

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS
FACULDADE DE ENGENHARIA MECÂNICA
COMISSÃO DE PÓS GRADUAÇÃO EM ENGENHARIA MECÂNICA

**A Consolidação das Redes de Transmissão e
de Distribuição do Sistema Elétrico
Brasileiro em Face da Intervenção do
Estado na Propriedade**

Autor: Luiz Alberto Rodrigues Landini
Orientador: Prof. Dr. Moacyr Trindade de Oliveira Andrade
Co-orientador: Prof. Dr. Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS
FACULDADE DE ENGENHARIA MECÂNICA
COMISSÃO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ENGENHARIA MECÂNICA
PLANEJAMENTO DE SISTEMAS ENERGÉTICOS**

**A Consolidação das Redes de Transmissão e
de Distribuição do Sistema Elétrico
Brasileiro em Face da Intervenção do
Estado na Propriedade**

Autor: Luiz Alberto Rodrigues Landini

Orientador: Prof. Dr. Moacyr Trindade de Oliveira Andrade

Co-orientador: Prof. Dr. Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto

Curso: Planejamento de Sistemas Energéticos

Tese de Doutorado apresentada à Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Engenharia Mecânica, como requisito para a obtenção do título de Doutor em Planejamento de Sistemas Energéticos.

Campinas, 2007
SP – Brasil

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA
BIBLIOTECA DA ÁREA DE ENGENHARIA E ARQUITETURA - BAE - UNICAMP

L234c Landini, Luiz Alberto Rodrigues
A consolidação das redes de transmissão e de distribuição do sistema elétrico brasileiro em face da intervenção do Estado na propriedade / Luiz Alberto Rodrigues Landini.--Campinas, SP: [s.n.], 2007.

Orientadores: Moacyr Trindade de Oliveira Andrade, Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto
Tese (Doutorado) - Universidade Estadual de Campinas, Faculdade de Engenharia Mecânica.

1. Domínio público. 2. Servidão. 3. Desapropriação. 4. Incorporação. 5. Conflito de interesses (Serviço público). 6. Energia elétrica – Legislação. 7. Direito de propriedade. I. Andrade, Moacyr Trindade de Oliveira. II. Marques Neto, Floriano Peixoto de Azevedo. III. Universidade Estadual de Campinas. Faculdade de Engenharia Mecânica. IV. Título.

Título em Inglês: The consolidation of the transmission and distribution networks in the brazilian electric system in the face of the state's interrence with the propriety

Palavras-chave em Inglês: Sovereignty zone, Administrative servitude, Expropriation, Incorporation of private networks

Área de concentração: -

Titulação: Doutor em Planejamento de Sistemas Energéticos

Banca examinadora: Sérgio Valdir Bajay, Aderbal de Arruda Penteado Junior, Manoel Eduardo Miranda Negrisoli e Fernando Amaral de Almeida Prado Júnior

Data da defesa: 27/07/2007

Programa de Pós-Graduação: Planejamento de Sistemas Energéticos

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS
FACULDADE DE ENGENHARIA MECÂNICA
PLANEJAMENTO DE SISTEMAS ENERGÉTICOS**

TESE DE DOUTORADO

**A Consolidação das Redes de Transmissão e
de Distribuição do Sistema Elétrico Brasileiro
em Face da Intervenção do Estado na
Propriedade**

Autor: **Luiz Alberto Rodrigues Landini**

Orientador: **Prof. Dr. Moacyr Trindade de Oliveira Andrade**

Co-orientador: **Prof. Dr. Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto**

**Prof. Dr. Moacyr Trindade de Oliveira Andrade, Presidente
Universidade Estadual de Campinas - UNICAMP**

**Prof. Dr. Sérgio Valdir Bajay
Universidade Estadual de Campinas - UNICAMP**

**Prof. Dr. Aderbal de Arruda Penteado Junior
Universidade de São Paulo - USP**

**Prof. Dr. Manoel Eduardo Miranda Negrisoli
Universidade Federal de Itajubá - UNIFEI**

**Prof. Dr. Fernando Amaral de Almeida Prado Júnior
Universidade de São Paulo - USP**

Campinas, 27 de julho de 2007

Dedicatória:

Aos meus pais, **Maria Luiza e Lourenço** (*in memoriam*), que me ensinaram a sempre tentar ver, aprender e a compreender.

E à minha esposa, **Ligia**, e aos meus filhos **André e Marcelo** desejando que este ensinamento esteja sempre presente.

Agradecimentos:

Várias foram às pessoas que de algum modo, ou de outro, contribuíram para o desenvolvimento deste trabalho, e as quais serei eternamente grato.

Porém, nada disso seria possível sem os brilhantes ensinamentos do Professor Moacyr Trindade de Oliveira Andrade, que acumula as funções de amigo, colega de trabalho na Comissão de Serviços Públicos de Energia, e orientador desta tese de doutoramento. É, pois, co-autor intelectual deste trabalho.

De idêntica forma, o presente trabalho não poderia ser concluído sem a precisa co-orientação do Professor Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto, que prontamente aquiesceu ao convite que lhe foi formulado, e que muito enriqueceu com seus pontuais ensinamentos, a presente dissertação.

Agradecimento especial direciono aos ilustres Professores Sérgio Valdir Bajay, Fernando Amaral de Almeida Prado Júnior, e Manoel Eduardo Miranda Negrisoni, que integrando a banca examinadora fizeram críticas pertinentes, e que muito contribuíram para o aprimoramento do resultado final.

Aproveito, ainda para estender este agradecimento aos demais professores do mestrado e deste doutorado, com os quais pude aprender e aprimorar o meu conhecimento sobre energia, e em especial a energia elétrica.

A participação da minha esposa Ligia foi fundamental ao longo de todas as etapas percorridas, sempre procurando uma palavra de incentivo nos momentos mais difíceis e de desânimo. Sem ela, certamente, não teria sido possível concluir primeiramente o mestrado, e, agora, o doutorado.

A todos os meus familiares, nas pessoas de meus filhos André e Marcelo que sempre me incentivaram a concluir esse difícil trabalho, e que espero possam se espelhar em um futuro próximo.

Aos amigos e colegas de trabalho, Engenheiros Zevi Kann e Aderbal de Arruda Penteado Junior, que também integrou a banca examinadora, agradeço, ao primeiro, pela oportunidade concedida e o imprescindível apoio para dar início à pós-graduação, e ao segundo, pela compreensão e boa vontade em propiciar-me um constante aprendizado, o que muito contribuiu para viabilizar este trabalho.

Ao auxílio precioso da pesquisadora Edna Lopes Ramalho, na absoluta certeza de quem sem ela o trabalho perderia muito em qualidade.

Às colegas Ana Luiza Paiva Pereira de Almeida, Márcia Ramos Neto e Samira Bevilaqua, pelo estímulo, apoio, e paciência nos ajustes necessários à conclusão do presente trabalho.

Aos demais colegas e funcionários da CSPE, pelo constante incentivo, e pela boa vontade em prontamente prestarem auxílio nos momentos mais difíceis, deixando de lado, por vezes, seus próprios afazeres profissionais.

Aos Professores Carlos Márcio Vieira Tahan, Marcos Roberto Gouvêa, com os quais pude colher valiosas lições durante o período de convivência na CSPE.

Ao Professor Marcelo Aparecido Pelegrini, pelas valiosas contribuições e sugestões.

