

# DELEGAÇÃO DO PODER DE SANÇÃO A ASSOCIAÇÃO PRIVADA COM VIÉS PÚBLICO: O CASO DA CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA

*DELEGATION OF POLICE POWER TO PRIVATE ASSOCIATION  
VESTED WITH PUBLIC INTEREST: THE CASE OF THE BRAZILIAN  
CHAMBER OF ELECTRICAL ENERGY COMMERCIALIZATION*

*Luiz Eduardo Diniz Araujo  
Procurador Federal,  
Subprocurador-Geral da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL e  
Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Delegação do poder de polícia na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; 2 Interpretação jurídica; 3 Evolução da atuação do Estado brasileiro na economia; 4 Releitura da delegação do poder de polícia; 5 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O texto analisa a legitimidade da aplicação de penalidades aos agentes do setor elétrico brasileiro pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE. Em primeiro momento, faz-se análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF a respeito da delegação do poder de polícia a entes privados, notadamente a partir do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.717. Em seguida, busca-se demonstrar que a atividade de interpretação jurídica não representa a mera leitura de normas e que o seu resultado deve considerar a evolução histórica. Por fim, apresenta-se nova leitura da delegação do poder de polícia a entes privados a partir da análise histórica do setor elétrico brasileiro.

**PALAVRAS-CHAVE:** Câmara de Comercialização de Energia Elétrica. Poder de polícia. Delegação. Interpretação jurídica. Sanção.

**ABSTRACT:** This paper sets out to examine the legitimacy of applying penalties to agents of the Brazilian electric sector by the Brazilian Chamber of Electric Energy Commercialization. Firstly, it examines the jurisprudence of the Brazilian Supreme Court regarding the delegation of police power to private entities, notably from the judgment of the Direct Action of Unconstitutionality number 1,717. Secondly, it is sought to demonstrate that the activity of legal interpretation is not merely the reading of legal norms and that its outcome should consider aspects of historical evolution. Finally, from a historical analysis perspective towards the Brazilian electric sector, a new understanding of police power delegation to private entities is presented.

**KEYWORDS:** Brazilian Chamber of Electrical Energy Commercialization. Police power. Delegation. Legal interpretation. Sanction.

## INTRODUÇÃO

A Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE teve sua criação autorizada pelo artigo 4º da Lei n. 10.848, de 15 de março de 2004, com a finalidade de viabilizar a comercialização de energia elétrica no Brasil. Nessa tarefa, a CCEE é regulada e fiscalizada pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL.

A CCEE é composta por geradores com capacidade instalada igual ou superior a 50 MW, importadores e exportadores de energia com intercâmbio igual ou superior a 50 MW, distribuidores com mercado igual ou superior a 500 GWh/ano, comercializadores com volume igual ou superior a 500 GWh/ano e consumidores livres e especiais, conforme o artigo 4º do Decreto n. 5.177, de 12 de agosto de 2004.

O Decreto n. 5.177/2004 também traz disciplina impositiva para a administração da CCEE e determina, em seu artigo 9º, que o Conselho de Administração seja integrado por cinco membros, sendo seu Presidente indicado pelo Ministro de Minas e Energia. A alteração do estatuto social da CCEE, por seu turno, depende de homologação da ANEEL, conforme artigo 1º, § 2º, do Decreto n. 5.177/2004.

Apesar da personalidade jurídica de direito privado, a CCEE possui marcante presença estatal. Daí que, conforme registrado pelo Ministro Gilmar Mendes no voto proferido no julgamento de medida cautelar na ADI 3.090/DF, a CCEE, tal como o extinto Mercado Atacadista de Energia Elétrica – MAE, “caracteriza-se como uma pessoa jurídica de direito privado ‘atípica’, com forte coloração pública. É uma instituição peculiar, que desempenha uma função de eminente interesse público”.

A CCEE viabiliza a comercialização de energia por meio da aplicação das normas constantes da Convenção, Regras e Procedimentos de Comercialização estabelecidos pela ANEEL (art. 3º, XIV, da Lei n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996; artigo 1º, § 6º, da Lei n. 10.848/2004; artigo 1º, § 1º, do Decreto n. 5.163, de 30 de julho de 2004).

Entre as principais atribuições da CCEE destinadas a viabilizar a comercialização de energia, encontra-se a apuração “do descumprimento de limites de contratação de energia elétrica e outras infrações e aplicar as respectivas penalidades”, conforme previsto no artigo 2º, VII, do Decreto n. 5.177/2004.

Assim, a CCEE não possui autonomia para, por sua própria iniciativa, estabelecer Regras ou Procedimentos de Comercialização, tampouco para prever penalidades a serem aplicadas aos agentes. A CCEE exerce apenas atividade executória dessas normas.

Diante das características de sua criação e composição e do caráter meramente executório de sua atividade, as penalidades aplicadas pela CCEE possuem natureza administrativa. Isso porque as penalidades aplicadas pela CCEE têm sua previsão na regulação da ANEEL (Convenção e Regras de Comercialização), e não em deliberação da assembleia no exercício da autonomia associativa.

Também é importante registrar que a finalidade da instituição das penalidades aplicadas pela CCEE é a confiabilidade do sistema, sendo, portanto, pública.

Por último, o produto dessas penalidades reverte em benefício da modicidade tarifária, e não em favor da própria pessoa jurídica de direito privado ou de seus associados (artigo 3º, § 4º, do Decreto n. 5.163/2004).

Em relação a essa realidade normativa e fática, é comum a alegação de que há inconstitucional delegação do poder de polícia da União a ente privado. Para sustentar essa afirmativa, afirma-se que “a imposição de sanção administrativa apenas pode ser exercida pelo próprio Estado”. A aplicação de sanções administrativas seria “função inerente e privativa das pessoas jurídicas de direito público”. Afirma-se também que “seria infringente à Constituição que uma associação privada fosse investida de poderes sancionatórios tipicamente estatais”.

Antes de se analisar a legitimidade da atuação da CCEE, é imprescindível que se compreenda a posição da jurisprudência brasileira a respeito da delegação do poder de polícia, se entendam as normas constitucionais em sua realidade dinâmica, e não estática, e se conheça o reposicionamento do Estado na economia ocorrido na década de 1990, com ênfase no setor elétrico.

## **1 DELEGAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

A questão da delegação do poder de polícia pelos tribunais brasileiros tem sido analisada a partir das conclusões alcançadas pelo Supremo Tribunal Federal – STF no julgamento da ADI n. 1.717, verdadeiro marco jurisprudencial sobre o assunto.

Por meio da propositura da ADI n. 1.717, questionou-se a constitucionalidade da Lei n. 9.649, de 27 de maio de 1998, artigo 58, *caput* e seus parágrafos<sup>1</sup>, os quais dispunham que a fiscalização de profissões regulamentadas seria feita, por delegação, pelos respectivos conselhos profissionais.

No pedido inicial, sustentava-se que, em se tratando de competência privativa da União, não seria possível a transferência a entes privados de atribuições de inspeção do trabalho nem o estabelecimento de condições para o exercício de profissões, ainda que mediante autorização legislativa.

O STF deferiu a medida cautelar em 1999, e, quando do julgamento do mérito da ADI, em novembro de 2002, firmou-se o entendimento de que as atividades típicas do Estado, envolvendo, também, poder de polícia e punição, são insuscetíveis de delegação a entidades privadas.

Nos termos do voto do relator, o Ministro Sydney Sanches, o STF identificou, na aludida delegação, violação à interpretação conjugada dos

---

1 “Art. 58. Os serviços de fiscalização de profissões regulamentadas serão exercidos em caráter privado, por delegação do poder público, mediante autorização legislativa.

§ 1º A organização, a estrutura e o funcionamento dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas serão disciplinados mediante decisão do plenário do conselho federal da respectiva profissão, garantindo-se que na composição deste estejam representados todos seus conselhos regionais.

