

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

GHABRIEL CAMPIGOTTO SOETHE

GERAÇÃO DISTRIBUÍDA DE ENERGIA ELÉTRICA COMO MEIO DA
SUSTENTABILIDADE

CURITIBA

2022

GHABRIEL CAMPIGOTTO SOETHE

**GERAÇÃO DISTRIBUÍDA DE ENERGIA ELÉTRICA COMO MEIO DA
SUSTENTABILIDADE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre. Área de concentração: Direito Econômico e Desenvolvimento.

Orientador: Professor Doutor Luiz Alberto Blanchet.

CURITIBA

2022

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central
Luci Eduarda Wielganczuk – CRB 9/1118

S681g Soethe, Ghabriel Campigotto
2022 Geração distribuída de energia elétrica como meio da sustentabilidade /
Ghabriel Campigotto Soethe ; orientador: Luiz Alberto Blanchet. – 2022.
162 f. : il. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná,
Curitiba, 2022

Bibliografia: f.

1. Geração distribuída de energia elétrica – Legislação. 2. Serviço público.
3. Sustentabilidade. I. Blanchet, Luiz Alberto. II. Pontifícia Universidade
Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Dóris 4. ed. – 341.3444

GHABRIEL CAMPIGOTTO SOETHE

**GERAÇÃO DISTRIBUÍDA DE ENERGIA ELÉTRICA COMO MEIO DA
SUSTENTABILIDADE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre. Área de concentração: Direito Econômico e Desenvolvimento.

COMISSÃO EXAMINADORA

Professor Dr. Luiz Alberto Blanchet
PUC/PR
Orientador

Professor Dr. Juarez Freitas
PUC/RS

Professor Dr. Daniel Wunder Hachem
PUC/PR

Professor Dr. Luiz Alexandre Carta Winter
PUC/PR

RESUMO

A concretização do Objetivo do Desenvolvimento Sustentável nº 7, que se refere à energia limpa e acessível, impõe a sujeição dos serviços públicos de energia elétrica ao regime jurídico dos direitos fundamentais, especialmente no que tange ao regime jurídico-administrativo. O problema visado é o de que, se desconsiderada a devida adequação dos serviços públicos, ao invés do Estado promover a sustentabilidade, pode acabar por inviabilizar o uso da geração distribuída no meio social, frustrando as pretensões jurídicas fundamentais que irradiam do regime especial dos serviços públicos. Em vistas disso, pretende-se contribuir para o esclarecimento do sentido jurídico da geração distribuída, levando em conta a retrospectiva das transformações que marcaram o processo histórico de sua emergência, partindo-se do contexto internacional em direção à sua situação no ordenamento jurídico brasileiro. Dentre as mudanças percebidas nesse processo, destacam-se aquelas afetas à cultura científica do setor eletroenergético, que impactaram o comércio de tecnologias, mas também as políticas internacionais no âmbito da OMC. Uma retrospectiva da institucionalização da energia elétrica no ordenamento jurídico pode indicar diversos fatores que direta ou indiretamente contribuíram para a instituição do primeiro conceito de geração distribuída nos textos normativos. Mas como isso pode ser observado na perspectiva do Direito? Com a exposição de noções preliminares de Direito e das Normas de Direitos Fundamentais, são analisados o regime jurídico especial, sua complexidade estrutural e seus reflexos na decisão administrativa. A partir daí, buscou-se identificar o regime jurídico da energia elétrica, com destaque ao regime especial dos serviços públicos, sem o que não seria possível sistematizar um conceito lógico-jurídico de GD como meio da Sustentabilidade. Foi realizada pesquisa-ação contributiva, calcada no procedimento lógico hipotético dedutivo, com abordagem principalmente qualitativa do tema, com recurso de técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, com enfoque em sítios eletrônicos de instituições interessadas no setor eletroenergético como a Agência Nacional de Energia Elétrica e a Empresa de Pesquisa Energética, por exemplo. Ao final do trabalho é possível reconhecer a incidência de um regime jurídico especial com intensidades diversas, a depender da hipótese abarcada pelo conceito jurídico em seu sentido amplo. Espera-se, com isso, que as pesquisas futuras possam direcionar tempo e energia na busca por soluções concretas que viabilizem o uso da GD como meio da Sustentabilidade.

Palavras-chaves: Conceito jurídico; Energia Elétrica; Geração distribuída; Serviço Público; Sustentabilidade.

ABSTRACT

The achievement of Sustainable Development Goal n° 7, which refers to clean and accessible energy, imposes the subjection of public electric energy services to the legal regime of fundamental rights, especially with regard to the legal-administrative regime. The problem addressed is that, if the proper adequacy of public services is disregarded, instead of the State promoting sustainability, it may end up making the use of distributed generation in the social environment unfeasible, frustrating the fundamental legal claims that radiate from the special regime of services. public. In view of this, it is intended to contribute to the clarification of the legal meaning of distributed generation, taking into account the retrospective of the transformations that marked the historical process of its emergence, starting from the international context towards its situation in the Brazilian legal system. Among the changes perceived in this process, those affecting the scientific culture of the electrical energy sector stand out, which impacted the trade in technologies, but also international policies within the scope of the WTO. A retrospective of the institutionalization of electric energy in the legal system can indicate several factors that directly or indirectly contributed to the institution of the first concept of distributed generation in the normative texts. But how can this be observed from the perspective of law? With the exposition of preliminary notions of Law and Fundamental Rights Norms, the special legal regime, its structural complexity and its reflexes in the administrative decision are analyzed. From there, we sought to identify the legal regime for electricity, with emphasis on the special regime for public services, without which it would not be possible to systematize a logical-legal concept of DG as an instrument of Sustainability. Contributory action-research was carried out, based on the hypothetico-deductive logical procedure, with a mainly qualitative approach to the theme, using bibliographic and documentary research techniques, focusing on electronic sites of institutions interested in the electrical energy sector such as the National Electric Energy Agency and the Energy Research Company, for example. At the end of the work, it is possible to recognize the incidence of a special legal regime with different intensities, depending on the hypothesis covered by the legal concept in its broad sense. It is hoped, therefore, that future research can direct time and energy in the search for concrete solutions that enable the use of DG as an instrument of Sustainability.

Keywords: Distributed Generation; Electricity; Legal Concept; Public Service; Sustainability.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	7
2 EMERGÊNCIA DA GERAÇÃO DISTRIBUÍDA NO ÂMBITO JURÍDICO	12
2.1 RETROSPECTIVA DA ENERGIA ELÉTRICA E DAS INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS.....	13
2.2 “TENSÕES” PERCEBIDAS NO COMÉRCIO MUNDIAL APÓS AS INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS.....	19
2.3 INSTITUCIONALIZAÇÃO DAS INOVAÇÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	30
2.4 EMERGÊNCIA DOS CONCEITOS NOS TEXTOS NORMATIVOS	40
3 SUSTENTABILIDADE NO REGIME DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	59
3.1 NOÇÕES PRELIMINARES DE DIREITO E DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	59
3.2 REGIME JURÍDICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO ..	68
3.3 PROJEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA	78
4 GERAÇÃO DISTRIBUÍDA NO SISTEMA JURÍDICO.....	91
4.1 ENERGIA ELÉTRICA NO SISTEMA JURÍDICO.....	106
4.2 REGIME ESPECIAL DOS SERVIÇOS PÚBLICOS	112
4.3 GERAÇÃO DISTRIBUÍDA COMO MEIO DA SUSTENTABILIDADE	120
5 CONCLUSÃO.....	129
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	131

1 INTRODUÇÃO

Sem energia nada funciona. Não há vida digna, não se erradica a pobreza e a marginalização, não se reduzem desigualdades sociais e regionais, nem pode haver desenvolvimento nacional sem energia.

Energia “é uma propriedade ou atributo de *todo corpo* ou *sistema material* em virtude do qual este pode *transformar-se*, modificando sua situação ou estado, assim como *atuar* sobre outros originando neles *processos de transformação*.”¹

Sua *manifestação* nos mais diversos tipos de sistemas ocorre de quatro *formas básicas*: energia cinética; energia potencial; energia da massa (de repouso); e energia dos campos (eletromagnético e gravitacional)². Termos como energia química, energia elétrica, energia mecânica, por exemplo, indicam apenas *modos específicos de manifestação* das formas básicas de energia que podem ser constatadas *em cada sistema*³.

O foco do presente trabalho é a *energia elétrica*, que consiste em um fenômeno físico complexo⁴ de movimentação de elétrons (corrente) causado pela tensão (ou voltagem) entre dois pontos no circuito elétrico (fio), em função da diferença de potencial entre si⁵. Nestes circuitos (ou sistemas) a energia pode ser caracterizada como ativa, reativa ou aparente, conforme a finalidade da medição⁷.

Se comparada às *formas básicas* de manifestação nos diversos sistemas, além de ser a mais facilmente conversível, a energia elétrica é também a mais democraticamente distribuída

¹ “[*es una propiedad o atributo de todo cuerpo o sistema material en virtud de la cual éste puede transformarse, modificando su situación o estado, así como actuar sobre otros originando en ellos procesos de transformación*]” HIERREZUELO, J. M.; MOLINA, E. G. **Una propuesta para la introducción del concepto de energía en el bachillerato**. Enseñanza de las Ciencias, Barcelona, v. 8, n. 1, p. 23-30, 1990. p.23. Disponível em: <https://raco.cat/index.php/Ensenanza/article/view/51288>. Acesso em: 12 ago. 2021.

² SOLBES, J.; TARÍN, F. **Algunas dificultades en torno a la conservación de la energía**. Enseñanza de las Ciencias, Barcelona, v. 16, n. 3, p. 387-397, nov. 1998. p. 391. Disponível em: <https://raco.cat/index.php/ensenanza/article/view/21544>. Acesso em: 12 ago. 2021.

³ BUCUSSI, Alessandro A. **Introdução ao conceito de energia**. Porto Alegre : UFRGS, Instituto de Física, Programa de Pós-Graduação em Ensino de Física, 2007. p. 23. Disponível em: https://www.if.ufrgs.br/tapf/v17n3_Bucussi.pdf. Acesso em: 12 ago. 2021.

⁴: “a complexidade é um tecido (complexus: o que é tecido junto) de constituintes heterogêneas inseparavelmente associadas: ela coloca o paradoxo do uno e do múltiplo”. MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2007.p. 13.

⁵ BOURGES, Fernanda Schuhli. **O Estado Regulador e a necessidade de estabelecer padrões de qualidade no fornecimento de energia elétrica**. (Monografia) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2002. p. 6.

⁶ CARVALHO, Alfrânio de. **Energia elétrica e bens da concessão**. Atualização de Dora Martins de Carvalho. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 16.

⁷ A potência, medida em watt (W), refere-se à capacidade do equipamento ou instalação ser capaz de gerar ou produzir trabalho mecânico ou calor. Ao concretizar-se no tempo pode ser medido em watt-hora (Wh) e seus múltiplos são Kwh (Kilo) e o Mwh (Mega). Ainda, ao se tratar de corrente alternada, a frequência das oscilações pode ser quantificada em Hz (Hertz). BOURGES, Fernanda Schuhli. **O Estado Regulador e a necessidade...** Op. Cit. 2002. p. 6-7.

e aproveitada no Brasil⁸.

Os dados fornecidos pela Empresa de Pesquisa Energética indicam que 475.648 GWh foram consumidos por 86,6 milhões de unidades consumidoras (UC), apenas em 2020. Referente ao mesmo período, pode-se constatar que 31% (148.173 GWh) do consumo total foi realizado em residências urbanas, que representam 86% (74,8 milhões) das UC (maior parte). Estimou-se, ainda, que 35% (166.335 GWh) do consumo total (maior parte), foi realizado em atividades industriais⁹, que representam apenas 0,5% (469 mil) das UC¹⁰. Notou-se também que 17,3% (82.522 GWh) do consumo total foi realizada em atividades comerciais¹¹, por 6,8% (5,8 milhões) das UC.

Mas foi por efeito do empreendedorismo¹² humano que, por meio da tecnologia¹³, pôde-se transformar a energia e percebe-la com significado econômico em função de seu uso no meio social¹⁴. Sem as inovações tecnológicas, não seria possível que a energia elétrica chegasse ao usuário final e, assim, fosse convertida nas múltiplas utilidades e comodidades para o atendimento das necessidades da população. Mas para que fosse viável sua adequada circulação, a energia elétrica precisou de formas jurídicas próprias, ordenadas conforme os

⁸ HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coord.). **Estado, Direito e Políticas Públicas: Homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho**. Curitiba: Íthala, 2014. p. 476.

⁹ Dentre as que mais consumiram, podem ser mencionadas a título de exemplo as seguintes atividades: metalurgia (39.795 GWh); fabricação de produtos alimentícios (22.167 GWh); fabricação de produtos químicos (16.772 GWh); fabricação de bebidas (2.966 GWh); e fabricação de máquinas e equipamentos (2.578 GWh). EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA (EPE). **Anuário Estatístico de Energia elétrica de 2021**. Disponível em: <https://www.epe.gov.br/pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/anuario-estatistico-de-energia-eletrica>. Acesso em: 28 dez. 2021. p. 226.

¹⁰ EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA (EPE). **Anuário Estatístico de Energia...** Op. Cit. 2021. p. 192.

¹¹ Dentre as que mais consumiram, podem ser mencionadas a título de exemplo as seguintes atividades: comércio varejista (20.894 GWh); de telecomunicações (4.274 GWh); de atenção à saúde humana (3.753 GWh); de alimentação (3.153 GWh); de educação (1.427 GWh); e de transporte terrestre (908 GWh). EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA (EPE). **Anuário Estatístico de Energia ...** Op. Cit. 2021. p. 227.

¹² “A noção de empreendedor pressupõe proatividade criativa e se completa com a eficácia. A proatividade criativa deve ser inovadora, geradora de utilidades ou comodidades inexistentes antes da atuação do empreendedor, ou pela criação de objeto novo, ou pela nova utilidade dada a objeto já existente. A eficácia está vinculada aos resultados positivos, úteis, do empreendimento. Empreendedor não é somente o autônomo. Também o é o empregado, o funcionário público e toda pessoa que identifica necessidades presentes e antevê utilidades futuras e as materializa.” BLANCHET, Luiz Alberto. **O princípio constitucional da reciprocidade como pressuposto do desenvolvimento sustentável**. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2010, n. 3, Ago-Dez. p. 32-55. Disponível em: <https://abdconstojs.com.br/index.php/revista/article/view/22>. Acesso em: 12 ago. 2021. p. 49.

¹³ “Tecnologia provém da palavra grega “*techni*”, que significa habilidade, técnica, arte ou indústria. Técnica, por sua vez, refere-se ao conjunto de métodos e habilidades empregados pelos seres humanos para a consecução de seus mais variados objetivos materiais (e.g., construções, comunicações, transportes e promoção da saúde). De outro lado, tecnologia provém do termo “*logos*” cujo significado é razão, discussão ou argumento. Daí que tecnologia seria, a princípio, a ciência ou lógica da técnica.” MARRARA, Thiago. **Direito Administrativo e novas tecnologias**. RDA, v. 256, 2011, p. 227, nota 03. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8500>. Acesso em: 28 dez. 2021.

¹⁴ ALVARES, Walter Tavares. **Curso de Direito de Energia**. Editora Forense, Rio de Janeiro. 1978. p. 14.

objetivos do povo brasileiro¹⁵.

Pela sua expressão textual no Direito brasileiro, a energia elétrica passou ser percebida com relevância jurídica e se tornou objeto de normas¹⁶, dotadas da pretensão de regular as condutas humanas a ela pertinentes. Ambos, tanto o mundo fático que o sistema jurídico visa ordenar, quanto as normas que propõe, se tornaram exprimíveis por meio de texto¹⁷. O mesmo se deu com as atividades humanas pertinentes à geração distribuída¹⁸, que só se tornaram juridicamente relevantes a partir de 2004. Desde então, passou a englobar um plexo de condutas pertinentes ao regime jurídico da energia elétrica, objeto do presente trabalho¹⁹.

Mas o problema propriamente dito situa-se no âmbito da pessoa humana, considerada individualmente, enquanto sujeito titular de direitos fundamentais, e coletivamente no âmbito da sociedade, em sua configuração atual e futura. Refere-se a questão do desenvolvimento sustentável de acordo com a Agenda 2030 da ONU, que estabeleceu 17 objetivos específicos para os Estados junto com a sociedade efetivarem a sustentabilidade multidimensional. O ODS nº 7 aponta para um problema fulcral ao desenvolvimento sustentável: “assegurar o acesso confiável, sustentável, moderno e a preço acessível à energia para todas e todos”.

E a comunidade científica já identificou que a GD, no Direito brasileiro, pode servir como um instrumento jurídico de efetivação do desenvolvimento sustentável²⁰. Além de priorizar as fontes limpas de energia, permite maior proximidade entre a central geradora (em geral de porte reduzido) e a unidade consumidora (UC), para o atendimento das mais diversas necessidades e comodidades dos cidadãos. No âmbito de estudo dos serviços públicos, a GD recebeu abordagens que lhe compreendem apenas como micro e minigeração distribuída (MMGD). Esta, por tratar-se de modalidade incentivada, tanto por isenções fiscais como por meio de subsídios cruzados, demonstrou crescimento exponencial na última década, com mais

¹⁵ ALVARES, Walter Tavares. **Curso de Direito de Energia**...Op. Cit. 1978. p. 14.

¹⁶ “Toda norma, sob o aspecto prático, pode ser conceituada como uma solução em tese para problemas futuros. Assim é, que, em sua estrutura, deve sempre trazer a descrição teórica do problema a que visa resolver (hipótese), a previsão da solução a ser tomada quando a hipótese se verificar na prática (comando) e as consequências que advirão do descumprimento do comando (sanção)”. BLANCHET, Luiz Alberto. **Licitação**. 3ª ed., 2ª tiragem. Curitiba: Juruá editora, 1999. p.10.

¹⁷ FREITAS, Thomas Bellini; FREITAS, Juarez. **Teoria Comunicacional do Direito e Lógica Deontica**. In: DEL LLANO, Cristina Hermida; MORALES, Diogo Medina [Org.] Et al. *La teoría comunicacional del derecho y otras direcciones del pensamiento jurídico contemporáneo. Libro homenaje al profesor Gregorio Robles*. 2020. p. 298.

¹⁸ Sob o aspecto tecnológico, a geração distribuída refere-se a soluções aplicadas em centrais geradoras de pequeno porte conectadas à rede de distribuição, que dispensam a intermediação da rede básica de transmissão.

¹⁹ O “ramo do direito que estuda e disciplina as relações jurídicas e sua utilização como corrente elétrica, com repercussão econômica” denomina-se Direito da Eletricidade, conforme expressão cunhada por Walter T. Alvares. ALVARES, Walter Tavares. **Curso de Direito de Energia**... Op. Cit. 1978. p. 33.

²⁰ SOETHE, Ghabriel Campigotto; BLANCHET, Luiz Alberto. **Geração distribuída e desenvolvimento sustentável**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 20, n. 79, p. 233-257, jan./mar. 2020. DOI: 10.21056/aec.v20i79.1221. p. 251-254.

de 5 GW de capacidade instalada em território nacional. Porém, com a revisão da Resolução Normativa ANEEL nº 482/2012, em curso no ano de 2021, evidenciaram-se impactos sistêmicos e efeitos aparentemente contrários aos ODS. Foi constatada uma transferência de subsídios para o cidadão que não é usuário de MMGD (exclusivamente), estimado pela ANEEL em R\$ 55.000.000.000 (cinquenta e cinco bilhões de reais) para um período de 15 anos (2020-2035).

Para viabilizar o acesso à energia limpa por meio da GD, é imprescindível que sua normatização observe o regime jurídico dos serviços públicos, com destaque à isonomia e modicidade tarifária. Se sua observância for efetiva por parte do Poder Público, então poderá servir como importante instrumento para a efetivação do desenvolvimento sustentável. Do contrário, resultará em substancial impasse para este fim.

Por isso que o trabalho propõe a incidência de um regime jurídico específico no âmbito do serviço público de energia elétrica: o regime de direitos fundamentais. O acesso ao serviço público adequado é imprescindível para o desenvolvimento sustentável, e configura direito fundamental protegido pelo regime jurídico-administrativo. E para que a Administração Pública atue conforme este regime jurídico, existem parâmetros objetivos que precisam ser observados. É o que pode ser feito precisamente pela a exposição de um conceito jurídico para a GD, sistematizado em sentido mais amplo que o indicado pelo instituto da MMGD.

Se por um lado a conjectura²¹ sugere que a GD pode servir de meio da sustentabilidade. Por outro, a observação²² da realidade abarcada pelo seu conceito jurídico pode indicar o contrário²³.

Busca-se, de maneira mais específica: (a) identificar as normas de direitos

²¹ “a partir de uma ideia nova, formulada conjecturalmente e ainda não justificada de algum modo – antecipação, hipótese, sistema teórico ou algo análogo – podem-se tirar conclusões por meio de dedução lógica. Essas conclusões são em seguida comparadas entre si e com outros enunciados pertinentes, de modo a descobrir-se que relações lógicas (equivalência, dedutibilidade, compatibilidade ou incompatibilidade) existem no caso. POPPER, Karl R. **A lógica da pesquisa científica**. Tradução de Leonidas Hegenberg. São Paulo: Cultrix, 1972. p.33.

²² “Na ciência, a *observação*, em vez da percepção, é que desempenha o papel decisivo. Mas a observação é um processo que nós desempenhamos papel intensamente *ativo*. Uma observação é uma percepção, mas uma percepção que é planejada e preparada. Não ‘temos’ uma observação (como podemos ‘ter’ uma experiência de sentidos. Mas ‘fazemos’ uma observação. (...) Sempre uma observação é precedida por um interesse em particular, uma indagação, ou um problema – em suma, por algo teórico. Afinal de contas, podemos colocar qualquer indagação em forma de uma hipótese ou conjectura a que acrescentamos: ‘é assim? Sim ou não?’. Deste modo, podemos afirmar que cada observação é precedida por um problema, uma hipótese (...); de qualquer modo, por algo que nos interessa, por algo teórico ou especulativo. Por isto é que as observações são sempre seletivas e pressupõem (...) a existência de algum sistema de expectativas. Essas expectativas podem ser formuladas em forma de quesitos; e a observação será usada para obter uma resposta confirmadora, ou corretiva, para as expectativas assim formuladas”. POPPER, Karl R. **A lógica da pesquisa científica...Op.** Cit. p. 314.

²³ “[...] pois não basta à construção de uma definição mostrar que uma coisa é idêntica a outra; mas para destruir uma definição basta mostrar que não é idêntica.” ARISTOTELES (384-322 a.C.). **Organon**: Categorias, Da interpretação, Analíticos anteriores, Analíticos posteriores, Tópicos e refutações sofisticas. Tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. São Paulo: Edipro, 3. Ed., 2016. p. 374.

fundamentais que incidem sobre os serviços públicos; (b) expor um conceito jurídico de geração distribuída no Direito positivo brasileiro; (c) indicar caminhos para pesquisas futuras; (d) observar criticamente uma situação real abarcada pelo conceito jurídico exposto; (e) sugerir, nos termos, forma e limites das normas pertinentes à geração distribuída, procedimentos idôneos para a universalização da prática; e ainda (f) aprimorar os procedimentos de pesquisa do mestrando, pelo aprofundamento no âmbito da pesquisa ação, em vistas de resultados efetivamente positivos²⁴ diretamente para o pesquisador e reflexamente para a sociedade.

Para tanto, foi realizado trabalho monográfico e observacional, por meio de pesquisa aplicada²⁵, de abordagem qualitativa do problema, com objetivos exploratórios e descritivos, baseada no procedimento lógico hipotético-dedutivo. Lançou mão das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, com recurso a fontes primárias e secundárias²⁶. Por trata-se de tema ainda inexistente na literatura e ser de interesse coletivo a resolução do problema, baseou-se no método da pesquisa-ação, pois propõe-se a viabilizar o acesso ao conhecimento sistemático sobre o objeto de estudo e contribuir ativamente na busca pela solução do problema²⁷.

Para o pesquisador, o problema escolhido assume relevância na medida que o mesmo integra o meio social afetado. Para a sociedade, ressalta-se tratar de interesse coletivo, uma vez que a investigação pode servir tanto para problemas atuais quanto futuros, que não dizem respeito apenas aos interesses exclusivos do pesquisador, mas de todos os interessados no desenvolvimento sustentável. Como resultados e contribuições, a pesquisa ostenta a pretensão de instrumentalidade em relação ao desenvolvimento do pesquisador, da cultura científica e em última instância da sociedade em geral.

O trabalho encontra-se estruturado da seguinte forma: no **Capítulo 1** expõe-se sua introdução; no **Capítulo 2** expõe-se uma retrospectiva do processo histórico sem o qual não seria possível que o conceito fosse institucionalizado no ordenamento jurídico brasileiro; no **Capítulo 3** são expostas as bases teóricas e jurídicas para a interpretação e aplicação de conceitos jurídicos pela Administração Pública, inclusive das diretrizes hermenêuticas requeridas pelo princípio da Sustentabilidade que projetam-se por todo o sistema jurídico; no

²⁴ “É verificando a falsidade de nossas suposições que de fato entramos em contato com a ‘realidade’. É somente a descoberta e a eliminação de nossos erros que constitui aquela experiência ‘positiva’ que obtemos da realidade.” POPPER, Karl R. **A lógica da pesquisa científica...** Op.Cit. 1972. p. 331.

²⁵ PRODANOV, Cleber Cristiano; e FREITAS, Ernani Cesar. **Metodologia do Trabalho Científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico.** 2ª ed. Rio Grande do Sul: Universidade Freevale. 2013.

²⁶ PRODANOV, Cleber Cristiano; e FREITAS, Ernani Cesar. **Metodologia...** Op. Cit. 2013. p. 31-70.

²⁷ “[...]a pesquisa-ação é definida como prática que associa pesquisadores e atores em uma mesma estratégia de ação para modificar uma dada situação e uma estratégia de pesquisa para adquirir um conhecimento sistemático sobre a situação identificada. A pesquisa está diretamente ligada a uma ação particular. Tal definição se insere na tradição ‘clássica’ da pesquisa-ação.” DIONNE, Hugues. **A Pesquisa-Ação para o Desenvolvimento Local.** Tradução: Michel Thioulet. Brasília: Liber Livro Editora, 2007. p. 68.

Capítulo 4 a energia elétrica é compreendida no sistema jurídico brasileiro, com projeção dos direitos fundamentais no regime das concessões de serviços públicos e da GD. Propõe-se, ao final do trabalho, uma exposição lógico-teórica de um conceito de GD em sentido amplo, distinguindo-lhe do conceito de GD em sentido estrito pela posição do gerador na relação jurídica de direitos fundamentais em sentido estrito. A conclusão aponta para as hipóteses abarcadas pelo conceito jurídico de GD, que para servir como meio da Sustentabilidade deve observar o regime jurídico dos direitos fundamentais, ao contrário do que se percebe pela retrospectiva histórica abaixo exposta.

2 EMERGÊNCIA DA GERAÇÃO DISTRIBUÍDA NO ÂMBITO JURÍDICO

Enquanto processo histórico, o “desenvolvimento econômico implica mudanças na estrutura, na cultura e nas instituições da sociedade, de forma que é impossível analisá-lo apenas do ponto de vista econômico”²⁸. A análise de diversos conflitos, sob a perspectiva histórico-estrutural e institucional²⁹ do desenvolvimento econômico³⁰, permite evidenciar diversos

²⁸ Quanto às “transformações no nível mais estável da sociedade que é o estrutural”, consideram-se como seus principais fatores dinâmicos a tecnologia, as formas de propriedade e as classes/grupos sociais. Quanto às transformações em níveis culturais, a ideologia é fator dinâmico que reflete os diversos interesses envolvidos permanentemente nas relações de conflito e cooperação. Já as transformações no nível institucional, “às vezes antecipam as transformações nos outros níveis, muitas vezes lhes servem de obstáculo, e na grande maioria das vezes buscam apenas dar conta das mudanças estruturais e culturais que estão ocorrendo”. BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **O processo histórico do desenvolvimento econômico**. in: Bresser Pereira Papers. 2007. p. 33. Disponível em: www.bresserpereira.org.br/papers/2007/07.21.ProcessoHistoricoDoDesenvolvEconomico-Agosto23.pdf+&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=firefox-b-d..

²⁹ “De acordo com essa perspectiva, o agente por excelência do desenvolvimento econômico é a Nação – é a sociedade nacional que, compartilhando um destino comum, logra controlar um território e se dotar de um Estado. O fator principal a determinar o bom êxito do desenvolvimento econômico é a existência ou não de uma Nação com capacidade suficiente para, através do seu Estado, formular uma estratégia nacional de desenvolvimento ou de competição. O Estado, portanto, não é o agente do desenvolvimento econômico, mas, juntamente com o mercado, o instrumento que a Nação utiliza para alcançá-lo. É através do Estado, enquanto sistema constitucional-legal e organização que o garante, que essa ação coletiva principalmente se exerce, e se buscam os objetivos políticos das nações ou sociedades modernas: a segurança, a liberdade, o bem-estar, a justiça social e a proteção do meio-ambiente. É através dele que são criadas as condições necessárias para que o mercado coordene as ações econômicas, os empresários invistam e inovem, e o desenvolvimento econômico ocorra. Se uma Nação ou sociedade nacional for razoavelmente coesa e solidária quando se trata de competir internacionalmente, ela se organizará melhor através do seu Estado, e aproveitará melhor o extraordinário mecanismo de coordenação econômica que é o mercado para promover o desenvolvimento econômico e seus outros objetivos políticos.” BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **O processo histórico do desenvolvimento...** Op. Cit. 2007. p. 22.

³⁰ “o desenvolvimento econômico é um processo histórico de acumulação de capital e incorporação de progresso técnico; é um processo de aumento da produtividade e dos salários, decorrente da necessidade de mão-de-obra cada vez mais qualificada e com maior custo de reprodução social; e é uma indicação de êxito na competição internacional.” “(...) é sempre o resultado de uma estratégia nacional de desenvolvimento, é o resultado de nações fortes que se mostram capazes de criar Estados fortes para serem seu instrumento de ação coletiva. As nações, por sua vez, só se constituem e se mantêm fortes e vivas se forem produto de um acordo nacional constantemente renovado. Se o contrato social que as une internamente não for suficientemente sólido, se as classes sociais que as constituem não mantiverem um vínculo de solidariedade básico quando se trata de competir internacionalmente, não serão verdadeiras nações, o país ficará muito mais vulnerável ao pensamento hegemônico vindo do Norte, e a Nação perderá vigor, como aconteceu com os países latino-americanos a partir da grande crise dos anos 1980.”

fatores que contribuíram para a introdução da geração distribuída de energia elétrica no ordenamento jurídico brasileiro. Dentre eles, evidencia-se: uma (2.1) retrospectiva da tecnologia de energia elétrica e de sua difusão institucional; as (2.2) “tensões” percebidas no comércio mundial após as inovações tecnológicas; a (2.3) institucionalização das inovações no ordenamento jurídico brasileiro; e então a (2.4) emergência de conceitos de geração distribuída no texto normativo brasileiro. Os fatores evidenciados não se implicaram necessariamente de forma direta e ordenada para a consolidação da GD no Direito positivo brasileiro, mas ocorreram no mesmo período histórico.

2.1 RETROSPECTIVA DA ENERGIA ELÉTRICA E DAS INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS

Uma das primeiras inovações que contribuíram para a difusão do uso da energia elétrica nos modernos conglomerados urbanos, por razões óbvias, foi o motor elétrico de Michael Faraday na Inglaterra, em 1821. De grande relevância também foram a telegrafia e a iluminação, especialmente a última por depender de maior quantidade de energia para funcionar. A iluminação elétrica, em substituição a abastecida à gás, passou a ser difundida apenas na segunda metade do século XIX, com os empreendimentos de Thomas Alva Edison. Este foi responsável por implementar um dos primeiros projetos de iluminação elétrica, um em Nova Iorque e um em Londres. As redes eram abastecidas por seus geradores “jumbo”, de aproximadamente 94 kW de potência, situados próximos à carga (instalações de iluminação).

Tais projetos acabaram falhando antes mesmo da virada do século, em função de contingências tanto de ordem política, na Inglaterra, quanto física (incêndio), nos Estados Unidos. Mesmo assim, seus inventos passaram a ser utilizados em outros países como Alemanha e Paris, assim como na América do Sul. Nota-se, então, que desde 1881 a geração de energia elétrica junto às instalações onde seria utilizada era uma realidade, ainda que seu uso fosse uma exclusividade da aristocracia da época.

Um fator determinante responsável por alterar a história do desenvolvimento dos sistemas elétricos correspondia à dificuldade de se distribuir energia em longas distâncias. As vantagens no uso do sistema em corrente contínua desenvolvido por Edison, em comparação à corrente alternada, ocorriam por sua maior eficiência, por sua possibilidade de auferir medição, pela viabilidade de seu uso em paralelo e por ter um motor que funcionava adequadamente nas indústrias, no comércio e no transporte elétrico ainda em formação³¹. Entretanto, com a

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **O processo histórico do desenvolvimento...** Op. Cit. 2007. pp. 42 e 43.

³¹ DAVID, P. A.; BUNN, J. A. **The Economics of Gateway Technologies and Network Evolution**: Lessons from

invenção do transformador surgia a solução para a distribuição de energia em longa distância, levando a necessidade de criação de um sistema em corrente alternada, visto que o novo aparelho só funcionava neste tipo de sistema³².

O desenvolvimento do sistema de transformador foi realizado pelo físico William Stanley nos EUA, sob o patrocínio de George Westinghouse. Este período de disputa entre a corrente contínua de Thomas Edison e a corrente alternada de Westinghouse ficou conhecido como a “Batalha das Correntes”³³. O apogeu da disputa se deu entre 1885 e 1889, momento em que diversos inventores, motivados pelas necessidades econômicas e de inovação tecnológicas, se empenharam em projetos que levaram a grandes descobertas sobre os motores em corrente alternada. As principais tecnologias desenvolvidas foram o motor de indução, o motor síncrono e o sistema polifásico de corrente alternada³⁴. Nikola Tesla se destacou como o principal inventor de motores e sistemas polifásicos, trabalhando conjuntamente de Westinghouse³⁵.

Em 1890, as grandes fábricas já estavam adaptadas aos motores de indução e sistemas polifásicos³⁶ e, com o advento do conversor rotativo, a transição do sistema de corrente contínua para o de corrente alternada pôde ser feita gradualmente³⁷. Neste mesmo ano, com a criação de um sistema elétrico universal de alimentação em corrente alternada polifásico, desenvolvido por Westinghouse nas obras de Niágara Falls, é possível se declarar o fim do entrave entre os sistemas, com a padronização mundial da corrente alternada trifásica³⁸.

Na perspectiva internacional, os países que mais avançaram inicialmente nas tecnologias de engenharia elétrica foram a Alemanha, os Estados Unidos e o Reino Unido. Em Berlim, o grande êxito foi a diversidade de uso da energia elétrica pela corrente alternada trifásica, sendo aplicada não só em iluminação como no transporte elétrico e em motores estacionários de fábricas. Em Chicago, um sistema de transformadores e conversores rotativos foi consolidado para as mudanças de transposição para a corrente alternada³⁹. Na Califórnia

Electricity Supply History. Information Economics and Policy, vol. 3, 165-202, 1988.

³² SOUZA JUNIOR, Marcus Evandro Teixeira. **Reflexões acerca da geração distribuída e suas implicações no sistema elétrico, na sociedade e no meio ambiente**. 2018. 209 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Engenharia Elétrica) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/22352>. Acesso em: 12 ago. 2021. p. 34.

³³ SOUZA JUNIOR, Marcus Evandro Teixeira. **Reflexões acerca da geração distribuída...** Op. Cit. 2021. p. 34.

³⁴ HUGHES T. P. The Evolution of Large Technological Systems. in: BIJKER, W. E.; T. HUGHESM P.; PINCH, T. (ed.). *The Social Construction of Technological Systems: New Directions in the Sociology and History of Technology*. Cambridge: The MIT Press, P. 51-82, 1988. p. 51-82.

³⁵ TESLA. Nikola. **A New System of Alternate Current Motors and Transformers**. Transactions of the American Institute of Electrical Engineers, vol. V, n. 10, 308-327, Jul. 1888.

³⁶ HUGHES T. P. **Networks of Power: Electrification in Western Society, 1880-1930**. Baltimore: John Hopkins University Press. 1983.

³⁷ SOUZA JUNIOR, Marcus Evandro Teixeira. **Reflexões acerca da geração distribuída...** Op. Cit. 2021. p. 37.

³⁸ HUGHES T. P. **Networks of Power: Electrification in Western Society, 1880-1930...** Op. Cit. 1983.

³⁹ HUGHES T. P. **Networks of Power: Electrification in Western Society, 1880-1930...** Op. Cit. 1983.

houve uma integração entre as usinas à vapor e as hidroelétricas, interligadas por linhas de transmissão de longas distâncias e de alta tensão⁴⁰.

Londres só foi sofrer mudanças mais estruturais após a Primeira Guerra Mundial, evento este que forçou modificações relevantes nos países no sentido de aumentar o empenho das indústrias e incentivar as interligações dos sistemas elétricos⁴¹. No período pós-guerra a força dos anseios por inovações resfriou e os países voltaram a um progresso lento, voltado à centralização das operações na década de 1920⁴².

Entre 1930 e 1970 as alterações no sistema elétrico foram modestas, havendo um progresso mais significativo em outras áreas, como a eletrônica, principalmente na geração e uso de energia elétrica. O produto energia deixou também de ser elitizado e passou a fazer parte dos grupos com menores recursos financeiros⁴³. Este período também foi marcado pela entrada da energia nuclear, com o método da fissão nuclear em cadeia. Os momentos de destaque foram em 1942, quando Enrico Fermi desenvolveu o primeiro reator nuclear, durante a Segunda Guerra Mundial, e nos pós-guerra, quando as pesquisas se voltaram para a produção de energia elétrica⁴⁴.

De 1970 aos dias atuais as energias renováveis ganharam destaque, impulsionadas por um contexto de declínio das fontes tradicionais e de crises geopolíticas e econômicas, como a Guerra do Yom Kippur e a Revolução Iraniana. Tanto o apoio dos países ocidentais em favor de Israel contra a Síria e o Egito no primeiro evento, em 1973, quanto o levante de protestos de 1978 e 1979 no Irã, no segundo evento, levaram ao aumento dos preços do petróleo, controlados pela OPEP. Com isso, países como os EUA buscaram a promoção do aumento de conservação de energia e o aumento da eficiência energética disponível à preços justos para os consumidores⁴⁵.

Os reflexos no Brasil quanto ao preço do petróleo se deram no sistema elétrico e também no abastecimento para combustível automotivo. Buscando manter o consumo da energia no Brasil, em 1975, o governo criou o Programa Nacional do Álcool (Proalcool), o que serviu de incentivo para a produção interna e uso de um biocombustível renovável em substituição da gasolina advinda do petróleo⁴⁶. Nesta época também investiu-se largamente em

⁴⁰ SOUZA JUNIOR, Marcus Evandro Teixeira. **Reflexões acerca da geração distribuída...** Op. Cit. 2021. p. 43.

⁴¹ SOUZA JUNIOR, Marcus Evandro Teixeira. **Reflexões acerca da geração distribuída...** Op. Cit. 2021. p. 45.

⁴² HUGHES T. P. **Networks of Power: Electrification in Western Society. 1880-1930...**Op. Cit. 1983.

⁴³ SOUZA JUNIOR, Marcus Evandro Teixeira. **Reflexões acerca da geração distribuída...** Op. Cit. 2021. p. 50.

⁴⁴ UNITED STATES DEPARTMENT OF ENERGY (DOE). Office of Nuclear Energy, Science, and Technology. **The History of Nuclear Energy**. Washington: U. S. Department of Energy, 1993. Disponível em: https://energy.gov/sites/prod/files/The%20History%20of%20Nuclear%20Energy_0.pdf.

⁴⁵ SOUZA JUNIOR, Marcus Evandro Teixeira. **Reflexões acerca da geração distribuída...** Op. Cit. 2021. p. 52.

⁴⁶ NITSCH, M. **O Programa de Biocombustíveis Proalcool no Contexto da Estratégia Energética Brasileira**.

construções hidroelétricas de grande porte e no Programa Nuclear para geração de eletricidade. Vários outros países se direcionaram para o uso de energias renováveis ou desempenharam melhorias em seus sistemas já existentes com as instabilidades do mercado do petróleo⁴⁷.

A GD, enquanto inovação técnica, passou a ser constatada em trabalhos científicos publicados a partir da década de 1970, no século XX⁴⁸. A inovação terminológica se deu precisamente no ano de 1971, levada a cabo pelo *Electrical Research Council* (ERC) dos Estados Unidos⁴⁹. As fontes documentais indicam que as primeiras formas de geração distribuída utilizavam geradores a diesel e pequenas unidades a vapor. Conforme o ERC, a principal vantagem da GD seria obtida a partir da instalação de células de combustível junto à rede de distribuição, ao invés de dentro das casas ou nas estações centrais, a fim de diminuir os custos percebidos pela diversidade de cargas e pela transmissão⁵⁰.

A partir da sua ideia geral, foram desenvolvidos diversos trabalhos científicos, ainda que nem todos tenham utilizado especificamente o mesmo termo, preferindo termos como: geração dispersa, geração embutida ou até geração descentralizada⁵¹. Sua difusão ocorreu principalmente em meio a Guerra Fria e às crises do petróleo, oportunidade em que os cientistas buscavam soluções para viabilizar o aproveitamento de outras fontes de energia, tanto para a obtenção de energia elétrica no espaço, em função da corrida espacial, quanto para reduzir a dependência do petróleo, em função da escassez de recursos energéticos⁵². No final da década de 1970, passaram a empregar o termo em estudos relativos a células fotovoltaicas, sentido amplamente difundido na cultura científica e tecnológica do século seguinte⁵³.

Na virada do século, seu conceito passou a ser aprofundado por diversos

Revista de Economia Política, vol.11, n. 4, 123-138, Abril/Junho 1991.

⁴⁷ SOUZA JUNIOR, Marcus Evandro Teixeira. **Reflexões acerca da geração distribuída...** Op. Cit. 2021. p. 54.

⁴⁸ SOUZA JUNIOR, Marcus Evandro Teixeira. **Reflexões acerca da geração distribuída...** Op. Cit. 2021. p. 63.

⁴⁹ ELECTRIC RESEARCH COUNCIL TASK FORCE. **Report of the R&D Goals Task Force to the Electric Research Council: Electric Utilities Industry Research and Development Goals Through the Year 2000.** ERC Pub, n. 1-71, Jun. 1971.

⁵⁰ SOUZA JUNIOR, Marcus Evandro Teixeira. **Reflexões acerca da geração distribuída...** Op. Cit. 2021. p. 70.

⁵¹ EVERETT, J. L.; BERTOLETT, A. D.; HAAK, G. H. **Power Generation - Some Tasks and Goals.** IEEE Transactions on Aerospace and Electronic Systems, vol. AES-8, n. 4, 498-504, Jul. 1972; FRIEDLANDER, G. D. A Comeback for Reddy Kilowatt? IEEE Spectrum, vol. 9, n. 4, 44- 50, Abril 1972; LUECKEL, W. J.; EKLUND, L.G.; LAW, S. H. **Fuel Cells for Dispersed Power Generation.** IEEE Transactions on Power Apparatus and Systems. vol. PAS-92, n. 1, 230- 236, Jan. 1973; PHILLIPS, G. A.; VOGT, J. H.; J. WALTON, W. **Inverters for Commercial Fuel Cell Power Generation.** IEEE Transactions on Power Apparatus and Systems, vol. 95, n. 3, 944-953, Mai. 1976. GREGORY, D. P.; PANGBORN, J. B. Hydrogen Energy. Annual Review of Energy, vol. 1, 279-310, Nov. 1976.

⁵² SOUZA JUNIOR, Marcus Evandro Teixeira. **Reflexões acerca da geração distribuída...**Op. Cit. 2021. p. 63-69.

⁵³ JEWELL, Walter. T.; RAMAKUMAR, Rama. **The History of Utility-Interactive Photovoltaic Generation.** IEEE Transactions on Energy Conversion, vol. 3, n. 3, 583-588, Set. 1988; R. M. Swanson. **A Vision for Crystalline Silicon Photovoltaics.** Progress in Photovoltaics: Research and Applications, vol. 14, 443-453, 2006.

pesquisadores, dentre eles: Willis Lee et al⁵⁴, Roger Dugan et al⁵⁵ e Anne-Marie Borbely et al⁵⁶. Em síntese, os trabalhos dão a entender que a terminologia seria empregada em oposição ao paradigma técnico-econômico predominante. Se na “geração centralizada” eram demandadas usinas de grande porte e a energia elétrica ainda precisava ser *transmitida* (em alta tensão) por longas distancias até centros urbanos para, só depois, ser distribuída⁵⁷. Pelo paradigma da “geração descentralizada”, a demanda é por usinas de pequeno porte e a energia elétrica pode de ser prontamente *distribuída* (em baixa tensão) para o sistema elétrico dos usuários, sem necessidade de transportá-la por longas distancias.

Além destes autores, um dos mais relevantes para a difusão da expressão no âmbito científico foi um dos trabalhos realizados por Thomas Ackerman et al⁵⁸, em 2001, em que são indicados os principais critérios utilizados na literatura para sua definição, que são: 1) a destinação; 2) a localização; 3) a classificação; 4) a área de entrega de energia; 5) a tecnologia; 6) o impacto ambiental; 7) o modo de operação; 8) a propriedade; e 9) a penetração nos sistemas elétricos locais (ou de distribuição)⁵⁹.

Com seu amplo reconhecimento científico, também passou receber tratamento institucional no cenário internacional, abandonando a exclusividade do âmbito estritamente científico, invadindo a seara normativa técnica de instituições como o *Conseil International des Grands Réseaux Électriques* (1999), a *International Energy Agency* (2002) e o *Institute of Electrical and Electronics Engineers* (2003)⁶⁰. Além destas, que marcaram o início de sua

⁵⁴ LEE, Willis, H.; SCOTT, Walter G. **Distributed Power Generation: Planning and Evaluation Power Engineering**, 10. ABB Electric Systems Technology Institute Raleigh, CRC Press: North Carolina. ISBN 0-8247-0336-7. 2000.

⁵⁵ DUGAN, Roger C.; MCDERMOTT, Thomas E.; BALL, G. J.. **Planning for Distributed Generation**. IEEE Industry Applications Magazine, vol. 7, n. 2, 80-88, Abril/Março 2001; DUGAN, Roger C.; MCDERMOTT, Thomas E. **Operating Conflicts for Distributed Generation on Distribution Systems**. Rural Electric Power Conference, Abril 2001; DUGAN, Roger C.; MCDERMOTT, Thomas E.. **Distributed generation**. IEEE Industry Applications Magazine, vol. 8, n. 2, 19-25, Agosto 2002.

⁵⁶ BORBELY, Anne-Marie; KREIDER, Jan F. **Distributed Generation: The Power Paradigm for the New Millennium**. vol. 20. Florida (USA): CRC Press. 2001. p. 95-117.

⁵⁷ No âmbito da engenharia elétrica, a distribuição refere-se à parte do sistema elétrico que se destina a entrega direta da eletricidade aos usuários finais, de maneira individualizada. SOUZA JUNIOR, Marcus Evandro Teixeira. **Reflexões acerca da geração distribuída**...Op. Cit. 2021. p. 85.

⁵⁸ ACKERMANN, Thomas. **Interaction Between the Distributed Generation and the Distribution Network: Operation, Control and Stability Aspects**. International Conference on Electric Distribution Systems (CIRED), Barcelona, Maio 2003; ACKERMANN, Thomas et al. **Wind Power in Power Systems**. Chichester: Wiley, 2005.

⁵⁹ ACKERMANN, Thomas; et al. **Distributed generation: a Definition**. Electric Power Systems Research, vol. 57, 195-204, 2001. Disponível em: https://web.fe.up.pt/~cdm/DE2/DG_definition.pdf. Acesso em: 12 ago. 2021. p. 196.

⁶⁰ CONSEIL INTERNATIONAL DES GRANDS RÉSEAUX ÉLECTRIQUES - CIGRÉ. **Impact of Increasing Contribution of Dispersed Generation on the Power System – Final Report**. CIGRÉ Working Group n. 37.23, fev. 1999; INTERNATIONAL ENERGY AGENCY - IEA. **Distributed Generation in Liberalised Electricity Markets**. Paris, 2002; INSTITUTE OF ELECTRICAL AND ELECTRONICS ENGINEERS - IEEE. **Standard for Interconnecting Distributed Resources with Electric Power Systems**. IEEE Std 1547- 2003. 1-28, Jul. 2003.

institucionalização, também foi reproduzido em diversas ocasiões daí em diante, tanto no âmbito interno dos Estados, como no internacional⁶¹. No Brasil não foi diferente, como se percebe após diversas modificações institucionais a partir da década de 1990, detalhadamente expostas no tópico seguinte (3.1.3).

Antes do uso da energia elétrica ser amplamente difundido nas cidades modernas, já era possível constatar seu uso próximo de onde era gerada, para o abastecimento de circuitos elétricos conectados a tecnologias de iluminação. Após sua difusão no ocidente, grandes obras de aproveitamento de potenciais hídricos para exploração da energia elétrica foram realizadas no Brasil, de grande relevância ao processo de industrialização nacional.

A energia elétrica, em função das tecnologias empregadas, passou a receber formas jurídicas próprias. A geração centralizada assim denominada por depender de grandes obras situadas fora do ambiente urbano, que demandava a transmissão da eletricidade por redes de alta tensão, foi predominante durante o processo de industrialização. Esse contexto foi determinante para engendrar a modalidade de geração oposta, situada no interior do ambiente urbano e prontamente “distribuída” nas redes de baixa tensão, que só ganharam relevância tecnológica e científica na segunda metade do século XX, período marcado pela Guerra Fria e a Crise do petróleo.

Mas antes de analisar o sistema jurídico da energia elétrica pertinente ao território nacional (interno), é importante evidenciar a emergência de controvérsias no processo de organização do comércio internacional da energia (e suas tecnologias), que delinearão o âmbito normativo externo à Constituição, em especial no que se refere à restrição do espaço de deliberação sobre políticas tarifárias no setor eletroenergético. Mas o processo de institucionalização da energia elétrica no ordenamento jurídico brasileiro conviveu com múltiplos conflitos internacionais que, ao final do século XX, foram institucionalizados por meio de um sistema de precedentes da OMC.

⁶¹ UNITED STATES OF AMERICA. **ENERGY POLICY ACT 2005**. 109th Congress, H.R. 6 August 8, 2005. Disponível em: <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-109hr6enr/pdf/BILLS109hr6enr.pdf>. UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 2009/72/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho de 2009**. Estabelece regras comuns para o mercado interno da eletricidade e que revoga a Diretiva 2003/54/CE. 14 ago. 2009. Disponível em: <https://eurlex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0072&from=EN>; Commission Électrotechnique Internationale (IEC). **Electropedia: Distributed Generation** (IEV ref.: 617-04-09). 2009. Disponível em: <http://www.electropedia.org/iev/iev.nsf/display?openform&ievref=617-04-09>. ENERGY NETWORKS ASSOCIATION (ENA). **Distributed Generation Connection Guide: A Guide for Connecting Generation that falls under G59/3 to the Distribution Network** (typically by Developers, Industry, Commercial or Farmers). Junho 2017. Disponível em: <http://www.energynetworks.org/assets/files/electricity/engineering/distributed%20generation/DG%20Connection%20Guides/June%202017/DGCG%20G59%20full%20June%202017.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2021.

2.2 “TENSÕES” PERCEBIDAS NO COMÉRCIO MUNDIAL APÓS AS INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS

Sob o aspecto político-filosófico, a concepção de sociedade internacional elaborada pela Escola Ordoliberal alemã ainda na primeira metade do século XX, de sociedade enquanto fenômeno econômico⁶², refletiu o “melhoramento” da ideologia liberal na busca de cooperação entre os diversos interesses conflitantes, no sentido da constituição de um sistema produtivo global. A integração das economias nacionais para uma organização do comércio internacional fez-se instituída apenas com o fim da segunda guerra mundial, no âmbito das Nações Unidas. Em sua diversidade de elementos sociológicos e antropológicos, exerceu influência direta sobre as políticas econômicas da Europa continental, bem como em todo o direito internacional econômico colocado em prática pela Comunidade Europeia até o final do século XX.

Dentre os fatores volitivos mais importantes em direção a essa integração, mencionam-se os acordos de Bretton Woods (EUA), de 1944, envolvendo mais de 44 países. No conjunto de documentos aprovados pelos representantes dos países foram lançadas as bases da organização internacional da economia e do comércio internacional, pela instituição do Fundo Monetário Internacional (FMI), do Banco Mundial (BM) e, só mais tarde, da Organização Mundial do Comércio (OMC)⁶³. Em relação a este último, merece especial destaque a sucessão de eventos histórico que tiveram início em Genebra, na Suíça, a partir da consolidação do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (AGCT), em 1947. Tais negociações prolongaram-se até 1956, com o objetivo de demonstrar a efetividade desse mecanismo, bem como viabilizar concessões bilaterais com base na reciprocidade, proporcionando vantagens para ambas as partes⁶⁴.

É importante mencionar que, até então, a OMC ainda não havia sido constituída, de modo que o comércio era regulado basicamente pelo princípio da não discriminação, consubstanciado pela Cláusula da Nação Mais Favorecida (NMF) e pelo princípio do Tratamento Nacional (TN), consolidados efetivamente através do AGTC de 1947⁶⁵, em seus

⁶² ROPKE, Wilhelm. **Economic Order and International Law**. Recueil des cours, Tome 86. 1954: “(...) of Society as a whole and in all its aspects, as an always coherence structure with mutually interdependent parts, with more or less determinate correlations between these parts and with out the possibility of saying which part is determining and which is determined, except the fact that the force wick gives meaning and direction to all parts is the dominant spirit of the time itself, i.e, something moral or spiritual, and ultimately religious”. p. 210. In: DAL RI JÚNIOR, Arno; Odete Maria de Oliveira (Org.). **Direito Internacional Econômico em Expansão: Desafios e Dilemas**. Ijuí: Unijuí, 2003. P. 104.

⁶³ DAL RI JÚNIOR, Arno; Odete Maria de Oliveira (Org.). **Direito Internacional...Op. Cit.** 2003. p. 107-108.

⁶⁴ DAL RI JÚNIOR, Arno; Odete Maria de Oliveira (Org.). **Direito Internacional...Op. Cit.** 2003. p. 125.

⁶⁵ DAL RI JÚNIOR, Arno; Odete Maria de Oliveira (Org.). **Direito Internacional...Op. Cit.** 2003.p. 101-103.

artigos I:1 e III:1, respectivamente⁶⁶.

Sucederam, entre 1960 e 1961, novas rodadas de negociações no âmbito do AGTC, em Dillon, nos EUA, a fim de combater o protecionismo e dar continuidade às negociações sobre tarifas, comércio dos países em desenvolvimento e os problemas oriundos da Comunidade Econômica Europeia. Na Suíça, entre 1964 e 1967, as rodadas Kennedy marcaram essa transformação da organização do comércio internacional. Esse importante momento histórico representou a primeira tentativa de liberalização do comércio internacional, fortemente influenciada pelos EUA e seu atrito com a Comunidade Europeia⁶⁷.

Mais tarde, no período entre 1973 e 1979, promoveram-se as rodadas de Tokyo, momento em que a organização comercial internacional passou a se orientar efetivamente no sentido da luta contra as barreiras não tarifárias. Além disso, as negociações viabilizaram a elaboração de diversas normas, ou “códigos”, sobre os principais materiais disciplinadas pelo AGTC⁶⁸. Porém, as consequências resultantes da segunda fase da crise do petróleo (1970-1980), somadas aos efeitos da crescente inflação na economia mundial e o aumento do desemprego nos países europeus, acabou por prejudicar a efetividade dos acordos pactuados. Isso porque as relações internacionais, àquele tempo, caracterizavam-se pela aversão dos países em desenvolvimento diante da agressiva política exterior norte americana, orientada pelo Secretário de Estado Henry Kissinger, na década de 1970, e continuada pelas políticas neoliberais de Ronald Regan⁶⁹. Esse cenário trouxe efeitos perversos que comprometeram a aplicação devida do AGTC, fenômeno apelidado de *GATT à la Carte*⁷⁰.

Nos EUA, no período da década de 1980, houve o surgimento da técnica de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que foi posteriormente internacionalizada pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) com o documento *Recommendation on Improving the Quality of Government Regulation*⁷¹, de 1995. Desde então, a AIR tem sido

⁶⁶ WORLD TRADE ORGANIZATION. **The General Agreement on Tariffs and Trade - GATT 1947**: “Article I and III”. Disponível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_01_e.htm.

⁶⁷ As rodadas Kennedy envolveram mais de 62 governos na busca pela redução tarifária e instituição de medidas antidumping no comércio internacional, ainda que os produtos agrícolas e têxteis, relevantes para as economias de países pouco ou ainda não industrializados, tenham sido excluídas das negociações. Isso trouxe à tona os efeitos perversos do princípio da não-reciprocidade que, pela falta de condições econômicas, restaram prejudicados nos processos de negociação. DAL RI JÚNIOR, Arno; Odete Maria de Oliveira (Org.). **Direito...Op. Cit.** 2003. p. 128.

⁶⁸ Dentre elas, podem ser mencionadas: subsídios e direitos de compensação; antidumping; barreiras técnicas ao comércio; valoração de produtos para fins aduaneiros; licenças de importação; bem como mercados públicos. DAL RI JÚNIOR, Arno; Odete Maria de Oliveira (Org.). **Direito Internacional Econômico... Op. Cit.** 2003. p. 131.

⁶⁹ DAL RI JÚNIOR, Arno; Odete Maria de Oliveira (Org.). **Direito Internacional... Op. Cit.** 2003. p. 135-136.

⁷⁰ DAL RI JÚNIOR, Arno; Odete Maria de Oliveira (Org.). **Direito Internacional... Op. Cit.** 2003. p. 134-135.

⁷¹ OECD. **Regulatory Policy in Perspective: a Reader's Companion to the OECD Regulatory Policy Outlook 2015**. Paris: OECD Publishing, 2015. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/governance/regulatory-policy-in-perspective_9789264241800-en#page5. Acesso em: 24 jul. 2020, p. 43.

compreendida como técnica que viabiliza a formulação de políticas públicas com base em evidências concretas, mensurando os prováveis benefícios, custos e efeitos da intervenção estatal. Trata-se, portanto, de importante ferramenta de auxílio no processo de tomada de decisão, já que se fundamenta numa base de dados empírica⁷².

Em 2015, foi celebrado um Acordo de Cooperação⁷³ entre o Brasil e a OCDE, integrado no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 10.109 de 2019. Desde então, o Estado tem aderido a diversas recomendações da OCDE, como é o caso do uso da AIR para avaliar criticamente os efeitos de uma determinada proposta e verificar as alternativas regulatórias e não-regulatórias existentes. Seu uso é tipicamente feito *ex ante* (antes de) a tomada de decisão⁷⁴ e pode ser empregada por diversos motivos⁷⁵. Porém, ressalta-se que a metodologia e o grau de confiabilidade dos resultados obtidos dependem da especificidade dos objetivos da regulação⁷⁶.

Novas negociações, no âmbito do AGTC, foram promovidas entre os anos de 1986 e 1993, pelas denominadas Rodadas do Uruguai⁷⁷. Nessa ocasião, em especial, tem-se efetivamente instituída a OMC, através do Acordo Constitutivo da OMC, que determinava seu comprometimento com a promoção dos objetivos ligados à melhoria dos níveis de vida, à garantia do pleno emprego, além do aumento de rendimentos reais e demanda efetiva. Assim, tem-se consolidada a mudança completa no cenário do sistema multilateral de comércio, dada a criação de um Sistema de Solução de Controvérsias (SSC) específico no âmbito da OMC, competente para emanar decisões que vinculam todos os Estados-membros.

A estas transformações correspondem significativos reflexos no comércio internacional, que, apenas no período histórico de 1950 até 2006, sob os influxos da nova ordem econômica internacional, constatou crescimento equivalente a mais de 27 vezes em termos de volume⁷⁸. As inovações tecnológicas do período também desempenharam papel fundamental

⁷² OECD. **OECD Regulatory Policy Outlook 2015**. Paris: OECD Publishing, 2015. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/governance/oecd-regulatory-policy-outlook-2015_9789264238770-en#page1. Acesso em: 24 jul. 2020. p. 94.

⁷³BRASIL, Instituto Rio Branco. **O Brasil e a OCDE**. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/diplomacia-economica-comercial-e-financeira/15584-o-brasil-e-a-ocde>. Acesso em: 26 jul.2020.

⁷⁴ OECD. **Regulatory Policy in Perspective: a Reader's Companion to the OECD...** Op. Cit. 2015. p. 36.

⁷⁵ Dentre os quais: i) melhorar a eficiência e diminuir formalismos; ii) promover a transparência e a prestação de contas; iii) controlar a burocracia; e iv) promover a efetividade e coerência da política pública. OECD. **Regulatory Policy Outlook 2015**. Paris: OECD Publishing...Op. Cit. 2015. p.100.

⁷⁶ OECD. **Regulatory Policy in Perspective: a Reader's Companion to the OECD...**Op. Cit. 2015. p. 57.

⁷⁷ DAL RI JÚNIOR, Arno; Odete Maria de Oliveira (Org.). **Direito Internacional...**Op. Cit. 2003. p. 135.