Aos amigos Antonio de Pádua Rosolino, Luiz Henrique Delbuque Baccaro e Letícia Mitie Yamashita, por tornarem disponíveis dados imprescindíveis à conclusão deste trabalho.

Ao pessoal da Superintendência de Regulação dos Serviços de Distribuição da ANEEL, por disponibilizarem informações para que este trabalho pudesse ser concluído.

Ao Senhor por todas as oportunidades que me apresentou, e pela linda família com a qual me presenteou.

Minha sincera gratidão.

O autor.

**“Viver,
e não ter a vergonha de ser feliz.
Cantar, e cantar, e cantar,
a beleza de ser um eterno aprendiz...”**

**Gonzaguinha
(1945 - 1991)**

Resumo:

LANDINI, Luiz Alberto Rodrigues, A Consolidação das Redes de Transmissão e de Distribuição do Sistema Elétrico Brasileiro em Face da Intervenção do Estado na Propriedade, Campinas: Faculdade de Engenharia Mecânica, Universidade Estadual de Campinas, 2007, 227 págs., Tese (Doutorado).

A reestruturação e a privatização do setor elétrico a partir de 1995 redefiniram o papel do Estado neste setor, que passa a assumir a função regulatória e de controle em substituição às atividades de agente empreendedor. Com essa não interveniência o Estado tornou-se apenas responsável pela regulação, fiscalização e controle dos serviços públicos concedidos de energia elétrica, sendo que o fortalecimento do marco regulatório se deu com a criação da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, instituída pela Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Paradoxalmente a isso, os serviços de infra-estrutura de energia elétrica, para que possam ser implementados, necessitam da intervenção do Estado na propriedade do particular. Assim ocorre na geração, transmissão e na distribuição de energia elétrica. Um país de dimensões continentais como o Brasil, torna tais serviços de grande complexidade para sua implementação, pois desde a geração da energia elétrica até os grandes centros consumidores há necessidade da implantação de uma vasta rede de linhas transmissoras e distribuidoras que transpassam por inúmeras propriedades sobre as quais recaem os ônus da servidão, ou, quando não, são desapropriadas para a destinação a ser dada pelas concessionárias, trazendo sérios transtornos aos seus proprietários. Neste contexto observa-se no presente trabalho que, conquanto o detentor do imóvel não perde o domínio de sua propriedade, pois não há a transferência dela para a concessionária nos casos de instituição de servidão de passagem de linhas transmissoras e distribuidoras de

energia elétrica, há sempre a restrição quanto ao uso, gozo e fruição da mesma. Diferindo da faixa de servidão, na desapropriação ocorre a transferência da propriedade para o titular do direito à expropriação, fazendo com que o proprietário perca sua propriedade para o Estado, representado por quem esse tenha outorgado a concessão ou permissão para a exploração do serviço. Para tanto, compete ao poder concedente como medida preparatória, a emissão dos atos declaratórios de utilidade pública para fins de desapropriação ou de instituição de servidão administrativa no setor elétrico tal qual previsto na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (Lei de Concessões), que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no *caput* do art. 175 da Constituição Federal. No entanto, a reestruturação e a privatização de diversos setores, tais quais previstos no Programa Nacional de Desestatização - PND, trouxeram algumas dificuldades que não eram observadas quando todas as empresas implementadoras de infra-estrutura eram estatais. Neste contexto se situam as empresas prestadoras dos serviços públicos de energia elétrica, e de rodovias, em face das controvérsias verificadas quanto à utilização transversal e longitudinal das faixas de domínio das rodovias por empresas transmissoras e distribuidoras de energia elétrica, em razão de cobranças pecuniárias para sua utilização, denominadas como receitas complementares ou acessórias. O presente trabalho além de abordar o entendimento das concessionárias envolvidas, e das agências ARTESP, CSPE, ANEEL, e ABCR, ao final, trata de questão recém regulamentada, ou seja, a incorporação das redes particulares de distribuição, que não disponham de ato autorizativo do poder concedente, ao patrimônio das concessionárias de energia elétrica, em face da disposição contida na Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, que dispõe sobre a comercialização de energia, dando, também, outras providências. Estas questões, entre outras, são discutidas no presente trabalho, trazendo a lume, ao seu final, conclusões e recomendações quanto aos temas abordados.

Palavras chave: Faixa de domínio, Servidão administrativa, Desapropriação, Incorporação, Redes elétricas particulares.

Abstract:

LANDINI, Luiz Alberto Rodrigues, The Consolidation of the Transmission and Distribution Networks in The Brazilian Electric System In The Face Of the State's Interference With the Propriety, Campinas: University of Mechanical Engineering, State University of Campinas, 2007, 227 pages, Thesis (Doctorate).

The restructuring and privatization of the Brazilian electric sector started in 1995, has redefined the State's role within this sector that now starts to play the regulating and controlling functions instead of those of a contractor agent. With the non-intervention, the State has become the responsible for regulating, supervising and controlling the granted electric energy public services; keeping in mind that the strengthening of the regulatory process begun with the founding of the Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, instituted by Law nº 9.427, 1996 december 26th. On the other hand, for the implementation of the electric energy infrastructure services, it is necessary the State's intervention on private properties. That is the way it happens in generation, transmission and distribution of electric energy. A country like Brazil with continental dimensions, makes the implementation of such services quite complex, because from the generation point to the great consumer markets there is the need of implementing huge transmission and distribution networks through many private properties which suffer the burden of public right of free passage over it, or in many other cases these properties are expropriated and whose destination is decided by the utilities, causing serious troubles to their rightful owners. Under this circumstances it is observed in this project that although the land owner does not lose the right over his property (for there is not a legal transfer from the owner to

the utility when the public right of free passage to the transmission and distribution networks is applicable), there is always the problem related to the restriction of the usage, fruition and enjoyment of this very property by the owner. When it comes to expropriation, there is the transfer of the owner's rights, making the owner lose its property to the State; the State is, in this case, represented by a company that was granted the rights or permission to exploit the service. For this to happen, it is due to the power in charge of granting this concession (as a preparatory measure), the issuing of declaratory actions aiming the expropriation or the institution of administrative servitude in the electric sector, as foreseen in the Law nº 8.987 (february 13th 1995) known as *Leis de Concessão* (Concessions Law), which determines the clauses of the concession's set of rules, and the granting of the rendering of public services, as stated by *caput* in art. 175 of the Federal Constitution. However, the restructuring and privatization of various segments, according to the Programa Nacional de Desestatização – PND (National Program for Privatization), have brought some difficulties that were not taken into account when all the companies responsible for implementing the infrastructure belonged to the State. We may include in this context, the companies which rendered electric energy public services, and highways, in view of the controversies related to the transversal and longitudinal usage of the sovereignty zones belonging to the highways by transmission and distribution of electric energy companies, due to pecuniary charges for its usage, the so-called complementary or secondary income. This document besides approaching the understanding of the involved utilities as well as the agencies ARTESP, CSPE, ANEEL, and ABCR, deals with a recently regulated issue, that is, the incorporation of private distribution networks, which do not have an authorization act from the granting power, to the net assets of the electric energy utilities, in view of the clause contained in the Law nº 10.848, march 15th 2004, which establishes regulations over the energy trade, offering other arrangements as well. These issues, among others, are detailed in this current document, showing at the end, conclusions and recommendations related to the topics discussed.

