Um serviço público é aquela atividade essencial prestada sob um regime jurídico administrativo.*

estatutário e não contratual e, portanto, de conteúdo alterável a qualquer tempo por leis e regulamentos:

Toutes ces règles spéciales, toutes ces théories applicables aux services publics sont, à tout instant, modifiables par les lois et règlements.

En somme, le service public est un procédé – et non pas le seul procédé – pour donner satisfaction à des besoins d'intérêt général. Dire que, dans tel cas, il y a service public, cela signifie que des théories spéciales, des règles spéciales sont applicables, qu'il y a un régime juridique spécial: ce régime est legal et réglementaire.

JÈZE (1914, p. 247) se pergunta: “*a quoi reconnaît-on qu'il y a service public?*” (como reconhecer a incidência do regime de serviço público?). Para chegar à resposta a essa questão, que se refere às condições nas quais se pode identificar a incidência do regime de serviço público sobre uma atividade, lembra JÈZE (1914, p. 247-248) que o ponto decisivo a ser considerado é que somente são serviços públicos aquelas atividades assim consideradas pelos governantes.

Para JÈZE (1914, p. 242), a incidência do regime de serviço público pode até não decorrer diretamente de texto expresso, de maneira que ao jurista cabe revelar a intenção dos governantes. Essa tarefa, em geral, não será atendida apenas com a presença de um único elemento revelador da vontade dos governantes, mas com um conjunto desses elementos, entre os quais, p.e: o estabelecimento de regras especiais para o funcionamento do serviço; a cobrança de tributos para assegurar o funcionamento do serviço; e a criação de um monopólio.

JÈZE (1914, p. 283) afirma que, nem sempre, os serviços públicos serão geridos por agentes públicos. Lembra que a gestão pode se fazer por meio de um indivíduo ou uma companhia privada que, por isso, recebe uma remuneração que habitualmente consiste em preços ou tarifas cobradas dos usuários do serviço. Esse instituto é por ele designado de concessão de serviço público (*concession du service public*).

JÈZE (1914, p. 283) aponta para a diferença entre dois modos de gestão do serviço público; aquele feito diretamente por um agente público (*régie directe*) e aquele caracterizado pela concessão ao particular. Conforme anotou JÈZE (1914, p. 283-284) embora anteriormente à sua época houvesse um maior número de

concessões de serviço público elas eram ainda frequentes e ressalta que esse instituto, já àquele seu tempo, estava, em geral, empregado para serviços que têm um caráter econômico (*services ayant un caractere économique*):

Le cas de concession des services publics son encore aujourd'hui fréquent. Ils sont infiniment moins nombreux qu'autrefois [DUGUIT, De la situation des particuliers à l'égard des services publics, R.D.P, 1907, p. 425]. Ajuord'hui, la concession de service public n'est plus guère employée que pour les services ayant un caractère économique. Toutefois, ce procédé est encore usité, dans quelque communes, pour le recouvrement d'un impôt: l'octroi. Autrefois, la concession de service public était très frèquente: elle existait non seulement pour le service d'assiette et de recouvrement de beaucoup d'impôts (fermiers généraux), mais encore pour les services de police et de justice.

Porém, ressalta JÈZE (1914, p. 284), a concessão não modifica a natureza jurídica do serviço, que continua sujeito ao regime administrativo:

Quoi qu'il soit, deux points doivent être mis en pleine lumière: 1^o) La concession ne change pas la nature juridique du service concédé: il reste un service public; 2^o) En conséquence, c'est le regime du service public qu'il faut appliquer au service concédé.

Deve-se recordar que, para JÈZE (1914), a noção de serviço público refere-se a um regime jurídico que, a princípio, poderia ser aplicado a qualquer atividade estatal requerida para o atendimento a necessidades de interesse geral que tiverem essa qualidade reconhecida pelo legislador. Assim, JÈZE (1914) refuta a ideia de que existam serviços que, por sua natureza, repilam a aplicação do regime de serviço público, bem como admite a possibilidade de qualquer atividade estatal ser gerida por meio de concessão a um particular, embora reconheça que, já à sua época, o uso do instituto concentrava-se nos serviços de caráter econômico.

Nessa linha, refuta também a ideia de que existam atividades que não permitam, por sua natureza, que o Estado as desenvolva no regime de direito privado. Mais adiante (*CHAPITRE VI: Emploi par l'administration du procédé du droit privé pour la satisfaction des besoins d'intérêt général*), JÈZE (1914, p. 378-382) não nega que os entes públicos possam adotar o regime de direito privado, para atender às necessidades de interesse geral. No entanto, ressalta que isso não será recomendado quando for exigida a atuação do Estado com o apelo e os poderes

decorrentes da supremacia do interesse público sobre o privado. Isso porque, no regime de direito privado o pressuposto essencial são as relações de igualdade; sendo assim, nesse regime o gestor da atividade não é, propriamente, um agente público e não tem prerrogativas e poderes próprios do Poder Público e que derogam normas do direito privado.

Como já lembrado, JÈZE (1914) não aponta uma correspondência essencial entre um regime jurídico e a natureza de uma atividade, embora ressalte que, o atendimento às necessidades de interesse geral normalmente exigem a atuação do Poder Público em posição de supremacia em relação ao privado, o que atrai o regime de serviço público. Para JÈZE (1914) essa correspondência entre a natureza da atividade e o regime de serviço público será sempre relativa, a depender da época, dos meios disponíveis, etc, que permitam apontar o regime jurídico adequado para a melhor satisfação dos interesses gerais aos quais se visa atender com o desenvolvimento de uma atividade.

JÈZE (1914, p. 284) diferencia a concessão de serviço público da simples submissão de certa atividade à regulação e controle pelo Estado, tal como nos casos das profissões de farmacêuticos, dentistas, médicos, etc. Ressalta JÈZE (1914, p. 285) que, na concessão de serviço público, ou seja, tratando-se de atividade regida por esse regime, cabe exclusivamente ao Poder Público dispor sobre a organização do serviço e, por isso, ele pode modifica-la, unilateralmente, mesmo sem a anuência do concessionário.

Lembra JÈZE (1914, p. 285) que o poder unilateral de modificação, pelo Estado, da organização de atividade sujeita ao regime de serviço público se justifica nos casos em que o interesse público superveniente não pode ser preterido frente a interesses particulares, como se deu no notório caso *Compagnie générale française des tramways*, julgado pelo Conselho de Estado, em 11/3/1910. Na ocasião, como já mencionado, foi reconhecido tanto o poder unilateral de modificação de cláusulas de serviço quanto o direito do concessionário à devida indenização.

JÈZE (1914, p. 287-288), ao tratar de lei sobre concessão de ferrovia, destaca trecho da exposição de motivos em que se depreende que o poder de modificação unilateral é decorrente da necessidade de o Poder Público manter sempre a responsabilidade pela prestação do serviço do modo mais adequado ao atendimento do interesse geral. Assim, não poderia sequer ser concedido o serviço

senão fosse nessas condições, pois se trataria de inafastável responsabilidade do Poder Público associada à ideia de indisponibilidade do interesse público. Assim, em toda concessão, o Poder Concedente possuirá todos os atributos do Poder Público que a lei, de antemão, não lhe tenha retirado.

O processo da diferenciação de um regime jurídico de serviço público como uma derrogação do clássico regime liberal de direito privado é apontado por JÈZE (1914, p. 290-292) também no tocante à evolução da posição do Conselho de Estado francês em relação às perturbações que a inovação tecnológica, do gás para a eletricidade, trouxe para as relações entre as municipalidades e as concessionárias dos serviços de iluminação pública e de distribuição de luz aos estabelecimentos privados e residências particulares.

Conforme explicou o clássico autor francês, quando a questão foi abordada somente a partir dos institutos do direito privado, aos concessionários de gás foi garantida a prestação do serviço com a tecnologia contratada e sem concorrentes, por todo o período da concessão, em oposição à determinação do Poder Público para a modificação da tecnologia a ser empregada para a prestação dos serviços de iluminação pública e de distribuição de luz aos estabelecimentos privados e residências particulares.

Como exemplo de julgamento em que escapou ao Conselho de Estado a noção do regime jurídico do serviço público, JÈZE (1914, p. 292-293, em nota de rodapé) refere-se ao caso *Compagnie du gaz de Saint-Etienne*, de 26/12/1891. Nesse caso, haviam sido celebrados, em 1854 e em 1857, dois contratos entre a municipalidade e a concessionária. A empresa ficou encarregada, com exclusividade, da prestação dos serviços de iluminação, sem distinguir-se entre as atividades de iluminação pública e de distribuição de luz aos particulares. Posteriormente, a municipalidade contratou com a *société Edson* o serviço de distribuição de luz aos particulares, dando-lhe o direito de passar a fiação pelas vias urbanas e de receber remuneração calculada sobre o número de lâmpadas.

A *Compagnie du gaz* pediu a anulação do contrato com a *société Edson* ao conselho municipal (conseil de préfecture) que rejeitou essa demanda. O caso foi, então, ao Conselho de Estado que, em julgamento de 26/12/1891, decidiu que a municipalidade deveria anular a concessão à *société Edson*. Sete anos depois, em julgamento de 25/11/1898, o Conselho de Estado condenou a municipalidade a

pagar indenização à *Compagnie du gaz*, tanto por ter feito, originalmente, a concessão à *société Edson*, como por não a ter desfeito, posteriormente.

Para JÈZE (1914, p. 292-293), a solução que implicou o respeito absoluto ao contrato não considerou a incidência do regime de serviço público e, assim, sacrificou o interesse geral ao atender o estrito interesse privado do concessionário. Para esse autor, a solução teria sido distinta, caso fosse conduzida pelos princípios do regime de serviço público, permitindo tanto o atendimento aos interesses gerais quanto o respeito aos legítimos direitos do concessionário.

Para o esclarecimento desses princípios do regime de serviço público, JÈZE (1914, p. 292-293) apontou que, em primeiro lugar, devem ser distinguidas algumas relações jurídicas: 1) as relativas à organização do serviço e 2) as pertinentes à designação de uma pessoa como concessionária. Partindo dessa distinção, JÈZE (1914, p. 292-293) chega a duas proposições sobre as regras de organização de serviço e sobre a designação do concessionário. Para JÈZE (1914, p. 293-294) o Poder Público pode modificar, a qualquer tempo, a organização do serviço concedido, inclusive passando a prestá-lo diretamente, como parte de seu poder regulamentar e, com base nisso, conclui: *L'acte qui organize un service public est une loi materielle. Cette acte peut être modifié á tout instant, à la condition de suivre les formes legales.*

Em nota de rodapé, JÈZE (1914, p. 293) ressalta que a própria adoção do regime de concessão como modo para a prestação do serviço público é parte das escolhas que deve a Administração Pública fazer para o cumprimento de seu dever quanto à organização da atividade em função do melhor atendimento dos interesses gerais. Bem assim, simplesmente porque num mesmo ato, designado contrato de concessão, se reúnem cláusulas sobre a organização do serviço e a designação de uma pessoa privada encarregada da execução das atividades, oferecendo-a diretamente aos usuários, não se modifica a natureza estatutária e, portanto, alterável a qualquer tempo pelas leis e regulamentos, da relação entre o Poder Público, a organização do serviço e o concessionário.

Entretanto, para JÈZE (1914, p. 294-295), a designação de uma pessoa determinada como concessionário é um ato contratual, que não pode ser modificado unilateralmente pelo Poder Público, por exercício do poder regulamentar. Assim, se o contrato estabelece um privilégio exclusivo, ainda que temporário, para a

exploração do serviço concedido, isso deve ser respeitado pela Administração que, do contrário, deve indenizar o concessionário.

Após esses esclarecimentos e retornando ao caso *Compagnie du gaz de Saint-Etienne*, de 26/12/1891, JÈZE (1914, p. 295), defende que ao concessionário não deveria ter sido reconhecida legitimidade para impedir a modificação na organização do serviço (p.e., passando-se de iluminação a gás para iluminação elétrica) ou de obstar a exigência de que ele mesmo preste o serviço com a nova tecnologia. Diferentemente disso, assevera, ao concessionário deveria ter sido reconhecido apenas o direito de manter-se, dentro do período concedido, como aquele que, com exclusividade, continuaria a prestar o serviço sob as novas condições estabelecidas pela municipalidade.

A partir desses casos das companhias de gás, como nos outros mencionados, nota-se que o Conselho de Estado passou de uma posição calcada exclusivamente na noção de contrato como lei entre as partes, típica do direito privado e do Estado liberal, para a de possibilidade de imposição de modificação da forma de prestação do serviço, com base em noções de primazia da prestação do serviço adequado para atendimento às necessidades de interesse geral sobre a literalidade dos termos contratuais.

Outrossim, a necessária distinção de duas relações jurídicas presentes no vínculo entre o Poder Concedente e o concessionário de serviço público (uma, estatutária, tocante à organização do serviço, e outra, contratual, acerca da designação do concessionário) decorre de dado essencial da noção de regime jurídico do serviço público presente na obra de JÈZE (1914) que é a atuação Estado com o apelo e os poderes decorrentes da supremacia do interesse público sobre o privado. Essa nota distintiva da tradição jurídica francesa é característica de um modelo europeu continental da prestação de serviços públicos.

1.5 – Diferenças entre as duas tradições jurídicas

Conforme anotou GARCIA (2003, p. 5-37), há em comum entre as tradições europeia e norte-americana o propósito de atender ao interesse público assegurando-se a prestação de serviços essenciais, mas há entre as duas tradições

diferença crucial acerca da própria concepção do que seja o interesse público a ser promovido pela intervenção do Estado.

Na tradição norte-americana, o conceito de interesse público corresponde ao conjunto dos interesses individuais. Portanto, tratando-se de interesse comum de todos os indivíduos, na medida em que cada um satisfizer seu interesse individual, serão também satisfeitos os interesses da comunidade. Desse modo, a função das autoridades é garantir que a satisfação dos interesses individuais não seja obstruída por práticas injustas, como destacou GARCIA (2003, p. 14-16).

Na tradição europeia, a intervenção estatal se constrói sobre a noção de elevado interesse público, tido como um interesse diferente da mera soma de interesses particulares, de tal modo que só um ente superior, o Poder Público, pode definir esse interesse e gerir a atividade dirigida à sua consecução, lecionou GARCIA (2003, p. 15).

Essas concepções se refletem em modelos diferentes para a intervenção estatal sobre serviços essenciais, conforme explicou GARCIA (2003, p. 17-18). Nos Estados Unidos, partiu-se da ideia de interesse geral que só pode ser atendido através de um processo ao qual confluem os diversos interesses particulares envolvidos e do qual resulte a expressão de uma ponderação destes. Porém, na Europa, a intervenção estatal se construiu sobre a noção de superior interesse público definido pelo Poder Público.

Nesse contexto, apresenta-se com maior nitidez na tradição francesa, como leciona ARANHA (2013, p. 43), o instituto da *publicatio* que implica a alocação no domínio público de certas atividades afastando-a do domínio privado. Nos casos de *publicatio* a ingerência estatal na atividade econômica legitima-se não apenas nos poderes estatais para disciplinar atividades em geral, mas também nos seus deveres como titular de uma atividade.

A partir das observações de ARANHA (2013, p. 43), verifica-se que o conceito de *publicatio* pode induzir a uma distinção rígida entre atividades exercidas em regime público e atividades exercidas em regime privado, enquanto que o conceito de *regulation* não sugere uma divisão precisa entre o papel estatal e liberdade individual.

Conforme observação de ARANHA (2013, p. 43), uma distinção rígida entre atividades exercidas em regime público e atividades exercidas em regime privado, calcada no conceito de *publicatio*, é tributária da tradição francesa de titularidade do Estado de certas atividades para fazer frente aos novos deveres prestacionais. Todavia, ARANHA (2013, p. 43) lembra que na tradição norte-americana não há a mesma presença dessa noção de titularidade estatal de atividades econômicas, antes se fazendo valer a noção de *regulation* como um poder estatal exercido sobre atividades privadas.

A compreensão dessas diferenças entre as tradições francesa e norte-americana é, portanto, fundamental para a elucidação de tópicos da disciplina jurídica brasileira da geração hidroelétrica que, como já anotado, sofreu uma dupla influência dessas duas tradições.

LOUREIRO (2006, p. 7-15), a partir de estudo da história dos regimes jurídicos adotados para a disciplina da indústria elétrica no Brasil, conclui que não se caracterizou uma harmônica e natural conformação entre as mencionadas fontes norte-americana e francesa e alerta para a tensão inerente à dupla influência de tradições jurídicas, que pouco têm em comum além da ânsia de melhor regular atividades industriais de reconhecida relevância social e econômica.

LOUREIRO (2006, p. 10), destaca que *o regime jurídico do setor elétrico norte-americano (...) desconhece por completo a valência dogmática do conceito de serviço público*. Para a compreensão dessa informação, LOUREIRO (2006, p. 11), ressalta que o conceito de serviço público, na tradição francesa, pressupõe a titularidade da atividade pelo Estado, somente permitindo a atuação de particulares na condição de delegados e, portanto, na exata medida em que essa delegação for concedida:

Basta dizer que no modelo norte-americano não existe o conceito de “serviço público” (industrial), tipicamente francês. Com isso diz-se, por derivação, que a atividade não é estatal, mas privada e que, portanto, não é objeto de delegação a privados (pela via de concessão de serviços públicos); se não é de titularidade pública, os poderes que o Estado tem em face da empresa são substancialmente outros. Na tradição norte-americana, o poder público deve, em princípio, apenas emular o mercado, exercendo, para tanto, um poder de polícia como que “tonificado”; no droit administratif, seus poderes são teoricamente mais

ampos, eis que a delegação não importa em alienação da titularidade da atividade, mas de cessão temporária de seu exercício, a bem do interesse público. Na regulation, a política tarifária não se resolve em uma equação contratual, a ser mantida durante o prazo da concessão (equilíbrio econômico-financeiro), mas em buscar um preço o mais próximo daquele que seria obtido em condições concorrenciais (“justa remuneração”), modificando-o sempre que tal se mostrar aconselhável.

Alerta LOUREIRO (2006, p. 11-13) que se produziu no direito brasileiro uma interpenetração, por vezes sutil e nem sempre consciente, de duas formas distintas de tratar um mesmo problema, já referidas, a francesa e a norte-americana, da qual resultaram enxertos, hibridismos e ecletismos e uma confusão conceitual e principiológica bem como uma fonte de inesgotáveis dificuldades e incertezas propiciadas pela inadvertida mistura de concepções.

LOUREIRO (2006, p. 51) ressalta que, embora tanto a concepção da *public utility regulation* como a do *service public* versem sobre a *intervenção do Estado no que modernamente se convencionou chamar de Domínio Econômico e, mais especialmente, a atuação pública em face das atividades empresariais*, seus pressupostos e soluções jurídicas divergem.

Assim, anotou LOUREIRO (2006, p. 64), embora até seja possível identificar propósitos e técnicas comuns às duas tradições, os fundamentos dos quais derivam os procedimentos recomendados e as soluções possíveis são diferentes:

É certo, porém, que, dado o objetivo comum (organizar a atividade de modo a que realize sua função social adequadamente) estas diferentes percepções fundamentais acabam por partilhar algumas soluções técnicas. O maior controle pelo Estado, a fiscalização abrangente (incluindo a vida econômica da empresa), a atividade normativa mais frequente, são elementos presentes em ambas as visões. Mas, mesmo esses mecanismos podem apresentar diferenças de quantidade ou qualidade, segundo as premissas das quais partem (ou mesmo de justificativa).