§ 2º Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, dotados de personalidade jurídica de direito privado, não manterão com os órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico.

§ 3º Os empregados dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas são regidos pela legislação trabalhista, sendo vedada qualquer forma de transposição, transferência ou deslocamento para o quadro da Administração Pública direta ou indireta.

§ 4º Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas são autorizados a fixar, cobrar e executar as contribuições anuais devidas por pessoas físicas e jurídicas, bem como preços de serviços e multas, que constituirão receitas próprias, considerando-se título executivo extrajudicial a certidão relativa aos créditos decorrentes.

§ 5º O controle das atividades financeiras e administrativas dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas será realizado pelos seus órgãos internos, devendo os conselhos regionais prestar contas, anualmente, ao conselho federal da respectiva profissão, e estes aos conselhos regionais.

§ 6º Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, por constituírem serviço público, gozam de imunidade tributária total em relação aos seus bens, rendas e serviços.

§ 7º Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas promoverão, até 30 de junho de 1998, a adaptação de seus estatutos e regimentos ao estabelecido neste artigo.

§ 8º Compete à Justiça Federal a apreciação das controvérsias que envolvam os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, quando no exercício dos serviços a eles delegados, conforme disposto no *caput*.

§ 9º O disposto neste artigo não se aplica à entidade de que trata a Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994”.

artigos 5º, XIII<sup>2</sup>, 22, XVI<sup>3</sup>, 21, XXIV<sup>4</sup>, 70, parágrafo único<sup>5</sup>, 149<sup>6</sup> e 175<sup>7</sup> da Constituição Federal.

[...] não me parece possível, a um primeiro exame, em face de nosso ordenamento constitucional, mediante a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, a delegação, a uma entidade privada, de atividade típica do Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e punir no que concerne ao exercício de atividades profissionais.

Observa-se, então, que a “construção” da tese da inconstitucionalidade da delegação do poder de polícia está vinculada especificamente à fiscalização do exercício de atividades profissionais, a qual, nos termos da lei impugnada perante o STF, alcança até o poder de tributar.

Deve ser feita a ressalva, portanto, de que não se pode atribuir à conclusão da ADI n. 1.717 efeitos gerais, aplicáveis a qualquer situação de delegação de atribuições administrativas.

O Superior Tribunal de Justiça tem seguido, em linhas gerais, o mesmo entendimento do STF. No entanto, julgados relacionados a delegação de poder de polícia a agentes de trânsito têm tomado direcionamento diverso.

No REsp 817.534, apreciado pela 2ª Turma, foi decidido que é possível a delegação do exercício do poder de polícia a particulares, em especial a aplicação de multas de trânsito por sociedades de economia mista.

---

2 “XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

3 “XVI - organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões”.

4 “XXIV - organizar, manter e executar a inspeção do trabalho”.

5 “Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumira obrigações de natureza pecuniária”.

6 “Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo”.

7 “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

O relator, Ministro Mauro Campbell, ressaltou que as atividades que envolvem a consecução do poder de polícia, segundo o Código de Trânsito Brasileiro, poderiam ser divididas em quatro grupos (a saber, legislação, consentimento, fiscalização e sanção), e que somente os atos relativos ao consentimento e à fiscalização seriam delegáveis, pois aqueles referentes à legislação e à sanção derivam do poder de coerção do Poder Público.

Portanto, do ponto de vista jurisprudencial, apesar do caráter paradigmático do acórdão do STF proferido na ADI n. 1.717, observa-se que a discussão em torno do tema encontra-se em constante evolução.

Tal ocorre, principalmente, em razão de a Constituição Federal de 1988 não conter vedação expressa à delegação.

Isso fica claro quando se observam os termos da argumentação do relator da ADI n. 1.717, ao fazer referência a uma interpretação conjugada de dispositivos constitucionais fragmentados.

Portanto, a vedação à delegação do poder de polícia é mais produto de interpretação criativa do que resultado de operação lógica de subsunção (de identificação de vontade constitucional pré-existente). Não é esse, no entanto, o discurso que se encontra na decisão, na qual se argumenta sob color dogmático-subsumtivo.

Como o “dogma” da proibição de delegação do poder de polícia é mais fruto de construção interpretativa influenciada pelo momento histórico do que uma decisão deliberada do legislador constituinte, será demonstrado que, uma vez superado tal momento histórico, deve-se promover nova leitura da Constituição.

## **2 INTERPRETAÇÃO JURÍDICA**

### **2.1 CARÁTER ESTÁTICO DO RACIOCÍNIO DOGMÁTICO-SUBSUNTIVO**

Nas teorias de interpretação, muito já se discutiu se a interpretação de lei deveria buscar revelar a vontade subjetiva do legislador ou a vontade objetiva da lei. Em verdade, essa é uma polêmica praticamente sem fim.

De um lado, Engisch<sup>8</sup> questiona até mesmo a possibilidade de se identificar a vontade subjetiva do legislador: quem vai saber o que

---

8 ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 206.

realmente passou pela cabeça do legislador? Mas, de fato, ainda que fosse possível identificar essa vontade, a pergunta mais incisiva feita por ele é a seguinte: qual a importância do que passou pela cabeça do legislador? Ferraz Jr.<sup>9</sup> ainda registra uma crítica comumente feita à teoria subjetivista: a vontade do legislador é mera ficção, pois o legislador raramente é uma pessoa fisicamente identificável.

De outro lado, o raciocínio objetivista padeceria do mesmo vício de origem do raciocínio subjetivista: ambos partem do pressuposto de que o sistema jurídico contém soluções prontas para todos os problemas que possam surgir, cabendo ao intérprete apenas a identificação dessa vontade estática no conjunto de normas já existentes (sistema fechado).

Assim, para ambos os pensamentos de matriz positivista (fiéis representantes do raciocínio dogmático-substantivo), para um determinado caso apenas pode haver uma única decisão correta, atuando o aplicador do direito como um autômato, “com a única particularidade que o aparelho em função não é um mecanismo automático, mas um mecanismo lógico”<sup>10</sup>.

## 2.2 REALIDADE DINÂMICA: CRISE DO RACIOCÍNIO DOGMÁTICO-SUBSUNTIVO

Apesar da consolidada validade do raciocínio dogmático-substantivo para a aplicação de normas nos sistemas jurídicos de inspiração continental europeia (sistemas do *civil law*), como é o caso do modelo brasileiro, ainda assim é certo que a atividade interpretativa não se resume à operação de subsunção, ou seja, não é sempre nem apenas a aplicação automática e objetiva de uma hipótese previamente (estática) definida aos fatos (em constante movimento).

O curso do tempo demonstrou que a dinâmica da vida social é bastante complexa, o que pode gerar relações e conflitos dificilmente subsumíveis a padrões pré-fixados, conforme pretendem as teorias positivistas.

Se é certo que determinados casos (os chamados casos fáceis, na expressão de Ronald Dworkin) podem facilmente se adequar a padrões normativos, também é certo que a vida será pródiga em multiplicar casos

9 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 2007.

10 ENGISCH, op. cit., p. 206.

(os chamados casos difíceis, também na expressão de Ronald Dworkin) para os quais não haverá uma perfeita correspondência normativa, justamente pela falta de previsibilidade do legislador quanto à sua possível ocorrência.

Engisch<sup>11</sup> relata que a estrita vinculação do aplicador do direito à lei começou a vacilar no decurso do século XIX. Instaure-se a percepção de que a estrita vinculação do juiz à lei é impraticável em face de que não é possível “elaborar as leis com tanto rigor e fazer sua interpretação em comentários oficiais de modo tão exacto e esgotante que toda a dúvida quanto a sua aplicação seja afastada”.

Assim é que a doutrina passa a contestar a pretensa completude atribuída pelos juspositivistas ao ordenamento jurídico. Entre as várias críticas endereçadas a essa concepção, pode ser citada a de Kaufmann<sup>12</sup>, para quem a pressuposição de ausência de lacunas das leis mostrou-se insustentável.