⁷⁸ O PIB mundial, comparativamente, aumentou oito vezes nesse período. O aumento da participação do comércio internacional no PIB mundial passou de 5,5%, em 1950, para 20,5% em 2006. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Tópicos sobre comércio: comércio e meio ambiente - abertura comercial e seus impactos na mudança climática**. 2017. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/climate_impact_e.htm.

ao diminuir substancialmente os custos envolvidos na comunicação e nos transportes internacionais, ampliando a variedade e o volume de mercadorias comercializadas ao redor do mundo, além de aprimorar significativamente a coordenação do sistema produtivo internacional⁷⁹.

A internacionalização da produção refere-se a um dos aspectos mais relevantes do processo de globalização produtiva, que se encontra intimamente ligada ao investimento estrangeiro direto e às respectivas relações contratuais. Esta nova estratégia passou a ganhar força principalmente a partir dos anos 1990, com a difusão do que, desde então, compreende-se por Cadeias Globais de Valor (CGV)⁸⁰.

Um dos aspectos mais importantes das CGVs refere-se à fragmentação da produção que, por sua vez, extingue a necessidade de aquisição das competências específicas para a produção da totalidade das partes de uma mercadoria⁸¹. Permite que países em desenvolvimento se associem a estas redes de cooperação transfronteiriças, compartilhando o processo produtivo com diversas nações, através de sua especialização em etapas específicas, necessárias à produção de determinado bem final⁸².

Porém, ainda que as inovações tecnológicas e as mudanças na política internacional tenham viabilizado a democratização do comércio, preocupações atinentes à crise climática global têm sido levantadas. As objeções apontam que o crescimento acelerado do sistema multilateral de comércio impacta negativamente o meio ambiente e, conseqüentemente, compromete a capacidade das presentes e futuras gerações na provisão dos recursos necessários ao desenvolvimento contínuo e duradouro⁸³. Um dos fatores econômicos mais nocivos está associado principalmente à queima dos combustíveis fósseis emissores de gases do efeito estufa (GEE), utilizados para o transporte rodoviário, aéreo e marítimo das mercadorias ao redor do planeta⁸⁴.

Ao mesmo tempo em que se instituía na OMC o SSC, no início da década de 1990,

⁷⁹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Tópicos sobre comércio**: comércio...Op. Cit. 2017.

⁸⁰ LIMA, Uallace Moreira. **A dinâmica e o funcionamento da cadeia global de valor da indústria automobilística na Economia mundial**. In: INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Cadeias Globais de Valor, Políticas Públicas e Desenvolvimento. p. 155-156. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/171011_cadeias_globais.pdf.

⁸¹ Sobre vantagens comparativas *Vide* RICARDO, David. **On the Principles of Political Economy and Taxation**. 3 Ed. 1821. By Canada: Batoche Books. 2001. Disponível em: <http://socserv.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/ricardo/Principles.pdf>.

⁸² LIMA, Uallace Moreira. **A dinâmica e o funcionamento da cadeia global de valor...** Op. Cit. p. 155-156.

⁸³ GRUPO BANCO MUNDIAL. **O comércio para o desenvolvimento na era das cadeias globais de valor: visão geral**. 2020. p. 1-9. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/32437/211457ovPT.pdf>.

⁸⁴ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Tópicos sobre comércio**: comércio... Op. Cit. 2017.

pelo Acordo de Marrakesh, emergia o desenvolvimento sustentável no sistema multilateral de tratados, pela Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (CQNUMC), de Nova Iorque. Desde então, o sistema de governança internacional do comércio passou a direcionar seus esforços de liberalização e regulação do comércio neste sentido⁸⁵.

Mas foi na rodada de Doha que, a partir de 2001, foi dada continuidade às negociações sustadas em 1994, que representam importante passo em direção ao desenvolvimento sustentável, com as primeiras negociações que relacionam comércio e meio ambiente⁸⁶. Tanto no artigo 3.5 da CQNUMC, quanto no artigo 2.3 do Protocolo de Quioto (AMM mais recente, de 2015, que estabeleceu a Agenda 2030), encontram-se proposições a respeito de condições a serem observadas para a adoção de medidas relativas à mudança climática. A OMC também estabelece condições para a adoção de medidas comerciais de proteção ambiental, isto é, para restringir seu uso arbitrário e indiscriminado⁸⁷.

Dentre os mecanismos de governança internacional da OMC, relativos ao comércio de energia e proteção ambiental, destaca-se o Comitê de Barreiras Técnicas ao Comércio (Comitê BTC), responsável por regulações técnicas de acordo com a Organização Internacional de Padronização (OIP), em vistas da liberalização de mercado e em prol do meio ambiente⁸⁸.

Atualmente, além das barreiras técnicas que se visam eliminar, encontram-se em curso negociações que buscam instituir um Acordo sobre Bens Ambientais (ABA), envolvendo diretamente dezoito participantes, representantes de 46 membros da OMC. Os participantes são responsáveis pela maior parte do comércio global dos respectivos bens ambientais. Incluem-se aí discussões a respeito de tecnologias ambientais capazes de contribuir substancialmente para a transição energética, como as ligadas à geração de energia elétrica a partir de fontes de energia renováveis. Se efetivado, os benefícios desse novo acordo deverão ser estendidos a todos os

⁸⁵ O “Desenvolvimento Sustentável”, basicamente, pode ser compreendido como o desenvolvimento que atende às necessidades do presente, sem que a capacidade das futuras gerações, de atender suas necessidades, seja comprometida. In: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **The Sustainable Development Agenda**. 2020. Disponível em: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/development-agenda/>.

⁸⁶ As discussões trataram das interações (com possíveis conflitos) entre normas da OMC e as estabelecidas por Acordos Multilaterais de Meio Ambiente (AMM), o que requer esforços no sentido da coexistência de dois regimes distintos, baseados nas experiências internas (nacionais) de comércio e implementação de acordos. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Tópicos de comércio**: atividades da OMC e os desafios da mudança climática. 2020. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/climate_challenge_e.htm.

⁸⁷ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Tópicos de comércio**: atividades ...Op. Cit. 2020.

⁸⁸ Sobre o tema, as principais medidas tomadas pela OMC, junto à OIP, em vistas do combate às mudanças climáticas foram: 1) o estabelecimento de padrões para avaliação e quantificação de emissões de GEE's; e 2) a instituição do Comitê de Comércio e Meio Ambiente da OMC, constituindo o principal espaço para proposição e discussão de ideias pelos membros. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Tópicos de comércio**: atividades... Op. Cit. 2020.

membros da OMC, provocando impacto significativo no comércio internacional de energia⁸⁹.

Esses esforços também são corroborados pelos entendimentos expressamente firmados em relatórios da OCDE, formulados para orientar políticas de governança no sentido da cooperação para a liberalização do comércio de tecnologias ambientais⁹⁰. Há também movimentos de cooperação entre os Estados nacionais para desenvolver estruturas normativas capazes de responder tais peculiaridades, dada a generalidade da regulação pela OMC e outros acordos bilaterais ou multilaterais.

Além disso, o setor de comércio de produtos energéticos corresponde à maior fração do comércio internacional, haja vista que todos os demais setores têm a energia como recurso fundamental para seu funcionamento. Assim, a busca pela redução dos preços da energia é de interesse de todos os setores da economia, sendo a máxima otimização do uso de recursos energéticos um fim em comum de todas as nações. Levando isso em conta, percebe-se que a energia representa um ativo de valor político e valor estratégico, uma vez que o perigo de sua escassez influencia diretamente a estabilidade política e segurança nacional dos países, demandando destes o estabelecimento de compromissos diplomáticos entre si para a garantia dos interesses nacionais em tais recursos⁹¹.

Em função da desigual distribuição dos recursos energéticos em cada território nacional, há uma desproporção na demanda e na oferta de recursos energéticos, o que implica distorções atreladas às instabilidades político-econômicas dos países integrantes do mercado, representando elemento fundamental para a segurança energética global e interna⁹². Adiciona-se, ainda, os impactos que a realidade geográfica dos países gera no transporte de energia, dependente de uma estrutura fixa transfronteiriça distinta do transporte de outros produtos comercializados. Assim, ganham dimensão temas sensíveis à soberania dos países, passíveis de discussão na construção de normas internacionais de comércio de energia⁹³. Questões como controles de preços e subsídios, políticas tarifárias e aduaneiras e preocupações emergentes das mudanças climáticas tornam-se de interesse coletivo e demandam uma estrutura normativa

⁸⁹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Acordo sobre Bens Ambientais**. 2020. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/ega_e.htm.

⁹⁰ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Trade and Environment Interactions: Governance Issues**. Background paper for the 35th Round Table on Sustainable Development. 2017. Disponível em: <http://www.oecd.org/sd-roundtable/papersandpublications/Trade%20and%20Environment%20Interactions%20FINAL.pdf>.

⁹¹ LEAL-ARCAS, Rafael; GOSH, Ehab S. Abu. **Energy trade as a special sector in the WTO: unique features, unprecedented challenges and unresolved issues**. Indian Journal of International Economic Law, Vol. 6, pp. 1-53, 2014. Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 176/2014. p. 14-15. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2444997>.

⁹² LEAL-ARCAS, Rafael; GOSH, Ehab S. Abu. **Energy trade as a special sector ...Op. Cit.** 2014. p. 14-15.

⁹³ LEAL-ARCAS, Rafael; GOSH, Ehab S. Abu. **Energy trade as a special sector ...Op. Cit.** 2014. p. 1-53

internacional apta a regular devidamente o mercado, promovendo a segurança energética em compasso com os fins do desenvolvimento sustentável⁹⁴.

Esta interface entre comércio e mudanças climáticas constitui o foco do desenvolvimento normativo do setor de energia internacional contemporâneo, que busca uma normatização internacional que leve em consideração suas características próprias de mercado, ainda não compreendidas na diversidade de instrumentos normativos que vão além do AGTC, incluindo também o ordenamento normativo interno de cada Estado-membro, restando, ainda, indeterminado o papel das normas internacionais nesse sentido. As teorias econômicas que tratam de governança, nos mais variados níveis de aplicação, ainda não foram aplicadas ao setor. As diversas fontes de energia que o constituem, nesse sentido, encontram-se sujeitas a uma multiplicidade de instrumentos normativos internacionais, os quais, por sua vez, acabam entrando em conflito ao qualifica-las distintamente, ora como bem, ora como serviço⁹⁵.

Outra peculiaridade do setor de energia corresponde à sua política de concorrência, regulada tanto pela OMC como pela OPEP, composta pelos produtores de combustíveis fósseis. A relação entre comércio e produção, nesse sentido, apresenta-se como problemática, de modo que novas negociações e diálogos oportunizem as discussões quanto a relação entre a CQNUMC e o Protocolo de Kyoto, bem como o futuro dos sistemas mundiais de comércio de carbono, diretamente relacionado aos interesses da OMC e da OPEP⁹⁶.

O papel do Conselho Mundial de Energia (CME) assumiu relevância neste contexto de busca pela cooperação internacional em matéria de energia, sendo responsável pela análise do comércio internacional de bens e serviços energéticos tanto em suas formas renováveis quanto fósseis⁹⁷. O CME surgiu com o objetivo de discutir problemas enfrentados pela indústria global de energia, atuando em caráter não governamental e não comercial em busca da promoção da energia limpa e acessível para todos. O CME, realizado mais de 20 vezes desde a fundação da organização, é a principal reunião de energia do mundo⁹⁸.

⁹⁴ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Publicações:** energia na lei e política da OMC. 2017. Disponível em: https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/wtr10_forum_e/wtr10_7may10_e.htm.

⁹⁵ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Publicações:** energia na lei... Op. Cit. 2017.

⁹⁶ A convergência entre o setor de energia e o comércio geral de bens e serviços vem se demonstrando com a adesão, efetivada ou em andamento, de países dominantes na produção de petróleo como membros da OMC, em que pese a divergência dos interesses diante dos desafios apresentados pelas emergências climáticas. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Publicações:** energia na lei... Op. Cit. 2017.

⁹⁷ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Internacional:** relação entre comércio internacional e energia. 2017. Disponível em: https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/wtr10_forum_e/wtr10_richards_herman_e.htm.

⁹⁸ CONSELHO MUNDIAL DE ENERGIA. **Política e Compromisso Necessários para o Sucesso na Transição de Energia de acordo com o Índice Trilema de Energia Mundial.** 2020. Disponível em: <https://www.worldenergy.org/about-us>.

Diante das transformações demandadas pela transição energética, o CME publicou um relatório contendo um índice comparativo do progresso de mais de 130 países na busca pelo que se denominou “Trilema Energético Mundial”: segurança energética; equidade energética; e sustentabilidade ambiental.

A segurança energética corresponde à capacidade de uma nação em atender à demanda de energia atual e futura de forma confiável, resistir e se recuperar rapidamente de choques no sistema com interrupção mínima do abastecimento. A equidade energética, por sua vez, avalia a capacidade de um país de fornecer acesso universal e preços acessíveis e justos de uma energia abundante, destinada ao uso doméstico e comercial, corroborando com o Objetivo para o Desenvolvimento Sustentável nº 7 das Nações Unidas⁹⁹. A sustentabilidade ambiental representa a transição do sistema de energia de um país para mitigar e evitar potenciais danos ambientais e impactos nas mudanças climáticas¹⁰⁰.

Como se observa no Anexo B, o índice com dados de 2021¹⁰¹ classifica o Brasil na 6ª posição para os conceitos de sustentabilidade ambiental e de segurança energética. Entretanto, no que diz respeito à equidade energética, a posição cai para o 63º lugar, o que o coloca no 26º lugar no ranking geral do Trilema. O relatório também reservou espaço para destacar a crise hídrica que atingiu o Brasil a partir de 2019, relacionando os efeitos devastadores num país com larga dependência de usinas hidroelétricas na produção de energia.

O Comitê identificou a necessidade de uma regulação específica do comércio internacional de energia, diante da insuficiência de regras genéricas do comércio internacional. O Conselho reconheceu a relevância das normas da OMC para a manutenção de mercados abertos e sua importância no contexto da crise de 2010. Ainda, identificou os avanços positivos da Rodada de Doha concernentes a relação entre desenvolvimento sustentável e o comércio de bens e serviços de energia¹⁰².

⁹⁹ “7.1 Até 2030, assegurar o acesso universal, confiável, moderno e a preços acessíveis a serviços de energia”; “7.2 Até 2030, aumentar substancialmente a participação de energias renováveis na matriz energética global”; “7.3 Até 2030, dobrar a taxa global de melhoria da eficiência energética”; “7.a Até 2030, reforçar a cooperação internacional para facilitar o acesso a pesquisa e tecnologias de energia limpa, incluindo energias renováveis, eficiência energética e tecnologias de combustíveis fósseis avançadas e mais limpas, e promover o investimento em infraestrutura de energia e em tecnologias de energia limpa”; “7.b Até 2030, expandir a infraestrutura e modernizar a tecnologia para o fornecimento de serviços de energia modernos e sustentáveis para todos os países em desenvolvimento, particularmente nos países menos desenvolvidos, nos pequenos Estados insulares em desenvolvimento e nos países em desenvolvimento sem litoral, de acordo com seus respectivos programas de apoio”. NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável no Brasil: Energia limpa e acessível**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/7>. Acesso em: 13 jan. 2022.

¹⁰⁰ CONSELHO MUNDIAL DE ENERGIA. **Índice do trilema energético mundial**. 2021. Disponível: <https://trilemma.worldenergy.org/#!/energy-index>.

¹⁰¹ CONSELHO MUNDIAL DE ENERGIA. **Índice do trilema energético mundial**...Op. Cit. 2021.

¹⁰² ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Publicações: relação entre comércio**...Op. Cit. 2017.

No âmbito normativo da OMC a energia elétrica foi catalogada através do código de nº 2716, o que se deu pela sua institucionalização no âmbito da Convenção Internacional sobre o Sistema Harmonizado de Descrição e Codificação de Mercadorias (Nomenclatura HS) e do Conselho de Cooperação Aduaneira (CCA), que integra a Organização Mundial das Aduanas (OMA)¹⁰³. Através do “HS 2716”, portanto, é que seu comércio internacional tem sido regulado¹⁰⁴.

Quanto aos controles e procedimentos aduaneiros, devido as peculiaridades que envolvem o setor elétrico, decorrem especificidades normativas. Por exemplo o desembaraço aduaneiro, que é feito após a entrada da mercadoria no território nacional e ocorre em conformidade com as medições realizadas na própria usina geradora. Nesse sentido, energia elétrica é considerada como “bem”, por consequência, sujeita às normas aplicáveis a tal categoria pela OMC¹⁰⁵.

O contrato normalmente utilizado para o comércio de energia elétrica passou a ser constituído basicamente por duas cláusulas, que demandam a adequada consideração pela autoridade aduaneira nacional, na obtenção do valor real da transação, quer dizer, o preço efetivamente pago ou a pagar: 1) Compromisso de pagamento para quantidades mínimas contratadas (*take-or-pay*), em que o importador se obriga ao pagamento de um custo fixo pela disponibilidade da energia, para momentos em que o consumo não se manter em níveis a cima do estabelecido pelo contrato, variando seu preço conforme variar o consumo; e 2) Pagamento correspondente à construção e manutenção do sistema de transmissão no país exportador¹⁰⁶.

Quanto aos custos oriundos da construção e manutenção do sistema de transmissão pertencente ao país exportador, refere-se ao ônus comumente atribuído ao importador de energia elétrica, pois os custos são suportados antes do transporte desse “bem”, ou seja, antes mesmo de ser efetivada a transação. Trata-se de outra questão que demanda aprofundamento para sua compreensão, em conformidade com as abordagens nacionais, bem como suas distintas aplicações na OMC. Aqui, novamente, nenhum consenso foi alcançado até o momento, restando aberta a questão¹⁰⁷.

Foi com o início da Rodada de Doha, em 2001, que se iniciaram negociações pela

¹⁰³ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DAS ADUANAS. **Instrumentos e Ferramentas**: Convenção Internacional sobre o Sistema Harmonizado de Descrição e Codificação de Mercadorias. Disponível em: http://www.wcoomd.org/en/topics/nomenclature/instrument-and-tools/hs_convention.aspx.

¹⁰⁴ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Publicações**: energia elétrica e os acordos de valoração específicos da OMC. 2017. Disponível em: https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/wtr10_forum_e/wtr10_2july10_e.htm.

¹⁰⁵ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Publicações**: energia elétrica e os acordos...Op. Cit. 2017.

¹⁰⁶ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Publicações**: energia elétrica e os acordos...Op. Cit. 2017.

¹⁰⁷ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Publicações**: energia elétrica e os acordos...Op. Cit. 2017.

inclusão do comércio de energia enquanto objeto de discussão entre os membros da OMC. Embora nada tenha sido considerado quanto a constituição própria e independente do espaço de negociação em energia, nem seus aspectos críticos evidentes, o progresso na liberalização dos mercados tem se dado em Doha em relação às áreas do comércio de produtos e serviços favoráveis aos desafios das mudanças climáticas; do comércio de serviços de energia; e da facilitação do comércio pelo transporte de energia¹⁰⁸.

Apontadas algumas transformações, vale se ater mais especificamente ao período histórico que vai de 1995 até o final de 2020, em que as controvérsias que envolveram o SSC totalizaram aproximadamente 597 consultas¹⁰⁹. A partir dos dados disponibilizados pela OMC, foi possível identificar os principais precedentes a respeito de controvérsias no comércio de energia mundial, como destaca o Anexo C¹¹⁰. Antes de passar ao próximo tópico (3.1.2), merecem considerações os precedentes catalogados como DS412 e DS426, pois abordaram a questão dos subsídios tarifários no comércio de energia elétrica e aparentemente convergem com as medidas tomadas pela ANEEL em matéria de GD, observada mais ou menos na mesma época.

O precedente “*Canada – Renewable Energy*” surgiu de uma disputa (DS412) em que o Japão questionava a compatibilidade de alguns programas de incentivo à produção de energia renovável do Canadá com acordos multilaterais da OMC. Logo após, a União Europeia apresentou pedido de consultas a respeito de um caso semelhante (DS426), motivo que levou ambos os casos a serem julgados em conjunto¹¹¹.

A política estabelecida pela Província de Ontário foi denominada “*Feed-In Tariff Program*” (Programa FIT) e era destinada a projetos de geração de energia eólica e energia solar fotovoltaica. A Província e suas agências pagariam ao produtor de energia um preço superior ao de mercado pela energia elétrica destinado ao sistema de Ontário, sob a condição de que fosse utilizada uma parcela mínima de equipamentos domésticos para a produção. Assim, o questionamento apresentado ao Sistema de Solução de Controvérsias da OMC apontava para a necessidade de atender a exigências de conteúdo local como condição para

¹⁰⁸ LEAL-ARCAS, Rafael; GOSH, Ehab S. Abu. **Energy trade as a special sector** ... Op. Cit. 2014. p. 14-15.

¹⁰⁹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Atividade da solução de controvérsias - algumas figuras**. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_e/disputats_e.htm.

¹¹⁰ Quadro de precedentes do Sistema de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio, em matéria de energia, desenvolvido pelo Autor, com base em dados da Organização Mundial do Comércio (1995-2020) in: ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Encontrar disputas**. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/find_dispu_cases_e.htm.

¹¹¹ ROCHA DE ARAUJO, Leandro. **O caso “energia renovável” na OMC: um precedente sobre os limites para a adoção de políticas públicas** IN: ARRUDA BENJAMIN, Daniela (ORG.). O sistema de solução de controvérsias da OMC: uma perspectiva brasileira. Brasília: FUNAG, 2013, p. 456.

participação no Programa FIT, o que confrontaria as normas de tratamento nacional estabelecidas pelo GATT¹¹².

O fundamento principal dos demandantes está no Artigo III:4 do GATT 1994, que estabelece a proibição aos países membros de tratar de modo menos favorável produtos importados, ou aplicar a estes impostos e encargos com valores superiores aos aplicados nos produtos nacionais¹¹³. O Artigo III:8 traz uma exceção para esta exigência, afastando a observância do princípio do tratamento nacional para casos de compras realizadas por agências governamentais, de produtos adquiridos para fins governamentais e que não tenham por objetivo a revenda comercial¹¹⁴.

O Acordo sobre Medidas de Investimento relacionadas ao Comércio (TRIMs) também foi objeto de análise. O Artigo 2.1 dispõe que as medidas de investimento relacionadas ao comércio deverão respeitar o princípio do tratamento nacional para serem compatíveis com o Acordo TRIMs. Além disso, o Acordo conta com um anexo descrevendo uma lista de medidas ilustrativas incompatíveis com o tratamento nacional, dentre as quais destaca a hipótese de exigência, por um dos Membros, de compra ou o uso, por uma empresa, de produtos de origem nacional ou de qualquer fonte doméstica. Os Artigos 3.1(b) e 3.2 do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (ASMC) também vetam o subsídio vinculado à necessidade de se atender exigências de conteúdo local em detrimento de bens importados¹¹⁵.

Em síntese, o painel e o Órgão de Apelação decidiram que a exceção do Artigo III:8 do GATT 1994 não se aplica ao caso analisado, principalmente ao compreender que o Governo de Ontário teria adquirido a energia elétrica com o objetivo de revenda comercial, o que incorreria no desrespeito ao princípio do tratamento nacional. Por consequência, confirmando a decisão proferida pelo painel, o Órgão de Apelação entendeu que o Programa FIT também não seria compatível com o Artigo 2.1 do Acordo TRIMs. Entretanto, o pedido dos demandantes fundado nos Artigos 3.1(b) e 3.2 do ASMC foi rejeitado, sob o entendimento de que não teria sido demonstrado de forma suficiente o caráter de benefício no subsídio concedido pelo programa, inexistindo violação ao TRIMs¹¹⁶.

Assim, a análise dos dados referentes a controvérsias levadas ao exame do SCC, estritamente relacionadas ao setor de energia, possibilita a constatação da sua relevância no sentido de conciliar interesses comerciais com os desafios da transição energética, no processo

¹¹² ROCHA DE ARAUJO, Leandro. **O caso “energia renovável” na OMC: um preced...** Op. Cit. 2013. p. 458.

¹¹³ ROCHA DE ARAUJO, Leandro. **O caso “energia renovável” na OMC: um preced...** Op. Cit. 2013. p. 459.

¹¹⁴ ROCHA DE ARAUJO, Leandro. **O caso “energia renovável” na OMC: um preced...** Op. Cit. 2013. p. 460.

¹¹⁵ ROCHA DE ARAUJO, Leandro. **O caso “energia renovável” na OMC: um preced...** Op. Cit. 2013. p. 461.

¹¹⁶ ROCHA DE ARAUJO, Leandro. **O caso “energia renovável” na OMC: um preced...** Op. Cit. 2013. p. 473.

de desenvolvimento econômico¹¹⁷. Tais casos, enquanto precedentes que vinculam o comércio de energia mundial, sugerem que a efetividade da governança internacional, devido ao seu alto nível de generalidade, exige a observância das peculiaridades inerentes aos Estados interessados.

2.3 INSTITUCIONALIZAÇÃO DAS INOVAÇÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Até meados do século XX, os investimentos no setor foram quase todos feitos pela iniciativa privada, que foi se afastando na medida em que o Governo passou a aumentar substancialmente os controles sobre essas atividades, sobretudo por meio de políticas de contenção tarifária. O modelo privado cedeu aos avanços estatais em dois sentidos: a União criou grandes empresas geradoras; e os Governos Estaduais criaram empresas distribuidoras. A criação da ELEROBRÁS é marcante dessa configuração que se fazia cada vez mais presente no cenário institucional, que só sofreu transformações mais significativas a partir da década de 1990¹¹⁸. Até o fim do século, os segmentos do setor eram públicos (federal e estadual na transmissão e geração; estadual e municipal na distribuição e fornecimento), apenas uma diminuta parcela dos ativos de geração/distribuição era explorada pela iniciativa privada no âmbito municipal¹¹⁹. Inspirado pelo modelo inglês, no final da década de 1980, deu-se início a um amplo projeto de reestruturação do setor, também conhecido como RE-SEB¹²⁰. Tantas mudanças não ocorreram sem passar por diversas inovações que marcaram o Brasil ainda no período pré-republicano.

Durante o império de D. Pedro II, Thomas Edison trouxe seus inventos para o Brasil, onde promoveu a implementação da primeira instalação de iluminação elétrica do país, na Estação da Corte do Rio de Janeiro (Estrada de Ferro Central do Brasil). A energia elétrica ainda era obtida por meio de usinas térmicas à vapor, mas a instalação já era composta por seis lâmpadas de arco voltaico, em substituição ao equipamento antigo que utilizava 46 bicos de gás e não fornecia uma iluminação tão intensa quanto a abastecida por eletricidade. Também foram instaladas, pouco tempo depois, 16 lâmpadas no Campo da Aclamação (praça da República),

¹¹⁷ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Solução de controvérsias na OMC**: Resumos de caso de uma página 1995–2018: Edição 2019, Publicação da OCDE, Paris, 2019. Disponível em: https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/dispu_settlement_e.htm.

¹¹⁸ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 178.

¹¹⁹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de...** Op. Cit. 2013. p. 178.

¹²⁰ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de...** Op. Cit. 2013. P. 179.

em 1881¹²¹.

Mas foi na cidade de Campos dos Goytacazes do Estado do Rio de Janeiro que, no ano de 1883, foi utilizada pela primeira vez a energia elétrica para prestação do serviço público de iluminação (pública) na América Latina. Pouco tempo depois, ainda na mesma década, foi inaugurada a primeira usina hidrelétrica destinada ao fornecimento público de energia elétrica no Brasil, em Juiz de Fora (Estado de Minas Gerais), com dois geradores monofásicos cada um com 125 kW de potência instalada no rio Paraibuna. Apesar do potencial de energia hidráulica não se encontrar dimensionado naquele momento, o território brasileiro não contava com grandes reservas de carvão mineral, o que incentivou a difusão de usinas hidrelétricas desde o início do setor de energia elétrica nacional¹²².

Logo após a proclamação da república, em 1889, os potenciais de energia hidráulica passaram a receber maior relevância jurídica, pois seriam explorados através de concessões, outorgadas por meio de decretos presidenciais. Um dos primeiros foi o Decreto nº 1113, declarado por Marechal Deodoro da Fonseca em 29 de novembro de 1890. O que se manteve após ser promulgada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, em 24 de fevereiro de 1891¹²³.

A chegada do grupo LIGHT no Brasil, ainda em 1899, marcou o desenvolvimento inicial do setor elétrico no período, que dependia sobretudo dos investimentos de capital estrangeiro¹²⁴. Mas só em 31 de dezembro de 1903 que veio a ser publicada a primeira Lei em matéria de energia elétrica no Brasil, a Lei nº 1.145. Por mais que sua introdução no ordenamento jurídico tenha sido um importante marco histórico, isso não significou mudanças tão relevantes quanto as formas jurídicas instituídas para exploração dos potenciais hidráulicos¹²⁵.

Esse desenvolvimento do setor intensificou as tensões entre as esferas de poder federal e estadual¹²⁶, em especial no que se refere ao domínio sobre as águas e potenciais hidráulicos, que ganhou contornos institucionais específicos com o advento do Código de Águas, por meio do Decreto nº 24.643, em 10 de junho de 1934, pouco antes de ser promulgada a nova

¹²¹ ELETROBRÁS. Assessoria de Comunicação. **O panorama histórico e institucional do setor elétrico**. pp. 133-135. In: ALQUÉRESE, José Luiz; SERRA, Mozart Vitor (org.) et al. O setor de energia elétrica no Brasil. Revista do Serviço Público, ano 43, v.114, n. especial. 1987. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/issue/download/117/142>. Acesso em: 12 ago. 2021. p. 133.

¹²² ELETROBRÁS. Assessoria de Comunicação. **O panorama histórico e institucional...** Op. Cit. 1987. p. 133.

¹²³ Dentre os instrumentos normativos que foram publicados à época podem ser mencionados a título de exemplo os Decretos de nº 3.329, em 1º de julho de 1899 e o de nº 4.088, em 22 de julho de 1901.

¹²⁴ LANDAU, Elena. **Regulação Jurídica do Setor Elétrico**: Tomo II. Editora Lumen Juris, 2011. p. 3.

¹²⁵ É o que se observa da leitura do texto normativo do Decreto nº 5.407, de 27 de dezembro de 1904, como indicado por ALVARES, Walter T. **Curso de Direito de Energia...** Op. Cit. 1978. p. 34.

¹²⁶ FURTADO, C. **Formação econômica do Brasil**. 34ª Edição. São Paulo: Cia. Das Letras, 2007. p. 246.

Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, em 16 de julho de 1934¹²⁷.

Desde então a União possui competência relativamente aos empreendimentos de energia elétrica no Brasil¹²⁸. O referido instrumento normativo, recepcionado pela nova Constituição, dissociou expressamente os potenciais de energia hidráulica e as águas onde se situarem as respectivas quedas (art. 145). Ao disciplinar o aproveitamento dos potenciais através de usinas, por particulares, lhes integrou às atividades de geração, transmissão, transformação e distribuição da energia produzida, assim como seus bens e instalações (Artigo 149, inciso II, alíneas c e d). Além disso, estabeleceu exclusividade para empresas nacionais explorarem os potenciais hidráulicos para fins de geração de energia elétrica, reflexo do nacionalismo marcante da Era Vargas¹²⁹.

Com a implementação das tecnologias comercializadas internacionalmente, foi constatado um crescimento expressivo do setor elétrico nacional que serviu para consolidar o processo de industrialização em curso. Chegou a atingir tamanho 15 vezes maior do que havia em 1900 dentro de um espaço de tempo de apenas 10 anos. E não parou por aí, pois até 1920 o mesmo duplicou de tamanho, fenômeno que se constatou também na década seguinte. Ou seja, em trinta anos o setor encontrava-se 60 vezes maior que no início do século XX¹³⁰. Percebe-se que o aumento da participação da energia elétrica na matriz energética nacional ocorreu junto de uma tendência global (1900-2005)¹³¹, que durou até a virada do século (1940-2008)¹³².

Diante de um quadro de crescimento exponencial, em 1939, como parte do processo de nacionalização da indústria, Getúlio Vargas cria o Conselho Nacional de Águas e Energia. Neste período, o número de usinas fornecedoras de energia elétrica no país saltou de 325 em 1920 para 1.914 em 1940¹³³.

A promulgação da Constituição da República de 1934 também marcou uma importante evolução para o setor energético brasileiro, pois foi a primeira a prever o instituto do contrato de concessão no direito nacional. O enunciado constitucional atribuiu à lei federal o papel de

¹²⁷ ELETROBRÁS. Assessoria de Comunicação. **O panorama histórico e institucional...** Op. Cit. 1987. p. 134.

¹²⁸ Outros instrumentos normativos que contribuíram para a disciplina jurídica da energia elétrica no ordenamento jurídico brasileiro são os Decretos de nº 20.395, de 15 de setembro de 1931, de nº 24.336, de 5 de junho de 1934, de nº 13, de 15 de janeiro de 1935 e o Decreto-lei nº 2.281, de 5 de junho de 1940.

¹²⁹ LANDAU, Elena. **Regulação Jurídica do Setor Elétrico: Tomo II...** Op. Cit. 2011. p. 4.

¹³⁰ ELETROBRÁS. Assessoria de Comunicação. **O panorama histórico institucional...** Op. Cit. 1987. p. 134.

¹³¹ MARTIN, J. M. (1990). **A economia mundial da energia**. São Paulo: Editora Unesp, 1992. Evolução do consumo mundial de energia elétrica (TWh). p. 34.

¹³² AMARAL. Guilherme Soares Gurgel do. **A pesquisa e desenvolvimento no setor elétrico brasileiro: uma investigação da política tecnológica para o setor com base na teoria evolucionária da mudança técnica** (Mestrado) – Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. Departamento de Engenharia. São Paulo. 2012. p. 37.

¹³³ MORAES, Fábio Farias de. **A eletrificação em Santa Catarina**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. 372 f. 2019. p. 65

disciplinar a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, determinando que estas não excedessem a justa retribuição do capital e que fossem suficientes para atender as necessidades de expansão e melhoramento do serviço prestado¹³⁴.

Com o mercado internacional amplamente favorável às importações em território brasileiro, a partir de 1945, corroborado pelos acordos de Bretton Woods, intensifica-se a implementação de grandes projetos de geração de energia elétrica, vez que a tecnologia não era produzida pela indústria nacional, que naquelas circunstâncias se dedicava principalmente ao setor cafeeiro¹³⁵. Uma das primeiras obras de grande porte foi a usina Paulo Afonso situada no rio São Francisco, na Bahia, sob a gestão da Companhia Hidrelétrica do São Francisco (CHESF), de domínio público¹³⁶.

Esse impulsionamento do setor passou a receber delineamentos institucionais ainda mais específicos a partir de 1957, quando o Código de Águas foi regulamentado pelo Decreto 41.019, em 26 de fevereiro (Código de energia elétrica). Pelo referido instrumento normativo foram dissociados os serviços de energia elétrica dos potenciais de energia hidráulica e deu origem aos seguimentos de produção¹³⁷, transmissão¹³⁸, transformação¹³⁹ e distribuição¹⁴⁰ de energia elétrica, com a possibilidade de execução tanto conjunta como isoladamente (art. 2º).

Na presença deste marco institucional, o governo Juscelino Kubitschek deu continuidade ao processo de nacionalização através de seu Plano de Metas, que em 1960 levou à instituição do Ministério das Minas e Energia¹⁴¹. Em 1962, a criação da Eletrobrás¹⁴² se

¹³⁴ ROCHA, Fábio Amorim da (Coordenador). **Temas Relevantes ao Direito de Energia Elétrica**: Tomo IV. Editora Synergia, Rio de Janeiro, 2017. pp. 95.

¹³⁵ FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. 34ª Edição. São Paulo: Cia. Das Letras, 2007. p. 304.

¹³⁶ ELETROBRÁS. Assessoria de Comunicação. **O panorama histórico e institucional...** Op. Cit. 1987. p. 134.

¹³⁷ A produção de energia elétrica foi considerada como transformação de energia elétrica a partir de qualquer fonte, independentemente da origem (art 3º).

¹³⁸ A transmissão foi considerada como serviço destinado ao transporte da energia do sistema produtor às subestações distribuidoras, ou na interligação de dois ou mais sistemas geradores. Nesta categoria foram incluídos o transporte pelas linhas de subtransmissão ou de transmissão secundária que existirem entre as subestações de distribuição, bem como o fornecimento de energia a consumidores em alta tensão, mediante suprimentos diretos das linhas de transmissão e subtransmissão (art 4º, parágrafos 1º e 2º).

¹³⁹ A transformação e conversão de corrente elétrica, bem a correção do fator de potência e o de seccionamento de circuitos por meio de subestações, foram considerados atividades acessórias à produção, transmissão ou distribuição, enquanto parte do serviço correspondente (art. 6º).

¹⁴⁰ A distribuição de energia elétrica é considerada como serviço que abrange o fornecimento de energia a consumidores em média e baixa tensão. Deve ser realizada diretamente, a partir dos sistemas geradores ou das subestações de distribuição primária, por circuitos de distribuição primária, a consumidores em tensão média; ou a partir de transformadores, por circuitos de distribuição secundária, a consumidores em baixa tensão (art 5º, parágrafo único).

¹⁴¹ LANDAU, Elena. **Regulação Jurídica do Setor Elétrico**: Tomo II... Op. Cit. 2011. p. 4.

¹⁴² Teve origem com a Lei nº 3.890-a, de 25 de abril de 1961; outros instrumentos normativos publicados naquela época podem ser úteis para a compreensão da disciplina jurídica do setor elétrico, como o Decreto no 62.724, de 17 de maio de 1968 e a Lei nº 5.899, de 5 de julho de 1973 (ITAIPU).

apresenta como principal mudança no sentido de nacionalizar a política eletroenergética¹⁴³. Pouco tempo depois, pela Lei nº 4.904/1965, foi criado o Departamento Nacional de Água e Energia Elétrica, responsável pela atividade administrativa no período¹⁴⁴.

Em 1967, com a promulgação de uma nova Constituição Federal, foi incorporado ao texto normativo dos contratos de concessão a necessidade de obediência aos princípios da manutenção do serviço adequado e da garantia do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, determinando a revisão periódica das tarifas por parte do poder concedente¹⁴⁵.

Neste mesmo ano, o Decreto-lei nº 200 é expedido para estabelecer as diretrizes de Reforma Administrativa no âmbito da Administração Federal, atribuindo às atividades administrativas o dever de obedecer aos princípios do planejamento, da coordenação, da descentralização e da delegação de competência.

Por priorizar investimentos na geração de energia centralizada, a exemplo da construção da Itaipu Binacional iniciada em 1974, o sistema elétrico nacional contava com grandes linhas de transmissão, que foram interligadas por uma longa extensão territorial e tornaram viável a segurança energética do país¹⁴⁶.

Apesar da expansão do setor até o final da década de 1970, a capacidade de investimentos por parte do Estado veio a ser comprometida pela crise fiscal, oriunda do cenário de ausência de restrições fiscais. A expansão foi feita com base em preços subsidiados que não correspondiam aos custos percebidos. Além disto, o amplo acesso ao financiamento acarretou a construção de diversos empreendimentos sem a preocupação efetiva com a eficiência. Tanto a ineficiência quanto o subsídio transferido ao usuário final corroboraram para o agravamento da crise financeira, que atingiria seu ponto mais grave quando no início da década de 1980 o financiamento externo foi interrompido, dificultando a capacidade dos investimentos estatais¹⁴⁷.

Com a crise cambial, problemas fiscais e aumento dos investimentos estrangeiros no setor elétrico nacional, inicia-se a discussão sobre a possibilidade de delegação à iniciativa privada a incumbência de explorar as atividades que até então se encontravam centralizadas no

¹⁴³ ELETROBRÁS. Assessoria de Comunicação **O panorama histórico e institucional...** Op. Cit. 1987. p. 135.

¹⁴⁴ TENDÊNCIAS CONSULTORIA INTEGRADA. **Setor Elétrico Brasileiro: cenários de crescimento e requisitos para a retomada dos investimentos.** São Paulo: Massao Ohno Ed., nov. 2003, p. 141.

¹⁴⁵ ROCHA, Fábio Amorim da (Coordenador). **Temas Relevantes ao Direito de Energia...** Op. Cit. 2017. p. 95.

¹⁴⁶ FREITAS, Bruno M. R. de; HOLLANDA, Lavinia. **Micro e Minigeração no Brasil: Viabilidade Econômica e Entraves do Setor.** White Paper nº 1 de maio de 2015. pp. 208/214. 1. ed. São Paulo: FGV, Brasil: 2015, p. 2. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13853/micro.pdf?sequence=1&isAllowed=y/>. Acesso em: 25 jun. 2020.

¹⁴⁷ LANDAU, Elena. **Regulação Jurídica do Setor Elétrico: Tomo II...** Op. Cit. 2011. p. 4.

modelo estatal de execução¹⁴⁸.

Como fruto de uma tendência global de desestatização dos serviços públicos, a Constituição da República Federativa de 1988 estabeleceu como princípio a livre iniciativa e incumbiu ao Estado a tarefa de planejar e regular a ordem econômica¹⁴⁹. Além disso, o novo texto acrescentou o “caráter especial” dos contratos de concessão e atribuiu à lei a função de dispor sobre a política tarifária respectiva¹⁵⁰.

Em 1990, chega-se ao consenso de que o Estado não poderia continuar como principal fonte de financiamento da expansão setorial, que guinou a busca por parceiros privados¹⁵¹. Vários serviços públicos que eram prestados pelo Estado de forma direta ou por concessão e alvará (como em contratos de infraestrutura), a partir de então, passaram a ser prestados indiretamente, por pessoas físicas no setor de serviços. Houve uma alteração de legitimidade do Estado (seu titular legítimo), que deixou de ser prestador direto de serviços públicos, muitas vezes prestados em regime de monopólio, para tornar-se prestador indireto, pela sua delegação à iniciativa privada. Dessa forma, o serviço público passou a ser caracterizado não mais pelo vínculo com o Estado, mas pela natureza da sua prestação, submetida a um regime jurídico próprio¹⁵².

Com a Lei 8.031/1990 foi instituído o Plano Nacional de Desestatização, que, em conjunto da Lei Federal 8.987/1995 (Lei Geral de Concessões), representaram mudanças imprescindíveis para as “privatizações” ocorridas a partir dali. A promulgação destas leis se somam ao preceito constitucional do artigo 21, inciso XII, alínea (b) da Constituição da República, atinente à exploração direta ou indireta dos serviços e instalações de energia elétrica pela União. As privatizações realizadas no setor elétrico brasileiro a partir de 1995 podem ser observadas pela tabela que consta no ANEXO D¹⁵³.

Com a Lei 9.074/1995, foram dissociadas expressamente as atividades de distribuição, geração, transmissão e comercialização de energia elétrica. Não apenas como regimes passíveis

¹⁴⁸ MEMÓRIA DA ELETRICIDADE (1988). **Panorama do setor de energia elétrica no Brasil**. Rio de Janeiro: Centro da Memória da Eletricidade no Brasil. 1988.

¹⁴⁹ CALDAS, Geraldo Pereira. **Concessões de Serviços Públicos de Energia Elétrica**: Em face da Constituição Federal de 1988 e o interesse público. São Paulo: Juruá Editora. 2ª Edição. 3ª reimpressão: 2011, p. 19.

¹⁵⁰ ROCHA, Fábio Amorim da (Coordenador). **Temas Relevantes ao Direito de Energia**...Op. Cit. 2017. p. 95.

¹⁵¹ LANDAU, Elena. **Regulação Jurídica do Setor Elétrico**: Tomo II... Op. Cit. 2011. p. 5.

¹⁵² GABARDO, Emerson; LIMA LÓPEZ VALLE, Vivian Cristina. **Característica relacional y mutabilidad de los contratos estatales**: la concesión como herramienta de planeación [Característica relacional e mutabilidade dos contratos estatais: a concessão como instrumento de planejamento]. Revista digital de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, n.º 25, 2021, pp. 285-308. Disponível em: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/6908>. Acesso em: 12 ago. 2021. p. 296.

¹⁵³ MORAES, Fábio Farias de. **A eletrificação em Santa Catarina**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. 372 f. 2019.

de distinção, mas proibiu sua execução verticalizada por empresas de distribuição (artigo 4º, p. 5º). Pela dissociação entre distribuição e comercialização, assumiu-se a possibilidade de fornecimento por produtor independente de energia elétrica (art. 15 e 16). Também separou os bens e instalações conforme o empreendimento (Art. 15, p. 6º). Quanto às instalações de transmissão, passaram a ser consideradas como integrantes dos empreendimentos pertinentes às distintas classes estabelecidas: de rede básica dos sistemas interligados, do concessionário de distribuição, de interesse exclusivo das centrais de geração; ou destinadas a interligações internacionais (art. 17).

Importantes alterações sobrevieram com a publicação das Leis 9.472/1996 e 9.648/1998, que descentralizaram de vez o setor, no âmbito normativo, com a instituição da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e o Operador Nacional dos Sistemas (ONS), além de dispensar a prévia licitação para o fornecimento de energia elétrica. A partir daí, pelo Decreto 2.655/1998, a regulamentação necessária para a liberalização do setor foi institucionalizada com a formalização do Mercado Atacadista de Energia (MAE), em especial no que se refere à comercialização pelos diversos agentes e as operações relativas ao sistema interligado nacional. Porém, este modelo liberalizante sofreu algumas transformações que se devem ao seu insucesso na promoção da competitividade setorial, dado que as distribuidoras passaram a realizar *self-dealing*, minando a estrutura econômica estabelecida. Neste cenário surge também a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, que dispõe sobre a política energética nacional, sobre as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo.

A falta de atratividade dos investimentos e a falta de planejamento desencadearam, entre outros fatores, o racionamento (apagão) em 2001, que estipulou a meta de redução do consumo médio conforme a demanda energética de cada classe consumidora¹⁵⁴. Neste contexto, é publicado o Decreto nº 3.900, de 29 de agosto de 2001, que cria a Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial (CBEE).

Este cenário incentivou novas transformações, que se deram com a publicação das Leis 10.438/02, 10.847/04 e 10.848/04 e respectivos decretos regulamentadores, suas bases institucionais ainda vigentes, implicando no estancamento das “privatizações” em curso no

¹⁵⁴ É o que pode ser visualizado no Anexo E, conforme PÊGO FILHO, B.; MOTA, J. A.; CARVALHO, J. C. J.; PINHEIRO, M. M. S. **Impactos fiscais da crise de energia elétrica: 2001 a 2002**. Texto para discussão nº 816. IPEA: Rio de Janeiro, 2001. In: AMARAL, Guilherme Soares Gurgel do. **A pesquisa e desenvolvimento no setor elétrico brasileiro: uma investigação da política tecnológica para o setor com base na teoria evolucionária da mudança técnica** (Mestrado) – Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. Departamento de Engenharia. São Paulo. 2012.

período. Os esforços passaram a ser direcionados à aproximação entre as fontes de energia e as instalações de usuários, com incentivos do Estado para adoção prioritária de fontes de energias renováveis e para participação ativa dos cidadãos. Mais especificamente, houve reestruturação do modelo anterior, que trouxe importantes mudanças ao setor como: 1) “o fortalecimento do mercado regulado, com as empresas distribuidoras passando a comprar energia em *pool* por meio de leilões”; 2) “a licitação de novos empreendimentos de geração pelo menor preço para os consumidores; e 3) a “atuação efetiva do Poder Público no planejamento do sistema e na definição de prioridade de novos empreendimentos, bem como maior influência do Ministério das Minas e Energia nas gestões do ONS e da ANEEL”.¹⁵⁵ A partir daí, as distribuidoras passaram a contratar sua demanda mediante um *pool*, conforme o submercado em que estivessem situadas¹⁵⁶.

Por meio da Lei 10.438/02, foram instituídos no ordenamento jurídico a recomposição tarifária extraordinária, o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica (Proinfa) e a Conta de Desenvolvimento Energético (CDE)¹⁵⁷. Outro ponto importante foi a instituição de enunciados normativos sobre a universalização do serviço público de energia

¹⁵⁵ CALDAS, Geraldo Pereira. **Concessões de Serviços Públicos de Energia Elétrica...** Op. Cit. 2011, p. 11-21.

¹⁵⁶ BRASIL, Agência Nacional de Energia Elétrica do. **Nota Técnica nº 86/2014-SEM/ANEEL, de 02 de setembro de 2014.** Disponível em: http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/consulta_publica/documentos/NT_86_2014_Metodologia_Limites_PLD.pdf. Acesso em: 25 jun. 2020.

¹⁵⁷ “Art. 4º Os recursos da CDE terão as seguintes finalidades: I - a universalização do serviço de energia elétrica no território nacional, nos termos da Lei nº 10.438, de 2002, do Decreto nº 7.520, de 8 de julho de 2011, e da regulamentação da ANEEL; II - a subvenção econômica destinada à modicidade da tarifa de fornecimento de energia elétrica aos consumidores finais integrantes da Subclasse Residencial Baixa Renda de que tratam a Lei nº 12.212, de 20 de janeiro de 2010, conforme o Decreto nº 7.583, de 13 de outubro de 2011, e a regulamentação da ANEEL; III - os dispêndios da Conta de Consumo de Combustíveis - CCC, nos termos da Lei nº 12.111, 9 de dezembro de 2009, do Decreto nº 7.246, de 28 de julho de 2010, e da regulamentação da ANEEL; IV - a competitividade da energia produzida a partir da fonte carvão mineral nacional nas áreas atendidas pelos sistemas interligados, com cobertura do custo de combustível primário e secundário de empreendimentos termelétricos em operação até 6 de fevereiro de 1998, nos termos do art. 13 da Lei nº 10.438, de 2002, das disposições deste Decreto e da regulamentação da ANEEL; V - a competitividade da energia produzida a partir de fontes eólica, termosolar e fotovoltaica, pequenas centrais hidrelétricas, biomassa, outras fontes renováveis, na forma estabelecida em ato do Ministro de Estado de Minas e Energia; VI - os descontos nas tarifas de uso dos sistemas elétricos de distribuição e nas tarifas de energia elétrica, a que se referem os art. 1º e art. 2º do Decreto nº 7.891, 23 de janeiro de 2013, e conforme regulamentação da ANEEL; VII - os descontos aplicados nas tarifas de uso dos sistemas elétricos de transmissão, conforme regulamentação da ANEEL; VIII - o pagamento dos valores relativos à gestão e à movimentação da CDE, da CCC e da RGR pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE, incluídos os custos administrativos, os custos financeiros e os tributos, conforme regulamentação da ANEEL; IX - os custos com a compra de energia, para fins tarifários, e o custo total de geração, para fins de reembolso da CCC, necessários para atender a diferença entre a carga real e o mercado regulatório, nos termos do art. 4º -A da Lei nº 12.111, de 2009; X - o programa de desenvolvimento e qualificação de mão de obra técnica, de que trata o § 11 do art. 13 da Lei nº 10.438, de 2002, na forma estabelecida em ato do Ministro de Estado de Minas e Energia; e XI - a compensação do impacto tarifário da reduzida densidade de carga do mercado de cooperativas de eletrificação rural, concessionárias ou permissionárias, em relação à principal distribuidora supridora, na forma definida pela ANEEL, observado o disposto nos § 2º ao § 7º do art. 3º da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996”. Enunciado normativo da Lei 10.438/02.

elétrica. Com a Lei 10.847/04 tem-se instituída a Empresa de Pesquisa Energética, para prestar serviços na área de estudos e pesquisas em vistas de subsidiar o planejamento do setor energético, tais como energia elétrica.

Mas foi com a publicação da Lei 10.848/2004 que a “geração distribuída” passou a compor o ordenamento jurídico nacional. Além desta inovação, houve a substituição do MAE pela Câmara de Comercialização de energia Elétrica (CCEE), com a diferenciação de ambientes para a contratação da energia elétrica: um regulado e outro livre. No regulado, as distribuidoras passaram a adquirir a energia por meio de leilões (licitações), ao passo que no livre, os agentes passaram a transacionar livremente, como idealizado no modelo anterior, mediante autorização. O primeiro, instituído para as atividades de fornecimento por empresas de distribuição. O segundo, para a comercialização propriamente dita, por empresas de geração, comercialização, importação e usuários livres, em substituição ao fornecimento antes realizado exclusivamente pelas distribuidoras (Art. 1º, §§ 1º, 2º e 3º).

Evidencia-se que a referida legislação foi publicada num contexto em que as distribuidoras, também detentoras de empreendimentos de geração, podiam contratar livremente no MAE a energia elétrica destinada ao suprimento da totalidade da área de concessão. Isso acabou incentivando as mesmas à prática do *self-dealing*, que inviabilizava a competitividade almejada pelas reformas introduzidas no final do século XX. Em razão disso, o MAE foi substituído pela CCEE, que passou a realizar as contratações tanto feitas livremente, quanto por meio de contratos regulados. Estes últimos, evidentemente, tornaram-se a regra geral para a contratação de energia elétrica por agentes de distribuição, extinguindo o *self-dealing* nos moldes como havia sido estabelecido¹⁵⁸. A mudança se deu em função do § 5º, do art. 4º da Lei 9.074/1995, introduzido pela Lei 10.848/2004. As formas jurídicas percebidas para a contratação da energia elétrica no regime anterior à Lei 9.074/1995 eram concentradas basicamente no contrato de suprimento de energia elétrica, diferente do que passou a ocorrer a partir de então, quando passaram a ser admitidas novas modalidades contratuais¹⁵⁹.

A partir daí os usuários passaram a ter liberdade de escolha quanto ao fornecedor da energia elétrica demandada, o que não significa apenas a opção pela compra da energia produzida por terceiros. Tornou-se possível ao usuário atuar como seu próprio fornecedor de energia, o que só foi possível com a criação de dois ambientes de negociação: o Ambiente de

¹⁵⁸ SANTANA, Edvaldo Alves de. **Economia dos custos de transação, direito de propriedade e a conduta das empresas no setor elétrico brasileiro**. Artigo apresentado no XXXIV Encontro da Associação Nacional dos Centros de Pós-Graduação em Economia - ANPEC), realizado de 5 a 18 de dezembro de 2006. Disponível em: www.anpec.org.br/encontro2006/artigos/A06A065.pdf. Acesso em: 12 ago. 2021. p. 7.

¹⁵⁹ CALDAS, Geraldo Pereira. **Concessões de Serviços Públicos de Energia Elétrica...** Op. Cit. 2011. p. 62.

Contratação Livre (ACL) e o Ambiente de Contratação Regulada (ACR)¹⁶⁰. Para garantir os contratos firmados em ambos os ambientes, os agentes submetem-se ao Mercado de Curto Prazo, ou *spot*, onde são contabilizadas as quantidades utilizadas *a mais* e *a menos* por cada um dos agentes com contratos registrados no âmbito da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica. A partir da respectiva contabilidade há a fixação do Preço de Liquidação das Diferenças (PLD), que permite a compensação dos valores apurados entre os participantes. A participação de agentes empenhados no atendimento dos usuários de energia elétrica tem crescido desde então, como se observa dos dados apresentados no Anexo F¹⁶¹.

Tais transformações não seriam possíveis sem o desenvolvimento de uma infraestrutura específica. Em 2020, percebe-se que o Setor Elétrico Brasileiro conta com os Sistemas Isolados (SI) e o Sistema Interligado Nacional (SIN), traço marcante do processo histórico de institucionalização da energia elétrica e suas tecnologias no ordenamento jurídico¹⁶².

Menciona-se também a expedição da Lei 13.460 de 26 de junho de 2017, que passa a dispor sobre a participação, a proteção e a defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública.

Neste processo de transformação do regime jurídico dos contratos de concessão, a quantidade de mudanças promovidas por medidas provisórias pode sugerir uma interferência político-administrativa recorrente. Entre os anos de 1995 e 2013 as Leis 8.987/1995, 9.074/1995, 9.427/1996, 10.438/2002, 10.848/2004 e 12.783/2013 foram objeto de 64 alterações, resultantes da conversão de medidas provisórias em leis, e 58 modificações, produzidas por medidas provisórias¹⁶³.

¹⁶⁰ BLANCHET, Luiz Alberto, DE CASTRO, Rodrigo Pironi Aguirre. **Direito da Energia: Economia, Regulamentação e Sustentabilidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2014, p. 99.

¹⁶¹ EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA (EPE). **Anuário Estatístico de Energia elétrica de 2021**. Disponível em: <https://www.epe.gov.br/pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/anuario-estatistico-de-energia-eletrica>. Acesso em: 28 dez. 2021.

¹⁶² O Anexo G ilustra os Sistemas Isolados. In: EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA (EPE). **Planejamento do atendimento aos Sistemas Isolados Horizonte 2025 – Ciclo 2025**. Disponível em: <https://www.epe.gov.br/pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/relatorio-de-planejamento-para-atendimento-aos-sistemas-isolados-horizonte-2025-ciclo-2020>. Acesso em: 06 jan. 2022.

¹⁶³ ROCHA, Fábio Amorim da (Coordenador). **Temas Relevantes ao Direito de...** Op. Cit. 2017. p. 96-97.

2.4 EMERGÊNCIA DOS CONCEITOS NOS TEXTOS NORMATIVOS

Como já mencionado, a geração distribuída de energia¹⁶⁴ elétrica¹⁶⁵ surgiu pela primeira vez na Lei nº 10.848/2004, em seu art. 2º, § 8º, inc. II, alínea *a*. São dois, portanto, os elementos que compõem¹⁶⁶ o vocábulo em tela: *geração* e *distribuída*. O *primeiro* elemento, normalmente¹⁶⁷ refere-se à substantivo feminino, que significa o “ato ou efeito de gerar-se”; ou ainda, “formação, produção, desenvolvimento, por meio de máquinas e processos”, como na “geração de eletricidade”¹⁶⁸. Já o *segundo*, refere-se à derivação de palavras com mesmo radical: distribu *-ição* (substantivo feminino); distribu *-idor* (adjetivo); distribu *-ir* (verbo). Dentre as possíveis significações, podem ser mencionadas: “ato ou efeito de distribuir”; “repartição de um produto aos locais que deve ser comercializado”; “disposição das partes de um todo”; “dispositivo que distribui a corrente elétrica em motor a explosão”; “dispor espacialmente”; “pôr produtos a disposição de consumidores”¹⁶⁹. Evidente, neste caso, tratar-se de uma relação de subordinação entre os respectivos componentes, vez que a derivação sufixal *-ida*, configura complemento (determinante) da *geração* (determinado), que possibilita configurar-se como adjetivo - *distribuída*¹⁷⁰.

Em que pese ter-se enunciado pelo poder legislativo expressamente o vocábulo em apreço, não lhe foi atribuído qualquer significado específico pelo texto normativo. Mesmo assim a partir de seu contexto já era viável concluir que se tratava de uma relação de compra e venda de energia elétrica entre o agente gerador e o agente de distribuição, com características próprias (de contratação, repasse de custos ao consumidor e de condições técnicas). Também era visível a sua excepcionalidade em relação à obrigação geral imputada ao agente de

¹⁶⁴ ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. **Dicionário escolar da língua portuguesa**. 2.ed. Companhia Editorial Nacional: São Paulo. 2008: “energia (e.ner.gi.a) *s.f.* 1. (*Fís.*): Potencial que um corpo, uma substância ou um sistema físico têm de produzir movimento, superar resistência e efetuar alterações físicas. 2. *fig.* Potência física; força, vigor, vitalidade, disposição: *Uma boa alimentação proporciona energia ao atleta*. 3. *fig.* Potência moral; firmeza, empenho: *O juiz atuou com energia naquele caso de corrupção*. 4. *coloq.* Luz, eletricidade: *Com o temporal, minha casa ficou sem energia*. II *Energia calórica*: energia encontrada nas proteínas, gorduras e carboidratos dos alimentos: *O excesso de energia calórica leva à obesidade*. - *Energia elétrica*: (*Eletr.*) energia gerada por fontes naturais (sol, água etc.) ou por outro tipo de energia (hidráulica, mecânica etc.) que serve para iluminar locais ou colocar em funcionamento aparelhos elétricos, entre outros usos. - *Energia nuclear*: (*Fís.*) energia obtida por meio de alterações do núcleo de um átomo; energia atômica: *Os raios X constituem uma forma de energia nuclear*.”. p. 494.

¹⁶⁵ *Id Ibidem*: “eletricidade (e.le.tri.ci.da.de) *s.f.* (*Fís.*) 1. Forma de energia conduzida pela corrente elétrica gerada por meio de fenômenos provocados pela presença de cargas elétrica em repouso ou em movimento. 2. Especialidade que pesquisa estes fenômenos.”. p. 469.

¹⁶⁶ BECHARA, Evanildo. **Moderna gramática portuguesa**. 38 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015: “por composição entende-se a junção de dois elementos identificáveis pelo falante numa unidade nova de significado único e constante: [...]”. p. 370.

¹⁶⁷ BECHARA, Evanildo. **Moderna gramática portuguesa**. 38 ed...Op. Cit. 2015. p. 36 e 44.

¹⁶⁸ ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. **Dicionário escolar da língua portuguesa**...Op. Cit. 2008, p. 633.

¹⁶⁹ ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. **Dicionário escolar da língua portuguesa**...Op. Cit. 2008. p. 451.