Como volta a ressaltar LOUREIRO (2006, p. 64), a partir do exemplo da indústria elétrica, em termos mais gerais e abstratos, a diferença essencial entre as duas tradições jurídicas reside em que, na abordagem do *service public*, trata-se de

atividade titularizada pelo Estado que pode delegar a privados o seu exercício, enquanto que na *public utility regulation* a atividade permanece de titularidade privada embora seja intensificado o comum controle que o Estado tem sobre quase todos os setores da sociedade:

Esta atenção especial do poder público pode veicular-se de variada forma. Em termos mais gerais e abstratos, poder-se-ia ter a energia como atividade pública, i.e., titularizada pelo Estado, delegando a privados seu exercício. Poder-se-ia também mantê-la no âmbito das atividades individuais, intensificando o natural controle que o Estado tem sobre (quase) todos os setores da sociedade. São duas concepções de fundo diferentes, muito diferentes que vão além, inclusive, do direito.

Em suma, na doutrina norte-americana, diferentemente da francesa, os poderes do Estado sobre a ordem econômica não decorrem da titularidade para o exercício de uma atividade que requer um regime jurídico distinto daquele das atividades econômicas em geral.

Verifica-se, portanto, na expressão *service public*, em francês, o significante *public* assume significado distinto daquele que se expressa na locução *public utility*, em inglês.

Conforme lição de Odilon Braga lembrada por LOUREIRO (2006, p. 233, nota de rodapé 314), também em português o vocábulo 'público' presta-se a confusões, pois pode significar o que é próprio do 'público', isto é, de uma clientela mais ou menos extensa e indistinta; e pode significar o que é próprio do poder preposto à administração dos interesses coletivos locais ou gerais.

Ainda na trilha de Odilon Braga, que advertia para o perigo de se misturarem-se as duas tradições, LOUREIRO (2006, p. 235) ressalta que o sistema francês tem por pressuposto a tipificação da atividade como competência pública, de modo que o serviço denomina-se 'público' porque pertence ao sistema das atividades do poder público, somente podendo ser exercida por particulares por meio de delegação do Estado. Já no sistema norte-americano o termo utilidade pública reporta-se apenas à utilização do produto ou serviço pelo 'público' em geral, sem que para a exploração da atividade pela iniciativa privada requeira-se a concessão de atividade própria do Estado.

Assim, ainda com apoio em Odilon Braga, LOUREIRO (2006, p. 237) resume a diferença entre os dois sistemas da *public utility regulation* e da *concession de service public*: sistema norte-americano, *private ownership* e *private management*; sistema francês, *public ownership* e *private management*. Nessa linha, acrescenta-se que o sistema do *service public* admite também a execução direta da atividade pelo Poder Público, reunindo *public ownership* e *public management*.

1.6 – Estado Empresário. Estado Subsidiário. Estado regulador.

A ideia de Estado liberal está associada aos movimentos da burguesia em oposição às monarquias absolutas, no século XVIII. Sobreveio, então, a noção de limitação dos poderes das autoridades e o estabelecimento de garantias para liberdades individuais em contraposição ao Estado. Essa concepção parte do pressuposto do Estado como um “mal necessário” e que deve abster-se de intervenções de caráter econômico-social, limitando ao mínimo possível as suas atividades e evitando dirigir ou mudar relações e situações preexistentes. (BEMQUERER, 2012, p. 26).

Com o advento da indústria, a partir do século XIX, exacerbaram-se as diferenças entre as classes sociais, alguns com muito e outros em situação de miséria. A sociedade passa a exigir do Estado prestações (ações) para a melhoria da qualidade de vida das pessoas. Constrói-se, então, a concepção do Estado social ou Estado do bem-estar como intermediador das relações sociais, mitigador dos conflitos entre capital e trabalho e, primordialmente, garantidor de direitos sociais que se refletem em ações para prover bens avaliáveis economicamente, tais como educação, saúde e moradia (BEMQUERER, 2012, p. 28-30).

Uma variante do Estado social, surgida na primeira metade do século XX e caracterizado pela direta atuação do Estado na produção de bens e serviços, é designada Estado empresário. Como reação às crises do Estado liberal, como a de 1929, a atuação direta do Estado na economia é concebida como necessária à superação de incapacidades da iniciativa privada. As empresas estatais são criadas como instrumentos para a consecução de fins perseguidos pelo Estado (BEMQUERER, 2012, p. 30-32).

A incorporação de um novo conjunto de direitos públicos de teor econômico e social levou ao incremento da atividade empresarial do Estado, TÁCITO (1997, p. 699-700 e p. 814, 816-817). Para fazer frente a esses novos deveres impostos ao Estado no campo econômico, tornou-se amplamente admitida a atuação do Estado como empresário e foram criadas empresas estatais, TÁCITO (1997, p. 663).

TÁCITO (1997, p. 663) aponta que a intervenção do Estado no domínio econômico assumiu inicialmente apenas a disciplina da iniciativa privada, mas que gradualmente passou se constituir em Estado empresário, ao exercer, ele próprio, em associação, competição ou mesmo em substituição à iniciativa privada, atividades econômicas consideradas parte de seus deveres para com os cidadãos, criando-se, com esse propósito, empresas estatais:

A essa fase meramente regulatória, ou de dirigismo econômico, sucede-se a do Estado como empresário, competindo com a iniciativa privada, ou suplementando-a para chegar, em sua feição extrema, à modalidade do monopólio estatal.

Nasce a empresa pública como um símbolo do estado intervencionista, ora sob a forma de sociedade de economia mista (capital público associado ao capital privado, sob gestão pública e visando a um fim público) ora como empresa pública pura (capital público exclusivo, embora de diversas pessoas administrativas).

Ressalte-se que, embora possam ser mencionados casos de atividade empresarial do Estado em outros períodos históricos, como à época do mercantilismo, é o propósito de atender a deveres de prestação aos cidadãos que diferencia as empresas estatais criadas no contexto do chamado Estado empresário, como anotou TÁCITO (1997, p. 691-692). No Estado social, a empresa estatal é concebida como um instrumento de políticas públicas e não só (ou nem sequer preponderantemente) como uma fonte de receita para o Estado, como distinguiu LOUREIRO (2006, p. 87).

Outrossim, a atuação de empresas estatais é melhor compreendida no modelo europeu tradicional em que, segundo GARCIA (2003, p. 5-6), a prestação de serviços públicos é uma direta incumbência do Estado, pois a este compete equacionar o atendimento ao interesse público, aí incluída a gestão dos serviços

essenciais. Daí ser comum, nesse modelo europeu tradicional, a instituição de monopólios públicos, ao mesmo tempo prestadores e organizadores do serviço, e a execução da atividade por empresas estatais, GARCIA (2003, p. 5-6).

Como anotou LOUREIRO (2006, p. 70, 85-86), o instrumento jurídico dessa presença estatal marcante na França foi, principalmente a partir da primeira década do sec. XX, exatamente, o regime de serviço público, em que cabe ao Estado o exercício de poderes próprios de *dominus* da atividade. Nessas circunstâncias, a técnica da concessão pode dar lugar à estatização do próprio ente realizador do serviço, dando origem às empresas públicas e sociedades de economia mista.

A atividade de empresas estatais não encontra essas mesmas justificativas a partir do modelo norte-americano. Recorde-se que, como anotou GARCIA (2003, p. 5-6), há marcadas diferenças entre o modelo europeu e o norte-americano em relação aos poderes do Estado e à situação dos agentes econômicos privados. De fato, como registrou LOUREIRO (2006, p. 70), houve na França um muito maior grau de ingerência estatal na vida econômica, inclusive no tocante a certas atividades passíveis de organização empresarial, do que nos Estados Unidos.

No modelo tradicional nos EUA, a regulação seria a atividade governamental que visa traçar o marco para a atuação dos sujeitos econômicos privados em determinado setor, com finalidade de responder a falhas de mercado com o máximo atendimento ao interesse público, GARCIA (2003, p. 3). Assim, os serviços essenciais, denominados *public utilities*, são prestados por empresas privadas, cabendo ao regulador, nas situações em que as empresas exercem a atividade em condições de monopólio natural, atuar para emular efeitos de um regime concorrencial, GARCIA (2003, p. 16).

Como explicou LOUREIRO (2006, p. 107), nos Estados Unidos a concepção é de uma intervenção normativa do Poder Público, quando não verificados os pressupostos para a ocorrência dos benefícios propiciados por ambiente concorrencial propalados pela ideologia liberal. A ação regulatória deve fazer as vezes da “mão invisível” e, com esse objetivo, a ingerência estatal tende a ser aquela estritamente necessária para emular o mercado (a livre iniciativa é a regra).

No sistema norte-americano, ênfase é dada na conciliação dos interesses dos consumidores e dos investidores, TÁCITO (1997, p. 265-266). Assim, a atração de capitais privados é um dos objetivos prementes da regulação nos Estados Unidos não apenas com fundamento na proteção dos interesses comerciais da empresa, mas também na finalidade de propiciar a prestação de um serviço estável e perfeito, bem como o financiamento da expansão e melhoria dos serviços.

Na tradição norte-americana, conforme LOUREIRO (2006, p. 99), o ar que se respira é totalmente diferente do modelo tradicional da França e do continente europeu. Este é impregnado da noção de um Estado ativo e prestador de serviços públicos em regime de serviço público, derogatório do direito privado. No direito norte-americano, as atividades econômicas de particular relevância pública permanecem essencialmente no campo das atividades privadas. Ainda que a experiência norte-americana não rejeite, de modo categórico, a atuação estatal direta, a *public ownership*, não se vê aí substancial diferença em face da *private ownership* no que toca à natureza da atividade.

Na verdade, na tradição norte-americana a atuação estatal direta não é vista com bons olhos e, quando existente, é tomada apenas como uma estratégia regulatória e não como uma ideologia ou *modus operandi* específico do Estado. Assim, a *regulation* oferece fórmula para evitar a *public ownership* e, ao mesmo tempo, coibir os abusos da *private property*, sistema preferido, conforme anotou LOUREIRO (2006, p. 110).

Assim, no modelo norte-americano, em se tratando de atuação estatal direta, a hipótese que se coloca é a do Poder Público transformado em agente privado empresário, como qualquer outro particular. A atuação estatal direta não altera a natureza privada da atividade, em situação conceitual de oposição simétrica ao modelo do serviço público francês em que a execução de tarefa pública por agente privado não torna privada a atividade, LOUREIRO (2006, p. 113).

Em suma, dadas as fortes influências do liberalismo na contenção dos poderes do estado sobre a esfera privada, nos Estados Unidos a possibilidade de regulação da livre iniciativa antepõe-se às noções de atividade econômica reservada ao Estado ou de monopólio estatal. Nesse contexto, a atuação de empresas estatais não pressupõe posição de supremacia em relação aos agentes privados.

Essa valoração da atividade empresarial do Estado dada a partir da tradição norte-americana ganhou relevo quando o Estado social enfrentou obstáculos para concretizar um crescente rol de direitos sociais diante da escassez de recursos (BEMQUERER, 2012, p. 30). A reação partiu de considerações sobre como a expansão da intervenção do Estado levava a uma hipertrofia organizacional, amplificava a inabilidade dos servidores públicos e travava o crescimento da economia. Emerge, então, na segunda metade do século XX, a concepção de uma atuação subsidiária do Estado em relação à iniciativa privada e ao regime de livre concorrência, na ideia do que se denominou Estado neoliberal (BEMQUERER, 2012, p. 33-34).

Assim, a partir da década de 70 do século XX, dada a crise fiscal do Estado social do uso político das estatais, que as tornou ineficientes e deficitárias, houve uma revisão do papel do Estado, especialmente em substituição da iniciativa privada. Revalorizou-se a contribuição do setor privado na tarefa de produção de bens e serviços de interesse geral, no pressuposto de que este a realiza mais eficientemente, e propugnou-se o afastamento do Estado da execução direta desses serviços, BEMQUERER (2012, p. 43-45).

BEMQUERER (2012, p. 35-36) traça uma diferença entre a noção de Estado neoliberal a de Estado liberal. Essa distinção é exposta na comparação entre as concepções de Estado subsidiário, identificada com a de Estado neoliberal, e de Estado mínimo, própria do Estado liberal.

O Estado mínimo só exerce atividades essenciais e não exercíveis por particulares, por isso consideradas típicas do Poder Público, como justiça, segurança pública e defesa nacional. No Estado subsidiário, embora se valorize a redução do tamanho do Estado, admite-se que, além das atividades típicas, o Poder Público deve atuar também algumas atividades econômicas e sociais comprovadamente não atendidas de modo satisfatório pela iniciativa privada, como por exemplo, políticas compensatórias em benefício das populações mais carentes e prestando alguns serviços identificados com o Estado social, BEMQUERER (2012, p. 35-36).

Nesse cenário do Estado subsidiário, em que o Estado abstém-se do papel de empresário, há uma contrição da atuação de empresas estatais, inclusive pela privatização dessas. A atuação primaz do Estado sobre as atividades

empresariais desloca-se da supressão da iniciativa privada para o incentivo desta mediante técnicas de fomento, sem prejuízo da intervenção necessária para evitar abusos, a exemplo de manipulações de preços, pelos entes privados, BEMQUERER (2012, p. 56-60).

O conceito de Estado subsidiário, como destacou ARANHA (2013, p. 18-19), implica uma opção sobre o nível de interferência estatal na esfera privada e pode ser resumido na máxima: o governo deve fazer pelos cidadãos somente aquilo que eles não puderem fazer por si próprios, e nada mais.

A noção de Estado subsidiário não é, portanto, redutível à ideia, característica do Estado liberal, de inexistência de deveres do Estado sobre a prestação de bens serviços comerciais e industriais, pois, como destacou ARANHA (2013, p. 18-19), ela engloba ditames de orientação política de predomínio da iniciativa privada sobre a pública, de consequente limitação da atuação estatal, mas, ao mesmo tempo, de atribuição ao Estado da função de fomento, coordenação e fiscalização da iniciativa privada para a potencialização dos negócios dos particulares, ou mesmo o incremento de parcerias público privadas para o fim de subsídio à iniciativa privada.

Em comum entre o Estado empresarial e o Estado subsidiário o reconhecimento de que o Poder Público tem deveres com relação ao acesso dos cidadãos a bens e serviços essenciais de cunho industrial e econômico. Nesse ponto, há também diferença, que reside na preferência dada à atividade empresarial estatal direta ou à ação fomentadora, normativa, indutora e conformadora das condições para que esse acesso se compatibilize com as contingências próprias da livre iniciativa.

Esse último aspecto, tocante à atividade normativa e indutora, caracteriza o Estado Regulador, do qual derivam as dimensões orientadoras da atividade empresarial para a preservação e a expansão do acesso a bens e serviços concebidos como direitos fundamentais dos cidadãos e deveres do Estado. Nessa linha, como anotou ARANHA (2013, p. 7-8):

O pressuposto do Estado Regulador, portanto, é a compreensão da intervenção estatal como garantia de preservação das prestações materiais essenciais à fruição dos direitos fundamentais, sejam elas prestações de serviços públicos ou privados, sobre as quais se aplica a insígnia da regulação,

ou sejam elas outros tipos de atividades, tais como o exercício do poder de polícia, atividades de fomento e prestações positivas tradicionais de índole concreta e normativa. O direito subjetivo somente pode ser compreendido atualmente se encarado em comunhão com sua face objetiva, que repousa na determinação de conteúdo a partir da dinâmica do ordenamento jurídico em meio às potencialidades concretas criadas por políticas públicas, por ordens normativas, por investimento empresarial, enfim, por acompanhamento conjuntural do desenvolvimento de um setor de atividades de interesse público como, por exemplo, os setores de saúde, educação, recursos hídricos, energia, telecomunicações e transporte. A plena fruição do direito à saúde em suas diversas dimensões de devido diagnóstico, prognóstico e tratamento médico encontra-se relacionada com as disposições concretas de financiamento da educação universitária médica e de áreas afins, de financiamento das pesquisas universitárias relativas ao desenvolvimento de equipamentos e métodos laboratoriais, de construção de uma rede de energia elétrica confiável para preservação dos equipamentos auxiliares, de edificação de redes nacionais e internacionais de banda larga para telemedicina, do devido equacionamento e acompanhamento da liquidez de sistemas de saúde suplementar, enfim, de uma lista abrangente de atuação estatal e não-estatal concertada segundo uma batuta unificada na figura interventora, mesmo que indireta, do Estado (não do governo) como espaço público de construção de soluções.

1.7 – Considerações Finais.

Não obstante tais distinções conceituais, pode se verificar, de fato e ao longo tempo, uma variação na qualidade e na intensidade da intervenção do Estado na economia, sem se prender apenas aos extremos da completa desregulamentação e abstenção ou do total controle e monopólio, TÁCITO (1997, p. 814). O que é mais comum, hodiernamente, são mecanismos de cuidadosa dosagem do nível de interferência estatal na economia, buscando-se uma dinâmica conexão entre os riscos da livre iniciativa e a sociedade política, que pretende ter sua voz presente na constante reorientação da atividade econômica para a preservação dos direitos fundamentais de todos os envolvidos, ARANHA (2013, p. 19).

Situações relacionadas à dupla influência de tradições jurídicas e de visões acerca da atividade empresarial do Estado têm reflexos sobre as possibilidades abertas às empresas estatais brasileiras, conforme se faça sentir na legislação pátria maiores influências da tradição norte-americana ou da francesa. Se essa dupla influência, como apontou LOUREIRO (2006, p. 11-13), pode ser fonte de inesgotáveis dificuldades e incertezas, ela também constitui desafio para o interprete das leis.

Assim, com apoio em LOUREIRO (2006, p. 295), pode-se propor como questão fundamental a de saber se, no Brasil, a geração hidroelétrica por empresas estatais, segue o sistema do *service public* ou se orienta pelo sistema das *public utilities*, ou, ainda, se anda por uma terceira via (desde que coerente).

Recorde-se que, conforme anotou o próprio JÈZE (1914, p. 255-257), é essencial identificar a vontade do legislador¹², ainda que não expressa. Essa posição hermenêutica, embora reconheça ampla margem para a jurisdição a partir da interpretação, reconhece limites à liberdade do interprete a partir do texto legal, não podendo aquele, com fundamento apenas em uma abstrata e idealizada “natureza das coisas” suplantar a norma positivada.

Assim, a busca coerência na resposta à questão sobre os regimes jurídicos aplicáveis à a geração hidroelétrica por empresas estatais não deve fixar-se em um purismo doutrinário onde as normas sejam híbridas. Essa tarefa exige, em grande medida, abordar esclarecer as possíveis formas de aplicação consistente das leis quando isso for necessário à vida social e nisso não tiver completado a sua obra o legislador.

¹² Porém, para JÈZE (1914, p. 255-256), a vontade do legislador pode não estar manifestamente expressa, cabendo, nesses casos, ao juiz interprete o esclarecimento dessa vontade de adotar o procedimento de *établissement public*. Essa posição hermenêutica reconhece ampla margem para a jurisdição a partir da interpretação do juiz. No entanto, enfatizou JÈZE (1914, p. 257-258) não se deve avançar ao ponto de poder a interpretação do juiz substituir o legislador

2 – A GERAÇÃO HIDROELÉTRICA NA CF/88

2.1 – Considerações Iniciais.