Portanto, a solução para os casos fáceis pode ser encontrada por meio de aplicação automática e objetiva, sem a interferência da vontade do intérprete, mas os casos difíceis, as chamadas zonas cinzentas, não encontram solução por meio de subsunção.

Para Hesse<sup>13</sup>, o objetivo da interpretação apenas relativamente pode consistir na tentativa de revelar uma vontade preexistente nas normas. Apesar de não se poder presumir que as normas ou o legislador tenham tomado decisões prévias para todas as questões controversas que pudessem surgir no futuro, deve-se imaginar ao menos que tenham se limitado a fixar pontos de apoio para a tomada futura dessas decisões. Esses pontos de apoio devem ser utilizados como referência e limite para a interpretação.

Em resumo, salvo os casos fáceis, todos os casos difíceis demandam interpretação criativa (e, assim, dinâmica) para se chegar a uma solução racional. É que, como já defendido pelos sofistas, notadamente Heráclito, “tudo está em movimento”, daí que “tudo é

11 ENGISCH, op. cit., p. 206.

12 KAUFFMAN, Arthur. *Filosofia do direito*. Tradução de Antônio Ulisses Cortez. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 27, 2007.

13 HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Tradução de Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

relativo”<sup>14</sup>. Se a vida se movimenta, deve o direito acompanhá-la em sua constante evolução. O raciocínio dogmático-substantivo não apresenta resposta adequada para a questão, exceto a alteração contínua da legislação.

### 2.3 O DIREITO EM MOVIMENTO: A TEORIA HERMENÊUTICA

Ultrapassada a concepção positivista tradicional, a doutrina se viu às voltas com a busca de respostas satisfatórias para a interpretação jurídica e aplicação de decisões aos casos difíceis.

Cabe analisar, então, como se comporta o jurista face à interpretação de normas contidas em leis e diante de uma realidade social cada vez mais dinâmica e mutável.

Hesse<sup>15</sup> defende que a interpretação é concretização, ou seja, tem caráter criativo: o conteúdo da norma interpretada apenas se torna completo com sua interpretação. Assim, seria possível imprimir dinamicidade às normas, o que se faria por meio do contato dos pontos de apoio – fornecidos legislativamente – com os fatos. O intérprete teria que pôr os pontos de apoio em relação com o problema concreto a resolver. A determinação da norma aplicável constituiria um processo único e contemporâneo ao fato, e não a aplicação de algo preexistente.

A diferença entre o modelo juspositivista tradicional e o hermenêutico é que, para esse, o texto jurídico necessita de contribuição externa ao sistema (sistema aberto) para que seja possível a sua compreensão.

O ponto de partida do modelo hermenêutico é constituído pela relação entre norma e caso fático, que pertencem a planos diversos (dever ser e ser). Considerando que a norma não se encontra fora do procedimento de interpretação e que as circunstâncias de fato podem ser valoradas apenas levando-se em conta os pontos de apoio fornecidos pelo texto, a concretização do direito se produz apenas simultaneamente ao caso concreto.

Institui-se, assim, raciocínio circular entre compreensão das normas e das circunstâncias de fato. Daí que o sistema jurídico não se esgota em si mesmo, mas é mutável a partir das alterações ocorridas na vida real.

14 KAUFFMAN, op. cit., p. 30.

15 HESSE, op. cit., passim.

Segundo Viola e Zaccaria<sup>16</sup>, a função da interpretação é superar tanto a distância temporal entre o ontem e o hoje, como a diferença entre a universalidade da norma e a singularidade dos casos fáticos. Hermenêutica, então, seria o colocar-se “entre”, empenhar-se na arte de mediação entre elementos de natureza diversa.

Passa-se a compreender que o juiz, não apenas no sistema do *common law*, é organicamente investido de função produtiva de novo direito, visto que a lei não é mais autossuficiente. A tarefa do juiz é precisamente ponderar no caso singular os conflitos de valores e de interesses que o legislador haja disciplinado, e, assim, materializar as previsões normativas em decisões.

Na teoria hermenêutica, portanto, a compreensão da norma não é fenômeno estático e objetivo, mas evento real, atual e dinâmico, que envolve o intérprete e suas pré-compreensões, os pontos de apoio fornecidos pelo texto e o fato.

## 2.4 CONSTITUIÇÃO DINÂMICA

Essas mesmas reflexões têm sido desenvolvidas sob a perspectiva constitucional.

Hesse<sup>17</sup>, por exemplo, reafirma que as normas constitucionais não são completas nem perfeitas e que “a Constituição não é um sistema fechado e onicompreensivo”, mas apenas um conjunto de princípios (norma marco). Daí que “a constituição de uma comunidade política concreta, seu conteúdo, a singularidade de suas normas e seus problemas não de ser compreendidos de uma perspectiva histórica”.

Hesse<sup>18</sup> tem a preocupação de pontuar que “toda Constituição é Constituição no tempo”, ou seja, está submetida à mudança histórica, a qual nunca deixará incólume o seu original conteúdo. Quando se perde essa percepção dinâmica da Constituição, o seu conteúdo fica “petrificado e a curto ou longo prazo não poderá cumprir suas funções”.

16 VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. *Diritto e interpretazione*: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto. Roma: Laterza, 2004.

17 HESSE, Konrad. *Temas fundamentais de direito constitucional*. Brasília: Saraiva, p. 5, 2009.

18 HESSE, 2009, op. cit., p. 7.

A abertura do sistema constitucional, no entanto, seria relativa, de modo que se afaste o risco de anarquia e insegurança. Permite-se que a Constituição se adapte à evolução histórica, sem que se comprometa a existência dos valores básicos nela consagrados.

Diante dessas balizas é que se fala em mutação constitucional, que pode ser compreendida como a modificação do conteúdo das normas constitucionais sem alteração no texto.

Para Hesse<sup>19</sup>, os limites da mutação constitucional se encontram nos pontos de apoio fornecidos pelo texto. Para além dos pontos de apoio, “para superar novas situações ou para proceder a reformas, impõe-se a modificação do texto, a reforma constitucional”.

Cabe registrar, ainda que de passagem, que o STF, já há algum tempo, tem se posicionado favoravelmente à adoção “dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário” como “instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição” (acórdão proferido no Habeas Corpus n. 96.772-MG, julgado em 9 de junho de 2009).

Em outra oportunidade, o STF pontuou que no poder de interpretar a Constituição “reside a prerrogativa extraordinária de (re) formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional”, o que traz ínsito o significado de que “a Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la” (acórdão proferido no Mandado de Segurança n. 26.603-DF, julgado em 4 de outubro de 2007).

Ainda segundo o STF, a interpretação atualizadora se destina a compatibilizar a Constituição Federal “com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea” (HC 96.772-MG).

## 2.5 CONCLUSÃO PRELIMINAR

Como já demonstrado, a inconstitucionalidade da delegação do poder de polícia resulta mais de interpretação criativa doutrinária e jurisprudencial a partir do texto constitucional, em vista do estágio

---

19 HESSE, 2009, op. cit., passim.

de evolução do Estado brasileiro à época, do que de leitura precisa de eventual comando unívoco. Com efeito, a CF/88 não trouxe uma decisão prévia e estática a respeito da delegação do poder de polícia.

Assim é que, uma vez alterado o contexto político-social do Estado brasileiro (paradigma do Estado com características reguladoras, como será visto a seguir), torna-se possível nova leitura do texto constitucional para que se chegue a novas conclusões a respeito da delegação do poder de polícia.

### **3 EVOLUÇÃO DA ATUAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO NA ECONOMIA**

#### **3.1 BREVES NOÇÕES DOS MODELOS DE ESTADO SOCIAL E REGULADOR**

Verificadas distorções e injustiças causadas pela ausência de atuação do Estado liberal na economia, passou-se a aceitar a intervenção do Estado, desde que cercada das indispensáveis cautelas para limitá-la ao estritamente necessário, a fim de suprir as disfunções maiores do sistema econômico (NUSDEO<sup>20</sup>). Isso, no entanto, conduziu ao surgimento de outro centro decisório econômico paralelo: o Estado.