¹⁷⁰ BECHARA, Evanildo. **Moderna gramática portuguesa**. 38 ed... Cit. 2015. p. 374.

distribuição (*caput*), quanto ao atendimento da totalidade do mercado de sua área de concessão mediante prévia licitação, já que expressamente dispensado do respectivo procedimento. Nestes termos, carecia dos delineamentos próprios do vocábulo empregado pela técnica legislativa, como em relação ao seu conceito (§ 8º, inc. II), seu procedimento de contratação (§ 10), quanto ao repasse dos custos da energia elétrica adquirida às tarifas dos consumidores finais (§ 4º).

Tornou-se mais clara sua compreensão em função do enunciado normativo veiculado pelo Decreto regulamentar nº 5.163/2004. Conforme seu art. 14, *deve ser* considerada como geração distribuída: “a *produção de energia elétrica* proveniente de empreendimentos¹⁷¹ de *agentes* concessionários, permissionários ou autorizados (ou apenas registrados), *conectados* diretamente no *sistema* elétrico de *distribuição* do *comprador*” (não grifado no texto normativo). Em conjunto com o enunciado dos incisos I e II, depreende-se que *são proibidos* de serem considerados como geração distribuída os empreendimentos com as seguintes qualidades: (a) de *agentes* que não detenham concessão, permissão, autorização ou registro; (b) de empreendimentos não *conectados* diretamente ao sistema elétrico de distribuição do comprador; (c) que não *vendam* energia elétrica para a distribuidora; (d) que utilizem centrais geradoras de potência instalada a cima de 30 MW (no aproveitamento de energia hidráulica); (e) ou que utilizem centrais geradoras de fonte térmica a combustão (excepcionadas biomassa ou resíduos industriais) com eficiência energética inferior a 75%.

O procedimento administrativo prescrito pelo regulamento, com base no art. 15, foi a chamada pública promovida *diretamente* pelo agente de distribuição. Como regra geral, foi admitida a realização do procedimento para fins de contratação da energia elétrica na quantidade limitada a 10% da carga do agente de distribuição (art. 15, § 1º). Foram excepcionados da limitação de carga os casos de Geração Própria (Art. 70 § 1º) contratada pela concessionária de distribuição, que foi obrigada a ser reduzida gradualmente (antigo *self-dealing*), em decorrência da desverticalização promovida pelo advento da Lei 10.848/2004 (§ 2º). Em tais casos, devem ser homologados e registrados os contratos pela ANEEL, com base no preço fixado pela última revisão ou reajuste tarifário da distribuidora (art. 70, § 2º). Outra exceção refere-se aos agentes de distribuição comprometidos com o atendimento da totalidade do mercado próprio com carga inferior a 500 GWh/ano (art. 16, II), aos quais foi permitida a

¹⁷¹ “A noção de empreendedor pressupõe proatividade criativa e se completa com a eficácia. A proatividade criativa deve ser inovadora, geradora de utilidades ou comodidades inexistentes antes da atuação do empreendedor, ou pela criação de objeto novo, ou pela nova utilidade dada a objeto já existente. A eficácia está vinculada aos resultados positivos, úteis, do empreendimento. Empreendedor não é somente o autônomo. Também o é o empregado, o funcionário público e toda pessoa que identifica necessidades presentes e antevê utilidades futuras e as materializa.” BLANCHET, Luiz Alberto. **O princípio constitucional da reciprocidade...** Op. Cit. 2010. p. 49.

contratação de toda ou apenas parte da energia elétrica *proveniente* de GD.

Quanto ao repasse tarifário, o decreto não forneceu solução específica para o caso da GD, restringindo-se a prescrever o repasse mediante um Valor Anual de Referência (VR) a ser apurado pela ANEEL, conforme o enunciado do artigo 34.

Com base nestes comandos normativos, além de outros direta ou indiretamente relacionados, a ANEEL, no exercício da sua competência (Decreto nº 2.335/1997), publicou a Resolução normativa nº 167/2005. Com isso, estabeleceu condições para a respectiva relação comercial. Dentre elas, as formas de contratação permitidas ao agente de distribuição: chamada pública ou registro (de empreendimentos próprios - art. 2º). As contratações, de ambas as formas, foram proibidas àqueles agentes sem conexão entre seu empreendimento de geração e a rede de distribuição (parágrafo único).

Quanto à “Geração Própria”, estabeleceu como condições obrigatórias para sua caracterização, ter sido considerada conforme tal classificação no reajuste ou revisão tarifários, feito pela ANEEL junto da CCEE (Art. 4º, inc. I). O montante contratado, nestes casos, também precisaria corresponder à totalidade da energia gerada e ter período de vigência adequado ao término do contrato de concessão do agente de distribuição comprador (inc. II). Tal classificação, por sua vez, dependeria da formalização em no máximo 30 dias após a data de publicação do ato de anuência do processo de desverticalização ou a data de publicação da respectiva Resolução Normativa (ou, dentre eles, o que por último realizar-se). Para a Geração Própria não foi admitida outra forma de contratação (Art. 5º). Também estipulou parâmetros para o estabelecimento da tarifa apropriada (art. 6º e 7º). Ainda, foi facultado aos geradores que não preenchessem os requisitos de contratação, ou não optarem pela condição de geração distribuída, a escolha de comercializar a energia elétrica produzida em conformidade com o regime jurídico incidente (art. 8º).

Pouco tempo depois, foi publicada a Resolução normativa nº 228/2006, que deu contornos mais específicos para o respectivo conceito legal, estabelecendo os requisitos necessários para o enquadramento e certificação das centrais de geração a partir de energia térmica, também para comercialização no ACR (Art. 1º). Nesta, indica que devem ser enquadrados como geração distribuída as centrais geradoras conectadas diretamente no sistema elétrico de distribuição do *comprador*, que devem ter como titulares exclusivamente: para prestar serviço público ou atuar na produção independente, apenas pessoa jurídica ou consórcio de empresas produtoras de energia elétrica estariam habilitadas. Mas quando destinada à autoprodução com comercialização (eventual ou temporária) do excedente produzido poderiam também ser titulares pessoas físicas, além de pessoas jurídicas e consórcios (art. 2º). Dentre os

requisitos para a certificação da GD (Art. 3º), conforme a referida resolução, mencionam-se: os necessários à obtenção de autorização ou registro junto da ANEEL (Resolução nº 112/1999, revogada pela Resolução nº 235/2006, entre outras); e o de racionalidade energética conforme a inequação prescrita pelo artigo 4º, inciso II da Resolução nº 235/2006.

Excepcionam-se do cumprimento de tais requisitos as centrais geradoras que utilizem biomassa ou resíduos de processos industriais como fonte primária, que seriam prontamente enquadradas como GD destinada à comercialização de energia elétrica no ACR (conforme a Resolução nº 284/2007). A certificação, conforme enunciado pelo artigo 4º, não pode ser feita sem o requerimento à ANEEL, acompanhado do relatório com as informações técnicas do empreendimento, contendo a assinatura do engenheiro responsável e a cópia de sua inscrição junto ao Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia - CREA. Além disso, enunciou que o requerimento seria apresentado com os dados energéticos extraídos da operação efetiva da central geradora, ou, por prospecção a partir do seu planejamento operativo (art. 5º). Diante do requerimento, a ANEEL deve solicitar os demais dados necessários para a qualificação do empreendimento do requerente. (Art. 6º). Reconhecida a qualificação, o agente de geração deve manter atualizado o registro mensal da quantidade de energia referente à inequação suprarreferida, além do demonstrativo de apuração com base em procedimentos específicos (Art. 7º, incisos I e II). Constatado o descumprimento das obrigações oriundas da certificação, a ANEEL deve aplicar ao agente gerador as penalidades que lhe forem inerentes, bem como proceder ao cancelamento da respectiva certificação (8º).

Com base em tais delineamentos conceituais, a título de exemplo, foram realizados os despachos de nº 525/2006 e de nº 542/2006, responsáveis pela aprovação da contratação da GD nas referidas modalidades. Além disso, também foram negados registros de contratos de comercialização nesta modalidade, como no caso do despacho de nº 3.715/2007, em função do empreendimento não ter sido caracterizado conforme o referido conceito de geração distribuída. Também foram publicadas resoluções homologatórias, como na de nº 476/2007 por exemplo, que fixou as tarifas de uso dos sistemas de distribuição e de fiscalização do serviço público, conforme o reajuste tarifário estabelecido a partir do referido conceito.

Ocorre que em 2008, a ANEEL instituiu um novo conceito jurídico, bem mais abrangente que o primeiro, por meio da Resolução Normativa nº 345/2008 que instituiu o PRODIST (Procedimentos de Distribuição – Módulo 1). Conforme consta no seu item 2.190, geração distribuída refere-se a:

“centrais geradoras de energia elétrica, de qualquer potência, com instalações

conectadas diretamente no sistema elétrico de distribuição ou através de instalações de consumidores, podendo operar em paralelo ou de forma isolada e despachadas – ou não – pelo ONS”.

Porém o PRODIST passou por diversas modificações, que foram expostas na linha do tempo ilustrada no Anexo I¹⁷². Por meio da Resolução Normativa n. 482/2012 foram instituídos dois novos conceitos de geração distribuída: a Microgeração Distribuída¹⁷³ e a Minigeração Distribuída¹⁷⁴ (MMGD). Além de limites de potência instalada, 100kW (igual ou menor) para primeira e 1MW (menor ou igual) para a segunda, ambas caracterizam-se pelas centrais geradoras com conexão na rede de distribuição *por meio de instalações de usuários*. Evidente que o conceito não é tão abrangente quanto o indicado pelo item 2.190 do Módulo 1 do PRODIST, assim como se difere com o enunciado pela Lei 10.848/2004.

Mas uma característica que é distintiva da MMGD em relação aos demais conceitos é o sistema de compensação de energia elétrica, que permite contabilizar a energia produzida pela central geradora que não foi utilizada imediatamente pela instalação do usuário, na medida em que entregar para o sistema de distribuição. Assim, deve o usuário utilizar os créditos gerados contra a distribuidora, para abatê-los da energia elétrica recebida do sistema de distribuição, na medida em que a central geradora não entregar o suficiente para atender a demanda da instalação do usuário¹⁷⁵.

Para chegar nesta situação foram exigidos esforços de vários cidadãos, especialmente dos que atuam em nome da Administração Pública. Mas o início formalmente estabelecido para o processo de institucionalização da MMGD no ordenamento jurídico é indicado mais precisamente pelo Memorando n.º. 0359/2010-SRD/ANEEL que, em 1º de setembro de 2010,

¹⁷² Modificações normativas do PRODIST (2008-2020), elaborado pelo autor, com base nos dados disponibilizados pela ANEEL in: REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Agência Nacional de Energia Elétrica**: Procedimentos de Distribuição de energia elétrica no Sistema Elétrico Nacional - PRODIST. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/prodist>. Acesso em: 12 ago. 2021.

¹⁷³ “microgeração distribuída: central geradora de energia elétrica, com potência instalada menor ou igual a 100 kW e que utilize fontes com base em energia hidráulica, solar, eólica, biomassa ou cogeração qualificada, conforme regulamentação da ANEEL, conectada na rede de distribuição por meio de instalações de unidades consumidoras”. In: BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Consulta Processual**: Processo Administrativo n.º 48500.004924/2010-51, Vol. 7. p. 6. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/processo-eletronico> Acesso em: 20 jul. 2020.

¹⁷⁴ “minigeração distribuída: central geradora de energia elétrica, com potência instalada superior a 100 kW e menor ou igual a 1 MW para fontes com base em energia hidráulica, solar, eólica, biomassa ou cogeração qualificada, conforme regulamentação da ANEEL, conectada na rede de distribuição por meio de instalações de unidades consumidoras” In: BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Consulta...Op. Cit.** Vol. 7. p. 16.

¹⁷⁵ “sistema de compensação de energia elétrica: sistema no qual a energia ativa gerada por unidade consumidora com microgeração distribuída ou minigeração distribuída compense o consumo de energia elétrica ativa”. In: BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Consulta...Op. Cit.** Vol. 7, p. 17.

declarou o início Processo administrativo ANEEL nº 48500.004924/2010-51¹⁷⁶, tendo em vista a redução “de barreiras para a instalação de geração distribuída de pequeno porte, a partir de fontes renováveis, conectada em tensão de distribuição”¹⁷⁷. Isso só foi possível após a Portaria ANEEL 1.447/2010 ter aprovado a inclusão do tema na Agenda Regulatória do período.

A Nota Técnica nº 0043/2010-SRD/ANEEL veiculada uma semana depois da abertura do processo, apresentou uma proposta de abertura de Consulta Pública com o objetivo de apresentar os principais instrumentos regulatórios utilizados no Brasil e em outros países, assim como buscar contribuições para questões que poderiam afetar a eficácia da ANEEL. A descrição dos fatos pela nota técnica podem ser sintetizados nos seguintes tópicos: 1) a tendência mundial de inserção de energias renováveis na matriz eletroenergética¹⁷⁸; 2) as estratégias de incentivo à GD, com três mecanismos¹⁷⁹; 3) as leis¹⁸⁰; 4) um projeto piloto de GD com saneamento ambiental e venda de excedentes para a distribuidora¹⁸¹; 5) um grupo de trabalho instituído pela Portaria Ministerial MME nº 36/2008¹⁸²; 6) a aprovação da agenda regulatória, conforme já mencionado¹⁸³; 7) a solicitação de descontos na TUSD para venda de

¹⁷⁶ BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Consulta...**Op. Cit. Vol. 1.

¹⁷⁷ BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. Consulta Processual: Processo Administrativo nº 48500.004924/2010-51, Vol. 1...Op. Cit. 2020. p. 2.

¹⁷⁸ “A geração de energia elétrica a partir de fontes renováveis é uma tendência em diversos países, em especial, na Europa, Estados Unidos e Austrália. Dentre os motivos que levaram a adoção de políticas públicas arrojadas nesses países, podem-se destacar: Diversificação da matriz energética; Redução da dependência de importação de combustíveis fósseis para usinas térmicas, minimizando o risco de variações abruptas no preço do insumo energético; Comprometimento internacional de adotar medidas para combater o aquecimento global, por meio da assinatura do Protocolo de Quioto e outros tratados internacionais; Cumprimento de metas de redução na emissão de gases de efeito estufa; A Liderança no desenvolvimento de tecnologia para produção eficiente de energia elétrica a partir de fontes eólica, solar, biomassa, maré motriz, geotérmica e outras”. In: BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. Consulta Processual: Processo Administrativo nº 48500.004924/2010...Op. Cit. P. 4.

¹⁷⁹ “Para tanto, cada país adotou estratégias distintas para incentivar a instalação de geração distribuída a partir de fontes renováveis, instaladas em tensões de distribuição. Os principais mecanismos utilizados foram: Criação de uma tarifa especial (Feed-in) para cada tipo de fonte; Adoção do sistema de medição líquida da energia injetada na rede de distribuição, descontado o consumo, e utilização desse crédito no abatimento da fatura nos meses posteriores (Net Metering); Estabelecimento de quotas de energia, por fonte, que devem ser compradas compulsoriamente pelas distribuidoras”. In: BRASIL. **Agência Nacional de Energia Elétrica**. Op. Cit. p. 4.

¹⁸⁰ No Brasil, os principais marcos legais para a geração distribuída são a Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004 e o *Decreto nº 5.163*, de 30 de julho de 2004, assim como as resoluções da ANEEL relacionadas ao tema, que serão analisados ao longo nesta Nota Técnica.” In: BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Consulta...**Op. Cit. P. 5.

¹⁸¹ “Em 29 de julho de 2008, a ANEEL autorizou a Copei a implantar o Projeto Piloto de Geração Distribuída com Saneamento Ambiental, por meio da Resolução Autorizativa nº 1.482. Posteriormente, o prazo para entrada em operação comercial dos empreendimentos foi prorrogado por meio da Resolução Autorizativa nº 1.900, de 5 de maio de 2009.” “(...) Tal projeto visa estimular a produção de energia elétrica em pequenas propriedades rurais, a partir do biogás, produzidos por dejetos orgânicos de animais e venda à distribuidora do excedente de energia elétrica.” In: BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Consulta Processual**: Processo...Op. Cit. P. 5.

¹⁸² “A Portaria MME nº 36, de 26 de novembro de 2008, constituiu Grupo de Trabalho de Geração Distribuída com Sistemas Fotovoltaicos, com representantes de centro de pesquisa e de técnicos do próprio Ministério de Minas e Energia com objetivo de apresentar propostas para utilização de geração fotovoltaica conectada à rede de distribuição.” In: BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Consulta Processual**: Processo Administrativo nº 48500.004924/2010-51...Op. Cit. P. 5.

¹⁸³ “A Portaria ANEEL nº 1.447, de 12 de janeiro de 2010, aprovou a Agenda Regulatória Indicativa da SRD para

energia no mercado livre por um dos agente privados¹⁸⁴; 8) solicitação de instalação de aerogeradores de pequeno porte na rede da distribuidora com conceito *net metering*, para gerar créditos de energia elétrica por um dos agente privados¹⁸⁵.

A análise feita pela SRD, que consta da referida Nota Técnica, apontou as principais medidas adotadas por outros países para incentivar a GD, com a exposição da tabela do Anexo I. Tal referência foi feita no mesmo contexto dos casos analisados no âmbito da OMC, em que houve uma delimitação do espaço de deliberação política de cada Estado, quanto às medidas indicadas pela ANEEL na oportunidade enfocada. Além disso foram delineadas questões para debate em consulta pública, visando reduzir as barreiras para a instalação de geração distribuída de pequeno porte, a partir de fontes incentivadas, conectada na rede de distribuição de energia elétrica. A partir da publicação da NT, foi comunicada em 09/10/2010 o aviso de Consulta Pública 15/2010 por intercâmbio documental, que seria realizada até 09/11/2010.

Por meio da Nota Técnica 0004/2011-SRD/ANEEL, já em 09/02/2011, foi exposta análise das 577 contribuições recebidas de 39 agentes. Em suma, foram apresentadas 33 questões visando mapear as principais barreiras para instalação de geração distribuída de pequeno porte e auxiliar estudos da ANEEL, que pode ser reduzida aos seguintes temas: a) caracterização dos empreendimentos; b) conexão à rede; c) regulação; d) comercialização de energia; e) propostas; e f) questões gerais. Como destaque, a principal barreira regulatória apontada na referida Consulta foi a falta de regulamentos específicos para geração distribuída, com tratamento de questões sobre conexão, medição, contratação de energia, cálculo de garantia física e lastro para fontes intermitentes. Diante disso a SRD recomendou a realização de estudos com a SRG, SEM, SCG e SRC, para propor a revisão das propostas de Resoluções e do PRODIST, a fim de “reduzir os obstáculos ao acesso de pequenas centrais geradoras aos sistemas de distribuição”.

Em 10/03/2011 a SRD fez uma solicitação de Parecer Jurídico à Procuradoria Federal

o ano de 2010, na qual consta o seguinte item: ‘9 - Diminuir os obstáculos para o acesso de pequenas centrais geradoras aos sistemas de distribuição’”. In: BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Consulta Processual**: Processo Administrativo nº 48500.004924/2010-51...Op. Cit. P. 5.

¹⁸⁴ “Em 3 de maio de 2010, o Instituto para o Desenvolvimento das Energias Alternativas na América Latina - IDEAL encaminhou correspondência à ANEEL solicitando a ampliação do desconto na TUSD, de 50% para 100%, para fonte solar fotovoltaico. O fato motivador do pedido reside na instalação de painéis fotovoltaicos nos estádios de futebol que serão utilizados na Copa do Mundo de 2014, e a viabilização da venda da energia excedente no mercado livre.” In: BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Consulta Processual**: Processo Administrativo nº 48500.004924/2010-51...Op. Cit. P. 5.

¹⁸⁵ “Em 17 de maio de 2010, a Ventos do Brasil Energia Renováveis solicitou autorização da ANEEL para instalar aerogeradores de pequeno porte (inferior a 1MW) na rede da distribuidora e utilizar o conceito de Net Metering para gerar créditos da energia produzida, em kWh, para ser utilizado posteriormente para abater a energia utilizada pela unidade consumidora onde o gerador está instalado.” In: BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Consulta Processual**: Processo Administrativo nº 48500.004924/2010-51...Op. Cit. P. 6.

que, em posterior resposta, afirmou a existência de competência da ANEEL para o tratamento normativo do tema e apontou para a obrigação da distribuidora adotar o SCEE quando solicitado pelos usuários, observadas as condições técnicas da rede e custos de troca de medidores.

Em 20/06/2011 por meio da Nota Técnica nº 0025/2011-SRD-SRC-SRG-SCG-SEM-SRE-SPE/ANEEL foram veiculadas, juntamente da proposta de resoluções normativas, propostas para alterações quanto a redução de barreiras da geração distribuída com potência instalada menor ou igual a 1 MW e a aumento de desconto nas TUSD e TUST para fonte solar com potência injetada até 30 MW. Conforme decisão da Diretoria Colegiada da ANEEL, na 29ª Reunião Pública Ordinária de 2011, foi realizada a Audiência Pública 42/2011 entre 08/08/2011 a 14/10/2011, que contou com 403 contribuições enviadas por 50 agentes. A análise dos resultados da AP foi exposta pela Nota Técnica n. 20/2012-SRD-SRC-SRG-SCG-SEM-SRE-SPE/ANEEL, com destaque às principais alterações nas minutas de resoluções, recomendando a aprovação de ambas após deliberação pela Diretoria Colegiada.

Ainda, pelos questionamentos oriundos da Audiência Pública, a SRD consultou novamente a PGE acerca da incidência de tributos estaduais e federais na fatura dos usuários do SCEE e se tratava-se ou não de comercialização de energia. A resposta da PGE foi no sentido de não possuir competência para opinar a respeito de ICMS ou PIS/COFINS, que se tratava de incumbência da Receita Federal e Secretarias de Fazenda Estaduais. Além disso, que o relacionamento examinado não se tratava de comercialização, mas de mútuo entre usuário e distribuidora.

Finalmente, em 17 de abril de 2012, conforme recomendação da SRD, a proposta de Resolução Normativa foi apreciada pela Diretoria da ANEEL, na 13ª Reunião Pública Ordinária. O voto foi no sentido de aprovar as minutas de resolução que estabeleceram condições gerais de acesso de MMGD aos sistemas de distribuição, criaram o SCEE, inseriram a Seção 3.7 no Módulo 3 do PRODIST, bem como alteraram a RN nº 77/2004. Com isso, foi publicada a Resolução Normativa nº 481, de 17 de abril de 2012, que alterou a Resolução Normativa nº 77, de 18 de agosto de 2004, que passa a vigorar acrescida do art. 3º da Resolução Normativa nº 481, de 17 de abril de 2012, na qual ficou estipulado descontos nas Tarifas de Uso do Sistema de Distribuição e Transmissão (TUSD e TUST) para a fonte solar, e a Resolução Normativa nº 482, de 17 de abril de 2012, que introduziu o conceito de MMGD, como já mencionado anteriormente.

No âmbito do mesmo processo, o mesmo conceito passou por 2 revisões, mas também foi alterado mais uma vez por meio do Processo administrativo ANEEL nº 48500.002500/2017-28, na esfera da Secretaria Geral (SGE) da ANEEL.

A primeira revisão foi proposta pela Nota Técnica nº 0129/2012-SRD/ANEEL e levada à Audiência Pública Nº 100/2012. Pela Nota Técnica nº 0177/2012-SRD/ANEEL foram analisadas as contribuições e na 47ª Reunião Pública Ordinária Diretoria decidiu-se por unanimidade aprovar a revisão recomendada pela SRD. De tal decisão resultou a Resolução Normativa nº 517/2012, já no 8º volume processo, publicada ao final do ano de 2012. As alterações limitaram-se ao aprimoramento textual, visando clarificar o entendimento da ANEEL acerca de aspectos importantes do SCEE, em especial quanto à consideração das perdas na transformação para unidades consumidoras faturadas em AT com medição na BT e à adequação do sistema de medição¹⁸⁶.

Com o Despacho nº 720, em 25/03/2014, não se chegou a ser modificada efetivamente a Resolução normativa, apenas retificou-se a Seção 3.7 do Módulo 3 do PRODIST a fim de esclarecer que o Dispositivo de Seccionamento Visível não precisaria ser instalado para conexão de microgeradores com inversores¹⁸⁷.

A segunda alteração foi proposta após sua inclusão na Agenda Regulatória Indicativa da ANEEL para o biênio 2015-2016, por meio da Portaria nº 3.376, 16/12/2014, apontando para o acompanhamento da “implantação da Resolução Normativa nº 482/2012, que trata de micro e minigeração distribuída”, com previsão de decisão pela Diretoria até o segundo semestre de 2015. Foi precisamente pela Nota Técnica nº 0017/2015 -SRD/ANEEL que se deu início ao processo de revisão, com apresentação da proposta de abertura de Audiência Pública, a fim de a “tornar o processo de conexão dos micro e minigeradores distribuídos mais simples e rápido, além de aumentar o público alvo”, dado que os “impactos resultantes são positivos para a sociedade”¹⁸⁸.

Após aprovação, foi realizada a Audiência Pública nº 26/2015 para o recebimento de contribuições pertinentes ao tema entre 07/5/2015 a 22/06/2015. Pela Nota Técnica nº 0096/2015-SRD/ANEEL foi exposta a análise das 676 contribuições de 110 agentes, com a recomendação de aprovação da resolução normativa pela Diretoria. Na 44ª Reunião Pública Ordinária a Diretoria, por unanimidade, decidiu alterar a Resolução Normativa nº 482/2012 e as seções 1.2 do Módulo 1 e 3.7 do Módulo 3 dos PRODIST. O ato administrativo que resultou da decisão foi a Resolução Normativa nº 687, de 24 de novembro de 2015, já no 10º volume

¹⁸⁶ BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Consulta Processual:** Processo Administrativo nº 48500.004924/2010-51... Op. Cit. Vol. 8. p. 120.

¹⁸⁷ BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Consulta Processual:** Processo Administrativo nº 48500.004924/2010-51... Op. Cit. Vol. 8. p. 243.

¹⁸⁸ BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Consulta Processual:** Processo Administrativo nº 48500.004924/2010-51... Op. Cit. Vol. 9. p. 55.

dos autos do processo, com a previsão de entrada em vigor a partir de 1º de março de 2016.¹⁸⁹.

A partir de então o conceito de microgeração distribuída passou a ser caracterizada como a central geradora com potência instalada menor ou igual a 75 kW. A minigeração distribuída, por sua vez, além e mudança do limite mínimo de potência instalada, a partir do máximo possível para microGD, ampliou o limite máximo para 3MW em relação às fontes hídricas e 5MW para as demais fontes. Além disso foi elevado o tempo de 36 meses, previsto inicialmente pela Resolução Normativa 482/2012, para 60 meses. Foi nesta oportunidade que, dentre outras alterações, se teve instituído o Sistema de Registro Geração Distribuída (SISGD) com dados sintetizados e disponibilizados abertamente no sítio eletrônico da ANEEL. Vale destacar que até o fim deste ano em que foi publicado o ato administrativo normativo a potência instalada de MMGD totalizava apenas 22MW. Também foi instituído o Sistema de Registro de Geração Distribuída (SISGD), que disponibiliza os dados de usuários com GD registrados pelas Concessionárias de Serviço Público de Distribuição, 10 dias após o fim do mês que entrou em operação. Ao final de 2015 foram registrados apenas 22 MW de potência instalada no sistema de distribuição. Ainda naquele ano, o MME instituiu o Programa de Desenvolvimento de Geração Distribuída de energia elétrica (ProGD), em vistas da ampliação da capacidade instalada, por meio da Portaria MME nº 538/2015.

Um dia após a publicação da nova resolução, a Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica - ABRADÉE interpôs um Requerimento de Reconsideração da REN 687/15. Buscou o reconhecimento da condição vigente como *benefício tarifário* enunciado no Art. 35º da Lei nº 9.074, indicando como condição para tal a previsão legal da origem dos recursos ou simultânea revisão da estrutura tarifária. Também foi solicitado o estabelecimento de critério para cálculo do subsídio a fim de ser registrado como ativo financeiro para as distribuidoras. Ocorre que esse pedido só foi apreciado em 23 de maio de 2017, pelo Despacho nº 1.420. A Diretoria, por não identificar qualquer irregularidade ou ilegalidade na Resolução enfocada, expressou que não haveriam razões para revisá-la, votando por não conhecer o pedido. Destacou, ainda, no teor da decisão que o requerimento havia sido contra ato normativo, de caráter geral e abstrato, razão pela qual foi mantida a Resolução recorrida na íntegra¹⁹⁰.

Pouco tempo antes do Despacho mencionado, em 12 de maio daquele ano, foi autorizada a abertura do Processo Administrativo nº 48500.002500/2017-28, em decorrência

¹⁸⁹BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Consulta Processual:** Processo Administrativo nº 48500.004924/2010-51...Op. Cit. Vol. 10. p. 574.

¹⁹⁰ BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Consulta Processual:** Processo Administrativo nº 48500.004924/2010-51...Op. Cit. Vol. 10. pp. 675-680.

da Lei nº 13.360, publicada no dia 17 de novembro de 2016, que alterou o limite da potência instalada de 3MW para 5MW em relação às fontes hídricas, que constava no enunciado do Art. 8º da Lei Nº 9.074/1995. Com isso, se fez necessária a revisão da RN nº 482/2012 por meio do respectivo processo, que teve por resultado a emissão da RN nº 786, em 17 de outubro de 2017. Com isso o conceito de miniGD foi modificado, com a elevação do limite de potência instalada para 5 MW em se tratando de fontes hídricas, além de ter vedado o enquadramento de centrais geradoras existentes no Sistema de Compensação Energia Elétrica¹⁹¹.

Em 24 de maio de 2017 a Nota Técnica nº 0056/2017-SRD/ANEEL emitida no âmbito do Processo administrativo nº 48500.004924/2010-51, buscou apresentar os resultados e a metodologia utilizada para estimar a quantidade de consumidores residenciais e comerciais poderiam instalar/receber créditos de microgeração solar fotovoltaica no horizonte 2017-2024. Assim, foram atualizadas as projeções de novembro de 2015 (Análise de Impacto Regulatório levada à AP nº 26/2015). A SRD divulgou os resultados das novas projeções por meio do Memorando nº 471/2015-SRD/ANEEL, que estimou a possibilidade de 886,7 mil unidades consumidoras receberem créditos oriundos de microGD solar fotovoltaica no ano de 2024, totalizando a potência instalada de 3,2 GW. Tendo em vista “o descolamento dos dados informados pelas distribuidoras das projeções realizadas em novembro de 2015, decidiu-se atualizar os estudos para o horizonte 2017-2024” para que fossem considerando novos cenários no início do processo de revisão da REN nº 482/2012, com término previsto até o final de 2019¹⁹².

A revisão foi inserida na Agenda Regulatória da ANEEL para o biênio 2018-2019 contou com a emissão de diversas Notas Técnicas, Consultas Públicas, Audiências Públicas, Análises de Impacto Regulatório e Decisões da Diretoria. Evidencia-se que as previsões que foram enviadas como base para as Consultas Públicas (nº 010/2018 e nº 25/2019) e Audiências Públicas (nº 01/2019 e nº 040/2019) não conseguiram superar o descolamento dos dados prospectados anteriormente. Se em 2015 haviam apenas 22 MW de potência instalada de MMGD, ao fim de 2018 a quantidade registrada já se aproximava de 680MW. Mas ao final do ano de 2019 o SISGD registrou 2,5GW de potência instalada na rede de distribuição, o que acabou por prejudicar a prospecção da ANEEL (nas AIR). O foco da revisão seria, então, a redução do subsídio cruzado que já afetava parte significativa da população¹⁹³. A minuta da

¹⁹¹ BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Consulta Processual**: Processo Administrativo nº 48500.002500/2017-28. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/processo-eletronico> Acesso em: 20 jul. 2020.

¹⁹² BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Consulta Processual**: Processo Administrativo nº 48500.004924/2010-51...Op. Cit. Vol. 10. P. 693.

¹⁹³ A Nota Técnica SEI nº 3/2019/SRM/SDI/SEPEC-ME indicou que “o custo de se manter o mecanismo atual de

nova resolução normativa até chegou a ser encaminhada para a AP 40/2019, mas desde então não foi publicada¹⁹⁴.

Em síntese, além de resultar na publicação dos conceitos de MMGD em 2012, o referido processo administrativo viabilizou mais duas revisões conceituais veiculadas por meio de resoluções normativas. Ainda, uma terceira revisão foi feita em 2017, por meio de processo administrativo diverso, sob ordens da Secretaria Geral da ANEEL. Estas transformações no conceito de GD, em especial pela instituição de subsídio cruzado em benefício favor dos usuários de MMGD e em detrimento dos usuários sem acesso ao respectivo sistema, acabaram repercutindo nas mais diversas esferas do Poder Público.

No âmbito do Tribunal de Contas da União, em 08/03/2019, foi interposta pela Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura de Energia Elétrica (Seinfra) uma Denúncia motivada pelo “desperdício de recursos públicos federais”, pelo que a identificação de fator crítico tornaria inócua a Audiência Pública ANEEL 01/2019 do processo 48500.004924/2010-51, que se deu no âmbito do Processo TCU 005.245/2019-2¹⁹⁵. Ocorre que em 03/12/2020 foi interposta Representação pelo Ministério Público perante o mesmo Tribunal de Contas, tendo por fim “apurar possível ofensa aos princípios da segurança jurídica, da confiança legítima e da boa-fé, por parte da Agência Nacional de Energia Elétrica ANEEL”, já que constatou “prejuízo *potencial* para mais de 120 mil consumidores, especialmente os consumidores/geradores residenciais, com impactos negativos na economia”, indicando também a “inobservância aos fundamentos do princípio da igualdade ou isonomia”, uma vez que os “personagens” envolvidos na situação não se considerariam “em sua essência, iguais”. A representação que referente ao Processo nº 001.749/2020-5 foi apensado ao Processo 037.642/2019-7, juntamente

MMGD, no período até 2035, em valor presente, é de R\$34 bilhões” e que não havia “clareza acerca dos custos e das externalidades associadas aos subsídios diretos e indiretos ali existentes e relacionados a este tipo de fonte”. Apontou, ainda, a necessidade de se “avaliar o subsídio cruzado implícito atualmente existente entre os prosumidores e os consumidores não detentores de MMGD, verificando o benefício líquido da adoção das alterações propostas no regulamento, hoje, vigente, que acabam por causar graves distorções microeconômicas entre benefício marginal e custo marginal de uma fonte selecionada. Esta distorção, que dá aos investidores uma margem que não é vista em nenhum outro mercado, explica o avanço da MMGD muito acima das expectativas, fundada na transferência de renda dos mais pobres para os mais ricos”. Neste cenário, a Secretaria indicou que “adotar a geração solar centralizada é claramente uma solução muito mais econômica do que os incentivos atualmente dados à MMGD”. Ainda que não tenha se posicionado de maneira contrária a MMGD, ressaltou que “a expansão desta modalidade não deve ser pautada pela transferência de renda injustificada entre classes, aqui, representados por um lado pelos fornecedores, instaladores de equipamentos e também pelos prosumidores, e do outro, os consumidores de energia elétrica que não têm acesso à MMGD” In: BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Consulta Processual**: Processo Administrativo nº 48500.004924/2010-51...Op. Cit. Vol. 10. Pp.1625-1631.

¹⁹⁴ In: BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Consulta Processual**: Processo Administrativo nº 48500.004924/2010-51...Op. Cit. Vol. 10. Pp. 799-1998.

¹⁹⁵ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TCU. **Processo Administrativo nº 037.642/2019-7**. Disponível em: <https://conecta-tcu.apps.tcu.gov.br/63058208>. Acesso em: 30 jan. 2022.

com a Denúncia interposta pela Seinfra¹⁹⁶.

Em 18/11/2020, pelo Acórdão 3063/2020-TCU-Plenário, que teve por Relatora a Ministra Ana Arraes, foi apreciada a representação formulada pelo Ministério Público junto ao TCU, a respeito de supostas violações aos princípios jurídicos praticados pela Agência Nacional de Energia Elétrica no âmbito da Consulta Pública ANEEL 25/2019. O TCU decidiu conhecer da representação para considerá-la improcedente no mérito. Determinou, ainda, que a ANEEL apresentasse no prazo de 90 dias um plano de ação para cumprimento do Art. 13 da Lei 8.987/1995, assim como o Art. 175, parágrafo único, III, da Constituição, a fim de que fosse retirada a diferenciação tarifária percebida entre consumidores, oriunda da adesão ou não ao SCEE, da RN 482/2012. Indicou que o mecanismo caracterizava o “repasso de custos e encargos do setor elétrico de forma desigual aos consumidores, com oneração àqueles que não aderiram ao referido sistema de compensação”, incluindo-se prazo de transição para que a ANEEL tomasse as medidas necessárias. Também recomendou ao MME que fosse formulado um modelo de nova política pública, junto das diretrizes para MMGD que seriam expedidas pelo CNPE, conforme o Acórdão 1530/2019-TCU-Plenário¹⁹⁷, em substituição ao sistema de

¹⁹⁶ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TCU. **Processo Administrativo nº 037.642/2019-7**. Disponível em: <https://conecta-tcu.apps.tcu.gov.br/tvp/63058208>. Acesso em: 30 jan. 2022.

¹⁹⁷ Vale apontar as palavras do Ministro Revisor Vital do Rêgo: “Sem se atentar para os limites da sua função regulatória, a Agência Nacional de Energia Elétrica, ainda que possa ter agido na melhor das intenções, se arvorou em matéria que não lhe competia, ao editar a Resolução 482/2012, instituindo incentivos à geração de energia elétrica proveniente de fontes renováveis, nas próprias unidades consumidoras, porém às custas dos demais usuários do sistema. Pelo modelo estabelecido pela Aneel, o excedente de energia gerado, em certo momento, por uma residência ou empresa por meio de, exemplificativamente, painéis fotovoltaicos, é injetado na rede de distribuição e, quando necessário (à noite ou em dias nublados), devolvido à mesma unidade sem pagamento do custo do serviço da distribuidora e encargos tributários. Conforme se diz, é como se a rede funcionasse como uma bateria virtual, ora acumulando, ora fornecendo energia ao usuário optante da geração local. No comparativo feito pelo Ministério da Economia, nota-se a distorção: enquanto num leilão de energia solar uma distribuidora consegue comprar o megawatt-hora por R\$ 118,57, o custo de restituição da mesma quantidade ao micro ou mini gerador, que se dá por tarifa cheia, sai a R\$ 750,00. Quem paga a diferença são os consumidores não geradores, por meio de repasse tarifário, na forma de subsídio cruzado. O pior de tudo é que os consumidores encarregados de manter o benefício são os de menor renda, que não têm possibilidade de adquirir as instalações necessárias à geração própria. Se, por um lado, os dados mostram que a iniciativa da Aneel fomentou a produção de energia solar nos últimos anos, por outro, o caminho escolhido se revela contrário aos anseios de justiça distributiva e de modicidade tarifária como um atributo de bem comum. Não se pode compreender uma política pública, ou qualquer tipo de ação de governo, que acrescente em desigualdade social, por menos que seja. Estaria em confronto com a Constituição Federal inúmeras vezes, a começar do seu preâmbulo, que concebe o Estado brasileiro como destinado a assegurar, entre outros valores supremos, a igualdade e a justiça. Depois, contrariaria os objetivos da República de construir uma sociedade justa e de reduzir as desigualdades sociais (art. 3º, incisos I e III), bem como o dever das instituições de considerarem a justiça social como base do desenvolvimento tanto da ordem econômica (art. 170) como da própria ordem social (art. 193). Seja o que for, o estímulo dado pela Aneel à geração alternativa funciona como um instrumento redistributivo às avessas, que transfere recursos na contramão, no sentido de quem tem menos para quem tem mais. Fora isso, não pode ser fundamentado na permissão contida no art. 13 da Lei 8.987/1995 para que as tarifas de serviços públicos concedidos possam ser diferenciadas em função de características técnicas e de custos específicos envolvidos no atendimento de determinados consumidores. Como se percebe, a lei, ao dispor sobre a política tarifária, em legítima regulamentação da Constituição Federal, até o momento só facultou a flutuação das tarifas na proporção direta da forma de estruturação do serviço ofertado. Não delegou a criação de incentivos, muito menos que sejam bancados por outros usuários. Enfim, seja, formalmente,

compensação, a ser submetido à avaliação do Congresso Nacional¹⁹⁸.

Ao final dos termos do Acórdão 3063/2020-TCU-Plenário a Relatora evidenciou que o SCEE havia sido estruturado com base em diferenciação tarifária “sem previsão legal” que implicaria em subsídio cruzado com “natureza regressiva em termos de distribuição de renda, entre os consumidores do serviço de distribuição de energia elétrica que possuam sistemas de micro ou minigeração distribuída e os demais consumidores, em prejuízo destes últimos”. Também apontou que o montante anual de subsídio, com repasse de custos e encargos do setor elétrico de forma desigual aos consumidores, seria diretamente proporcional à “quantidade de consumidores que tenham sistemas de geração distribuída de pequeno porte e façam adesão ao SCEE, criando um círculo vicioso”, já que a adesão de um *prossumidor* elevaria a tarifa dos demais consumidores, aumentando o incentivo para que os prejudicados também aderissem ao sistema, tornando o sistema elétrico brasileiro insustentável. Por fim, apontou que o subsídio cruzado havia atingido aproximadamente R\$ 205 milhões, em 2018, e de R\$ 315 milhões, em 2019, que chegaria a R\$ 55 bilhões só no período de 2020 a 2035¹⁹⁹. Destaca-se, neste ponto, que as estimativas foram feitas com base no cenário subestimado, já que ao final de 2020 já haviam 5MW de potência instalada na rede de distribuição, cenário totalmente distinto daquele considerado pelas AIR realizadas em 2018 e 2019, que estimaram os impactos com base em dados que não representavam nem metade da capacidade instalada²⁰⁰.

A matéria do processo administrativo da ANEEL, ora discutido pelo TCU, foi matéria da Resolução CNPE nº 15 em 09/12/2020, que estabeleceu diretrizes para a formulação de políticas públicas ligadas à MMGD²⁰¹.

Quanto ao Acórdão 3063/2020-TCU-Plenário, após o transcurso do prazo para

por faltar competência à Aneel para a formulação de políticas de tarifas sem previsão legal, seja, materialmente, pela irracionalidade do mecanismo instituído à margem da lei e das diretrizes constitucionais, visto que dependente do esforço financeiro de quem é socialmente menos favorecido, além dos demais efeitos colaterais adversos pontuados no voto da Relatora.”. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TCU. **Processo Administrativo nº 037.642/2019-7**. Disponível em: <https://conecta-tcu.apps.tcu.gov.br/tvp/63058208>. Acesso em: 30 jan. 2022.

¹⁹⁸ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TCU. **Processo Administrativo nº 037.642/2019-7**. Disponível em: <https://conecta-tcu.apps.tcu.gov.br/tvp/63058208>. Acesso em: 30 jan. 2022.

¹⁹⁹ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TCU. **Processo Administrativo nº 037.642/2019-7**. Disponível em: <https://conecta-tcu.apps.tcu.gov.br/tvp/63058208>. Acesso em: 30 jan. 2022.

²⁰⁰ O Anexo X permite observar a diferença de instalações com MMGD entre os anos de 2018 a 2021.

²⁰¹ “Art. 1º (...) Diretrizes: I - acesso não discriminatório do consumidor às redes das distribuidoras para fins de conexão de Geração Distribuída; II - segurança jurídica e regulatória, com prazos para a manutenção dos incentivos dos atuais consumidores que possuem Geração Distribuída; III - alocação dos custos de uso da rede e dos encargos previstos na legislação do Setor Elétrico, considerando os benefícios da Micro e Mini Geração Distribuída - MMGD; IV - transparência e previsibilidade nos processos de elaboração, implementação e monitoramento da política pública, com definição de agenda e prazos de revisão das regras para a Geração Distribuída; e V - gradualidade na transição das regras, com estabelecimento de estágios intermediários para o aprimoramento das regras para Microgeração e Minigeração Distribuída - MMGD.” CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA ENERGÉTICA (CNPE). **Resolução nº 15, de 9 de dezembro de 2020**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/despacho-do-presidente-da-republica-296427418>.

cumprir as determinações, nada foi feito pela ANEEL. Neste contexto, foram interpostos Pedidos de Reexame em face da decisão do Plenário, por representantes dos agentes geradores beneficiados pelo subsídio cruzado da MMGD. A Secretaria de Recursos (Serur), propôs não conhecer os recursos, após ter examinado sua admissibilidade. Apontou que haveria ausência de legitimidade dos recorrentes, que não demonstraram razão legítima para intervir nos autos, “nem a possibilidade concreta de lesão a direito subjetivo próprio”²⁰². Porém, por meio do Despacho do Gabinete do Ministro Aroldo Cedraz, do TCU, o mesmo decidiu suspender os efeitos do Acórdão 3.063/2020–TCU–Plenário e restituir os autos à SeinfraElétrica para o exame do mérito dos pedidos de reexame²⁰³.

Apesar da polêmica, desde 05/11/2019 o Projeto de Lei 5.879/2019 encontrava-se em trâmite na Câmara dos Deputados e tratava justamente da matéria examinada nos autos do Processo TCU 037.642/2019-7, consubstanciado no Acórdão 3063/2020-TCU-Plenário. No dia seguinte à publicação da decisão pelo Plenário do TCU, em 19/11/2020, foi solicitada urgência na tramitação do processo legislativo, prontamente acolhida pelo Deputado Relator²⁰⁴. Em 2021 o projeto foi levado a discussão no Senado e, no ano seguinte, foi convertido na Lei 14.300/2022²⁰⁵. No Anexo X pode ser constatada a situação do SCEE ao final de 2021, que já havia registrado aproximadamente 9 GW de potência instalada.

Por meio desta Lei foram instituídos novos conceitos para a MMGD, com a introdução do conceito de consumidor-gerador, enquanto titular da unidade consumidora com MMGD (Art. 1º, V). Introduz também o conceito de excedente de energia elétrica, para referir-se à

²⁰² TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TCU. **Processo Administrativo nº 037.642/2019-7**. Disponível em: <https://conecta-tcu.apps.tcu.gov.br/tvp/63058208>. Acesso em: 30 jan. 2022.

²⁰³ “Embora haja discussão a respeito do conceito de direito subjetivo, há um consenso de que ele se refere a um poder e uma faculdade advindos de uma regra imposta pelo Estado na proteção de interesses coletivos. É dizer, trata-se de um meio de satisfazer interesses humanos, derivado do direito objetivo (conjunto de normas jurídicas). (...) Portanto, não tenho dúvidas de que o acórdão recorrido, ao declarar a ilegalidade do Sistema de Compensação de Energia Elétrica em relação ao acesso de microgeração e minigeração distribuída aos sistemas de distribuição de que trata a Resolução Normativa Aneel 482/2012, repercute diretamente na esfera de interesses das recorrentes, razão por que entendo que o INEL, a ABSOLAR e a ABGD possuem legitimidade para ingresso nestes autos como partes interessadas. (...) Porém, percebo que o terceiro instado pelo TCU a se manifestar sobre fatos que possam resultar em decisão do Tribunal no sentido de desconstituir ato ou processo administrativo ou alterar contrato em seu desfavor, automaticamente, adquire a condição de parte interessada no processo (Acórdão 834/2015-Plenário, rel. min. Bruno Dantas). Dito de outro modo, à medida que reconheço a importância da manifestação de um terceiro nos autos, instá-lo a fazê-lo seria equivalente a reconhecer o status de parte interessada daquele que foi chamado aos autos, situação que encontra guarida na jurisprudência desta Corte.” TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TCU. **Processo Administrativo nº 037.642/2019-7**. Disponível em: <https://conecta-tcu.apps.tcu.gov.br/tvp/63058208>. Acesso em: 30 jan. 2022.

²⁰⁴ REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Câmara dos Deputados**: Projeto de Lei 5829/2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2228151>. Acesso em: 30 jan. 2022.

²⁰⁵ REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Senado Federal**: Projeto de Lei nº 5829, de 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/149862>. Acesso em: 30 jan. 2022.

diferença positiva entre a energia elétrica injetada e a energia elétrica consumida pelo consumidor-gerador, conforme os ciclos de revisão tarifária (Art. 1º, VIII). Ao conceito da MicroGD apenas foi adicionada a expressão “em corrente alternada” (Art. 1º, XI). Já o conceito de MiniGD recebeu diferenciação dos limites máximos de potência instalada da instalação, em função da fonte de energia ser considerada despachável (hidráulica, por exemplo) ou não despachável (solar). Enquanto a primeira pode ter potência instalada menor ou igual a 5 MW, para as últimas apenas pode ser menor ou igual a 3 MW (Art. 1º, XIII).

Outro conceito que foi introduzido refere-se foi o de *microrrede*, que refere-se à “integração de vários recursos de geração distribuída, armazenamento de energia elétrica e cargas em sistema de distribuição secundário capaz de operar conectado a uma rede principal de distribuição de energia elétrica”, que admite, ainda, operações “de forma isolada, controlando os parâmetros de eletricidade e provendo condições para ações de recomposição e de autorrestabelecimento” (Art. 1º, XII). O SCEE manteve-se o mesmo, ainda que tenha recebido uma redação mais concisa (Art. 1, XIV). O Parágrafo único do Art. 1º indica que aqueles usuários do SCEE que já estiverem se beneficiando do serviço público até janeiro/2023, não se sujeitam aos limites de potência próprio das cargas não despacháveis, podendo manter o enquadramento como miniGD até 31 de dezembro de 2045. Trata-se aqui do primeiro texto da Lei a tratar do subsídio tarifário, que repercutiu no âmbito do TCU.

Mas foi sobretudo com o Art. 17 que foi disciplinado o SCEE, quanto aos subsídios cruzados. O texto aponta para os Arts. 26 e 27 da Lei, que estipulam um período de transição para a submissão de novos empreendimentos ao regime tarifário conforme estabelecido pela ANEEL, próprio para o consumidor-gerador. Enuncia que após a transição o SCEE seria faturado pela totalidade das componentes tarifárias desassociadas do custo da energia, com abatimento de todos os “benefícios ao sistema elétrico propiciados pelas centrais de” MMGD (§ 1º). Foi enunciada como competência do CNPE o estabelecimento de diretrizes para valoração de custos e benefícios da MMGD até junho/2022, em conjunto da sociedade (§ 2º, I); assim como incumbiu a ANEEL para em até 18 meses estabelecer os “cálculos da valoração dos benefícios” (§ 2º, II). Também obriga o CNPE a considerar “todos os benefícios” da MMGD para a referida valoração. Por fim, o dispositivo aponta que o transcurso do prazo de transição obriga os novos usuários do SCEE a serem faturados conforme sua classe de consumo (§ 4º).

Pelo Art. 23, o Congresso Nacional enuncia que a distribuidora pode contratar serviços ancilares de MMGD, independente de se tratar de fontes despacháveis ou não, a fim de beneficiar suas redes ou *microrredes* de distribuição, por meio da remuneração desses serviços.

Em seu parágrafo único aponta para a necessidade da ANEEL especificar o dispositivo prevendo chamadas públicas para melhora de eficiência e capacidade, para postergar investimentos na rede e para ações que propiciem a redução do acionamento termelétrico nos sistemas isolados, disponibilizando recursos da Conta de Consumo de Combustíveis (CCC).

A Lei introduziu pelo enunciado do Art. 24 nova forma de contratação para as concessionária ou permissionária de distribuição de energia elétrica, por meio chamadas públicas para credenciamento de interessados na *comercialização de excedentes* energia elétrica *proveniente de MMGD* na sua *área de concessão*, para *posterior compra desses excedentes* de energia, na forma de regulamentação da Aneel.

Como já mencionado anteriormente, são por meio dos artigos 26 e 27 que são disciplinadas as questões levantadas pela ABRADDEE e pelo TCU, referentes ao período de transição para faturamento de energia os usuários do SCEE. O Art. 26 indica que o Art. 17 seria inaplicável para os beneficiários da energia de MMGD até 31 de dezembro de 2045. É pelo Art. 27 que se aponta um período de transição para o faturamento da energia de unidades participantes do SCEE (que não sejam beneficiários definitivos do subsídio cruzado até 2045), considerar a incidência sobre toda a energia elétrica ativa *compensada dos seguintes percentuais* das *componentes tarifárias* relativas à *remuneração dos ativos do serviço de distribuição*, à *depreciação* dos ativos de distribuição e ao custo de operação e manutenção do serviço de distribuição, conforme o período a partir do qual esteja sendo considerada: 2023 (15%); 2024 (30%); 2025 (45%); 2026 (60%); 2027(75%); 2028(90%); 2029 (regra do art. 17). Note-se que se trata apenas dos novos entrantes. Para os beneficiários já instituídos o benefício seria mantido até 2025.

Enunciou, ainda, que para a MiniGD com fonte não despachável com mais de 500 kW de potência instalada, autoconsumo remoto ou geração compartilhada em que um único titular detenha 25% ou mais da *participação do excedente* de energia elétrica, o *faturamento* levaria em conta, *até 2028*, a incidência de: (I) 100% das componentes tarifárias relativas à remuneração dos ativos do serviço de distribuição, à quota de reintegração regulatória (depreciação) dos ativos de distribuição e ao custo de operação e manutenção do serviço de distribuição; (II) 40% “das componentes tarifárias relativas ao uso dos sistemas de transmissão da Rede Básica, ao uso dos transformadores de potência da Rede Básica com tensão inferior a 230 kV (duzentos e trinta quilovolts)”, assim como “das Demais Instalações de Transmissão (DIT) compartilhadas, ao uso dos sistemas de distribuição de outras distribuidoras e à conexão às instalações de transmissão ou de distribuição”; (III) 100% dos encargos Pesquisa e Desenvolvimento (P&D) e Eficiência Energética (EE) e Taxa de Fiscalização de Serviços de

Energia Elétrica (TFSEE); (IV) regra do art. 17 desta Lei a partir de 2029 (Art. 27, § 1º). O legislador também especificou casos fora do período de enquadramento conforme o Art. 26. Caso tenha sido protocolada solicitação de acesso na distribuidora entre o 13º e o 18º mês depois da publicação da Lei, o enunciado do Art. 27, § 2º os excetua da aplicação do art. 17 programada para 2045, mas viabiliza que o benefício se estenda, ainda assim, até 2031.

O Art. 28 enuncia que as MMGD se caracterizam pela “produção de energia elétrica para consumo próprio”. Outra inovação da Lei é que condiciona qualquer alteração de normas ou de procedimentos das distribuidoras relacionadas à MMGD ou Unidades Consumidoras que utilizem o SCEE, ao prazo de vacância mínimo de 90 dias (Art. 31). Também altera o Art. 2º § 5 da Lei nº 10.848/2004, para consideração dos custos pertinentes à geração distribuída como no âmbito dos processos licitatórios. A Lei também adicionou o Art. 2º-D, que classifica a energia excedente das distribuidoras, decorrente da variação de mercado provocada pela GD, como *exposição contratual involuntária* (Art. 33). Também passou a classificar, “para os fins da Lei”, os projetos de MMGD como *sistemas de geração de energia renovável*, de modo que sejam passíveis de enquadramento conforme o art. 1º § 3º e inciso VI do caput, que consta da Lei nº 9.991/2000. A ANEEL, ainda, foi obrigada a garantir que as contratações de geração distribuída sejam realizadas com processos de concorrência, por meio de chamadas públicas (Art. 33, parágrafo único).

A Lei também enuncia o Programa de Energia Renovável Social (PERS), direcionado a “investimentos na instalação de sistemas fotovoltaicos e de outras fontes renováveis, na modalidade local ou remota compartilhada, aos consumidores da Subclasse Residencial Baixa Renda de que trata a Lei nº 12.212, de 20 de janeiro de 2010”. (Art. 36). Os recursos financeiros utilizados pelo programa, decorrem do Programa de Eficiência Energética (PEE), das fontes complementares ou de parcela de Outras Receitas das distribuidoras convertida para a modicidade tarifária nos processos de revisão tarifária (Art. 36, § 1º). Por meio de chamadas públicas a distribuidora faria o credenciamento das empresas especializadas e, só depois, chamadas concorrenciais em vistas da contratação de serviços a fim de implementar centrais geradoras (Art. 36, § 3º). As contratações a que se refere o § 3º deste artigo deverão ser feitas por processos de concorrência por meio de chamadas públicas, na forma da regulamentação da Aneel (Art. 36, § 6º). O usuário que participasse do PERS seria faturado pela distribuidora e os excedentes de energia poderia ser adquirido pela distribuidora (Art. 36, § 4º). Caberá à Aneel adaptar as normas pertinentes, no que couber, para. Por fim, a ANEEL foi imbuída da formação dos recursos estabelecidos e demais medidas para operacionalização dos procedimentos, e da realização do acompanhamento físico e contábil do PERS (Art. 36, § 5º).

Em 01/11/2020 o Presidente da República emitiu a Medida Provisória do n. 998/2020, que veio a ser convertida na Lei 14.120/2021 apenas em 01/03/2021, institucionalizando a contratação de reserva de capacidade e as adaptações necessárias para tal. Ainda, em 12/07/2021 foi publicada a Lei nº 14.182, de 2021 que suprimiu expressão GD do art. 2º, § 8º, inciso II, alínea “a” e especificou as condições para o VRES em função das tecnologias utilizadas no processo produtivo, ligadas às fontes primárias. A última mudança ligada ao conceito de MMGD refere-se à Resolução Normativa ANEEL Nº 1.000, de 7 de dezembro de 2021. Em seu artigo 677 indica a revogação dos artigos 4º, 5º, 13-A e 14 da Resolução Normativa 482/2012.

No âmbito do Direito, em especial no Brasil, não é raro que um agente público utilize um mesmo vocábulo com sentidos distintos, distanciando o leitor do seu real sentido (o jurídico). Para superar a necessidade de recorrer a concepções espúrias e viabilizar uma comunicação eficaz, é importante que se identifique seu sentido jurídico.

Em sistemas como o brasileiro, um vocábulo ou expressão somente tem sentido jurídico se seu conteúdo for objeto de disciplinamento, direto ou mediato, por norma jurídica. Ou seja, o vocábulo ou locução terá sentido jurídico somente se o seu conteúdo se configurar através da conjugação de elementos originariamente extraídos do ordenamento jurídico²⁰⁶. A busca deste sentido exige, pois, que a investigação se limite aos conceitos²⁰⁷ juridicamente relevantes, de acordo com as definições²⁰⁸ situadas exclusivamente no âmbito jurídico²⁰⁹.

Se o Direito emprega o termo no texto normativo, então pode-se compreender seu sentido jurídico em função do regime jurídico imputado às diversas situações pertinentes. Por lógica, não deve haver o emprego de um conceito incompatível com o regime jurídico nele sintetizado, incluindo-se na classe (extensão) elemento incompatível com o critério de pertinência. Para tanto, deve-se partir do regime jurídico da energia elétrica, que abarca as

²⁰⁶ BLANCHET, Luiz Alberto. **O princípio constitucional da reciprocidade como...** Op. Cit. 2021. p. 33.

²⁰⁷ Um conceito consiste em uma representação teórica de determinado objeto, pela sistematização de seus aspectos característicos e distintivos relativamente a outros objetos. Pode-se conceituar, portanto, a partir da análise dos elementos conceituais constantes nos diversos conceitos estruturados pela ciência do direito. BLANCHET, Luiz Alberto. **Direito Administrativo: Estado, iniciativa privada e o desenvolvimento sustentável**. 6. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2012. p. 23.

²⁰⁸ Uma definição consiste na atribuição de sentido à palavra, que o designa conforme os elementos que o constituem. Ainda que nem todos os elementos passíveis de afetar um conceito necessitem sobrecarregar sua definição, deve-se abranger todos os elementos e interrelações implicadas pelo mesmo, na medida em que a reunião seja necessária e suficiente para identifica-lo. BERGEL, Jean-Louis. **Teoria Geral do Direito**. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 255 e 259.

²⁰⁹ “O âmbito jurídico (AMB) é o conjunto de textos que se referem a tudo que tenha alguma relação com o Direito, ou seja, o ordenamento jurídico (ORD), a Dogmática Jurídica, o Sistema Jurídico propriamente dito (SIS), os atos, as situações e as relações.” FREITAS, Thomas Bellini; FREITAS, Juarez. **Teoria Comunicacional do Direito...** Op. Cit. 2020. p. 301.

situações pertinentes à GD. Mas isso não pode ser feito sem que sejam considerados os Direitos Fundamentais, que submetem o Estado a um regime jurídico especial, que afeta inclusive a interpretação e aplicação de conceitos jurídicos como o de GD.

3 SUSTENTABILIDADE NO REGIME DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O que se pretende expor na presente seção, de maneira geral, são os reflexos do regime jurídico dos direitos fundamentais na decisão administrativa, em especial quanto à interpretação e aplicação de conceitos jurídicos, sob as diretrizes hermenêuticas da Sustentabilidade. Parte-se do apontamento de algumas (3.1) noções preliminares de Direito e de normas de Direitos Fundamentais, para expor o (3.2) regime jurídico dos direitos fundamentais na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sua complexidade estrutural e limites para intervenção Estatal restritiva destes direitos. Ao final da seção são expostas as (3.3) consequências do regime jurídico dos direitos fundamentais nas decisões administrativas, inclusive quanto às diretrizes da Sustentabilidade para interpretação e aplicação de conceitos jurídicos.

3.1 NOÇÕES PRELIMINARES DE DIREITO E DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O vocábulo *direito* pode ser compreendido de diversas maneiras, a depender do significado que se atribua. A atribuição de significado, por sua vez, é disciplinada pela *semântica*, que se refere à disciplina que se ocupa de certas relações entre expressões de uma linguagem e os objetos (estados de coisas) aos quais tais expressões se referem²¹⁰. Nesta perspectiva o foco se encontra na *referência*, que não se reduz ao significado *em si* dos objetos.