A transição do Estado liberal para o Estado social permitiu ao Poder Público disciplinar relações e exercer atividades tidas por exclusivamente privadas.

O problema da participação do Estado na economia foi, porém, recolocado em termos de se identificar os limites para essa atuação. Nesse ponto, emergiram questões sobre a especificação das atividades em que Estado pode ou deve atuar com primazia sobre a iniciativa privada, bem como sobre os modos ou formas que se revestir a atividade empresarial estatal.

As implicações da distinção de um conjunto de atividades econômicas reservadas ao Estado, comumente designado campo do serviço público, e, portanto, afastadas da primazia dos princípios da livre iniciativa é, ainda hoje, fundamental para a compreensão de todo o significado do fato de a Constituição brasileira de 1988 (CF/88), no art. 21, inciso XII, alínea “b”, dispor que compete à União explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão o aproveitamento energético dos cursos de água, além de, no artigo 176, *caput*, fixar que pertence à União os potenciais de energia hidráulica.

2.2 – Atividade econômica reservada ao Estado.

TÁCITO (1997, p. 663) aponta que, a partir do momento histórico de surgimento do Estado social, em especial da variante do Estado empresário, passou-se a requerer do Poder Público, além de disciplinar a atividade econômica privada, uma atuação direta na atividade econômica em associação, competição ou mesmo em substituição à iniciativa privada.

TÁCITO (1997, p. 815 e p. 1209-1223) faz referência a campos próprios para a atuação dos particulares ou do Poder Público, pois ao se atribuir ao Estado a titularidade de um conjunto de atividades, identificado como serviço público, e não de outras, deixadas, para a livre atuação dos particulares, no grupo correntemente identificado como atividade econômica em sentido estrito, ficam preestabelecidos campos em que haverá primazia ou subsidiariedade de entre a atividade estatal e a

iniciativa privada. Nesse sentido fala-se em dicotomia entre atividade econômica em sentido estrito e serviço público¹³.

TÁCITO (1997, p. 1212-1214) anota que a atuação econômica em sentido estrito por parte do Estado, como fixava a Constituição de 1969, deve observar o princípio da subsidiariedade à iniciativa privada e, portanto, não pode adentrar campos que possam ser atendidos pelos particulares. Essa concepção remete à necessidade de um exame objetivo do preenchimento de parâmetros de cabimento extraordinários ou de pressupostos condicionam a indispensabilidade da atuação de uma empresa estatal¹⁴ no campo aberto à livre iniciativa.

LOUREIRO (2009, p. 119, nota de rodapé 199), ao tratar da intervenção estatal nas atividades econômicas para além dos casos já previstos na Constituição como reservadas ao Estado, ou seja, nos termos do art. 173 da CF/88, aquelas livres à iniciativa privada e nas quais a atuação direta do Estado somente poderá ser autorizada por lei e para o atendimento a imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, afirma que a lei não pode instituir um regime de direito público, consagrador de prerrogativas especiais para a atividade empresarial do Estado e, portanto, neste campo, somente os desvios constitucionalmente previstos são admitidos.

LOUREIRO (2009, p. 119-122) também defende que, fora das competências especificamente atribuídas ao Estado na própria Carta Magna (ou seja, nos termos do próprio *caput* do artigo 173: *ressalvados os casos previstos nesta Constituição*) não há autorização constitucional para que o Estado retire novas atividades do comércio jurídico, i.e., da iniciativa privada. Portanto, segundo LOUREIRO (2009, p. 119-122), a monopolização estatal de uma atividade, por se tratar da completa negação dos valores da livre iniciativa, exige uma regra constitucional explícita e específica.

¹³ GRAU (2008, p. 90) propõe a distinção de uma área própria para atuação do setor privado, a que denomina atividade econômica em sentido estrito, na qual a atuação do Estado deve ser nominada como intervenção do Estado. Defende, então, a noção de uma área de atuação do setor público, o campo dos serviços públicos, em que se deve falar em atuação do Estado em sentido estrito. Como ressalta (2008, p. 90), considerações sobre *as formas e atuação do Estado em relação ao processo econômico* objetivo tornam necessária a *distinção que aparta o campo dos serviços públicos (área de atuação estatal) do campo da chamada atividade econômica (área de atuação do setor privado)*.

¹⁴ TÁCITO escreveu sob a égide da Constituição de 1969. Nesse sentido também dispõe a vigente CF/88 ao restringir, no art. 173, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado, para além dos casos já previstos na própria Constituição, ao atendimento a imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Se depende, portanto, de diretriz do constituinte a quantidade e a extensão das atividades econômicas constitucionalmente reservadas ao Estado, esse mesmo constituinte, ao reverso, define a margem deixada para a atuação primaz dos particulares na atividade econômica. Outrossim, como se deduz do próprio texto do *caput* do art. 173 da CF/88, ao reservar determinadas atividades econômicas ao Estado, a Constituição se antecipa ao legislador sobre o juízo de que, nessas específicas áreas, está afastada a primazia da iniciativa privada.

Da premissa de que apenas são reservadas ao Estado as atividades assim explicitadas na Constituição, conclui-se que somente o constituinte pode estabelecer certos campos da atividade econômica em que a dimensão e a forma da direta participação estatal irá afastar ou submeter a estritas condições a participação do setor privado. Nesse sentido, o constituinte é o delimitador primeiro dos níveis de direta atuação estatal ou privada na economia, pois, ao decidir sobre a reserva de atividades econômicas ao Estado e definir o que governo deve fazer pelos cidadãos, por se entender que estes não podem fazê-lo adequadamente por si próprios, já realiza opção sobre, como anotou ARANHA (2013, p. 18-19), quão proeminente ou subsidiária será a atuação do Estado em relação à iniciativa privada.

É, portanto, um juízo de valor normatizado, que determina as bordas dos campos de atuação com primazia dos particulares ou dos entes públicos no domínio econômico, a essas distintas situações a doutrina costuma associar diferentes regimes jurídicos: o da atividade econômica em sentido estrito e o dos serviços públicos.

Atente-se que, com a assunção pelo Estado de atividades antes consideradas típicas dos agentes privados e estranhas aos públicos, a noção de serviço público passou a incluir serviços de natureza comercial e industrial, problematizando uma divisão de cunho essencialista entre esses campos, conforme a ilustrativa a observação de Almiro do Couto e Silva reproduzida por LOUREIRO (2009, p. 121):

A partir, no entanto, do momento em que o Estado tomou para si a execução direta, ou mediante delegação de atividades econômicas de interesse coletivo, dando nascimento ao conceito de serviços públicos de natureza industrial e comercial, a linha divisória entre atividade econômica e serviço público tornou-se menos nítida, uma vez que a atividade econômica, até então

reservada aos particulares, tornou-se a matéria de que eram feitos aqueles serviços públicos [COUTO E SILVA, “Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares”, Revista de Direito Administrativo - RDA, n. 230, p. 54, nota 28].

Anota ARANHA (2013, p. 7-8)¹⁵ que a noção de serviço público emergiu junto com a imputação ao Estado de deveres de assegurar a concretização de direitos fundamentais dependente do contexto-sócio econômico e, desde o século XX, à legitimação do papel interventor do Estado da economia acrescentou-se a essencialidade de sua atuação em prol da concretização de direitos fundamentais dependente do acesso a bens e serviços de cunho industrial e comercial considerados, por isso mesmo, de interesse público.

Prossegue ARANHA (2013, p. 7-8), afirmando que, modernamente, o pressuposto da intervenção estatal é a necessária garantia de preservação das prestações materiais essenciais à fruição dos direitos fundamentais. Essas prestações, sejam elas realizadas por entes públicos ou por privados, devem ser concertadas segundo uma batuta unificada na figura interventora, mesmo que indireta, do Estado como espaço público de construção de soluções, significando que o adensamento do conteúdo dos direitos fundamentais depende, hoje, em grande medida, de decisões estatais influentes sobre os setores tidos como essenciais ao desenvolvimento socioeconômico.

Ainda sobre e a distinção entre atividades tradicionais do Estado liberal e aquelas requeridas para o cumprimento dos novos deveres prestacionais reconhecidos pelo Estado social, das primeiras pode-se dizer que são atividades exclusivas do Estado, na medida em que, como atributos da soberania, são indelegáveis a particulares e exercíveis somente e integralmente em regime público. As segundas possuem cunho econômico, industrial e comercial e nada nelas é intrínseco à soberania, salvo o fato de poderem ser titularizadas pelo Estado por previsão constitucional. Nesses casos, conforme ARANHA (2013, p. 48-49), trata-se de atividades do Estado que podem, em regra, também nos termos constitucionais, ser delegadas.

¹⁵ Para ARANHA (2013, p. 48-49), o conceito de serviço público é um elemento aglutinador das atividades de titularidade do Estado e, portanto, pode ser empregado em sentido que ultrapassa a noção de atividade econômica própria do Estado, incluindo o exercício de competências derivadas da noção de soberania ou que devam ser exercidas conjuntamente com a iniciativa privada.

Elucidativa é a distinção doutrinária entre função pública e serviço público que, segundo TÁCITO (1997, p. 639-640), aparta as atividades clássicas e as atividades que, posteriormente, foram acrescidas como incumbência do Estado. Note-se que essa dicotomia remete à distinção entre os conceitos de Estado liberal de Estado social. No entanto, TÁCITO (1997, p. 639-640) anota que também para essas novas incumbências passou-se a reconhecer caráter essencial para os cidadãos e, portanto, a qualifica-las como dever do Estado.

Atente-se que a Constituição brasileira define como de titularidade estatal algumas atividades econômicas, industriais e comerciais, que, não carregam, intrinsecamente, atributos da soberania e, portanto, poderiam ser exercidas também pelos particulares.

Assim, devem-se distinguir tais atividades de cunho comercial ou industrial titularizadas pelo Estado com base na própria Constituição, comumente designadas serviços públicos, daquelas em que o Estado atua sem a condição de titular da atividade e os particulares encontram a legitimidade para a atuação no princípio da livre iniciativa.

Portanto, no campo dos serviços públicos, no sentido ora apontado, inclui-se a geração hidroelétrica, dados os art. 21, inciso XII, alínea “b”, e 176, *caput* da CF/88.

2.3 – O art. 175 da CF/88.

Evidencia-se que à mencionada distinção entre atividade jurídica e atividade social do Estado ou entre função pública e serviço público remontou-se para a escolha do título sobre a ordem econômica para a fixação da incumbência do Poder Público para a prestação de serviços públicos (CF/88, art. 175). Nesse tópico, portanto, por meio da expressão serviços públicos, se faz referência às atividades de cunho econômico que, para além das clássicas funções públicas associadas ao Estado liberal, foram incorporadas como obrigações do Poder Público, a partir do Estado social.

Paralelamente à implícita alusão às atividades de cunho comercial ou industrial titularizadas pelo Estado, o termo serviço público é também comumente relacionado, como na obra de JÈZE (1914), não propriamente a uma atividade em si,

mas ao regime jurídico, le procédé du service public, que poderá, a critério do legislador, incidir sobre tal atividade.

Influências dessa concepção de JÈZE (1914) também podem ser reconhecidas no texto art. 175 da CF/88, no qual se estabelece que, além do dever do Estado de prestar diretamente ou mediante concessão ou permissão atividades qualificadas como serviço público, a lei deverá definir regime jurídico especial em que serão prestadas tais atividades.

Compreende-se, então, o texto do *caput* do art. 175 da CF/88 como tributário, a um só tempo, da distinção doutrinária, mencionada por TÁCITO (1997, p. 639-640), entre função pública e serviço público, como também da lição de JÈZE (1914) de serviço público como um regime jurídico especial que, à escolha do legislador, poderá incidir sobre determinadas atividades de cuja prestação deve se incumbir o Poder Público.

Deve ser ressaltado que, conforme LOUREIRO (2009, p. 111), ao artigo 175 da CF/88, considerado sede constitucional do regime jurídico de serviço público, deve ser atribuído um papel instrumental ao exercício das competências públicas. Nesse passo, esclarece LOUREIRO (2009, p. 122) que o referido dispositivo oferece ao legislador ordinário uma *técnica jurídica* apta a lidar especialmente com as competências materiais econômicas exclusivas do Estado.

Não obstante à comum concepção do regime jurídico de serviço público como uma técnica jurídica à disposição do legislador para o atendimento de finalidades públicas, algumas distinções podem ser apontadas entre as definições de JÈZE (1914) e de LOUREIRO (2009), para além do fato de que o primeiro escreveu há quase cem anos e sob uma ordem jurídica estrangeira, enquanto o segundo versa sobre a vigente Constituição brasileira.

Sobre o regime jurídico de serviço público, como tratado no art. 175 da CF/88, LOUREIRO (2009) entende que versa sobre aspectos instrumentais (política tarifária, direitos dos usuários e serviço adequado) ao cumprimento das competências públicas materiais em geral.

Porém, na concepção de serviço público encontrada em JÈZE (1914) a ênfase está nos tonificados poderes da Administração Pública para estabelecer as condições de ingresso, de execução e de remuneração a que deverá se submeter o privado interessado na prestação do serviço, donde se fixa que os agentes privados

somente poderão atuar em área de competência pública exclusiva mediante delegação do Poder Público. Somente nessa condição é que poderá o Estado abarcar totalmente a atividade sem deixar nenhuma margem de participação à iniciativa privada.

Assim, pode-se entender que, enquanto a concepção de JÈZE para regime jurídico de serviço público encontra eco já no *caput* e no inciso I do parágrafo único do art. 175, a proposição de LOUREIRO (2009) enfatiza os incisos II, III e IV do parágrafo único do art. 175 da CF/88.

Nesse ponto, deve-se superar uma compreensão demasiadamente restritiva e descontextualizada da afirmação de JEZE (1914) sobre a aplicação do regime de serviço público se verificar onde a vontade do legislador isso pretender. Primeiramente, JÈZE (1914) não aponta para uma restrição do Direito à literal vontade do legislador, como já apontado. Depois, a evolução tocante à compreensão da força normativa da Constituição, em especial de seus princípios, não deve ser olvidada em uma leitura atualizada de proposta elaborada em contexto histórico no qual essas ideias não eram ainda plenamente concebidas, embora com elas não se mostrem totalmente incompatíveis.

Assim, a concepção de JÈZE (1914) para serviço público deve ser aproximada à de competência pública material exclusiva encontrada em LOUREIRO (2009) que somente pode decorrer, no vigente direito brasileiro, de disposição constitucional, à vista de que a regra, no âmbito da propriedade dos bens de produção, é a titularidade privada (art. 1º, inc. IV; art. 5º, inc. XXII; art. 170, inc. II da Constituição).

Não se deve olvidar também que JEZE (1914) propugna que o regime de serviço público, marcado pela supremacia dos poderes do Estado sobre os particulares, se legitima quando isso se mostrar indispensável à prestação de serviços essenciais. Ou seja, JEZE reconhece que o Estado pode eventualmente atender à essa mesma necessidade sem que fique a atividade sujeita ao regime de serviço público ou até mesmo exercer outras atividades que não sejam consideradas essenciais, mas aí, sim, injustificada a aplicação do regime de serviço público, caracterizado pela possibilidade de completa exclusão da livre iniciativa.

Nesse passo, deve ser ressaltado que, para LOUREIRO (2009, p. 111 e 122-123), ao artigo 175 da CF/88 deve ser atribuído um papel instrumental ao

exercício das competências públicas, pois oferece ao legislador uma técnica jurídica apta a lidar com as competências materiais do Estado, sobretudo com as competências materiais diretamente imputadas ao Estado pela Constituição. Leciona, então, LOUREIRO (2009, p. 123):

A identificação em concreto dos serviços públicos, dentre as atividades imputadas pela Constituição ao Estado, é – repise-se – tarefa do legislador ordinário, que a deve realizar em atenção às características empíricas da atividade, valorações de conveniência, etc. Ser tarefa estatal é uma condição necessária mas não suficiente para ser serviço público: há de haver decisão legislativa sobre isso. Se todo serviço público é de titularidade do Estado, nem toda atividade de titularidade do Estado tem de ser – apenas por força do art. 175 – serviço público.

Destaca-se, então, o valor hermenêutico da concepção de serviço público preconizada por LOUREIRO (2009, p. 127) presente na ênfase na associação entre uma competência econômica pública e a aplicação do regime jurídico a que se reporta no art. 175 da CF/88. Nessa linha, por inspiração da análise procedida, embora com finalidade diversa, por LOUREIRO (2009, p. 96-100), pode-se propor, também com base em LOUREIRO (2009, p. 118 e 122-129), que o elemento característico da definição de serviço público não está propriamente na competência pública diretamente estabelecida na Constituição (CPDC) nem no regime jurídico preconizado no art. 175 da CF/88 (RJ175) e sim na conjunção entre esses dois fatores. Porém, essa conjunção não expressa uma relação de necessidade e dependência mútua (\leftrightarrow), mas de autonomia e independência (+), do que pode resultar até mesmo disjunção desses elementos. Ou seja, nem sempre se verifica CPDC \leftrightarrow (RJ175), embora seja frequente CPDC + RJ175.

Esse destaque na possível dissociação entre competência pública e regime jurídico de serviço público qualifica a compreensão do alerta de LOUREIRO (2009, p. 110-111) no sentido de que incorre em equívocos a posição doutrinária pela qual, partindo-se da dicotomia entre as atividades próprias do Estado e as atividades econômicas *stricto sensu* submetidas à livre iniciativa, conclui que, em se tratando de todas as competências estatais materiais definidas na Constituição brasileira e que envolvam o oferecimento de utilidade terceiros, sujeitos indeterminados, cuida-se sempre de atividade a ser necessariamente submetida a

regime jurídico em que preponderam prerrogativas e proteções especiais, com residual incidência de normas de direito privado.

Como lembra MONTEIRO (2010, p. 39-40), a teoria clássica do contrato administrativo pressupõe, inclusive na concessão de serviço público, um regime jurídico especial de direito público nas relações contratuais das quais o Estado participa e assenta-se na premissa de um regime jurídico baseado em um poder de autoridade do Estado que nada teria de contratual e que incidiria mesmo na ausência de previsão em lei ou no instrumento contratual. A existência de prerrogativas derivaria, segundo a referida teoria, ou do próprio sistema jurídico, que protege as atividades públicas, ou de cláusulas estabelecidas nos próprios contratos. Ou seja, o direito especial giraria em torno da supremacia de uma das partes (o Estado) que representaria a prevalência do interesse público sobre os particulares, manifestada em um conjunto de poderes reconhecidos ao Poder Público conhecidos como cláusulas exorbitantes do regime contratual comum. Entre tais prerrogativas, a presunção de legitimidade de seus atos [do Estado], o poder de controle e fiscalização da execução do contrato e de imposição de sanções ao privado, as possibilidades, para o Estado, de alteração ou rescisão unilateral, de ocupação provisória de bens e serviços e a restrição ao particular à invocação da exceção do contrato não cumprido. (negritei)

Porém, MONTEIRO (2010, p. 193-196), embora reconhecendo que a teoria clássica tenha sido positivada em diversas passagens da legislação brasileira, inclusive com relação à concessão de serviços públicos, identifica vetores para uma reformulação dessa teoria a partir da constatação de que a Constituição, mesmo tendo determinado alguns traços do regime jurídico do contrato público, não fixou um projeto único em relação ao modo como o Estado deve prestar serviços à coletividade e, portanto, nela há margens deixadas ao legislador e mesmo ao administrador para a escolha do melhor modelo contratual para casos específicos.