Por trás da noção das falhas de mercado, há um teorema da economia de bem-estar segundo o qual, em determinadas condições, os mercados geram uma alocação de recursos ótima (“ótimo de Pareto”). As falhas de mercado ocorrem quando uma ou mais condições de validade do teorema não se realizam. Assim, as ideias intervencionistas se posicionam da seguinte forma: se o Estado conseguir eliminar tais falhas a um custo razoável, poderá melhorar a eficiência ou a viabilidade do mercado.

A convivência de dois centros de decisão – mercado e Estado – fez com que se lhe desse o nome de sistema misto ou de iniciativa dual, em superação aos modelos econômicos de autonomia, também chamados de modelos liberais, nos quais o Estado é mínimo e exerce pouca influência sobre a produção e a troca de bens.

A estrutura jurídica dos sistemas mistos ou duais traz a problemática de se definir a fronteira entre as áreas próprias a cada um dos dois centros decisórios.

---

20 NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

Quanto a essa fronteira, durante aproximadamente um século e meio predominou a doutrina liberal. A partir da Grande Depressão Econômica do início do século XX, ganhou terreno no mundo ocidental a chamada socialdemocracia ou intervencionismo. O socialismo ocidental não busca a coletivização dos bens de produção nem a centralização do sistema econômico, mas defende presença ativa do Estado, inclusive na modalidade absorção, isto é, com o exercício da atividade empresarial pelo Estado em alguns tantos setores tidos como estratégicos.

Nas nações mais maduras de atuação intervencionista, os Estados têm agido primordialmente no campo do bem-estar social. Nos países de economia ainda por desenvolver, como é o caso do Brasil, a ação estatal concentra-se no objetivo de promover o desenvolvimento.

No entanto, como todo sistema econômico, o dual também se ressentido de imperfeições, as quais decorrem fundamentalmente do problema da discrepante forma de comportamento dos seus dois setores componentes – o público e o privado. Foi nesse contexto que a noção de falha de governo surgiu, com os teóricos da escolha pública (*public choice*) identificando vários tipos de falhas no setor público, exatamente na mesma perspectiva que gerações anteriores de economistas haviam produzido uma lista ainda maior de tipos de falhas do mercado<sup>21</sup>.

A última década do século XX assistiu ao reaparecimento de ideais liberais, voltados a conter a atuação do Estado, principalmente nos países da Europa e da América Latina. Privatização e liberalização têm-se constituído em balizas fundamentais no plano interno (NUSDEO<sup>22</sup>).

Deve ser registrado, ainda, que, atualmente, a ênfase produtivista tem repousado primordialmente na direção – sob a forma de regulação –, em detrimento da absorção. Ou seja, nos países da Europa e da América Latina, tem havido maciça privatização de entes e empresas estatais, substituídas por mecanismos de acompanhamento e regulação estatais. Para tanto, tem-se dado ênfase às chamadas agências reguladoras independentes.

Essa situação surgiu a partir do desmoronamento do consenso social-democrático sobre o papel do Estado como planejador e produtor direto de bens e serviços.

---

21 MAJONE, Giandomenico. *Regulating Europe*. London: Routledge, 1996.

22 NUSDEO, op. cit., passim.

A combinação de crescimento do desemprego e das taxas de inflação não podia ser explicada dentro dos modelos keynesianos da época, enquanto a despesa pública crescente e as políticas de bem-estar eram cada vez mais vistas como parte do problema do desempenho do Estado. Como afirmam La Spina e Majone<sup>23</sup>, não importa se as críticas ao Estado social eram justas ou empiricamente baseadas: fato é que um número crescente de eleitores foi convencido por elas e se dispôs a apoiar um novo modelo de governança que incluísse a privatização de muitas partes do setor público, mais concorrência em toda a economia pelo lado da oferta e reformas de longo alcance no Estado do bem-estar. O novo modelo incluía a privatização, a liberalização e a reforma dos programas sociais.

No núcleo estratégico e nas atividades exclusivas de Estado, a propriedade seria estatal. No outro extremo – no setor de bens e serviços para o mercado –, a produção seria realizada pelo setor privado. A privatização da prestação de serviços de utilidade pública é normalmente seguida de regulação de preços, acompanhada da introdução da concorrência, com a tentativa de, quando possível, se atomizar a participação no mercado.

Segundo ideia disseminada entre alguns doutrinadores, entre eles Pereira<sup>24</sup>, pressupõe-se que as empresas seriam mais eficientes se controladas pelo mercado e administradas privadamente. Daí deriva a defesa da subsidiariedade da atuação do Estado: só deve ser estatal a atividade que não puder ser eficazmente controlada pelo mercado.

Além disso, difundiu-se a ideia de que a crise fiscal retirou do Estado a capacidade de investir nas empresas estatais, o que tornaria aconselhável privatizá-las.

A falha de regulação por meio da propriedade estatal também explicaria a mudança para um modo alternativo de controle no qual os serviços públicos e outros setores, considerados importantes por afetarem o interesse público, são deixados em mãos privadas, mas sujeitos a normas elaboradas e aplicadas por agências especializadas.

---

23 LA SPINA, Antonio; MAJONE, Giandomenico. *Lo Stato regolatore*. Bologna: il Mulino, 2000.

24 PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In: BRESSER, Luiz Carlos; SPINK, Peter Kevin (coord.). *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

Para La Spina e Majone<sup>25</sup>, a maioria das diferenças estruturais entre o *Welfare State* e o Estado regulador pode ser examinada quanto à distinção entre duas fontes de poder governamental: a tributação e a despesa, de um lado; e a criação de regras, do outro.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 define o sistema econômico como dual ou misto (artigos 170, *caput* e parágrafo único, e 173, *caput*), permitindo-se as várias modalidades de ação do Estado: absorção (art. 173, *caput*, “a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”), direção (art. 174, *caput*, “como agente normativo e regulador da atividade econômica”) e indução (artigo 174, *caput*, “incentivo e planejamento”).

Como se verá em seguida, por meio da adoção de decisões político-legislativas, o Estado brasileiro tem deixado de intervir na economia por meio da absorção de atividades, dando prioridade à direção e à indução, inclusive em situações de monopólio natural de infraestruturas. Manteve a atuação direta apenas em setores estratégicos, por exemplo, determinadas fases da exploração do petróleo.

### 3.2 ESTADO BRASILEIRO EMPREENDEDOR

Quanto à produção de bens, os três níveis de governo integrantes do Estado brasileiro vinham, historicamente, e mesmo depois da Constituição Federal de 1988, se encarregando diretamente da organização de fatores de produção, podendo ser citadas, como exemplos do fenômeno, a produção de petróleo e energia e o exercício da atividade de siderurgia.

Atividades qualificadas como serviço público, inclusive alguns por determinação constitucional, tais como serviços de telefonia, transmissão e distribuição de energia elétrica, vinham sendo prestadas por empresas estatais.

Outras atividades, como é o caso dos serviços bancários, apesar de não qualificadas como serviço público, também historicamente desenvolvido pelo Estado, vinham sendo exercidas pelo Estado em regime de competição com a iniciativa privada.

---

25 LA SPINA; MAJONE, op. cit., passim.

Característica do desempenho de tais atividades pelo Estado é a utilização da propriedade pública como forma de regular os mercados. No caso brasileiro, a regulação por meio da propriedade pública funcionou basicamente com a utilização das empresas estatais, ou seja, das empresas públicas e sociedades de economia mista.

A ideia que se tinha quanto a essa forma de regulação era de que a propriedade pública conferiria ao Estado a habilidade para regular a economia e, principalmente, proteger os interesses públicos.