A conceituação, portanto, para realizar-se, requer uma prévia classificação, quer dizer, o estabelecimento de um conjunto a partir de critérios de inclusão e exclusão. Trata-se de uma operação lógica, na qual fixam-se *pontos de referência convencionais*, indicadores de realidades idênticas, pelas características selecionadas previamente pelo agente²¹¹. Trata-se de “uma delimitação de objetos de pensamento sintetizados sob um signo breve adotado para nomeá-los”²¹², ou seja, do estabelecimento de uma *síntese*. Mas para assumir relevância, a

²¹⁰ TARSKI, A. **A concepção semântica da verdade**. Trad. por C. A. Mortari e L. H. Dutra, São Paulo: Editora UNESP, 2007, p. 17.

²¹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Ato administrativo e direitos dos administrados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. P. 5; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 386

²¹² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito admin...** Op. Cit. 2015. p. 386.

síntese precisa viabilizar a identificação de um regime jurídico. Assim, conceitos jurídicos podem ser compreendidos como “termos relacionadores de normas, pontos de aglutinação de efeitos de direito”²¹³.

Se o fenômeno da imputação se refere a atribuição de consequências relativas a normas jurídicas, o que interessa ao jurista é apurar quais as consequências normativas imputadas às situações juridicamente relevantes²¹⁴. Quanto ao critério de inclusão na classe, trata-se da identificação do “regime jurídico imperante e aplicável”²¹⁵. A utilidade do conceito jurídico encontra-se na identificação do regime jurídico aplicável, enquanto síntese de um plexo normativo que incide simultaneamente²¹⁶.

O que é comum a todo conceito é sua característica conotativa, também denominada por intenção ou sentido, e denotativa, também denominada por extensão ou referência. A primeira aponta para as propriedades inerentes ao conceito, enquanto a segunda indica o “objeto” a que se refere²¹⁷. A conotação, o critério para estabelecer a classe. A denotação, os elementos referentes à classe. O conceito, então, é uma classificação com critério de pertencimento a uma classe em função de determinadas propriedades, com uma abrangência, quanto aos elementos da respectiva classe. Assim, o regime jurídico, enquanto sistema de normas jurídicas sintetizadas pelo conceito jurídico, é sua conotação. Ao passo que as hipóteses a que se aplica, a reunião das situações abarcadas pelas respectivas hipóteses normativas, são sua denotação²¹⁸.

Ainda, os conceitos jurídicos podem ser de duas espécies: lógico-jurídicos ou jurídico-positivos. Os primeiros, gerais, universais, são ferramentas de compreensão do direito positivo, portanto, *a priori*. Os segundos, específicos, refletem o disposto por um sistema normativo dado, identificando o conjunto de efeitos normativos do direito positivo, ou seja, *a posteriori*.

Portanto a elaboração de conceitos lógico-jurídicos pela doutrina (como o de norma

²¹³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito admin...** Op. Cit. 2015. p. 384.

²¹⁴ Explicação de eminente valor didático é fornecida, ainda, pelo jurista Ricardo Marcondes Martins: “em vez de afirmar a incidência das normas X, Y, Z, reúne-as sob um signo e, ao se referir a ele, reporta-se ao referido conjunto normativo”. Seria esta síntese reunida sob o signo, pois, o conceito jurídico. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Teoria das contrafações administrativas**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 115-148, abr./jun. 2016. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/241>. Acesso em: 12 ago. 2021. P. 117.

²¹⁵ GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo: parte general**. 1. Ed. Colombiana. Medellín: Biblioteca jurídica Diké; Fundación de Derecho Administrativo, 1998, cap. I-13-14.

²¹⁶ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Teoria das contrafações...** Op. Cit. 2016. p.118.

²¹⁷ ITURRALDE SESMA, Victoria. **Interpretación literal y significado convencional**. Madrid: Marcial Pons, 2014. p. 97; CHIERCHIA, Gennaro. **Semântica**. Tradução de Luiz Arthur Pagani et al. Campinas: Unicamp, 2003. p. 36; COPI, Irving M. **Introdução à lógica**. 2. Ed. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Mestre Jou, 1978, p. 119.

²¹⁸ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Teoria das contrafações...** Op. Cit. 2016. P. 118.

jurídica, por exemplo), não se restringe ao direito positivo que ensejou sua formulação²¹⁹. A liberdade para estipular um conceito, nesse sentido, restringe-se em função de diversos fatores pressupostos pela ciência do direito e impostos ao intérprete. O principal deles é o dever de pressupor que a norma integra um todo coerente, não meramente literal, mas também na perspectiva axiológica. Isso vincula a interpretação das normas aos princípios estruturantes do Direito, que implica a prevalência da interpretação teleológica e sistemática sobre a meramente literal. Isso é ainda mais importante em sistemas jurídicos como o brasileiro que, ao assumir o modelo de Estado Constitucional, implica no dever de interpretação conforme a Constituição. Ou seja, dentre duas interpretações possíveis, deve ser escolhida a mais adequada ao texto e axiologia constitucional. É irrelevante, portanto, a intenção do legislador para a atividade interpretativa. Deve-se compreender a norma em vistas das finalidades que emanam dos textos normativos considerados sistematicamente²²⁰.

Para este trabalho, o vocábulo *direito* tem como característica básica a lógica deôntica, que de uma forma resumida e simples, é o ramo da lógica que “trata das proposições normativas e dos operadores das normas correspondentes, que englobam a obrigação, permissão e a proibição”²²¹. Diferentemente das proposições descritivas (*ser*), as normas jurídicas (*dever-ser*) manifestam-se por proposições prescritivas: se *a* é, deve ser *b*²²². A ciência que tem por objeto tais prescrições é também, ela mesma, propositiva em relação às respectivas prescrições de condutas (atos e abstenções)²²³.

Já as normas jurídicas consistem em uma ou mais prescrições ou comandos normativos por meio dos quais são impostas, diante da situação concreta, consequências jurídicas. Mas podem ser de duas espécies: *regras* ou *princípios*²²⁴. Ambas dizem o que *deve ser* realizado e podem ser formuladas por meio das expressões deônticas básicas, próprias da lógica jurídica (obrigação, permissão e proibição), servindo como razões para juízos concretos de *dever-ser*. Também é comum às normas possuírem *textura aberta*, inclusive as regras²²⁵, pelo que sempre podem ser excepcionadas, carregando *potencial exceção implícita*²²⁶. E, ainda, são dotadas de

²¹⁹ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Teoria das contrafações...** Op. Cit. 2016. P. 119 Nota 17.

²²⁰ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Teoria das contrafações...** Op. Cit. 2016. p. 144.

²²¹ FREITAS, Thomas Bellini. **Atos e abstenções: uma análise das normas através da lógica deôntica.** Trabalho de conclusão de graduação (Interpretação e Lógica deôntica). UFRGS. 2018. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/189737>, p. 9.

²²² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 58

²²³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução de Fernando de Miranda. São Paulo: Saraiva, 1939, p. 17.

²²⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos...** Op. Cit. 2014. p. 87

²²⁵ Correspondem a determinações que ou são satisfeitas ou não o são (tudo ou nada), conforme as possibilidades fáticas e jurídicas. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 39.

²²⁶ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito.** Tradução de A. Ribeiro Mendes. 4 ed., Lisboa:

coercibilidade, pelo que disciplinam a vida em sociedade²²⁷. Em suma, ambas as espécies de normas são proposições prescritivas de condutas, fundadas logicamente em modais deônticos equivalentes a proibições, permissões ou obrigações.²²⁸

Além das duas espécies que diferenciam as normas quanto a sua estrutura, existem dois tipos básicos de normas que se distinguem em função da relação que estabelecem com a ação regulada: as diretas e as indiretas²²⁹. As diretas se relacionarão de modo intrínseco e direto com a ação e se dividem em: procedimentais, autorizativas e deônticas. Já as indiretas (ou normas ônticas) são as que prescrevem os elementos essenciais para que uma ação possa ser regulada, criando condições ou pressupostos, que podem dizer a respeito: do elemento espacial; de elementos temporais; dos sujeitos da ação; e das capacidades ou competências dos sujeitos²³⁰.

O ordenamento jurídico (ORD) é a totalidade dos textos brutos que tem a Constituição como texto mais relevante²³¹. A interpretação deste texto bruto, por sua vez, depende de uma decisão jurídica, pelo que se faz a eleição de uma alternativa entre, pelo menos, duas possibilidades²³². Para isto, deve partir de pressuposições científicas²³³ que não podem ser constatadas imediatamente na literalidade do texto normativo bruto: “deve pressupor que as normas extraídas do texto fazem parte de um todo coerente, do ponto de vista linguístico e axiológico”²³⁴. E, ainda, no caso de dúvidas, o princípio da máxima efetividade da constituição

Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 153.

²²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 27.

²²⁸ “Assim como as normas categóricas, as normas hipotéticas também ordenam, permitem e proíbem. A grande diferença é que elas estão sujeitas a alguma condição, ou seja, está presente a característica da condicionalidade”. FREITAS, Thomas Bellini. **Atos e abstenções... Op. Cit.** 2018. p. 29.

²²⁹ ROBLES, Gregorio. **Teoría del Derecho: fundamentos de Teoría comunicacional del Derecho**. 4ª ed. Navarra: Thompson Reuters, 2012. pp. 214-225.

²³⁰ FREITAS, Thomas Bellini; FREITAS, Juarez. **Teoria Comunicacional do Direito ... Op. Cit.** 2020. p. 297.

²³¹ FREITAS, Thomas Bellini; FREITAS, Juarez. **Teoria Comunicacional do Direito ... Op. Cit.** 2020. p. 298.

²³² FREITAS, Thomas Bellini; FREITAS, Juarez. **Teoria Comunicacional do Direito ... Op. Cit.** 2020. p. 301.

²³³ “Duas teorias explicam a atividade do cientista do direito. A primeira é a chamada teoria do legislador racional, de Santiago Nino, segundo a qual o intérprete, ao efetuar a exegese dos textos normativos, deve atribuir ao legislador nove qualidades: a) unicidade – consiste numa única vontade; b) imperecibilidade – é eterno; c) consciência – é sempre consciente das normas que edita; d) onisciência – conhece todas as questões fáticas; e) operatividade – jamais edita normas que careçam de aplicabilidade; f) justiça – pretende ser justo; g) coerência – jamais se contradiz; g) omnicompreensibilidade – tudo prevê; i) precisão – é sempre preciso, não incorrendo em ambiguidades. A segunda é a teoria da interpretação criativa, de Ronald Dworkin, segundo a qual o intérprete deve respeitar o princípio da integridade, de modo que tanto o produtor da norma, o legislador, como o aplicador da norma, o juiz, devem considerá-la como integrante de um sistema ‘moralmente coerente’. Ao contrário do difundido pela escola genovesa, não é o intérprete que cria a norma, ele descobre a norma no texto – não é uma atividade criativa, mas cognitiva.” MARTINS, Ricardo Marcondes. **Teoria das contrafações... Op. Cit.** 2016. Pp. 122 e 123. O autor refere-se as seguintes obras: NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho**. 11. ed. Barcelona: Ariel, 2003. p. 328-329; e DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 213 *et seq.*

²³⁴ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Teoria das contrafações... Op. Cit.** 2016. P. 122.

prescreve o dever de o intérprete preferir “a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais”²³⁵.

A descoberta das normas pelo intérprete é o que viabiliza a criação do texto elaborado sistemático²³⁶. Assim, o sistema jurídico propriamente dito (SIS) refere-se ao texto elaborado pelo intérprete, ora para fins de aplicação, como decisão jurídica componente do sistema, ora para embasar opiniões dos juristas, como dogmática jurídica referida ao SIS. Este texto sistemático elaborado, ora pelo aplicador, ora pelo cientista, manifesta as condutas humanas (atos ou abstenções) com relevância jurídica, que por produzirem efeitos jurídicos passam a ser consideradas *atos jurídicos*²³⁷. Quando um determinado conjunto de normas jurídicas é aplicável a um objeto específico, seja ele um fato ou um ato jurídico, dá-se o nome de regime jurídico²³⁸.

Neste contexto, considera-se *Direito fundamental* um conjunto de normas jurídicas, “previstas primariamente na Constituição Federal e destinadas a assegurar e promover a dignidade humana em suas diversas manifestações, de que derivam posições jurídicas para os sujeitos privados e estatais”²³⁹. Este conjunto de normas jurídicas que regem atos e fatos jurídicos, enquanto regime jurídico, pressupõe um sistema jurídico em que os princípios, ao prescreverem normas categóricas, autoaplicáveis e independentes de condições específicas para incidência (em tese)²⁴⁰, configuram elementos estruturantes²⁴¹ e de otimização²⁴². Enquanto mandamentos de otimização configuram modelos distintos dos *axiológicos*, que se baseiam exclusivamente no conceito de *valor*²⁴³. Seu caráter *deontológico* se destaca por sua expressão

²³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. P. 1224.

²³⁶ FREITAS, Thomas Bellini; FREITAS, Juarez. **Teoria Comunicacional do Direito ...** Op. Cit. 2020. P. 301.

²³⁷ BLANCHET, Luiz Alberto. **Direito Administrativo...** Op. Cit. 2012. p. 93.

²³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2009: “[...] princípios que formam em seu todo uma unidade e que articulam um conjunto de regras de maneira a comporem um sistema, ‘um regime jurídico’ que o peculiariza em confronto com outros blocos de regras.”. p. 28.

²³⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Introdução ao Estudo do Direito**. E-book amazon. ISBN-13: 978-65-00-06379-0. Versão 1.2. 2020, p. 253.

²⁴⁰ “normas categóricas se referem a proposições normativas que são autoaplicáveis, não dependendo de uma hipótese para a sua efetividade, [...]”. FREITAS, Thomas Bellini. **Atos e abstenções...** Op. Cit. 2018. p. 26.

²⁴¹ BERTALANFFY, Ludwig von. **Teoria geral dos sistemas**. 3. Ed. Tradução de Francisco M. Guimarães. Petrópolis: Vozes, 2008. P. 103.

²⁴² Os princípios, na perspectiva de Robert Alexy, correspondem a mandamentos de otimização, constituídos em normas que ordenam sua satisfação na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos...** Op. Cit. 2014. P. 91.

²⁴³ “o direito positivado é cada vez mais um direito fraccionado de destinatários particulares, como, sobretudo, o carácter aberto e indeterminado da maioria das normas de direitos fundamentais impede uma sua eventual concretização axiologicamente neutra ou alheia a valores; assim, como a determinação do sentido concreto de realização obrigatória dos direitos fundamentais é sempre carregada de valores, nas situações concretas de colisão envolvendo os direitos fundamentais a atribuição de preferência jurídica de realização nunca independente das preferências valorativas do criador do direito, do seu aplicador e, em última análise, do julgador. NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra:

no direito: determina (impõe) o que *deve ser*. Com isso, busca-se afastar interpretações equivocadas pautadas em juízos afetos ao conceito de valor – *bom*²⁴⁴/*ruim* (*classificação*), *melhor/pior* (*comparação*), *maior/menor* (*medição*)²⁴⁵, que não expressam o que é definitivamente devido no caso concreto²⁴⁶. Possui como peculiaridade seu caráter *prima facie* (aparente), por não expressarem no nível abstrato (em tese) mandamentos definitivos, de modo que dependem da constatação das possibilidades fáticas e jurídicas de incidência. Isso os tornam passíveis de juízos de *preferência condicionada* - um em detrimento do outro - quando constatadas razões antagônicas no caso concreto²⁴⁷.

As regras prescrevem consequências para hipóteses específicas, com fatores condicionantes para incidência. Em sua estrutura, traz a descrição teórica do *problema* a ser resolvido (hipótese) e uma previsão da *solução* que deve ser tomada quando na prática a hipótese for verificada (comando), em vistas de uma *utilidade prática* (finalidade da sua criação)²⁴⁸. Mas só diante das possibilidades fáticas e jurídicas se faz possível a determinação de sua extensão e de seu conteúdo. Isto significa afirmar que o caráter *prima facie* das regras será observado somente quando aos princípios (formais) que a sustentam forem atribuídos menor peso, o que em última consequência modela a validade das regras e evidencia seu caráter *prima facie*²⁴⁹.

É preciso evidenciar, ainda, que as normas de direitos fundamentais se distinguem dos seus enunciados normativos²⁵⁰, afinal, aquelas referem-se a proposições que traduzem o significado destes²⁵¹. Uma “mesma norma pode ser expressa por meio de diferentes enunciados

Coimbra Ed., 2003. Pp. 623-624.

²⁴⁴ Pode-se compreender, ainda, que “o bom é o apenas razoável, ou seja, o mínimo satisfatório em face de um objetivo determinado.” HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, p. 268

²⁴⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos... Op. Cit.** 2014. p. 144

²⁴⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos... Op. Cit.** 2014. p. 153.

²⁴⁷ “um direito fundamental constitucionalmente consagrado sem reservas pode ser restringido por força da necessidade de prossecução de outros bens que, em função daqueles valores, são igualmente dignos de proteção jurídica. Ora, com um tal sentido, aquilo que é determinante deve ser o conteúdo material do bem em causa e não a sua inscrição formal num plano constitucional ou infra-constitucional. Obviamente, o facto de um bem ter obtido consagração constitucional, em termos, por exemplo, de ter sido elevado a fim a prosseguir pelo Estado, é um indício seguro da relevância que lhe deve ser atribuída, mas aquilo que é decisivo para o sentido e medida da restrição não é o nível hierárquico, ainda que ele possa ser tido em conta como um entre muitos factores, mas sim o peso relativo que cada um dos bens em colisão apresenta no caso concreto.” NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direi...** Op. Cit. 2003. p. 620.

²⁴⁸ BLANCHET, Luiz Alberto. **A importância da interpretação das normas disciplinadoras da administração pública para a devida identificação da discricionariedade**. Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo, Santa Fe, vol. 6, n. 1, p. 61-75, ene./jun. 2019. DOI: 10.14409/redoeda.v6i1.8724. p. 69.

²⁴⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos... Op. Cit.** 2014. p. 104.

²⁵⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos... Op. Cit.** 2014. p. 54.

²⁵¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos... Op. Cit.** 2014. pp. 54-55.

normativos”²⁵², e até mesmo por meio das luzes de um semáforo²⁵³. É importante também que não se confunda o conteúdo da norma com o seu objeto, já que o seu *conteúdo* dispõe a respeito de *algo*, que é, este sim, seu *objeto*²⁵⁴. O *enunciado normativo* refere-se ao próprio texto normativo, expressão linguística deduzida no dispositivo legal, constitucional ou regulamentar. A *norma*, com base na lógica jurídica, deriva da construção hermenêutica resultante da interpretação de um ou mais enunciados normativos. Ao passo que o *direito fundamental*, propriamente dito, refere-se, pois, ao bem jurídico sobre o que dispõe a norma²⁵⁵. A partir de uma simples disposição constitucional, ou enunciado normativo, podem ser compreendidas múltiplas normas jurídicas, bem como diversos direitos fundamentais. Assim como uma única norma jurídica pode resultar da atividade hermenêutica de interpretação conjunta de vários enunciados normativos²⁵⁶.

As disposições normativas que tenham por objeto direitos fundamentais se expressam por formas textuais que nem sempre são as mesmas. Ora criam ou reconhecem direitos, ora afirmam a proteção jurídica de valores específicos ou, ainda, impõem explicitamente obrigações positivas e negativas para a tutela de bens jurídicos pertinentes, por ela assegurados. Mesmo com essa diversidade característica, apresentam três aspectos em comum: (1) prescrevem, explícita ou implicitamente, ao Poder Público (destinatário mediato ou imediato dos direitos) atos e abstenções, que incidem também nas relações interprivadas²⁵⁷; (2) investem seus titulares (indivíduos, grupos específicos ou a coletividade indeterminada) em posições jurídicas de vantagem quanto a fruição dos bens jurídicos, em tese, tutelados; e, por fim, (3) retiram do âmbito de deliberação democrática do legislador, tanto do ordinário como do constituinte, a possibilidade de eliminação das obrigações impostas ao Estado, quanto às referidas situações de vantagem conferidas aos cidadãos²⁵⁸.

Enunciados normativos sobre direitos fundamentais podem assumir uma dupla

²⁵² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos... Op. Cit.** 2014. p. 54.

²⁵³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos... Op. Cit.** 2014. p. 54.

²⁵⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 388.

²⁵⁵ HACHEM, Daniel Wunder. **A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, v. 14, n. 14, Curitiba, p. 618-688, jul./dez. 2013. P. 626

²⁵⁶ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direi.... Op. Cit.** 2003. p. 52.

²⁵⁷ HACHEM, Daniel Wunder. **São os direitos sociais “direitos públicos subjetivos”? Mitos e confusões na teoria dos direitos fundamentais**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), São Leopoldo, v. 11, n. 3, p. 404-436, set./dez. 2019. p. 424.

²⁵⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direi.... Op. Cit.** 2003. p. 54.

natureza, tanto de regra quanto de princípio²⁵⁹. Isto se verifica quando na formulação constitucional das normas de direitos fundamentais é incluída uma cláusula restritiva com a estrutura de princípios, sujeitando-a ao sopesamento. A disposição de direito fundamental é transformada, em função das cláusulas determinantes de sopesamento²⁶⁰, em normas subsumíveis²⁶¹. Pela sua natureza de princípio²⁶², se admite que a realização do direito fundamental, objeto da norma, não poderá ser total, mas parcial, “podendo inclusive ser totalmente afastada em razão de circunstâncias fáticas e jurídicas, ainda que o direito continue a existir no mundo jurídico”²⁶³.

Considerando as delimitações estruturais de regras e princípios, situações de concorrência na aplicação para cada tipo de norma são solucionadas conforme suas características próprias. Assim, diante de um conflito²⁶⁴ (ou concorrência) entre regras, tal disputa somente se soluciona diante de um juízo de validade de cada regra passível de aplicação. Isto é, caso não haja uma cláusula de exceção que elimine o conflito, é necessário que se declare a invalidade de uma das regras contrapostas, eliminando-a do ordenamento jurídico. Os critérios adotados para a avaliação em situação de antinomia podem ser: cronológico, dando preferência à regra mais recente; de especificidade, priorizando a regra mais específica; de hierarquia, que

²⁵⁹ “Assim, um primeiro momento de abordagem da norma constitucional de direito fundamental respeita a determinação da sua natureza estrutural como regra ou como princípio, não no sentido de um refinamento conceptual baseado numa distinção teórica forte que, como vimos atrás, não foi bem sucedida, mas com o sentido pragmático de saber se a sua aplicação depende essencialmente de juízos de ponderação entre os interesses subjacentes ou remete apenas para uma aplicação subsuntiva, ainda que, quando necessário, temperada por um labor de determinação do sentido de cláusulas gerais ou de conceitos indeterminados. No fundo, e tendo como objectivo a salvaguarda da força normativa da Constituição, esse primeiro momento corresponde a verificação da medida em que a decisão constituinte admite ou exclui a eventualidade de posterior cedência de um direito fundamental constitucionalmente garantido.” NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos di...** Op. Cit. 2003. p. 576.

²⁶⁰ Importante destacar que, “sob pena de relativização ou esvaziamento da força normativa da Constituição e das normas de direitos fundamentais, a admissibilidade de existência de uma reserva geral imanente de ponderação e compatibilização dos direitos fundamentais com outros bens, se bem que necessária como base de partida, exige, antes ainda do desenvolvimento da abordagem da questão de fundo nela implícita, o esclarecimento prévio de algumas dúvidas imediatas sem cuja resolução a existência dessa reserva geral imanente não pode ser devidamente sustentada.” É preciso distinguir, ainda que isso não tenha sido feito expressamente pelo trabalho, “o que é remetido para os juízos de valoração dos poderes constituídos e o que deve resultar estrita e definitivamente das operações de interpretação jurídica das normas constitucionais; o que a Constituição remete implicitamente para uma margem de livre decisão dos poderes constituídos e aquilo que ela própria já decide vinculativamente.” NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direi...** Op. Cit. 2003. pp. 575 e 576. A respeito do tema, no contexto brasileiro, ver HACHEM, Daniel Wunder. **A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro.** A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013.

²⁶¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos...** Op. Cit. 2014. p. 141.

²⁶² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 353.

²⁶³ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos dir...** Op. Cit. 2014. p. 22.

²⁶⁴ “Ou seja, pode haver conflito entre interesses de liberdade dos particulares, mas só há verdadeira colisão de direitos fundamentais quando para satisfazer uma pretensão de direito fundamental a que está obrigado, o Estado se vê impossibilitado de corresponder a uma outra que o vincula igualmente. NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direi...** Op. Cit. 2003. P. 623.

prioriza a de nível hierárquico superior; e, ainda, de acordo com a importância assumida para cada regra em função de um princípio (regras *prima facie*). O que se faz necessário é que a decisão a ser tomada compreenda uma análise de validade de cada regra²⁶⁵.

A concorrência (ou conflito) entre princípios, entretanto, não gera efeitos no que tange à *validade* perante o ordenamento jurídico, nem assume como possibilidade a introdução de uma *cláusula de exceção* (“a menos que”). Mas admite uma relação de *precedência*, de um princípio em face de outro, sob condições determinadas. Isto requer uma atribuição de peso distinta para cada um dos princípios, sendo o princípio *precedente* aquele ao qual se atribuiu maior dimensão de peso. Desta forma, se verificadas outras condições para uma mesma colisão de princípios, outra dimensão de peso poderá ser atribuída, tendo em vista as particularidades de cada caso concreto²⁶⁶. É o que se procede mediante *sopesamento* de princípios, a fim estabelecer uma *lei de colisão*: definidos os interesses situados abstratamente no mesmo nível, viabiliza-se a atribuição de pesos relativos, entre si, em função das peculiaridades do caso concreto. Diante desta relação direta com as especificidades de cada caso concreto, o conflito entre princípios pode ser solucionado por uma *relação de precedência condicionada*. As condições implicarão pesos específicos para cada princípio no caso concreto, o que em nível abstrato seria inviável, pela sua indeterminação. Pela *lei de colisão*, as condições que determinam a precedência de um princípio em face de outro constituem o *suporte fático* de uma regra, que prescreve uma consequência jurídica em *função do princípio precedente*²⁶⁷.

O procedimento lógico-argumentativo pressuposto pela lei de colisão, a fim de estabelecer a respectiva relação de precedência condicionada, denomina-se *máxima proporcionalidade*. O princípio (ou máxima) da proporcionalidade é composto por três subprincípios: da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. O *princípio da adequação* prescreve o dever de que as medidas adotadas para restringir direitos fundamentais sejam adequadas às exigências oriundas do respectivo princípio conflitante, de acordo com as possibilidades fáticas (juízo classificatório). O *princípio da necessidade* prescreve o dever de que as limitações sejam imprescindíveis para promover o resultado adequado, de modo que, diante das condições jurídicas, o objetivo não poderia ser realizado por outra medida menos gravosa ao seu destinatário (juízo comparativo). Já o *princípio da proporcionalidade em sentido estrito* prescreve o dever de que, consideradas as condições fáticas e jurídicas, um dos princípios concorrentes tenha precedência se, e somente se, a

²⁶⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos...** Op. Cit. 2014. p. 93

²⁶⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos...** Op. Cit. 2014. pp. 93-94.

²⁶⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos...** Op. Cit. 2014. pp. 97.

restrição se dê na estreita medida da ampliação ensejada (juízo métrico)²⁶⁸.

Simplificadamente, são consideradas normas de direitos fundamentais as que tenham por objeto direitos fundamentais. Mas no Estado Constitucional de Direito, os direitos fundamentais configuram uma categoria jurídica autônoma, com peculiaridades próprias e um regime jurídico especial²⁶⁹.

3.2 REGIME JURÍDICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO

As normas constitucionais guardam seu fundamento na dignidade humana (valor universal, histórico e filosófico²⁷⁰), reconhecida expressamente como princípio jurídico fundamental do Estado Social e Democrático de Direito (art. 1º, inciso III), que constitui o núcleo do sistema jurídico²⁷¹. Este princípio indica a condição dos seres humanos como sujeito das relações sociais e jurídicas, exteriorizada como integralidade corporal, psicológica e espiritual, que se desenvolve enquanto vivência autônoma²⁷².

No Estado Social, fundado na dignidade humana, a Constituição é caracterizada pelo

²⁶⁸ Consubstancia a lógica da média ponderada, que para cada valor (N) é atribuído um peso (P), procedendo-se com base na relação entre quatro elementos: $[(N1 \times P1) + (N2 \times P2)] \div (P1 + P2)$.

²⁶⁹ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos dir... Op. Cit.** 2014. p. 159

²⁷⁰ O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como fim.". KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela - Lisboa: Edições 70. 2007. p. 67-68.

²⁷¹ “[...] não se afasta a possibilidade de uma abordagem de cunho crítico e não inviabiliza, ao menos não por si só, eventual relativização da dignidade, notadamente na sua condição jurídico-normativa e em alguma de suas facetas. [...] Por outro lado, pelo fato de a dignidade da pessoa encontra-se ligada à condição humana de cada indivíduo, não há como descartar uma necessária dimensão comunitária (ou social) desta mesma dignidade de cada pessoa e de todas as pessoas, justamente por serem todos iguais em dignidade e direitos (na iluminada fórmula da Declaração Universal de 1948) e pela circunstância de nesta condição conviverem em determinada comunidade ou grupo. O próprio Kant – ao menos assim nos parece – sempre afirmou (ou, pelo menos, sugeriu) o caráter intersubjetivo e relacional da dignidade da pessoa humana, sublinhando inclusive a existência de um dever de respeito no âmbito da comunidade dos seres humanos. [...] Em verdade – e tal aspecto consideramos deve ser destacado – a dignidade da pessoa humana (assim como os próprios direitos fundamentais), sem prejuízo de sua dimensão ontológica e, de certa forma, justamente em razão de se tratar do valor próprio de cada uma e de todas as pessoas, apenas faz sentido no âmbito da intersubjetividade e é também por esta razão que se impõe o seu reconhecimento e proteção pela ordem jurídica, que deve zelar para que todos recebam igual (já que todos são iguais em dignidade) consideração e respeito por parte do Estado e da comunidade. [...] Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.”. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2ª Edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2002. p. 53-54, 62.

²⁷² JUSTEN FILHO, Marçal. **Introdução ao Estudo do Direito**. E-book *amazon*. ISBN-13: 978-65-00-06379-0. Versão 1.2. 2020, p. 253.

perfil *dirigente*²⁷³, que incorpora em seu texto, como formas jurídicas, metas e programas políticos cogentes, a serem observados por todos os poderes constituídos a fim de intervir nos domínios econômico e social, transformando a realidade empírica. Não se limita, portanto, à manutenção das garantias historicamente conquistadas, mas estabelecem programas de ação voltadas ao futuro²⁷⁴, como o faz a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988²⁷⁵.

É o que se confirma pela interpretação sistemática de seus artigos 3º, 170 e 225, que aponta para o desenvolvimento sustentável como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil. Como princípio constitucional, “determina promover o desenvolvimento social, econômico, ambiental, ético e jurídico-político, no intuito de assegurar condições favoráveis para o bem-estar das gerações presentes e futuras”²⁷⁶.

Neste contexto, os direitos fundamentais configuram-se como linhas diretivas condicionantes da atuação do Poder Público, dirigindo a conduta Estatal no sentido de sua máxima eficácia. Para além de seu papel limitador e protetivo enfatizado pelo modelo de Estado Liberal oitocentista, os direitos fundamentais consistem em ordens objetivas que obrigam a Administração ao estabelecimento de organizações e procedimentos que viabilizem, de ofício e de maneira universal, prestações sociais asseguradas à cidadania pela Constituição²⁷⁷. Nesta configuração, os direitos fundamentais no Estado Social e Democrático de Direito impactam diretamente as instituições do Direito Administrativo, impelindo a observância de um conjunto de princípios e regras do regime jurídico-administrativo orientados para sua efetivação²⁷⁸.

A Administração Pública do Estado Social e Democrático de Direito, orientada para a máxima efetividade dos direitos fundamentais, submete-se a um plexo de princípios jurídicos, dos quais três deles merecem destaque: (i) legalidade, submetendo o procedimento administrativo a uma disciplina normativa própria para assegurar os direitos e interesses legítimos do cidadão; (ii) eficácia, já que para atingir os fins juridicamente estatuídos pelo sistema normativo é imprescindível o funcionamento de uma organização administrativa eficaz;

²⁷³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 27.

²⁷⁴ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 33-35.

²⁷⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Direito Administrativo e a justiça social no constitucionalismo atual latino-americano**. Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, año XXXIII, nº 396, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 7-15, sep. 2011. p. 14

²⁷⁶ Refere-se ao “princípio constitucional que determina promover o desenvolvimento social, econômico, ambiental, ético e jurídico-político, no intuito de assegurar condições favoráveis para o bem-estar das gerações presentes e futuras” FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao Futuro**. 4. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019. p. 55.

²⁷⁷ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José Maria. **La administración del Estado social**. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 133.

²⁷⁸ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos dir... Op. Cit.** 2014. p.238.

(iii) e serviço, que obriga a Administração a atuar sempre em favor dos interesses da coletividade, sua própria razão de existência²⁷⁹. Abarcando estes e todos os outros princípios do sistema jurídico, o princípio constitucional implícito da Sustentabilidade é também determinante para a conduta administrativa. A Sustentabilidade, enquanto atributo necessário do desenvolvimento da pessoa humana, determina:

“(…) independentemente de regulamentação legal, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar”.²⁸⁰

Por guardar os fundamentos de seu regime jurídico-administrativo nas normas constitucionais²⁸¹, “a legislação infraconstitucional produzida pelo Parlamento não é o único parâmetro jurídico de validade da atuação administrativa”²⁸². É imprescindível levar em conta “ao lado da lei formal outros elementos de observância cogente, tais como as normas constitucionais explícitas e implícitas e os tratados internacionais de direitos humanos”²⁸³. Para além do princípio da legalidade estrita (enunciada no artigo 37 da Constituição), os atos administrativos vinculam-se ao princípio da juridicidade, que em escala descendente de hierarquia abarca os subprincípios: (i) da constitucionalidade; (ii) da convencionalidade²⁸⁴; (iii)

²⁷⁹ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **La reforma del Estado de Bienestar**. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, nº 11, A Coruña, Universidade da Coruña, p. 827-837, 2007. p. 830. In: HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos dir... Op. Cit.** 2014. P. 238.

²⁸⁰ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao Futuro**. 4. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019. p. 337.

²⁸¹ BLANCHET, Luiz Alberto. **Direito Administrativo... Op. Cit.** 2012. p.42. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito... Op. Cit.** 2009. p. 52.

²⁸² HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos dir... Op. Cit.** 2014. p. 339.

²⁸³ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos dir... Op. Cit.** 2014. p. 339.

²⁸⁴ “As convenções internacionais podem versar sobre direitos humanos ou não. Caso se esteja diante de um tratado que veicule essa espécie de direitos, a posição aqui adotada é a de que, por força do art. 5º, §2º da CF, a sua hierarquia normativa será a de normas materialmente constitucionais, independentemente de haverem ou não sido incorporados pelos trâmites descritos no art. 5º, §3º, CF. Portanto, o respeito a essas disposições seria devido tanto por conta do princípio da constitucionalidade como em razão do princípio da convencionalidade, os quais, em relação a essa matéria especificamente, encontram-se no mesmo patamar hierárquico-normativo. Caso se trate de uma convenção internacional que não verse sobre direitos humanos, acolhe-se no presente o estudo o entendimento de que eles se situam em um nível hierárquico infraconstitucional, mas supralegal. Estão abaixo da Constituição porque o art. 102, III, “b” da CF admite que o Supremo Tribunal Federal declare a inconstitucionalidade dos tratados internacionais. E estão acima das leis federais à vista do que determinam os princípios da boa-fé e do pacta sunt servanda no Direito Internacional, bem como o que dispõe o art. 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. Tal dispositivo estabelece que ‘Uma parte não pode invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não cumprimento do tratado’. Logo, as leis promulgadas posteriormente à incorporação do tratado não podem revogá-lo, o que força admitir que o princípio da convencionalidade situaria, em tais hipóteses, as disposições do tratado em uma posição infraconstitucional mas supralegal. (...) O STF, no entanto,

da legalidade (em sentido estrito); e (iv) da autovinculação (relativo aos próprios atos)²⁸⁵.

O princípio da juridicidade, fundado na dignidade humana e na cidadania, vincula a atividade administrativa ao regime jurídico dos direitos fundamentais, que a partir da Constituição brasileira, apresenta duas características elementares: a aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º) e a proteção contra reformas constitucionais abolitivas (art. 60, §4º, IV)²⁸⁶.

O primeiro protege o povo contra a inércia do Poder Legislativo e torna prontamente exigível, perante a Administração e Juiz, as pretensões jurídicas oriundas dos direitos fundamentais, mesmo em caso de abstenção do legislador na sua concretização. Também protege contra ações arbitrárias do Poder Legislativo, impondo a Administração o dever de respeito imediato aos direitos fundamentais e, conseqüentemente, de recusar aplicar leis que os contrariem, já que incidem diretamente sobre a atividade administrativa, não apenas em função do ato legislativo. Ainda, protege contra abstenções administrativas, viabilizando o acionamento do Poder Judiciário em casos de recusa ou desprezo pela Administração, das exigências a ela endereçadas em função das posições jurídico-subjetivas conferidas pelos direitos fundamentais. A segunda característica, por sua vez, assegura o *status jurídico* dos direitos fundamentais contra tentativas que visem eliminá-los da Constituição em função do eventual exercício do poder reformador.

Outra peculiaridade do direito brasileiro é a existência de uma cláusula de abertura material do catálogo de direitos fundamentais, enunciada pelo art. 5º, §2º da CF. Isso torna admissível a existência de direitos materialmente fundamentais, em virtude da proximidade do seu conteúdo com a essência da Constituição e dos demais direitos formalmente fundamentais. Estes últimos compreendem aqueles que se encontram expressamente reunidos no Título II da Carta Política. A distinção entre a previsão interna ou externa ao catálogo denomina-se, nesse sentido, por meio de espécies do gênero *jusfundamentalidade*, que podem ser formal ou

manifesta interpretação distinta: (a) os tratados internacionais de direitos humanos situam-se: (a.1) em patamar constitucional, se forem aprovados de acordo com o procedimento e quórum descritos no art. 5º, §3º da CF; (a.2) em nível infraconstitucional e supralegal, se tiverem sido incorporados ao Direito interno sem a observância de tais trâmites; (b) os tratados que não versam sobre direitos humanos encontram-se na mesma posição hierárquica que as leis federais (patamar da legalidade), as quais, se aprovadas posteriormente à sua incorporação, revogam as disposições do tratado” HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos dir... Op. Cit.** 2014. p. 340, nota 1280. O autor faz referência a PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 103-138; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 349703**. Relator Min. Carlos Britto. Relator p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 03.12.2008. DJe-104, divulgado em 04.06.2009 e publicado em 05.06.2009; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 80.004**. Min. Xavier de Albuquerque. Tribunal Pleno. Julgado em 01.06.1977. DJ 29.12.1977.

²⁸⁵ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos dir... Op. Cit.** 2014. pp. 339-340.

²⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 74-75; 422.

material conforme se situe dentro ou fora do catálogo respectivamente²⁸⁷.

Quanto à complexidade de sua estrutura normativa, as características que merecem destaque são: (a) sua dupla dimensão, subjetiva e objetiva; (b) sua multifuncionalidade, defesa e prestações; (c) a distinção entre direitos fundamentais e pretensões jusfundamentais; (d) e seu grau de exigibilidade conforme a densificação normativa das respectivas pretensões e a sujeição à reservas específicas²⁸⁸.

Sua bidimensionalidade refere-se à bifurcação da estrutura normativa, que pode ser observada ora pela perspectiva subjetiva, ora pela perspectiva objetiva. Na dimensão subjetiva, que se refere à perspectiva do titular do bem jurídico sob proteção normativa, ela reúne múltiplas posições jurídicas autônomas, de relativa vantagem. Ao passo que na dimensão objetiva, relativa à perspectiva do objeto que tem por fim tutelar, prescreve múltiplos deveres jurídicos ao Estado, obrigando-lhe a praticar atos e abstenções, ora expressa ora implicitamente, para resguardar o direito fundamental, sem que dependa da reivindicação subjetiva (prévia) pelos particulares²⁸⁹. A dimensão objetiva da norma *jusfundamental* obriga o Poder Público a agir em vistas da criação das condições concretas de fruição do bem jurídico pelo povo. Configura um dever de instituir nos planos fático e jurídico as estruturas de organização, os mecanismos procedimentais idôneos para a proteção do cidadão contra investidas estatais e dos particulares, com os “ferramentais aptos a permitir que os seus titulares exijam do Estado a adoção de medidas positivas para a sua integral realização”.²⁹⁰

Em decorrência dos efeitos jurídicos da sua dimensão objetiva, o regime especial dos direitos fundamentais implica consequências jurídicas específicas, dentre elas: (a) vincula a totalidade das normas constitucionais²⁹¹; (b) possibilita a proteção do titular do direito contra si mesmo, que decorre de seu valor comunitário²⁹²; (c) produz uma “eficácia irradiante, que

²⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** Op. Cit., p. 78-140.

²⁸⁸ HACHEM, Daniel Wunder. **São os direitos sociais “direitos públicos subjetivos...** Op. Cit. 2019. p. 423.

²⁸⁹ HACHEM, Daniel Wunder. **São os direitos sociais “direitos públicos subjetivos...** Op. Cit. 2019. p. 425.

²⁹⁰ HACHEM, Daniel Wunder. **A dupla titularidade (individual e transindividual)...** Op. Cit. 2013. p. 627.

²⁹¹ “Em primeiro lugar, da matriz objetiva dos direitos fundamentais provêm aquelas decorrências que são inerentes a todas as normas constitucionais, independentemente de versarem sobre direitos fundamentais, tais como: (i) orientar a integração das lacunas do ordenamento jurídico; (ii) vincular o legislador futuro; (iii) impedir a recepção de legislação infraconstitucional anterior; (iv) constituir parâmetros para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos posteriores à Constituição. Nesse ponto, aplica-se a lógica já sedimentada pela doutrina a propósito da eficácia jurídica de vinculação das normas constitucionais”. HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos dir...** Op. Cit. 2014. p. 169.

²⁹² “Em segundo lugar, do prisma objetivo das normas jusfundamentais emana a possibilidade de o Estado proteger contra o seu próprio titular os interesses e bens jurídicos por elas resguardados. A condição de valor objetivo comunitário, inerente a qualquer direito fundamental, proíbe que o próprio cidadão que o titulariza atente contra ele por ação ou por omissão, autorizando em tais situações a intervenção estatal contra a vontade do particular. Sob esse ponto de vista, os direitos fundamentais transcendem a condição de faculdades jurídico-subjetivas conferidas constitucionalmente a um indivíduo que as exerce contra o Estado, para serem encarados como valores sociais compartilhados por uma comunidade. Estes, para que sejam salvaguardados, limitam a própria autonomia

espraia o conteúdo axiológico de tais direitos por todo o ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional e condiciona a interpretação do sistema normativo à observância dos valores jusfundamentais”; e (d) impõe aos “Poderes Públicos de deveres autônomos de proteção dos direitos fundamentais”²⁹³. As duas últimas são aprofundadas no subitem 3.4.

Tais consequências apontam para a autonomia da dimensão objetiva dos direitos fundamentais em relação a sua perspectiva subjetiva, vez que é possível extrair conteúdos normativos objetivos das normas que veiculam mesmos, independentemente de qualquer relação jurídica entre cidadão e Estado estatuída pela Constituição. Operam, neste sentido, eficácia objetiva dirigente sobre o Estado, já que delas deriva uma ordem aos poderes constituídos, impondo o dever de atuação permanentemente para a concretização e satisfação dos direitos fundamentais, mesmo sem sua solicitação pelos seus titulares²⁹⁴.

Da conjugação das duas dimensões dos direitos fundamentais, emerge sua multifuncionalidade. Com isso, torna-se viável uma compreensão ampla da norma de direito fundamental, das pretensões jurídico-subjetivas e deveres objetivos inferíveis, expressa e implicitamente, dos diversos enunciados normativos pertinentes a um mesmo direito fundamental. Compreende-se, pois, o direito fundamental em sentido amplo (completo²⁹⁵ ou como um todo²⁹⁶ - como se preferir), que apresenta a estrutura de um feixe de posições e normas, vinculadas interpretativamente a uma disposição de direito fundamental²⁹⁷.

Em síntese, pode-se observar que uma mesma norma, que resulta da interpretação sistemática de diversas disposições normativas, manifesta múltiplas funções relativas ao respeito, proteção e promoção de um mesmo bem jurídico considerado como *essencial* pela Constituição²⁹⁸.

Suas múltiplas funções são quatro: (a) função de defesa, contra investidas do Estado; (b) função de prestações em sentido amplo, que em sentido estrito consiste em função de prestação fática (ou material) fornecidas empiricamente; e (c) função de prestação normativas

da vontade do titular do direito e não só autorizam como também reclamam a interferência do Poder Público para assegurar a sua integridade. É o caso, para aludir a exemplos reiteradamente citados, da educação obrigatória para crianças e da imposição do uso de cinto de segurança em automóveis e de capacete em motocicletas. Há que se levar em conta, no entanto, o risco de que essa implicação conduza a um paternalismo excessivo por parte do Estado, que possa descambar em uma restrição desproporcional dos direitos fundamentais ao invés de conferir-lhes uma proteção adequada”. HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos dir... Op. Cit.** 2014. p. 169.

²⁹³ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos dir... Op. Cit.** 2014. p. 169.

²⁹⁴ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos dir... Op. Cit.** 2014. p. 174.

²⁹⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos... Op. Cit.** 2014. p. 249.

²⁹⁶ BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales.** 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, Pp. 81-82.

²⁹⁷ BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y... Op. Cit.** 2007. Pp. 81-82.

²⁹⁸ HACHEM, Daniel Wunder. São os direitos sociais “direitos públicos subjetivos... Op. Cit. 2019. p. 425.

em sentido amplo, que se refere tanto a função de proteção do direito fundamental contra ações de outros particulares; como a (d) função de prestação de órgãos, instituições e procedimentos que viabilizem o desempenho das demais funções de forma universalizada²⁹⁹. É possível visualizar sua multifuncionalidade na ilustração do Anexo L³⁰⁰.

Além do *direito fundamental* em sentido amplo, há também seu sentido estrito, ao qual refere-se como *pretensão jurídica jusfundamental*. O direito fundamental em sentido estrito, ou posições de direito fundamental, consistem em relações jurídicas entre os indivíduos e entre estes e o Estado. Ou seja, consistem numa ampla gama de relações jurídicas existentes no Direito³⁰¹. Seu sentido estrito pode ser compreendido como relações jurídicas que em sua forma mais comum (*direito a algo*) apresentam-se como uma estrutura triádica, composta por: sujeito ativo; sujeito passivo; e objeto. O objeto será sempre uma conduta de ação/omissão prescrita por uma norma, em que o sujeito passivo deve desenvolver em favor do sujeito ativo, onde o sujeito ativo tem direito de execução suscetível de ser exercido sobre o sujeito passivo³⁰². O autor ilustra o direito fundamental em sentido estrito através do quadro que se encontra exposto no Anexo L³⁰³.

A partir desse esquema, pode-se construir diversas posições de direito fundamental (de defesa, de prestação, etc.), pela indicação do sujeito ativo, do sujeito passivo e do objeto pertinente à relação. Com isso, identifica-se a existência de um nexo de implicação necessária entre as posições jusfundamentais e as normas de direito fundamental. Afinal, se “um direito existe, deve valer-se uma norma que garanta sua existência”. Cada vez que uma norma de direito fundamental garante uma determinada posição jusfundamental, conclui-se que esta posição existe e que deve ser juridicamente protegida. O objeto de toda posição jusfundamental é um ato ou abstenção do destinatário, ou seja, uma obrigação, uma proibição ou uma permissão oriunda de uma norma de direito fundamental, senão uma sujeição, correlata a uma competência estatuída por uma norma da mesma qualidade. A análise da norma como um todo, a partir da conjunção de pretensões jurídicas asseguradas pela mesma, refere-se a um direito fundamental em sentido amplo, ao passo que se tomada uma das pretensões isoladamente, trata-se de direito

²⁹⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos...** Op. Cit. 2014. pp. 193-217. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 173-174.

³⁰⁰ Múltiplas funções do direito fundamental em sentido amplo, elaborado pelo autor com base na bibliografia.

³⁰¹ BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y...** Op. Cit. 2007. p. 85.

³⁰² BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y...** Op. Cit. 2007. p. 86.

³⁰³ Posição de direito fundamental, elaborado por Carlos Bernal Pulido in: BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y...** Op. Cit. 2007. P. 87.

fundamental em sentido estrito, uma posição de direito fundamental³⁰⁴.

Pode-se visualizar ambos de maneira conjugada no exemplo do direito à educação exposto no Anexo L. Nestes contornos, podem ser postuladas individualmente algumas pretensões jurídicas jusfundamentais associadas à dimensão subjetiva do direito. Outras, pertinentes à dimensão objetiva, apenas admitem reivindicação através de instrumentos de tutela coletiva, observados os requisitos para tanto. Porém, diante da falta de densidade normativa (concreção), torna-se inviável a identificação precisa dos direitos fundamentais em sentido estrito (posições jurídicas) oriundos de determinada norma. Desse modo, podem haver situações em que a relação jurídica estatuída pela norma de direito fundamental não pode ser precisada.

A precisão dos contornos conferida normativamente pelo sistema jurídico, seja qual for seu nível hierárquico, adiciona o radical subjetivo à dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Assim, os deveres objetivos dirigidos ao Estado passam a ser exigíveis individualmente quanto ao seu cumprimento, no âmbito judicial, desde que a ordem jurídica tenha concretizado seus contornos minimamente. Portanto o grau de sindicabilidade judicial da pretensão jurídica-subjetiva é diretamente proporcional ao grau específico de determinabilidade da conduta estatal prescrita³⁰⁵.

Isso pode ocorrer em nível constitucional, pelas especificações de conteúdo do respectivo direito pela Constituição, tornando-se dispensável sua densificação legislativa para viabilizar sua exigência no âmbito judicial. Pode ainda se dar no nível infraconstitucional, pela determinação concreta dos respectivos atos e abstenções impostos ao Estado, através de leis e atos normativos. Viabiliza-se, assim, a observância de parâmetros objetivos mínimos pelo juiz, que serão utilizados para sustentar seu posicionamento no momento da análise do requerimento judicial e verificar a conformidade jurídica das condutas do Poder Público³⁰⁶.

Importante evidenciar a necessidade de que qualquer direito, independentemente do nível hierárquico ou natureza jurídica do enunciado, tenha contornos satisfatoriamente delimitados, a fim de compreender o bem jurídico que seu titular pode demandar da parte contrária (tanto o Estado como os particulares), enquanto pressuposto para a satisfação integral da referida pretensão. Para isso, é imprescindível a investigação dos enunciados normativos pertinentes para além das normas constitucionais, para abranger as leis e atos administrativos normativos que densifiquem o conteúdo do direito, o qual não pode ser absoluto nem irrestrito.

³⁰⁴ BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y...** Op. Cit. 2007. p. 87.

³⁰⁵ HACHEM, Daniel Wunder. **São os direitos sociais “direitos públicos subjetivos...** Op. Cit. 2019. p. 429.

³⁰⁶ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais...** Op. Cit. 2003. P. 116.

Não pode porque sujeita-se a algumas reservas, conforme a função da pretensão jusfundamental sob análise³⁰⁷.

Esta estrutura normativa complexa autoriza que em determinadas situações sejam estabelecidas restrições ao seu conteúdo.³⁰⁸ Tais restrições, em sentido estrito, podem ser entendidas como delimitações do conteúdo de uma norma de direito fundamental, tanto através de lei formal como de atos administrativos normativos, que resultem em diminuição significativa do âmbito protetivo das esferas jurídicas subjetivas asseguradas pela norma. Já as intervenções restritivas, não meramente delimitadoras, referem-se às atuações estatais que, nos casos concretos, diminuem o nível de eficácia do direito fundamental especificamente situado, a fim de tutelar outro direito que se encontre no mesmo nível de proteção no ordenamento jurídico. As restrições a direitos fundamentais só são admissíveis se configuradas: (a) reserva imanente de ponderação; (b) reserva do politicamente adequado ou oportuno; (c) reserva do financeiramente possível³⁰⁹. Porém tais reservas não devem ser aplicadas indistintamente, já que cada uma das funções do direito fundamental articula de maneira específica a incidência de tais reservas. Dentre as funções desempenhadas pelos direitos fundamentais, podem emergir para o Estado correspondentes deveres de concretização, são eles: o dever de respeito (referente à função de defesa); o dever de proteção (referente à função prestacional de proteção); e o dever de promoção (concernente à função prestacional em seu sentido estrito)³¹⁰.

Quanto à (a) reserva imanente de ponderação, encontra-se intimamente ligada ao caráter principiológico assumido, em geral, pelas normas definidoras de direitos fundamentais. Já que diversos bens jusfundamentais são objeto de proteção de normas-princípio, sua aplicação ao caso concreto assujeita-se a um sopesamento: a concorrência de direitos fundamentais, conforme a situação fático-jurídica considerada, viabiliza a restrição (condicionada) de exigibilidade de um em detrimento de outro. Desta forma, os direitos fundamentais encontram-se sujeitos à reserva de *ponderação*, como meio apto para justificar restrições seja qual das funções desempenhadas - defensiva (respeito) ou prestacional (proteção e promoção). A reserva deve, ainda, incidir tanto na atividade normativa de delimitação do conteúdo material do direito, quanto em situações que envolvam conflitos de direitos fundamentais com outras normas de qualidade distinta, pertencentes ao mesmo ordenamento jurídico³¹¹.

³⁰⁷ HACHEM, Daniel Wunder. **São os direitos sociais “direitos públicos subjetivos...** Op. Cit. 2019. p. 430.

³⁰⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais...** Op. Cit. 2003. P. p. 227.

³⁰⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais:** teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. P. 273.

³¹⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais:** teoria jurídica... Op. Cit. 2010. P. 42.

³¹¹ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais:** teoria jurídica... Op. Cit. 2010. P. 275.

Para o exercício da atividade estatal normativa, devem ocorrer processos de ponderação quando da atividade legislativa, assim como na atividade administrativa, pelo sopesamento dos bens jusfundamentais entre si e com o restante dos deveres do Estado, a fim de definir as respectivas estratégias normativas e materiais para concretização dos comandos constitucionalmente estatuídos. Dessa maneira, promove-se o equacionamento entre as diversas finalidades que vinculam o legislador e o administrador com real capacidade de atuação estatal. A ponderação permite evidenciar qual princípio deve prevalecer na hipótese configurada pelo caso concreto “ante a situação fática e jurídica do contexto, com a consequente restrição do direito com menor dimensão de peso”. Mas quando há incidência do dever de o Estado atuar positivamente para concretizar determinado direito fundamental (proteção ou promoção), verifica-se uma articulação mais intensa das reservas que lhes assujeitam. Tratando-se da função de prestação (normativa ou fática), agregam-se à reserva imanente de ponderação as reservas do politicamente adequado ou oportuno e do financeiramente possível³¹².

Em relação à (b) reserva do politicamente adequado ou oportuno, compreende-se enquanto possibilidades de restrição de um direito fundamental quanto à definição dos meios necessários à sua proteção ou promoção. Constatados diversos mecanismos e estratégias para proteção ou promoção do direito, cabe aos órgãos competentes a decisão sobre quais devem ser os empreendidos. Portanto a escolha, dentre os meios aptos para concretizar um direito mantem-se sob tal reserva, em função da qual exigem uma apreciação política acerca dos que efetivamente serão adotados pelo Poder Público. As prestações exigíveis, nesse contexto, serão aquelas reconhecidas pelo Poder Público como constitutivas do conteúdo do direito³¹³. Limita tanto a atividade administrativa normativa quanto a legislativa³¹⁴.

Sobre a (c) reserva do financeiramente possível, pode-se compreendê-la como justificativa para restringir um direito fundamental em situações que sua efetivação demandar atividade dispendiosa pelo Poder Público, por meio de prestações fáticas. Considerando-se que o dinheiro público é finito, deverão ser realizadas escolhas alocativas que viabilizem a distribuição de recursos entre as diversas finalidades previstas pela Constituição ou pela lei. Significa que não são todas as prestações pleiteadas pelo indivíduo que devem ser entregues pelo Estado, uma vez que não podem ser exigidas pelos titulares do direito. Importante destacar

³¹² HACHEM, Daniel Wunder. **São os direitos sociais “direitos públicos subjetivos...** Op. Cit. 2019. p. 432.

³¹³ HACHEM, Daniel Wunder. **São os direitos sociais “direitos públicos subjetivos...** Op. Cit. 2019. pp. 432-433.

³¹⁴ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Teoria do ato administrativo nos trinta anos da Constituição de 1988: o que mudou?** Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 6, n. 2, p. 449-477, maio/ago. 2019. DOI: 10.5380/rinc.v6i2.61986. p. 475.

que a demanda por recursos financeiros não decorre do direito em si, mas da sua função prestacional. Tanto os direitos ditos “de liberdade” como os chamados “sociais” podem reclamar ações financeiramente onerosas que, diante de eventual escassez de recursos, pode assumir relevância normativa para fins de delimitação do conteúdo do direito³¹⁵. Impõe-se reconhecer direitos fundamentais como categoria jurídica autônoma, “que ora assume uma dimensão subjetiva individual, ora se revela em uma perspectiva objetiva transindividual”³¹⁶, evidenciando sua titularidade pelos cidadãos.

3.3 PROJEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA

Os atos e abstenções que são regidos pelo Direito Administrativo são os atos administrativos³¹⁷. Refere-se, pois, a uma declaração do Estado, no exercício de prerrogativas públicas, que se manifesta por meio de uma decisão jurídica complementar a Lei³¹⁸, a título de lhe dar cumprimento, submetido ao controle jurisdicional quanto a sua legitimidade³¹⁹. Não se confunde, portanto, com o fato administrativo, que refere-se à “operação material do agente público fundada em ato administrativo anterior, que credencia o agente”³²⁰. A diferença é que fatos administrativos apenas produzem efeitos jurídicos, enquanto os atos administrativos além de efeitos também possuem finalidade, sem a qual não poderiam ser caracterizados como presumidamente legítimos e potencialmente discricionários. Ou seja, todo fato administrativo é um evento, acontecimento, e todo ato administrativo é uma decisão jurídica, uma declaração de vontade da Administração³²¹.

Algumas peculiaridades que envolvem o ato administrativo precisam ser esclarecidas

³¹⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**: teoria jurídica... Op. Cit. 2010. p. 278.

³¹⁶ HACHEM, Daniel Wunder. **São os direitos sociais “direitos públicos subjetivos...** Op. Cit. 2019. P. 433.

³¹⁷ Para considerações mais aprofundadas a respeito dos atos administrativos na perspectiva do novo Direito administrativo ver: MARTINS, Ricardo Marcondes. **As alterações da LINDB e a ponderação dos atos administrativos**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 20, n. 79, p. 259-284, jan./mar. 2020. DOI: 10.21056/aec.v20i79.1139.

³¹⁸ BLANCHET, Luiz Alberto. Energia, desenvolvimento e sustentabilidade. In: ROCHA, Fabio Amorin da (Coord.). **Direito da energia elétrica**. Rio de Janeiro: Synergia Editora 2012: “As condutas reprováveis que comprometem, quando não eliminam totalmente, o desenvolvimento e a sustentabilidade, não se limitam àquelas caracterizadas pela inobservância apenas da Lei. Muito mais que isso, são comportamentos reprovados pelo Direito, pelas normas que o integram (regras e princípios, aí incluídos os implícitos). A Lei é de fundamental e insubstituível importância, mas sozinha não é o Direito, é a sua fonte. A lei, porém, não só mais uma fonte, ela vincula as demais, ela é a fonte primária do Direito. Assim, a jurisprudência, a chamada Doutrina (Ciência Jurídica) e os costumes podem ser admitidos como fontes do Direito somente enquanto não conflitam com a Lei, somente enquanto legais portanto. Lei, como fonte do Direito, é a Lei lato sensu, compreendendo todo o sistema: Constituição, leis Complementares e Ordinárias, Medidas Provisórias, Regulamentos e todos os demais diplomas veiculadores de normas.”. p. 461-462.

³¹⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito admin...** Op. Cit. 2015. p. 393.

³²⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 37.

³²¹ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 60.

para que se compreenda de maneira mais eficaz as consequências do regime jurídico dos direitos fundamentais nele incidente. Dentre elas: requisitos; motivação; atributos; classificação; anulação e revogação.

Seus requisitos são: os *elementos* e os *pressupostos*³²². Os “elementos são o conteúdo (ou objeto) e a forma do ato”. Já os “pressupostos são subjetivos (sujeito), objetivos (motivo e requisitos procedimentais), teleológico (finalidade), lógico (causa) e formalístico (formalidades)”³²³. De maneira simplificada, a abordagem do ato administrativo pode ser feita por meio das seguintes perguntas: quem (sujeito); o que (conteúdo); a respeito de que (objeto); como (forma); por meio de que (formalidade); por que (motivo); para que (finalidade); porque (causa).

Quando não for estabelecido pela norma o motivo, caberá ao agente elegê-lo. A investigação do *porque*, neste caso, se procede por meio do exame da *causa*, que se traduz na relação de pertinência lógica entre pressuposto fático eleito (motivo de fato) e o ato que foi efetivamente praticado tendo em vista a finalidade. Ainda, não se pode confundir forma e formalidade, já que a forma (escrita, por exemplo) integra o ato, enquanto a formalidade (publicação) encontra-se fora dele.