Prossegue MONTEIRO (2010, p. 198-199) afirmando que não há impedimento constitucional para que a legislação autorize a estruturação de diversos modelos contratuais com o fim de induzir comportamentos para atender a certo fim público, podendo-se aceitar para isso conteúdos e regimes variados entre si. O essencial, portanto, para MONTEIRO (2010, p. 198-199) é não se limitar o conceito de concessão pelos mecanismos que compõem sua estrutura contratual, mas por

sua função típica de viabilizar bens e serviços à sociedade, potencializando o uso que a legislação infraconstitucional pode fazer de novas espécies concessórias a partir das várias combinações possíveis dos mecanismos contratuais. A partir disso, sugere MONTEIRO (2010, p. 201) a concessão não assumiria apenas um regime jurídico, mas uma pluralidade de regimes.

Pode-se, então, admitir uma segmentação da disciplina jurídica de atividades implicadas em uma mesma competência material pública, resultando em sistema normativo complexo no qual, à semelhança do que defende ARANHA (2013, p. 44-45), avançando-se para além da distinção absoluta entre atividades públicas e privadas, regras do regime público convivem com outras do regime privado.

Os conjuntos de regras incidentes sobre as diferentes modalidades de prestação dos serviços públicos são concebidos, portanto, não como blocos monolíticos, indivisíveis e totalmente excludentes, mas como feixes de direitos que podem ser combinados sob variadas formas, reunindo mais ou menos regras típicas do regime público ou do privado.

A essa formulação calcada em distinguíveis feixes de direitos reportou-se SALOMÃO FILHO (2011), para o qual podem-se identificar diferentes grupos de direitos sobre bens essenciais para diferentes interessados. Quando se trata de bens essenciais, afasta-se da clássica definição romana de propriedade como direitos de uso, gozo e disposição plenos e exclusivos de um único titular. Assim pode haver direitos de acesso de outrem limitando o direito de uso, como no direito de administrar certas partes de uma rede. Ou então, garantias de acesso necessário e de preços em níveis concorrenciais. Em essência, há flexibilidade dos direitos sobre bens essenciais.

A CF/88 permite ao legislador adotar variadas modelagens para diferentes segmentos de uma mesma competência pública material, por exemplo, quanto ao modo e à intensidade do controle que deverá ser exercido pelo Poder Público sobre a habilitação de interessados em proceder à execução das tarefas, nos parâmetros para a prestação do serviço, na especificação dos destinatários da utilidade e na fixação de preços. Essa admissível diversidade de regimes jurídicos pode alcançar a atividade de geração hidroelétrica que, por dispositivos da Constituição, configura uma competência pública material exclusiva da União.

2.4 – A expressa disciplina constitucional da geração hidroelétrica.

A geração hidroelétrica encontra disciplina constitucional expressa nos artigos 20, inciso VIII, e § 1º; 21, inciso XII, alínea “b”; 22, inciso IV; e 176, *caput* e §§ 1º e 4º da Constituição da República Federativa do Brasil (CF/88).

Os artigos 20, inciso VIII, e 176, *caput*, definem que são bens da União os potenciais de energia hidráulica¹⁶.

O artigo 21, inciso XII, alínea “b”, estabelece a competência da União para explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água. O artigo 176, § 1º, fixa condições especiais para que o aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica possa ser efetuado mediante concessão ou autorização da União.

Entretanto, conforme o § 4º do art. 176, não depende de autorização ou concessão o aproveitamento de potencial de energia renovável¹⁷ de capacidade reduzida.

O artigo 20, § 1º, assegura aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração dos recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica no respectivo território ou compensação financeira por essa exploração. Acrescente-se que, segundo o artigo 21, inciso XII, alínea “b”, o aproveitamento energético dos cursos de água pela União deve ser feito em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos¹⁸.

¹⁶ LOUREIRO (2007, p. 158): Juridicamente, o potencial hidráulico é considerado *a se stante*, como um bem. Tecnicamente, é caracterizado (i.) pela vazão hidráulica (movimento da água no rio) e (ii) pela concentração dos desníveis existentes ao longo do curso de um rio em um determinado ponto, de modo que se obtém o movimento da água em queda. A concentração desses desníveis pode ser natural (quando, por exemplo, o desnível está concentrado em uma cachoeira) ou obtido artificialmente (por meio de uma barragem ou por desvio do rio de seu leito natural, de forma a concentrar vários pequenos desníveis existentes ao longo de um rio).

¹⁷ Conforme LOUREIRO (2007, p. 159), a distinção entre fonte de energia renovável e não renovável é dada pela velocidade de sua reposição em contraste com a velocidade de seu uso. A água é repostada (pelas chuvas e demais precipitações atmosféricas) ciclicamente em um espaço de tempo compatível com seu uso.

¹⁸ LOUREIRO (2009, p. 80) lembra que também há disciplina constitucional sobre a participação de outros entes federativos, além da União, em matérias relacionadas à energia elétrica no artigo 23, inciso XI e no art. 155, inciso II e §§ 2º, inciso X, e 3º alínea “b”. Esses dispositivos estabelecem, respectivamente: a) competência comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de

Por fim, o artigo 22, inciso IV, atribui à União competência privativa para legislar sobre energia. Isso inclui, obviamente, disposições sobre geração hidroelétrica.

LOUREIRO (2009, p. 114-118) classifica como atividades de titularidade pública exclusiva as contempladas nos artigos 21, incisos X, XI, XII e XXIII; 25, § 2º; 30, inciso V; 176; e 177 e 236. Em comum a esses dispositivos o fato de tratarem de competências estatais fixadas na Constituição e também estabelecerem que a atuação de agentes privados nessas atividades depende de autorização, permissão, concessão, contratação ou delegação pelo Poder Público ou está absolutamente vedada.

Especificamente, no caso da geração hidroelétrica, esse aspecto da titularidade exclusiva do Estado sobre a atividade decorre da atribuição da competência à União sobre serviços e instalações de energia elétrica e ao fato de que a atuação dos particulares depende de autorização, permissão ou concessão, como se verifica do art. 21, inciso XII, alínea “b” da CF/88.

Além disso, a CF/88 tornou o potencial hidráulico bem público federal (art. 20, inc. VIII e 176).

Assim, conforme LOUREIRO (2009, p. 79), poderes da União sobre a geração hidroelétrica podem ser analisados tanto em relação à disciplina sobre o uso da “fonte” (especificamente o potencial hidráulico) quanto ao exercício da atividade, “serviços e instalações de energia elétrica”.

LOUREIRO (2009, p. 79) destaca que a Constituição de 1988, além de atribuir à União papel central na disciplina do setor elétrico por meio de uma tríade de competências: normativa (art. 22, inc. IV); material (art. 21, inc. XII, “b”); e para a outorga (art. 176).

LOUREIRO (2009, p. 81-83) realça que o núcleo sobre o qual orbita a dinâmica constitucional do setor elétrico é o art. 21, inciso XII, “b”, que, ao atribuir uma competência exclusiva à União sobre todos os aspectos pertinentes à exploração dos serviços e instalações de energia elétrica e ao aproveitamento

recursos hídricos e minerais em seus territórios; e b) competência tributária dos Estado-membros para instituir e cobrar ICMS sobre a energia elétrica, acrescentando que fora o ICMS sobre a energia elétrica somente podem incidir os impostos de importação e exportação.

energético dos cursos d'água, estabeleceu que não podem os demais entes federativos e os agentes privados atuar no setor elétrico sem um título jurídico habilitante para o exercício de uma atividade por delegação da União. Com base nisso, LOUREIRO (2009, p. 83) ressalta que não assiste aos particulares direito originário para atuar no setor elétrico¹⁹.

LOUREIRO (2009, p. 91-93) realça a necessidade de se fixar o alcance da expressão “serviços e instalações de energia elétrica” presente no art. 21, inc. XII, “b” da CF/88, pois disso depende a especificação do que é que, relacionado à indústria de energia elétrica, o titular da competência e seus eventuais delegados têm por dever de realizar e, em contraposição, o que é que os agentes privados podem realizar sem a necessidade de outorga da União.

Prossegue LOUREIRO (2009, p. 94), ressaltando que, como a Constituição não especifica quais são tais serviços e instalações, a tarefa foi deixada ao legislador ordinário. Porém, LOUREIRO (2009, p. 94-96) enuncia duas balizas que devem ser respeitadas pelo legislador nessa tarefa: (i) garantir o exercício pleno e completo da competência, i.é, a realização da finalidade à qual se destina (oferecimento da utilidade “energia elétrica”); (ii) evitar o sacrifício desnecessário do princípio constitucional da liberdade de iniciativa no âmbito econômico (art. 1º, inc. IV; art. 5º, inc. XIII; art. 170).

Compreende-se, então, a afirmação de LOUREIRO (2009, p. 91 e 104) no sentido de que a geração de energia elétrica, que já foi considerada como serviço de energia elétrica por excelência, está seguramente na categoria dos serviços de que se trata no art. 21, inc. XII, “b” da CF/88. Entender de outro modo resultaria em conclusão não razoável, pois faltaria competência à União para atuar em atividade essencial para a garantia do oferecimento da utilidade “energia elétrica”.

Conforme ARANHA (2013, p. 43), uma distinção rígida entre atividades econômicas estatais e privadas, é tributária conceito de *publicatio*, mais afinado à tradição francesa de atribuir Estado a titularidade de certas atividades econômicas para fazer frente aos novos deveres prestacionais. Como lembra ARANHA (2013, p. 43), na tradição norte-americana não há a mesma presença dessa noção de

¹⁹ Sobre os demais entes da federação, ressalta LOUREIRO (2009, p. 79-80), a Constituição, em tópicos presentes nos artigos 20, § 1º; 21, inciso XII, alínea “b”; 23, inciso XI; e 241, contempla tímidas “aberturas federativas” para a participação dos demais entes da federação no setor elétrico.

titularidade estatal de atividades econômicas, antes fazendo-se valer a noção de *regulation* como um poder estatal exercido sobre atividades privadas.

Conforme ARANHA (2013, p. 43), a atribuição da titularidade de determinada atividade econômica ao Estado, fenômeno, intitulado *publicatio*, implica a alocação, no caso em questão, constitucionalmente fundamentada, no domínio público de certas atividades afastando-a de mãos privadas.

Com base nisso, verifica-se, pelas mencionadas disposições da CF/88, que a geração hidroelétrica foi submetida a *publicatio*. Nesse caso, a ingerência estatal sobre a atividade legitima-se não apenas nos poderes para disciplinar atividades em geral, mas também nos deveres do Estado como titular da atividade.

2.5 – Diversidade de regimes jurídicos na geração hidroelétrica.

Sobre as atividades econômicas imputadas ao Estado diretamente pela Constituição em caráter de exclusividade, a exemplo da exploração de serviços e instalações de energia elétrica e de outras tratadas nos arts. 21, incisos X, XI, XII e XXIII; 25, § 2º; 30, inciso V; 176; e 177 e 236, LOUREIRO (2009, p. 114-118) discorre sobre a ausência, desde a Constituição, de uma disciplina clara e exaustiva sobre os regimes jurídicos em que deverão ser exercidas essas competências públicas.

Como se pode verificar com LOUREIRO (2009, p. 114-118), a Constituição, embora classifique algumas dessas atividades expressamente como serviços públicos, não o faz para todas e nem apresenta indicações uniformes sobre a disciplina a ser observada.

Em especial quanto ao instituto pelo qual, nos casos em que isso for permitido, será viabilizada a participação de agentes privados, acrescenta LOUREIRO (2009, p. 114-117) que a Constituição emprega termos variados, tais como “concessão”, “permissão”, “autorização”, “contrato” e “delegação”, em sentidos diversos e sem critérios claros para a aplicação ou a combinação dessas expressões.

Com isso, conclui LOUREIRO (2009, p. 118) que tais atividades não devem ser consideradas como necessariamente sujeitas ao regime de serviço

público apenas porque de titularidade pública ou que, por não se tratar necessariamente do regime de serviço público não seja a atividade de competência estatal.

Outrossim, destacou ARANHA (2013, p. 49), ao escrever sobre a supressão do termo “serviço público” e de inclusão do termo “autorização” por meio de emenda a dispositivos constitucionais referentes a telecomunicações, propõe que a alusão a esse instituto significa que determinadas áreas das atividades antes integralmente reservadas ao Estado possam ser exploradas por particulares sem que se trate propriamente de delegação do exercício de uma atividade de titularidade do Estado e, portanto, em regime privado.

Esse foi precisamente o caso da evolução da disciplina constitucional dos serviços de telecomunicações. Na sua redação original, o inciso XI do artigo 21 da Constituição dispunha sobre competência da União para “explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações”. Posteriormente, pela Emenda Constitucional 8/1995, essa redação foi modificada, especificando competência da União para “explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações”. O texto passou a contemplar também a criação por lei de um órgão regulador setorial.

Ou seja, a alteração trazida pela Emenda Constitucional 8/1995 retirou da redação do inciso XI do artigo 21 da Constituição a expressão “serviços públicos de telecomunicações”, substituindo-a por “serviços de telecomunicações”. Também tornou mais abrangente na possibilidade de delegação. Onde só se admitia exploração direta ou concessão a empresas sob controle acionário estatal, passou-se a contemplar, além da exploração direta, autorização, concessão ou permissão a particulares.

Nessa linha, escreveu ARANHA (2013, p. 49-50), mais que admitir a concessão e permissão a empresas privadas, a inclusão na norma constitucional do termo autorização como instituto apto para conferir licitude à prestação de serviços de telecomunicações, sem o exposto qualitativo de serviços públicos, significa o reconhecimento de uma área da atividade de telecomunicações não afetada por *publicatio*, ou seja, que não se trata de atividade reservada ao Estado. Nesses

casos, não se cuidaria de delegação de atividade estatal, mas de reconhecimento administrativo de um direito privado.

Segundo ARANHA (2013, p. 49-50), em certos setores regulados o regime público ficou restrito a uma parcela dos serviços, enquanto outras ficaram sujeitas ao regime privado, assim *o serviço universal obrigatório passou a se dirigir a um subconjunto de atividades de um setor regulado*.

Trata-se, portanto, como aponta ARANHA (2013, p. 44-45), de se superar premissa de compartimentos estanques no sistema normativo brasileiro, reconhecendo-se complexa disciplina que pode conter regimes jurídicos diferenciados conforme carregue-se mais ou menos elementos típicos do chamado regime jurídico público.

Quanto à geração hidroelétrica, porém, à luz da interpretação conjunta dos arts. 20, VIII; 21, XII, “b” e 176, § 1º, da CF/88, não se pode que concluir o termo autorização, presente nos dois últimos dispositivos mencionados, implique *despublicatio* da atividade.

Como leciona LOUREIRO (2009, p. 30), uma interpretação do texto constitucional que, sob o fundamento de atualizá-lo, coloque alguns serviços e atividades de energia elétrica (aqueles autorizados) no âmbito das atividades de livre iniciativa é já uma ultrapassagem (não autorizada) do texto constitucional.

Ainda segundo LOUREIRO (2009, p. 110-111), toda a atividade que possa ser caracterizada como “exploração de serviços e instalações de energia elétrica” insere-se em competência pública a exigir um especial título habilitante para exercício pelos agentes privados de atividade de competência do Estado. Portanto, LOUREIRO (2009, p. 110-111) refuta a ideia de que, do vocábulo autorização presente no artigo 21, XII, “b”, da CF/88 possa-se concluir pela existência de “exploração de serviços e instalações de energia elétrica” ou de “aproveitamento energético dos cursos de água” que não se trate de atividade de titularidade estatal²⁰.

Prossegue LOUREIRO (2009, p. 111) afirmando que “relativamente ao status jurídico das atividades de energia elétrica: por força da dicção do art. 21, inc.

²⁰ Nesse sentido, como afirma MONTEIRO (2010, p. 78 - 79), nesse dispositivo da CF/ 88 as expressões concessão, permissão e autorização têm em comum a função de abrir a possibilidade de contratação de terceiros para a exploração de serviços públicos.

XII, “b”, não é possível entender-se haver serviços de energia elétrica de livre iniciativa”.

Pode-se reafirmar, com apoio em LOUREIRO (2011, p. 322, nota de rodapé 40), que a Constituição, ao menos em relação à exploração de serviços e instalações de energia elétrica e ao aproveitamento energético dos cursos de água, ao referir-se a autorização não estabeleceu hipótese de *despublicatio*, via legislador ordinário, de atividade que compete ao Poder Público.

Contudo, presumindo-se que a Constituição não faz emprego redundante de três termos para um único sentido, conclui-se que o texto endereça para uma diferenciação entre autorização, permissão e concessão como modalidades admitidas para a delegação da execução de atividades de competência estatal²¹. Ou seja, como leciona LOUREIRO (2011, p. 322, nota de rodapé 40), a diferença entre desses institutos há de ser buscada dentro do gênero comum (delegação).

Essa diferenciação pode ser modulada, por exemplo, pela materialidade do potencial hidráulico envolvido, pela amplitude do interesse a ser atendido, pela exigibilidade de licitação e pela necessidade de detalhados quesitos para a realização da atividade.

Com essa compreensão, o fato de o vocábulo autorização estar presente no artigo 21, XII, “b”, mas ausente no art. 175 da CF/88, representa evidência de que esse termo pode ser referido às situações em que à delegação para o aproveitamento de potencial hidráulico, com apoio em previsão legal, não se mostrem imprescindíveis, conjunta ou alternadamente, a realização de licitação, serviço universal obrigatório, minucioso controle tarifário, normas detalhadas sobre direitos dos usuários ou prescrições rigorosas sobre a adequada prestação do serviço.

Assim, pode o legislador conferir ao aproveitamento energético dos cursos de água, a depender da situação concreta e de sua qualificação jurídica, um regime com pouca margem de liberdade de decisões ao delegado ou que,

²¹ Diferentemente, DI PIETRO (2001, p. 273) lamenta o emprego do termo autorização no art. 21, XII, da CF/88 por entender que seu uso foi consagrado somente com referência a atividades privadas que pela sua importância para o interesse público sujeitam-se a maior controle pelo Estado. DI PIETRO (2001, p. 273) anui ao uso das expressões concessão e permissão para a delegação de serviços públicos, mas anota diferenças: 1) a concessão decorre de acordo de vontades e, a permissão, de ato unilateral; e 2) existe precariedade na permissão e não na concessão.

diferentemente, emule um ambiente de livre iniciativa, quando isso se mostrar o mais adequado para o atendimento das finalidades da República²², aos propósitos do estabelecimento da competência pública irrenunciável e aos princípios da ordem econômica.

Sobre esse enfoque, não há correspondência perfeita entre a autorização para modalidade de serviços de telecomunicações em regime privado a que se faz referência na Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.742/1997, arts. 65 a 68 e 131) e os institutos mencionados na Lei 9.074/1995, em especial nos arts. 5º, 7º e 13 (concessão mediante licitação, concessão de uso de bem público e autorização), aplicáveis às outorgas para o aproveitamento de potenciais hidráulicos.