Tal forma intervencionista de atuação do Estado não foi um fenômeno brasileiro isolado. Conforme anota Majone<sup>26</sup>, historicamente, a propriedade pública tem sido a principal forma de regulação econômica na Europa.

### 3.3 ESTADO BRASILEIRO REGULADOR

Como visto acima, no modelo regulador, a propriedade é estatal apenas no núcleo estratégico e nas atividades exclusivas do Estado. No outro extremo – no setor de bens e serviços para o mercado –, a produção é realizada pelo setor privado. Sua característica é a diminuição do tamanho do Estado e a alteração da forma de atuação na ordem econômica: em vez da absorção, o Estado atua economicamente por meio da direção.

Esse ideário começou a ser implantado no Brasil no curso do primeiro governo do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, quando foram promovidas as grandes privatizações e a quebra de monopólios estatais.

Durante os dois governos do presidente Fernando Henrique Cardoso, no âmbito da União, tanto houve a privatização de empresas estatais que exerciam atividade econômica em sentido estrito – como o ocorrido com a Companhia Vale do Rio Doce – quanto de empresas estatais que prestavam atividades enquadradas como serviço público, caso das empresas do sistema Telebrás.

No mesmo passo, parte da execução dos serviços públicos passou a se dar por meio de empresas privadas a título de concessões, e não mais pelo Estado.

---

26 MAJONE, op. cit., passim.

É verdade que já no governo do presidente Fernando Collor de Melo se instituiu o Plano Nacional de Desestatização, o que foi feito por meio da Lei n. 8.031, de 12 de abril de 1990. Entre os anos de 1990 e 1994, foram privatizadas 33 empresas nos setores de siderurgia, fertilizantes e petroquímica, tendo sido arrecadados oito bilhões e quinhentos milhões de dólares<sup>27</sup>.

No entanto, a maciça desestatização apenas ocorreu efetivamente a partir da Lei n. 9.491, de 9 de setembro de 1997, que, em seu art. 1º, dispunha que o Programa Nacional de Desestatização se destinava a reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público.

Ainda consta expressamente do art. 1º a intenção de que o Estado deveria concentrar seus esforços nas atividades em que sua presença seja fundamental para a “consecução das prioridades nacionais”.

Assim, transformaram-se em objeto de desestatização as empresas controladas direta ou indiretamente pela União, serviços públicos objeto de concessão, permissão ou autorização, instituições financeiras públicas estaduais e, ainda, bens móveis e imóveis da União.

A partir de 1997, foram realizadas as grandes privatizações, com a venda da Cia. Vale do Rio Doce, o término da desestatização da RFFSA – Rede Ferroviária Federal S.A., com a venda da Malha Nordeste, o arrendamento do terminal de contêineres 1 do Porto de Santos, a venda do Banco Meridional do Brasil S.A., com arrecadação de mais de quatro bilhões e duzentos e sessenta e cinco milhões de dólares. Também se deu ênfase às privatizações de âmbito estadual<sup>28</sup>.

A venda das empresas de telecomunicações de propriedade da União tornou-se possível com a edição da Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997. No mesmo ano, foram licitadas concessões de telefonia móvel celular para três áreas do território nacional, no valor de quatro bilhões de dólares. Nos anos seguintes deu-se curso ao processo de privatização, tendo sido o ano de 2000 o de maior arrecadação, com o montante de dez bilhões e setecentos milhões de dólares<sup>29</sup>.

---

27 Informação Disponível em: <<http://www.bndes.gov.br/privatizacao/resultados/historico/history.asp>>.

28 Informação Disponível em: <<http://www.bndes.gov.br/privatizacao/resultados/historico/history.asp>>.

29 Informação Disponível em: <<http://www.bndes.gov.br/privatizacao/resultados/historico/history.asp>>.

Diminuiu-se, assim, o tamanho do Estado e a quantidade de atividades a seu cargo: algumas foram devolvidas integralmente à iniciativa privada; outras foram entregues à iniciativa privada por meio de concessões, restando ao Estado sua regulação e fiscalização.

A privatização de empresas estatais federais que exerciam atividades econômicas sob o regime de serviço público foi acompanhada da criação de agências reguladoras federais, que viriam a praticar a regulação não mais pelo desempenho da propriedade pública, mas a partir de sua atividade normativa. As primeiras a serem criadas foram a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, ainda em 1996, a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL e Agência Nacional do Petróleo, já em 1997.

Deve-se ressaltar que a alteração na atuação do Estado brasileiro na ordem econômica não demandou, em regra, mudança no texto constitucional.

De fato, desde sua versão original consta da Constituição Federal de 1988 a demarcação de competência da União para explorar, diretamente ou mediante concessão ou permissão a entes privados (artigo 21) serviços de radiodifusão sonora (inciso XII, “a”), serviços e instalações de energia elétrica (inciso XII, “b”), navegação aérea (inciso XII, “c”), serviços de transporte ferroviário e aquaviário (inciso XII, “d”) e o rodoviário interestadual e internacional de passageiros (XII, “e”).

A mudança textual da Constituição Federal com a finalidade de “rever o papel do Estado na economia” apenas se tornou necessária em relação aos setores de telecomunicações e de petróleo. Isso porque, a uma, o artigo 21, XI, em sua redação original, dispunha que competia à União explorar serviços de telecomunicação, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle estatal, o que sofreu alteração pela Emenda Constitucional n. 8, de 15 de agosto de 1995. E, a duas, o artigo 177, parágrafo 1º, impedia a União de conceder a empresas privadas qualquer tipo de participação nas diversas atividades relacionadas à exploração do petróleo, o que foi alterado pela Emenda Constitucional n. 9, de 9 de novembro de 1995.

Assim, é possível concluir-se que, em regra, a Constituição Federal já trazia, desde a origem, amplas possibilidades para a atuação do Estado na economia, cabendo ao legislador ordinário a definição de sua forma (absorção, direção e/ou indução).

Essa conclusão pode ser reforçada quando se observam os artigos 173, *caput* – possibilidade de atuação direta pelo Estado quando presentes imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei –, 174, *caput* – atuação do Estado como regulador da atividade econômica –, e 175, *caput* – prestação de serviços públicos pelo Estado, seja diretamente, seja por meio de concessão ou permissão. Vale ressaltar, por fim, que os textos dos artigos mencionados são os mesmos desde a promulgação da Constituição Federal.

### 3.4 MUDANÇAS NO SETOR ELÉTRICO

Em meados do século XX, dada a crescente demanda energética do país e a conseqüente necessidade de grandes investimentos em empreendimentos hidrelétricos, o Estado brasileiro ingressa no setor como empresário.

Exemplo desse fenômeno foi a criação da Companhia Hidro Elétrica do São Francisco – CHESF por meio do Decreto-lei n. 8.031, de 3 de outubro de 1945, com a finalidade de realizar o aproveitamento industrial progressivo da energia hidráulica do Rio São Francisco.

A Eletrobrás teve sua criação autorizada pela Lei n. 3.890, de 20 de abril de 1961, cujas competências foram definidas pela Lei n. 5.899, de 5 de julho de 1973. Competia à estatal, por meio de suas subsidiárias regionais, construir e operar (i) geração de interesse supraestadual, (ii) transmissão de alta tensão que se destine à integração interestadual e (iii) transmissão de energia proveniente de empreendimento binacional. Além disso, cabia à Eletrobrás contribuir para o planejamento energético nacional (artigos 14 e 15 da Lei n. 5.899/1973).

Também deve ser lembrada a criação das Centrais Elétricas de Minas Gerais S.A. – CEMIG, em Minas Gerais, e da Comissão Estadual de Energia Elétrica – CEEE, no Rio Grande do Sul.

Segundo Waltenberg<sup>30</sup>,

Esse grande modelo estatal surtiu efeitos expressivos, tendo dado margem ao extraordinário crescimento da capacidade instalada de geração brasileira, que, por seu turno, provocou a criação de um

30 WALTENBERG, Davi. A regulação e o direito da energia elétrica. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

complexo sistema interligado de transmissão. Disso resultou a caracterização do serviço de energia elétrica como um dos serviços públicos de espectro social e democrático mais amplo do país, espalhando-se largamente, de forma tal que em quase todos os cantos do Brasil está presente a distribuição de energia elétrica.