Key Words: Sovereignty zone, Administrative servitude, Expropriation, Incorporation of private networks.

Índice:

Lista de Figuras	xvi
Lista de tabelas	xvii
Lista de siglas e abreviações:	xix
CAPÍTULO 1	1
Introdução.....	1
1.1. - Disposições Preliminares.....	1
1.2. - Objetivo da tese	3
1.3. - Estrutura da tese.....	4
CAPÍTULO 2	8
A eletricidade e seus progressos.....	8
2.1. - Primeiras pesquisas.....	9
2.2. - O sistema de Edison.....	11
2.3. - Corrente alternada.....	11
2.4. - Interligação de sistemas	12
2.5. - Transmissão, subtransmissão e distribuição	14
CAPÍTULO 3	16

Evolução do setor elétrico brasileiro	16
3.1. - Final do século XX	18
3.2. – Século XXI.....	23
3.3. - Setor elétrico brasileiro.....	27
CAPÍTULO 4	38
A Constituição brasileira e a função social da propriedade.....	38
4.1. - A função social da propriedade.....	40
4.2. - O direito de propriedade	44
4.3. - Fundamento constitucional da propriedade	45
4.4. - A intervenção na propriedade	47
4.4.1. - O conceito de intervenção	49
4.5. - O conceito de poder de polícia.....	50
4.5.1. - Sentido da expressão poder de polícia.....	51
4.5.2. - Atributos do poder de polícia	53
4.6. - As formas de intervenção do Estado na propriedade.....	54
4.6.1. - Limitação administrativa	54
4.6.2. - Ocupação temporária.....	56
4.6.3. - Requisição administrativa.....	56
4.6.4. - Tombamento.....	57
4.6.5. - Servidão administrativa	57
4.6.6. - Desapropriação	61
4.6.7. - Desapropriação indireta.....	62
4.7.- O direito de propriedade e a desapropriação nas diversas Constituições brasileiras	63
4.8. - A necessidade de ato declaratório.....	68
4.8.1. - Exigências do poder concedente ao setor elétrico	69
4.8.1.1. - Declaração de utilidade pública, para fins de desapropriação	69
4.8.1.2. - Declaração de utilidade pública, para fins de instituição de servidão administrativa	70
4.8.1.3. - Diretrizes para Negociação	72

4.9. - Estado e agências reguladoras	73
4.9.1. - O papel da Agência Reguladora	75
4.10. - O uso e o compartilhamento da infra-estrutura	79
4.10.1. - O interesse público envolvido	80
4.10.1.2. - Do direito à redução dos encargos de acesso ao sistema de transporte.....	81
4.10.1.3. - Do direito à comercialização com cargas a partir de 500 kW.....	82
4.10.2. - Compartilhamento	84
4.10.3. - O direito de concorrência	90
CAPÍTULO 5	94
A intervenção na faixa de domínio útil das rodovias. Controvérsias entre as concessionárias envolvidas na questão.....	94
5.1. - Introdução	95
5.2. - As faixas de domínio e sua natureza jurídica.....	96
5.2.1. - A faixa de domínio e a sua utilização por empresas prestadoras de serviços públicos.....	97
5.2.2. - A celeuma.....	99
5.2.3. - A análise sob a ótica das concessionárias de rodovias	103
5.2.4. - A visão da Agência Reguladora de Transportes do Estado de São Paulo – ARTESP.....	110
5.2.5. - O entendimento da Associação Brasileira das Concessionárias de Rodovias – ABCR.....	117
5.2.6. - A análise sob o ponto de vista das concessionárias de energia elétrica	121
5.2.7. - A visão da Agência Nacional de Energia Elétrica -ANEEL e da Comissão de Serviços Públicos de Energia - CSPE sobre a questão	131
5.2.8. - Considerações parciais	134
CAPÍTULO 6	142
A incorporação das redes particulares	142

6.1. - Preâmbulo	143
6.2. - A colocação do problema	149
6.3. - O problema atual.....	153
6.4. - Da Legislação/Regulamentação.....	155
6.5. - A situação das redes particulares no Estado de São Paulo	158
6.5.1. - A dimensão física	158
6.5.2. - O caso Menta e a dimensão regulatória.....	164
6.5.3. - A análise do caso	165
6.5.4. - A questão das cooperativas de eletrificação rural	168
6.5.5. - A questão na área urbana.....	170
6.5.5.1. - Apresentação do problema.....	171
6.5.5.2. - Loteamentos	173
6.5.6. - Os serviços de energia elétrica	178
6.5.7. Incorporação das obras efetuadas em loteamentos ao ativo da concessionária.....	182
6.5.8. - A Regulamentação.....	186
6.5.9. - As críticas à regulamentação	191
6.5.10. A questão na área rural	197
 CAPÍTULO 7	 206
 Conclusões e Recomendações	 206
7.1. - Em relação às controvérsias entre concessionárias de energia elétrica e de rodovias quanto a travessias e utilização da faixa de domínio útil	208
7.2. - Em relação à incorporação das redes particulares	213
 Referências Bibliográficas	 220

Lista de Figuras

Figura 1 - Integração entre os meios de transporte do sistema elétrico.....	14
Figura 2 – Faixa de domínio útil	96
Figura 3 - Concessionárias privadas em operação no Estado de São Paulo.....	114
Figura 4 - Estados brasileiros que possuem concessionárias privadas em operação.....	120

Lista de Tabelas

Tabela 1: Previsão de entrada em operação das usinas em obras (em MW).....	29
Tabela 2: Evolução da capacidade instalada de 1990 a 2005 em MW.....	30
Tabela 3: Acréscimo anual de linhas de transmissão (em quilômetros).....	31
Tabela 4: Valores de consumo por região e as correspondentes taxas de crescimento em relação ao ano anterior.....	32
Tabela 5: Valores, datas e horários de demanda máxima por região e as correspondentes taxas de crescimento em relação ao ano anterior	33
Tabela 6: O andamento das obras de transmissão (em quilômetros)	34
Tabela 7: Lotes de LT's leiloados pela ANEEL.....	36
Tabela 8: Poder concedente, delegatárias e usuários.....	76
Tabela 9: Taxa de análise de projetos. Exemplo de valores cobrados	111
Tabela 10: Concessionárias rodoviárias em solo paulista	123
Tabela 11: Concessionárias distribuidoras e transmissoras de energia elétrica no Estado de São Paulo	123
Tabela 12: Taxa de Análise de Projetos	126
Tabela 13: Taxas de Ocupação da Faixa de Domínio	127

Tabela 14: Custo anual estimado das linhas instaladas	130
Tabela 15: Brasil – área urbana	154
Tabela 16:: Brasil – área rural	154
Tabela 17: Consolidação de todos os dados referentes às redes particulares de todas concessionárias paulistas	159
Tabela 18: Número total consolidado de consumidores supridos por redes particulares existentes no Estado de São Paulo e suas maiores detentoras	160
Tabela 19: Número total consolidado de consumidores supridos por redes particulares nas demais concessionárias do Estado de São Paulo	161
Tabela 20: Totais consolidados de kms. de redes particulares existentes no Estado de São Paulo e suas maiores detentoras	162
Tabela 21: Número consolidado de kms. de redes particulares existentes nas demais concessionárias do Estado de São Paulo	163
Tabela 22: Extensão das redes particulares, número de transformadores e custos	200

Lista de Siglas e Abreviações:

ABCR – Associação Brasileira das Concessionárias de Rodovias

ABCE – Associação Brasileira das Concessionárias de Energia

ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas

ABRADEE – Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica

AC – Acórdão

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AES ELETROPAULO – Eletropaulo Metropolitana – Eletricidade de São Paulo S/A

AMFORP – American & Foreign Power Company, Inc.

ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações

ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica

ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis

ART – Artigo

ARTESP – Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo

AT&T – American Telephone and Telegraph Corporation

AUTOBAN – Concessionária do Sistema Anhangüera - Bandeirantes S/A

BG – British Gás do Brasil Ltda.

BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social

BOVESPA – Bolsa de Valores de São Paulo

CA – Corrente Alternada

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CC – Corrente Contínua

CCC – Conta de Consumo de Combustíveis

CCEE – Câmara de Comercialização de Energia Elétrica

CCOI – Comissão Coordenadora da Operação Interligada
CDE – Conta de Desenvolvimento Energético
CELESC – Centrais Elétricas de Santa Catarina S/A
CERJ – Companhia de Eletricidade do Estado do Rio de Janeiro
CESP – Companhia Energética de São Paulo
CF – Constituição Federal
CHESF – Companhia Hidro Elétrica do São Francisco
CEMAT – Centrais Elétricas Matogrossenses S/A
CMS – CMS Energy
CNEE – Companhia Nacional de Energia Elétrica
COELBA – Companhia de Eletricidade do Estado da Bahia S/A
COTUCA – Colégio Técnico da Universidade Estadual de Campinas
CPEE – Companhia Paulista de Energia Elétrica
CPFL – Companhia Paulista de Força e Luz
CRC – Conta de Resultados a Compensar
CSPE – Comissão de Serviços Públicos de Energia do Estado de São Paulo
CTB – Código de Trânsito Brasileiro
CTEEP – Companhia de Transmissão de Energia Elétrica Paulista
CUSD - Contrato de Uso do Sistema de Distribuição
DEC – Duração Equivalente por Unidade Consumidora
DERSA – Desenvolvimento Rodoviário S/A
DER/SP – Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo
DES – Desembargador
DIC – Duração de Interrupção Individual por Unidade Consumidora ou por Ponto de Conexão
DJ/SP – Diário Oficial de Justiça de São Paulo
DMIC – Duração Máxima de Interrupção Contínua por Unidade Consumidora ou por Ponto de Conexão
DNAE – Departamento Nacional de Energia
DNAEE – Departamento Nacional de Energia Elétrica
DNER – Departamento Nacional de Estradas de Rodagem

DNIT – Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes
DNPM – Departamento Nacional de Produção Mineral
DOE/SP – Diário Oficial do Estado de São Paulo
DOU – Diário Oficial da União
EC – Emenda Constitucional
ECOVIAS - Concessionária Ecovias dos Imigrantes S/A
EEVP – Empresa de Eletricidade Vale Paranapanema S/A
ELEKTRO – Elektro Eletricidade e Serviços S/A
ELETROBRÁS – Centrais Elétricas Brasileiras S/A
ELETRONORTE – Centrais Elétricas no Norte do Brasil S/A
ELETROSUL – Centrais Elétricas do Sul do Brasil S/A
EPE – Empresa de Pesquisa Energética
EPTE – Empresa Paulista de Transmissão de Energia
ETEO – Empresa de Transmissão de Energia do Oeste Ltda.
FEC – Frequência Equivalente de Interrupção por Unidade Consumidora
FERC – Federal Energy Regulatory Commission
FIC – Frequência de Interrupção Individual por Unidade Consumidora ou por Ponto de Conexão
FURNAS – Furnas Centrais Elétricas S/A
GCOI – Grupo Coordenador da Operação Interligada
IPCA – Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo
IPTU – Imposto Predial e Territorial Urbano
LIGHT – Light and Power Company Ltd.
LIGHTPAR – Light Participações S/A
LT – Linha de Transmissão
MAE – Mercado Atacadista de Energia
MME – Ministério de Minas e Energia
MS – Mandado de Segurança
NBR – Norma Brasileira
OECD - Organisation for Economic Cooperation and Development (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico)

ONS – Operador Nacional do Sistema Elétrico
PAEG – Programa de Ação Econômica do Governo
PCH – Pequena Central Hidrelétrica
PEC – Proposta de Emenda Constitucional
PED – Programa Estadual de Desestatização do Estado de São Paulo
PGE – Procuradoria Geral do Estado de São Paulo
PIB – Produto Interno Bruto
PIE – Produtor Independente de Energia
PL – Projeto de Lei
PND – Programa Nacional de Desestatização
PROINFA – Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica
PRS – Plano de Recuperação do Setor de Energia Elétrica
REL - Relator
RENCOR – Reserva Nacional de Compensação de Remuneração
RGG – Reserva Global de Garantia
RGR – Reserva Global de Reversão
RESEB – Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro
REVISE – Revisão Institucional do Setor Elétrico
RT – Revista dos Tribunais
SABESP – Companhia de Saneamento Básico de São Paulo
SANTA CRUZ – Companhia Luz e Força Santa Cruz
SEB – Setor Elétrico Brasileiro
SIN – Sistema Interligado Nacional
SINTREL – Sistema Nacional de Transmissão de Energia
STF – Superior Tribunal de Justiça
STF – Supremo Tribunal Federal
TBG – Transportadora Brasileira Gasoduto Bolívia - Brasil S/A
TJESP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
TRAFO – Transformador
UHE – Usina Hidrelétrica
UNICAMP – Universidade Estadual de Campinas

USP – Universidade de São Paulo
UTM – Universal Transversa de Mercator
VU – Votação Unânime
ZHIS – Zona Urbana de Interesse Social

Capítulo 1

Introdução

1.1. - Disposições Preliminares

A propriedade, segundo Diniz (2000), pode ser entendida como “*o direito que a pessoa física ou jurídica tem, dentro dos limites normativos, de usar, gozar e dispor de um bem, corpóreo ou incorpóreo, bem como reivindicá-lo de quem injustamente o detenha*”.

Como o mais amplo direito real, que congrega os poderes de usar, gozar e dispor da coisa, de forma absoluta, exclusiva e perpétua, bem como de perseguí-la nas mãos de quem quer que injustamente a detenha, evoluiu do sentido individual para o social. Superada a fase que se seguiu à Revolução Francesa, na qual, como repúdio ao sistema feudal, reviveu, de forma exacerbada, a concepção puramente individualista do período romano, a propriedade foi sendo afetada, principalmente a partir da segunda metade do século XIX, por crescente número de restrições impostas pelo Estado.

Conquanto, naquela época, as condicionantes legais e regulamentares se limitassem quase que exclusivamente, aos direitos de vizinhança, aos poucos o seu campo foi se ampliando, com a tendência para condicionar, cada vez mais, o exercício do direito de propriedade ao bem-estar social. O princípio permanece, porém seu alcance foi alterado, dando à propriedade sentido social, amplamente abrigado na Constituição Federal.