Os critérios apresentados na Lei 9.074/1995 para a especificação do instituto adequado para a delegação para aproveitamento de potenciais hidráulicos consideram a destinação a ser dada à energia e a magnitude do potencial em questão.

Quanto à destinação da energia, pode tratar-se de atividade de geração de energia elétrica para serviço público (clientela ampla e indistinta, o público em geral, art. 5º, inc. I), para produção independente (clientela extensa ou restrita, art. 5º, inc. II, c/c arts. 11 a 14) ou para o uso exclusivo de autoprodutor (art. 7º, inc. II). Quanto ao potencial hidráulico a ser explorado, destacam-se os intervalos $A \leq 1000 \text{ KW} < B < 10.000 \text{ KW} < C$.

Para $A \leq 1.000 \text{ KW}$ a lei dispensa concessão, permissão ou autorização e exige apenas comunicação ao poder concedente. Para os demais potenciais, nos termos da Lei 9.075/95, estipula-se:

- no intervalo B, autorização para autoprodução, concessão de uso de bem público mediante licitação para produção independente de energia, e concessão mediante licitação no caso de geração para o serviço público;

- no intervalo C, concessão de uso de bem público mediante licitação para produção independente de energia e para autoprodução, e concessão mediante licitação no caso de geração para o serviço público.

²² Os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, fixados nos arts. 1º e 3º da CF/88, como ressalta LOUREIRO (2011, p. 313-314), alcançam e vinculam a atividade estatal. Acrescente-se que, em tratando da disciplina da ordem econômica, a essas finalidades soma-se a de propiciar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, nos termos do art. 170 da CF/88.

As diferenças a realçar são aquelas entre as referências a concessão mediante licitação, de um lado, e a concessão de uso de bem público mediante licitação e autorização, de outro lado.

No tocante ao aproveitamento de potencial hidráulico para fins de produção independente, no art. 13 da Lei 9.075/1995, fixa-se que isso dar-se-á mediante contrato de concessão de uso de bem público. Esse dispositivo não derroga a norma constitucional que estabelece a geração hidráulica como competência pública. No entanto, nele se pode fundamentar possível especificidade ou diferencial da concessão de uso de bem público para produção independente de energia em relação à concessão para geração para o serviço público. Recorde-se que, em se tratando de aproveitamento de potencial hidráulico, tanto a geração para o serviço público quanto para a produção independente de energia estão disciplinadas no art. 5º da Lei 9.075/1995, cujo *caput* ressalta a necessidade de licitação. A diferença, portanto, remete apenas a um destaque para a possibilidade de diferenciada aplicação das diretrizes regulatórias previstas no parágrafo único art. 175 da CF/88.

Bem assim, devem ser interpretadas as referências, no inc. III do art. 5º da Lei 9.074/1995, à concessão de uso de bem público mediante licitação para o aproveitamento de potenciais hidráulicos de potencia superior a 10.000 KW (intervalo C) quando destinados ao uso exclusivo de autoprodutor.

Sem prejuízo dessa compreensão, ressalte-se que o inc. II do art. 7º da Lei 9.074/1995 estipula a possibilidade de autorização, sem mencionar a necessidade de licitação, para o aproveitamento de potenciais hidráulicos entre 1.000 KW e 10.000 KW na autoprodução.

Sobre essas distinções, postula-se que, a depender o instituto aplicável para a delegação, possam ser verificadas distinções na amplitude do público a ser atendido, na exigibilidade de licitação, na atuação do Estado sobre a fixação de tarifas e na definição de quesitos para a prestação do serviço adequado, sendo que ao último aspecto relaciona-se a existência ou não de garantia a ser oferecida pelo Poder Público sobre a manutenção do equilíbrio econômico financeiro.

Porém, a delegação para aproveitamento de potencial hidráulico por meio de concessão de uso de bem público ou de autorização não descaracteriza a

competência pública sobre a atividade, podendo-se, todavia, entender que esses institutos são aplicáveis quando, além de específica previsão legal, mostrar-se desnecessária e, portanto, inexigível a licitação para a outorga ou a prestação de um serviço universal obrigatório, tudo isso acompanhado de demonstração, em cada caso concreto, do respeito às balizas da isonomia, da impessoalidade, da moralidade e outras a que se deve conformar a gestão republicana.

A possibilidade de desapropriação para viabilizar atividades de concessionários, permissionários ou autorizados de energia elétrica, contemplada no art. 10 da Lei 9.074/1995, revela que todos esses institutos devem justificar-se como delegação recebida da União e condicionada ao atendimento do interesse público²³, ainda que este se viabilize de modo diferente em cada caso.

Tal possibilidade de valer-se o órgão regulador setorial do instituto da desapropriação reforça que, além das concessões, também se pautam pelo interesse público as concessões de uso de bem público²⁴ e as autorizações para o aproveitamento de potenciais hidráulicos que não se destinem ao atendimento a uma clientela ampla (característica de um dos sentidos da expressão serviço público de energia elétrica). O alargamento dessa possibilidade pela passagem da redação original (serviços públicos de energia elétrica, autoprodutor e produtor independente) para a nova redação do art. 10 da Lei 9.074/1995, dada pela Lei 9.648/1998 (concessionários, permissionários e autorizados de energia elétrica), é consentâneo com a compreensão ora exposta.

Ressalva, porém, deve ser feita ao disposto no art. 8º da Lei 9.074/1995, que dispensa concessão, permissão ou autorização e exige apenas comunicação ao poder concedente para o aproveitamento de potenciais hidráulicos iguais ou inferiores a 1.000 KW. Esse tópico encontra apoio no § 4º do art. 176 da CF/88, pelo qual independe de autorização ou concessão o aproveitamento de potenciais de energia renovável de capacidade reduzida. Nesse caso, portanto, trata-se do

²³ Em sentido contrário, DI PIETRO (2001, p. 211) critica o emprego do termo autorização no art. 21, XII, da CF/88 para referir-se a uma delegação de serviço público prestado ao público, por entender que na autorização o serviço é prestado no interesse exclusivo do autorizatário.

²⁴ Essa posição não é unânime. Por exemplo, D'ARAÚJO (2009, p. 127), com verve crítica à introdução de um ambiente concorrencial no setor elétrico brasileiro, que considera uma aventura mercantil, opõe-se à desapropriação em favor de empreendimento destinado a um produtor independente de energia pelo o que entende tratar-se do caráter privado e puramente comercial que nesse regime assumiria geração de energia elétrica.

exercício de atividade franqueado à livre iniciativa pela própria Constituição, o que pode ser regulado, mas jamais inteiramente negado por decisão discricionária do legislador ou da Administração Pública. De todo modo, essa exceção tem caráter residual em relação à reserva de praticamente todo o campo da atividade de geração hidroelétrica à União.

Feitas essas considerações, deve ser esclarecido que, neste trabalho, busca-se examinar a atuação das empresas estatais na geração de energia hidroelétrica destinada ao serviço público.

2.6 – Execução direta ou concessão.

A combinação de disposições dos art. 21, inciso XII, alínea “b”, e do artigo 175 da CF/88 evidencia duas modalidades pelas quais a União pode atuar na geração hidroelétrica: prestar os serviços diretamente ou por meio de concessão ou permissão. Simplificadamente, faz-se referência a essas modalidades, como execução direta e concessão. A primeira pressupõe maior emprego de recursos financeiros do Estado, enquanto que a segunda, ao menos em princípio, trata-se de inversões de capitais privados. Ademais, a execução direta dos serviços pelo Estado exclui-se a necessidade de licitação, que se impõe na concessão.

Portanto, sobre a escolha entre uma ou outra dessas modalidades para o aproveitamento energético dos cursos de água devem ser sopesadas a disponibilidade de recursos estatais, a necessidade de atração de capitais privados e o valor para a eficiência setorial e econômica em geral atribuído à tutela da concorrência entre os agentes interessados no exercício da atividade de titularidade da União.

A crença nos benefícios da atuação mais ou menos intensa do Estado ou da iniciativa privada será, portanto, determinante na modalidade a ser eleita para o exercício das competências econômicas públicas em geral e para a geração hidroelétrica em particular.

Como discorreu ARANHA (2013, p. 19), pode o Estado legitimar maiores restrições à concorrência quando estejam ameaçados por distorções produzidas por um mercado livre os direitos fundamentais de todos os envolvidos. Isso, porém, não significa afirmar que a máxima intervenção estatal seja sempre essencial para garantia de fruição de direitos fundamentais, pois, do mesmo modo, pode haver

situações em que, como anotou ARANHA (2013, p. 19), os direitos fundamentais individuais sejam melhor garantidos pela ausência dessa direta atuação estatal.

A partir das anotações de ARANHA (2013, p. 90), propugna-se que o afastamento do Estado de determinado setor da economia justifica-se quando comprovado que a abstenção estatal no direcionamento desse setor rumo à compensação social e à eficiência do mercado resulte em maior eficácia dos direitos fundamentais envolvidos. Ou seja, mantem-se, em todo caso, a conformação da adequada atividade do Estado pela baliza da melhor promoção de direitos fundamentais, com a diferença apenas de que, partir dessa relação, prescrevem-se ora ações ora abstenções do Estado.

Não obstante a essas considerações, não se encontra na legislação brasileira diploma que reúna, com clareza e em detalhes, a disciplina da execução direta. Diferentemente, a Lei 8.987/1995 traz disciplina sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos contemplado no art. 175 da CF/88.

Recorde-se que, conforme anotado por (BEMQUERER, 2012, p. 30 e 43-45), na segunda metade do século XX, acompanhando uma crise fiscal do Estado, foi enfatizado o papel da livre iniciativa e do regime de concorrência na tarefa de produção de bens e serviços de interesse geral.

É nesse contexto que foram editadas no Brasil as emendas constitucionais e as leis setoriais da década de 90 com nítida inspiração na tradição da *public utility regulation* e orientadas para a possibilidade de concorrência relacionada à prestação de serviços públicos, paralelamente à atuação de agências reguladoras.

Considerando a matéria tratada na Lei 8.987/1995, evidencia-se a sua aplicação às hipóteses de concessão de atividade de energia hidroelétrica. Ademais, isso foi claramente mencionado do artigo 4º da Lei 9.074/95, a seguir transcrito:

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

A Lei 8.987/1995 ressalta a necessidade de licitação para a delegação do exercício das competências materiais públicas e, portanto, remete à tutela de um ambiente competitivo entre os interessados na prestação dos serviços públicos.

Contudo, nos casos de licitações em que, ao fim, apenas um agente presta o serviço concedido, não se trata de uma competição no mercado, mas de uma competição pelo mercado. É essa circunstância, de competição pelo mercado, que se põe em primeiro plano quando se trata no artigo 175 da Constituição Federal de 1988 de licitação para as concessões de serviços públicos.

Nesse contexto, como destacou AGUILLAR (2009, p. 278), o mercado de prestadores de serviços públicos não é, em princípio, integrado por qualquer empresa, mas sim por aquelas empresas que possam ser habilitadas a prestar o serviço, por meio de licitação pública, de maneira que a concorrência dá-se apenas entre os prestadores habilitados para tanto.

Outra importante particularidade destacada por AGUILLAR (2009, p. 278) reside em que a titularidade do Estado sobre a atividade cujo exercício será concedido permite-lhe determinar amplamente as regras para a competição, atuando como demiurgo do ambiente concorrencial:

É o Estado quem define qual é o número de prestadores que concorrerão, as faixas geográficas ou espectrais em que concorrerão. É o Estado quem vai definir em que termos haverá concorrência e em que termos não haverá; o grau de concentração entre os prestadores de serviço, ou seja, a possibilidade de uma empresa acumular diversas concessões, ou prestar serviços em diversas áreas geográficas simultaneamente.

Isso tudo é definido pelo Estado, por meio da Agência Reguladora ou do Poder concedente. Ou seja, retomando-se a linha evolutiva do papel do Estado na economia, o Estado laissez-faire passou para o Estado Providência (com boa vontade também no Brasil), e passa agora, em matéria de serviços públicos, à função de Estado Demiurgo.

É o Estado quem cria o mercado e define o seu tamanho, seus integrantes, a quantidade de predadores, a quantidade de presas, o espaço territorial e a variedade das espécies que habitam esse mercado.

O fato de a Lei 8.987/1995 nada tratar, ao menos em sua redação original, de regramento sobre a modalidade de execução direta, denota opção do legislador à época de trazer ao regime de concessão todas as outorgas então vigentes, mesmo aquelas que, até, então, pudessem ser consideradas exemplos de execução direta.

Isso, porém, em nada elidiu a previsão constitucional para possibilidade de escolha entre as duas modalidades, o que, aliás, foi retomado em significativa, embora pontual, alteração do § 1º da Lei 8.987/1995, pelo qual vencido o prazo de uma concessão o serviço poderá ser prestado por órgão ou entidade do poder concedente.

Cabe, portanto, para a abordagem dos regimes jurídicos aplicáveis à geração hidroelétrica por empresas estatais, de um lado, elucidar, a partir da própria Carta Magna, elementos da disciplina para a atuação delas na modalidade de execução direta de serviços públicos, bem como, de outro lado, examinar a possível integração dessas entidades ao regime preconizado na Lei 8.987/1995.

2.7 – Considerações finais.

Não obstante à *publicatio* da atividade de geração de energia hidroelétrica remeter à tradição francesa do *service public*, verifica-se a abertura da legislação brasileira para a tutela da concorrência nesta atividade, aproximando-se da tradição norte-americana da *public utility regulation*.

A questão que se apresenta é esclarecer se podem ser diferenciados os regimes jurídicos a que devem se submeter as empresas estatais que atuem na geração de energia hidroelétrica, conforme se trate do exercício da competência estatal na modalidade de execução direta ou de concessão.

Para responder essa questão, além do que já se discorreu sobre a disciplina da atividade de geração hidroelétrica, considerada objetivamente, deve ser abordado também o regramento sobre os sujeitos, no caso, as empresas estatais, que poderão ser incumbidos de exercê-las.

3 – EMPRESAS ESTATAIS BRASILEIRAS NA GERAÇÃO HIDROELÉTRICA

3.1 – Considerações Iniciais

Estabelecido que a geração hidroelétrica é uma competência econômica pública e exclusiva da União, cabe, por fim, averiguar se as empresas estatais federais apresentam-se para o exercício dessa atividade em situação equivalente às privadas ou se podem receber tratamento diferenciado. Para isso, deve-se partir da legislação brasileira que lhes concede com personalidade jurídica própria mas as mantém como integrantes da Administração Pública.

3.2 – Situação na organização administrativa brasileira.

Essenciais para a disciplina jurídica das empresas públicas das sociedades de economia, ora denominadas empresas estatais, as disposições dos arts. 37 e 173 da CF/88.

No art. 37 da CF/88 são disciplinados vários aspectos aplicáveis à Administração Pública em geral, portanto, também às empresas estatais, a começar pela submissão aos princípios gerais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e passando por regras relativas, por exemplo, a admissão de pessoal (incs. I a V, XVI), remuneração máxima (inc. XV), licitação (inc. XXI) e responsabilidade civil (§ 6º). Deve ser destacado, nos incs. XIX e XX do art. 37 da CF/88, ponto fundamental para a compreensão da natureza e função dessas entidades: a exigência de lei autorizativa para a instituição e definição de suas áreas de atuação.

Outrossim, no art. 173, § 1º, incs. I e III, enfatiza-se que elas devem ter estabelecido por lei estatuto jurídico que disponha sobre sua função social, sujeição à fiscalização pelo Estado e pela sociedade e normas de licitação que observem os princípios da administração pública.

Todo um bloco de normas que perpassa o art. 37 e o art. 173, dentre outros, tais como arts. 5º, inc. LXXIII; 14, § 9º; 49, inc. X; 52, inc. VII; 54, inc. I, alíneas *a* e *b*, e inc. II, alíneas *a*, *b* e *c*, e 55, inc. I; 70 e 71, incs. II, III e IV; 165, § 5º, incs. I e II; e 169, configuram incidência sobre as empresas estatais de regras do regime jurídico administrativo.

Todavia, no § 1º, inc. II, e § 2º, do artigo 173 da CF/88, há ditames reportando as empresas estatais a regras do regime jurídico próprio das empresas privadas, equiparando-as quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, e vedando-lhes o gozo de privilégios fiscais não extensivos às empresas privadas.

Caracteriza-se, portanto, uma dualidade de regimes jurídicos incidentes sobre a organização e atividade das empresas estatais. Essa condição, moldada constitucionalmente, repete-se na legislação.

Nos termos do art. 4º do Decreto-lei 200/1967 (posteriormente modificado pelo Decreto-lei 900/1969) as empresas públicas e as sociedades de economia, ora denominadas empresas estatais, integram a chamada Administração Pública Indireta.

Nos termos dos arts. 4º, 5º e 26, inc. IV, e 27 do Decreto-lei 200/1967, essas empresas estatais são dotadas de personalidade jurídica própria e de direito privado, têm reconhecida autonomia administrativa, operacional e financeira e autoridade executiva necessária ao eficiente desempenho da entidade e condições de funcionamento idênticas às do setor privado.

Entretanto, devem criadas por lei na qual serão fixados seus objetivos, integram a chamada Administração Pública Indireta, têm estrutura, atribuições e funcionamento sujeitas ao Poder Regulamentar do Presidente da República e atividade sob supervisão ministerial que, entre seus objetivos, deve assegurar a harmonia com a política, a programação e ao plano geral do Governo (arts. 3º, 4º, 5º e 26, incs. I e II do Decreto-lei 200/1967).

3.3 – Classificação conforme a composição societária.

O art. 5º do Decreto-lei 200/1967 traz as definições legais para empresa pública e para sociedade de economia mista.

Em comum as duas entidades, a necessidade de lei para a sua criação e a personalidade jurídica de direito privado. As diferenças residem nas composições acionárias admitidas.

A empresa pública deve, como regra geral, ter capital exclusivo da União, embora, nos termos do art. 5º do Decreto-lei 900/1969, seja admitida a participação de outras pessoas jurídicas de direito público interno bem como de entidades da Administração Indireta da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios, desde que a maioria do capital votante permaneça de propriedade da União. Nessas bases, a empresa pública pode revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.

Para a sociedade de economia mista, a lei exige que as ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da administração indireta. No entanto, se a empresa for incumbida de atividade submetida a regime de monopólio estatal, a maioria acionária caberá apenas à União, em caráter permanente.

Portanto, as sociedades de economia mista, podem contar com a participação de acionistas privados. Nesse caso, presumem-se maiores razões para a equiparação com empresas privadas. No entanto, não são revogadas as disposições constitucionais ou legais que as remetem a regras do regime público.

Tratando especificamente das sociedades de economia mista, a Lei 6.404/1976, nos arts. 235 a 240, realça a dualidade de regimes jurídicos, pois, ao mesmo tempo em que afirma a sujeição delas às suas regras aplicáveis às sociedades privadas, inclusive disposições da Comissão de Valores Mobiliários, ressalta que submetem-se às disposições especiais de lei, somente poderão explorar os empreendimentos ou exercer as atividades previstas na lei que autorizou a sua instituição e deverão ter orientadas suas atividades para o atendimento do interesse público que justificou a sua criação.

3.4 – Princípios para atuação.

Como já mencionado, o surgimento e o papel das modernas empresas estatais devem ser compreendidos a partir do quadro histórico que perpassa o surgimento do Estado liberal e o Estado social.