O modelo estatal de exploração do setor elétrico, por depender de recursos orçamentários, começou a apresentar problemas de funcionamento com a crise fiscal dos anos 1980, razão pela qual se tornou necessária a reestruturação do setor com a finalidade de atração de capital privado.

Com o reposicionamento do Estado na economia, no setor elétrico foram privatizadas duas concessionárias de distribuição federais, a Light e a Escelsa, e vários estados começaram a privatizar as empresas de distribuição sob seu controle. Furnas, Chesf, Eletronorte e Eletrosul, estatais dedicadas à geração e transmissão de energia, foram incluídas no PND, mas, ao final, apenas essa última foi privatizada. Assim, apesar do movimento privatizante, o governo federal continuou a ter participação direta nas atividades de geração e de transmissão de energia.

A partir de 1995, começou a se implementar a desverticalização de empresas de energia e a instauração de concorrência nos segmentos de geração e de comercialização de energia elétrica.

A Lei n. 9.074/1995, por meio de seu artigo 11, criou a figura do produtor independente de energia elétrica, o qual obtém uma concessão de uso bem público (potencial hidráulico) e, a depender da potência da usina, necessita de uma concessão ou autorização para produção independente, ou seja, com a finalidade de comercializar a totalidade ou parcela da energia produzida.

Passaram a conviver três regimes de geração de energia: regime de serviço público (geração destinada ao mercado regulado), autoprodução (consumo próprio) e produção independente (comercialização no mercado livre, então em criação).

Na outra ponta, foi criada a figura do consumidor livre, que é o consumidor que possui a faculdade de escolher o seu fornecedor de energia (artigos 15 e 16 da Lei n. 9.074/1995). Diferentemente do consumidor cativo, que adquire energia necessariamente da concessionária de distribuição em cuja área de concessão esteja localizado, o consumidor

livre pode optar por contratar o fornecimento de energia de qualquer comercializador de energia, seja esse um gerador ou não.

O critério para o enquadramento como consumidor livre é a carga. Nos termos do artigo 16, “é de livre escolha dos novos consumidores, cuja carga seja igual ou maior que 3.000 kW, atendidos em qualquer tensão, o fornecedor com quem contratará sua compra de energia elétrica”.

O consumidor livre pode adquirir energia de um agente diferente do concessionário de distribuição ao qual se encontra conectado, pelo que se começa a se falar em separação entre a contratação do fornecimento de energia e a contratação do uso do fio.

Nesse sentido, o artigo 15, § 6º, assegura aos geradores e a alguns consumidores livre acesso aos sistemas de distribuição e transmissão de concessionário de serviço público, mediante ressarcimento do custo de transporte envolvido.

Lançadas as bases para a concorrência na geração e na comercialização de energia com a criação do produtor independente e do consumidor livre, respectivamente, a Lei n. 9.648, de 28 de maio de 1998, veio a inaugurar a livre negociação da compra e venda de energia elétrica, inclusive com a participação dos concessionários de distribuição de energia.

A reforma implantada por meio da Lei n. 9.648/1998 reconhecia os setores de distribuição e transmissão como monopólios naturais, ao passo que inseria os setores de geração e comercialização em mercados competitivos.

Para tanto, foi previsto um modelo de transição, no qual os contratos iniciais (contratos de suprimento de energia) entre geradores e distribuidores decairiam à proporção de 25% ao ano, até a completa descontração (artigo 10). Caberia aos concessionários de distribuição, então, promover uma paulatina contratação livre, de modo a substituir a energia transacionada via contratos iniciais.

Conforme anota Prado<sup>31</sup>,

A completa implementação desse livre mercado seria precedida de um período de transição de oito anos (Lei n. 9.648/98). Durante

---

31 PRADO, Mariana Mota. O setor de energia elétrica. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (org.). *Direito e economia na regulação setorial*. São Paulo: Saraiva, 2009.

o período de transição, existiria um mercado regulado e o livre mercado. No mercado regulado haveria contratos bilaterais entre geradoras e distribuidoras de energia elétrica, os chamados contratos iniciais. No mercado livre, a energia seria negociada livremente. Ao final do período de transição, a compra e venda de energia seria livremente negociada.

O artigo 9º dissociou legalmente a contratação da energia e do acesso e uso dos sistemas de transmissão e de distribuição. A partir daqui, então, a aquisição de energia passa a ser objeto exclusivo do contrato de comercialização de energia, ao passo que o acesso e o uso dos sistemas de transmissão e de distribuição passam a ser objeto de contratos em separado (no caso CCT e CUST, para a transmissão, e CCD e CUSD, para a distribuição).

Em regra, portanto, a comercialização de energia, por ter sido entregue à livre negociação, era transacionada via preço, e não mais por tarifa regulada pela ANEEL. A regulação da ANEEL apenas incidiria quando do repasse do preço da aquisição de energia para as tarifas dos consumidores.

Em sentido oposto, o acesso e o uso dos sistemas de transmissão e de distribuição permaneciam regulados, com tarifas homologadas pela ANEEL (artigo 9º, § 1º).

No mesmo momento, com a alteração do artigo 26, II, da Lei n. 9.427/1996, foi criada a figura do comercializador de energia (ou comercializador puro, que é aquele que não possui ativos de geração ou de consumo).

Como já registrado, esse modelo de livre negociação pretendia instaurar a concorrência na geração e na comercialização. Ficaram de fora desse regime de concorrência os setores com características de monopólio natural, que, no setor elétrico, são a transmissão e a distribuição (inviabilidade econômica e urbanística de duplicação das redes).

Para se viabilizar a livre concorrência, foram criados o Mercado Atacadista de Energia Elétrica – MAE e o Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS.

O MAE, sem personalidade jurídica, posteriormente sucedido pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, foi criado

para funcionar como o ambiente virtual de comercialização de energia elétrica, onde são realizadas as transações relativas ao SIN.

Ao ONS, pessoa jurídica de direito privado sob regulação e fiscalização da ANEEL, foram entregues as atividades de coordenação e controle da operação da geração e da transmissão de energia elétrica no Sistema Interligado Nacional – SIN.

Foram dissociadas, assim, a operação física realizada pelo ONS e as relações contratuais registradas no MAE.

A Lei n. 10.848/2004 promoveu profundas alterações no setor elétrico, notadamente no que toca à comercialização de energia, e inaugurou um novo modelo. Por essa razão Prado<sup>32</sup> a denomina de contrarreforma, visto que caminhou em sentido oposto ao da reforma implantada no setor elétrico no final dos anos 90.

O artigo 1º veio a dispor que a comercialização de energia elétrica no Sistema Interligado Nacional se daria no Ambiente de Contratação Regulada – ACR ou no Ambiente de Contratação Livre.

O Ambiente de Contratação Regulada – ACR fica reservado à participação, como compradores, dos concessionários, permissionários e autorizados do serviço público de distribuição de energia elétrica e com a finalidade de fornecimento de energia para o mercado regulado. Como vendedores de energia no ACR, podem participar os concessionários de serviço público de energia elétrica e os produtores independentes de energia – PIE.

As concessionárias de distribuição possuem a obrigação de garantir o atendimento à totalidade do seu mercado e, para tanto, no ACR, devem adquirir energia por meio de leilões promovidos pelo Poder Concedente. Nos leilões, as concessionárias de distribuição apenas declaram o montante de energia que necessitarão nos próximos anos. Com o conhecimento da necessidade de energia a ser adquirida pelas concessionárias de distribuição, a ANEEL promove o leilão, geralmente por meio da CCEE. O Ministério de Minas e Energia – MME fixa o preço máximo (R\$/MWh) e os geradores fazem os lances das quantidades que pretendem vender.