Para compreender o que se refere por motivação do ato, precisam ser distinguidas três expressões: motivo do ato, motivo legal e móvel. O primeiro refere-se ao motivo em função do qual o ato é praticado (situação fática). O segundo, à previsão teórica que consta em Lei. Ao passo que o último se refere à vontade do agente, sua razão ou intenção. Dito isso, pode-se compreender a motivação como a exposição do motivo de fato que levou a sua prática pelo agente público. Sua congruência com o motivo legal é o que indicará a legalidade da atividade administrativa. Considera-se, ainda, que é determinante o motivo que levou a prática do ato. Assim que os fatos aduzidos como motivos vinculam sua execução, de modo que se o motivo de fato for inexistente ou mal exposto, pode implicar sua invalidade. E mesmo que a Lei não tenha exigido motivação, se o agente alegar determinado motivo a ele restará vinculado. Mas ainda que não tenha indicado o motivo do ato, a atividade administrativa restará a ele vinculada quando for possível sua identificação a partir de outros aspectos do ato³²⁴.

Seus atributos são: presunção de legitimidade; imperatividade; e autoexecutoriedade.

³²² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 385.

³²³ BLANCHET, Luiz Alberto. **Direito Administrativo...** Op. Cit. 2012. pp. 93 e 94.

³²⁴ Exemplificando: “Assim sucede, por exemplo, em licitações e contratos, situações em que o objeto denuncia o motivo, uma vez que o motivo de toda licitação ou contrato é sempre uma situação cujo atendimento é do interesse público, e a execução do objeto de uma licitação ou de um contrato é o atendimento do motivo BLANCHET, Luiz Alberto. **Direito Administrativo...** Op. Cit. 2012. pp. 94 e 95.

Presumem-se legítimos os atos administrativos até que se tenha provado o contrário. Como consequência desta presunção, tem-se a “imediate execução ou operatividade dos atos administrativos, mesmo que arguidos de vícios ou defeitos que os levem à invalidez”³²⁵, mas apenas enquanto não for declarada sua invalidez, além de que se passa automaticamente o ônus da *prova de ilegitimidade* para quem a alegar³²⁶. A imperatividade, por sua vez, apenas existe em atos que a exigem, refere-se à sua força coercitiva. Já a autoexecutoriedade se refere à “possibilidade que certos atos administrativos ensejam de imediata e direta execução pela própria Administração, independente de ordem judicial”³²⁷. É pertinente lembrar que o contraditório e a ampla defesa, enquanto direitos fundamentais, apenas são assegurados como exercício prévio ou concomitante com a prática de atos que integram processos administrativos, não genericamente de todo procedimento administrativo, quer dizer, apenas quando existir conflito de interesses, não em qualquer situação indistintamente³²⁸.

A classificação dos atos administrativos é de suma importância para a abordagem do tema, que pode ser feita: quanto à abrangência de seus efeitos³²⁹; conforme o conteúdo da atividade³³⁰; conforme maior ou menor liberdade de opções; de acordo com o número de vontades para ser executado³³¹; conforme declare, modifique ou extinga uma situação jurídica³³²; quanto à validade, nulidade e inexistência³³³; quanto à fase em que se encontre³³⁴; conforme a possibilidade e extinção ou paralisação de seus efeitos³³⁵; conforme sua posição e função relativamente aos demais atos³³⁶; e em função de sua natureza disciplinadora, negocial,

³²⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 150.

³²⁶ BLANCHET, Luiz Alberto. **Direito Administrativo...** Op. Cit. 2012. p. 95.

³²⁷ BLANCHET, Luiz Alberto. **Direito Administrativo...** Op. Cit. 2012. p. 95.

³²⁸ “Não basta, pois, que haja probabilidade de surgir conflito para que se deva reservar, *para exercício prévio*, ampla defesa e contraditório. Uma licitação, por exemplo, não é um *processo* administrativo (não é instaurado para dirimir conflitos de interesses), é um *procedimento* (sequência de atos visando determinada finalidade comum); cada ato do procedimento licitatório é executado pela Administração e, somente em caso de dúvida quanto a legalidade de seus efeitos é que se confere ao titular do interesse supostamente atingido ou ameaçado o direito ao contraditório e à ampla defesa.” BLANCHET, Luiz Alberto. **Direito Administrativo...** Op. Cit. 2012. pp. 95 e 96.

³²⁹ Pode ser geral ou individual. BLANCHET, Luiz Alberto. **Direito Administrativo...** Op. Cit. 2012. pp. 96 e 97.

³³⁰ Pode ser de império, de gestão ou de expediente. BLANCHET, Luiz Alberto. **Direito Administrativo...** Op. Cit. 2012. pp. 96 e 97.

³³¹ Pode ser simples, complexo ou composto. BLANCHET, Luiz Alberto. **Direito Administrativo...** Op. Cit. 2012. pp. 96 e 97.

³³² Pode ser constitutivo, modificativos, declaratórios, extintivos, alienativos ou abdicativos. BLANCHET, Luiz Alberto. **Direito Administrativo...** Op. Cit. 2012. pp. 96 e 97.

³³³ Pode ser válido, nulo e inexistente. BLANCHET, Luiz Alberto. **Direito Administrativo...** Op. Cit. 2012. pp. 96 e 97.

³³⁴ Pode ser perfeito, imperfeitos, pendentes ou consumados. BLANCHET, Luiz Alberto. **Direito Administrativo...** Op. Cit. 2012. pp. 96 e 97.

³³⁵ Pode ser irrevogável, revogável e suspensível. BLANCHET, Luiz Alberto. **Direito Administrativo...** Op. Cit. 2012. pp. 96 e 97.

³³⁶ Pode ser principal, complementar, intermediário, ato-condição e jurisdicional (ato jurisdicional propriamente dito somente pode ser praticado pelo Poder Judiciário, razão pela qual o ato administrativo jamais transita em

enunciativa ou punitiva³³⁷.

Por fim, a anulação funda-se sempre na ilegalidade do ato administrativo e seus efeitos operam *ex tunc* (retroagem à origem). Pode ser administrativa ou judicial (mediante sentença judicial), dependendo de quem o fizer³³⁸. Já a revogação não se funda na ilegalidade do ato, mas revoga-se o ato válido por conveniência ou oportunidade administrativas (com base no poder discricionário). Seus efeitos, por sua vez, operam *ex nunc* (desde a data da revogação). Quanto aos meios, não se admite revogação por meio de decisão judicial, pois compete ao Juiz apenas avaliar a conveniência e oportunidade administrativas. Caso fosse feita pelo poder judiciário, haveria uma invasão do âmbito reservado à atividade administrativa do Estado, razão pela qual a revogação só pode ser administrativa³³⁹.

De especial relevância é a classificação conforme a maior ou menor liberdade de opções para o agente público. Com base nesta classificação, costumam ser chamados de discricionários ou vinculados. Porém, tanto os primeiros como os últimos, a rigor não existem, nenhum ato é completamente discricionário ou vinculado. Assim considerados, referem-se mais propriamente aos *poderes* da Administração. Neste sentido, considera-se que o regime jurídico dos direitos fundamentais restringe a margem de escolha da Administração Pública e impõe limites específicos para a prática de atos e abstenções. Mas para compreender tais limites, faz-se necessário o esclarecimento prévio de dois questionamentos: a qual dimensão do direito fundamental se está aludindo (subjéctiva ou objectiva) e a qual aspecto da competência está se referindo³⁴⁰.

Quando se refere às competências públicas que tenham por finalidade atender a dimensão subjéctiva de tais direitos, evidencia-se o elemento da “provocação subjéctiva”, pertinente às situações em que um cidadão ou um grupo específico exige determinado comportamento da Administração, seja ele um ato ou uma abstenção, a fim de respeitar, proteger ou promover uma pretensão jurídica com status de direito fundamental. Refere-se às hipóteses em que a relação jurídico-administrativa se encontra satisfatoriamente delineada, configurando uma relação jurídica própria de direitos fundamentais em sentido estrito: um sujeito ativo (titular do direito), um sujeito passivo (Estado ou outros cidadãos) e uma pretensão

julgado). BLANCHET, Luiz Alberto. **Direito Administrativo...** Op. Cit. 2012. pp. 96 e 97.

³³⁷ Pode ser normativo, ordinatório, negocial, enunciativo, ou punitivo. BLANCHET, Luiz Alberto. **Direito Administrativo...** Op. Cit. 2012. pp. 96 e 97.

³³⁸ BLANCHET, Luiz Alberto. **Direito Administrativo...** Op. Cit. 2012. p. 97.

³³⁹ BLANCHET, Luiz Alberto. **Direito Administrativo...** Op. Cit. 2012. p. 98.

³⁴⁰ HACHEM, Daniel Wunder. **A discricionariédade administrativa entre as dimensões objectiva e subjéctiva dos direitos fundamentais sociais.** Direitos Fundamentais & Justiça, Belo Horizonte, ano 10, n. 35, p. 313-343, jul./dez. 2016. P.322.

jurídica do sujeito ativo em face do sujeito passivo (ato ou abstenção)³⁴¹. Tem-se, aí, uma competência administrativa para atender a pretensão do respectivo titular do direito fundamental que ora será integralmente vinculada, ora conterà elementos discricionários.

Quando integralmente vinculada, inexistente margem para a apreciação pela Administração, quanto ao dever de respeitar ou não a dimensão subjetiva de um direito fundamental, quer dizer, não lhe cabe verificar se há conveniência ou oportunidade para deferir o pleito que lhe foi submetido.

Se o atendimento da dimensão subjetiva do direito fundamental requer o exercício de competência administrativa com elementos discricionários, o ordenamento jurídico assegura à Administração Pública certo espaço de decisão, dentro dos limites fixados pelo direito positivo, para aferir se é conveniente e oportuno atender integralmente à pretensão do titular do direito³⁴². Isso ocorre quando o texto constitucional ou a lei, por si só, não fixam os critérios e requisitos necessários para identificar a existência ou não da pretensão jusfundamental requisitada.³⁴³ Aí haverá certa margem de discricionariedade da Administração para definir todos esses pontos, em consonância com as outras necessidades, igualmente urgentes, do povo brasileiro. O que não significa que o Poder Público deverá efetivar a dimensão subjetiva do direito *quando, como, se ou em favor de quem quiser*.

Diante do regime jurídico que se encontram submetidos os elementos discricionários do ato administrativo, a discricionariedade pode chegar até mesmo a ser reduzida a zero tornando-se vinculada. É o que se dá em casos que dizem respeito ao mínimo existencial³⁴⁴. Em tais circunstâncias, o titular do direito fundamental provoca a Administração Pública para exigir o seu respeito, a sua proteção ou a sua promoção. Mas no que exceder o conteúdo deste mínimo, as competências administrativas destinadas a satisfazer a perspectiva subjetiva do direito fundamental podem, ainda assim, contar com algumas porções de discricionariedade.

E o regime jurídico dos direitos fundamentais não provoca efeitos apenas no que se refere às situações pertinentes à dimensão subjetiva³⁴⁵. Para a Administração não desviar das balizas jurídico-constitucionais, seus efeitos jurídicos implicam no dever de implementar a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, atuando de ofício para a sua promoção

³⁴¹ HACHEM, Daniel Wunder. **A discricionariedade administrativa entre...** Op. Cit. 2016. p. 316.

³⁴² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. BLANCHET, Luiz Alberto (Org), et al. **Serviços Públicos: estudos dirigidos**. 2.ed., Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. p. 28.

³⁴³ HACHEM, Daniel Wunder. **A discricionariedade administrativa entre...** Op. Cit. 2016. p. 317.

³⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais**. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 115-141,

³⁴⁵ HACHEM, Daniel Wunder. **A discricionariedade administrativa entre...** Op. Cit. 2016. p. 318.

otimizada³⁴⁶.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais, diferente da subjetiva, não se caracteriza por um pedido ou uma exigência direta pelo titular do direito em face do Estado, mas refere-se especificamente aos deveres impostos à Administração, independentemente da provocação subjetiva de realizar atos e abstenções. Em função da dimensão objetiva, a Administração assume deveres autônomos de criar as condições necessárias para que os direitos fundamentais possam ser fruídos de maneira integral e universalizada, removendo os obstáculos que impeçam o seu exercício real e efetivo (deveres autônomos de proteção). Além disso, também devem interpretar todo o ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional à luz do conteúdo valorativo inerente a esses direitos (eficácia irradiante), sem deixar de proteger os titulares dos direitos fundamentais contra si mesmos (valor comunitário)³⁴⁷.

Tais deveres autônomos de proteção consistem em uma das características mais relevantes da dimensão objetiva, pois obriga a administração a agir preventivamente para impedir que sujeitos privados agridam tais direitos, bem como para que sua fruição pelos seus titulares seja real e efetiva (não apenas abstrata ou linguística). Os enunciados normativos que veiculam direitos fundamentais, nesse sentido, implicam em imposições autônomas à Administração Pública, no sentido que: (a) devem ser instituídas disposições normativas que disciplinem, através da fixação de critérios, a forma como deverão ser exercidos tais direitos; (b) devem ser instituídas as organizações que viabilizarão seu exercício efetivo; (c) devem ser prestadas as previsões, em atos administrativos normativos, que regulem os meios de proteção dos bens jurídicos jusfundamentais em face das ofensas advindas de outros particulares; (d) devem ser instituídos os instrumentos e regras procedimentais que facilitem a sua exigibilidade diante do Estado; e, ainda, (e) deve realizar ações e serviços de prestação de utilidades ou comodidades materiais que sejam necessários à satisfação de direitos fundamentais³⁴⁸.

Quanto a tais obrigações da Administração Pública, ainda que a competência específica para atender tais exigências possa assumir uma integral vinculação quanto a dimensão subjetiva correspondente, o exercício da competência destinada a realização das obrigações que defluem de sua dimensão objetiva apresenta significativas porções de discricionariedade (em potencial). Isso porque a própria Administração Pública deverá escolher os melhores meios e as formas mais idôneas para sua realização. Que não significa poder optar *se vai ou não* realizar tais obrigações, nem *quando* irá realizá-las, pois estes elementos *serão sempre vinculados*. Trata-

³⁴⁶ HACHEM, Daniel Wunder. **A discricionariedade administrativa entre...** Op. Cit. 2016. p. 319.

³⁴⁷ HACHEM, Daniel Wunder. **A discricionariedade administrativa entre...** Op. Cit. 2016. p. 319.

³⁴⁸ HACHEM, Daniel Wunder. **A discricionariedade administrativa entre...** Op. Cit. 2016. pp. 319-320

se de um dever permanente de realização das finalidades contidas no comando normativo das normas de direitos fundamentais. Não lhe compete escolher entre promovê-las ou não, ainda que desfrute de um certo espaço discricionário para selecionar quais são as maneiras mais oportunas e convenientes de realizar tal obrigação. A legislação, por sua vez, deve fornecer parâmetros, a partir dos quais o ente administrativo deverá verificar, discricionariamente, quais ações são as mais convenientes e oportunas para o Estado brasileiro. Quanto maior for o grau de concretização jurídica conferida pela legislação, menor será a discricionariedade (em potencial) para escolher quais ações serão priorizadas, os meios que serão empregados para implementá-las e as formas jurídicas que serão utilizadas para tanto. Porém, quanto a agir ou não agir e quanto ao momento de adotar medidas coletivas para proporcionar a realização dos direitos fundamentais não haverá discricionariedade alguma, já que seu dever de atuação estará sempre presente e deverá ser cumprido permanentemente (a todo momento)³⁴⁹.

De maneira geral, as competências outorgadas à Administração Pública permitem exclusivamente optar pelo momento de agir e pelos meios a serem utilizados para o alcance da finalidade inerente aos direitos fundamentais³⁵⁰. Ainda assim, é imprescindível que em cada situação concreta seja verificado se o motivo de fato aponta para um espaço de deliberação, outorgado pelo Direito, em que a Administração tenha a *possibilidade* de escolher *como*, *quando*, *com quais meios* e, inclusive, *se deveria ou não* realizar determinados atos e abstenções. Do contrário, a noção de discricionariedade perde a sua razão de ser. Acaba sendo utilizada apenas para encobrir a antijuridicidade de suas posturas omissivas e destrutivas aos direitos fundamentais. A mera alusão à discricionariedade pode acabar servindo apenas para justificar a passividade da Administração em situações fora do âmbito de legitimidade delimitado pela Constituição e pela lei, isto é, em situações nas quais a conduta estatal já ultrapassou as fronteiras da discricionariedade e deu ensejo à arbitrariedade.³⁵¹

Ainda que possa escolher os meios mais adequados para sua atuação, está fora de sua margem de legitimidade a decisão sobre atuar ou não atuar. A omissão, neste sentido, torna-se contrária ao ordenamento jurídico e situa-se no solo da arbitrariedade, não mais no da discricionariedade³⁵². Isso desvirtua o significado da discricionariedade administrativa, que é o de tornar viável ao administrador a identificação, no caso concreto, das melhores opções para atender da maneira mais eficaz os objetivos subjacentes às disposições normativas

³⁴⁹HACHEM, Daniel Wunder. **A discricionariedade administrativa entre...** Op. Cit. 2016. p. 321.

³⁵⁰HACHEM, Daniel Wunder. **A discricionariedade administrativa entre...** Op. Cit. 2016. p. 322.

³⁵¹FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. **De la arbitrariedad de la Administración**. 5. ed. Navarra: Thomson-Civitas, 2008, p. 81.

³⁵²HACHEM, Daniel Wunder. **A discricionariedade administrativa entre...** Op. Cit. 2016. p. 327.

constitucionais e infraconstitucionais, dentro de um espaço delimitado pelo próprio ordenamento jurídico³⁵³.

A Administração, por meio da discricionariedade, pode empreender as melhores opções para atingir aos fins estampados na ordem jurídica³⁵⁴, mas não pode servir-se deste instituto como fundamento para legitimar que o Poder Público permaneça inativo, deixando de empregar as medidas necessárias para dar concretude aos direitos fundamentais³⁵⁵.

Como já mencionado, a discricionariedade administrativa pode até mesmo descaracterizar-se (em tese), tornando a competência vinculada. Isso decorre da eficácia dos direitos fundamentais enquanto conjunto de valores essenciais da sociedade, com status de verdadeiras “bases da ordem jurídica da coletividade”³⁵⁶ e como “pressupostos do consenso sobre o qual se deve edificar qualquer sociedade democrática”³⁵⁷, que fornecem “conteúdo legitimador das formas constitucionais do Estado de Direito” (abstrato). Eles identificam o conteúdo axiológico que deve obrigatoriamente marcar um Estado Material de Direito (concreto), uma vez que a mera existência de formas e procedimentos específicos relativos à organização do poder e às competências de órgãos estatais não garantem (em si) legitimidade estatal. Por isso é imprescindível que sejam fixados objetivos, parâmetros e limites da atividade do Estado, a partir dessa vinculação de cunho substancial³⁵⁸.

Dessa forma, se tomados em sua perspectiva objetiva, os direitos fundamentais revelam-se como verdadeiros deveres de proteção dos valores determinados pela ordem jurídica, tornando-se parâmetros indisponíveis para a interpretação e orientação da compreensão dos enunciados normativos, sejam eles situados em nível constitucional ou não. Justamente por consubstanciarem valores essenciais, que obrigam o Poder Público a adotar sua axiologia como diretiva de aplicação da totalidade das normas do sistema jurídico, legitimam juridicamente os atos estatais praticados em conformidade com seu conteúdo valorativo e tornam inválidos os que lhe forem contrários³⁵⁹.

Ao irradiarem seu conteúdo jurídico-valorativo por todo o sistema, deixam de constituir apenas limites para a atuação do Estado e passam a configurar a verdadeiro norte da atuação

³⁵³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. 8. tir. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 33.

³⁵⁴ PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa**: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 201.

³⁵⁵ HACHEM, Daniel Wunder. **A discricionariedade administrativa entre...** Op. Cit. 2016. p. 328.

³⁵⁶ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998, p. 239.

³⁵⁷ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2007, p. 21.

³⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 59 e 61.

³⁵⁹ HACHEM, Daniel Wunder. **A discricionariedade administrativa entre...** Op. Cit. 2016. p. 329.

para todos os âmbitos do Poder Público, não apenas poder executivo, mas também ao legislativo e ao judiciário (art. 2º da Constituição). Passam a configurar o dever indisponível dos poderes constituídos interpretarem todas as normas jurídicas conforme os valores substanciais oriundos dos direitos fundamentais. Trata-se da principal consequência jurídica da eficácia irradiante dessa categoria de direitos, que impele os operadores do direito a interpretarem todo o ordenamento jurídico “com novas lentes, que terão as cores da dignidade humana, da igualdade substantiva e da justiça social, impressas no tecido constitucional”³⁶⁰.

A manifestação dessa eficácia em relação a Constituição, conforme seu alcance, pode ser observada de duas formas distintas: uma interna e outra externa. A primeira, orienta a compreensão dos enunciados constitucionais e delimitam, no campo hermenêutico, os contornos jurídicos dos direitos fundamentais, que auxilia a demarcação de sua dimensão subjetiva. Quanto a projeção externa, implica uma extensão da incidência do conteúdo axiológico de tais direitos para todas as normas jurídicas infraconstitucionais, pelo que se torna vinculada a interpretação de todas as disposições normativas, seja ela feita pelo Poder Legislativo, pela Administração Pública ou pelo Judiciário³⁶¹.

A projeção interna e externa desta eficácia não podem ser compreendidas, nestes termos, como meros limites negativos à atividade estatal. Implicam, para além de abstenções pontuais, um dever de atuação proativa que obriga o Estado a levar os direitos fundamentais a sério, dever de assumi-los como verdadeiros vetores e linhas diretivas de todos os seus atos, tanto como um norte quanto como uma condição para o exercício do Poder Público³⁶². Ou seja, passam a orientar de modo determinante os comportamentos do Estado, indicando os caminhos que devem ser seguidos a fim de que as decisões axiológicas estabelecidas pelo constituinte sejam cumpridas de maneira adequada³⁶³.

Sendo assim, há uma consequência direta na atividade hermenêutica do Estado, já que a axiologia substancial que deflui destes direitos passa a afetar a compreensão do significado de todas as normas jurídicas, sejam elas constitucionais, convencionais, legais ou administrativas. Quer dizer, implica no dever estatal de interpretar o conjunto de normas que integram o respectivo sistema jurídico com base no conteúdo material dos direitos

³⁶⁰ SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 279.

³⁶¹ GAVARA DE CARA, Juan Carlos. **La dimensión objetiva de los derechos sociales**. Barcelona: Bosch Editor, 2010, p. 21 e 72.

³⁶² RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Derecho Administrativo y Constitución**. Granada: CEMCI, 2000. p. 104.

³⁶³ HACHEM, Daniel Wunder. **A discricionariedade administrativa entre...** Op. Cit. 2016. p. 330.

fundamentais³⁶⁴. Esse dever, por sua vez, desdobra-se em duas consequências específicas: obriga a Administração Pública a interpretar os vocábulos jurídicos indeterminados, no sentido de conferir máxima efetividade aos direitos fundamentais, e diminuir as margens da discricionariedade das competências administrativas, pelo que tem-se delimitado o âmbito de escolhas legítimas da Administração àquelas que viabilizem a implementação otimizada desses direitos.

Quanto à primeira implicação, tem-se que o Poder Público, ao se deparar com expressões fluidas, veiculadas por enunciados normativos (como é o caso da eficiência³⁶⁵), possui o dever de compreendê-las conforme os valores oriundos dos direitos fundamentais. O conteúdo jurídico das respectivas expressões deve ser preenchido, pois, de acordo com o sistema axiológico oriundo de seu regime jurídico especial. O significado das formulações legiferantes imprecisas passam a ser necessariamente compreendidos a partir da interpretação sistemática pautada nos valores inerentes aos bens jurídicos jusfundamentais³⁶⁶. A atribuição de um significado destinado à classificação de um comportamento administrativo como juridicamente idôneo (ou seu contrário), nesse sentido, deve tomar por base os direitos fundamentais. Se constatadas afrontas a tais direitos, portanto, resta configurada uma atuação inidônea da Administração Pública³⁶⁷.

Outra implicação decorre do fato de que direitos fundamentais “operam no Estado Constitucional de Direito como condicionantes e guias do exercício da discricionariedade administrativa, impondo obrigações de fazer às autoridades administrativas”³⁶⁸. Como já foi mencionado, tais direitos exibem uma dimensão objetiva que obriga o Poder Público a agir em função da sua efetivação independentemente de provocação subjetiva, e também de interpretar o ordenamento jurídico conforme seu conteúdo axiológico. Isso implica no reconhecimento de que tais direitos tornam juridicamente ilegítimas aquelas escolhas administrativas que, mesmo admissíveis à luz da legalidade estrita, não sejam as mais idôneas a sua realização³⁶⁹.

Se para o exercício da competência discricionária a Administração se deparar com

³⁶⁴ HACHEM, Daniel Wunder. **A discricionariedade administrativa entre...** Op. Cit. 2016. p. 330.

³⁶⁵ WUNDER HACHEM, Daniel; GABARDO, Emerson. **El principio constitucional de eficiencia administrativa: contenido normativo y consecuencias jurídicas de su violación.** Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional, [S.l.], p. 131-167, aug. 2018. ISSN 2448-4881. Disponível em: <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/12652>>. Acesso em: 30 July 2021. doi:<http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2018.39.12652>.

³⁶⁶ PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa...** Op. cit., p. 67-116.

³⁶⁷ HACHEM, Daniel Wunder. **A discricionariedade administrativa entre...** Op. Cit. 2016. p. 332.

³⁶⁸ REYNA, Justo José. **El procedimiento administrativo multidimensional como técnica regulatoria en materia ambiental, de patrimonio cultural y de pueblos originarios.** A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, n. 50, Belo Horizonte, Fórum, p. 131-169, out./dez. 2012, p. 138.

³⁶⁹ HACHEM, Daniel Wunder. **A discricionariedade administrativa entre...** Op. Cit. 2016. p. 333.

várias opções aparentemente autorizadas pela lei, mas entre elas sejam constatadas opções menos apropriadas a satisfazerem de maneira otimizada o conteúdo dos respectivos direitos, tornam-se estas últimas inidôneas e passam a situarem-se fora da esfera de discricionariedade, ainda que não sejam expressamente vedadas pela lei (formal). É insuficiente para caracterizar sua constitucionalidade a mera constatação das medidas permitidas por lei, uma vez configurada a obrigação da Administração verificar qual a solução mais apta a maximizar a tutela dos direitos fundamentais³⁷⁰.

Isso porque, diante de um caso concreto, as fronteiras da discricionariedade administrativa podem até mesmo chegar a um “grau zero”, dado que “a discricionariedade administrativa é maior na norma de Direito do que perante a situação concreta”, e o confronto entre a finalidade do enunciado normativo e as respectivas circunstâncias fáticas “pode levar, inclusive, à total disparição de discricionariedade, que, embora existente ao nível da norma, deixa de sustentar-se ante as peculiaridades de alguma situação em concreto”³⁷¹. Afinal, reconhecer elementos de discricionariedade na estática da norma jurídica “não significa que diante do caso concreto necessariamente haverá uma pluralidade de decisões legítimas franqueadas à Administração Pública”³⁷².

Assim, mesmo que uma disposição normativa configure certa margem de apreciação para que a Administração se possa identificar diante das peculiaridades do caso concreto a medida que atenda mais perfeitamente à finalidade da norma, ao se deparar com a situação real, tornam-se inadmissíveis muitas das alternativas no nível abstrato que poderiam ser consideradas idôneas. Desta forma, as opções que, em tese, possuíam amparo na legislação, deixam de demonstrar aptidão diante de uma situação real, uma vez que não cumprem com excelência o objetivo que inspirou a norma jurídica atributiva da competência que se encontre em exercício pela Administração. Excedem, portanto, os limites da discricionariedade, passando a situarem-se no campo da antijuridicidade (arbitrariedade)³⁷³. Nesta perspectiva, tem-se caracterizada o que a dogmática jurídica convencionou denominar redução da discricionariedade “a zero” (*auf null*).³⁷⁴

Nestes termos, a afirmação de que a Administração possui competência discricionária implica no reconhecimento de que há um dever de escolher entre distintos modos de conduta,

³⁷⁰ HACHEM, Daniel Wunder. **A discricionariedade administrativa entre...** Op. Cit. 2016. p. 332.

³⁷¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional...** Op. cit., p. 36-38.

³⁷² PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa...** Op. cit., p. 199.

³⁷³ HACHEM, Daniel Wunder. **A discricionariedade administrativa entre...** Op. Cit. 2016. p. 333.

³⁷⁴ SESÍN, Domingo Juan. **Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica: Nuevos mecanismos de control judicial.** 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 2004, p. 70.

mas que diante do caso concreto é possível que apenas uma única alternativa seja viável. Se somente uma decisão estiver livre do vício no exercício do poder discricionário, as demais decisões podem configurar o exercício de poder discricionário viciado³⁷⁵. Nestas situações, é obrigação do agente optar por aquela única providência que se configure legítima diante do direito, em razão de ser a que demonstra maior aptidão para atingir a finalidade normativa. Essa redução “a zero”, ou delimitação do âmbito de discricionariedade, ocorre especialmente “quando entram em jogo direitos fundamentais e outras regras constitucionais, ou quando se trata de obrigações legais de intervir e a Administração se abstém”³⁷⁶.

Trata-se, pois, de uma consequência jurídica concreta da aplicabilidade imediata do direito fundamental à tutela administrativa efetiva³⁷⁷. Se os direitos fundamentais incidem imediatamente sobre a atividade administrativa, deve o agente buscar sempre a eleição de escolhas que mais adequem-se a sua efetivação maximizada. Uma vez que é competência do poder público o exercício de sua função administrativa a fim de tutelar os direitos fundamentais de forma espontânea, integral e igualitária, torna-se evidente que os meios os quais em tese seriam idôneos em virtude do enunciado da lei, acabam por configurar, diante do caso concreto, instrumentos ilegítimos, inaptos, portanto, proibidos pelo direito quando não sejam os mais convenientes e oportunos para uma prestação ótima aos direitos humanos reconhecidos pela Constituição³⁷⁸.

Esta consequência, por sua vez, refere-se tanto à dimensão subjetiva dos direitos fundamentais (exigência de comportamento positivo ou negativo do Estado), quanto à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais (dever do Poder Público de agir de ofício a fim de implementar as condições necessárias ao exercício e à fruição de bens jurídicos jusfundamentais por todos os seus titulares)³⁷⁹. Importante destacar que a eficácia irradiante dos valores emanados de tais direitos repercutem não apenas nas situações em que seus titulares exigem sua satisfação perante a Administração, por meio de uma provocação subjetiva, vez que implica, em função da sua perspectiva objetiva, deveres autônomos de proteção³⁸⁰.

Ainda que o agente público se depare com diversos caminhos possíveis para a implementação da sua obrigação, as circunstâncias fáticas podem reduzir significativamente as

³⁷⁵ MAURER, Hartmut. **Direito Administrativo Geral**. 14. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Barueri: Manole, 2006, p. 152

³⁷⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Democracia, jueces y control de la Administración**. 5. ed. Navarra: Thomson-Civitas, 2005, p. 259.

³⁷⁷ HACHEM, Daniel Wunder. **A discricionariedade administrativa entre...** Op. Cit. 2016. p. 334.

³⁷⁸ HACHEM, Daniel Wunder. **A discricionariedade administrativa entre...** Op. Cit. 2016. p. 334.

³⁷⁹ HACHEM, Daniel Wunder. **A discricionariedade administrativa entre...** Op. Cit. 2016. pp. 334-335.

³⁸⁰ HACHEM, Daniel Wunder. **A discricionariedade administrativa entre...** Op. Cit. 2016. pp. 336.

margens de discricionariiedade a ele aparentemente conferidas, lhe conduzindo a apenas uma opção juridicamente legítima. Não lhe cabe decidir se vai ou não realizar a conduta, e nem quando fará. Já em relação a como e por quais formas irá proceder, há um espaço de discricionariiedade que poderá ser até mesmo reduzido “a zero”, quando constatadas as peculiaridades juridicamente relevantes na situação concreta³⁸¹.

Se inobservadas tais pretensões transindividuais, poderá restar configurada uma hipótese de *ressubjetivização da dimensão objetiva* de um direito fundamental. Refere-se aos casos em que um ou mais cidadãos veem frustradas suas pretensões transindividuais oriundas da dimensão objetiva do direito fundamental, tornando-lhes aptas a “provocação subjetiva”, o que em alguns casos, apenas pode ocorrer pela via da tutela coletiva³⁸².

Os direitos fundamentais, compreendidos a partir de pressupostos lógicos e semânticos, possuem um regime jurídico e uma estrutura normativa complexa própria. No direito brasileiro, a eficácia irradiante dos direitos fundamentais implica deveres jurídicos autônomos de prestações fáticas e normativas, que afetam a atividade do Poder Público, em especial o exercício da competência administrativa. Como consequência, a depender da dimensão enfocada, os direitos fundamentais projetam-se interna e externamente à constituição, provocando efeitos diretos na discricionariiedade da Administração Pública para interpretar conceitos jurídicos e na escolha dos meios idôneos para realizar a finalidade da norma jurídica incidente.

Em vistas da consolidação da sustentabilidade nas relações administrativas, com base “na mescla de efetividade, eficiência e equidade”, o agente público deve observar diretrizes hermenêuticas específicas que “servem para plasmar os programas da sustentabilidade, eliminando óbices cognitivos e volitivos que travam mudanças jurídico-políticas impostergáveis”. Para visualizá-las, foram esquematizadas em quadros colacionados nos Anexos M e N, que apontam para a transcrição literal das lições de Juarez Freitas, salvo algumas alterações pontuais³⁸³.

Com baste nestes pressupostos teórico-jurídicos, resta proceder à exposição sistemática da GD no direito positivo brasileiro, mas não sem antes compreender a energia elétrica neste mesmo sentido.

³⁸¹ HACHEM, Daniel Wunder. **A discricionariiedade administrativa entre...** Op. Cit. 2016. pp. 337.

³⁸² HACHEM, Daniel Wunder. **A discricionariiedade administrativa entre...** Op. Cit. 2016. pp. 338.

³⁸³ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao Futuro**. 4. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019. pp. 237-243.

4 GERAÇÃO DISTRIBUÍDA NO SISTEMA JURÍDICO

Como instrumentos para o exercício do Poder Público, orientado para a máxima efetividade dos direitos fundamentais, foram estabelecidas competências específicas ao Estado, distribuídas entre seus entes federativos.

Dentre elas, foi atribuída à União competência em matéria de energia, inclusive energia elétrica. Foi atribuída a titularidade de bens específicos, delineados ao longo dos incisos do artigo 20 da Constituição. No inciso VIII, tem-se compreendido como bem público os potenciais de energia hidráulica. Estes, por sua vez, não podem ser confundidos com o rio ou curso de água, localizados em toda a extensão territorial brasileira e que são de titularidade dos demais entes federativos, não da União. Também não se confundem com as usinas necessárias para seu aproveitamento, que consistem em infraestruturas próprias para a exploração do potencial de energia.

Ainda, foi atribuído a União, por força do Art. 21, inciso XII, alínea b, a competência material exclusiva para explorar direta ou indiretamente, os serviços e instalações de energia elétrica, bem como os potenciais de energia hidráulica, em articulação com os demais entes federativos onde encontram-se tais potenciais. Sobre a mesma matéria, foi atribuída à União competência legislativa privativa em seu art. 22, IV. Trata-se de competência exclusiva da União, por força do art. 25. §§ 1º e 2º. Porém, também há nessa matéria competência concorrente e suplementar em matérias correlatas à energia, que pela generalidade das normas estabelecidas no âmbito da União, passam a ter possibilidade de serem especificadas pelos Estados e municípios, por força do art. 24³⁸⁴.

Neste contexto, o efetivo exercício das referidas competências é um dever do Estado a ser realizado por meio do Poder Público: seu poder-dever³⁸⁵. Evidencia-se que o sujeito titular dos interesses não é o Estado, mas o povo brasileiro (Art. 1º), ao passo que o princípio do desenvolvimento sustentável é dever indisponível, aí sim, ao Estado, a ser realizado pela União, o ente com competência para o cumprimento dessa tarefa em matéria de energia³⁸⁶.

A infraestrutura de energia elétrica, nesse sentido, refere-se ao meio que o legislador constituinte reputou adequado para o desenvolvimento humano. Compreende-se como dever do Estado o fornecimento do pressuposto físico (estático) do desenvolvimento, a infraestrutura,

³⁸⁴ BLANCHET, Luiz Alberto. **Infraestrutura nacional e desenvolvimento sustentável**. In: DOTTA, Alexandre Godoy; HACHEM, Daniel Wunder (Org.) et al. Anais do I Seminário Ítalo-Brasileiro em Inovações Regulatórias em Direitos fundamentais, Desenvolvimento e Sustentabilidade e VI Evento de Iniciação Científica UniBrasil. E27. 1. ed. – Curitiba: Negócios Públicos. 2011. p 35.

³⁸⁵ BLANCHET, Luiz Alberto. **Direito Administrativo...** Op. Cit. 2012. P. 71.

³⁸⁶ BLANCHET, Luiz Alberto. **Infraestrutura nacional e desenvolvimento sustentável...** Op. Cit. 2011. p 35.

bem como seu pressuposto dinâmico, a logística³⁸⁷, que pode ser compreendida enquanto “racionalidade das operações vinculadas a cada empreendimento integrante da infraestrutura pública”. Em geral, quando se trata de logística da infraestrutura utiliza-se o rótulo de serviço público³⁸⁸, que consiste em elemento essencial da ordem econômica na Constituição, pressuposto material à realização de direitos fundamentais³⁸⁹.

Mas quem efetivamente deve produzir as riquezas é o povo, por livre iniciativa particular (as empresas, empregados, autônomos etc). Isso porque só o ser humano detém aptidão “para criar, inovar, produzir bens e comodidades, mediante seu trabalho físico ou intelectual, direta ou indiretamente”. O empreendedorismo do ser humano, nesse sentido, é o responsável por transformar as ideias em bens e comodidades, que podem melhorar a vida das pessoas em seus múltiplos aspectos (alimentação, saúde, educação etc). É dever do Estado prover a infraestrutura imprescindível ao desenvolvimento, mas cabe ao povo a tarefa de inovar e produzir, com o mesmo objetivo³⁹⁰.

A infraestrutura necessária para tanto, ainda que seu fornecimento constitua dever indisponível do Estado, também pode ser criada e utilizada pelo empreendedor por iniciativa própria, ou privada. Dessa forma, cabe ao Estado controlar o procedimento de construção das respectivas infraestruturas, além da sua localização territorial, bem como dos possíveis efeitos poluentes e modalidades de uso. Nestes casos, os empreendimentos promovidos pela iniciativa privada podem acabar por afetar a esfera jurídica de terceiros, sejam eles concorrentes ou não, por decorrência de sua configuração enquanto infraestrutura de rede. Cabe, então, ao Estado o poder-dever de regular o uso das respectivas infraestruturas, além de formas de compartilhamento interno ou externo em benefício de terceiros, impondo determinados limites à liberdade e a propriedade dos interessados³⁹¹.

Isso porque a mera multiplicação da infraestrutura presente no país é insuficiente, pura e simplesmente, para promoção do desenvolvimento sustentável, quer dizer, para “o crescimento com qualidade e com ampliação de direitos”³⁹². Sem que se ordene a implementação das infraestruturas, o mero crescimento quantitativo pode tornar-se uma substantiva fonte de “caos, conflitos, restrições de direitos e liberdades fundamentais, bem

³⁸⁷ BLANCHET, Luiz Alberto. **Infraestrutura nacional e desenvolvimento sustentável...** Op. Cit. 2011. p. 32.

³⁸⁸ BLANCHET, Luiz Alberto. **Infraestrutura nacional e desenvolvimento sustentável...** Op. Cit. 2011. p. 35.

³⁸⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª Edição. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. pp. 1184-1185.

³⁹⁰ BLANCHET, Luiz Alberto. **Infraestrutura nacional e desenvolvimento sustentável...** Op. Cit. 2011. p. 33

³⁹¹ MARRARA, Thiago. **Regulação sustentável de infraestruturas**. Revista Brasileira de Infraestrutura - RBINF, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./jun. 2012, p. 2.

³⁹² MARRARA, Thiago. **Regulação sustentável de infraestruturas...** Op. Cit. 2012. p. 3.

como mais desigualdades socioeconômicas do que verdadeiros efeitos positivos”. Sendo assim, a infraestrutura de energia elétrica depende de direcionamento, que se faz por meio da disciplina adequada, tanto pelos particulares (autorregulação), como por meio do Estado (poder de polícia)³⁹³.

No direito brasileiro, assim como em outros ordenamentos jurídico-positivos, “a energia pode assumir natureza de bem ou de serviço, conforme a situação concreta e o fim a que se destina”³⁹⁴. Para a exploração de energia elétrica, a Constituição enuncia três situações distintas como competência da União: *serviços*, *instalações* e *potenciais* de energia hidráulica. E em relação a tais situações, para o mesmo fim, enunciou formas jurídicas específicas para sua execução indireta: “autorização, permissão ou concessão”³⁹⁵. Nota-se que Constituição brasileira assume a energia elétrica em ambas as naturezas, de serviços e de bens³⁹⁶.

Diante deste contexto, não raro, alguns intérpretes abordam indistintamente as diversas atividades de exploração da energia elétrica, como se geração³⁹⁷, transmissão e distribuição, simplesmente aludissem a serviços públicos. Porém, o vocábulo “serviços” enunciado pelo artigo 21, XII, alínea *b*, da Constituição faz referência a institutos jurídicos diversos: ora a *atividade econômica* de energia elétrica, ora a *serviço público* que envolva tal forma de manifestação da energia³⁹⁸.

As disposições normativas que indicam as formas jurídicas pertinentes a cada uma das modalidades de empreendimentos de energia elétrica podem ser visualizadas no quadro exposto

³⁹³ MARRARA, Thiago. **Regulação sustentável de infraestruturas...** Op. Cit. 2012. p. 3.

³⁹⁴ BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coord.). **Estado, Direito...** Op. Cit. 2014. p. 476.

³⁹⁵ No que se diferem tais situações? No que se diferem tais formas jurídicas? Cada situação admite a exploração por particulares mediante quaisquer formas jurídicas prescritas? Ou em função da situação não devem ser admitidas todas, mas apenas algumas dessas formas jurídicas? Mais especificamente: quais são hipóteses normativas enunciadas no sistema jurídico brasileiro (serviços, instalações e/ou potenciais)? Referem-se a quais comandos normativos (concessão, permissão e/ou autorização)? Em relação a quais necessidades (públicas e/ou privadas)?

³⁹⁶ O fundamento constitucional refere-se, portanto, ao artigo 21 que prescreve à União o poder-dever de explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços e instalações de energia elétrica, bem como o aproveitamento dos potenciais hidráulicos em articulação com os demais entes políticos. Também encontra base no enunciado normativo contido no artigo 176, quanto à exploração de potenciais de energia hidráulica e potenciais de energias renováveis de capacidade reduzida, condicionados à concessão ou autorização (inclusive sua dispensa). E, por fim, no artigo 155, § 3º, que evidencia sua natureza de mercadoria.

³⁹⁷ A título de exemplo: “Noções fulcrais do direito administrativo foram justamente elaboradas no intuito de permitir a compreensão de muitas dessas relações e discipliná-las. É o caso do conceito de serviço público, que diz respeito a atividades estatais de produção (geração de energia, e.g.) e serviços (telefonia fixa, distribuição de gás, esgotamento sanitário, e.g.) inseridas em um regime jurídico próprio marcado por regras de continuidade e universalidade no intuito de assegurar o atendimento de necessidades básicas da vida moderna ao maior número de indivíduos.” MARRARA, Thiago. **Direito administrativo e novas tecnologias**. RDA – revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 256, p. 225-51, jan./abr. 2011. P. 233.

³⁹⁸ BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coord.). **Estado, Direito...** Op. Cit. 2014. p. 477.

no Anexo O³⁹⁹. Apesar da aparente facilidade em reconhecer as formas jurídicas admitidas, há que se considerar cada situação conforme as peculiaridades reais do empreendimento, sobretudo em relação ao sistema jurídico que se submetem. As concessões, permissões e autorizações apresentam um sentido jurídico que não é evidenciado pela literalidade do texto bruto, o que requer o esclarecimento de cada um dos institutos jurídicos em vistas da identificação do regime jurídico pertinente a cada uma das atividades.

Desta complexidade emerge o regime jurídico que submete sistematicamente a exploração da energia elétrica a diversas formas jurídicas, conforme a situação concreta e o fim visado pelo empreendimento, inclusive de GD.

A Constituição distingue as atividades que são da alçada dos particulares, também denominadas atividades econômicas, das que são da alçada do Estado, implicitamente qualificadas como os serviços públicos, que juridicamente não são consideradas econômicas. Além destas, também disciplinou outras atividades, que podem ser da alçada de uns e de outro⁴⁰⁰.

As atividades econômicas, que são da alçada dos particulares, só admitem desempenho pelo Estado em caráter excepcional, quando necessário por imperativo da segurança nacional ou se demandado por relevante interesse público, pelo que enuncia o artigo 173 da Constituição, a serem instituídas por lei complementar. Já os serviços públicos, em sentido inverso, consistem em atividades que apenas podem ser desempenhadas por particulares se o Estado os credenciar para sua prestação (art. 175 e art. 21, XI e XII), apenas admissível por ato explícito, sem que com isso abdique da sua titularidade. Há, também, atividades que não são de titularidade exclusiva do Estado (educação, saúde, assistência social e previdência social), razão pela qual os particulares são capazes de exercê-las livremente⁴⁰¹.

A interferência do Estado na ordem econômica, consoante o texto normativo do artigo 174 da Constituição, pode (portanto, deve) ocorrer de três modos: pelo exercício de seu poder de polícia, mediante sua atividade normativa e reguladora (fiscalização, planejamento, etc.); em casos excepcionais, pela atuação empresarial (direta), mediante pessoas criadas com tal objetivo; e, enfim, pelo exercício da função de fomento, mediante incentivos à iniciativa privada (isenções fiscais, financiamentos etc.)⁴⁰². Em nenhuma das hipóteses, portanto, possui a Administração Pública título jurídico para reter para si o poder de outorgar a particulares o

³⁹⁹ São indicadas as Formas jurídicas enunciadas no ordenamento jurídico para a exploração da energia elétrica, conforme quadro expositivo elaborado pelo autor em 2021.

⁴⁰⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito admin...** Op. Cit. 2015. p. 817.

⁴⁰¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito admin...** Op. Cit. 2015. p. 817.

⁴⁰² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito admin...** Op. Cit. 2015. p. 818.

direito ao desempenho da atividade econômica, seja ela qual for. Seria, pois, inviável resguardar-lhe o poder de fixar o montante da produção ou comercialização almejado pelos empresários. A eleição da atividade a ser empreendida, bem como a quantidade a ser produzida ou comercializada, devem resultar de uma livre decisão dos agentes econômicos. É o que advém diretamente dos dispositivos constitucionais e que deriva especialmente da opção pelo regime capitalista⁴⁰³.

Como expressamente enunciado pelo artigo 170 da constituição, em seu parágrafo único, cabe à lei simplesmente ressaltar a desnecessidade de autorização para o exercício de certa atividade. Jamais poderá restringir a liberdade de para seu empreendimento, nem mesmo a medida desejada pelo particular⁴⁰⁴. Tem como peculiaridade característica a propriedade privada e sua função social (também enunciados pelo artigo 5º, caput e incisos XXII e XXIII), a livre iniciativa e a livre concorrência, além das demais normas expressas e implícitas tanto no caput quanto nos incisos desse dispositivo constitucional. A denominada autorização (ou denegação), não diz respeito aos aspectos econômicos, à livre decisão de empreender nos diversos setores, nem à amplitude pretendida. Refere-se, pois, “ao ajuste do empreendimento a exigências atinentes a salubridade, a segurança, a higidez do meio ambiente, a qualidade mínima do produto em defesa do consumidor etc.”⁴⁰⁵. Apenas em casos previstos no ordenamento jurídico a Administração Pública pode ser habilitada a expedir tais autorizações para o exercício de determinada atividade econômica, a fim de que possam ser aferidas previamente exigência normativas que caracterizam sua conformidade jurídica⁴⁰⁶.

A regulação de tais atividades, como já mencionado, compete ao Estado, que deve valer-se das normas de polícia para tanto, vez que disciplinam o exercício da liberdade e da propriedade⁴⁰⁷. Por meio do poder de polícia, a Administração exerce sua função de polícia administrativa, impondo direta, imediata e concretamente, “no interesse público, condições e limitações ao exercício de interesses particulares relativos” a determinados bens, atividades e em relação a quaisquer direitos⁴⁰⁸.

Em relação ao serviço público⁴⁰⁹, instituto evidentemente distinto da atividade

⁴⁰³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito admin...** Op. Cit. 2015. p. 819.

⁴⁰⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito admin...** Op. Cit. 2015. p. 822.

⁴⁰⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito admin...** Op. Cit. 2015. p. 822.

⁴⁰⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito admin...** Op. Cit. 2015. p. 823.

⁴⁰⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito admin...** Op. Cit. 2015. p. 824.

⁴⁰⁸ BLANCHET, Luiz Alberto. **Direito Administrativo...** Op. Cit. 2012. p. 42.

⁴⁰⁹ “para estar presente um objeto mencionável como serviço público, devem concorrer cumulativamente os seguintes requisitos: a) tratar-se de uma prestação de atividade singularmente fruível pelos usuários; b) consistir em atividade material; c) destinar-se à satisfação da coletividade em geral; d) ser reputada pelo Estado como particularmente importante para a satisfação dos interesses da Sociedade; e) ter sido havida como insuscetível de ser relegada tão só aos empreendimentos da livre-iniciativa, razão por que a assume como pertinente a si próprio

econômica, há que ser compreendido conforme o que “cada povo o diz em seu sistema jurídico, que é onde se definem as atividades como tal consideradas”⁴¹⁰. Consoante o texto do artigo 175 da Constituição, pode ser identificada como tal exclusivamente aquelas atividades assim consideradas pela Constituição da República ou pela lei, prestadas de forma permanente e submetidas ao regime de direito público. Além disso, sua execução concreta e direta é dever do Estado, ainda que possa ser realizada indiretamente, por quem for delegado para cumprir tal incumbência, a fim de satisfazer necessidades ou criar utilidades, ambas de interesse coletivo⁴¹¹. São estas as principais características auferidas respectivamente conforme os seguintes critérios: formal, orgânico e material.

A Constituição da República, em função dos artigos 21, X, XI, XII e XV, 25, § 2º, e 30, inc. V, elenca alguns serviços públicos, mas o faz apenas exemplificativamente, são, pois, *numerus apertus*. Portanto não elimina a possível definição como públicos, pela legislação, outros serviços além dos indicados constitucionalmente⁴¹². Isso não significa que o legislador infraconstitucional disponha de incondicional liberdade para qualificar quaisquer atividades como serviço público. Excluem-se de tal categoria, invariavelmente, as atividades necessárias ao exercício do poder de polícia, as relativas às restrições estatais sobre a propriedade privada, as próprias da iniciativa empresarial aludidas no art. 173 da Constituição (também de interesse coletivo) e, evidentemente, também as de natureza legislativa e jurisdicional⁴¹³.

Consoantes estudos desenvolvidos pela doutrina francesa⁴¹⁴, há pressupostos que são imprescindíveis para a instituição de um serviço público tais como a carência ou insuficiência da iniciativa privada na execução da atividade considerada e o interesse público a demandar sua prestação. Para que o serviço a ser criado possa vir a ser objeto de concessão ou permissão, é imprescindível que, em qualquer caso, haja uma insuficiência ou carência em sua prestação. Uma vez transformada tal atividade em serviço público, a insuficiência ou carência será solucionada por critérios diferentes, conforme seja objetiva (relativa à forma ou modo pelo qual vem sendo executada a atividade a ser alçada ao status de serviço público), ou subjetiva (falta

(ainda que nem sempre com exclusividade); f) submetê-la a uma específica disciplina de direito público”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Serviço público e sua feição constitucional no Brasil. In: CIENFUEGOS SALGADO, David; LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro (Coord.). **Estudios en homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz: responsabilidad, contratos y servicios públicos**. México: Universidad Autónoma de México, 2005. p. 6-7.

⁴¹⁰ ANTUNES ROCHA, Carmen Lúcia. **Princípios constitucionais dos servidores públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 507.

⁴¹¹ BLANCHET, Luiz Alberto. **Direito Administrativo...** Op. Cit. 2012. p. 55.

⁴¹² BLANCHET, Luiz Alberto. **Direito Administrativo...** Op. Cit. 2012. pp. 53 e 55.

⁴¹³ BLANCHET, Luiz Alberto. **Direito Administrativo...** Op. Cit. 2012. p. 54.

⁴¹⁴ LECLERCQ, Claude; LUKASZEWICZ, Jean Pierre; CHAMINADE, André. **Travaux dirigés de Droit Administratif**. Paris: Librairie de la Cour de Cassation, 1991. p. 159.

ou insuficiência de particulares com atributos e recursos suficientes para executarem de forma adequada a atividade individualmente). A objetiva pode ser corrigida pelo Poder Público mediante sua racional coordenação estabelecendo os parâmetros da forma adequada (adequada ao interesse público pertinente) da execução da atividade, o que deve ocorrer sempre. A subjetiva, por sua vez, corrige-se pelo estímulo à formação de consórcios ou à participação de proponentes estrangeiros⁴¹⁵. No Brasil, não há grande diferença, pois não teria sentido a lei transformar em serviço público uma atividade se ela estiver sendo adequadamente prestada pela iniciativa privada, ou se não for do interesse público tal transformação. A chamada discricionariedade legislativa não é, pois, tão ampla quanto se poderia imaginar ou pretender⁴¹⁶.

Alguns serviços públicos federais cuja execução pode ser outorgada aos particulares mediante concessão ou permissão, e também as obras públicas cuja exploração pode ser objeto de tais operações, são enumerados no art. 1º da Lei 9.074/1995, com os acréscimos determinados pela Lei 9.648/1998⁴¹⁷. A aplicação das referidas leis não pode perder de vista que serviço público é atividade imune à privatização, admitindo-se, no máximo, o seu repasse ou delegação à iniciativa privada, submissa, todavia, à onipresente regulação e fiscalização pelo Estado⁴¹⁸. A delegação, como repasse, como terceirização da atividade, não lhe retira a caracterização de serviço público, sendo plausível que em caso de má prestação, desvirtuamento dos objetivos ou inadimplência do agente delegado, o poder público disponha de um verdadeiro arsenal para a retomada as atividades. De suma importância, pois, que os sistemas de controle, fiscalização e normatização das atividades, através das Agência Reguladoras, funcionem de maneira satisfatória, isto é, com eficiência⁴¹⁹. Por isso que sua exploração pela iniciativa privada depende da obtenção prévia de autorizações, permissões ou concessões, entre outras formas jurídicas que só devem-se realizar após a certificação, pelo Estado, de que os interessados preenchem as condições legais, ou tais atividades não impliquem riscos para o bem-estar social⁴²⁰.

Como condição necessária para a prestação do serviço público tem-se a obrigação da sua realização adequada, enunciada no próprio texto constitucional (inciso IV, do artigo 175), que vincula sua prestação pelo Poder Público, não só quando sua execução for realizada diretamente, mas também quando for delegada a concessionários e permissionários. Nesse

⁴¹⁵ BLANCHET, Luiz Alberto. **Direito Administrativo...** Op. Cit. 2012. p. 54.

⁴¹⁶ BLANCHET, Luiz Alberto. **Direito Administrativo...** Op. Cit. 2012. p. 54.

⁴¹⁷ BLANCHET, Luiz Alberto. **Direito Administrativo...** Op. Cit. 2012. p. 54.

⁴¹⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. BLANCHET, Luiz Alberto (Org), et al. **Serviços...** Op. Cit. 2007. p. 37.

⁴¹⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. BLANCHET, Luiz Alberto (Org), et al. **Serviços...** Op. Cit. 2007. p. 32

⁴²⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito admin...** Op. Cit. 2015. p. 707.

sentido, o serviço público adequado pode ser considerado garantia constitucional correspondente ao direito fundamental de acesso à um serviço público adequado⁴²¹. Seu significado só tem sentido, só pode haver adequação, se houver uma relação entre duas coisas, quer dizer só pode existir entre duas ou mais realidades. Mesmo que não tenha sido fornecido expressamente pela Constituição, a legislação infraconstitucional viabiliza sua complementação: “o serviço deve ser adequado ao pleno atendimento dos usuários”. Não refere-se, porém, a um, nem muitos, usuários, mas sim de todos eles, indistintamente, considerados enquanto comunidade, não como um simples grupo⁴²². Portanto deve ser adequado ao atendimento da necessidade pública dos usuários, não ao atendimento de um privilegiado grupo de usuários. Trata-se de uma adequação, enfim, impessoal. Do contrário, constatada a inadequação, a consequência jurídica imputada consiste na imediata intervenção pelo Poder Concedente⁴²³.

Da adequação na sua execução decorrem características secundárias, enunciadas pelo artigo 6º da Lei 8.987/1995, que se referem às condições que o serviço adequado deve satisfazer, são elas as de: regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na prestação e modicidade das tarifas⁴²⁴. Além destas que decorrem do direito positivo, existem outros princípios (ou características) pertinentes, elaborados pelo francês Louis Rolland⁴²⁵. Dentre eles, podem ser mencionados: a igualdade entre os usuários, a mutabilidade do regime jurídico, a neutralidade (estritamente relacionada com a objetividade e impessoalidade) e a reserva quanto ao exercício do objeto da outorga⁴²⁶.

Desde o século passado os juristas franceses já consideravam o termo “concessão” *“l’um des plus vague du droit administratif”*, em razão seu uso reiterado *“pour designer des opérations qui n’ont past grand-chose de commun entre eles”*, que corroborou para ser compreendido *“à la base, une autorisation, une permission de l’Administration”*.⁴²⁷

Evidente, pois, que a confusão dos três termos não é algo novo no Direito Administrativo, ainda que no Brasil somente com o advento da Constituição de 1988, que seu uso passou a ser constatado expressa e confusamente pelo enunciado normativo de seu artigo

⁴²¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. BLANCHET, Luiz Alberto (Org), et al. **Serviços Públicos**: estudos dirigidos. 2ª Edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 14.

⁴²² Evidencia-se, aqui, a impropriedade do termo consumidor reiteradamente utilizado tanto pela legislação como pela literatura especializada.

⁴²³ BLANCHET, Luiz Alberto. **Direito Administrativo...** Op. Cit. 2012. p. 62

⁴²⁴ BLANCHET, Luiz Alberto. **Direito Administrativo...** Op. Cit. 2012. p. 63.

⁴²⁵ Considerações sobre o jurista, nesse sentido, encontram-se em WEIL, Prosper. *Le Droit Administratif*. Paris: PResseS Universitaires de France, 1964.

⁴²⁶ Tais princípios são amplamente difundidos na tradição literária, todavia para maiores detalhes pode-se consultar BLANCHET, Luiz Alberto. **Direito Administrativo...** Op. Cit. 2012. p. 64-70.

⁴²⁷ VEDEL, Georges. **Droit administrative** [Direito Administrativo]. 5ª Ed. Paris: Themis, 1973. p. 833.

21, inciso XII, b. Se não bastasse, podem ser constatados diversos enunciados normativos da Constituição que fazem referência expressa aos termos concessão⁴²⁸, permissão⁴²⁹ e autorização⁴³⁰. Nesse contexto, portanto, é inviável caracterizá-los como se completamente determinados (ou absolutos) fossem⁴³¹. Mesmo assim, podem ser compreendidos em função das situações pertinentes (serviços, instalações ou potenciais) e conforme sua finalidade.

Para tal compreensão, é útil esclarecer a noção de contrato administrativo. Diferente do ato administrativo, o contrato possui no Direito positivo uma definição própria (ainda que parcialmente incompleta). Para além das literalidades, pode ser compreendido como um *acordo de vontades, celebrado pela Administração com particular ou com outra entidade da Administração* (de qualquer esfera), com o objetivo de executar indiretamente atividades destinadas a atender determinadas necessidades públicas⁴³².

A vontade da Administração, ora aludida, refere-se não àquela manifestada em bases psicológicas, mas sim em bases objetivas, em sentido figurado, cujo titular é o povo. Trata-se, aqui, da vontade lógica, ou funcional, que tem por parâmetro o princípio da objetividade, o qual somente a norma jurídica pode assegurar diante de cada caso concreto. Assim, a vontade funcional pode ser definida pelas imposições das normas pertinentes e pelas exigências da situação concreta a ser atendida (ou, dito em outros termos, pelas exigências do motivo de fato).⁴³³ Tal vontade, seja nos atos ou contratos administrativos, deve pautar-se num motivo legal, a hipótese normativa, que indicará o comando normativo cujo atendimento tem por fim o atendimento do interesse da coletividade, quer dizer, do povo, de maneira impessoal.

Os contratos administrativos, ainda, caracterizam-se pela presença de conteúdo econômico, que (em parte) não tem por finalidade exclusiva o atendimento das necessidades concretas da coletividade dos cidadãos. É o que se constata pela existência *cláusulas*

⁴²⁸ Podem ser mencionados os seguintes dispositivos constitucionais: 21, XI e XII; 23, XI; 25, § 2º; 30, V; 49, XII e XVII; 54, I, a; 174, § 4º; 175; 176; 188, § 1º e 2º; 202, § 5º; 223; 43, 44 e 51 do ADCT.