Nesse sentido o presente trabalho visa a demonstrar que para o desenvolvimento dos serviços públicos de energia elétrica, entre outros requisitos exigíveis pela implantação da infra-estrutura necessária ao bem estar da sociedade, há a necessidade da intervenção do Estado na propriedade privada, através de processos que nem sempre são bem recebidos pelo particular, em face de eventuais perdas de domínio, ou da sua posse, motivadas, por desapropriações e instituições de servidões administrativas que retalham a propriedade para a passagem de linhas transmissoras ou distribuidoras de energia elétrica, entre outros requisitos exigíveis pela implantação dessa infra-estrutura.

No caso das desapropriações, ocorre a transferência de domínio da área necessária, o que pode ou não, implicar na subtração de todo o bem do particular para o Estado, que, no caso da energia elétrica, se efetiva através do concessionário local. Já na hipótese de instituição de servidão na propriedade do particular haverá um ônus sobre essa propriedade, em face de restrições quanto ao gozo, fruição e uso, com a sua conseqüente desvalorização.

Além disso, tanto os institutos da desapropriação, quanto o da servidão, suscitam questões concernentes a valores, para a necessária passagem de infra-estrutura nas propriedades sob o domínio do particular, ainda que o concessionário esteja exercendo um serviço público, tal qual requer o setor elétrico, de rodovias, gás, petróleo, etc.

Ainda no contexto de intervenção na propriedade privada traz a questão representada pelas redes elétricas particulares, ou seja, aquelas que foram construídas com recursos dos consumidores, e que até hoje se encontram sob sua posse. Pelo fato de não sofrerem manutenções periódicas adequadas, em sua maioria, e, nem estarem sob gerenciamento das concessionárias distribuidoras locais, acabam, sempre, por representar um risco iminente e permanente aos seus usuários e a terceiros, o que, no momento, vem sendo regulamentado pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, visando a eliminação desta condição através da incorporação destas pelas concessionárias distribuidoras locais.

1.2. - Objetivo da tese

Além de discutir a interferência do Estado na propriedade particular para os serviços de infra-estrutura de energia elétrica, através de redes de transmissão e de distribuição, que impõem restrições ao pleno uso da propriedade, o presente trabalho procura, de outro lado, mostrar conflitos existentes na legislação federal, estadual, e municipal, no que concerne, respectivamente, aos serviços de energia elétrica, de rodovias, e na implantação de loteamentos, o que acaba por ocasionar uma relação difícil entre agentes concessionários e permissionários de serviços públicos de energia elétrica e de rodovias, quando da instalação dessas redes em áreas *non aedificandi* de rodovias (áreas de terreno onde não se permite qualquer construção) em face da exigência, por parte destas últimas, de pagamentos pecuniários para que o serviço público de energia elétrica possa ser desenvolvido, bem como com os agentes empreendedores de loteamentos particulares.

Esta tese mostra, também, um outro lado dessa questão, como aquela representada pela determinação às concessionárias distribuidoras de energia elétrica de incorporação das redes particulares existentes, com a conseqüente incorporação dessas, e que se situam, quase sempre, em áreas rurais, muito embora haja também redes particulares em áreas urbanas, tais quais as existentes em loteamentos que foram construídas por seus empreendedores/loteadores, antes da edição das Resoluções ANEEL n°s 233, de 29 de abril de 2003, e 82, de 13 de setembro de 2004, que são claras no sentido de atribuir ao loteador/empreendedor a responsabilidade pelo custo da construção das obras de infra-estrutura do loteamento. Procura, ainda, mostrar que tais redes elétricas foram edificadas em um período em que o crescimento das redes particulares foi provocado mais pela falta de capacidade de investimento do Estado do que propriamente devido o caráter econômico do atendimento em particular, o que certamente trará grandes dificuldades às concessionárias, na hipótese de que seus proprietários possam não aceitar transferir ou doar suas redes, mesmo abstendo-se de prover a manutenção onerosa que lhes cabe, e ainda que venham a ser indenizados para tal mister.

1.3. - Estrutura da tese

Esta tese avalia esse novo cenário de exigências para utilização de uma infraestrutura de serviço público, com ênfase na maneira de tratar algumas formas de intervenção do Estado nas propriedades privadas, sob a ótica do direito administrativo e civil, da lei de concessões, e das legislações setoriais, dando o entendimento das partes envolvidas, e das respectivas Agências Reguladoras a respeito dos temas tratados, evidenciando uma longa jornada que se avizinha na busca de consolidação e evolução do direito em face das questões regulatórias que, além da busca do equilíbrio das relações, deve estar apta a introduzir as questões advindas da evolução tecnológica, com velocidade compatível às mesmas, bem como evidenciar, e ponderar, algumas práticas comerciais, advindas da era dos monopólios e de efetiva regulação de serviço público prestado diretamente pelo Estado, onde a inexistência de alternativa para o proprietário, o obrigava a “aceitar” alguns ditames nem sempre equânimes, com vista a sua relação comercial com o prestador do serviço público.

A tese é constituída de sete capítulos de desenvolvimento do tema, sendo o último capítulo de conclusões finais e recomendações.

Com esse objetivo, no Capítulo 2 faz-se um breve histórico da indústria da eletricidade e seus progressos no Brasil, mostrando que atos de rotina, como o acender de uma lâmpada, dependem de complexos mecanismos, que culminam no acionamento de seu interruptor. Procura-se, também, mostrar as primeiras pesquisas científicas realizadas com a eletricidade no século XVIII, e seus avanços no século XIX, onde se destacou Thomas Alva Edison (1847 – 1931), por suas pesquisas e pelo surgimento da lâmpada incandescente. O referido capítulo faz alusão ao tipo de corrente adotado no Brasil e ao sistema interligado, distinguindo os serviços de transmissão, subtransmissão e distribuição de energia elétrica.

O Capítulo 3 discorre sobre a evolução do setor elétrico brasileiro ao final do século XX, que se caracterizou pelo rápido crescimento industrial e pelo predomínio do petróleo e da eletricidade sobre outras fontes alternativas de energia, passando pela crise financeira do Estado que acabou por inviabilizar a expansão da oferta pelo exaurimento de recursos, pela ineficiência da máquina estatal em se comparando com

o setor privado, e do novo modelo desenhado pelo governo federal decorrente da necessidade de revisão de suas bases institucionais, que garantissem incentivos ao crescimento da oferta de energia elétrica, e de justa remuneração aos investimentos, o que acabou por redundar na reestruturação e privatização parcial do setor elétrico brasileiro. Discorre, também, sobre o surgimento do novo modelo institucional do Setor Elétrico Brasileiro - SEB, bem como a previsão de entrada em operação de novas usinas em face do crescimento da demanda, o acréscimo anual de geração e os seus reflexos na necessidade de obras que transportem a energia gerada aos centros consumidores, o acréscimo anual de linhas de transmissão em quilômetros e as novas linhas que deverão ser concedidas através de licitação na modalidade de leilão, descrevendo, de forma sucinta as características do SEB em números e dimensões nacionais.