---

32 PRADO, op. cit., passim.

Ao final dos leilões, são firmados os Contratos de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado – CCEAR entre todas as concessionárias de distribuição e os vencedores do leilão, que serão aqueles que tiverem ofertado menor preço pela venda da energia.

No ACR, os leilões podem ser relativos a energia de empreendimentos de geração existentes, de novos empreendimentos de geração e de fontes alternativas. Novos empreendimentos de geração são os que, até o início do leilão, não sejam detentores de outorga ou sejam parte de empreendimento existente que venha a ser objeto de ampliação.

O Ambiente de Contratação Livre – ACL, que funciona nos moldes do artigo 10 da Lei n. 9.648/1998, contempla a participação de qualquer agente do setor, com exceção dos concessionários de distribuição. Participam dele, assim, concessionários e autorizados de geração, comercializadores e importadores de energia elétrica e os consumidores livres.

À CCEE, criada para substituir o MAE, compete, entre outras atribuições, manter o registro de todos os contratos de comercialização de energia celebrados tanto no ACR quanto no ACL.

Assim, partindo-se de um modelo estatal e verticalizado existente até 1995, alcançou-se, em 2010, um modelo para o setor elétrico bastante diverso.

Na geração, os três regimes de geração de energia elétrica anteriormente existentes (serviço público, produção independente e autoprodução) passam a ter grande identificação entre si e a ser caracterizados como agentes vendedores, visto que o gerador em regime de serviço público não tem mais contrato de energia necessariamente vinculado ao fornecimento ao consumidor cativo, em razão do decaimento dos contratos iniciais, e que o autoprodutor pode comercializar não apenas o excedente, mas também compor lastro com geração de terceiros.

Atualmente, existem registrados na CCEE 33 autoprodutores, 28 geradores ainda em regime de serviço público (porém já sem a obrigatoriedade de fornecimento ao consumidor cativo, em razão do decaimento dos contratos iniciais) e 235 produtores independentes<sup>33</sup>. Até 1995, existiam apenas os geradores em regime de serviço público e alguns autoprodutores.

---

33 Fonte: Contabilização de agosto/2010 da CCEE.

Na comercialização, existem atualmente registrados na CCEE 474 consumidores livres, 393 consumidores especiais, 1 importador e 85 comercializadores puros, ao passo que, anteriormente à 1995, nenhum desses agentes existia.

Observa-se, portanto, que se possibilitou a criação de algo que até então não existia no setor de energia elétrica: um grande mercado com negociações de preço livres, com 296 vendedores, de um lado, e 868 compradores, de outro lado, isso sem contar 85 comercializadores, que podem comprar e vender energia no mercado.

#### 4 RELEITURA DA DELEGAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA

Feito esse panorama do reposicionamento do Estado na economia e das reformas operadas no setor elétrico, deve-se, a partir de agora, fazer releitura da delegação do poder de polícia.

De início, cabe afirmar que a CCEE não exerce, no sentido clássico do termo, poder de polícia, apesar de as penalidades aplicadas possuírem natureza administrativa.

A doutrina costuma separar “delegação do poder de polícia” de “delegação de atos de mera execução”. E é exatamente nessa segunda categoria em que se insere a atividade da CCEE de aplicação de penalidades. Isso porque essa atividade pode ser enquadrada como “objetiva”: a CCEE aplica as penalidades quando verificadas as hipóteses previamente previstas na regulação da ANEEL.

Nesse sentido, Meirelles<sup>34</sup> defende que o poder de polícia delegado se limita a atos de mera execução, não se incluindo, na delegação, o exercício de juízo de valor. No poder de polícia delegado estaria implícita a faculdade de aplicar sanções aos infratores, na forma regulamentar, o que seria atributo de seu exercício.

Em entendimento similar, Mello<sup>35</sup> entende que há ressalvas excepcionabilíssimas em que o particular pode se habilitar à prática de ato material preparatório ou sucessivo a atos jurídicos de polícia, também sem o exercício de qualquer juízo de valor pelo ente delegado (prática de atos executórios).

34 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. Malheiros: São Paulo, 2003.

35 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. Malheiros: São Paulo, 2010.

Para Mello<sup>36</sup>, a finalidade de se proibir a delegação é evitar “qualquer supremacia engendradora de desequilíbrio entre os administrados”. Assim é que a execução de atos materiais com alto grau de objetividade pode, sim, ser delegada a entes privados. É que a ausência de discricionariedade na execução desses atos materiais garante a imparcialidade perante os administrados.

A delegação nessas hipóteses se torna legítima “pois não está aí envolvida expedição de sanção administrativa e nem mesmo a *decisão* sobre se houve ou não violação de norma de trânsito, mas mera constatação objetiva de um fato” (MELLO<sup>37</sup>).

A atuação do particular na prática de atos materiais é um “veículo de formação e transmissão da decisão do próprio Poder Público”<sup>38</sup>.

A CCEE não possui autonomia para, por sua própria iniciativa, estabelecer Convenção, Regras ou Procedimentos de Comercialização, tampouco para prever penalidades a serem aplicadas aos agentes. Exerce apenas atividade executória de aplicação da Convenção, das Regras e dos Procedimentos de Comercialização, os quais são veiculados por regulação da ANEEL. A aplicação de penalidades decorre apenas da colocação em funcionamento de sistemas.

Portanto, ao aplicar as penalidades, a CCEE não se utiliza de elementos externos à Convenção, às Regras ou Procedimentos de Comercialização, nem aos sistemas computacionais, e, por isso, não tem discricionariedade quanto à sua aplicação. Daí que a CCEE não exerce juízo de valor quando aplica uma penalidade.

O fato de a CCEE, quando da aplicação das penalidades, não exercer juízo de valor extrema a sua atividade do exercício do poder de polícia.

Conforme defendido por Di Pietro<sup>39</sup>, são atributos do poder de polícia exatamente “a discricionariedade, a auto-executoriedade e a coercibilidade”.

---

36 MELLO, op. cit., p. 839.

37 MELLO, op. cit., p. 840.

38 MELLO, op. cit., p. 841.

39 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, p. 113, 2002.

Ora, além de a atividade da CCEE ser destituída do atributo da discricionariedade, também não comparecem, aqui, a auto-executoriedade e a coercibilidade.

De fato, as penalidades aplicadas pela CCEE, caso inadimplidas, ensejam o ajuizamento de ação judicial e qualquer medida constritiva em detrimento do agente inadimplente só pode ser tomada pela ANEEL, a qual deve ser instada a tanto pela CCEE.

Assim, eventual inadimplência de um agente apenas acarretará o seu desligamento pela CCEE após a revogação de sua autorização por parte da ANEEL, conforme disposto no artigo 5º, § 1º, do Estatuto da CCEE.

Pode-se falar, então, que a CCEE possui competência meramente executória de aplicação de penalidades.

Na lição de Mello<sup>40</sup>, como já visto acima, é possível delegar a entes particulares a “prática de ato material preparatório ou sucessivo a atos jurídicos de polícia, também sem o exercício de qualquer juízo de valor pelo ente delegado (prática de atos executórios)”, que é exatamente o caso da atividade desempenhada pela CCEE.

O juízo de valor, no caso, é exercido pela ANEEL quando da expedição da Convenção, das Regras e dos Procedimentos de Comercialização, os quais serão apenas executados objetivamente pela CCEE. A execução objetiva dessas normas se materializa por meio da colocação em funcionamento dos sistemas computacionais.

Conclui-se, assim, que tal atividade exercida pela CCEE, caracterizada pelo alto grau de objetividade na sua execução, ante a ausência de discricionariedade, não promove qualquer desequilíbrio entre CCEE e agentes e, portanto, deve ser reconhecida como legítima.