⁴²⁹ Podem ser mencionados os seguintes dispositivos constitucionais: 21, XI, XII e XXIII; 30, V; 175; 177, V e 223.

⁴³⁰ Podem ser mencionados os seguintes dispositivos constitucionais: 5º, XVI e XVIII; 8º, I; 21, VI, XI, XII e XXIII; 37, XX; 57, § 6º; 93, VII; 128, § 2º; 129, § 2º; 137; 139, § 2º; 165, § 8º; 166, § 8º; 167, V, VI, VIII e IX; 169, II 170, parágrafo único; 174, § 4º; 176; 177, V; 181; 190; 209, II; 223; 231, § 3º; 43, 44 e 52 ADCT.

⁴³¹ ILARI, Rodolfo. **Semântica e pragmática**: duas formas de descrever e explicar os fenômenos da significação. Rev. Est. Ling., Belo Horizonte, v.9, n.1, p.109-162, jan./jun. 2000. DOI: <http://dx.doi.org/10.17851/2237-2083.9.1.91-108>. p. 155. Disponível em: <http://www.periodicos.letras.ufmg.br/index.php/relin/article/view/2321>. Acesso em: 12 ago. 2021

⁴³² BLANCHET, Luiz Alberto. Direito Administrativo... Op. Cit. 2012. p. 115.

⁴³³ BLANCHET, Luiz Alberto. **A importância da interpretação das normas disciplinadoras da administração pública para a devida identificação da discricionariedade**. Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo, Santa Fe, vol. 6, n. 1, p. 61-75, ene./jun. 2019. pp. 66-67. Disponível em: <https://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/publicaciones/index.php/Redoeda/article/view/8724>. Acesso em: 12 ago. 2021.

qualificadas umas como *regulamentares* e outras como *contratuais*⁴³⁴. As cláusulas regulamentares, assim como os atos administrativos⁴³⁵, possuem conteúdo de utilidade e utilização, definidos unilateral e exclusivamente pelo Poder Público contratante e devem ser por ele também unilateral e exclusivamente modificado⁴³⁶. Já as cláusulas contratuais possuem conteúdo econômico e dependem da convenção expressa do particular, pela manifestação de sua vontade psicológica, que impõem deveres específicos à Administração⁴³⁷.

Outra característica dos contratos administrativos é a imprescindibilidade da prévia licitação pública (Lei 8.666/1993), ressalvados os casos de dispensa, inexigibilidade (senão a mera inaplicabilidade) de tal procedimento⁴³⁸. Seu fundamento, é claro, encontra-se na Constituição, que pelo seu art. 37, XXI, impõe a quaisquer pessoas da Administração Pública, de todos os Poderes da República, independentemente do nível de hierárquico, o dever de licitar previamente à contratação de serviços de terceiros, além da realização de obras, da aquisição e da alienação de bens, inclusive em se tratando de serviços públicos, como enunciado pelo art. 175 da Constituição, que abarca permissão e concessão⁴³⁹. Tem por finalidade viabilizar, após a apresentação dos interessados, a seleção daquele que oferecer as condições mais vantajosas para o empreendimento⁴⁴⁰.

É possível agrupar os contratos administrativos em duas grandes categorias: “a dos que resultam em desembolso de recursos financeiros e a dos que não resultam”. Traço distintivo é a limitação do prazo de vigência contratual que para primeira categoria corresponde a cinco anos (artigo 55 da Lei 8.666/1993)⁴⁴¹.

Os que *não resultam em desembolso* de recursos financeiros pelo Poder Público são: concessão de obra pública, concessão de serviço público e concessão *de uso*. Esta última

⁴³⁴ “As primeiras, também chamadas cláusulas do serviço, são aquelas que, nos editais de licitação, constam integralmente já redigidas, e as contratuais, ou negociais, são aquelas cujo texto contém lacunas que deverão ser preenchidas com dados retirados da proposta vencedora”. BLANCHET, Luiz Alberto. **A importância da interpretação das normas disciplinadoras da administração pública para a devida identificação da discricionariedade**. In: Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo, Santa Fe, vol. 6, n. 1, p. 61-75, ene./jun. 2019. DOI: 10.14409/redoeda.v6i1.8724. pp. 66-67.

⁴³⁵ Evidente tratar-se aqui do ato administrativo em seu sentido mais restrito, conforme BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito admin... Op. Cit. 2015. p. 394.

⁴³⁶ BLANCHET, Luiz Alberto. **A importância da interpretação das normas disciplinadoras da administração pública para a devida identificação da discricionariedade**. Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo, Santa Fe, vol. 6, n. 1, p. 61-75, ene./jun. 2019. DOI: 10.14409/redoeda.v6i1.8724. p. 62.

⁴³⁷ Nesse sentido, os contratos administrativos também podem ser considerados atos administrativos em sentido amplo, designados em função da sua natureza como atos convencionais. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito admin...** Op. Cit. 2015. p. 394. e BLANCHET, Luiz Alberto. **Direito Administrativo...** Op. Cit. 2012. p. 97.

⁴³⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito admin...** Op. Cit. 2015. p. 169.

⁴³⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito admin...** Op. Cit. 2015. p. 170.

⁴⁴⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito admin...** Op. Cit. 2015. p. 536

⁴⁴¹ BLANCHET, Luiz Alberto. **Direito Administrativo...** Op. Cit. 2012. p. 120.

modalidade subdivide-se em: concessão de uso *de bem público* (que equivale a cessão de uso) e concessão *de direito real* de uso. Já os que *resultam em desembolso* de recursos financeiros são: contratos de obra, contratos de prestação de serviços e contratos de fornecimento.⁴⁴²

Nesse contexto, a concessão pode ser compreendida como o contrato administrativo “pelo qual a Administração confere ao particular a execução remunerada de serviço público ou obra pública, ou lhe cede o uso de bem público, para que o explore por sua conta e risco, pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais.”⁴⁴³ São possíveis de maneira geral, portanto, três objetos: serviço público, obra pública e uso de bem público.

Podem ser concessionários e permissionários, pessoas jurídicas, isoladamente ou organizadas em consórcio, tenha-se por objeto o serviço público ou a obra pública (Art. 2º, II e III). Além delas, pessoas físicas (Art. 35, VI) e estrangeiros (Art. 15, p. 3º) também se encontram legitimados para obter a outorga de concessão ou permissão. Com relação a estes últimos, menciona-se a exceção expressa contida no artigo 176 da Constituição, que proíbe a exploração de potenciais hidrelétricos pelos mesmos⁴⁴⁴.

Quanto aos serviços públicos, além do que foi mencionado anteriormente, não devem ser confundidos com as atividades que, por mais estreitamente relacionadas ao mesmo, com ele não se confundem. Algumas delas são de natureza normativa⁴⁴⁵, outras possuem caráter material (e consubstanciam as anteriores)⁴⁴⁶. Enquanto as primeiras podem ser objeto de outorga a particulares, as segundas atividades devem ser executadas só e exclusivamente pelo Poder Público⁴⁴⁷. Quando objeto de concessões, a prestação do serviço passa a representar para o concessionário o meio pelo qual pode obter seu fim: o lucro. Ao inverso, para o Estado, o lucro propiciado ao concessionário torna-se o meio pelo qual viabiliza sua finalidade: boa prestação do serviço. Assim, pode (e deve) o Estado determinar as condições de prestação do serviço e modificá-las sempre necessário, bem como retomá-lo oposição do concessionário. Em contrapartida, o Estado deve garantir a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do

⁴⁴² BLANCHET, Luiz Alberto. **Direito Administrativo...** Op. Cit. 2012. p. 120.

⁴⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 10 ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 239.

⁴⁴⁴ BLANCHET, Luiz Alberto. **Direito Administrativo...** Op. Cit. 2012. p. 59.

⁴⁴⁵ “a) elaboração de normas instituidoras de serviços públicos; b) normas gerais pertinentes a serviços públicos; c) autorização para outorga (concessão ou permissão) da execução do serviço público; d) edital de licitação para outorga de concessão ou permissão; e) declaração de utilidade ou de necessidade pública de bens particulares necessários para a execução de serviços públicos, os quais, em função disso, serão desapropriados ou serão objeto de servidão administrativa.” In: BLANCHET, Luiz Alberto. **Direito Administrativo...** Op. Cit. 2012. p. 56.

⁴⁴⁶ “a) execução do serviço, que pode ser direta (pelo próprio Poder Público) ou mediante concessão ou permissão a particulares; b) promoção dos procedimentos administrativos relativos às desapropriações e à instituição de servidões necessárias para viabilizar a execução do serviço público; c) promoção das licitações para outorga de concessão ou permissão.” In: BLANCHET, Luiz Alberto. **Direito Administrativo...** Op. Cit. 2012. p. 56

⁴⁴⁷ BLANCHET, Luiz Alberto. **Direito Administrativo...** Op. Cit. 2012. p. 57.

contrato, sem o qual inviabiliza-se o objetivo (ou fim) do particular, concessionário do serviço público⁴⁴⁸.

A diferença entre as concessões de serviços público e de obras públicas, por força do enunciado normativo dos incisos II e III, do artigo 2º da Lei 8.987.1995, não é evidente. A técnica legislativa utilizada preferiu distinguir-lhes pelo emprego do uso das expressões *concessão de serviço público* e *concessão de serviço público precedido de obra pública*, o que a rigor é uma impropriedade⁴⁴⁹. Considerou-se que ambas as concessões teriam por objeto um serviço público, distinguindo-lhes apenas em função da precedência ou não da obra pública⁴⁵⁰. Ocorre que a exploração de obra pública, que decorre da concessão, configura concessão de obra pública e não concessão de serviço público, o que evidencia a confusão dos respectivos objetos na redação legislativa⁴⁵¹.

A obra pública pode referir-se tanto a sua construção, reforma, ampliação, melhora e conservação, como a sua exploração. Não configura, portanto, serviço público, ainda que também possa abranger atividade material. Pode compreender, alternativamente, a construção total ou parcial da obra, a conservação, a reforma, a ampliação e até seu *melhoramento*⁴⁵². A concessão que a tenha por objeto pode e deve ser compreendida como um contrato administrativo através do qual o Poder público viabiliza a transferência de sua execução para um terceiro, quem deve assumi-la “por sua conta e risco, mediante remuneração paga pelos beneficiários da obra ou obtida em decorrência da exploração dos serviços ou utilidades que a obra proporciona”⁴⁵³. De todo modo, a outorga em concessão, seja ela de serviço ou de obra, depende de lei que a autorize⁴⁵⁴.

Importante ressaltar: que só pode haver concessão de serviço público (ou de obra) quando o objetivo da contratação for o de ensejar uma exploração de atividade usufruída universalmente, pelo público em geral⁴⁵⁵ como coletividade (indeterminada), ainda que sua fruição possa ocorrer de maneira individual (*uti singuli*) ou coletiva (*uti universi*), alternativamente, conforme o caso⁴⁵⁶. Ainda que o objeto da concessão seja o serviço a ser prestado, não se deve excluir a eventual necessidade de o concessionário usar de maneira ancilar determinado bem público (como para instalação de postes nas vias públicas, por exemplo).

⁴⁴⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito admin...* Op. Cit. 2015. p. 736.

⁴⁴⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito admin...* Op. Cit. 2015. p. 730.

⁴⁵⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito admin...* Op. Cit. 2015. p. 731.

⁴⁵¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito admin...* Op. Cit. 2015. p. 732.

⁴⁵² BLANCHET, Luiz Alberto. *Direito Administrativo...* Op. Cit. 2012. p. 58.

⁴⁵³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 247.

⁴⁵⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito admin...* Op. Cit. 2015. p. 737.

⁴⁵⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito admin...* Op. Cit. 2015. p. 732.

⁴⁵⁶ BLANCHET, Luiz Alberto. *Direito Administrativo...* Op. Cit. 2012. p. 57.

Nesse caso, diversamente da concessão de serviço, a de uso “pressupõe um bem público cuja utilização ou exploração não se preordena a satisfazer necessidades ou conveniências” da coletividade, mas sim as “do próprio interessado ou de alguns singulares indivíduos”⁴⁵⁷.

Portanto é nessa medida que se diferem as concessões de serviço público das concessões de uso de bem público, já que possuem objetos distintos. Enquanto ao primeiro corresponde a prestação do serviço à universalidade do público, o segundo corresponde ao uso do bem ou da respectiva exploração para que o próprio concessionário satisfaça sua vontade psicológica, através do produto extraído “em seu proveito ou para que o comercialize limitadamente com alguns interessados”⁴⁵⁸. Refere-se, portanto, ao contrato administrativo pelo qual “a Administração trespassa a alguém o uso de um bem público para uma finalidade específica”⁴⁵⁹. Cabe destacar a possibilidade da outorga se destinar a exploração de bem público para fins mediatos ou imediatos de prestar serviço público⁴⁶⁰. Nesta situação deve subsumir-se à hipótese de concessão de obra pública⁴⁶¹.

Ainda, devem-se distinguir da concessão comum espécies que com elas não se confundem: as denominadas parcerias público-privadas (PPP). A partir do enunciado normativo do Art. 2º, da Lei 11.079/2004 que as rege, compreendem as concessões: patrocinadas e administrativas⁴⁶². As patrocinadas, além da remuneração por tarifas, contam com o desembolso direto do Poder Público ao particular (parceiro). Ao passo que as administrativas não são remuneradas por tarifas, mas devem ser integralmente remuneradas pelo Poder Público, que será usuário direto do objeto da parceria⁴⁶³.

O instituto da permissão, ainda que seja regido pelas mesmas normas aplicáveis às concessões, pelo que prescreve o artigo 40 da lei 8.987/1995, merece algumas ressalvas. A partir do artigo 175, inciso I, da Constituição, em conjunto com a Lei 8.987/1995 que lhe densifica normativamente, a permissão deve ser considerada como contrato administrativo de feição vinculada⁴⁶⁴, que assim como nas concessões deve ser precedida de licitação. Convém lembrar que antes da promulgação da Constituição de 1988 a permissão era compreendida pela doutrina como resultante de um ato administrativo unilateral⁴⁶⁵, discricionário e precário.

⁴⁵⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito admin...** Op. Cit. 2015. p. 732.

⁴⁵⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito admin...** Op. Cit. 2015. p. 732.

⁴⁵⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito admin...** Op. Cit. 2015. p. 954.

⁴⁶⁰ É o que ocorre na hipótese de aproveitamento de potenciais hidráulicos para prestação de serviço público de energia elétrica.

⁴⁶¹ BLANCHET, Luiz Alberto. **Concessão de Serviços Públicos**. Curitiba: Juruá Editora, 2013. p. 215.

⁴⁶² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. BLANCHET, Luiz Alberto (Org), et al. **Serviços...** Op. Cit. 2007. p. 31.

⁴⁶³ BLANCHET, Luiz Alberto. **Direito Administrativo...** Op. Cit. 2012. p. 70.

⁴⁶⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. BLANCHET, Luiz Alberto (Org), et al. **Serviços...** Op. Cit. 2007. p. 30.

⁴⁶⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito admin...** Op. Cit. 2015. p. 714.

Porém, atualmente, diferem-se das concessões apenas em função da exigência de investimentos *por parte do licitante*.

Enquanto nas concessões há a exigência de investimentos *por parte do concessionário*, mas permissões o mesmo não ocorre, razão pela qual também não é adequada para outorgas que tenham por objeto outro que não um serviço público (artigos 1º, *caput*, e 2º, inciso IV, da Lei 8.987/1995). Assim, quando da sua extinção, não há que se falar em compensação financeira por falta ou insuficiência de amortização pelas tarifas cobradas dos usuários. Um caso típico de permissão é o das cooperativas de eletrificação rural, enquanto permissionárias do serviço público de distribuição de energia elétrica, como visto na tabela antes exposta⁴⁶⁶.

É importante destacar que o art. 16 da Lei 8.987/1995 prescreve tanto para concessão como para permissão, a proibição de serem outorgadas em caráter de exclusividade, excepcionando casos de justificada inviabilidade de outorga em função das peculiaridades técnicas ou econômicas concretamente constatadas. Nestes casos, impõem-se justificativa expressa que deve constar no respectivo ato, publicada previamente ao edital de licitação para indicar a conveniência da outorga, bem como as características do objeto, área e prazo da concessão exclusiva (Art. 5º). Refere-se, aqui, ao princípio da não exclusividade, que pode ser melhor denominado como princípio da liberdade de escolha pelo usuário⁴⁶⁷.

As modalidades licitatórias referentes às concessões e permissões são a concorrência e o diálogo competitivo, tanto para serviço público quanto para obra pública, conforme o caso (artigos 2º e 14 da Lei 8.987/1995, atualizado pela Lei 14.133/2021). Resta, então, compreender o instituto da autorização.

A autorização, por sua vez, também não é uma inovação do legislador constituinte brasileiro. Na Itália do século XX, por exemplo, juristas já compreendiam que autorizações “*sono gli atti che in singoli casi concreti permettono a date persone l’esercizio o l’acquisto di un diritto*”⁴⁶⁸. No Brasil, de maneira geral, configura-se como ato administrativo, cuja função consiste em habilitar o exercício de certo direito individual, submetido ao controle preventivo pelo Poder Público⁴⁶⁹. Traduz-se, portanto, em ato de fiscalização, de exercício do poder de polícia, que não se presta à delegação de serviço público⁴⁷⁰. Isso porque caracteriza-se por sua unilateralidade e potencial discricionariedade, através do qual o Estado faculta a execução de

⁴⁶⁶ CALDAS, Geraldo Pereira. **Concessões de Serviços Públicos de Energia Elétrica**...Op. Cit. 2011, p. 174.

⁴⁶⁷ BLANCHET, Luiz Alberto. **Direito Administrativo**... Op. Cit. 2012, p. 70.

⁴⁶⁸ RANELLETI, Oreste. **Teoria degli atti amministrativi speciali** [teoria dos atos administrativos especiais]. 7ª ed. Milano: Giuffrè. 1945. p. 21.

⁴⁶⁹ TÁCITO, Caio. **Autorização administrativa**. In: Temas de direito público (estudos e pareceres). Rio de Janeiro: Renovar, 1997. Volume 1. p. 735.

⁴⁷⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. BLANCHET, Luiz Alberto (Org), et al. **Serviços**... Op. Cit. 2007. p. 160.

determinada atividade material, em caráter precário⁴⁷¹. Não há, portanto, obrigação de prévia licitação. Evidencia-se que a autorização “não é, *a priori*, compatível com o regime prestacional dos serviços públicos, mesmo que submetidos à concorrência”⁴⁷². Por mais que sua admissão para fins de delegação de prestação de serviços públicos imponha uma feição vinculada ao ato administrativo, admite-se excepcionalmente para casos de situações emergenciais e transitórias⁴⁷³, sem que por isso seja afastada a incidência do princípio da igualdade⁴⁷⁴. Contraditoriamente, a imposição de sua feição vinculada implicaria a caracterização do ato administrativo como *licença administrativa*⁴⁷⁵, ou seja, uma vez cumpridas as exigências normativas, não poderia a Administração negá-la, o que inviabilizaria a delegação isonômica de serviços públicos, minando a obrigatoriedade do prévio certame licitatório⁴⁷⁶.

Enfim, apesar das peculiaridades, a expressão autorização é incompatível com a existência de um serviço público⁴⁷⁷, embora possa ser utilizada para o atendimento de interesses coletivos instáveis em situações emergenciais e transitórias⁴⁷⁸. São dois, portanto, os sentidos admissíveis para o vocábulo: como ato de *polícia administrativa* ou como atos de *delegação da prestação de serviço público* em vista exclusivamente da solução de determinada situação emergencial e transitória⁴⁷⁹.

Desta forma, *preferível considerar a expressão empregada pelo artigo 21 da Constituição como uma designação genérica da delegação de serviços públicos a particulares, cujas espécies seriam a concessão e a permissão*⁴⁸⁰.

De todo modo, não se exclui a necessidade de examinar, diante da situação concreta, a presença dos requisitos que configurem serviço público, caso em que a autorização se mostra, via de regra, inadequada⁴⁸¹. A partir do artigo 170 e 176 da carta política, a autorização⁴⁸²

⁴⁷¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito admin...* Op. Cit. 2015. p. 448.

⁴⁷² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. BLANCHET, Luiz Alberto (Org), et al. *Serviços...* Op. Cit. 2007. p. 163.

⁴⁷³ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 165.

⁴⁷⁴ SILVA, Almiro do Couto. *Serviço público à brasileira?* Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 230, p. 45-74, out./dez. 2002. p. 64.

⁴⁷⁵ SILVA, Almiro do Couto. *Serviço público à brasileira?* Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 230, p. 45-74, out./dez. 2002. p. 69.

⁴⁷⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito admin...* Op. Cit. 2015. p. 448

⁴⁷⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. Dialética: São Paulo, 2003. p. 45.

⁴⁷⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 347.

⁴⁷⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito admin...* Op. Cit. 2015. p. 715.

⁴⁸⁰ BLANCHET, Luiz Alberto. *Direito Administrativo...* Op. Cit. 2012. p. 55.

⁴⁸¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões...* Op. Cit. 2003. pp. 45-46.

⁴⁸² Para uma compreensão mais detida deste instituto: VAZ, Rogério Morina. *Autorização de polícia administrativa*. São Paulo, 2008. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8413>; e JÚNIOR, Edilson Pereira Nobre. *A autorização de serviço público e a constituição de 1988*. Revista da faculdade de direito da UFMG, n. 75, p. 181-198, 2019. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/2033>. Acesso em: 12 ago. 2021.

admite os seguintes objetos: *atividades econômicas* submetidas à fiscalização pelo poder público, *com ou sem uso de bem público* para sua execução.

A constituição não estipulou de antemão o regime de execução de cada um dos segmentos da cadeia de energia elétrica, mas indicou as formas adequadas à sua exploração: diretamente ou mediante autorização de terceiros. A energia elétrica em seu sentido jurídico assume dupla natureza, de serviço e de bem (inclusive mercadoria), que para sua exploração, em função da situação concreta e a respectiva finalidade, pode se submeter a diversas formas jurídicas. A partir da análise do ordenamento jurídico, pode-se observar os meios juridicamente idôneos conforme a natureza da energia elétrica assumida pelo ordenamento jurídico.

4.1 ENERGIA ELÉTRICA NO SISTEMA JURÍDICO

A atividade de *geração*, quando se refere à exploração de potencial hidráulico, depende ou de uma concessão de obra pública ou de uma concessão para exploração de bem público, já que não se trata propriamente de um serviço. Quando se trata da atividade industrial de conversão de energia térmica em energia elétrica, não se refere nem a serviço público nem exploração de bem público, mas atividade econômica, condicionada à previa autorização. Não são cabíveis, nesses casos, o instituto da concessão ou permissão, como seria em se tratando de serviço público, por imposição do art. 175 da Constituição⁴⁸³. Seu regime jurídico foi especificado pela Lei 9.074/1995, por meio das prescrições contidas nos enunciados dos artigos 5º a 8º, 11 a 13 e 18, posteriormente atualizados pela redação das Leis 9.472/1996 e 10.848/2004. As finalidades abarcadas pela legislação são: serviço público; produção independente de energia (PIE) e autoprodução de energia (AIE)⁴⁸⁴.

A primeira hipótese refere-se à usina que destina sua produção para o suprimento do mercado cativo, no ambiente de contratação regulada através de leilões de venda da energia para o *pool*. É o inverso do que ocorre com os dois últimos, que tem por fim a comercialização da energia elétrica, no todo ou em parte, no mercado livre, quer dizer, no ambiente de contratação livre. Enquanto o PIE (Artigo 11) tem a energia como mercadoria, o AIE (Artigo 2º do Decreto 2.003/1996) a tem como insumo para seu processo produtivo, sendo a venda no mercado livre realizada apenas quanto aos excedentes não aproveitados pelo mesmo⁴⁸⁵. Mas há ainda uma quarta hipótese, prescrita pelo enunciado do artigo 8º, que se refere à dispensa de

⁴⁸³ BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coord.). **Estado, Direito...** Op. Cit. 2014. p. 477

⁴⁸⁴ CALDAS, Geraldo Pereira. **Concessões de Serviços Públicos de Energia...** Op. Cit. 2011. p. 165.

⁴⁸⁵ CALDAS, Geraldo Pereira. **Concessões de Serviços Públicos de Energia...** Op. Cit. 2011. pp. 166-167.

autorização, quando basta a mera comunicação, com o respectivo registro da usina geradora, quando se trate de aproveitamento de potenciais de capacidade instalada reduzida (Art. 8º). Tanto o PIE quanto o AIR submetem-se ao respectivo regime, a diferença é que, nestes casos, também se assume a possibilidade do usuário cativo gerar sua própria energia através do sistema de compensação, aprofundado oportunamente no item 4.3.

A *transmissão* de eletricidade, por sua vez, concerne à exploração de instalação e não à execução de um serviço. O que pode ocorrer nestes casos é necessidade de proceder-se à concessão de obra pública de transmissão ou, ainda, às concessões e autorizações para uso de bem público. A *distribuição* de energia elétrica é a única que, como todo serviço público, inclusive o precedido de obra pública, se caracteriza como atividade prestada diretamente aos usuários, o que não se observa com a geração e com a transmissão⁴⁸⁶. Nesse caso, a legislação mais atual não faz menção explícita aos critérios de outorga, sendo suficiente compreendê-la via de regra como objeto de concessão, ainda que haja previsão da hipótese de permissão de serviço público de distribuição para cooperativas de eletrificação rural (artigo 23, Lei 9.075/1995)⁴⁸⁷. Quanto a autorização de serviço público de distribuição, foi enunciada pelo Art. 8º-A da Lei nº 14.120, de 2021 com destaque ao seu caráter emergencial e transitório, que evidencia sua excepcionalidade oriunda da necessidade de garantir a continuidade na sua prestação.

Há que se destacar o caráter de não exclusividade da outorga como norma jurídica que apenas excepcionável quando atestada inviabilidade técnica ou econômica da concorrência (art. 16). O atendimento da totalidade dos usuários da área de concessão é dever da concessionária, inclusive quanto ao fornecimento da mercadoria (energia elétrica) aos usuários cativos, enquanto os mesmos não optarem pelas hipóteses normativas (arts. 15 e 16). A opção aludida se refere às hipóteses em que os usuários são enquadrados nas categorias de *consumidores livres* ou *especiais* (usuários livres) e passam a comprar sua energia no ACL⁴⁸⁸.

Por assumir a natureza de mercadoria, como se faz claro pelo emprego do vocábulo “operações” no enunciado do artigo 155, § 3º da Constituição⁴⁸⁹, é possível fazer referência ao serviço de *fornecimento* de energia elétrica como atividade distinta das demais (geração e transmissão), que além de ser exclusividade das concessionárias de serviço público de

⁴⁸⁶ BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coord.). **Estado, Direito...** Op. Cit. 2014. p. 477.

⁴⁸⁷ CALDAS, Geraldo Pereira. **Concessões de Serviços Públicos de Energia...** Op. Cit. 2011. p. 174.

⁴⁸⁸ CALDAS, Geraldo Pereira. **Concessões de Serviços Públicos de Energia...** Op. Cit. 2011. p. 175.

⁴⁸⁹ BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coord.). **Estado, Direito...** Op. Cit. 2014. p. 477

distribuição, admite intermediação pela *comercialização* por particulares, destinada ao atendimento dos usuários livres. Esta última, em conformidade com as atualizações introduzidas pela Lei 10.848/2004, refere-se ao serviço de compra e venda da energia elétrica para seu fornecimento aos usuários livres (consumidor livre ou especial), condicionada à prévia autorização. Não se confundem, portanto, com a compra e venda para o fornecimento aos usuários cativos, quando prestada pelo concessionário de serviço público de distribuição⁴⁹⁰.

Ao ser prestada para o atendimento do usuário livre deve ser compreendida como atividade econômica condicionada apenas a prévia autorização. Mas se prestada ao usuário cativo, possui como condição necessária a prévia licitação, conforme se deduz do art. 15 da Lei nº 9.074/1995⁴⁹¹. Enquanto os usuários cativos só podem contratar a energia com a concessionária da região onde se encontrarem, os usuários livres podem contratar com fornecedores situados em diversas áreas de concessão⁴⁹². Importante mencionar que a contratação do fornecimento de energia elétrica para a Administração refere-se a hipótese de dispensa de licitação (artigo 24, inciso XXII da Lei 8.666/1993, com redação da Lei 9.648/1998)⁴⁹³. Foi para dar cabo à tal complexidade que, com base na Lei 10.848/2004 (e seu decreto regulamentar 5.193/2004), foram estabelecidos dois ambientes de contratação, em conformidade com o regime jurídico aplicável: o Livre (ACL⁴⁹⁴) e o Regulado (ACR⁴⁹⁵).

Considerando que a energia elétrica manifesta natureza (no ordenamento jurídico) tanto de bens quanto de serviços, pode-se concluir que seu regime jurídico no direito brasileiro é de serviço público, ainda que possa assumir regime jurídico de atividade econômica, conforme o “serviço de energia elétrica” enfocado.

A palavra *tarifa* designa o valor de apenas uma unidade de determinado serviço público prestado sob regime de concessão ou permissão. O valor que o usuário do serviço público “paga é o resultado do cálculo pelo qual se multiplica a tarifa pela quantidade efetivamente usufruída do serviço público correspondente”. O resultado deste cálculo é

⁴⁹⁰ BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coord.). **Estado, Direito...** Op. Cit. 2014. p. 478.

⁴⁹¹ BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coord.). **Estado, Direito...** Op. Cit. 2014. p. 478

⁴⁹² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. BLANCHET, Luiz Alberto (Org), et al. **Serviços...** Op. Cit. 2007. p. 39.

⁴⁹³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. BLANCHET, Luiz Alberto (Org), et al. **Serviços...** Op. Cit. 2007. p. 39.

⁴⁹⁴ Refere-se ao segmento do mercado no qual operam-se a compra e venda de energia elétrica, enquanto objeto de contratos bilaterais livremente negociados, conforme o regime jurídico incidente (Art. 1º, § 2º, inc. II do Decreto 5.193/2004)

⁴⁹⁵ Refere-se ao segmento do mercado no qual se realizam as operações de compra e venda de energia elétrica entre agentes vendedores e agentes de distribuição, precedidas de licitação, conforme o regime jurídico incidente (Art. 1º, § 2º, inc. I do Decreto 5.193/2004).

acrescido de outros elementos, como encargos e tributos⁴⁹⁶.

No que se refere ao serviço público de energia elétrica, fatura e serviço não são a mesma coisa. Também não o são *taxa* e tarifa. “Tarifa envolve contraprestação, retribuição, de natureza contratual, daí o caráter facultativo do preço público, a liberdade de escolha do usuário”. Ao passo que a taxa é espécie do gênero tributo, receita fiscal, exigível por força de lei⁴⁹⁷. A tarifa “corresponde ao valor a ser pago pelo usuário do serviço público de energia elétrica, cuja composição compreende os custos envolvidos em todo o processo necessário para produzir, transportar e distribuir a energia elétrica aos usuários”, com a remuneração do concessionário comumente denominada *lucro*⁴⁹⁸.

O que se costuma denominar como *lucro* “é a remuneração do trabalho desenvolvido pelo concessionário, atividade sem a qual a energia sequer seria produzida e, ainda que o fosse, não chegaria ao usuário” “Pelo recebimento do lucro, os agentes que viabilizaram a utilização da energia pelo usuário estão recuperando os investimentos levados a efeito para tal fim”. Afinal, “sem o lucro, o concessionário não estaria apenas deixando de receber, mas sim estaria desembolsando”. Como em qualquer atividade, a remuneração justa não pode se limitar apenas aos custos sem os quais não seria possível prestar o serviço⁴⁹⁹..

No processo todo, da geração à entrega da energia ao usuário, seria inviável sem o esforço de vários agentes, que muitas vezes passam despercebidos. Mas “quem paga tudo é o usuário, impropriamente denominado consumidor final, por influência de outras áreas de estudo do Direito”. Por isso que “sem o pagamento do usuário, tudo seria impossível, até mesmo a existência do Poder Concedente”⁵⁰⁰. Não apenas investimentos necessários para a produção da energia e para fazê-la chegar ao usuário oneram o “consumidor final”, mas também “diversos encargos e tributos incidem sobre as múltiplas etapas do processo de produção, transporte e disponibilização que integram o serviço público de energia elétrica”⁵⁰¹. É, pois, na fatura de energia elétrica que se encontra descrita a composição do valor a ser pago pelo usuário, com a discriminação, entre os demais, dos valores pertinentes aos encargos setoriais e aos tributos. Além “dos valores componentes do cálculo da tarifa, outros são acrescidos, como o ICMS, o PIS/PASEP e a COFINS, que não estão compreendidos entre os custos próprios do serviço público de energia elétrica”. Também deve ser pago pelo usuário o valor referente ao serviço

⁴⁹⁶ BLANCHET, Luiz Alberto, DE CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre. **Direito da Ener...** Op. Cit. 2014. p. 5.

⁴⁹⁷ BLANCHET, Luiz Alberto. **Concessão de Serviços Públicos**. 2. Ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 64.

⁴⁹⁸ BLANCHET, Luiz Alberto, DE CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre. **Direito da Ener...** Op. Cit. 2014. p. 6.

⁴⁹⁹ BLANCHET, Luiz Alberto, DE CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre. **Direito da Ener...** Op. Cit. 2014. p. 6.

⁵⁰⁰ BLANCHET, Luiz Alberto, DE CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre. **Direito da Ener...** Op. Cit. 2014. p. 7.

⁵⁰¹ BLANCHET, Luiz Alberto, DE CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre. **Direito da Ener...** Op. Cit. 2014. p. 7.

de iluminação pública que, “ao contrário do serviço público objeto da fatura, é indivisível e de competência municipal”⁵⁰².

Fator de relevante repercussão na tarifa refere-se as contingências e peculiaridades próprias de cada área de concessão. Evidencia-se que o fator impactante, portanto, é a área de concessão e não a concessionária, uma vez que esta última pode obter a outorga de diversas áreas de concessão, com peculiaridades diversas⁵⁰³.

A composição da tarifa é imprescindível “não apenas para se calcular o valor justo a ser pago pelo usuário, mas também para viabilizar revisões e reajustes tarifários igualmente justos”. Deve-se entender por tarifa justa, antes de tudo, como tarifa módica⁵⁰⁴.

Só pode ser considerada módica a tarifa que propicia ao concessionário condições para prestar serviço adequado e, ao mesmo tempo, lhe possibilita a justa remuneração dos recursos comprometidos na execução do objeto da concessão”. Sem que existisse uma tal garantia, “o Estado jamais contaria com a colaboração honesta da iniciativa privada. O particular, afinal, não tem obrigação de custear atendimento de necessidades públicas. Esta é um dever do Estado”.⁵⁰⁵

É mediante os procedimentos de reajuste e de revisão que se viabiliza a manutenção do valor de tarifas que não impossibilitem ou dificultem a utilização do serviço pelo usuário e que não comprometa a estabilidade da concessionária. A equação econômico-financeira do contrato de concessão representa este equilíbrio econômico, que se refere à equação simples de primeiro grau “ $x - y = 0$ ”, na qual x indica os custos do concessionário, para executar adequadamente o serviço, e y se refere a remuneração a ser paga pelos usuários, assegurada pelo Poder Concedente⁵⁰⁶.

A partir da Lei 8.987/1995, a tarifa passou a ser definida para a área de concessão objeto de cada licitação, sob o regime denominado *tarifa pelo preço*. Assim, “a tarifa que serve de base para o cálculo da remuneração a ser cobrada do usuário de energia elétrica é a definida pelo proponente futuro concessionário na proposta que o fez vencedor da licitação”⁵⁰⁷.

⁵⁰² BLANCHET, Luiz Alberto, DE CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre. **Direito da Ener...** Op. Cit. 2014. p. 8.

⁵⁰³ BLANCHET, Luiz Alberto, DE CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre. **Direito da Ener...** Op. Cit. 2014. p. 8.

⁵⁰⁴ “A amplitude da modicidade da tarifa não pode chegar ao ponto de comprometer a adequação do serviço. A concessão, ao ser licitada, deve apresentar condições atrativas para o particular, sob pena de não acorrerem interessados. O edital de concorrência para concessão que não observe este princípio está restringindo a competitividade, podendo, inclusive, ser alvo de anulação. A modicidade além de não poder prejudicar a adequação do serviço a ser prestado, também não pode comprometer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.” BLANCHET, Luiz Alberto. **Direito Administrativo...** Op. Cit. 2012. p. 68.

⁵⁰⁵ BLANCHET, Luiz Alberto. **Direito Administrativo...** Op. Cit. 2012. p. 68.

⁵⁰⁶ BLANCHET, Luiz Alberto, DE CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre. **Direito da Ener...** Op. Cit. 2014. p. 9.

⁵⁰⁷ BLANCHET, Luiz Alberto, DE CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre. **Direito da Ener...** Op. Cit. 2014. p. 9.

Com base neste regime tarifário, o valor total figurante na fatura de energia elétrica compreende dois fatores diretamente vinculados aos serviços e instalações de energia elétrica relativamente a produção e ao transporte, juntamente com os demais elementos externos ao serviço público, com natureza fiscal, os tributos antes mencionados. Evidencia-se que antes da Lei 10.648/2004 o valor relativo à geração era determinado pela livre negociação entre distribuidoras e geradoras, de acordo com os limites fixados pela ANEEL. Mas que após a referida lei, passou a ser obtido a partir das cotações realizadas em licitações de energia elétrica promovidas na modalidade leilão⁵⁰⁸.

Quanto aos custos abarcados pela tarifa, são classificados em: *gerenciáveis* e *não gerenciáveis*. Os gerenciáveis correspondem às atividades executadas pelo próprio concessionário, à cota de depreciação e à amortização do investimento, são os custos que se encontram dentro dos limites de controle do concessionário e, sendo tais, podem ser por ele “gerenciados” para aumentar a eficiência do serviço. Correspondem a um quarto do valor cobrado do usuário, que integram a parcela “B” Para que seja obtido o valor destes custos, “recorre-se a um parâmetro representado por um concessionário fictício definido por padrões de eficiência operacional desejável denominado empresa de referência, e determina-se os investimentos prudentes, observados os limites fixados pela ANEEL”⁵⁰⁹.

Já os não gerenciáveis são os decorrentes de atividades exercidas por terceiros, como os pertinentes à produção da energia (custos para sua compra), à transmissão, aos encargos setoriais, que são simplesmente repassados ao usuário (“consumidor final”). Correspondem aos três quartos restantes do valor cobrado do usuário, que integram a parcela “A”. Portanto: “[TARIFA = PARCELA A + PARCELA B]”⁵¹⁰.

As normas que definem o regime jurídico da tarifa do serviço público de energia elétrica apontam para o dever de “espelhar com a maior fidelidade e objetividade possível o custo do serviço e a remuneração justa do concessionário prestador”. Noutros termos, a tarifa justa se traduz no princípio da modicidade tarifária, “o qual, ao seu turno, integra o universo de mandamentos normativos delineadores da adequação na prestação do serviço público correspondente”. Para tanto, deve-se respeitar o caráter dinâmico e contingencial dos fatores internos e circunstâncias ao serviço público concedido, pelo que se faz imprescindível a manutenção do equilíbrio econômico do contrato de concessão, operando-se por meio do

⁵⁰⁸ BLANCHET, Luiz Alberto, DE CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre. **Direito da Ener...** Op. Cit. 2014. p. 11.

⁵⁰⁹ BLANCHET, Luiz Alberto, DE CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre. **Direito da Ener...** Op. Cit. 2014. p. 11.

⁵¹⁰ BLANCHET, Luiz Alberto, DE CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre. **Direito da Ener...** Op. Cit. 2014. p. 12.

reajuste e pela revisão sempre que necessário⁵¹¹.

4.2 REGIME ESPECIAL DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Há uma íntima conexão do instituto do serviço público com os direitos fundamentais sociais. Estes, consagrados pelo bloco de constitucionalidade (disposições constitucionais expressas e implícitas e tratados internacionais de direitos humanos), tem por propósito o atendimento de necessidades humanas, com a defesa e promoção da dignidade dos cidadãos. Sua satisfação “depende diretamente de ações estatais orientadas à criação das condições imprescindíveis para tornar real e efetiva a sua fruição pelos indivíduos”. E grande parcela dessas condições compõe-se de prestações fáticas oferecidas pela via dos serviços públicos. Nesse sentido, o serviço público revela-se como o principal mecanismo disponível para a Administração realizar os direitos fundamentais sociais⁵¹².

Para cada um deles (art. 6º, CF) o sistema constitucional estipula uma atividade estatal correlativa, a fim de oferecer aos cidadãos prestações materiais necessárias à fruição dos bens jurídicos respectivamente protegidos⁵¹³. Assim, pode-se afirmar que “o direito ao uso dos serviços públicos é um dos direitos fundamentais do cidadão”⁵¹⁴. Para além do simples uso, deve-se reconhecer no texto constitucional (Art. 175, parágrafo único, inciso IV) “o direito fundamental ao serviço público adequado, como direito a exigir do Estado-Administração prestações positivas, de fornecer ‘utilidades ou comodidades materiais’ consideradas necessárias, imprescindíveis para a reconhecida pessoa e para a coletividade”⁵¹⁵.

⁵¹¹ BLANCHET, Luiz Alberto, DE CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre. **Direito da Ener...** Op. Cit. 2014. p. 12.

⁵¹² HACHEM, Daniel Wunder. **Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão**: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 123-158, jan./mar. 2014. p. 128.

⁵¹³ ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da intervenção do Estado no domínio social**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 176-182.

⁵¹⁴ DALLARI, Adilson Abreu. **Direito ao uso dos serviços públicos**. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 13, p. 210-215, 1999. p. 215.

⁵¹⁵ BACELLAR FILHO, R. F. Poder normativo de entes reguladores. Revista de Direito Administrativo, [S. l.], v. 230, p. 153–162, 2002. DOI: 10.12660/rda.v230.2002.46339. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46339>. Acesso em: 02 jan. 2022. p. 155. O mesmo é reconhecido em várias obras no âmbito jurídico, com destaque a jurista Adriana C. R. Schier: SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime jurídico do serviço público**: garantia fundamental do cidadão e proibição de retrocesso social. Curitiba, 2009. 224 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, 2009. f. 129; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; SCHIER, Paulo Ricardo. **O serviço público adequado e a cláusula de proibição de retrocesso social**. Revista de Direito da Administração Pública, Universidade Federal Fluminense, ISSN 24472042, a. 2, v. 2, n. 1, jan/jun, 2016, p. 212, et. seq; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; SCHIER, Paulo Ricardo. **Serviço público**: condição da dignidade humana no estado social e democrático de direito. Espaço Jurídico: Journal of Law, v. 17, n. 3, p. 975-992, set./dez. 2016, p. 980 et. Seq; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Administração Pública em prol da realização do direito fundamental ao desenvolvimento**: o Direito Administrativo Social. Revista de la Facultad de Derecho de México, v. 70, n. 277-2, p. 733-764, 2020, p. 748; GARCIA FILHO, José Cal. **Serviço público e direitos fundamentais**. A&C – Revista

Como já mencionado no capítulo anterior, o que qualifica um direito como fundamental é o regime jurídico ao qual submetem-se. “Os direitos fundamentais se sujeitam a um conjunto específico de princípios e regras, que tem por finalidade emprestar-lhes uma proteção reforçada contra ações e omissões do Estado e dos sujeitos privados”⁵¹⁶. São suas características elementares: aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º); e proteção contra reformas abolitivas (art. 60, §4º, IV).⁵¹⁷

O primeiro aponta para a proteção dos cidadãos contra a inércia do Poder Legislativo⁵¹⁸, contra ações arbitrárias do Parlamento⁵¹⁹ e contra omissões administrativas⁵²⁰. O segundo veda qualquer tentativa de extirpá-los da Constituição, contra o poder reformador. Possuem, ainda, como peculiaridade sua multifuncionalidade e dupla dimensão, que impõem ao Estado o dever de atendimento das demandas individualizadas ou coletivas, quando exigidas pelos cidadãos; a obrigação de criar estruturas organizativas e procedimentais para viabilizara sua fruição universalizada; e o dever de criar normas protetivas, a fim de proporcionar sua tutela contra violações pelos particulares.

Também implicam a restrição da margem de decisão para o legislador infraconstitucional, submetendo-lhe a critérios adequados, em vistas da intangibilidade do seu *núcleo essencial*, com respeito à proporcionalidade⁵²¹ e a razoabilidade⁵²². Vale mencionar que

de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, p. 11-32, jul./set. 2008. p. 25; RIBAS, Paulo Henrique. **O serviço público como meio de concretização de direitos fundamentais**. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; BLANCHET, Luiz Alberto (Coord.). **Serviço público: estudos dirigidos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 101; FINGER, Ana Cláudia. **Serviço público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 142-165, abr./jun. 2003, p. 143; ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da intervenção do Estado...** Op. Cit. 2009. pp. 182-185; PEREIRA, Cesar A. Guimarães. **Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 274 et seq.; PIRES, Luis Manuel Fonseca. **O Estado Social e Democrático e o serviço público: um breve ensaio sobre liberdade, igualdade e fraternidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 119;.

⁵¹⁶ HACHEM, Daniel Wunder. **Direito fundamental ao serviço público adequado...** Op. Cit. 2014. p. 130.

⁵¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 74-75; 422.

⁵¹⁸ “tornando prontamente exigíveis em face da Administração e do juiz as pretensões jurídicas que decorrem dos direitos fundamentais, ainda que o legislador se omita em concretizá-los”. HACHEM, Daniel Wunder. **Direito fundamental ao serviço público adequado...** Op. Cit. 2014. p. 130.

⁵¹⁹ “obrigando a Administração a respeitar de imediato os direitos fundamentais e recusar-se a aplicar as leis que os contrariem, pois eles incidem diretamente sobre a atividade administrativa e não apenas na medida da lei”. HACHEM, Daniel Wunder. **Direito fundamental ao serviço público adequado...** Op. Cit. 2014. p. 130.

⁵²⁰ “permitindo o acionamento do Poder Judiciário nos casos em que as posições jurídico-subjetivas conferidas pelos direitos fundamentais forem exigidas perante a Administração, mas sejam por ela recusadas ou desprezadas”. HACHEM, Daniel Wunder. **Direito fundamental ao serviço público adequado...** Op. Cit. 2014. p. 130.

⁵²¹ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Liberdade de reunião**. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 239 et seq.; SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 167-182; MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 64-82; BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y...** Op. Cit. 2007; NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais...** Op. Cit. 2003. p. 752-765.

⁵²² NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais...**, Op. Cit., p. 765-769.

em matéria de direitos sociais, é reconhecida a incidência da “cláusula de proibição de retrocesso social”, como princípio que integra o regime jurídico especial desses direitos⁵²³. Daí decorrem as consequências jurídica já mencionadas no capítulo antecedente, sobretudo em matéria de decisões administrativas

São dois os critérios de reconhecimento de direitos fundamentais, como já mencionado anteriormente, que lhe conferem *jusfundamentalidade*: formal (Título II) e material (art. 5º, §2º). Os direitos formalmente inseridos no rol do Título II da Constituição, sob o título “Dos direitos e garantias fundamentais”, apresentam *jusfundamentalidade formal*, como decorrência da decisão do legislador constituinte. Desta forma, as posições jurídicas abarcadas pelo texto constitucional (arts. 5º a 17) são asseguradas pelo regime jurídico especial ora aludido. O art. 5º, §2º, da Constituição também permite atribuir status *jusfundamental* a direitos que, mesmo fora do texto normativo formalmente delimitado, referem-se a alguma das quatro hipóteses que demonstram sua *jusfundamentalidade material*⁵²⁴.

O direito em apreço demonstra sua *jusfundamentalidade material* em todas as hipóteses, ainda que a presença de uma só já seria satisfatória para tal qualificação. Encontra-se subentendido no artigo 6º da Constituição (1), já que não seria possível assegurar o acesso de todos os titulares dos direitos sociais sem a prestação de serviços públicos pelo Estado. Afinal, não se atinge os fins sem dispor dos meios para tanto. É declarado no artigo 175, parágrafo único, IV da Constituição, já que a obrigação de manter um serviço adequado é uma incumbência do Poder Público, e em contrapartida, há o direito do cidadão recebe-lo (2). Seu conteúdo e importância estão intimamente próximos ao teor dos respectivos direitos sociais, uma vez que sem a prestação do serviço público adequado, se tornaria inviável a fruição dos

⁵²³ “[...] A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar — mediante supressão total ou parcial — os direitos sociais já concretizados [...]”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.337**. Relator Min. Celso de Mello. Segunda Turma. Julgado em 23.08.2011. DJe-177, divulgado em 14.09.2011, publicado em 15.09.2011.

⁵²⁴ Os direitos apresentam *jusfundamentalidade material* quando: 1) implícitos ou subentendidos no texto normativo do Título II; 2) proclamados expressamente no texto constitucional, fora do catálogo formal, mas de conteúdo e importância semelhante à daqueles enunciados no Título II; 3) previstos em tratados internacionais de direitos humanos; 4) não anunciados em texto normativo algum, mas decorram dos princípios e do regime constitucionalmente estabelecido. HACHEM, Daniel Wunder. **Direito fundamental ao serviço público adequado...** Op. Cit. 2014. p. 132.

direitos pelos seus titulares. Encontra-se previsto em diversos tratados internacionais de direitos humanos (3), dentre eles: Protocolo Adicional à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (“Protocolo de San Salvador”)⁵²⁵; Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem⁵²⁶; na Declaração Universal dos Direitos Humanos⁵²⁷; Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher⁵²⁸. E, por fim, trata-se de uma decorrência direta dos princípios da dignidade da pessoa humana e da cidadania (art. 1º, II e III, CF), uma vez que serviços públicos são indispensáveis para proporcionar condições de existência digna ao povo e para viabilizar a participação ativa do mesmo na comunidade política e social. Isso sem contar que são imprescindíveis para “atingir os objetivos fundamentais da República de erradicar a pobreza, reduzir as desigualdades sociais, garantir o desenvolvimento e construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I a III, CF)”⁵²⁹.

Como consequência, incidem os traços peculiares ao regime jurídico especial ora aludido no teor do trabalho, dentre eles: “aplicabilidade imediata, proteção contra emendas constitucionais abolitivas, multifuncionalidade, dupla dimensão (subjéctiva e objectiva), intangibilidade do conteúdo essencial, cláusula de vedação de retrocesso social, etc”⁵³⁰. Assim tem-se reforçada a proteção jurídica dos titulares dos direitos sociais, que agregam à sua esfera essa garantia constitucional⁵³¹, potencializando os meios para exigir do Estado sua satisfação

⁵²⁵ Protocolo Adicional à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (“Protocolo de San Salvador”): “Artigo 11.1. Toda pessoa tem direito a viver em meio ambiente sadio e a contar com os serviços públicos básicos” in: HACHEM, Daniel Wunder. **Direito fundamental ao serviço público adequado...** Op. Cit. 2014. p. 132.

⁵²⁶ Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem: “Artigo XXXVI. Toda pessoa tem o dever de pagar os impostos estabelecidos pela Lei para a manutenção dos serviços públicos”. in: HACHEM, Daniel Wunder. **Direito fundamental ao serviço público adequado...** Op. Cit. 2014. p. 132.

⁵²⁷ Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Artigo XXV. 1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle. 2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social”. in: HACHEM, Daniel Wunder. **Direito fundamental ao serviço público adequado...** Op. Cit. 2014. p. 132.

⁵²⁸ Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher: “Artigo 14. [...] 2. Os Estados-partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher nas zonas rurais, a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, que elas participem no desenvolvimento rural e dele se beneficiem, e em particular assegurar-lhes-ão o direito a: [...] h) gozar de condições de vida adequadas, particularmente nas esferas da habitação, dos serviços sanitários, da eletricidade e do abastecimento de água, do transporte e das comunicações”. in: HACHEM, Daniel Wunder. **Direito fundamental ao serviço público adequado...** Op. Cit. 2014. p. 132.

⁵²⁹ HACHEM, Daniel Wunder. **Direito fundamental ao serviço público adequado...** Op. Cit. 2014. p. 133.

⁵³⁰ HACHEM, Daniel Wunder. **Direito fundamental ao serviço público adequado...** Op. Cit. 2014. p. 133.

⁵³¹ “As garantias fundamentais têm caráter instrumental em relação aos direitos fundamentais. Consistem em ferramentas para a sua tutela. Em sentido lato, são também consideradas direitos fundamentais, mas em uma acepção estrita recebem nomenclatura própria.” HACHEM, Daniel Wunder. **Direito fundamental ao serviço público adequado...** Op. Cit. 2014. p. 133. Nota 33.

plena.

Em virtude do reconhecimento da condição jusfundamental da garantia de um serviço público adequado, pode-se identificar um *conteúdo essencial* do regime jurídico do serviço público, consubstanciado nos princípios da generalidade, da continuidade e da modicidade de taxas e tarifas, que não pode em hipótese alguma ser extirpado do art. 6º, §1º da Lei nº 8.987/95, como proteção oriunda da incidência da cláusula de vedação de retrocesso social⁵³².

Ainda, em razão de seu status jusfundamental, deve-se conferir ao direito em apreço a estatura de cláusula pétrea, da qual decorre sua intangibilidade “que impede a deliberação de proposta de emenda tendente a abolir os serviços públicos que efetivam os direitos sociais”. Por isso, podem ser considerados como “cláusulas pétreas (implícitas, evidentemente) os serviços públicos de educação, saúde, trabalho, moradia, proteção à maternidade e à infância e assistência social”⁵³³.

Além destes efeitos jurídicos, também apresenta peculiaridades quanto ao seu conteúdo jurídico. Se em abstrato pode parecer indeterminado, diante do caso concreto é possível, ainda assim, verificar se o serviço prestado é adequado ou não. Evidencia-se que a preocupação do constituinte foi de estabelecer o “dever de oferecimento dos serviços públicos sob um regime jurídico especial, benéfico e protetivo ao cidadão”, a fim de “satisfazer as necessidades humanas fundamentais de todos aqueles que necessitarem dos bens e serviços úteis e escassos cuja oferta o ordenamento jurídico colocou à cura do Estado”⁵³⁴.

Trata-se de um regime jurídico assentado no Direito Público, que visa “assegurar coercitivamente que o interesse público prepondere sobre conveniências privadas”, fazendo recair sobre o serviço público “restrições especiais para garantir-lhe a proteção contra o próprio Estado ou contra seu exercente”, impondo “tanto o dever de assegurá-lo nos termos indicados, quanto limitações para que não atue abusivamente, isto é, de maneira a desrespeitar direitos dos administrados em geral e direitos e interesses dos usuários do serviço”⁵³⁵.

⁵³² A jurista destaca que “a preocupação que norteia a presente tese [...] é conferir uma especial proteção ao regime jurídico do serviço público, previsto no art. 6º, §1º, da Lei nº 8.987, de 1995, inclusive em relação à atividade legislativa futura. Isto porque [...] acredita-se que a efetivação dos direitos sociais instrumentalizados por tais serviços só será possível se tal atividade for prestada de forma universal, contínua e com tarifa módica, consagrando-se, assim, o núcleo essencial do regime jurídico previsto no citado dispositivo legal”. Aponta, ainda, que “o regime jurídico do serviço público, naquilo que se refere ao mínimo existencial — universalidade, modicidade das tarifas e continuidade das prestações — está protegido pela cláusula de proibição de retrocesso social. Esse posicionamento permitirá proteger o regime do serviço público em si contra modificações legislativas que atentem contra a própria essência do instituto”. SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime jurídico do serviço público...** Op. Cit. 2009. pp. 8 e 151.

⁵³³ ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da intervenção do Estado no domínio social...**, Op. Cit., p. 184.

⁵³⁴ HACHEM, Daniel Wunder. **Direito fundamental ao serviço público adequado...** Op. Cit. 2014. p. 134.

⁵³⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Serviço público e sua feição constitucional no...**, op. cit., p. 13.

Tal regime se faz necessário para a garantia de que o serviço público será prestado adequadamente, assegurando a satisfação de tal garantia fundamental. Compõe-se de um núcleo principiológico comum, que decorre do princípio da juridicidade, afetando toda e qualquer atividade administrativa⁵³⁶, seja ela poder de polícia, fomento, entre outras mencionadas anteriormente, dirigindo-se especificamente para a prestação de serviços públicos. Assim como também existe um plexo normativo orientado especificamente para a prestação do serviço público adequado, que já foram elucidados anteriormente. Porém o rol de princípios do art. 6º, §1º da Lei nº 8.987/95, é meramente exemplificativo, não taxativo⁵³⁷. Razão pela qual outros princípios também submetem a prestação do serviço público, ainda que fora do texto normativo expresso, como o controle sob as condições de sua prestação e a sustentabilidade (princípio-síntese).

Ainda que densificado pelo legislador infraconstitucional, ampliando a proteção jurídica do cidadão, com impossibilidade de sua rejeição pelo Poder Público, não dependeria de regulamentação legal para que se pudesse exigir que fossem prestados continuamente e regularmente, pelo que torna desnecessária sua declaração no texto legal. Evidencia-se que a identificação de ambos os desdobramentos já poderia ser feita por uma interpretação constitucional do termo, razão pela qual sua configuração jurídica e exigibilidade decorrem do próprio texto constitucional, independentemente da existência da norma legal. Mesmo assim, indiscutível o fato de que a precisão e explicitação de seus contornos pela legislação fortalece sua potencial efetividade, de modo que, ao menos no tocante aos oito princípios alojados no art. 6º, §1º da Lei nº 8.987/95, não se admite espaço para controvérsias⁵³⁸.

Nestes termos, pode-se afirmar que o povo é titular do direito fundamental a prestação do serviço público adequado ao seu fim: satisfazer “necessidades dos membros da coletividade voltadas à garantia do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais”. Sem a realização desse direito, torna-se inviável ao Poder Público proporcionar à “cidadania uma tutela administrativa efetiva dos direitos sociais constitucionalmente consagrados”⁵³⁹.

A sustentabilidade, como citada anteriormente, prescreve o dever de o Estado efetivar o desenvolvimento socialmente inclusivo, durável e equânime, que também é condição

⁵³⁶ Como todas as demais atividades da Administração, os serviços públicos submetem-se “aos princípios constitucionais da legalidade, publicidade, moralidade, impessoalidade, eficiência, segurança jurídica, proteção à confiança legítima, boa-fé, razoabilidade, proporcionalidade, motivação, entre outros”. HACHEM, Daniel Wunder. **Direito fundamental ao serviço público adequado...** Op. Cit. 2014. p. 135.

⁵³⁷ HACHEM, Daniel Wunder. **Direito fundamental ao serviço público adequado...** Op. Cit. 2014. p. 135.

⁵³⁸ HACHEM, Daniel Wunder. **Direito fundamental ao serviço público adequado...** Op. Cit. 2014. p. 135.

⁵³⁹ HACHEM, Daniel Wunder. **Direito fundamental ao serviço público adequado...** Op. Cit. 2014. p. 136.

imprescindível para a adequada prestação do serviço público⁵⁴⁰. O princípio da universalidade do acesso aos serviços públicos é uma das normas que traduzem esta dimensão da sustentabilidade na atividade administrativa, sobretudo no âmbito da prestação de tais serviços, lhe obrigando a garantir que os bens “por eles oferecidos serão materialmente acessíveis a todo o universo de pessoas que deles carecerem”. Trata-se de “um dever positivo de instituir as condições fáticas necessárias para que o acesso aos serviços públicos seja realmente universal e esteja efetivamente ao alcance de todos no plano da realidade”⁵⁴¹.

A noção de universalidade pressupõe que “o serviço público é obrigatório no sentido de que a prestação deve necessariamente cumprir-se, sem que possa a autoridade beneficiar com ela a alguns e negá-la para outros”⁵⁴². Como princípio, estabelece que “a prestação dos serviços públicos deverá ser assegurada a todos, buscando a sua máxima universalização, sem excluir qualquer cidadão, qualquer que seja o motivo da exclusão”⁵⁴³.

Não significa que diante das circunstâncias concretas o acesso não possa ser excluído por determinados motivos, quando as distinções sejam necessárias para um fornecimento efetivamente universal, quer dizer, quando exigido pelo princípio da igualdade material um critério diferenciado na prestação. Em sua essência, consiste na garantia de acesso para a universalidade dos cidadãos que dele necessitem, que pressupõe a consideração das diferenças de condições de cada indivíduo ou grupo social, incluindo-se as pessoas de baixa renda e que habitam em regiões afastadas dos centros urbanos⁵⁴⁴. Universalizar não significa tratar todos necessariamente de forma idêntica, sem qualquer diferenciação, mas sim “prestar de forma adequada os respectivos serviços públicos a toda a população de potenciais usuários”, afinal, “o serviço só estará efetivamente universalizado quando toda a população for atendida”⁵⁴⁵.

Pelo princípio da igualdade nos serviços públicos impõe-se o “tratamento não discriminatório e universal para todos os usuários. Não se pode restringir o acesso aos benefícios do serviço público para os sujeitos que se encontrem em igualdade de condições”⁵⁴⁶, com base critérios distintos. Significa que “o serviço público deve ser prestado em benefício de todos sujeitos que se encontrem em situação equivalente, de modo indeterminado. Admite-se,

⁵⁴⁰ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao Futuro**. 4. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2019, p. 337.