Contudo, como já exposto, a disciplina da atividade empresarial do Estado não segue maneira uniforme no direito comparado, a exemplo do que ocorreu nos Estados Unidos e na França. Portanto, deve ser ressaltada a

diversidade de regimes jurídicos para as empresas estatais nesses diferentes países, conforme a tradição jurídica em que se inserem.

No Brasil, como a atividade de geração hidroelétrica é uma competência exclusiva da União, interessa à compreensão do regime jurídico incidente sobre as estatais que atuam nessa área a prospecção da tradição jurídica francesa, que, como mencionado por TÁCITO (1997, p. 712), reporta-se à denominação *établissement public industriel et comercial* para referir-se a empresas estatais.

As bases conceituais do modelo de organização de empresas estatais para a execução de atividades de titularidade do Estado, ou seja, segundo a tradição jurídica francesa, podem ser encontradas na noção genérica de *établissement public* apresentada por JÈZE (1914) e que pode ser compreendida como uma técnica jurídica para organizar a atividade do Estado, inclusive nos setores comercial e industrial, TÁCITO (1997, p. 701-703).

Para propor o conceito de *établissement public*, JÈZE (1914, p. 252) parte da definição das condições para a incidência do regime administrativo sobre certa atividade em prol do atendimento de necessidades de interesse gerais e aborda o modo como deverão ser geridos os recursos destinados para essa atividade. Para isso, JÈZE (1914, p. 252) passa em revista à atividade financeira do Estado e trata da vinculação de patrimônios administrativos específicos a cada uma das categorias de Estado, Departamento, Comunas e Colônias, próprias da França à época²⁵.

JÈZE (1914, p. 252) anota que despesas com diferentes necessidades podem ser cobertas por um patrimônio geral dessas entidades, sem a afetação de receitas para despesas especificadas. Semelhantemente, as receitas advindas de diversas atividades adstritas ao patrimônio público geral podem ser reunidas em um só e indistinto montante, ao qual a administração pode recorrer para cobrir despesas ou pagar dívidas de diversas ordens, JÈZE (1914, p. 253).

Porém, esse regime de uso de um patrimônio geral com receitas desafetadas de despesas específicas e que poderá ser chamado à quitação de dívidas de diversas ordens, comporta exceções, JÈZE (1914, p. 253).

²⁵ Para fins de entendimento da técnica de especificação de patrimônios próprios, serve lembrar que também as atuais pessoas da Federação brasileira, União, Estados, Distrito Federal e municípios, possuem seus orçamentos independentes.

A primeira exceção seria decorrente da afetação de determinadas receitas a certas despesas, porém, as dívidas decorrentes da atividade que assim se sustenta continuam passíveis de cobrança sobre o patrimônio geral, JÈZE (1914, p. 253). A segunda exceção viria pela separação de um patrimônio especial, organizado a título permanente, ao qual seriam vinculadas as receitas e as despesas requeridas para certa atividade, de maneira que esse patrimônio especial responda pelas dívidas decorrentes ou associadas a essa atividade. A essa técnica JÈZE (1914, p. 254) denomina *établissement public* ou *service public persononifié*.

Prossegue JÈZE (1914, p. 254-255), afirmando que, para a adequada gestão desse patrimônio especial, os agentes disso incumbidos são dotados, mediante destaque e delegação, daquelas competências próprias do ente público originalmente responsável pela atividade e que sejam necessárias à gestão do patrimônio e ao exercício da atividade. Entre essas competências, ressalta a capacidade de representar esse patrimônio especial e personificado em suas relações jurídicas, inclusive em juízo. É esse destaque de competências para atribuição a um ente personificado para a gestão de um patrimônio público especial que JÈZE (1914, p. 254-255) aponta como característica essencial do conceito de *établissement public*.

JÈZE (1914, p. 255) ressalta que tanto a personificação como a outorga de poderes aos agentes incumbidos da gestão do serviço público personificado dão-se em função da necessidade de ser assegurado o regular e contínuo exercício da atividade. Então, conclui JÈZE (1914, p. 255), que a técnica do *établissement public* constitui-se em uma das três modalidades de procedimentos para a organização financeira de atividades submetidas ao regime de serviço público, sendo as outras duas: 1) a vinculação de receitas e despesas a um patrimônio geral, e 2) a afetação de receitas a despesas especificadas.

O essencial nessa noção de *établissement public* é tratar-se a personificação do serviço público de um procedimento, uma técnica jurídica, que estabelece, de modo permanente, um patrimônio público exclusivo e especial para certa atividade. A esse patrimônio são remetidas as receitas, as despesas e a responsabilidade por dívidas associadas ao exercício da atividade especificada. A

noção de *établissement public* é, portanto, ideia seminal do conceito de Administração Pública Indireta²⁶.

Disso se extrai que as entidades da Administração Pública Indireta não são entes substancialmente distintos dos entes públicos que as constituem. Na verdade, tratam-se tais entidades do mesmo Poder Público, apenas organizado de um modo especial e adequado ao atendimento de específicas incumbências do Estado. Nesse modo especial de organização inclui-se a técnica jurídica da personificação de um patrimônio especial e a outorga de destacadas competências aos agentes incumbidos da atividade. Esses poderes devem corresponder àqueles que, já presentes na esfera do Poder Público, sejam indispensavelmente requeridos para o exercício da atividade. São, assim, competências destacadas, por uma técnica jurídica, em prol do regular, contínuo e adequado funcionamento do serviço público.

Sobre o conceito em tela, o essencial para esse trabalho é que, conforme lição apontada por TÁCITO (1997, p. 1216), os *établissements publics* são agentes delegados do Poder Público e, nessa qualidade, não podem ter atribuições e competências além daquelas dispostas em lei.

TÁCITO (1997, p. 699-700) lembra que, com a atribuição de novos deveres prestacionais, inclusive de cunho econômico, o Estado buscou novas formas de organização e atuação adequadas ao cumprimento de suas funções. Ressalta que, muitas vezes, a escolha do legislador sobre a organização da Administração Pública suplanta conceitos puros, traçados por doutrinas rigorosas, em prol de bem atender às concretas necessidades de um lugar em uma época.

Essa modificação nas categorias das pessoas jurídicas vinculadas à Administração Pública pode ser compreendida, a partir da doutrina francesa, pela evolução, do nascimento à crise, do conceito de *établissement public*.

Lembre-se que, para Jèze, o *établissement public* caracteriza-se apenas como uma forma de organização do Estado, uma técnica jurídica, que permite separar receitas, despesas e obrigações relacionadas a determinada atividade, mediante a constituição de uma pessoa jurídica distinta da Administração central.

²⁶ O conceito de Administração Pública Indireta reúne entidades díspares como autarquias e empresas estatais, essas últimas voltadas para finalidades comerciais ou industriais.

Nessa linha, conforme TÁCITO (1997, p. 701-703), o embrião da noção de empresas estatais, na tradição francesa, encontra-se na definição geral de *établissement public*, ainda que esse conceito, depois, tenha perdido utilidade, por ter se tornado demasiado amplo, implicando confusão sobre entidades de natureza, propósitos e poderes diversos.

Como anotou TÁCITO (1997, p. 713), a doutrina sobre a disciplina jurídica sobre a criação e atuação das empresas estatais no Brasil seguiu a matriz da tradição francesa e precedeu a edição de norma legal definindo as características dessas entidades. Disso é exemplo a abordagem de CIRNE LIMA, conforme atualizada por Pasqualini, (2007, p. 129, 138 e 173), que inclui empresas públicas e sociedades de economia mista na noção geral de pessoas administrativas, para as quais o reconhecimento de personalidade jurídica própria e a incidência de normas do direito privado, apresentam-se apenas como instrumento das finalidades públicas a serem perseguidas pelo Estado.

Entretanto, conforme aduziu CIRNE LIMA (2007, p. 136-137), embora seja concebível, ontologicamente, identidade entre a empresa estatal e o Estado, dependerá sempre de disposições do constituinte e do legislador o reconhecimento a empresas públicas e sociedades de economia mista de específicos poderes e prerrogativas característicos de situação jurídica de entes de direito público, tomando-se os ensinamentos doutrinários como complementares.

Portanto, para a abordagem da disciplina jurídica da geração hidroelétrica por empresas estatais brasileiras devem ser consideradas as possibilidades abertas às empresas públicas e às sociedades de economia mista a partir do equacionamento específico a ser dado pelo legislador, conforme as balizas constitucionais, ao dualismo jurídico que lhes é peculiar.

Sem desconsiderar o fato de que às estatais brasileiras se aplique uma dualidade de regime jurídico, TÁCITO (p. 711-712) anota que o primordial para a caracterização da natureza jurídica delas é a finalidade pública que lhes motiva a criação e atuação como agentes empresariais do Estado:

Nascem, por essa forma, novas pessoas jurídicas administrativas, nas quais a forma é privada, mas o substrato é público. O Direito Administrativo toma de empréstimo ao Direito Comercial o modelo orgânico das sociedades

comerciais, predominantemente o da sociedade por ações, instituindo instrumentos flexíveis de ação administrativa no campo da economia.

....

A dualidade de regime jurídico a que se vinculam essas pessoas de direito privado investidas de um munus público representa, em verdade, a recepção no Direito Administrativo de instituições de Direito Comercial, ou Civil (como no caso das fundações), com os temperamentos impostos pela atividade-fim, que é a execução de um serviço público.

A norma administrativa – que atende à organização do serviço público – prevalece sobre a norma comercial ou civil, que serve de pano de fundo, mas não imobiliza a vontade do legislador ao conceber essas criaturas híbridas. A lei administrativa dita o limite em que vão operar as normas privadas, que são subsidiárias em relação àquelas.

Após enfatizar a natureza bifronte dessas entidades que são, a um tempo, sociedades comerciais e pessoas administrativas, TÁCITO (1997, p. 719), conclui:

As sociedades de economia mista e as empresas públicas são pessoas jurídicas administrativas, sujeitas a regime de direito privado, na gestão de seus negócios, (...) mas regidas, igualmente, pelas normas de direito público, que especializam sua organização, em razão dos fins públicos de seus objetivos²⁷.

É essa fórmula para as empresas estatais como pessoas jurídicas administrativas, nas quais a forma é privada, mas o substrato é público que repercute BEMQUERER (2012, p. 17) ao afirmar que as empresas do Estado surgiram como novas pessoas jurídicas administrativas, nas quais a forma é privada, mas a essência é pública.

Em suma, a forma de organização empresarial e a mitigação do regime jurídico administrativo admitidas para as empresas estatais brasileiras estão subordinadas à motivação principal para a criação delas, a prestação de atividades a

²⁷ Este trecho de TÁCITO (1997, p. 719) foi escrito originalmente em 1972, à luz do art. 170, § 2º, da Constituição de 1969, a seguir:

Art. 170. Às empresas privadas compete, preferencialmente, com o estímulo e o apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas.

§ 1º Apenas em caráter suplementar da iniciativa privada o Estado organizará e explorará diretamente a atividade econômica.

§ 2º Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações.

No entanto, permanecem atuais essas observações sob o texto constitucional vigente, a exemplo dos já mencionados arts. 37 e 173 da CF/88.

cargo do Estado. A isso estão relacionados os princípios para a atuação das empresas estatais.

Entre os princípios gerais para a atuação das empresas estatais, TÁCITO (1997, p.p. 691-698, 814-816 e 1209-1223) trata com profusão dos princípios da reserva legal e da especialidade²⁸.

Sobre o princípio da reserva legal, deve-se, primeiramente, lembrar o ensinamento de JÈZE (1914, p. 255) de que cabe ao legislador a criação de *établissements publics*. Essa observação remete ao preceito atual de que a criação de empresas estatais é matéria reservada ao legislador (princípio da reserva legal).

Em senda que se identifica com a aberta por JÈZE, sobre o princípio da reserva legal, anotou TÁCITO (1997, p. 1215) que os poderes e competências das empresas estatais são rigorosamente os determinados em lei e servem à plenitude da eficiência operacional na consecução das finalidades da empresa.

Prossegue TÁCITO (1997, p. 1216-1219), a partir de clássica doutrina de Vedel, lecionando que do princípio da reserva legal decorre o da especialidade, pelo qual a lícita atuação dos *établissements publics* está limitada à seara a que foram encaminhadas pela lei, assim os fundamentos, a extensão e os limites dos poderes dessas entidades são dados e se apresentam segundo dispostos em lei. Em suma, as empresas estatais não podem ter atribuições e competências além daquelas dispostas em lei.

TÁCITO (1997, p. 693-694) esclarece que devem pesar no equacionamento da dualidade de regimes jurídicos os princípios da reserva legal e da especialidade, os quais permitem que, nas atividades comercial e industrial, o Estado atue mediante a personalização de patrimônios públicos na forma de empresas estatais, sobre as quais, porém, a incidência de normas de direito privado é instrumental ao cumprimento da finalidade pública que lhes justifica a criação e a atuação.

Acerca da regência de atividades das empresas estatais por normas de direito do trabalho, das obrigações e tributário aplicáveis às empresas privadas,

²⁸ Não obstante TÁCITO ter escrito originariamente à luz da Constituição anterior, resta evidente que esses princípios estão hoje ancorados nos arts. 37, XIX e XX, da CF/88, que estabelecem exigência de lei para a autorização de instituição de empresa pública e de sociedade de economia mista e para a definição das áreas de sua atuação.

TÁCITO (1997, p. 694) enfatiza que nelas se encontram bases para a liberdade de gestão dessas entidades da administração pública indireta sem que isso signifique a exclusão da incidência de outras regras de direito público mais consentâneas com a natureza e finalidade que lhes são próprias, mesmo em se tratando de matérias relacionadas ao regime de pessoal e regulação de obrigações, ressalvadas no próprio texto constitucional²⁹.

Sobre eventual conflito de normas decorrente da dualidade de regimes jurídicos aplicáveis às empresas estatais, TÁCITO (1997, p. 698) conclui afirmando que, dado o caráter instrumental da forma empresarial em relação à finalidade pública que tais entidades devem perseguir, as normas de direito público devem prevalecer sobre as de direito privado.

Portanto, à luz da vigente Constituição brasileira, não obstante à dualidade de regimes jurídicos, as empresas estatais estarão sempre submetidas à primazia do relevante interesse coletivo que lhes autoriza a criação e atuação. Assim, nos limites constitucionais, cabe ao legislador definir regimes para a atuação das empresas estatais, em condições diferenciadas ou equivalentes às garantidas a interessados particulares, conforme uma ou outra opção se apresente como mais adequada aos propósitos que legitimam a atividade empresarial do poder público, mesmo no campo das atividades reservadas ao Estado.

3.5 – Finalidade lucrativa e equilíbrio econômico-financeiro.

Ao abordar o princípio da reserva legal, TÁCITO (1997, p. 1215) também escreve sobre limites para a busca de lucro pelas empresas estatais, lembrando que elas não podem se desvencilhar da consecução das suas finalidades legais e nem ultrapassar as fronteiras de atuação permitidas pelo legislador.

TÁCITO (1997, p. 691-692), ao tratar da dualidade do regime das empresas estatais, lembra que elas são impelidas por um interesse público, de modo que, além de cuidar dos estritos interesses dos acionistas, devem estar voltadas para os usuários.

²⁹ TÁCITO escreveu com base no art. 170, §§ 2º e 3º da Constituição de 1969. Porém, atente-se, mais uma vez, para a atualidade desses comentários, vez que dos mencionados artigos 34, I, *a* e *b*, e II, *b* e *d*; 62; 70, §§ 1º e 3º; 99, § 2º; 110 e 125; e 170, §§ 2º e 3º, da Constituição de 1969 encontram-se, respectivamente, correspondentes nos artigos 54, I, *a* e *b*, e II, *a*, *b* e *c*; 165, § 5º, I e II; 71; 37, XVII; 109, I; e 173, § 1º, II, da Constituição de 1988.

Nessa linha, TÁCITO (p. 713-714), embora admitindo que a forma de direito privado serve a excluir da empresa estatal a incidência de rígidos controles burocráticos em prol da eficiência na gestão dos negócios, enfatiza que, diferentemente do permitido à empresa privada, na estatal a finalidade lucrativa não deve predominar sobre o interesse público que justificou a sua criação e autoriza a adoção da forma de gestão privada para um interesse público definido por lei. TÁCITO (1997, p. 696), então, atenta para a possível dissintonia entre os objetivos dos sócios na sociedade de economia mista:

Na sociedade de economia mista não é apenas a posição majoritária que discrimina os acionistas. Há uma nítida diversificação entre o Estado-acionista controlador, que visa a exercer uma missão de interesse público relevante e o investidor privado, legitimamente inspirado pelo exclusivo espírito de lucro. Há um conflito latente entre os dois polos de interesse, ou seja, entre a permanência do acionista estatal, inerente à própria natureza da companhia de economia mista (cujo objeto social se confunde com a prestação de um serviço público lato) e a flutuação dos acionistas privados minoritários, precipuamente atraídos pela rentabilidade das ações e suas cotações bursáteis (as blue ships das bolsas de valores).

Sobre possível tensão entre acionistas minoritários privados e o majoritário estatal, GRAU (2008, p. 112) transcreve, do item 9 de seu Voto no julgamento pelo STF do RMS 24.249, Hospital Cristo Redentor S.A, trecho sobre poder o ente público controlador da sociedade de economia mista criada por lei ter prerrogativas de Estado-poder, exorbitando o conteúdo das regras societárias aplicáveis às sociedades anônimas comuns:

A sociedade de economia mista, pois, é criada por lei. Este o elemento primordial a caracterizá-la como sociedade de economia mista: a criação por lei. Cuida-se, aqui, não da criação da sociedade como pessoa jurídica, mas da criação de um modelo jurídico especial, excepcional em relação ao modelo ortodoxo de sociedade anônima. No bojo deste modelo excepcional, criação da lei, o Estado não atua como mero Estado-acionista, em igualdade de condições com os acionistas privados da sociedade, mas, parcialmente, no âmbito das prerrogativas que tenham sido atribuídas pela lei que cria o modelo – como Estado-poder, em posição privilegiada em confronto com acionistas privados. O Estado, destarte, nas sociedades de economia mista, está em situação assimétrica em relação aos seus acionistas privados, ao passo que, nas

sociedades anônimas estruturadas segundo o modelo ortodoxo de sociedade anônima, de cujo capital participe, ainda que majoritariamente – e que não serão entendidas como de economia-mista – está em situação de simetria em relação aos seus acionistas privados.

TÁCITO (1997, p. 715-716) lembra que entre as razões para o exercício de um controle por parte da administração central sobre a gestão das empresas estatais está a garantia da sua adesão às políticas públicas e as diretrizes do governo, para isso servindo, por exemplo, a chamada supervisão ministerial.

TÁCITO (1997, p. 817-818) discorre então sobre a necessidade de controles que mantenham as empresas estatais atuando sem que propósitos típicos de empresa capitalista suplantem a realização de sua finalidade pública, mantendo o predomínio finalidade pública sob a forma da gestão por modos de direito privado.

Daí, a relevância da supervisão ministerial que, ante a dualidade de regime jurídicos, conforme enfatiza TÁCITO (1997, p. 817-818) deve fazer prevalecer a finalidade pública sobre a gestão privada, requerendo-se para isso os devidos controles.

Todavia, TÁCITO (1997, p. 664) também defendeu que a obtenção e distribuição de lucros por empresas estatais não é absolutamente incompatível com a finalidade pública a que primordialmente se vinculam³⁰.