O Capítulo 4 aborda a função social da propriedade no texto constitucional. Nesse contexto, além de fornecer elementos básicos para discussões nos capítulos 5 e 6, discorre sobre o conceito de intervenção na propriedade privada por ação do Estado; o poder de polícia que acaba por condicionar e restringir a sua utilização e fruição, em benefício da coletividade e do próprio Estado. Discorre sobre o sentido de sua expressão; seus atributos e as mais diversas formas de intervenção na propriedade privada, em particular no setor elétrico, pela instituição de servidão administrativa e desapropriação. Elenca, ainda, os vários dispositivos contidos na Carta Política, de 1988, que visam garantir o aproveitamento útil da propriedade, no sentido de beneficiar categorias que necessitam do amparo do Estado; as exigências do poder concedente ao setor elétrico para emissão da necessária declaração de utilidade pública, para fins de desapropriação e instituição de servidão administrativa, como a recente adoção de diretrizes de negociação para obtenção dessas áreas por meio amigável, visando se evitar a via judicial. Discute-se as Agências Reguladoras e o seu papel nesta questão, o uso e o compartilhamento da infra-estrutura disponível em face do interesse público que envolve a questão.

Em face do novo modelo regulatório assegurar aos concessionários, permissionários e autorizados o acesso às redes de transmissão e distribuição de energia elétrica, mediante o suporte de custos de conexão e de transporte, o presente

capítulo também versa sobre a evolução da legislação, relativa aos encargos de acesso ao sistema de transporte e do direito de comercialização de energia para unidades consumidoras com demandas superiores a 500 kW, e a possibilidade de seu enquadramento como consumidores livres.

O direito de acesso é tratado na seção relativa ao compartilhamento, em que se mostra que este conceito não é aplicável apenas para o setor de energia elétrica, mas para toda e qualquer infra-estrutura essencial, onde se aplica a doutrina da “*essential facility*”, no sentido de se evitar monopólios e estimular a concorrência.

Os problemas decorrentes de conflitos entre concessões de serviços públicos são abordados no Capítulo 5, onde se procura mostrar que após o processo de privatização das rodovias no Estado de São Paulo, suas empresas concessionárias passaram a solicitar credenciamento das empresas que apresentam projetos de ocupação de faixas de domínio, com objetivo de cobrança de taxas anuais pela ocupação das mesmas, que representam custos significativos, e que inexistiam antes da desestatização das rodovias.

Nesse Capítulo 5 encontram-se expressados o entendimento unânime das concessionárias de rodovias situadas no Estado de São Paulo, Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transportes do Estado de São Paulo - ARTESP, Associação Brasileira das Concessionárias de Rodovias - ABCR, e, em contraposição às razões pelas quais entendem as concessionárias de energia elétrica, Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL e Comissão de Serviços Públicos de Energia - CSPE, não serem devidas quaisquer importâncias relativas ao compartilhamento da infra-estrutura representada pela malha rodoviária estadual.

Estando o objetivo desta tese centrado na intervenção do Estado na propriedade particular, a incorporação de redes particulares também é abordada, com particular ênfase no Capítulo 6, onde se procura mostrar que sua incorporação ao patrimônio do concessionário se torna necessária, para que seja caracterizada a natureza pública do serviço, bem como evidenciar que tal ato não se torna um benefício à empresa privada, e sim à concessão, uma vez que tais ativos serão restituídos ao Estado após findo o contrato de concessão.

No Capítulo 7 estão as conclusões e recomendações, com destaque para os temas relacionados com as controvérsias entre as concessionárias de energia elétrica e de rodovias no que concerne a travessias de rodovias e utilização da faixa de domínio útil, bem como à incorporação de redes particulares, para futuros trabalhos.

Capítulo 2

A eletricidade e seus progressos

Este capítulo mostra a evolução da eletricidade. O simples ligar de uma televisão, do aparelho de som, do chuveiro elétrico, o acender uma lâmpada, o conectar uma tomada, são gestos tão simples e familiares que são executados sem que se preste muita atenção, numa atitude quase automática.

Poucos imaginam que estes atos de rotina traduzem um formidável complexo tecnológico de geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, composto por usinas hidrelétricas, redes de alta e baixa tensão, estruturas de sustentação, redes de distribuição, e uma infinidade de atividades desenvolvidas pelos agentes do setor elétrico no sentido de prestar um serviço adequado, contínuo e em constante evolução, exigido pela maturidade dos consumidores residenciais e pela velocidade de requisitos exigíveis pela introdução cada vez maior de equipamentos eletro-eletrônicos e de um sofisticado esquema de produção industrial cada vez mais auto-suficiente em decorrência da automação dos sistemas elétricos.

Menos pessoas ainda seriam capazes de descrever os recursos humanos necessários ao controle e manutenção em funcionamento deste complexo, tais como engenheiros, administradores, especialistas em computação, eletricitas, mecânicos, técnicos de laboratório, inspetores de linha.

E, certamente, ninguém se lembraria de que, para que este estágio de desenvolvimento no uso da eletricidade fosse atingido, a humanidade teve que esperar muitos séculos. Sim, porque a eletricidade como fenômeno físico já era conhecida desde a antiguidade grega, quando foi descoberta a propriedade do âmbar

de atrair pequenas partículas de poeira, ao ser submetido ao atrito. Por essa razão, o termo eletricidade deriva da palavra *electron* que, em grego, significa âmbar.

2.1. - Primeiras pesquisas

O conhecimento dos fenômenos elétricos se restringiu, durante muito tempo, aos seus aspectos mais rudimentares; apenas no século XVIII foram registrados novos estudos sistemáticos sobre a eletrização por atrito, devidos a Otto von Guericke (1602-1686), físico alemão que se notabilizou pelo estudo do vácuo e da eletrostática e que publicou, em 1672, a descrição de uma máquina destinada a gerar cargas eletrostáticas. Meio século depois, o cientista inglês Stephen Gray (1666-1736) investigou as propriedades elétricas de várias substâncias e fez, pela primeira vez a distinção entre condutores e isolantes elétricos.

Dentre os primeiros trabalhos científicos a respeito da eletricidade se destacou o do cientista e estadista americano Benjamim Franklin (1706-1790), que, estudando as características da eletricidade atmosférica, em 1752, descobriu o pára-raios.

O século XVIII foi ainda marcado por uma série de experiências que se tornaram essenciais para a formulação de um importante conceito: o de quantidade de energia, ou carga elétrica. Entre essas experiências se destacavam a descoberta da “garrafa de Leyde” (dispositivo para acumulação de cargas elétricas), e os experimentos de Henry Cavendish¹ e Priesley², que demonstraram que as cargas elétricas se localizam na parte externa dos condutores, permanecendo o interior livre de toda a manifestação elétrica (CPFL, 1982).

¹Henry Cavendish (1731-1810), físico e químico inglês, a quem se deve a primeira determinação experimental da constante de gravitação universal, com uma balança de torção por ele construída; calculou a partir dessas medições a densidade média da Terra. Forneceu uma prova experimental da lei do inverso do quadrado da distância em eletrostática e mostrou que nenhuma carga permanece no interior de um condutor depois deste ter sido ligado a um condutor envolvente.

²Joseph Priestley (1733-1804), químico inglês, que desenvolveu trabalhos na área de física sobre magnetismo, eletricidade e óptica. Isolou e estudou diversos gases, entre eles, o dióxido de carbono, o óxido nítrico, amônia e oxigênio.

Mas foi, sem dúvida, no século XIX que os principais avanços científicos no campo da eletricidade tiveram lugar: em 1811, Poisson³ estendeu à eletricidade os estudos sobre a teoria do potencial, que havia realizado para a gravitação, e que foram aperfeiçoados por Karl Friedrich Gauss (1777-1855), físico, matemático, e astrônomo alemão, conhecido como “o príncipe dos matemáticos”.