Ademais, ainda é de se pontuar que a evolução do setor elétrico deve ensejar compreensão diversa das atividades desenvolvidas pela CCEE, de modo a se afastar o “dogma” da indelegabilidade do poder de polícia, tal como definido quando do julgamento da ADI n. 1.717 pelo STF.

O setor elétrico atual já não é mais marcadamente estatal. Como visto acima, além de os serviços públicos de eletricidade serem

---

40 MELLO, op. cit., p. 840.

atualmente prestados sob o regime de concessão, há largo espaço para a atuação de agentes privados, no exercício da liberdade de iniciativa, com dependência de mera autorização.

Dessa forma, a estrutura reputada como mais adequada para efetuar a atividade operacional de controle das operações comerciais de energia elétrica foi uma instituição privada com ligeiras características de autorregulação, porém com forte coloração pública.

A decisão política de criação da CCEE como ente privado, realizada legislativamente por meio da edição da Lei n. 10.848/2004, se insere na concepção de estruturação de Estado de menor dimensão, separando-se o conceito de público do conceito de estatal. Ou seja, serão públicas instituições que não se encontram dependentes do orçamento público, como é o caso da CCEE, que é abastecida não com recursos do orçamento, mas por meio de contribuições de seus associados.

De um lado, a CCEE, ao assumir estrutura privada, e não estatal, ainda assim é visivelmente pública, dada a presença do Estado no seu interior (indicação de membros e do presidente, elaboração do Estatuto e das regras de funcionamento, etc.).

De outro lado, pode-se afirmar que a CCEE tem ligeiras características de autorregulação pela sua composição. No entanto, não é possível fazer completa identificação entre a estruturação da CCEE e a autorregulação propriamente dita, exatamente em razão da marcada presença do Estado.

Segundo Majone<sup>41</sup>, a regulação também pode ser alcançada por meio da delegação de responsabilidades a instituições privadas, falando-se, então, em autorregulação (*self regulation*). Para Majone<sup>42</sup>, “*this mode of regulation has a long tradition among the crafts and the professions, but in recent times it has extended into other areas such as technical standardization, industrial safety and financial services*”.

É certo que um dos riscos da autorregulação é o de captura, o que ficaria bastante reduzido quando a autorregulação vem a ser fiscalizada por agência reguladora, como ocorre com a fiscalização exercida pela ANEEL em face da CCEE<sup>43</sup>:

---

41 MAJONE, op. cit., passim.

42 MAJONE, op. cit., p. 23.

43 MAJONE, op. cit., p. 26.

Even in areas where self-regulation may be presumed to enjoy a comparative advantage, the presence of a forceful public regulator is needed in order to ‘guard the guardians’. Where the market failure to be corrected is a lack of competition or a negative externality, self-regulation is clearly inappropriate. In conclusion, self-regulation may be a useful adjunct to statutory regulation, but cannot replace it.

La Spina e Majone<sup>44</sup> ainda pontuam que o modelo de autorregulação oportuniza a aplicação de penalidades de forma bastante eficaz:

L'auto-regolazione ha il vantaggio di superare un gap informativo normalmente sofferto dai regolatori pubblici, giacché in questo caso chi si auto-regola conosce i propri costi e benefici reali, e inoltre, adottando un approccio poco formalista e più pragmatico, riscuote più facilmente la fiducia dei regolati. I soggetti dell'auto-regolazione possono adottare sanzioni in concreto molto efficaci, come l'espulsione da "circoli di qualità", il rifiuto di certificare il possesso di determinati requisiti, la sospensione o il ritiro di abilitazioni all'esercizio professionale.

Ainda que se entenda que a atividade da CCEE, apesar de objetiva, e, portanto, não discricionária, envolve poder de polícia, aqui se teria poder de polícia bem diverso daquele considerado inconstitucional pelo STF quando do julgamento da ADI n. 1.717.

De fato, naquela ocasião, o STF considerou inconstitucional o fato de entidades privadas exercerem fiscalização profissional em afronta direta ao artigo 21, XXIV, da CF/88, o qual estabelece expressamente como competência da União “organizar, manter e executar a inspeção do trabalho”. O STF também considerou inconstitucional o fato de tais conselhos profissionais, no texto da Lei n. 9.649/1998, não possuírem qualquer vinculação funcional ou hierárquica com os órgãos da Administração Pública, assim como a atribuição a tais conselhos do poder de fixar, cobrar e executar as contribuições anuais devidas por pessoas físicas ou jurídicas, bem como preços de serviços e multas, as quais constituiriam receitas próprias.

A CF/88 dispõe ser da competência da União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, “os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético

---

44 LA SPINA; MAJONE, op. cit., p. 70.

dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos” (artigo 21, XII, “b”), assim como legislar sobre “energia” (artigo 22, IV).

Ainda é de se notar que, diferentemente da previsão da Lei n. 9.649/1998 de não submeter os conselhos profissionais a vinculação funcional ou hierárquica, o funcionamento da CCEE está estritamente vinculado às normas editadas pela ANEEL, a qual regula e fiscaliza as suas atividades.

Ademais, a CCEE não exerce qualquer competência tributária. Em verdade, do ponto de vista financeiro, a CCEE funciona como associação privada, tendo seus custos suportados por contribuições pagas pelos associados. A liquidação das operações realizadas no âmbito da CCEE distribui receitas e despesas dos próprios agentes, as quais não integram o seu patrimônio, e as penas aplicadas aos agentes revertem em benefício da modicidade tarifária.

Por fim, a atividade da CCEE é objetiva, podendo ser resumida à aplicação da Convenção, das Regras e dos Procedimentos de Comercialização, bastante diferente, portanto, das atividades desenvolvidas pelos conselhos profissionais.

Verifica-se, assim, que o *fenômeno* CCEE é absolutamente diverso do *fenômeno* conselhos profissionais no desenho da Lei n. 9.649/1998, motivo pelo qual deve ser afastada a aplicação do entendimento firmado pelo STF quando do julgamento da ADI n. 1.717.

## 5 CONCLUSÃO

A finalidade do presente artigo foi realçar o papel da interpretação na compreensão dos institutos jurídicos, tomando por base o caso da aplicação de sanções aos agentes do setor elétrico pela CCEE e tendo por pano de fundo o entendimento dado pelo STF a respeito da delegação do poder de polícia a entidades privadas. A atividade de interpretação, como se demonstrou, está associada à realidade histórica do intérprete. Assim, em última análise, pode-se falar que o tema do presente artigo é a relação entre o direito e o tempo.

As decisões tomadas no passado devem ser compreendidas de acordo com a realidade então vivida. Ao se fazer a transposição dessas decisões para o presente de forma acrítica, a realidade atual será avaliada

de acordo com condições que já não mais se encontram presentes ou não mais fazem sentido.

O que se propõe, então, é que o entendimento dado pelo STF para o tema delegação do poder de polícia a entidades privadas seja compreendido conforme a atuação do Estado brasileiro naquele momento. Para se atualizar esse entendimento, deve-se compreender como o Estado brasileiro mudou desde então e até os dias de hoje.

## REFERÊNCIAS

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 2007.

HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Tradução de Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

\_\_\_\_\_. *Temas fundamentais de direito constitucional*. Brasília: Saraiva, 2009.

KAUFFMAN, Arthur. *Filosofia do direito*. Tradução de Antônio Ulisses Cortez. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

LA SPINA, Antonio; MAJONE, Giandomenico. *Lo Stato regolatore*. Bologna: il Mulino, 2000.

MAJONE, Giandomenico. *Regulating Europe*. London: Routledge, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. Malheiros: São Paulo, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. Malheiros: São Paulo, 2010.

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In: BRESSER, Luiz Carlos; SPINK, Peter Kevin (coord.). *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

PRADO, Mariana Mota. O setor de energia elétrica. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (org.). *Direito e economia na regulação setorial*. São Paulo: Saraiva, 2009.

VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. *Diritto e interpretazione: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. Roma: Laterza, 2004.

WALTENBERG, Davi. A regulação e o direito da energia elétrica. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