Segundo afirma TÁCITO (1997, p. 776), à luz da Constituição anterior, deve-se preservar o equilíbrio financeiro mesmo das empresas estatais, na medida em que isso for requisito para a prestação sustentada do serviço adequado, finalidade última da própria competência do Estado para a organização de serviços públicos:

O princípio do equilíbrio econômico-financeiro dos serviços públicos de energia elétrica não desaparece quanto são prestados por empresas estatais. A garantia prevista na Constituição não visa a proteger apenas capital; é, acima de tudo, a garantia da qualidade do serviço, a importar essencialmente na proteção do mercado consumidor.

³⁰ Ademais, segundo TÁCITO (1997, p. 664), tampouco inexistem na atuação das empresas privadas interesses públicos a merecer a atenção indutora e fomentadora do Estado, ainda que reflexos à finalidade lucrativa

Sem embargo das conotações financeiras, de imediato interesse dos acionistas, atende fundamentalmente à proteção da comunidade consumidora, que, de outra forma, ficará exposta à progressiva deterioração do serviço e à perda do ritmo de atendimento, na medida em que os serviços não se expandam para ofertas de novas cargas, segundo as necessidades crescentes de demanda.

Em matéria de serviços públicos, mesmo quanto explorados por empresas estatais, não há sucedâneo, para o equilíbrio econômico-financeiro dos empreendimentos. O preço da perda de rentabilidade, pela insuficiência tarifária ou ausência de outra forma compensatória (como, por exemplo, subsídios ou auxílios), é a deterioração qualitativa do serviço, expressa na sobrecarga das instalações, na paralisia do crescimento, na perda do avanço tecnológico e até mesmo nas interrupções de fornecimento.

Este é o desafio maior com que se defrontam as autoridades responsáveis pelo setor, tanto de produção, como de distribuição de eletricidade, que é insumo vital e prioritário em termos de desenvolvimento nacional, de equilíbrio de vida e de segurança social.

Em suma, deve ser sempre observada a necessária ponderação entre ter lucro por resultado e a promoção do interesse público por finalidade precípua na atuação das estatais, como discorreu TÁCITO (1997, p. 714).

Em que pese a conclusão de que se, para as estatais, a finalidade lucrativa não deve predominar sobre o interesse público revestido de teor econômico, não se deve esquecer a necessidade de equilíbrio financeiro. Ou seja, a empresa estatal não precisa atuar sempre com base no critério de maximização do lucro, podendo fazer ceder esse objetivo aos maiores benefícios ao interesse público que legitima a sua atuação. Isso, porém, não representa a autorização legal para completo abandono da gestão superavitária ou permanente atuação em prejuízo, pois o equilíbrio financeiro e a economicidade devem ser preservados, em função da necessária economicidade da gestão³¹.

³¹ Esse aspecto deve ser sobrelevado nas sociedades de economia mista, em que devem ser observados legítimos interesses dos sócios minoritários e privados na lucratividade de seus investimentos. Nesse campo deve haver limites para a imposição de prejuízos aos sócios privados, em vista de que, diferentemente dos entes estatais, são chamados a juntar esforços com entes públicos nas empresas estatais com o apelo de um retorno positivo para o capital aplicado. Entender de modo diverso pode implicar a aceitação de via de expropriação da propriedade não autorizada na Constituição.

3.6 – Execução direta por empresa estatal.

Pode-se, com os fundamentos presentes na obra de JÈZE (1914) acerca do conceito de *établissements publics*, sustentar que a prestação de serviço público por empresa estatal, para fins de subsunção ao art. 175 da CF/88, pode se dar como forma de execução direta pelo Poder Público, desde que empregada a correta técnica jurídica.

Relacionando-se a noção de empresa estatal à de *établissement public*, compreende-se que aquelas podem prestar serviços públicos na condição de representantes do Poder Público e não propriamente como concessionárias. Atente-se que, na doutrina francesa, o instituto da concessão de serviços públicos caracteriza-se como a transferência para um particular do exercício de uma atividade originalmente reservada ao Estado.

O ensinamento fundamental a ser retirado dessa doutrina, porém, é que, ao se criar uma pessoa jurídica distinta, na forma de uma empresa estatal, modalidade de *établissement public*, e a ela atribuir o desempenho de determinada atividade, com certa autonomia orçamentária, administrativa e gerencial, não se descaracteriza o exercício da atividade pelo Estado e nem há, somente por isso e necessariamente, uma concessão exatamente como se faria a um particular.

GRAU (2008, p. 141-145) aponta três aspectos que tornam inteiramente distintas as situações jurídicas das empresas privadas erigidas a concessionárias e das empresas estatais criadas para prestar um serviço público de titularidade do próprio ente da federação ao qual se vinculam.

O primeiro aspecto se reporta ao ato que reconhece a capacidade do prestador dos serviços e à autonomia do interessado para receber a incumbência. Anota GRAU (2008, p. 142) que a celebração ou adesão ao contrato de concessão por parte da empresa privada pressupõe uma manifestação de vontade autônoma da interessada.

Sobre as empresas estatais GRAU (2008, p. 142) ressalta que, em se tratando da prestação dos serviços públicos que animaram a sua criação por lei, não celebram propriamente um contrato de concessão, pois a incumbência lhes chega

em decorrência de imposição legal e não em decorrência de manifestação de vontade própria, em aceitar atribuição de capacidade para o exercício da atividade.

O segundo aspecto está relacionado à garantia do equilíbrio econômico-financeiro. GRAU (2008, p. 143) lembra que para as empresas privadas à obrigação de prestar o serviço concedido contrapõe-se se o direito à remuneração em condições de equilíbrio econômico financeiro. Já para as empresas estatais, destaca GRAU (2008, p. 143) pode o Estado (o poder concedente) até sujeita-las a regime de atuação deficitária.

Quanto ao terceiro aspecto, anota GRAU (2008, p. 143) que, enquanto para as empresas privadas a realização de lucro é condição indispensável para aceitação da obrigação de prestar o serviço, para as empresas estatais o exercício da atividade não se funda precipuamente no móvel de obtenção de lucros, mas na satisfação do interesse público.

Essas diferenças levam GRAU (2008, p. 141-143) a sustentar que a empresa estatal que tenha sido criada, no bojo do movimento de descentralização administrativa, com o fim específico de prestação de um serviço público, constitui-se em extensão do Estado, ainda que dotada de personalidade privada, e, portanto, não ocupa propriamente a situação jurídica de concessionária de serviços públicos, estranha à Administração Pública³².

Conclui, então, GRAU (2008, p. 141-145) que a obrigatoriedade de licitação prevista no art. 175 da CF/88 aplica-se apenas à disciplina das concessões e permissões para a prestação de serviços públicos por particulares e não se impõe para a atribuição de tais atividades às empresas estatais criadas para prestar um serviço público de titularidade do próprio ente da federação ao qual se vinculam.

Aliás, para GRAU (2008, p. 142-144), seguindo lição de José Afonso da Silva [Curso de Direito Constitucional Positivo, 23ª ed., p. 782-783], no parágrafo único do artigo 175 da CF/88 estão fixados princípios para o regime de concessão e de permissão de serviços públicos aplicáveis a empresas particulares. Deste modo, assevera GRAU (2008, p. 142-144) que em relação às empresas estatais que

³² Em casos assim, como reforça ATALIBA (1993, p. 68), a empresa estatal presta um serviço não por força de concessão de serviço público, mas na qualidade de delegada do poder concedente por resultado de “descentralização”, simples forma de tornar mais ágil e especializado o serviço. No mesmo sentido, embora com nomenclatura diferente, DALLARI (1994, p. 464-465), seguindo doutrina de Hely Lopes Meirelles e de José Afonso da Silva, diferencia o instituto da concessão de serviço público a ente privado do da outorga, quando o Estado cria, por lei, uma entidade para prestar serviço público do qual ele Estado é titular.

prestam, por força de sua lei de criação, um serviço público de titularidade do próprio ente da federação ao qual se vinculam não se estabelece nada que corresponda à fixação de prazos para a delegação, à prorrogação de contrato e às condições de caducidade, fiscalização ou rescisão da concessão.

Como proposto por LOUREIRO E RODRIGUES (2013 p. 4-5), embora com o fim de diferenciar o regime de gestão associada (art. 241) do regime de concessão (art. 175), diferenças entre as modalidades de execução direta e de concessão, ambas contempladas no art. 175 da CF/88 para a prestação de serviços públicos, podem ser abordadas a partir de critério subjetivo, ou seja, a partir da identificação do ente efetivamente prestador do serviço público — se entidade estatal ou se entidade privada.

Assim, pode-se identificar a partir da matriz constitucional o que esse critério subjetivo impõe ou permite acerca da disciplina da atuação das empresas estatais na geração hidroelétrica, em especial no tocante: a) à exigência de licitação; b) ao prazo para a delegação; c) à garantia do equilíbrio econômico financeiro; e d) ao objetivo de lucro.

Conforme LOUREIRO E RODRIGUES (2013 p. 25-27), a Constituição, ao passo em que fixa a competência material exclusiva da União sobre a geração hidroelétrica e afasta a atividade do campo da livre iniciativa, estatui, no *caput* do art. 175, uma margem de discricionariedade na escolha de quem irá gerir ou prestar a atividade, se o poder público ou os particulares.

Com apoio em LOUREIRO E RODRIGUES (2013 p. 25-27), enfatiza-se que a significação do termo poder público no artigo 175 da CF/88 deve ser integrada à de Administração Pública que, nos termos do artigo 37 da Carta, é composta tanto pelos órgãos de sua administração direta quanto por entidades de sua administração indireta. Ou seja, a Constituição claramente alberga a possibilidade de o poder público prestar serviço público diretamente por meio de órgão ou entidade da administração pública.

A essa possibilidade se refere ATALIBA (1994, p. 66), mediante transcrição de trecho de Régis Fernandes de Oliveira [in Boletim de Jurisprudência da Associação dos Advogados de São Paulo - ASSP 1.616, RDP 94/102], para

ressaltar que as empresas estatais que prestam serviços públicos podem receber prerrogativas próprias do Estado.

Como, porém, lembram LOUREIRO E RODRIGUES (2013 p. 25-27), se a Constituição não obriga a convocação de particulares para atuarem na geração hidroelétrica tampouco permite que isso ocorra sem a observância do mandamento republicano para que qualquer do povo tenha o mesmo direito de contratar com quem administra a coisa pública em nome do povo.

Nessas bases, a imprescindível realização de licitação, como previsto tanto no inc. XXI do art. 37 quanto no *caput* do art. 175, deve ser remetida à proteção da impessoalidade e da isonomia nos casos em que a atividade de geração hidroelétrica for aberta à participação de particulares interessados em contratar com o Estado.

O critério subjetivo, portanto, permite a designação, sem prévia licitação, de órgão ou entidade da Administração Pública para o aproveitamento de potenciais hidráulicos, em ambiente em que seja afastada a participação de particulares, ou seja, na modalidade de execução direta.

Contudo, embora disso não tenham tratado LOUREIRO E RODRIGUES (2013, p. 25-27), devem ser destacadas as referências à necessidade de lei em sentido estrito para tratar de organização administrativa, serviços públicos e a criação de órgãos no plano da administração federal, nos termos do art. 61, § 1º, inc. II, alínea “b” e do art. 84, inc. VI, alínea “a”, da CF/88. Portanto, a discricionariedade na escolha de uma empresa estatal para a direta outorga para o aproveitamento de potencial hidráulico é endereçada ao crivo do legislador³³.

Recorde-se que, em se tratando de empresas públicas e sociedades de economia mista, a possibilidade de execução direta submete-se ainda à necessidade de lei para instituição de empresas estatais e de lei complementar para definir suas áreas de atuação, conforme incs. XIX e XX do art. 37 da CF/88.

Pode-se, então, vislumbrar, no essencial da noção de *établissement public*, que se trata de desmembramento, mas não de descaracterização, da ação estatal, os fundamentos para que a execução direta de serviço público, nos termos do art. 175 da CF/88, possa ser realizada por uma empresa estatal que receba essa

³³ Ainda que por iniciativa do Presidente da República

atribuição por lei, para atuar como instrumento do Estado. Igualmente importante é a observação de TÁCITO (1997, p. 703) no sentido de que o regime administrativo é reflexo das opções políticas, assim a configuração, as competências e os poderes dotados às empresas estatais dependerá da opção do legislador, segundo as bordas constitucionais, e não de definições doutrinárias rígidas ou inflexíveis.

3.7 – Concessão a empresa estatal.

Por decorrência do disposto no art. 21, inc. XII, alínea “b”, e no artigo 176, § 1º, da Constituição de 1988, o aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica somente poderá ser efetuado por particulares mediante concessão ou autorização da União, no interesse nacional.

TÁCITO (1997, p. 753) define o instituto da concessão como forma de delegação da gestão de uma atividade, atribuída a um empresário movido por finalidade lucrativa, mas submetido à predominância da destinação que marca este serviço público.

TÁCITO (1997, p. 754) destaca a evolução do instituto no direito francês: de início, um caráter meramente contratual, primeiro como contratos de direito privado, mais tarde como contratos de direito público. Recorde-se que na noção de contrato de direito público, ou seja, reunindo cláusulas exorbitantes do direito privado e imiscuídas do propósito de atendimento aos interesses gerais e a garantia da estabilidade na remuneração devida ao concessionário, reside o que JÈZE aponta como a nota distintiva do regime de serviço público.

Seguindo a noção de serviço público como um regime jurídico específico em que a atuação do Estado tem primazia sobre a livre iniciativa, com normas de direito público exorbitando o direito privado, TÁCITO (1997, p. 785) ressalta que *não há um conceito apriorístico de serviço público e que a noção de serviço público é, em sua maior parte, obra legislativa.*

TÁCITO (1997, p. 786), apresenta a distinção, proposta por Buttgenbach [André Buttgenbach – *Théorie générale des modes de gestion des services publics en Belgique*. Bruxelas, 1952, p. 391/s], entre serviço público orgânico e serviço público virtual, para lembrar que, entre um e outro, não se modifica a essência do

regime jurídico que caracteriza a atividade como um serviço público, mas apenas se altera a disciplina da organização da atividade:

Entre o serviço público orgânico, ou seja, aquele atribuído a órgãos do Estado e o serviço público virtual, seguindo a terminologia francesa, que Buttenbach melhor identifica como a gestão privada de serviço público, a variação é de grau, e não de conteúdo. Ambos visam a exercer fins de interesse geral, especializando-se, apenas, a forma executiva.

Recorde-se que, como explicou JÉZE (1914, p. 293), não é o modo de execução da atividade que determina a incidência do núcleo essencial do regime de serviço público, pelo qual, em prol do atendimento a interesses e necessidades gerais, a lei confere ao Estado os poderes e deveres para definir a organização da atividade, inclusive quanto à definição da forma de sua gestão, se diretamente pelo Poder Público ou se por concessão a um particular.

Nessa linha, TÁCITO (1997, p. 786), após destacar a prevalência de uma unidade substancial do serviço público que, em benefício dos interesses gerais nele representados, faz subsistir pressupostos e condições comuns, quanto aos objetivos e os resultados da prestação jurídica, transcreve anotações de Francisco Campos [in Revista Forense – vol. 98, página 558]:

O certo é que a modalidade de administração do serviço público não modifica o caráter público do serviço. Explorado diretamente pelo Estado, ou mediante concessão do poder público o serviço em um e outro caso mantém o seu caráter próprio e inconfundível: é serviço público.

Isso se dá, conforme TÁCITO (1997, p. 785-786), sem embargo de que a específica disciplina da gestão e da execução de uma atividade organizada sob uma das duas modalidades de serviço público identificadas por Buttgenbach, orgânico ou virtual, deva ser adaptada às prerrogativas e limites para a atuação dos entes disso incumbidos, mormente quanto ao número e ao grau de sujeição a regras próprias do regime administrativo:

É claro que a outorga de determinado mister a órgãos da administração direta ou descentralizada ou a sua execução sob a forma de serviço público concedido (compreendida nessa expressão, tanto a concessão de serviço público, como a permissão ou a autorização), propicia a incidência de normas jurídicas específicas a cada instituição.

Observe-se que na classificação apresentada por TÁCITO (1997, p. 786), está sugerida a existência de dois blocos, um que inclui tanto a execução por órgão da administração direta como por entidade da administração indireta e outro bloco referente aos particulares atuando na condição de concessionários. Em cotejo com o texto do art. 175 da CF/88, afigura-se, nesse entendimento, que o primeiro bloco remete a serviços públicos executados diretamente pelo Estado. Nessas condições, a noção de serviço público orgânico pode ser associada à prestação direta por órgãos ou entidades da Administração Pública e de serviço público virtual ao regime de concessão.

A concessão é, portanto, um contrato marcado por regime jurídico distinto do direito privado que tipicamente rege a relação entre particulares. Nesse sentido TÁCITO (1997, p. 1337-1941) ensina que a concessão não é um mero negócio privado, mas um meio de gestão de um serviço público, que visa a atender certos interesses essenciais da coletividade. Assim, *se o concessionário, inadimplente, omissos em suas obrigações, deixa de oferecer serviço idôneo e tecnicamente qualificado, não pode o Estado ficar indiferente ao prejuízo coletivo.*

Prossegue TÁCITO (1997, p. 1337-1941) afirmando que, na concessão, tanto a descontinuidade como a irregularidade do serviço são faltas graves que podem conduzir à ruptura do negócio jurídico. A declaração de caducidade do contrato de concessão é, na hipótese, não somente uma faculdade do poder concedente, mas, sobretudo, um dever da Administração para com o público. Por isto, é vedada, por contrária à ordem pública, cláusula que importe em proibir a caducidade.

Em contrapartida às obrigações para com a adequada prestação do serviço, na concessão em sentido próprio, aquela que relaciona o Poder Público com um particular, faz-se necessária a preservação do equilíbrio econômico-financeiro como elemento característico do vínculo entre o concessionário particular e o Poder Público, conforme trecho da obra de [Francisco Campos. Direito Administrativo, 1958, vol. I, p. 67 e 81] encontrada em TÁCITO (1997, p. 237), no qual está evidenciado que a concessão propriamente dita pressupõe a celebração de um acordo de vontade entre o Poder Público e o particular e o respeito ao equilíbrio financeiro a partir daí estabelecido:

Não importa – adverte o ilustre jurista – ‘a vexata questio relativa à natureza contratual ou unilateral do ato da concessão’. Este tem sempre ‘por pressuposto, uma vez que a colaboração do particular é voluntária e não-obrigatória, uma reciprocidade ou bilateralidade de prestações; o concessionário se obriga a prestar o serviço, mediante a remuneração estipulada, e concedente se obriga a respeitar, durante o prazo convencionado, a equação financeira do contrato, ou a correspondência entre os encargos do concessionário e a sua remuneração, nos termos do convênio entre ambos concluído’ (sublinhei).

Conforme sumarizou TÁCITO (1997, p. 258), a garantia da estabilidade econômico-financeira das empresas é um direito do concessionário e uma obrigação do poder concedente e representa a contrapartida necessária ao dever de boa administração imposto ao concessionário.