Em 1880, Volta⁴ construiu a primeira pilha. Com essa intervenção, obteve-se a primeira fonte de corrente elétrica, o que veio ampliar enormemente os horizontes da física experimental. Foi a partir desse invento de Volta que puderam se desenvolver as investigações sobre os efeitos das correntes elétricas.

Ainda no século XIX, Faraday⁵ realizou uma série de importantes experiências que possibilitaram o aparecimento dos primeiros geradores elétricos. Aos poucos, tanto os geradores de corrente contínua (unidirecional), como os de corrente alternada (muda de sentido ciclicamente), foram sendo aperfeiçoados, até se tornarem, nos últimos 25 anos do século passado, as principais fontes de suprimento de eletricidade.

Em 1891, Tesla⁶ desenvolveu a invenção pela qual seu nome é mais conhecido hoje: bobina Tesla. Simples o bastante para qualquer interessado construir, e

³Siméon Denis Poisson (1781-1840), matemático e físico francês, famoso por suas equações, nas quais distinguiu a matemática para a mecânica da matemática para a física. Desenvolveu o expoente de Poisson que é usado na transformação adiabática de um gás. Esse expoente é a razão entre a capacidade térmica molar de um gás à pressão constante e a capacidade térmica molar de um gás a volume constante.

⁴Alessandro Giuseppe Volta (1745 - 1827), físico italiano, que aprofundou os estudos dos fenômenos elétricos e conseguiu gerar eletricidade por meio de reações químicas. Construiu um estranho aparelho com moedas de cobre, discos de zinco e discos de feltro banhados com uma solução ácida, que servia para produzir com continuidade um movimento de cargas elétricas através de um condutor. Esse aparelho, chamado pilha porque as moedas de cobre, os discos de feltro e os discos de zinco eram empilhados uns sobre os outros.

⁵Michael Faraday (1791-1867), cientista inglês, cujos trabalhos, posteriormente utilizados por Maxwell e Einstein, levaram ao desenvolvimento da física moderna e, a partir do estudo dos fenômenos eletromagnéticos, à criação de novos conceitos, principalmente no campo da Mecânica. Assim construiu-se uma nova imagem do Universo, da mesma forma que, trezentos anos antes, Galileu e Newton o fizeram, iniciando a física clássica.

⁶Nikola Tesla (1856-1943), pesquisador e inventor croata. A transmissão sem fio de energia elétrica se tornaria a maior pesquisa de sua carreira. Ele descobriu que um tubo de vácuo colocado em proximidade com uma bobina Tesla imediatamente começaria a brilhar, sem fios, ou sem sequer um filamento dentro do tubo brilhante. Ressonância elétrica era a chave desta descoberta. Ao determinar a frequência da corrente elétrica necessária, Tesla era capaz de ligar e desligar séries de lâmpadas

totalmente funcional em modelos caseiros. Ela era uma inovação que se tornou a base para o rádio, televisão, e meios modernos de comunicação sem fio.

2.2. - O sistema de Edison

Cabe destacar aqui a importância das pesquisas desenvolvidas por Thomas Alva Edison, grande cientista e empresário americano (1847-1931). Embora lhe seja devido o aparecimento das primeiras lâmpadas incandescentes (1879), afirmava o cientista americano que a lâmpada era apenas um elemento básico de um sistema de iluminação. Metodicamente, projetou a instalação de um sistema de iluminação completo, desde os dínamos e condutores, até os comutadores principais, soquetes, interruptores e instrumentos de medição. Em 1882, entrava em funcionamento a instalação completa da famosa Pearl Street (New York).

2.3. - Corrente alternada

O Brasil com dimensões continentais se ressentia da necessidade de solução para o problema da transmissão de energia através de grandes distâncias, para que o fornecimento não ficasse restrito a pequenos parques consumidores. A solução desta questão apareceu através da corrente alternada. Foi a partir daí que a eletricidade pode ser gerada em qualquer nível de tensão, elevada através de transformadores, a um valor adequado para uma transmissão economicamente viável, e novamente rebaixada, por subestações, para distribuição local (CPFL, 1982).

A vantagem inerente dos sistemas em corrente alternada (CA) em relação aos de corrente contínua (CC) é no que se refere à facilidade de interconexões, pois as subestações de CA são bem mais simples que as subestações inversoras do sistema em CC. Isso facilita a alimentação de cargas e permite levar a energia elétrica para localidades ao longo de um tronco de transmissão em CA.

diferentes à metros de distância. Ele tornou-se cidadão americano em 1891, e sua nova tecnologia seria seu presente de agradecimento para seu país adotivo.

Foi George Westinghouse (1846-1914), engenheiro americano, que em 1898, adaptou esse sistema, até então apenas teórico, para uma utilização prática, fazendo com que os sistemas de corrente alternada crescessem em todo o mundo.

2.4. - Interligação de sistemas

Em face do crescimento dos parques geradores de eletricidade, com a modernização e o aumento do número de usinas hidrelétricas em todo Brasil, a otimização do uso dos insumos naturais aplicáveis ao setor elétrico acabam por desenvolver a interligação dos sistemas locais, visando a suplantat questões como os ciclos naturais e diversificados de precipitação em cada região das continentais dimensões do território brasileiro.

Nesta tarefa, se fez necessário o enfrentamento de um grave problema, ou seja, a questão de equipamentos que operavam em frequências diferentes, onerava e dificultava tal interligação, uma vez que as multinacionais que operavam no país, desenvolveram sistemas com duas frequências.

As instalações brasileiras funcionavam com frequências de 50 Hz (ciclos por segundo) e 60 Hz, em razão das usinas utilizarem equipamentos europeus construídos para operarem em 50 Hz (Inglaterra e Alemanha), em função da origem da pioneira LIGHT (canadense), e equipamentos americanos (AMFORP), que operavam em 60 Hz em todo o País, com exceção ao eixo Rio-São Paulo, este último também parcialmente em 60 Hz. Entre estes se impunha uma opção, que permitisse a futura interligação dos sistemas.

Apenas em 1965, sob a coordenação da ELETROBRÁS, é que foi definitivamente adotado um plano de unificação das frequências com a recomendação do uso de 60 ciclos por segundo, que passou a ser adotado em todo o território nacional, exceção feita à cidade gaúcha de Chuí, que é abastecida pelo sistema uruguaio de 50 Hz.

Para contornar os problemas gerados pela ampliação da interligação de sistemas, que abrangiam regiões cada vez mais amplas e as mais diversas

concessionárias, que criaram uma série de problemas de adaptação, e pequenas divergências de interesses entre as várias empresas, e na busca da melhor solução foi constituído, em 1969, como órgão da ELETROBRÁS, a Comissão Coordenadora da Operação Interligada (CCOI), posteriormente denominado de Grupo Coordenador da Operação Interligada (GCOI). Nos dias de hoje, praticamente todo o setor elétrico brasileiro se encontra interligado (Sistema Interligado Nacional – SIN), responsável pelo atendimento de cerca de 98% do mercado brasileiro de energia elétrica (ONS, 2007a)

Em face das dimensões e características que permitem considerá-lo singular no âmbito mundial, o sistema de geração e transmissão de energia elétrica do Brasil é um sistema hidrotérmico⁷ de grande porte, com forte predominância de usinas hidrelétricas e com múltiplos proprietários. O SIN é formado pelas empresas das regiões Sul, Sudeste, Centro-Oeste, Nordeste e parte da região Norte. Apenas 3,4% da capacidade de produção de eletricidade do País se encontram fora do SIN, em pequenos sistemas isolados localizados principalmente na região amazônica (ONS, 2007b).