⁵⁴¹ HACHEM, Daniel Wunder. **Direito fundamental ao serviço público adequado...** Op. Cit. 2014. p. 137.

⁵⁴² SILVA CIMMA, Enrique. **Derecho administrativo chileno y comparado: el servicio público**. Santiago: Jurídica de Chile, 1995. p. 60.

⁵⁴³ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime jurídico do serviço público...** Op. Cit. 2009. p. 177-178.

⁵⁴⁴ HACHEM, Daniel Wunder. **Direito fundamental ao serviço público adequado...** Op. Cit. 2014. p. 138.

⁵⁴⁵ MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei nº 8.987/1995 (parte geral)**. São Paulo: Malheiros, 2010.

⁵⁴⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 31

como é da essência da isonomia, a discriminação fundamentada em critérios adequados”⁵⁴⁷.

É, pois, tendo em vista as circunstâncias fáticas dos indivíduos que será possível admitir tratamento discriminatório⁵⁴⁸, desde que seja demonstrada a correlação lógica entre o fundamento que lhe deu origem e o regime diferenciado dispensado aos cidadãos, com o devido respaldo do sistema jurídico. Portanto, “qualquer discriminação deve ser justificada em função da condição ou situação em que objetivamente cada usuário se encontra”⁵⁴⁹. E o critério para isso, é o da “igualdade material, que pressupõe a consideração das desigualdades existentes entre os cidadãos no momento de estipular a quais direitos fundamentais e prestações estatais cada um deles faz jus”⁵⁵⁰.

A cláusula do Estado Social orientada pela igualdade material vincula a atividade estatal em múltiplos sentidos⁵⁵¹, tornando evidente a razão pela qual as “Constituições contemporâneas consagram direitos fundamentais sociais e os ordenamentos jurídicos em geral impõem às Administrações Públicas a incumbência de prestar serviços públicos para satisfazê-los”. Afinal, os direitos sociais são consagrados com o objetivo de favorecer juridicamente os menos favorecidos economicamente, compensando desigualdades financeiras comparativas, em relação aos integrantes das classes mais abastadas. Entrecruzam-se, aí, “os temas da titularidade universal dos direitos fundamentais sociais e da universalidade do acesso aos serviços públicos, os quais devem ser entendidos conjugadamente”⁵⁵².

Os titulares de direitos fundamentais sociais carecem de bens que são imprescindíveis à realização da dignidade da pessoa e é dever do Estado oferecê-los por meio de serviços

⁵⁴⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de **Direito Administrativo**. 10ª edição revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

⁵⁴⁸ “Assim, o princípio da universalidade do acesso aos serviços públicos não proíbe em absoluto o seu oferecimento de modo discriminado: ele o faz apenas se as situações vivenciadas pelas pessoas que quiserem aceder-lhes forem idênticas. Ocorrendo o contrário — isto é, se o quadro fático de cada potencial usuário for diferente — o princípio da universalidade não apenas não veda como também obriga o Estado a fornecer tratamento distinto, que seja capaz de atender às peculiaridades de cada caso e reduzir as disparidades existentes na sociedade”. HACHEM, Daniel Wunder. **Direito fundamental ao serviço público adequado...** Op. Cit. 2014. p. 139.

⁵⁴⁹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição brasileira de 1988...**, op. cit., p. 300

⁵⁵⁰ HACHEM, Daniel Wunder. **Direito fundamental ao serviço público adequado...** Op. Cit. 2014. p. 139.

⁵⁵¹ “(i) a interpretação de toda legislação deve ser feita à luz do princípio social, de sorte que, havendo mais de uma alternativa hermenêutica possível, impõe-se a adoção daquela que estiver em maior conformidade com a igualdade social; (ii) o legislador fica obrigado a dispensar tratamento diferenciado às situações sociais distintas, notadamente em termos de distribuição de bens materiais, serviços públicos e prestações positivas, sem que essa diferenciação de trato por razões de justiça social possa ser reputada inconstitucional por suposta afronta ao princípio da igualdade em sua faceta formal; (iii) o legislador fica proibido de elaborar leis que atentem contra a igualdade material e o princípio social, sob pena de serem declaradas inconstitucionais”. HACHEM, Daniel Wunder. **Direito fundamental ao serviço público adequado...** Op. Cit. 2014. p. 142, fundado em PAREJO ALFONSO, Luciano. **El concepto del Derecho administrativo**. 2. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; Editorial Jurídica Venezolana, 2009. p. 360.

⁵⁵² HACHEM, Daniel Wunder. **Direito fundamental ao serviço público adequado...** Op. Cit. 2014. p. 142.

públicos, ainda que autorizada pelo ordenamento jurídico sua comercialização no mercado, para que se garanta seu oferecimento contínuo e em condições favoráveis aos usuários. O que não quer dizer que o único meio de fruir dos bens jurídicos tutelados pelos direitos sociais seja pela utilização de serviços públicos. O cidadão que tenha acesso ao bem jurídico por meios diversos, sem necessidade de oferecimento pelo Poder Público, não pode ser investido na posição jurídica de exigir do Estado sua prestação gratuita⁵⁵³. Para assegurar a universalidade do acesso, portanto, “faz-se necessário que o Poder Público trate desigualmente as situações desiguais, na medida das suas desigualdades, em observância ao princípio da igualdade material⁵⁵⁴”.

Em se tratando de serviços públicos que não são titularidade exclusiva do Estado, como educação e saúde, se a pessoa puder desfrutar de serviços fornecidos pela iniciativa privada, então não deveria poder recebê-los sem qualquer custo do Poder Público. Afinal, a gratuidade tem por finalidade o atendimento de “necessidades humanas daqueles que não podem (porque não têm dinheiro) ou não conseguem (porque não há disponibilidade)” supri-las pela iniciativa privada⁵⁵⁵.

Mas em relação aos serviços públicos de titularidade exclusiva do Estado, nos quais a remuneração é feita diretamente pelos usuários, aplica-se o critério de discriminação baseado nas *condições financeiras* de cada indivíduo. “É o caso de serviços como fornecimento de energia elétrica, abastecimento de água potável, distribuição de gás canalizado, entre tantos outros”. Isso se justifica por meio da previsão de uma *política tarifária* contemplando diferenciações entre cidadãos de poder aquisitivo *reduzido e elevado*, como no caso das tarifas sociais para famílias de baixa renda⁵⁵⁶.

4.3 GERAÇÃO DISTRIBUÍDA COMO MEIO DA SUSTENTABILIDADE

O produto eletricidade caracteriza-se por um fluxo não estocável, que decorre da existência simultânea de dois processos: geração e utilização. Basicamente, a eletricidade é um sistema composto dos processos de geração e utilização, mais o fluxo que os integra no tempo e no espaço. Mas os processos não são espacialmente contíguos, pois o sistema conta mais dois

⁵⁵³ HACHEM, Daniel Wunder. **Direito fundamental ao serviço público adequado...** Op. Cit. 2014. p. 143.

⁵⁵⁴ “o princípio da isonomia preceitua que sejam tratadas igualmente as situações iguais e desigualmente as desiguais”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 35.

⁵⁵⁵ “se o indivíduo possuir condições financeiras e encontrar disponíveis no mercado os bens econômicos, sociais e culturais tutelados pelos direitos fundamentais sociais, logrando acesso a eles por outros meios que tornem prescindível a sua obtenção mediante serviços públicos ofertados pelo Estado, seria um contrassenso admitir que em tais circunstâncias ele estivesse investido na posição jurídica de exigir da Administração a sua prestação gratuita”. HACHEM, Daniel Wunder. **Direito fundamental ao serviço público adequado...** Op. Cit. 2014. p. 143.

⁵⁵⁶ HACHEM, Daniel Wunder. **Direito fundamental ao serviço público adequado...** Op. Cit. 2014. p. 144.

processos: a transmissão e a distribuição. O que marca esse conjunto – geração, transmissão, distribuição e utilização – é a forte interdependência – temporal e espacial – que existe entre os seus componentes⁵⁵⁷.

Como um fenômeno físico, a movimentação de elétrons num circuito (fio), só pode existir se houver uma diferença de potencial entre dois pontos. Se de um lado é necessário adicionar elétrons, do outro estes mesmos elétrons precisam ser subtraídos, de modo que: *não pode haver corrente em um circuito sem a adição e subtração simultânea de elétrons*.

Podem ser apontados três princípios gerais que regem as relações entre um processo de geração e utilização de eletricidade: princípio da simultaneidade (ocorrem num mesmo instante de tempo); princípio da instantaneidade (eventos que ocorrem em um processo têm efeitos imediatos ou instantâneos sobre o outro) e o princípio da integridade espacial (Processos são espacialmente integrados). Porém, cada relação apresenta conteúdo próprio, definido a partir do comportamento no tempo e no espaço do fluxo elétrico que integra os processos de geração e utilização de energia elétrica, correspondente a essa relação. Os atributos que sintetizam esse conteúdo são: intensidade, regularidade, furação, momento, densidade, homogeneidade, extensão e localização⁵⁵⁸.

Dessa forma, não pode haver outra conclusão, senão que cada relação caracteriza um serviço único. Ou seja, um sistema elétrico fornece, de fato, uma gama de serviços com propriedades e custos distintos e apresenta uma dada singularidade caracterizada por essa gama específica de serviços fornecidos, que representa uma combinação singular de relações que se estabelecem no seu interior e que são diferenciadas em função do seu comportamento no tempo e no espaço⁵⁵⁹. Por isso que o modo como a energia é utilizada, gerada e estocada (ou reinjetada na rede) pelo consumidor final influencia a gestão da rede e é determinante nos problemas de sustentabilidade e segurança energética. A existência da geração distribuída em redes inteligentes intensifica a interdependência entre os componentes do sistema, potencializando a complexidade e imprevisibilidade da rede na proporção do crescimento do número de processos/agentes interconectados e a conectividade entre os mesmos⁵⁶⁰.

A introdução da geração distribuída, sobretudo em função da exploração de energias renováveis (intermitentes), pode causar duas espécies de impactos sobre a complexidade do sistema: desconcentração fragmentada ou desconcentração integrada. O primeiro corresponde

⁵⁵⁷ BALDAM, Roquemar; JUNIOR, Helder Queiroz Pinto (et al.). **Economia da energia**: fundamentos econômicos, evolução histórica e organização industrial. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2016. P. 129.

⁵⁵⁸ BALDAM, Roquemar; JUNIOR, Helder Queiroz Pinto (et al.). **Economia da en...** Op. Cit. 2016. p. 134-135.

⁵⁵⁹ BALDAM, Roquemar; JUNIOR, Helder Queiroz Pinto (et al.). **Economia da en...** Op. Cit. 2016. p. 135.

⁵⁶⁰ BALDAM, Roquemar; JUNIOR, Helder Queiroz Pinto (et al.). **Economia da en...** Op. Cit. 2016. p. 191.

a uma redução da complexidade do sistema, em decorrência da autossuficiência do usuário final, que implica seu desligamento da rede e a conseqüente redução do número de processo/agentes interconectados. O segundo, corresponde a um aumento de complexidade, quando o usuário final não alcança sua autossuficiência e não se desliga da rede, o que implica um aumento do número de processos/agentes interconectados, os quais passam a adicionar carga ao sistema. Quanto a conectividade entre os processos, podem ser de duas espécies: unidirecional e bidirecional. Na primeira o fluxo de energia caracteriza-se por uma direção única (do Sistema de Distribuição para a Instalação de Uso), enquanto na segunda o fluxo se dá em duas direções (do Sistema de Distribuição para a Instalação de Uso e o inverso). Dessa forma, a integração da geração distribuída a partir de fontes de energia renováveis, com desconcentração integrada e conectividade bidirecional, implica a introdução de complexidades no sistema, com intensificação da interdependência e aumento do número de processos conectados entre si⁵⁶¹.

Essa complexidade do fenômeno focado também se manifesta no fornecimento de energia elétrica, conforme o componente do sistema elétrico focado: Central Geradora (CG); Instalação de Uso (IU); Sistema de Transmissão (ST); ou Sistema de Distribuição (SD)⁵⁶². Se tomados cada um dos componentes separadamente, é possível evidenciar as múltiplas funções assumidas em etapas da cadeia de fornecimento de energia elétrica: positiva (+) e/ou negativa (-). A positiva pode ser considerada como *Entrega* (ENT) de elétrons à rede. A negativa pode ser considerada como *Recebimento* (REC) de elétrons da rede.

A direção da corrente elétrica no circuito pode ser evidenciada por uma seta (\rightarrow), conforme a função exercida pelo componentes do circuito (COMP): ENT pode ser representada por “COMP \rightarrow Energia Elétrica”; e REC pode ser representada por “COMP \leftarrow Energia

⁵⁶¹ BALDAM, Roquemar; JUNIOR, Helder Queiroz Pinto (et al.). **Economia da en...** Op. Cit. 2016. P.192

⁵⁶² O Sistema Interligado Nacional é composto pelos Sistemas de Distribuição e Sistemas de Transmissão. Os sistemas de transmissão configuram-se pela Rede Básica (gerida pelo ONS), em conjunto com as demais instalações de transmissão (DIT de Concessionárias de Distribuição). Já os sistemas de distribuição configuram-se enquanto conjunto de redes e linhas de distribuição, que abrange as estruturas, utilidades, condutores e equipamentos elétricos, aéreos ou subterrâneos, utilizados para a distribuição da energia elétrica. Enquanto as linhas constituem circuitos radiais, as redes referem-se à circuitos malhados ou interligados. Tais sistemas diferenciam-se com base no nível de tensão em que operam. Na rede básica, as tensões podem variar de 69 kV para mais (alta tensão ou AT). Na rede de distribuição a tensão só varia deste parâmetro para menos, em função de serem impróprias para atendimento do usuário final (exceto as DIT), que pode ser primária ou secundária. Para o trânsito da energia elétrica em níveis variáveis de tensão são necessárias subestações que contenham transformadores, por meio das quais é realizada a diminuição ou elevação da tensão, conforme a direção da energia elétrica (da rede básica para a rede de distribuição, da rede primária para a secundária, ou o inverso). REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Agência Nacional de Energia Elétrica**: glossário. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/glossario>. Acesso em: 22 jan. 2022; REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Operador Nacional dos Sistemas Elétricos**: Procedimentos de rede. Disponível em: <http://www.ons.org.br/paginas/sobre-o-ons/procedimentos-de-rede/vigentes>.

elétrica”. Como é da natureza do fenômeno analisado, ao mesmo tempo que um componente entrega o elétron, outro componente precisa recebê-lo: “COMP X \rightarrow COMP Y” e “COMP Y \leftarrow COMP X”. Como componentes elementares do circuito elétrico, Central Geradora (X) e Instalação de Uso (Y) correspondem ao início e fim da cadeia de fornecimento, razão pela qual só podem exercer funções distintas e complementares entre si:

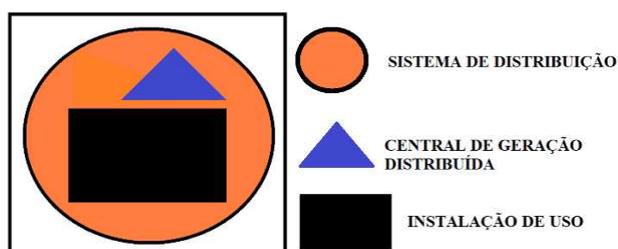
- a) Central geradora só pode exercer a função ENT: “CG \rightarrow Energia elétrica”;
- b) Instalação de Uso só pode exercer a função REC: “IU \leftarrow Energia elétrica”.

Os Sistemas de Distribuição e Transmissão, por ocuparem posição intermediária no circuito elétrico, podem exercer funções semelhantes entre si, mas se diferenciam quanto aos componentes com que interrelacionam-se no Sistema Interligado Nacional:

- a) Sistema de Distribuição pode exercer ambas as funções: ENT (SD \rightarrow Instalação de Uso e Sistema de Transmissão) e REC (SD \leftarrow Central Geradora e Sistema de Transmissão);
- b) Sistema de Transmissão pode exercer ambas as funções: ENT (ST \rightarrow Sistema de Distribuição) e REC (Central Geradora e Sistema de Distribuição \rightarrow ST). Evidencia-se que o ST não pode entregar energia para a IU, ao contrário de SD.

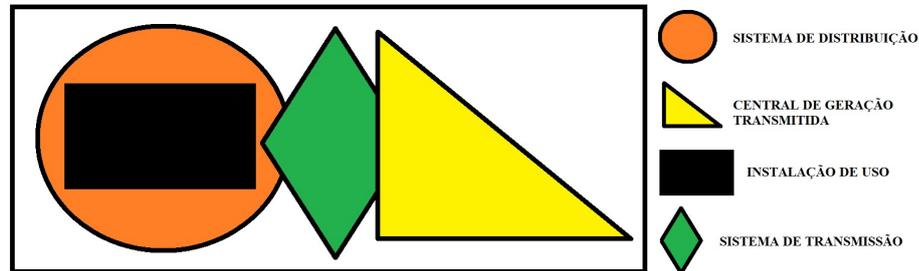
Com isso, é possível ilustrar a diferença entre os paradigmas da GD (Figura 1) e da GT (Figura 2). Enquanto o fornecimento de energia elétrica proveniente de GD, no sistema de distribuição unidirecional, só pode ocorrer da seguinte forma: [Instalação de Uso \leftarrow Sistema de Distribuição \leftarrow Central Geradora]. O fornecimento de energia elétrica proveniente de GT, no sistema de distribuição unidirecional, só pode ocorrer seguinte forma: [Instalação de Uso \leftarrow Sistema de Distribuição \leftarrow Sistema de Transmissão \leftarrow Central Geradora].

Figura 1: Sistema de distribuição unidirecional abastecido por GD.



Fonte: elaborado pelo autor (2022).

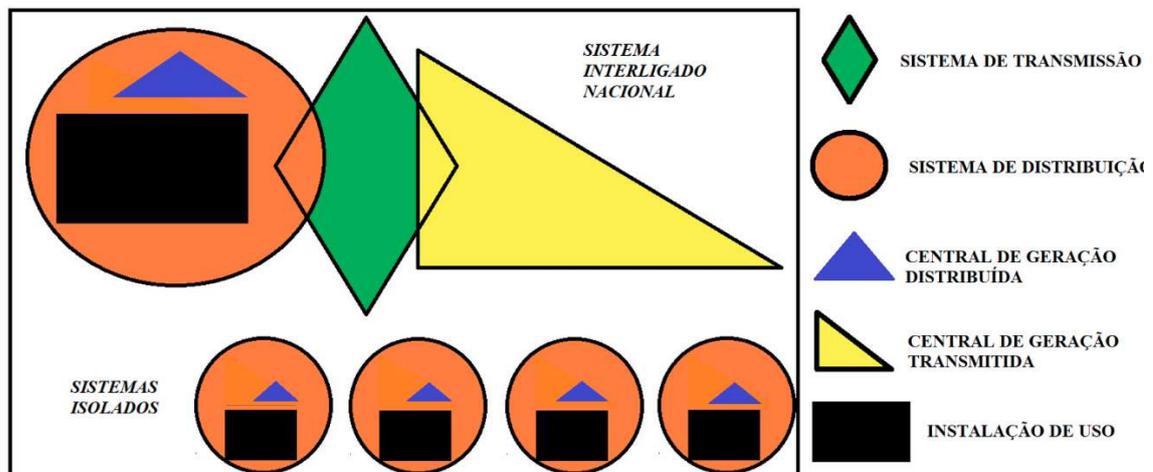
Figura 2: Sistema de distribuição unidirecional abastecido por GT.



Fonte: elaborado pelo autor.

A partir da conjugação histórica de ambos os modelos no SEB, sua composição no SIN e nos Sistemas Isolados pode ser ilustrada da seguinte maneira:

Figura 3: Sistema de distribuição unidirecional abastecido por GT e GD.



Fonte: elaborado pelo autor.

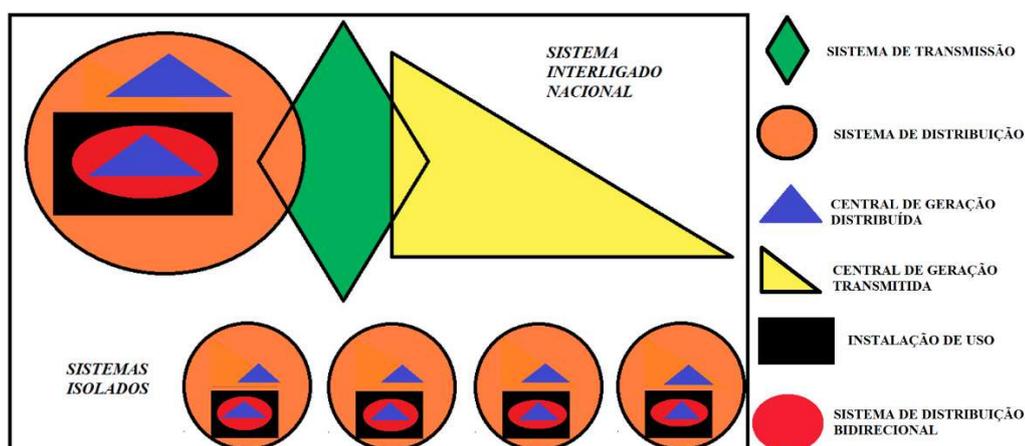
Nota-se que ST e SD estabelecem uma interrelação de dupla função, REC e ENT, ao passo que a CG ilustrada como central de geração transmitida apenas entrega para ST, a CG ilustrada como central de geração distribuída apenas entrega para SD e a IU apenas recebe de SD. Porém, isso muda quando se adiciona ao sistema de distribuição Conversores Bidirecionais⁵⁶³ (chaveados):

⁵⁶³ Ver: FREITAS E SILVA, Felipe Simões. **Inversor Bidirecional para Controle de Fluxo de Potência em Minirredes com Geração Distribuída**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Maranhão, Programa de Pós-Graduação em Engenharia Elétrica. 2014; e RODRIGUES, Welbert Alves. **Estudo de um transformador eletrônico baseado em topologia de conversores modulares para aplicação em microrredes**. Tese (doutorado),

- 1) Sem conversor: $CG \rightarrow IU \leftarrow SD$ (a); $CG \rightarrow SD \rightarrow IU$ (b); ou $CG \rightarrow ST \rightarrow SD \rightarrow IU$ (c);
- 2) Com conversor: $CG \rightarrow IU \leftrightarrow SD$ (d).

Sem o conversor (1) a IU pode receber a energia elétrica diretamente da sua própria CG e do SD (a); receber após a CG entrega-la ao SD (b); ou ainda após a CG entrega-la ao ST, para só então entregar ao SD e ser recebida pela IU (c). Com o conversor (2), é possível que a IU receba energia tanto da CG como do SD e entregue ao SD o excedente quando não utilizada imediatamente (d). A inovação torna ainda mais complexo o sistema elétrico brasileiro (SIN e SI), como ilustrado, para fins didáticos, na figura seguinte:

Figura 4: Sistema de distribuição bidirecional abastecido por GT e GD.



Fonte: elaborado pelo autor.

A coexistência de um sistema de distribuição bidirecional no SIN e no SI, acarreta a possibilidade de distintas operações de fornecimento às IU com CG:

- H1) Para IU ligada ao SD, com CG desligada do SD;
- H2) Para IU ligada ao SD, com CG ligada ao SD, sem Conversor Bidirecional;
- H3) Para IU ligada ao SD, com CG ligada ao SD, com Conversor Bidirecional .

Não foi considerada juridicamente relevante a IU sem conexão e uso da infraestrutura pública. Já a CG desligada do SD, referente a H1, possui relevância jurídica apenas na medida em que se interrelaciona com a IU ligada ao SD, caracterizada como (a) e (c). Quando a IU

ligada ao SD mencionada na H2, pode ser caracterizada em (b). A H3, diferente das demais, caracteriza-se como (d).

Se nas duas primeiras hipóteses (H1 e H2) são possíveis operações de fornecimento para usuários livres e cativos (no ACR e no ACL), na última (3) só pode haver fornecimento no ACR, com o Sistema de Compensação de Energia Elétrica. Aí encontra-se a principal distinção entre GD em sentido amplo e GD em sentido estrito. Enquanto o conceito lógico-jurídico de GD em sentido amplo pode se referir tanto a H2 quanto a H3, a GD em sentido estrito denota H2 se, e somente se, as operações de fornecimento sejam destinadas ao atendimento de usuários cativos, por meio de chamada pública promovida diretamente pela Concessionária de Distribuição no ACR.

O critério de exclusão da GD em sentido amplo refere-se a *conexão e uso* do sistema de distribuição, que faz incidir com maior ou menor intensidade o regime jurídico especial dos serviços públicos, conforme o ambiente de contratação do fornecimento, menor no ACL (responsabilidade do agente de comercialização) que no ACR (responsabilidade do agente de distribuição).

Já o critério de inclusão para a GD em sentido estrito, além do anterior, refere-se à configuração da operação de fornecimento no ACR, que deve ser precedida de *chamada pública diretamente realizada pela Concessionária de Distribuição*. A atividade da GD em sentido estrito é praticada por sujeito passivo do dever de prestação do serviço público adequado à população, se tornando responsável pela continuidade do fornecimento junto da Concessionária de Distribuição, também sujeito passivo da relação jurídica.

Trata-se, ainda, de um poder atribuído à Distribuidora, para cumprimento do seu dever de prestação do serviço público adequado, por meio do atendimento da totalidade dos usuários situados na sua Área de Concessão. As situações abarcadas pelo seu sentido estrito são aquelas em que os agentes possuem área de concessão com demanda: maior de 500 GW/h, que não podem obter mais que 10% da demanda por GD em sentido estrito; e menor que 500 GW/h, que podem contratar a totalidade da energia elétrica necessária para atender a demanda por meio de GD em sentido estrito. Ambas as hipóteses se sujeitam ao procedimento prévio da chamada pública. Caso o gerador não atenda os compromissos assumidos na chamada pública, deverá arcar com as obrigações assumidas por sua conta e risco, através da alocação de contratos registrados na CCEE.

Os empreendimentos de GD provenientes de desverticalização podem realizar contratos que são chamados de “iniciais”, os quais assujeitam-se apenas ao registro junto à ANEEL e independem de chamadas públicas. Nesse caso, os custos da contratação devem ser

aqueles homologados no fim da última revisão tarifária, os quais poderão ser repassados para a tarifa dos usuários cativos, com base nos Valores Anuais de Referência Específica (VRES), homologados pelo Poder Concedente.

Estão excluídas, portanto, do conceito jurídico de GD, tanto a Geração Própria quanto a Geração Transmitida, ainda que pertinentes à H1 e possam ser conceituadas em trabalhos futuros. Em síntese: Geração Distribuída em sentido amplo é toda central geradora de pessoas físicas ou jurídicas, conectadas ao sistema elétrico da concessionária de distribuição, inclusive Demais Instalações de Transmissão (DIT), com operações de fornecimento de energia elétrica no ACL⁵⁶⁴ (conforme os Procedimentos de Comercialização⁵⁶⁵) e no ACR (novos empreendimentos⁵⁶⁶, chamadas públicas do PROINFA⁵⁶⁷, GD em sentido estrito⁵⁶⁸, MMGD⁵⁶⁹, entre outros). A GD em sentido estrito compreende a parcela da GD em sentido amplo com operações de fornecimento no ACR, que se procede por meio de chamada pública diretamente promovida pela concessionária de distribuição.

A micro e minigeração distribuída (MMGD), neste contexto, já não pode ser confundida com GD em sentido estrito, sendo abarcada exclusivamente pelo seu sentido jurídico amplo. Trata-se da hipótese com maior intensidade de incidência do regime jurídico especial dos serviços públicos, uma vez que além de se tratar de “Unidade Consumidora” conectada ao Sistema de Distribuição, enquanto usuário cativo do serviço público de fornecimento prestado pela Concessionária de Distribuição. Além de conexão de uso do sistema de distribuição o usuário do serviço público também utiliza o SCEE, prestado pela Concessionária. Não é sujeito passivo da pretensão jusfundamental ao serviço público adequado como na GD em sentido estrito, mas sujeito ativo, destinatário da sua prestação.

A geração própria, por não depender da conexão e uso entre a CG e SD, assim como aquelas Centrais Geradoras conectadas na Rede Básica (Sistema de Transmissão), por não se encontrarem ligadas diretamente na infraestrutura das concessionárias de distribuição, estão excluídas do conceito jurídico de GD. Ainda quanto a este último ponto, é preciso destacar que o acesso às Demais Instalações de Transmissão, ainda que componentes do Sistema de Distribuição, deve ser solicitado ao ONS, não às Concessionárias de Distribuição.

⁵⁶⁴ Ver: Decreto 5.163/2004, Art. 47.

⁵⁶⁵ REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Câmara de Comercialização de Energia elétrica:** Procedimentos de comercialização. Disponível em: <https://www.ccee.org.br/web/guest/mercado/procedimentos-de-comercializacao>. Acesso em: 12 ago. 2021.

⁵⁶⁶ Ver: Decreto 5.163/2004, Art. 11, § 1º.

⁵⁶⁷ Ver: Lei nº 10.438/2002.

⁵⁶⁸ Ver: Decreto 5.163/2004, artigos 14 e 15.

⁵⁶⁹ Ver: Resolução normativa ANEEL nº 482/2012.

Há no Direito brasileiro, portanto, conceitos jurídico-positivos de GD que, se articulados, viabilizam a construção de conceitos lógico-teóricos férteis para distinção de seus múltiplos regimes jurídicos, em especial pela separação explícita entre GD em sentido estrito e GD em sentido amplo. A proposta de fornecer um conceito jurídico-positivo de GD, por mais que exitosa, aponta para trabalhos futuros de releitura dos textos em que o vocábulo é interpretado a partir do ordenamento jurídico mas em sentido aleatório, nem amplo nem estrito. Isso por que a simples confusão entre as hipóteses abarcadas e o regime jurídico incidente pode até mesmo implicar sua inconstitucionalidade⁵⁷⁰.

É possível constatar a diversidade de operações abarcadas pelo conceito lógico-jurídico de GD em sentido amplo, a título de exemplo, comparando os conceitos jurídicos densificados em duas situações distintas: pela Copel, concessionária dos serviços de distribuição de energia elétrica regida pelo Contrato de Concessão ANEEL nº 46/1999; e pela Celesc, que é regida pelo Contrato de Concessão ANEEL nº 56/1999⁵⁷¹. Ambas se referem a sociedade de economia mista, por ações e de capital aberto, mas autorizadas e constituídas por diferentes legislações estaduais, já que fazem parte da Administração Pública dos respectivos Estados. Ao normatizarem as condições da GD localmente, foram publicadas diversas Normas Técnicas, em conformidade com as características físicas dos sistemas elétricos geridos pelas mesmas. Quanto a MMGD, recebeu tratamento normativo semelhante em ambas as situações. Na Copel⁵⁷², foi normatizada por um único instrumento normativo, a NTC 905200 (conexão de micro ou minigeradores com compensação). Na Celesc⁵⁷³, isso também se deu por instrumento único, com a NI-432.0004 (conexão de micro ou minigeradores com compensação). Quanto às

⁵⁷⁰ Ver: ROCHA, Fábio Amorim da (Coordenador). **Temas Relevantes ao Direito de Energia Elétrica**: Tomo V. Editora Synergia, Rio de Janeiro, 2016. pp. 582 et. seq., 729 et. Seq e 753 et. seq. ROCHA, Fábio Amorim da (Coordenador). **Temas Relevantes ao Direito de Energia Elétrica**: Tomo VI. Editora Synergia, Rio de Janeiro, 2017. pp. 327 et. seq e 647 et. seq. ROCHA, Fábio Amorim da (Coordenador). **Temas Relevantes ao Direito de Energia Elétrica**: Tomo VII. Editora Synergia, Rio de Janeiro, 2018. pp. 1 et. Seq, 455 et. seq, 733 et. Seq. ROCHA, Fábio Amorim da (Coordenador). **Temas Relevantes ao Direito de Energia Elétrica**: Tomo VIII. Editora Synergia, Rio de Janeiro, 2020. pp. 109 et. seq; OLIVEIRA PINTO, Amanda Luiza da Silva. **Geração distribuída de energia elétrica e desenvolvimento como liberdade**: análise socioeconômica das metas do Brasil frente à busca por sustentabilidade. 163 páginas. (Direito e Direito da Energia) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba. 2018; JUNIOR, Arlei Costa. **Sustentabilidade energética na quarta revolução industrial**. 135 páginas. (Direito e Energia elétrica) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2018; BASSANI, Matheus Linck. **A proteção do prosumidor na geração distribuída de energia elétrica**. Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 2019; SOETHE, Ghabriel Campigotto; BLANCHET, Luiz Alberto. **Geração distribuída...** Op. Cit. 2020.

⁵⁷¹ REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Agência Nacional de Energia Elétrica**: Contratos de Concessão e Permissão de Distribuição. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/contratos-de-distribuicao>.

⁵⁷² ESTADO DO PARANÁ. **COPEL**: Geração Distribuída. Disponível em: <https://www.copel.com/hpcweb/fornecedores-e-parceiros/geracao-distribuida/>.

⁵⁷³ ESTADO DE SANTA CATARINA. **CELESC**: Conexão de Centrais Geradoras. Disponível em: <https://www.celesc.com.br/conexao-de-centrais-geradoras>.

demais modalidades de GD abarcadas pelo seu sentido amplo, enquanto a Copel lançou mão de três instrumentos normativos, as NTC 905100 (conexão de Autoprodutor e Produtor independente), NTC 903105 (casos emergenciais e unidades consumidoras com paralelismo) e NTC 903107 (casos emergenciais e unidades consumidoras isolados), a Celesc emitiu apenas dois, as NI-432-0003 (conexão de Autoprodutor e Produtor independente) e NI-321.0028 (casos emergenciais e unidades consumidoras em paralelismo e isolados).

5 CONCLUSÃO

Dentre os resultados da pesquisa, expostos pelo presente trabalho, foi possível identificar as normas de direitos fundamentais que incidem sobre os serviços públicos de energia elétrica. Foram expostos os diversos conceitos de GD institucionalizados no ordenamento jurídico, a partir dos quais foi possível expor um sistema jurídico próprio, que aponta para a incidência do regime jurídico de direitos fundamentais identificado. A proposta de conceito jurídico de geração distribuída no Direito positivo brasileiro considera o regime jurídico especial dos serviços públicos incidente nas hipóteses por ele abarcadas, tanto em sentido amplo quanto em sentido estrito. Embora haja discussão sobre estes regimes, não foi exaustiva em delinear todas as esferas da existência humana que são juridicamente relevantes e nem todas as hipóteses de GD de maneira aprofundada. Foram enfocados os conceitos da GD em sentido estrito e das MMGD em razão de terem repercutido em diversas esferas do Poder Público. Evidencia-se que as MMGD consideradas na perspectiva do regime jurídico de direitos fundamentais aponta para a insustentabilidade da sua situação atual, percebida na retrospectiva de sua institucionalização no ordenamento jurídico. Não se pode considerar sustentável uma tecnologia que transfere recursos dos cidadãos com menor capacidade financeira para os que tem maior capacidade. Além de ignorar a incidência de um regime jurídico de direitos fundamentais, o conceito jurídico não apresenta nem as características mínimas de sustentabilidade na prestação dos serviços públicos, a modicidade tarifária, a isonomia, enfim, a juridicidade que emana da Carta Política, não de Leis ordinárias consideradas sem conexão com o sistema jurídico.

Mesmo que não seja possível observar a Geração Distribuída como um meio da Sustentabilidade atualmente, trata-se de perspectiva que lança os holofotes sobre as hipóteses de MMGD. Não é porque nas hipóteses de MMGD não se observa a GD como meio da Sustentabilidade, que qualquer das hipóteses abarcadas pelo seu conceito jurídico em sentido amplo necessariamente são insustentáveis. Ainda assim, trata-se de hipótese amplamente

falseável, que pode ser estudada nas múltiplas dimensões da sustentabilidade, nas mais diversas esferas da existência humana que são disciplinadas pelo Direito.

Propõe-se que toda e qualquer interpretação e aplicação do conceito jurídico de GD, seja em sentido amplo ou sentido estrito, não se desprenda das dez diretrizes hermenêuticas da sustentabilidade, nem mesmo do regime jurídico de direitos fundamentais que projeta seus efeitos por todo o sistema jurídico. Espera-se que, pela sistematização exposta no presente trabalho, empreendedores possam ir além, apontando soluções que levem a GD a servir como meio da Sustentabilidade, sem esquecer da inafastável complexidade desta tarefa. A GD só poderá servir como meio da Sustentabilidade quando os direitos fundamentais forem levados a sério, do contrário continuarão servindo como instrumentos de insustentabilidade, como manifestado em sua retrospectiva histórica. Ainda que de forma reduzida, propõe-se o seguinte problema para pesquisas futuras: como as políticas públicas de MMGD podem ser controladas pelo Poder Judiciário a fim de torna-la um meio da sustentabilidade?

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. **Dicionário escolar da língua portuguesa**. 2.ed. Companhia Editorial Nacional: São Paulo. 2008:

ACKERMANN, Thomas. **Interaction Between the Distributed Generation and the Distribution Network: Operation, Control and Stability Aspects**. International Conference on Electric Distribution Systems (CIRED), Barcelona, Maio 2003;

ACKERMANN, Thomas et al. **Wind Power in Power Systems**. Chichester: Wiley, 2005.

ACKERMANN, Thomas; et al. **Distributed generation: a Definition**. Electric Power Systems Research, vol. 57, 195–204, 2001. Disponível em: https://web.fe.up.pt/~cdm/DE2/DG_definition.pdf. Acesso em: 12 ago. 2021.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Liberdade de reunião**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

ALQUÉRESE, José Luiz; SERRA, Mozart Vitor (org.) et al. **O setor de energia elétrica no Brasil**. Revista do Serviço Público, ano 43, v.114, n. especial. 1987. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/issue/download/117/142>. Acesso em: 12 ago. 2021.

ALVARES, Walter T. **Curso de Direito de Energia**. Editora Forense, Rio de Janeiro, 1978.

AMARAL. Guilherme Soares Gurgel do. **A pesquisa e desenvolvimento no setor elétrico brasileiro: uma investigação da política tecnológica para o setor com base na teoria evolucionária da mudança técnica (Mestrado) – Escola Politécnica da Universidade de São Paulo**. Departamento de Engenharia. São Paulo. 2012.

ANTUNES ROCHA, Carmen Lúcia. **Princípios constitucionais dos servidores públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

ARISTOTELES (384-322 a.C.). **Organon: Categorias, Da interpretação, Analíticos anteriores, Analíticos posteriores, Tópicos e refutações sofisticas**. Tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. São Paulo: Edipro, 3. Ed., 2016.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DISTRIBUIDORES DE ENERGIA ELÉTRICA. **Privatizações**. Disponível em: <http://www.abradee.com.br/setor-eletrico/privatizacoes>. Acesso em: 30 jan. 2022.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. BLANCHET, Luiz Alberto (Org), et al. **Serviços Públicos: estudos dirigidos**. 2.ed., Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

BACELLAR FILHO, R. F. **Poder normativo de entes reguladores**. Revista de Direito Administrativo, [S. l.], v. 230, p. 153–162, 2002. DOI: 10.12660/rda.v230.2002.46339. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46339>. Acesso em: 02 jan. 2022..

BALDAM, Roquemar; JUNIOR, Helder Queiroz Pinto (et al.). **Economia da energia: fundamentos econômicos, evolução histórica e organização industrial.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2016.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo.** 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo.** 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional.** 2ª. ed. 8. tir. São Paulo: Malheiros, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O Direito Administrativo e a justiça social no constitucionalismo atual latino-americano.** Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, año XXXIII, nº 396, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 7-15, sep. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BASSANI, Matheus Linck. **A proteção do prossumidor na geração distribuída de energia elétrica.** Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 2019;

BECHARA, Evanildo. **Moderna gramática portuguesa.** 38 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988.** São Paulo: Malheiros, 2005.

BERGEL, Jean-Louis. **Teoria Geral do Direito.** Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales.** 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

BERTALANFFY, Ludwig von. **Teoria geral dos sistemas.** 3. Ed. Tradução de Francisco M. Guimarães. Petrópolis: Vozes, 2008.

BIJKER, W. E.; T. HUGHES M. P.; PINCH, T. (ed.). **The Social Construction of Technological Systems: New Directions in the Sociology and History of Technology.** Cambridge: The MIT Press, P. 51-82, 1988.

BLANCHET, Luiz Alberto, DE CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre. **Direito da Energia: Economia, Regulamentação e Sustentabilidade.** Curitiba: Juruá Editora, 2014.

BLANCHET, Luiz Alberto. **A importância da interpretação das normas disciplinadoras da administração pública para a devida identificação da discricionariedade.** Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo, Santa Fe, vol. 6, n. 1, p. 61-75, ene./jun. 2019. DOI: 10.14409/redoeda.v6i1.8724.

BLANCHET, Luiz Alberto. **Concessão de Serviços Públicos.** Curitiba: Juruá Editora, 2013.

BLANCHET, Luiz Alberto. **Direito Administrativo: Estado, iniciativa privada e o desenvolvimento sustentável.** 6. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2012.

BLANCHET, Luiz Alberto. **Licitação.** 3ª ed., 2ª tiragem. Curitiba: Juruá editora, 1999.

BLANCHET, Luiz Alberto. **O princípio constitucional da reciprocidade como pressuposto do desenvolvimento sustentável.** Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2010, n. 3, Ago-Dez. p. 32-55. Disponível em: <https://abdconstojs.com.br/index.php/revista/article/view/22>. Acesso em: 12 ago. 2021.

BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coord.). **Estado, Direito e Políticas Públicas: Homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho.** Curitiba: Íthala, 2014.

BORBELY, Anne-Marie; KREIDER, Jan F. **Distributed Generation: The Power Paradigm for the New Millennium.** vol. 20. Florida (USA): CRC Press. pp. 95-117. 2001.

BOURGUES, Fernanda Schuhli. **O Estado Regulador e a necessidade de estabelecer padrões de qualidade no fornecimento de energia elétrica.** (Monografia) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2002.

BUCUSSI, Alessandro A. **Introdução ao conceito de energia.** Porto Alegre : UFRGS, Instituto de Física, Programa de Pós-Graduação em Ensino de Física, 2007. P. 23. Disponível em: https://www.if.ufrgs.br/tapf/v17n3_Bucussi.pdf. Acesso em: 12 ago. 2021.

CALDAS, Geraldo Pereira. **Concessões de Serviços Públicos de Energia Elétrica: Em face da Constituição Federal de 1988 e o interesse público.** São Paulo: Juruá Editora. 2ª Edição. 3ª reimpressão: 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas.** 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001,

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 3ª Edição. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARÇÃO, João Francisco de Castro. **Tarifas de Energia Elétrica no Brasil.** Dissertação (Mestrado) – Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. Departamento de Engenharia de Energia e Automação Elétricas. 103 p. São Paulo, 2011.

CARVALHO, Alfrânio de. **Energia elétrica e bens da concessão**. Atualização de Dora Martins de Carvalho. São Paulo: Malheiros, 2017.

CHIERCHIA, Gennaro. **Semântica**. Tradução de Luiz Arthur Pagani et al. Campinas: Unicamp, 2003. p. 36; COPI, Irving M. Introdução à lógica. 2. Ed. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Mestre Jou, 1978.

CIENFUEGOS SALGADO, David; LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro (Coord.). **Estudios en homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz: responsabilidad, contratos y servicios públicos**. México: Universidad Autónoma de México, 2005.

COMMISSION ÉLECTROTECHNIQUE INTERNATIONALE (IEC). **Electropedia: Distributed Generation** (IEV ref.: 617-04-09). 2009. Disponível em: <http://www.electropedia.org/iev/iev.nsf/display?openform&ievref=617-04-09>.

CONSEIL INTERNATIONAL DES GRANDS RÉSEAUX ÉLECTRIQUES - CIGRÉ. **Impact of Increasing Contribution of Dispersed Generation on the Power System – Final Report**. CIGRÉ Working Group n. 37.23, fev. 1999;

CONSELHO MUNDIAL DE ENERGIA. **Índice do trilema energético mundial**. 2020. Disponível: <https://trilemma.worldenergy.org/#!/energy-index>.

CONSELHO MUNDIAL DE ENERGIA. **Política e Compromisso Necessários para o Sucesso na Transição de Energia de acordo com o Índice Trilema de Energia Mundial**. 2020. Disponível em: <https://www.worldenergy.org/about-us>.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1996

DAL RI JÚNIOR, Arno; Odete Maria de Oliveira (Org.). **Direito Internacional Econômico em Expansão: Desafios e Dilemas**. Ijuí: Unijuí, 2003.

DALLARI, Adilson Abreu. **Direito ao uso dos serviços públicos**. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 13, p. 210-215, 1999.

DAVID. P. A; BUNN, J. A. **The Economics of Gateway Technologies and Network Evolution: Lessons from Electricity Supply History**. Information Economics and Policy, vol. 3, 165-202, 1988.

DEL LLANO, Cristina Hermida; MORALES, Diogo Medina [Org.] Et al. **La teoría comunicacional del derecho y otras direcciones del pensamiento jurídico contemporáneo**. Libro homenaje al profesor Gregorio Robles. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 1999.

DIONNE, Hugues. **A Pesquisa-Ação para o Desenvolvimento Local**. Tradução: Michel Thioulet. Brasília: Liber Livro Editora, 2007.

UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 2009/72/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13**

de **Julho de 2009**. Disponível em: <https://eurlex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0072&from=EN>;

DOTTA, Alexandre Godoy; HACHEM, Daniel Wunder (Org.) et al. **Anais do I Seminário Ítalo-Brasileiro em Inovações Regulatórias em Direitos fundamentais, Desenvolvimento e Sustentabilidade e VI Evento de Iniciação Científica UniBrasil**. E27. 1. ed. – Curitiba: Negócios Públicos, 2011.

DUGAN, Roger C.; MCDERMOTT, Thomas E. **Operating Conflicts for Distributed Generation on Distribution Systems**. Rural Electric Power Conference, Abril 2001;

DUGAN, Roger C.; MCDERMOTT, Thomas E.. **Distributed generation**. IEEE Industry Applications Magazine, vol. 8, n. 2, 19–25, Agosto 2002.

DUGAN, Roger C.; MCDERMOTT, Thomas E.; BALL, G. J.. **Planning for Distributed Generation**. IEEE Industry Applications Magazine, vol. 7, n. 2, 80-88, Abril/Março 2001;

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ELECTRIC RESEARCH COUNCIL TASK FORCE. **Report of the R&D Goals Task Force to the Electric Research Council**: Electric Utilities Industry Research and Development Goals Through the Year 2000. ERC Pub, n. 1-71, Jun. 1971.

EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA (EPE). **Anuário Estatístico de Energia elétrica de 2021**. Disponível em: <https://www.epe.gov.br/pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/anuario-estatistico-de-energia-eletrica>. Acesso em: 28 dez. 2021. p. 226

EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA (EPE). **Planejamento do atendimento aos Sistemas Isolados Horizonte 2025 – Ciclo 2025**. Disponível em: <https://www.epe.gov.br/pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/relatorio-de-planejamento-para-atendimento-aos-sistemas-isolados-horizonte-2025-ciclo-2020>. Acesso em: 06 jan. 2022.

ENERGY NETWORKS ASSOCIATION (ENA). **Distributed Generation Connection Guide**: A Guide for Connecting Generation that falls under G59/3 to the Distribution Network (typically by Developers, Industry, Commercial or Farmers). Junho 2017. Disponível em: <http://www.energynetworks.org/assets/files/electricity/engineering/distributed%20generation/DG%20Connection%20Guides/June%202017/DGCG%20G59%20full%20June%202017.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2021.

ESTADO DE SANTA CATARINA. **CELESC**: Conexão de Centrais Geradoras. Disponível em: <https://www.celesc.com.br/conexao-de-centrais-geradoras>.

ESTADO DO PARANÁ. **COPEL**: Geração Distribuída. Disponível em: <https://www.copel.com/hpcweb/fornecedores-e-parceiros/geracao-distribuida/>.

EVERETT, J. L.; BERTOLETT, A. D.; HAAK, G. H.. **Power Generation - Some Tasks and Goals**. IEEE Transactions on Aerospace and Electronic Systems, vol. AES-8, n. 4, 498-504,

Jul. 1972.

FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. **De la arbitrariedad de la Administración**. 5. ed. Navarra: Thomson-Civitas, 2008,

FINGER, Ana Cláudia. **Serviço público**: um instrumento de concretização de direitos fundamentais. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 142-165, abr./jun. 2003,

FREITAS, Bruno M. R. de; HOLLANDA, Lavinia. **Micro e Minigeração no Brasil: Viabilidade Econômica e Entraves do Setor**. White Paper nº 1 de maio de 2015. pp. 208/214. 1. ed. São Paulo: FGV, Brasil: 2015, p. 2. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13853/micro.pdf?sequence=1&isAllowed=y/>. Acesso em: 25 jun. 2020.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: Direito ao Futuro. 4. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019.

FREITAS, Thomas Bellini. **Atos e abstenções**: uma análise das normas através da lógica deôntica. Trabalho de conclusão de graduação (Interpretação e Lógica deôntica). UFRGS. 2018. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/189737>.

FRIEDLANDER, G. D.. **A Comeback for Reddy Kilowatt?** IEEE Spectrum, vol. 9, n. 4, 44-50, Abril 1972.

FURTADO, C. **Formação econômica do Brasil**. 34ª Edição. São Paulo: Cia. Das Letras, 2007.

FREITAS E SILVA, Felipe Simões. **Inversor Bidirecional para Controle de Fluxo de Potência em Minirredes com Geração Distribuída**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Maranhão, Programa de Pós-Graduação em Engenharia Elétrica. 2014.

GABARDO, Emerson; LIMA LÓPEZ VALLE, Vivian Cristina. **Característica relacional y mutabilidad de los contratos estatales**: la concesión como herramienta de planeación [Característica relacional e mutabilidade dos contratos estatais: a concessão como instrumento de planejamento]. Revista digital de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, n.º 25, 2021, pp. 285-308. Disponível em: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/6908>. Acesso em: 12 ago. 2021.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Democracia, jueces y control de la Administración**. 5. ed. Navarra: Thomson-Civitas, 2005.

GARCIA FILHO, José Cal. **Serviço público e direitos fundamentais**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, p. 11-32, jul./set. 2008.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos. **La dimensión objetiva de los derechos sociales**. Barcelona: Bosch Editor, 2010.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**: parte general. 1. Ed. Colombiana. Medellín: Biblioteca jurídica Díké; Fundación de Derecho Administrativo, 1998, cap. I-13-14.

GREGORY, D. P.; PANGBORN, J. B. **Hydrogen Energy**. Annual Review of Energy, vol. 1, 279-310, Nov. 1976.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRUPO BANCO MUNDIAL. **O comércio para o desenvolvimento na era das cadeias globais de valor: visão geral**. 2020.. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/32437/211457ovPT.pdf>.

HACHEM, Daniel Wunder. **A discricionariedade administrativa entre as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais sociais**. Direitos Fundamentais & Justiça, Belo Horizonte, ano 10, n. 35, p. 313-343, jul./dez. 2016.

HACHEM, Daniel Wunder. **A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, v. 14, n. 14, Curitiba, p. 618-688, jul./dez. 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. **A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. **Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 123-158, jan./mar. 2014.

HACHEM, Daniel Wunder. **São os direitos sociais “direitos públicos subjetivos”? Mitos e confusões na teoria dos direitos fundamentais**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), São Leopoldo, v. 11, n. 3, p. 404-436, set./dez. 2019.

HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária**. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná,

HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson. **El principio constitucional de eficiencia administrativa: contenido normativo y consecuencias jurídicas de su violación**. Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional, [S.l.], p. 131-167, aug. 2018. ISSN 2448-4881. Disponível em: <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/12652>>. Acesso em: 30 July 2021. doi:<http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2018.39.12652>.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 4 ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

HIERREZUELO, J. M.; MOLINA, E. G. **Una propuesta para la introducción del concepto de energía en el bachillerato**. Enseñaza de las Ciencias, Barcelona, v. 8, n. 1, p. 23-30, 1990. p.23. Disponível em: <https://raco.cat/index.php/Ensenanza/article/view/51288>. Acesso em: 12 ago. 2021.

HUGHES, T. P. **Networks of Power: Electrification in Western Society, 1880-1930**. Baltimore: John Hopkins University Press, 1983.

ILARI, Rodolfo. **Semântica e pragmática**: duas formas de descrever e explicar os fenômenos da significação. Rev. Est. Ling., Belo Horizonte, v.9, n.1, p.109-162, jan./jun. 2000. DOI: <http://dx.doi.org/10.17851/2237-2083.9.1.91-108>. p. 155. Disponível em: <http://www.periodicos.letras.ufmg.br/index.php/relin/article/view/2321>. Acesso em: 12 ago. 2021

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Cadeias Globais de Valor, Políticas Públicas e Desenvolvimento**. p. 155-156. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/171011_cadeias_globais.pdf

INTERNATIONAL ENERGY AGENCY - IEA. **Distributed Generation in Liberalised Electricity Markets**. Paris, 2002; INSTITUTE OF ELECTRICAL AND ELECTRONICS ENGINEERS - IEEE. Standard for Interconnecting Distributed Resources with Electric Power Systems. IEEE Std 1547- 2003. 1-28, Jul. 2003.

INTERNATIONAL RENEWABLE ENERGY AGENCY. **A summary of reaching zero with renewables**: Eliminating CO2 emissions from industry and transport in line with the 1,5°C climate goal. 2020. Disponível em: https://www.irena.org/-/media/Files/IRENA/Agency/Publication/2020/Sep/IRENA_Reaching_zero_2020.pdf

INTERNATIONAL RENEWABLE ENERGY AGENCY. **Global Renewables Outlook: Energy transformation 2050**. Abu Dhabi. 2020. P. 186. Disponível em: https://www.irena.org/-/media/Files/IRENA/Agency/Publication/2020/Apr/IRENA_Global_Renewables_Outlook_2020.pdf.

INTERNATIONAL RENEWABLE ENERGY AGENCY. **Quality Infrastructure for Smart Mini-grids**. International Renewable Energy Agency, Abu Dhabi. 2020. Disponível em: https://www.irena.org/-/media/Files/IRENA/Agency/Publication/2020/Dec/IRENA_Smart_mini-grids_outlook_2020.pdf

INTERNATIONAL RENEWABLE ENERGY AGENCY. **Renewable energy policies in a time of transition**. P. 13. 2020. Disponível em: https://www.irena.org/-/media/Files/IRENA/Agency/Publication/2020/Nov/IRENA_IEA_REN21_Policies_Heating_Cooling_2020.pdf.

INTERNATIONAL STANDARDIZATION ORGANIZATION. **Focus 134: Green Tech**. p. 15. Disponível em: [https://www.iso.org/files/live/sites/isoorg/files/news/magazine/ISOfocus%20\(2013-NOW\)/en/2019/ISOfocus_134/ISOfocus_134_en.pdf](https://www.iso.org/files/live/sites/isoorg/files/news/magazine/ISOfocus%20(2013-NOW)/en/2019/ISOfocus_134/ISOfocus_134_en.pdf).

INTERNATIONAL STANDARDIZATION ORGANIZATION. **ISO 14034:2016 (en) Environmental management — Environmental technology verification (ETV)**. Disponível em: <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso:14034:ed-1:v1:en>.

INTERNATIONAL STANDARDIZATION ORGANIZATION. **Technical Committees - ISO/TC 207: Environmental management**. Disponível em: <https://www.iso.org/committee/54808.html>.

ITURRALDE SESMA, Victoria. **Interpretación literal y significado convencional**. Madrid: Marcial Pons, 2014.

JEWELL, Walter. T.; RAMAKUMAR, Rama. **The History of Utility-Interactive Photovoltaic Generation**. IEEE Transactions on Energy Conversion, vol. 3, n. 3, 583-588, Set. 1988; R. M. Swanson. A Vision for Crystalline Silicon Photovoltaics. Progress in Photovoltaics: Research and Applications, vol. 14, 443-453, 2006.

JUNIOR, Arlei Costa. **Sustentabilidade energética na quarta revolução industrial**. 135 páginas. (Direito e Energia elétrica) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2018;

JÚNIOR, Edilson Pereira Nobre. **A autorização de serviço público e a constituição de 1988**. Revista da faculdade de direito da UFMG, n. 75, p. 181-198, 2019. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/2033>. Acesso em: 12 ago. 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10ª edição revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Introdução ao Estudo do Direito**. E-book amazon. ISBN-13: 978-65-00-06379-0. Versão 1.2. 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. Dialética: São Paulo, 2003.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela - Lisboa: Edições 70. 2007

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de Fernando de Miranda. São Paulo: Saraiva, 1939.

LANDAU, Elena. **Regulação Jurídica do Setor Elétrico**: Tomo II. Editora Lumen Juris, 2011.

LEAL-ARCAS, Rafael. **Soluções para sustentabilidade**: Como o Comércio Internacional, Energia e Regimes de mudança climática podem ajudar. Suíça: Springer Nature Switzerland AG. 2019. Disponível em: <https://www.springer.com/gp/book/9783030239329#aboutBook>.

LEAL-ARCAS, Rafael; GOSH, Ehab S. Abu. **Energy trade as a special sector in the WTO: unique features, unprecedented challenges and unresolved issues**. Indian Journal of International Economic Law, Vol. 6, pp. 1-53, 2014. Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 176/2014.. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2444997>.

LECLERCQ, Claude; LUKASZEWICZ, Jean Pierre; CHAMINADE, André. **Travaux dirigés de Droit Administratif**. Paris: Libraire de la Cour de Cassation, 1991.

LEE, Willis, H.; SCOTT, Walter G. **Distributed Power Generation: Planning and Evaluation Power Engineering**. 10. ABB Electric Systems Technology Institute Raleigh, CRC Press: North Carolina. ISBN 0-8247-0336-7. 2000.

MARRARA, Thiago. **Direito administrativo e novas tecnologias**. RDA – revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 256, p. 225-51, jan./abr. 2011.

MARRARA, Thiago. **Regulação sustentável de infraestruturas**. Revista Brasileira de Infraestrutura - RBINF, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./jun. 2012.

MARTIN, J. M. (1990). **A economia mundial da energia**. São Paulo: Editora Unesp, 1992.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **As alterações da LINDB e a ponderação dos atos administrativos**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 20, n. 79, p. 259-284, jan./mar. 2020. DOI: 10.21056/aec.v20i79.1139.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Teoria das contrafações administrativas**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 115-148, abr./jun. 2016. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/241>. Acesso em: 12 ago. 2021.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Teoria do ato administrativo nos trinta anos da Constituição de 1988: o que mudou?** Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 6, n. 2, p. 449-477, maio/ago. 2019. DOI: 10.5380/rinc.v6i2.61986.

MAURER, Hartmut. **Direito Administrativo Geral**. 14. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Barueri: Manole, 2006,

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993.

MEMÓRIA DA ELETRICIDADE (1988). **Panorama do setor de energia elétrica no Brasil**. Rio de Janeiro: Centro da Memória da Eletricidade no Brasil, 1988.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Fábio Farias de. **A eletrificação em Santa Catarina**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. 372 f. 2019.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei nº 8.987/1995 (parte geral)**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2007: Múltiplas funções do direito fundamental em sentido amplo, elaborado pelo autor com base na

bibliografia.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável no Brasil: Energia limpa e acessível.** Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/7>. Acesso em: 13 jan. 2022.

NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho.** 11. ed. Barcelona: Ariel, 2003.

NITSCH, M. **O Programa de Biocombustíveis Proálcool no Contexto da Estratégia Energética Brasileira.** Revista de Economia Política, vol.11, n. 4, 123-138, Abril/Junho 1991.

NORTH, Douglass C. **Institutions.** The Journal of Economic Perspectives, vol. 5, no. 1, American Economic Association, 1991, pp. 97–112. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1942704>. Acesso em: 30 jan. 2022.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição.** Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais.** Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

OECD. **OECD Regulatory Policy Outlook 2015.** Paris: OECD Publishing, 2015. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/governance/oecd-regulatory-policy-outlook-2015_9789264238770-en#page1. Acesso em: 24 jul. 2020.

OLIVEIRA PINTO, Amanda Luiza da Silva. **Geração distribuída de energia elétrica e desenvolvimento como liberdade: análise socioeconômica das metas do Brasil frente à busca por sustentabilidade.** 163 páginas. (Direito e Direito da Energia) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba. 2018;

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **The Sustainable Development Agenda.** 2020. Disponível em: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/development-agenda/>.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **The Climate Challenge and Trade: Would border carbon adjustments accelerate or hinder climate action?.** Background Paper for the 39th Round Table on Sustainable Development, Paris: OECD. 2020. Disponível em: <https://www.oecd.org/sd-roundtable/papersandpublications/The%20Climate%20Challenge%20and%20Trade...%20background%20paper%20RTSD39.pdf>.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Trade and Environment Interactions: Governance Issues.** Background paper for the 35th Round Table on Sustainable Development. 2017. Disponível em: <http://www.oecd.org/sd-roundtable/papersandpublications/Trade%20and%20Environment%20Interactions%20FINAL.pdf>.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DAS ADUANAS. **Instrumentos e Ferramentas: Convenção Internacional sobre o Sistema Harmonizado de Descrição e Codificação de Mercadorias.** Disponível em: http://www.wcoomd.org/en/topics/nomenclature/instrument-and-tools/hs_convention.aspx.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Acordo sobre Bens Ambientais**. 2020. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/ega_e.htm.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Atividade da solução de controvérsias - algumas figuras**. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispustats_e.htm.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Avaliação Aduaneira: Acordo que implementa o Artigo VII do AGTC**. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/cusval_e/cusval_e.htm.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Encontrar disputas**. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/find_dispu_cases_e.htm.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Publicação: relação entre comércio internacional e energia**. 2017. Disponível em: https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/wtr10_forum_e/wtr10_richards_herman_e.htm.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Publicações: energia elétrica e os acordos de valoração específicos da OMC**. 2017. Disponível em: https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/wtr10_forum_e/wtr10_2july10_e.htm.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Publicações: energia na lei e política da OMC**. 2017. Disponível em: https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/wtr10_forum_e/wtr10_7may10_e.htm.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Solução de controvérsias na OMC: Resumos de caso de uma página 1995–2018: Edição 2019, Publicação da OCDE, Paris**. 2019. Disponível em: https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/dispu_settlement_e.htm.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Tópicos de comércio: atividades da OMC e os desafios da mudança climática**. 2020. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/climate_challenge_e.htm.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Tópicos sobre comércio: comércio e meio ambiente - abertura comercial e seus impactos na mudança climática**. 2017. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/climate_impact_e.htm.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Tópicos sobre comércio: serviços de energia**. 2020. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/energy_e/energy_e.htm.