O caso *Compagnie générale française des tramways*, julgado pelo Conselho de Estado da França em 11/3/1910, é apresentado por TÁCITO (1997, p. 757) como o marco do reconhecimento sobre a concessão de serviços públicos da maleabilidade das cláusulas de serviço e da necessidade da preservação do equilíbrio econômico-financeiro, fixando-se a correlação entre a mutabilidade ou a onerosidade excessiva das obrigações do concessionário e o pagamento dos serviços pela coletividade:

Esta evolução fixou-se no direito francês desde 1910, por ocasião de um famoso caso, dos bondes, em que foi relator uma figura de alta projeção política, Léon Blum. Defendia ele a tese da relação entre o dever do concessionário na prestação do serviço e sua sujeição aos atos regulamentares do Estado, e o direito a aferir uma remuneração correspondente, formulada no princípio da equação financeira da concessão. A regra devia ser a da equivalência honesta entre aquilo que do concessionário se exigisse e aquilo que a ele se devesse versar, seja diretamente pela tarifa, seja complementarmente por formas de subvenção do Estado ou outros modos de cobertura dos encargos financeiros.

Sobre isso, TÁCITO (1997, p. 247-255), em texto originalmente publicado no início dos anos 1960, à luz das constituições de 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969, expôs que a aferição dos direitos e obrigações dos concessionários deveria observar os princípios da garantia da justa remuneração do serviço e da proibição do confisco da propriedade.

Em outro texto, também originalmente publicado no início dos anos 60, após explicitar como, por meio de sucessivos decretos, era contida a eficácia de dispositivo do Código de Águas, harmônico com disposições constitucionais então vigentes, que apontava para a remuneração das concessionárias com base no critério do efetivo custo do serviço, TÁCITO (1997, p. 268) anotou: “*continuamos, 26 anos depois do Código de Águas, quando precisamente mais se acentuou a velocidade do processo inflacionário, a viver em termos de irrealismo tarifário*” (sublinhei).

Esses textos devem ser contextualizados em período histórico em que se discutia a remuneração das concessionárias e, por extensão, o modelo de prestação de serviços por empresas privadas. No final dos anos 50 e início dos anos 60, eram intensos os debates sobre os valores das tarifas de energia elétrica. O setor contava com larga participação de empresas privadas e havia a toda hora impasses quanto aos valores de reajustes³⁴. Em reação a isso, criavam-se estatais ou procedia-se a encampações.

Porém, conforme já evidenciado, a concessão propriamente dita pressupõe, além da celebração de um acordo de vontade, o direito ao auferimento de lucros e à manutenção de equilíbrio econômico-financeiro.

Destaca-se, portanto, o caráter de voluntariedade na formação do negócio como característico do contrato ou do ato de concessão. Assim, faltando essa característica essencial e definidora, não se tem propriamente concessão. A voluntariedade do interessado na concessão é uma condição *sine qua non* para a manifestação desse instituto. Nessa linha, pode-se defender que, quando o serviço é delegado por lei a um ente estatal que não tem autonomia para escolher entre aceitar ou não esse *munus*, não se tem propriamente concessão e seus consectários.

Porém, como corolário do princípio da especialidade, há a possibilidade de, por escolha do legislador, ficar estabelecido que as estatais atuarão, mesmo em

³⁴ Essa experiência deve ser levada em conta como alerta para as tentações de populismos tarifários incongruentes com a sustentabilidade do regime de concessões que pressupõe, conforme TÁCITO (1997, p. 268), um quadro de convivência entre a iniciativa privada e a atividade estatal. Esse debate pode ser importante hoje, quando a tarifa de energia elétrica voltou a ser apresentada como capital eleitoral e adotam-se tarifas administradas, com base na Lei 12.783/2013, que restringem as receitas das empresas de modo excessivo, a requerer crescentes subsídios de fundos públicos.

atividades econômicas reservadas ao Estado, em regime concorrência com competidores privados.

Ou seja, onde a Constituição permitir, cabe à lei definir os limites para a atuação das estatais, equiparando-as ou não aos privados. Acrescente-se que não há na Constituição obstáculo para que o legislador estabeleça que as empresas estatais passem a disputar, sem privilégios em relação aos demais competidores, a delegação de execução de atividade reservada ao Estado.

Nesse ponto, deve ser enfatizado que a lição de ATALIBA (1994, p. 63), no sentido de que as empresas estatais que prestam serviços públicos submetem-se ao regime administrativo com todas suas prerrogativas e poderes instrumentais necessárias à plena eficácia da lei que devem cumprir e fazer cumprir, não é conflitante com a proposição de que a submissão por lei dessas empresas a ambiente competitivo em igualdade de condições com agente privados se apresente como o instrumento necessário à promoção do interesse público.

Neste ponto, recorde-se que, conforme DALLARI (1994, p. 462), entre os requisitos para ser legitimamente conferido tratamento privilegiado às empresas estatais que prestam serviços públicos está a ausência de concorrência com empresas privadas. Portanto, na medida em que atuem em ambiente competitivo, não subsiste esse fundamento.

Ou seja, como admite JUSTEN FILHO (2006, p. 518-519), se a empresa estatal compete com particulares estarão presentes os pressupostos da concessão, fazendo-se necessária a licitação e cabível a subordinação da entidade administrativa exatamente ao mesmo regime de execução dos serviços públicos aplicável ao concessionário privado.

Essa abertura permite que certos institutos da *public utility regulation* da doutrina americana possam ser incorporados ao direito brasileiro como inspirações para disciplina das concessões de serviço público em ambiente concorrencial, inclusive no setor hidroenergético.

Assim, a Constituição admite que, por obra do legislador, seja estabelecido que a escolha do prestador do serviço recaia sobre a empresa que objetivamente oferecer as melhores condições para tanto, independentemente de se tratar de empresa estatal ou privada. Nesse caso, não poderá o critério subjetivo, antes referido, por si só, ser oposto à sujeição das empresas estatais a um ambiente

concorrencial e à realização de licitação para novas delegações, circunstâncias características da modalidade de concessão.

Sobre este enfoque, elucidativo é o contraste entre os incisos VIII e XXVI do art. 24 da Lei 8.666/1993 (Lei de Licitações) a seguir transcritos:

Art. 24. É dispensável a licitação:

...

VIII - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

...

XXVI – na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação. (Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005)

Ambos dispositivos estabelecem hipóteses de dispensa de licitação sobre serviços prestados por empresas estatais, ou seja, com base em critério subjetivo. Porém, no inciso VIII, a esse critério subjetivo é acrescentado um limite objetivo, aferido pela data de criação da empresa, de modo que, se criada após a vigência da Lei de Licitações, deverá sujeitar-se à competição com eventuais empresas privadas também prestadoras do serviço que atenderá as necessidades da Administração Pública contratante. Disposição semelhante não contempla o inciso XXVI. Esse contraste que evidencia caber ao legislador definir o peso do critério subjetivo sobre escolha entre um regime que permita a contratação direta de empresas estatais ou as envolva em regime concorrencial.

Todavia, como ressaltam LOUREIRO E RODRIGUES (2013, p. 27-31) a possível equiparação de empresas estatais a empresas privadas em relação aos critérios para a escolha dos prestadores de serviços públicos, como é o caso da geração hidroelétrica, não decorre de originariamente de direitos subjetivos dos particulares, vez que a própria Constituição, ao reservar ao Estado a competência

material já retira a atividade do campo de necessária valência dos princípios que tutelam a livre iniciativa e livre concorrência.

Essa equiparação, contudo, pode ocorrer no pressuposto de que o interesse público será melhor alcançado em regime concorrencial. Assim, sem que isso possa significar derrogação dos princípios constitucionais aplicáveis às competências materiais públicas, como ressaltam LOUREIRO E RODRIGUES (2013, p. 27-31), lei formal pode introduzir a regra de concorrência no regime jurídico de prestação de um dado serviço público. Nesse quadro, a licitação apresenta-se antes como via para a prestação adequada do serviço e só depois como garantia de isonomia entre os interessados.

Assim, se fez no artigo 7º-A da Lei 8.987/1995 que se reporta a “concessionárias de serviço público, de direito público e privado”, significando que, para o legislador, também as entidades da administração pública indireta estariam a prestar os serviços na condição de concessionárias. Nesse contexto as estatais do setor elétrico também se submeteram à exigência de celebração de contratos prevista no artigo 1º da Lei 8.987/1995. Outrossim, o artigo 32 da Lei 9.074/1995 reporta a “empresa estatal que participe na qualidade de licitante, de concorrência para concessão e permissão de serviço público”, ou seja, prevê as estatais disputando uma concessão entre si ou com outras empresas privadas.

Tudo isso demonstra que também aos serviços de energia elétrica prestados ou explorados pelas estatais federais aplicam-se regras do regime de concessão, inclusive quanto prazos iniciais e possíveis prorrogações. Assim, não obstante a que, nos anos 70, grande parte das atividades do setor elétrico concentrava-se sob a gerência de empresas estatais, que recebiam as outorgas sem licitação, as reformas consolidadas nas leis 8.987/1995 e 9.074/1995 converteram essas outorgas em concessões com prazos definidos e, sujeitas, ao menos potencialmente, à realização de licitação, em regime de competição com outros interessados, após o vencimento. Isso, naturalmente, salvo disposição contrária em lei, como ocorreu no caso da renovação de concessões autorizada pela MP 579/2012, convertida na Lei 12.783/2012.

Em suma, é perfeitamente constitucional o enquadramento das empresas estatais no regime erigido pela Lei 8.987/1995, em que são equiparadas a concessionárias particulares naquilo que for necessário à promoção de um ambiente

competitivo para a escolha do ente a que for delegada o aproveitamento de um potencial hidráulico.

No, entanto, não pode jamais ser esquecido que, no atual regime constitucional, não poderia o Estado atuar, por meio de suas empresas, fora dos princípios aplicáveis à Administração Pública Indireta, não podendo deixar de observar regras de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, a exemplo da exigência de licitação e de concursos públicos e, como anotou ATALIBA (1993, p. 54-56), de todas aquelas que constituem um bloco de normas constitucionais do regime administrativo que incidem também incidem sobre as empresas estatais, tendo em vista a proteção da coisa pública.

3.8 – Considerações finais.

Em se tratando de empresas estatais, a personalidade jurídica própria e as formas de direito privado são apenas um instrumento da atuação do Estado que deve estar amoldada para a adequada persecução das finalidades públicas que legitimam sua adoção.

Como integrantes da Administração Pública, as empresas estatais federais podem receber a outorga direta para o exercício de competência material pública da União, caso do aproveitamento de potenciais hidráulicos.

Todavia, como se compreende a partir dos princípios da reserva legal e da especialidade, que essas empresas podem também ficar sujeitas à competição com privados na atividade de geração hidroelétrica.

CONCLUSÃO

Da emergência da noção de cidadania derivaram-se obrigações do Estado quanto à prestação de serviços de natureza comercial e industrial, considerados essenciais e de interesse público, a exemplo dos serviços de energia elétrica.

Para o satisfatório atendimento das demandas por esses serviços, legitimou-se a intervenção do Poder Público na organização de atividades empresariais. Essa intervenção pode se dar, indiretamente, por meio de disciplina da iniciativa privada ou, diretamente, por meio da atividade empresarial do Estado.

O tratamento no direito brasileiro da atividade empresarial do Estado é produto de dupla influência das tradições francesa e norte-americana.

A partir da tradição francesa, firmou-se uma associação entre as noções de serviços essenciais e de interesse geral e de regime de *service public* como derogatório da livre iniciativa, à medida em que se atribui ao Estado a titularidade sobre tais atividades. Nessa tradição, pode-se sustentar a atuação de empresas estatais na condição de delegadas do ente público que as organiza, deste recebendo, por lei, atribuições e poderes que não poderiam ser deslocados para particulares.

No direito norte-americano, em que não há a identidade das categorias de *public utility* e de atividade de titularidade do Estado, a atuação das empresas estatais caracteriza a transfiguração o Poder Público em agente privado empresário, em igualdade de condições com os particulares.

A Constituição de 1988 atribui ao Estado brasileiro a titularidade de um conjunto de atividades de cunho econômico, comumente identificadas como serviço público. Outras são deixadas, para a livre atuação dos particulares, no grupo correntemente identificado como atividade econômica em sentido estrito. Fundamental diferença entre esses campos reside em haver primazia ou subsidiariedade entre a atividade estatal e a iniciativa privada. Nesse sentido fala-se em dicotomia entre atividade econômica em sentido estrito e serviço público.

No Brasil, a atuação das empresas estatais encontra disciplina constitucional diversificada, conforme se tratar ou não de atividade reservada na

própria Constituição ao Estado e, correlatamente, de se atribuir à atuação empresarial do Poder Público papel de primazia ou de complementariedade em relação à iniciativa privada.

No campo dos serviços públicos estão as atividades de cunho econômico, comerciais e industriais, que, pela própria Constituição, são definidas como competências materiais exclusivas dos entes da federação que, por isso, recebem poderes e deveres para delas cuidar da organização e assegurar a prestação adequada, em regime derogatório da livre iniciativa.

Do disposto nos arts. 20, inciso VIII, e § 1º; 21, inciso XII, alínea “b”; 22, inciso IV; e 176, *caput* e §§ 1º e 4º da CF/88 decorre ser a geração hidroelétrica uma atividade reservada à União e, portanto, situa-se no campo dos serviços públicos no qual, nos termos do art. 175 da CF/88, o Poder Público pode atuar diretamente ou, após imprescindíveis licitações, por meio de concessão.

Visando à prestação de serviços públicos, o Estado brasileiro pode, com fundamento nos art. 37, inc. XX, autorizar a instituição de empresas públicas e de sociedades de economia mista, entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado e distinta do ente público que as cria, conforme art. 5º, inc. II e III do Decreto-lei 200/67.

No ordenamento jurídico vigente no Brasil, há a possibilidade de ser diretamente outorgada às empresas estatais federais a execução de atividades de geração hidroelétrica. Nesse caso, não obstante à distinção entre as personalidades jurídicas, podem ser destacadas e alocadas nessas empresas estatais federais atribuições e prerrogativas da União que, ao mesmo tempo, é titular da atividade e as institui e incumbe de tal prestação. Entre essas prerrogativas está a possibilidade de às empresas estatais ser outorgada a execução dos serviços sem prévia licitação e por prazo indeterminado. Essa via foi contemplada no art. 9º, § 1º, da Lei 12.783/2013 que admite que serviços e instalações de energia elétrica sejam explorados por empresa estatal federal, até a conclusão de processo licitatório.

Nas circunstâncias de execução direta a empresa estatal poderá atuar até mesmo em condições econômicas deficitárias não se deve falar rigorosamente em direito ao lucro e garantia ao equilíbrio econômico-financeiro em favor da empresa estatal.

Mas há também a possibilidade de se fazer licitações destinadas a selecionar a empresa à qual será adjudicado o objeto da outorga da prestação da atividade de titularidade do Estado. Trata-se, então, da modalidade da execução via concessão, nos termos do art. 175 da CF/88. Nesse caso, as empresas estatais podem participar dos processos licitatórios em condições de igualdade com as empresas privadas, porém, a transferência da execução do serviço deve dar-se por prazo determinado e com cláusulas contratuais, oponíveis ao Poder Concedente. Para essa condição parece ter se atentado na Lei 12.783/2013 que, no tocante à prorrogação das concessões, não distinguiu entre empresas privadas e empresas estatais.

Assim, a Carta Magna brasileira não impõe que as empresas estatais federais que prestem serviços de geração hidroelétrica atuem sempre em primazia em relação à livre iniciativa e no estrito papel de delegados do Poder Público, nem que sejam, necessariamente, tratadas como agentes econômicos, sem exceções e temperamentos, do mesmo e exato modo que as concessionárias privadas.

Em qualquer caso, porém, a atuação das empresas estatais será diferenciada daquela dos agentes privados pelo necessário cumprimento de normas impositivas de procedimentos filiados aos princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública.

Respeitados parâmetros constitucionais, a especificação do regime jurídico, mormente das atribuições e prerrogativas das empresas estatais que atuem na geração hidroelétrica, deve, então, resultar de definição do Legislador.

REFERÊNCIAS

- AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: do direito nacional ao supranacional**. São Paulo: Atlas, 2009.
- ARANHA, Márcio Iório. **Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório**. Scotts Valley, CA: CreateSpace, 2013.
- ATALIBA, Geraldo. **Empresas estatais e regime administrativo (serviço público – inexistência de concessão – delegação – proteção ao interesse público)**. Revista Trimestral de Direito Público. 4/1993, p. 55-70
- BEMQUERER, Marcos. **O regime jurídico das empresas estatais após a Emenda Constitucional nº 19/1998** – Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- BOBBIO, Norberto. **A Era Dos Direitos**. – Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 3.012/2011–TCU–Plenário. Levantamento. Avaliação das ações em preparação ao vencimento de contratos de concessões do setor elétrico. Relator: Ministro José Múcio**. 16 nov. 2011. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 nov. 2011.
- CIRNE LIMA, Ruy. **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2007, 7ª edição, revista e reelaborada por Paulo Alberto Pasqualini.
- DALLARI, Adilson Abreu. **Empresa estatal prestadora de serviços públicos, natureza Jurídica e repercussões tributárias**. Boletim de Direito Administrativo. Ano X. nº 8, agosto/1994, p. 453-468.
- D'ARAÚJO, Roberto Pereira. **Setor Elétrico Brasileiro – uma aventura mercantil**. Brasília: Confea, 2009
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 2001, 13ª ed.
- GARCIA, Miguel Angel Sendin. **Regulacion y servicios publicos**. Granada: Comares, 2003.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)**. São Paulo: Malheiros Editores, 13ª ed. 2008.

- JÈZE, Gaston. **Les Principes Généreaux du Droit Administratif**. Paris: Marcel Giard & E. Brière : 1914, deuxième édition, v.1.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2006. 2. ed.
- LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher e RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. **Prestação de serviços públicos de energia elétrica mediante associações interestaduais aplicada às prorrogações de concessões de energia elétrica**. In: Revista de direito administrativo, v. 262, p. 263-296, jan./abr. 2013.
- LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. **Premissas para uma leitura integrada da indústria da energia na constituição e para a identificação de uma política energética constitucional: a propósito dos arts. 173 e 175 da Carta**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de, (coordenador). Direito do petróleo e de outras fontes de energia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 303-326.
- _____. **Constituição, energia e setor elétrico**. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2009.
- _____. **Introdução ao regime jurídico da indústria elétrica: premissas gerais**. In: Revista do direito / Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc), n. 28, p. 131-172, jul./dez. 2007.
- _____. **O Regime Jurídico da Indústria Elétrica: O primeiro período das empresas concessionárias privadas (1879-1957)**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor. Orientador: Prof. Almiro do Couto e Silva. Porto Alegre: 2006.
- MONTEIRO, Vera. **Concessão**. São Paulo: Malheiros, 2010
- SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação assimétrica**. Palestra proferida em evento realizado em 2011 sobre o Plano Geral de Metas de Competição (PGMC) das telecomunicações no Brasil, disponível em <http://www.youtube.com/watch?v=o0f5gt6v6r4>, acesso em 19/4/2013.
- SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Atualizadores Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. Rio de Janeiro: Forense, 2012
- TÁCITO, Caio. **Temas de direito público: estudos e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

VISCUSI, W. Kip; HARRINGTON Jr., Joseph Emmett.; VERNON, John Mitcham.
Economics of Regulation and Antitrust. 4th ed. 2005 MIT Press.