PAREJO ALFONSO, Luciano. **El concepto del Derecho administrativo**. 2. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; Editorial Jurídica Venezolana, 2009.

PÊGO FILHO, B.; MOTA, J. A.; CARVALHO, J. C. J.; PINHEIRO, M. M. S. **Impactos fiscais da crise de energia elétrica: 2001 a 2002**. Texto para discussão nº 816. IPEA: Rio de Janeiro, 2001.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. **Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 274 et seq.;

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2007.

PHILLIPS, G. A.; VOGT, J. H.; J. WALTON, W. **Inverters for Commercial Fuel Cell Power Generation**. IEEE Transactions on Power Apparatus and Systems, vol. 95, n. 3, 944-953, Mai. 1976.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. **O Estado Social e Democrático e o serviço público: um breve ensaio sobre liberdade, igualdade e fraternidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

POPPER, Karl R. **A lógica da pesquisa científica**. Tradução de Leonidas Hegenberg. São Paulo: Cultrix, 1972.

POPPER, Karl R.. **Conhecimento objetivo: uma abordagem revolucionária**; Trad. AMADO, M. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia, 1972.

PRODANOV, Cleber Cristiano; e FREITAS, Ernani Cesar. **Metodologia do Trabalho Científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico**. 2ª ed. Rio Grande do Sul: Universidade Freevale, 2013.

RANELLETI, Oreste. **Teoria degli atti amministrativi speciali** [teoria dos atos administrativos especiais]. 7ª ed. Milano: Giuffrè, 1945.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Agência Nacional de Energia Elétrica**. Consulta Processual: Processo Administrativo nº 48500.002500/2017-28. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/processo-eletronico> Acesso em: 20 jul. 2020.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL)**. Consulta Processual: Processo Administrativo nº 48500.004924/2010-51, Vol. 1. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/processo-eletronico> Acesso em: 20 jul. 2020.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL)**: Contratos de Concessão e Permissão de Distribuição. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/contratos-de-distribuicao>.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL)**: glossário. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/glossario>. Acesso em: 22 jan. 2022.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL)**. Nota Técnica nº 86/2014-SEM/ANEEL, de 02 de setembro de 2014. Disponível em:

http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/consulta_publica/documentos/NT_86_2014_Metodologia_Limites_PLD.pdf. Acesso em: 25 jun. 2020.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL)**: Procedimentos de Distribuição de energia elétrica no Sistema Elétrico Nacional - PRODIST. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/prodist>. Acesso em: 12 ago. 2021.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Câmara de Comercialização de Energia elétrica**: Procedimentos de comercialização. Disponível em: <https://www.ccee.org.br/web/guest/mercado/procedimentos-de-comercializacao>. Acesso em: 12 ago. 2021.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Instituto Rio Branco**: O Brasil e a OCDE. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/diplomacia-economica-comercial-e-financeira/15584-o-brasil-e-a-ocde>. Acesso em: 26 jul.2020.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Ministério de Minas e Energia (MME)**: Proposta de modelo institucional do Setor Elétrico. Brasília, 2003.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Operador Nacional dos Sistemas Elétricos (NOS)**: Procedimentos de rede. Disponível em: <http://www.ons.org.br/paginas/sobre-ons/procedimentos-de-rede/vigentes>.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Supremo Tribunal Federal (STF)**: Recurso Extraordinário nº 349.703. Relator Min. Carlos Britto. Relator p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 03.12.2008. DJe-104, divulgado em 04.06.2009 e publicado em 05.06.2009.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Supremo Tribunal Federal (STF)**: Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.337. Relator Min. Celso de Mello. Segunda Turma. Julgado em 23.08.2011. DJe-177, divulgado em 14.09.2011, publicado em 15.09.2011.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Supremo Tribunal Federal (STF)**: Recurso Extraordinário nº 80.004. Min. Xavier de Albuquerque. Tribunal Pleno. Julgado em 01.06.1977. DJ 29.12.1977.

REYNA, Justo José. **El procedimiento administrativo multidimensional como técnica regulatoria en materia ambiental, de patrimonio cultural y de pueblos originarios**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, n. 50, Belo Horizonte, Fórum, p. 131-169, out./dez. 2012.

RICARDO, David. **On the Principles of Political Economy and Taxation**. 3 Ed. 1821. By Canada: Batoche Books. 2001. Disponível em: <http://socserv.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/ricardo/Principles.pdf>.

ROBLES, Gregorio. **Teoría del Derecho**: fundamentos de Teoría comunicacional del Derecho. 4ª ed. Navarra: Thompson Reuters, 2012.

ROCHA, Fábio Amorim da (Coordenador). **Temas Relevantes ao Direito de Energia**

Elétrica: Tomo V. Editora Synergia, Rio de Janeiro, 2016.

ROCHA, Fábio Amorim da (Coordenador). **Temas Relevantes ao Direito de Energia Elétrica:** Tomo VI. Editora Synergia, Rio de Janeiro, 2017.

ROCHA, Fábio Amorim da (Coordenador). **Temas Relevantes ao Direito de Energia Elétrica:** Tomo VII. Editora Synergia, Rio de Janeiro, 2018.

ROCHA, Fábio Amorim da (Coordenador). **Temas Relevantes ao Direito de Energia Elétrica:** Tomo VIII. Editora Synergia, Rio de Janeiro, 2020.

ROCHA, Fabio Amorin da (Coord.). **Direito da energia elétrica.** Rio de Janeiro: Synergia Editora 2012.

RODRIGUES, Welbert Alves. **Estudo de um transformador eletrônico baseado em topologia de conversores modulares para aplicação em microrredes.** Tese (doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Engenharia Elétrica. 2018.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José Maria. **La administración del Estado social.** Madrid: Marcial Pons, 2007.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Derecho Administrativo y Constitución.** Granada: CEMCI, 2000.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **La reforma del Estado de Bienestar.** Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, nº 11, A Coruña, Universidade da Coruña, p. 827-837, 2007.

ROPKE, Wihelm. **Economic Order and International Law.** Recueil des cours, Tome 86. 1954:

RORTY, R. **Contingência, ironia e solidariedade.** São Paulo: Editora Martins, 2007.

ROSA, Heitor Achilles Dutra da. **Tarski e a teoria da verdade como correspondência.** In: CARVALHO, Marcelo; GREIMANN, Dirk (org.) (et al.). Pragmatismo, filosofia analítica e filosofia da mente. São Paulo: ANPOF, 2015.

SANTANA, Edvaldo Alves de. **Economia dos custos de transação, direito de propriedade e a conduta das empresas no setor elétrico brasileiro.** Artigo apresentado no XXXIV Encontro da Associação Nacional dos Centros de Pós-Graduação em Economia - ANPEC), realizado de 5 a 18 de dezembro de 2006. Disponível em: www.anpec.org.br/encontro2006/artigos/A06A065.pdf. Acesso em: 12 ago. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10. ed. Porto Alegre: Livraria do

Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002:

SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais**. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, v. 3, n. 2.

SARMENTO, Daniel. **A dimensão objetiva dos direitos fundamentais**: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Administração Pública em prol da realização do direito fundamental ao desenvolvimento**: o Direito Administrativo Social. Revista de la Facultad de Derecho de México, v. 70, n. 277-2, p. 733-764, 2020.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime jurídico do serviço público**: garantia fundamental do cidadão e proibição de retrocesso social. Curitiba, 2009. 224 f. Tese (Doutorado em Direito)–Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, 2009. f. 129;

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; SCHIER, Paulo Ricardo. **O serviço público adequado e a cláusula de proibição de retrocesso social**. Revista de Direito da Administração Pública, Universidade Federal Fluminense, ISSN 24472042, a. 2, v. 2, n. 1, jan/jun, 2016.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; SCHIER, Paulo Ricardo. **Serviço público**: condição da dignidade humana no estado social e democrático de direito. Espaço Jurídico: Journal of Law, v. 17, n. 3, p. 975-992, set./dez. 2016.

SESÍN, Domingo Juan. **Administración Pública**. Actividad reglada, discrecional y técnica: Nuevos mecanismos de control judicial. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 2004.

SILVA CIMMA, Enrique. **Derecho administrativo chileno y comparado**: el servicio público. Santiago: Jurídica de Chile, 1995.

SILVA, Almiro do Couto. **Serviço público à brasileira?** Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 230, p. 45-74, out./dez. 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOETHE, Ghabriel Campigotto; BLANCHET, Luiz Alberto. **Geração distribuída e desenvolvimento sustentável**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 20, n. 79, p. 233-257, jan./mar. 2020. DOI: 10.21056/aec.v20i79.1221 Acesso em: 12 ago. 2021.

SOLBES, J.; TARÍN, F. **Algunas dificultades en torno a la conservación de la energía**. Enseñanza de las Ciencias, Barcelona, v. 16, n. 3, p. 387-397, nov. 1998. p. 391. Disponível em: <https://raco.cat/index.php/ensenanza/article/view/21544>. Acesso em: 12 ago. 2021.

SOUZA JUNIOR, Marcus Evandro Teixeira. **Reflexões acerca da geração distribuída e suas implicações no sistema elétrico, na sociedade e no meio ambiente**. 2018. 209 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Engenharia Elétrica) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/22352>. Acesso em: 12 ago. 2021.

TÁCITO, Caio. **Autorização administrativa**. In: Temas de direito público (estudos e pareceres). Rio de Janeiro: Renovar, 1997. Volume 1.

TARSKI, A. **A concepção semântica da verdade**. Trad. por C. A. Mortari e L. H. Dutra, São Paulo: Editora UNESP, 2007.

TENDÊNCIAS CONSULTORIA INTEGRADA. **Setor Elétrico Brasileiro: cenários de crescimento e requisitos para a retomada dos investimentos**. São Paulo: Massao Ohno Ed., nov. 2003.

TESLA, Nikola. **A New System of Alternate Current Motors and Transformers**. Transactions of the American Institute of Electrical Engineers, vol. V, n. 10, 308-327, Julho, 1888.

UNITED STATES DEPARTMENT OF ENERGY (DOE). Office of Nuclear Energy, Science, and Technology. **The History of Nuclear Energy**. Washington: U. S. Department of Energy, 1993. Disponível em: https://energy.gov/sites/prod/files/The%20History%20of%20Nuclear%20Energy_0.pdf.

UNITED STATES OF AMERICA. **Energy Policy Act 2005**. 109th Congress, H.R. 6 August 8, 2005. Disponível em: <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-109hr6enr/pdf/BILLS109hr6enr.pdf>. União Europeia.

VAZ, Rogério Morina. **Autorização de polícia administrativa**. São Paulo, 2008. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8413>;

VEDEL, Georges. **Droit administrative** [Direito Administrativo]. 5ª Ed. Paris: Themis, 1973.

LUECKEL, W. J.; EKLUND, L.G.; LAW, S. H. **Fuel Cells for Dispersed Power Generation**. IEEE Transactions on Power Apparatus and Systems. vol. PAS-92, n. 1, 230- 236, Jan. 1973.

WEIL, Prosper. **Le Droit Administratif**. Paris: PReses Universitaires de France, 1964.

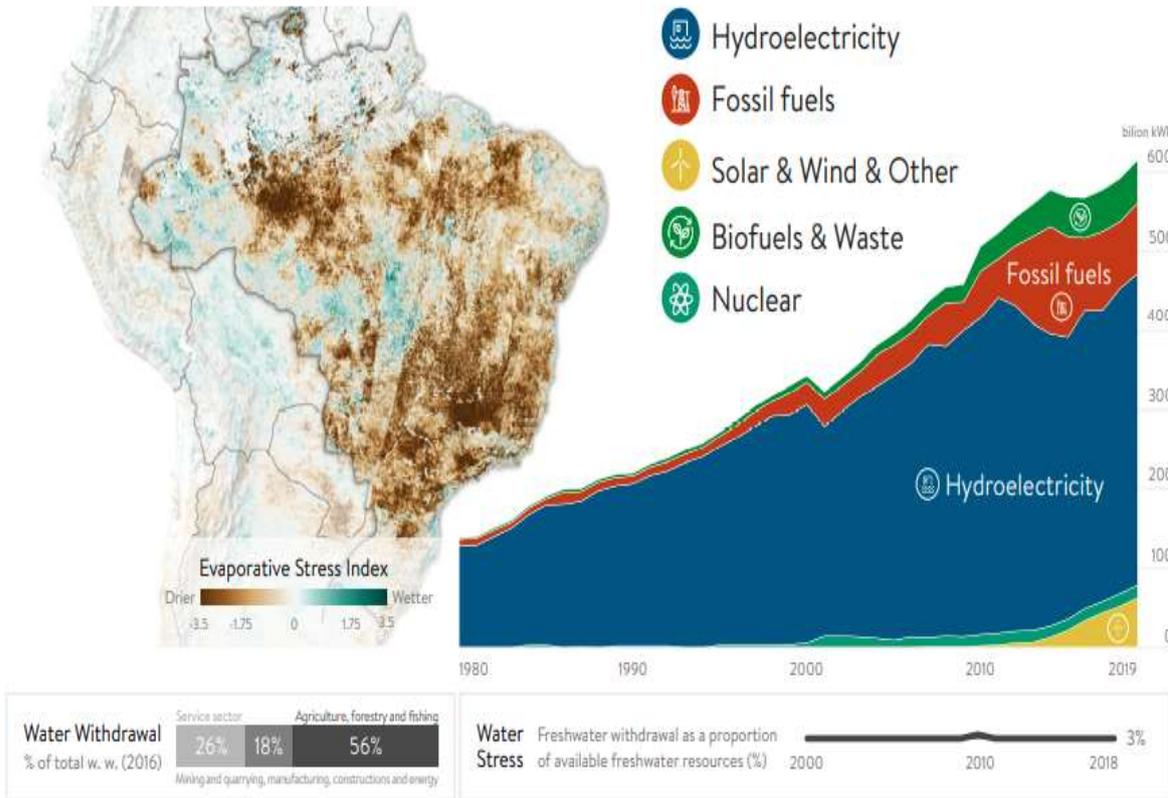
WORLD ENERGY COUNCIL (WEC). **Energy Trilemma Index: 2021 Country rankings**. Disponível em: <https://trilemma.worldenergy.org>. Acesso em: 30 jan. 2022.

WORLD TRADE ORGANIZATION. **The General Agreement on Tariffs and Trade - GATT 1947: “Article I and III”**. Disponível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_01_e.htm.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da intervenção do Estado no domínio social**. São Paulo: Malheiros, 2009.

ANEXO – A

Figure 12: Recent droughts (2019-2021) as shown on the NASA Earth Observatory images highlight the stresses placed on Brazil's hydropower-dependent energy system. The significant data lag on water stress (3 years) and water withdrawal (5 years) creates further challenges for the development of relevant counter measures.

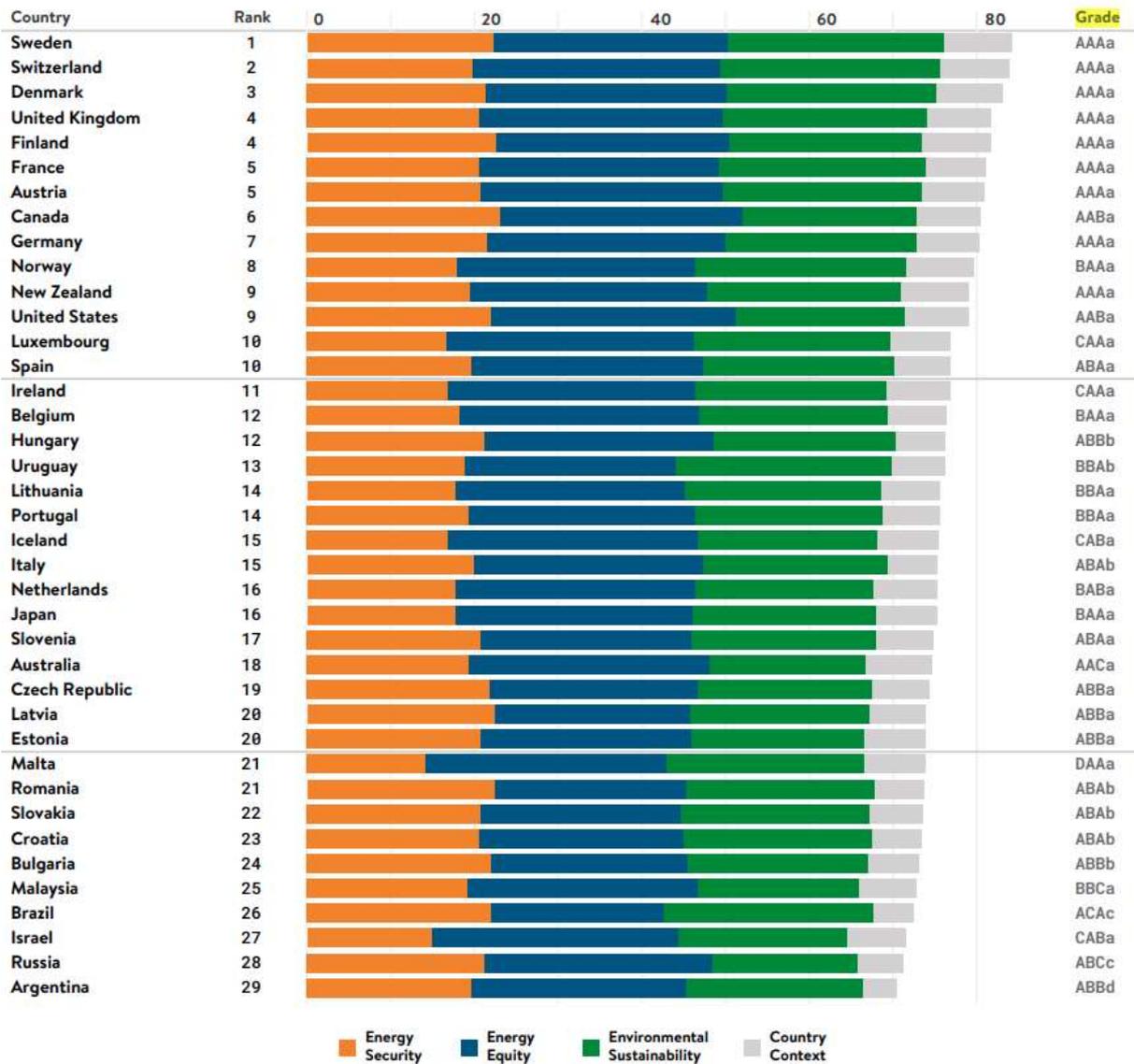


Source (Map): NASA Earth Observatory images by Joshua Stevens, using Landsat data from the U.S. Geological Survey and Evaporative Stress Index data from SERVIR. Data acquired June 2019 - June 2021. June 2021.

Source (Electricity generation): U.S. Energy Information Administration, August 2021.

Source (Water stress, Water withdrawal): UN-Water SDG 6 Data Portal, August 2021.

ANEXO B


2021 WORLD ENERGY TRILEMMA INDEX


ANEXO C

Código do precedente	Reclamante/Reclamado	Objeto	Instrumento normativo	Início
DS2	Venezuela/EUA	Padrões para gasolina reformulada e convencional	Acordo Geral de Tarifas e Comércio (AGTC); Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio (ABTC)	1995
DS4	Brasil/Estados Unidos da América (EUA)	Padrões para gasolina reformulada e convencional	AGTC; ABTC	1995
DS216	Brasil/México	Medidas anti-dumping em transformadores de energia elétrica	Acordo de Implementação do Artigo VI do AGTC	2000
DS306	Bangladesh/India	Medidas anti-dumping em baterias	Acordo de Implementação do Artigo VI do AGTC	2004
DS412	Japão/Canada	Medidas afetas ao setor de geração de energia a partir de fontes renováveis	AGTC; Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (ASMC); Acordo sobre Medidas de investimento relacionadas ao comércio (AMIC)	2010
DS419	EUA/China	Medidas concernentes à equipamentos para exploração de energia eólica	AGTC; ASMC; Protocolo de Adesão (PA)	2010
DS426	União Europeia (UE)/Canada	Medidas relativas ao programa Feed-in Tariff (FIT)	AGTC; ASMC; AMIC	2011
DS443	Argentina/UE	Medidas relativas a importação de biodiesel	AGTC; AMIC; Acordo que estabelece a Organização Mundial do Comércio (AEOMC)	2012
DS452	China/UE	Medidas afetas ao setor de geração de energia a partir de fontes renováveis	AGTC; ASMC; AMIC	2012
DS456	EUA/India	Medidas relativas a células e módulos solares	AGTC; AMIC	2013
DS459	Argentina/UE	Medidas sobre importação e compra de biodiesel e medidas de suporte à indústria do biodiesel	AGTC; ABTC; AEOMC; AMIC; ASMC	2013
DS473	Argentina/UE	Medidas anti-dumping sobre o biodiesel	AGTC; AEOMC; Acordo de Implementação do Artigo VI do AGTC	2013
DS480	Indonésia/UE	Medidas anti-dumping sobre o biodiesel	AGTC; AEOMC; Acordo de Implementação do Artigo VI do AGTC	2014
DS510	India/EUA	Medidas anti-dumping em baterias	ASMC; AGTC; AMIC	2016
DS545	República da Coreia/EUA	Medida de salvaguarda na importação de produtos fotovoltaicos de silício cristalino	Acordo de Salvaguardas (AS); ASMC	2018
DS562	China/EUA	Medida de salvaguarda na importação de produtos fotovoltaicos de silício cristalino	AS; ASMC	2018
DS563	China/EUA	Medidas relacionadas à energia renovável	AGTC; ABTC; ASMC	2018
DS572	Argentina/Peru	Medidas compensatórias e anti-dumping sobre o biodiesel	AGTC; Acordo de Implementação do Artigo VI do AGTC; ASMC; AEOMC	2018
DS575	Venezuela/Colômbia	Medidas relativas à distribuição de combustíveis líquidos	AGTC	2019
DS593	Indonésia/UE	Medidas relativas ao óleo de dendê e biocombustíveis com base na cultura do dendê	AGTC; ASMC; ABTC	2019

ANEXO D

Quadro 15: Privatizações do setor elétrico no Brasil

Nome	Data de	Área de	Comprador	Preço	%	Ágio
	Privatização	Localização		RS Milhões	Vendida	(%)
ESCELSA	12/jul/95	ES	IVEN S. A , GTD Participações	385	50	11,78
LIGHT	21/mai/96	RJ	AES; Houston; EdF; CSN.	2.230,00	51	0
CERJ (AMPLA)	20/nov/96	RJ	Endesa(Sp); Enersis; Ed Port.	605,3	70,26	30,27
COELBA	31/jul/97	BA	Iberdrola; BrasilCap; Previ; BBDTVM	1.730,90	65,64	77,38
AES SUL	21/out/97	RS	AES	1.510,00	90,91	93,56
RGE	21/out/97	RS	CEA; VBC ; Previ	1.635,00	90,75	82,7
CPFL	05/nov/97	SP	VBC ; Previ; Fundação CESP	3015	57,6	70,1
ENERSUL	19/nov/97	MS	Escelsa	625,6	76,56	83,79
CEMAT	27/nov/97	MT	Grupo Rede; Inepar	391,5	85,1	21,09
ENERGIPE	03/dez/97	SE	Cataguazes; Uptick	577,1	85,73	96,05
COSERN	11/dez/97	RN	Coelba; Guaraniãna; Uptick	676,4	77,92	73,6
COELCE	02/abr/98	CE	Consócio Distriluz (Enersis Chilectra, Endesa, Cerj)	867,7	82,69	27,2
ELETROPAULO	15/abr/98	SP	Consórcio Lightgás	2.026,00	74,88	0
CELPA	09/jul/98	PA	QMRA Participações S. A. (Grupo Rede e Inepar)	450,3	54,98	0
ELEKTRO	16/jul/98	SP / MS	Grupo Enron Internacional	1.479,00	46,6	98,94
CACHOEIRA DOURADA	05/set/97	GO	Endesa / Edegel / Fundos de Investimentos	779,8	92,9	43,49
GERASUL	15/set/98	RS	Tractebel(Belga)	945,7	50,01	0
BANDEIRANTE	17/set/98	SP	EDP (Portugal) - CPFL	1.014,00	74,88	0
CESP Tiête	27/out/99	SP	AES Gerasul Emp	938,07	-	29,97
BORBOREMA	30/nov/99	PB	Cataguazes-Leopoldina	87,38	-	-
CELPE	20/fev/00	PE	Iberdrola/Previ/BB	1.780	79,62	-
CEMAR	15/06/2000	MA	PP&L	552,8	86,25	-
SAELPA	31-11-2000	PB	Cataguazes-Leopoldina	363	-	-
CTEEP	28/06/2006	SP	ISA (Interconexión Eléctrica S/A Esp)	1.193	-	57,89
TOTAL				25.858,55		

ANEXO E

Tabela 8– Redução no consumo de eletricidade por classe decorrentes do racionamento de energia elétrica ao longo da crise de 2001

Consumidor	Consumo em 2000	Redução de 20%	Sobretaxa	Bônus ^a	Corte de Fornecimento ^b
1. Residência	Até 100 kWh	Opcional	Não	Sim	Não
2. Residência	101 a 200 kWh	Sim	Não	Sim	Sim
3. Residência	201 a 500 kWh	Sim	Não ^c	Sim	Sim
4. Residência	Acima de 500 kWh	Sim	Não ^d	Sim	Sim
5. Indústria/Comércio (Alta Tensão) ^e	Acima de 500 kWh	15% a 25%	Não	Não	Sim
6. Indústria/Comércio (Baixa Tensão)	Acima de 500 kWh	20%	Não	Não	Sim
7. Área Rural	Sem Limite	10%	Não	Não	Sim
8. Setor Público Federal	Sem Limite	15% a 35%	Não	Não	Sim

Fonte: Pêgo Filho et al., 2001

^a Quem economizar acima de 20% do consumo médio ganhará desconto

^b Sem redução haverá corte de energia por três dias, na primeira vez, e por seis dias nas residências.

^c Caso não atinjam a meta de 20%, 50% de multa.

^d Caso não atinjam a meta de 20%, 200% de multa.

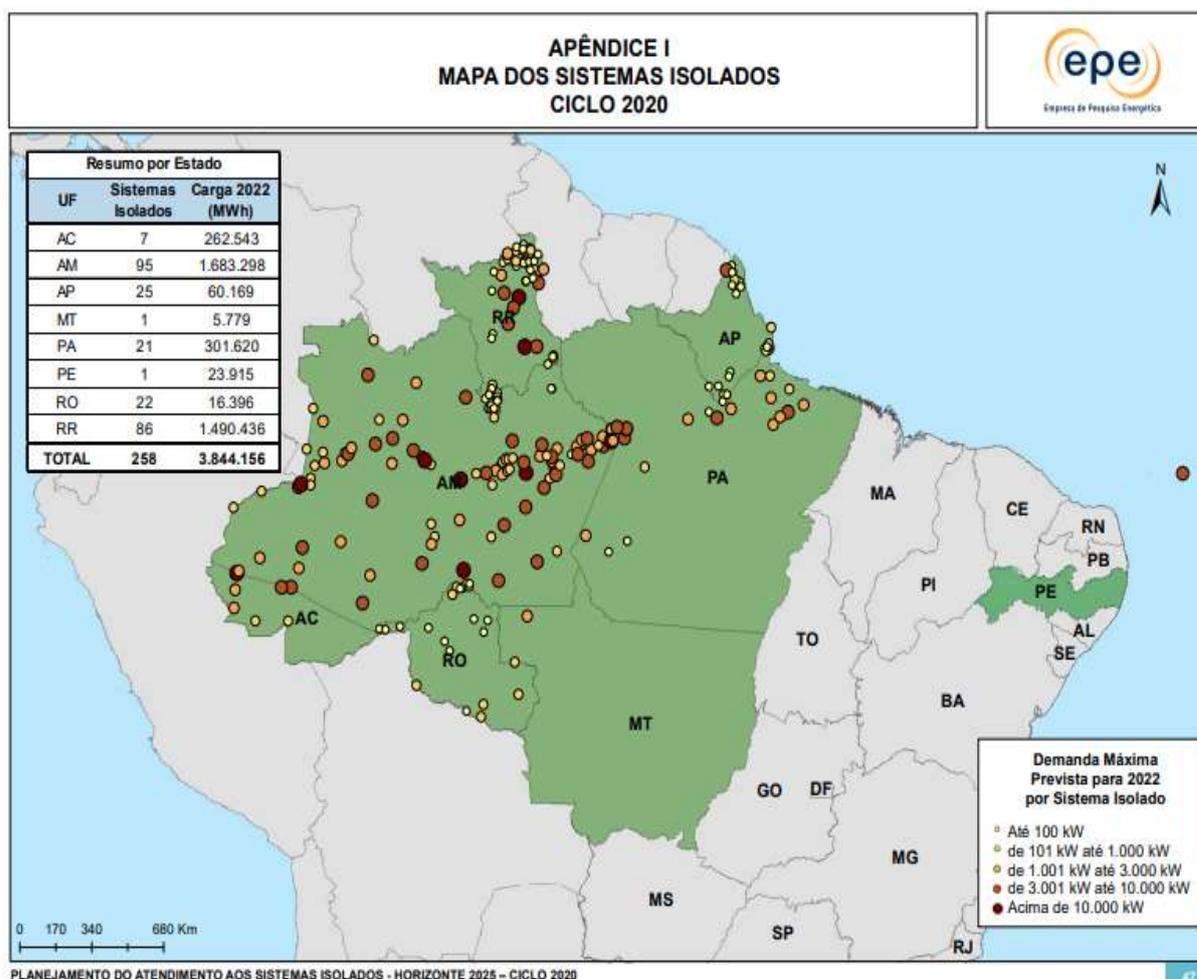
^e A redução que não for feita será cobrada pelo preço do mercado atacadista e haverá corte de fornecimento pelo número de dias necessários para recompor a meta. A empresa pode vender a parte do consumo economizada a outras empresas em leilões da distribuidora ou acumular para uso futuro. Pode, também, comprar energia de outras nos leilões.

ANEXO F

Tabela 10 – Evolução da estrutura institucional do Setor Elétrico Brasileiro

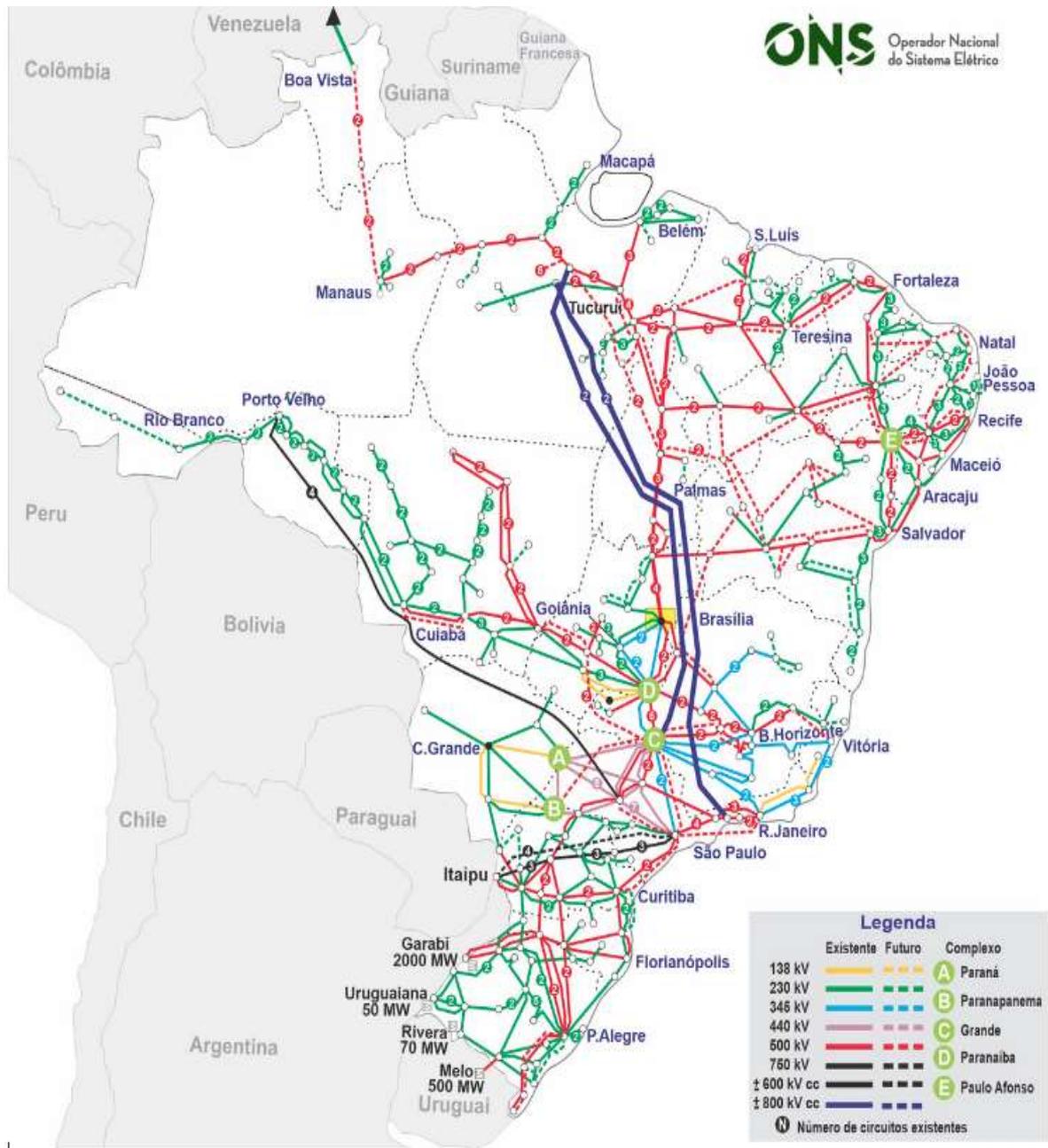
Modelo Antigo (até 1995)	Modelo de Livre Mercado (1995 a 2003)	Novo Modelo (2004)
Financiamento através de recursos públicos	Financiamento através de recursos públicos e privados	Financiamento através de recursos públicos e privados
Empresas verticalizadas	Empresas divididas por atividade: geração, transmissão, distribuição e comercialização	Empresas divididas por atividade: geração, transmissão, distribuição, comercialização, importação e exportação.
Empresas predominantemente Estatais	Abertura e ênfase na privatização das Empresas	Convivência entre Empresas Estatais e Privadas
Monopólios - Competição inexistente	Competição na geração e comercialização	Competição na geração e comercialização
Consumidores Cativos	Consumidores Livres e Cativos	Consumidores Livres e Cativos
Tarifas reguladas em todos os segmentos	Preços livremente negociados na geração e comercialização	No ambiente livre: Preços livremente negociados na geração e comercialização. No ambiente regulado: leilão e licitação pela menor tarifa
Mercado Regulado	Mercado Livre	Convivência entre Mercados Livre e Regulado
Planejamento Determinativo - Grupo Coordenador do Planejamento dos Sistemas Elétricos (GCPS)	Planejamento Indicativo pelo Conselho Nacional de Política Energética (CNPE)	Planejamento pela Empresa de Pesquisa Energética (EPE)
Contratação: 100% do Mercado	Contratação : 85% do mercado (até agosto/2003) e 95% mercado (até dez./2004)	Contratação: 100% do mercado + reserva
Sobras/déficits do balanço energético rateados entre compradores	Sobras/déficits do balanço energético liquidados no MAE	Sobras/déficits do balanço energético liquidados na CCEE. Mecanismo de Compensação de Sobras e Déficit (MCSD) para as Distribuidoras.

ANEXO G

**Tabela 1 - Quantidade de Sistemas Isolados por UF e Distribuidora**

Estado	Distribuidora	Número de Sistemas	População atendida
Acre	Energisa Acre	7	262.553
Amapá	Companhia de Eletricidade do Amapá	25	38.743
Amazonas	Amazonas Energia	95	1.549.241
Mato Grosso	Energisa Mato Grosso	1	3.038
Pará	Equatorial Pará	19	482.537
	Petrobras Distribuidora	2	-
Pernambuco	Companhia Energética de Pernambuco	1	3.021
Rondônia	Energisa Rondônia	22	155.822
Roraima	Roraima Energia	86	492.838
TOTAL	9	258	2.987.793

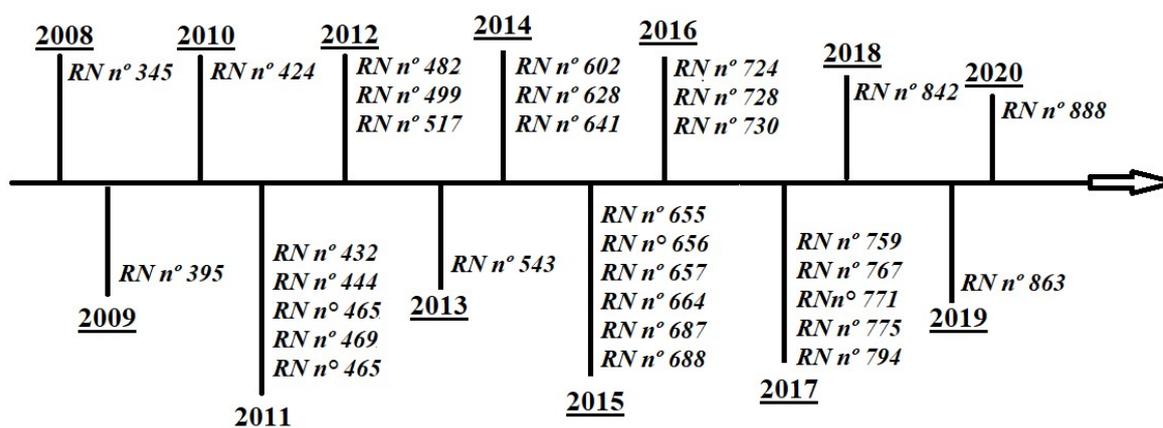
ANEXO H



Tipo de agente	2016	2017	2018	2019	2020	
Comercializador	191	219	270	341	397	Trader
Produtor Independente	949	1093	1201	1259	1400	Independent producer
Gerador	42	47	46	45	43	Generator
Consumidor Especial	3250	4318	4932	6135	7556	Special consumer
Consumidor Livre	812	874	887	922	1023	Consumidor livre
Autoprodutor	62	65	69	75	77	Self-producer
Distribuidor	48	48	45	47	47	Distributor
Agentes	5354	6664	7450	8824	10543	Players

Fonte: Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE) - dados acessados em 16/03/2021 (Ano referência: 2020); Elaboração EPE.

ANEXO I

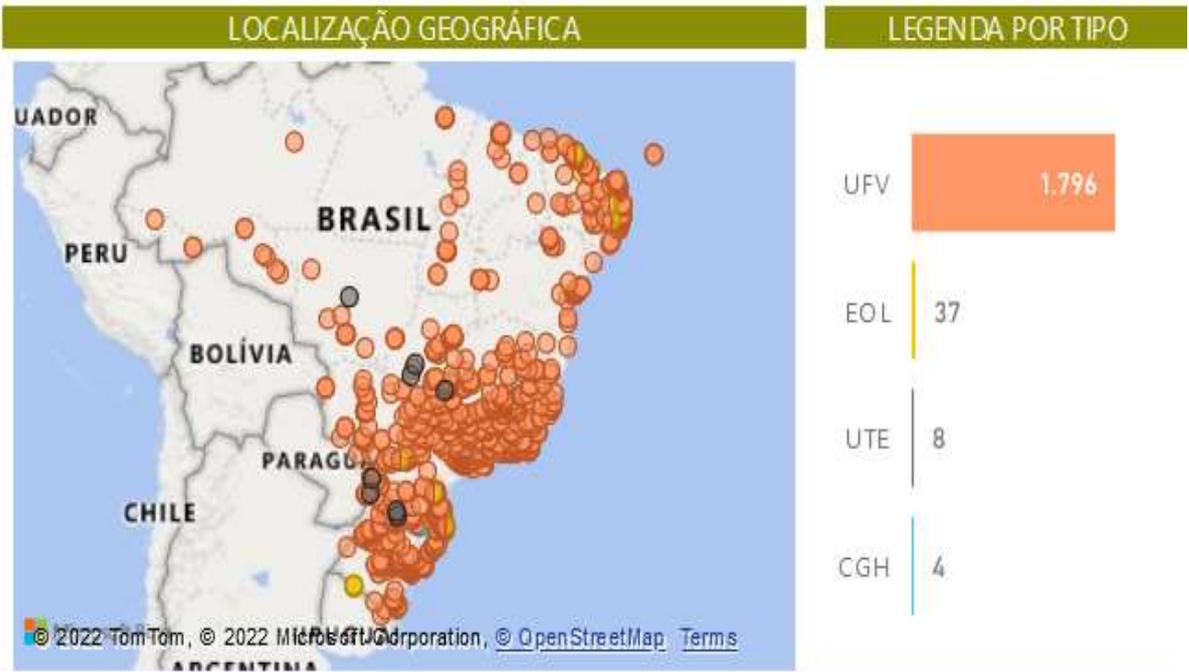


Pais	Feed-in tariff	Quota	Net metering	Certificados Energia renovável	Investimento público/ financiamentos	Leilões públicos de energia
Alemanha	X		X		X	
Austrália	X	X		X	X	
Brasil					X	X
Canada	**	**	X		X	X
China	X	X			X	X
Dinamarca	X		X	X	X	X
Espanha	X			X	X	
Estado Unidos	**	**	**	**	**	**
Itália	X	X	X	X	X	
Japão	X	X	X	X	X	
Portugal	X				X	X
Reino Unido	X	X		X	X	

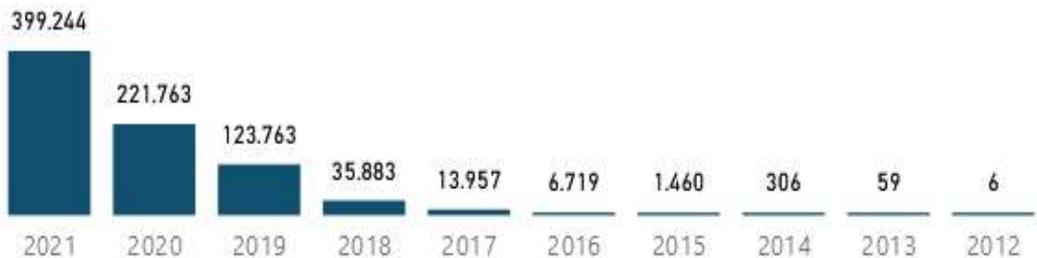
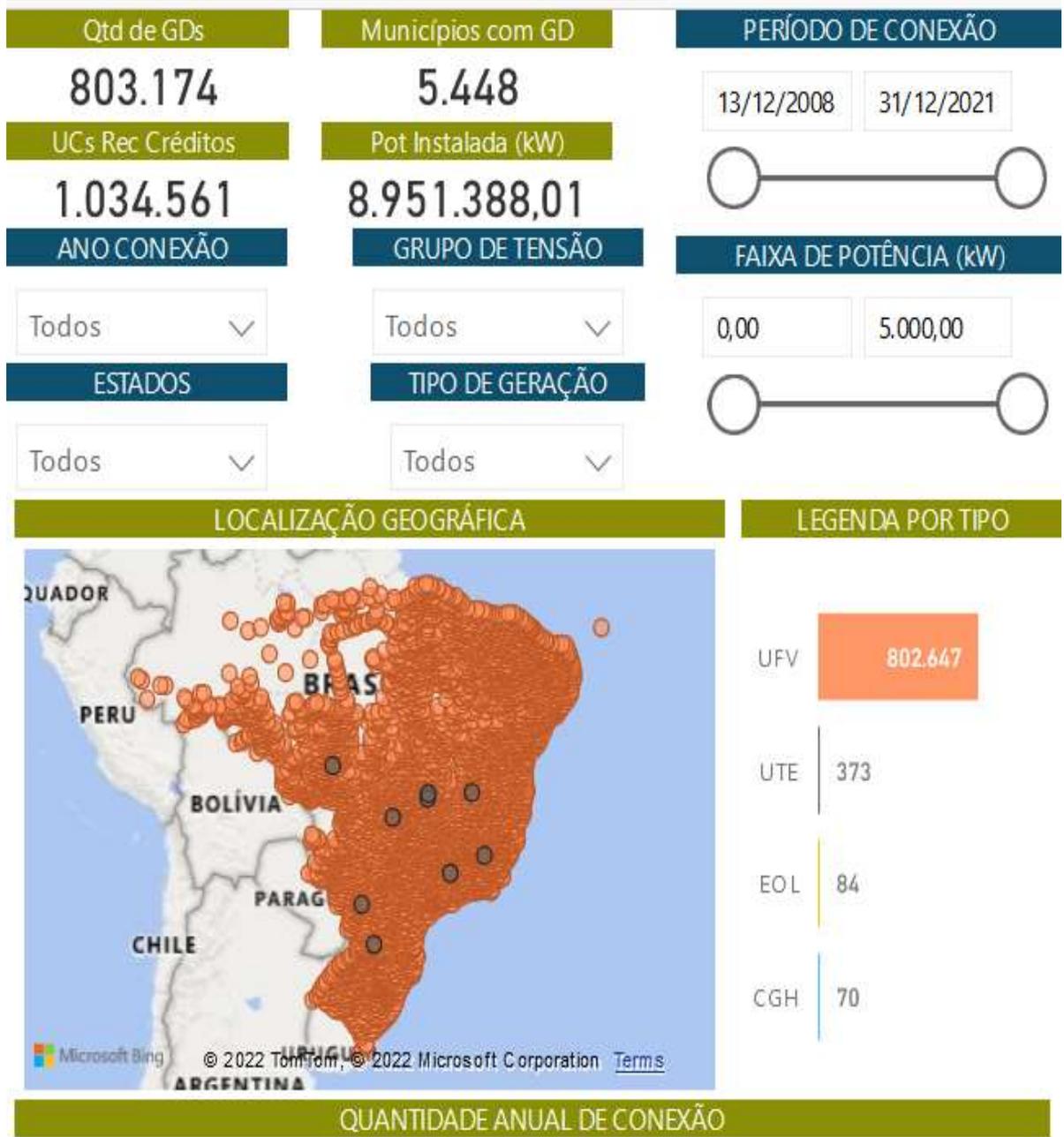
Obs: O campo assinalado com ** significa que alguns estados/provincias desse pais adotaram esse sistema outro não.

ANEXO J

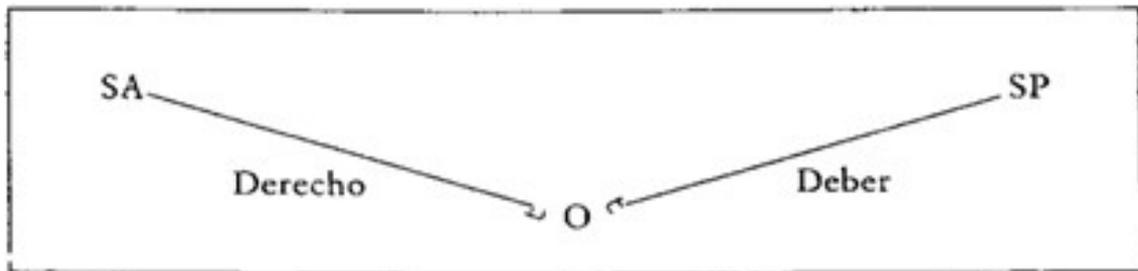
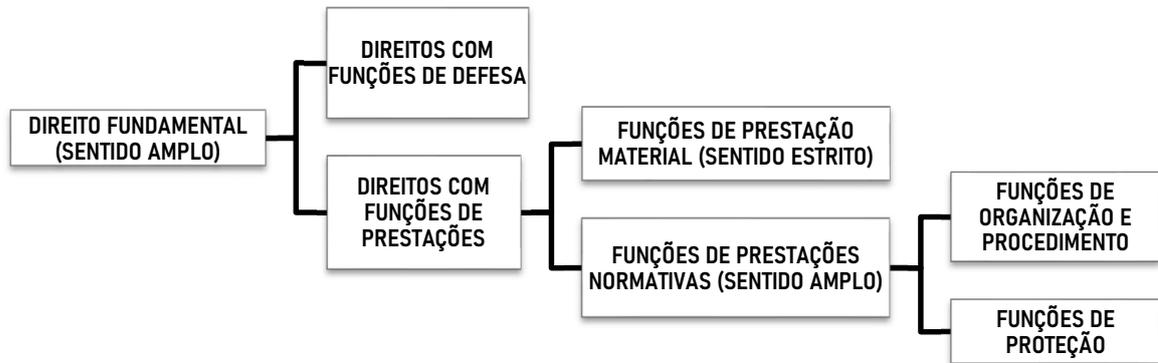
Qtd de GDs 1.845	Municípios com GD 531	PERÍODO DE CONEXÃO 13/12/2008 31/12/2015
UCs Rec Créditos 3.547	Pot Instalada (kW) 21.978,06	
ANO CONEXÃO Todos	GRUPO DE TENSÃO Todos	FAIXA DE POTÊNCIA (kW) 0,00 5.000,00
ESTADOS Todos	TIPO DE GERAÇÃO Todos	



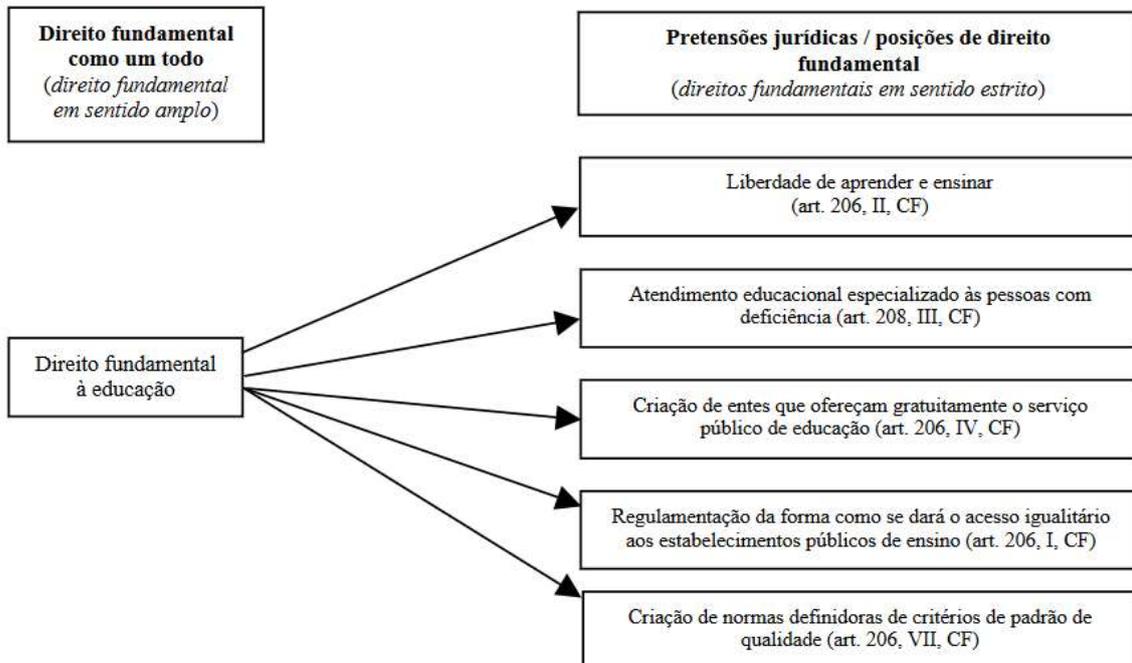
ANEXO K



ANEXO L



SA: sujeito activo
 SP: sujeito pasivo
 O: objeto (una conducta de acción o de omisión)



ANEXO M

DIRETRIZ	CONTEÚDO
1 ^a	Impõe-se conferir o primado da qualidade intertemporal das escolhas públicas. Sugere-se o controle primordial de proporcionalidade das decisões administrativas, em consonância com as aspirações de longo prazo. E não se diga que são demasiado fugidias para serem estabelecidas ou que estão reservadas exclusivamente à esfera governamental. A sociedade dispõe de condições objetivas - não usurpatórias - para checar a empírica qualidade intertemporal das decisões tomadas.
2 ^a	Impõe-se contemplar a repercussão psicossocial das decisões públicas, de molde a somente admitir a sequência de eventos universalizáveis, não se limitando às considerações formais ou de superfície. Quer dizer, as decisões que sabidamente provocam mais malefícios do que benefícios sistêmicos são antijurídicas, pois maltratam a vida na terra, restringindo-a quiçá à condição de mercadoria. Para retomar o exemplo, se a matriz de transportes desfavorece o modal hidroviário, exige completa revisão, à vista de indisputáveis externalidades distópicas. Não sem motivo, o tema figura, com destaque, na referida Agenda da Sustentabilidade.
3 ^a	Impõe-se disseminar a sólida capacitação para a resolução consensual dos conflitos. Dito de outra forma, a negociação proba, na esfera administrativa, é prioridade máxima, sem embargo da garantia intacta de acesso ao Poder Judiciário, no concernente às disputas insolúveis de outra maneira. Na senda de transcender o oneroso teatro de atitudes adversariais, cumpre aderir à postura pacificadora, atenta às raízes das contendas e tecnicamente aparelhada para protagonizar saídas do tipo <i>win-win</i> , com presteza e transparência, ultrapassando a hostilidade acirrada, quase inimizade, entre particulares e Administração Pública.
4 ^a	Impõe-se adotar postura <i>energicamente equitativa</i> , consoante a qual estão vedadas discriminações negativas e determinadas compensações positivas (não apenas de aparência), rumo à economia inclusiva, circular e de baixo carbono. Nesse passo, a discriminação negativa, inclusive em matéria ambiental, merece ser catalogada como manifesta vulneração do princípio da sustentabilidade.
5 ^a	Impõe-se resguardar o pluralismo não dogmático, de modo que o <i>apriorismo crítico</i> resulte <i>abandonado</i> , pois as condicionantes jurídicas funcionam só à primeira vista. Tomar determinado princípio em detrimento dos demais ou adotar posicionamentos " <i>all or nothing</i> " é altamente pernicioso. Entretanto, a <i>abertura de exceções</i> tem que ser <i>rigorosamente justificada</i> , haja vista que, no geral das vezes, impacta direitos e interesses legítimos.
6 ^a	Impõe-se manter a <i>coerência</i> (não inventada), de acordo com a qual se <i>perfectibiliza a compatibilização entre demandas geracionais e textos normativos</i> , mediante aplicação que suscite, no círculo hermenêutico, a prevalência tópico-sistemática de objetivos sustentáveis. Em outras palavras, a boa decisão realiza sopesamento refletido e não adere ao impulsivismo enviesado, característico do paradigma da insaciabilidade. Ainda: veicula <i>fundamentação transversal</i> e se articula com os requisitos nucleares do desenvolvimento duradouro.

ANEXO N

DIRETRIZ	CONTEÚDO
7 ^a	<p>Impõe-se adotar filosofia <i>proativa</i> que trata do acréscimo pontual de soluções afins à direta aplicabilidade dos direitos fundamentais (CRFB, art. 5º, §1º), sem frustrar o processo legislativo. Nunca é demais enfatizar que decorre da Constituição o direito à boa administração pública, independentemente de eventuais lacunas da disciplina legislativa. Certo, um dos requisitos para o desenvolvimento duradouro é a estabilidade em meio à impermanência. Todavia, a sustentabilidade não reside em zona de passividade, muito menos na preservação patética do <i>status quo</i> poluente. Ainda mais quando se percebe que os maiores perigos do século XXI são forjados por nós mesmos (...). Vale dizer, sob a égide da Carta, a título ilustrativo, não causa estranheza que, em determinadas circunstâncias, preconize-se a função socioambiental do bem público para fins de assegurar a efetividade do direito fundamental à moradia. É que a função (social, ambiental, econômica) da propriedade mostra-se exigência cristalina. Assim, a postura recomendável é, sempre e sempre, aquela organicamente ativadora do plexo inteiro de direitos fundamentais das gerações presentes e futuras.</p>
8 ^a	<p>Impõe-se promover a <i>abertura mental</i> de quem faz o Direito permeável à aparição (parcimoniosa e comedida) de novos princípios, notadamente à vista de disrupções tecnológicas (...). Nesse contexto, os princípios da prevenção e da precaução recebem destaque, pois ensejam que o Direito Administrativo evite sofrimentos (diretos e colaterais). Simultaneamente, a abertura favorece que a governança digital assegure a sindicabilidade, em tempo real, das políticas públicas.</p>
9 ^a	<p>Impõe-se atentar para as finalidades intergeracionais do sistema constitucional, uma vez que as normas administrativas somente são bem interpretadas quando reconhecidas como desdobramento de fins intertemporais para os meios, jamais o contrário. Não se pode ofuscar o dever (autônomo) da correção finalística, instando o agente público a prestar contas dos custos ocultos e a lançar mão de estimativas de longo espectro. A salvaguarda nuclear do direito ao futuro é, nessa medida, vetor indesejável para a Administração Pública e deriva, antes de mais, da compreensão tópico-sistemática do Direito Administrativo como interligação de textos normativos e fins superiores, conducentes à tutela da qualidade intrínseca da vida. Tal interligação sistemática viabiliza "mutações" legítimas e ostenta a condição de acrescentar eficácia aos direitos fundamentais, às vezes geometricamente (ainda que sem saltos). Em razão disso, na seara das relações administrativas, clarificam-se elementos da justiça intergeracional, em harmonia com a flexibilidade e inclusividade. Acolhe-se em plenitude, o direito ao bem-estar, no presente e no futuro. Com efeito, ignorar o horizonte intersubjetivo e intertemporal do bem-estar costuma ser erro grosseiro. O bem-estar multidimensional é o critério preponderante de julgamento da legitimidade pública. Assim, por exemplo, no aludido exame <i>ex ante</i>, <i>afasta-se a noção de discricionariedade desvinculada</i>, que não tem sido capaz, sequer em situações extremadas, de interditar escolhas destituídas de mínima consistência. Em outro dizer, a deferência não pode ser biombo para a discricionariedade cesarista ou para manter, por inércia, <i>gaps</i> institucionais e ofensas à saúde pública. Não é acaso que o teste do novo paradigma introduz o termômetro híbrido de conservação do equilíbrio ecológico, enfrentamento de escandalosas emissões e compartilhamento de prosperidade.</p>
10 ^a	<p>Impõe-se zelar pela governança exercida com desassombro, independência despida de arrogância. Nesse quadro, categorias vetusas como <i>discricionariedade</i> (jamais equiparável ao arbítrio imotivado), expectativa de direito e direito (não raro, a fronteira esmaece), omissão (vulneradora da prevenção e precaução), requerem completa reapreciação. Simplesmente não funcionam. Afinal, a erva daninha do <i>receio de inovação conceitual</i> (uma das mais neofobias) tem que ser removida, em definitivo, do solo cultivado pela <i>racionalidade intersubjetiva</i>. Antes que seja tarde.</p>

ANEXO O

REGIME/ATIVIDADE	Geração	Transmissão	Distribuição	Comercialização
Concessão de serviço público precedido ou não de obra pública	Lei 9.074/1995, art. 5º, I, II e III, c/c Decreto 2.000/1996 e Decreto 5.163/2004, art. 60	Lei 9.074/1995, art. 4º, § 3º e 5º, II, e art. 17 e parágrafos	Lei 9.074/1995, art. 4º, § 3º e 5º, III, e Art. 15; e arts. 22 e 23, Decreto 2.655/1998, art. 3º, II	x
Concessão de uso de bem público	Lei 9.074/1995, art. 5º, I, II e III, c/c Decreto 2.000/1996 e Decreto 5.163/2004, art. 61	x	x	x
Permissão de serviço público	x	x	Lei 8.987.1995, art. 1º, art. 2º, IV, art. 3º, art. 6º, art. 40; Lei 9.074/1995, art. 4º § 5º; Decreto 2.655/1998, arts. 3º, II, e 8º; e Lei nº 10.438/2002	x
Autorização de uso de bem público	Lei 9.074/1995, art. 7º, II	x	x	x
Autorização de atividade econômica	Lei 9.074/1995, art. 4º, § 7º, art. 6º, art. 7º, I, e art. 20; Decreto 2.003/1996, art. 4º, I	x	x	Lei nº 9.648/1998, art. 10, e Lei 9.427/1996, art. 26, IV
Dispensa de autorização	Lei 9.074/1995, art. 6º e art. 8º		Lei 9.074/1995, arts. 6º e 8º c/c Resolução Normativa ANEEL 482/2012, atualizada pela 687/2015	