Encontram-se nessa região 300 sistemas isolados de energia, distribuídos em uma área que representa quase 50% do território nacional, com 11 concessionárias, das quais 4 foram privatizadas. Para abastecer uma população de 7 milhões de pessoas, que representa 4% da população do País, 1.300 usinas geram 3.207 MW, ou seja, 2% do mercado global nacional. A maior parte dessa geração de energia é proveniente de usinas termoelétricas (2.601 MW), o restante vem de usinas hidroelétricas (606 MW), segundo Frota (2004).

⁷ Diferentes graus de utilização das usinas hidrelétricas e termoelétricas na composição dos parques geradores permitem classificar os sistemas elétricos em três grandes grupos: termoelétricos, hidrelétricos e hidrotérmicos. O Brasil tem o terceiro maior potencial hidrelétrico do mundo – cerca de 260 GW, podendo corresponder a uma produção de 1.200 TWh por ano. Em 2000, apenas cerca de 25% de todo este potencial hidrelétrico estimado do País estava em operação. Por outro lado, as reservas nacionais de combustíveis fósseis de alta qualidade para geração de energia são bastante limitadas. Diante deste cenário, o sistema brasileiro de geração de energia elétrica acabou se constituindo como um sistema hidrotérmico (sinergia entre água e calor), porém com forte predominância da geração de origem hidráulica.

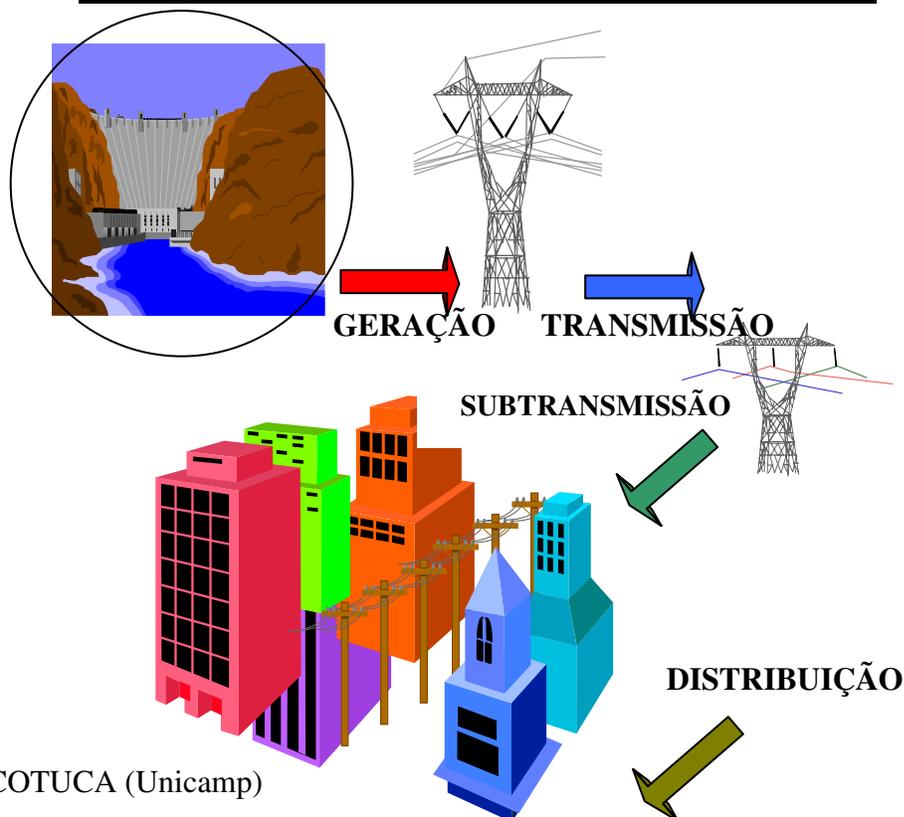
2.5. - Transmissão, subtransmissão e distribuição

A transmissão e a distribuição de energia elétrica são partes de um mesmo processo, ou seja, o “transporte” da energia, desde suas fontes geradoras até os consumidores finais. A diferença entre as duas se verifica nos níveis de tensão em que elas são realizadas: a transmissão é feita em altas tensões (230kV, 440 kV, 550kV e 750 kV), enquanto que a distribuição é feita em tensões abaixo de 230 kV.

Assim, pode-se dizer que a integração entre os meios de transporte do sistema elétrico se constitui dos serviços de transmissão, que compreendem o transporte de grandes blocos de energia desde a fonte (geração) até as proximidades dos centros de consumo; de subtransmissão como sendo o : ingresso dos grandes blocos de energia, disponibilizados pela transmissão, nos centros urbanos, até as proximidades dos pontos de consumo, e de distribuição como a entrega da energia disponibilizada pela subtransmissão aos consumidores (uso final), como as residências, indústria, comércio, etc., conforme se apresenta na Figura 1, a seguir.

Figura 1

Integração entre os meios de transporte do sistema elétrico



Fonte: COTUCA (Unicamp)

Essas diferenças conceituais entre transmissão, subtransmissão e distribuição tendem a se diluir, uma vez que determinadas atividades, caracterizadas como sendo da área de distribuição, vêm sendo feitas em linhas de tensão elevada, como são os casos de grandes consumidores industriais que são abastecidos na tensão de 138 kV e 69 kV. Também as tensões mais elevadas (230, 440, 550 e 750 kV) tornam-se importantes para o desenvolvimento do presente trabalho, pois com base nestas tensões é que são estipulados os padrões contidos na Norma NBR 5422 da ABNT, em que se define a largura da faixa de segurança (servidão administrativa) no interior da propriedade privada, de forma a assegurar a largura correta da faixa de passagem, tornando-a segura e não mais dispendiosa que o necessário.

Capítulo 3

Evolução do setor elétrico brasileiro

Este capítulo mostra a evolução da eletricidade no Brasil, caracterizada no seu início como um período acelerado do processo de urbanização, rápido crescimento industrial e tendência ao predomínio do petróleo e da eletricidade sobre fontes de energias tradicionais na matriz energética brasileira. O modelo posto em prática no setor tinha como premissa a necessidade de investimentos maciços e concentrados no tempo através da intervenção direta do Estado, após um início de pioneirismo, ao final do século XIX, desenvolvido pelos proprietários rurais e caracterizado pelos pequenos empreendimentos de caráter privado.

A alteração desta condição se deu com o ingresso das empresas multinacionais de grande porte como a LIGHT e AMFORP, que passaram a exercer virtual monopólio da indústria de energia elétrica em importantes regiões do país, provendo a característica de prestação de serviço público de eletricidade de forma independente, com início, controle e regulação através da introdução do Código de Águas (MME,1934a).

Seguiu-se, inicialmente, uma tendência de inspiração francesa de centralização federal, alterando-se parcialmente o rumo, para atender às especificidades da formação inicial. A opção foi por um modelo de estruturação híbrido, cabendo à União, basicamente, o desenvolvimento do sistema de geração e transmissão supra-estadual, ficando a distribuição e a geração regional a cargo dos Estados-Membros e de poucas empresas privadas.

A partir de meados da década de 1950, em que pese as atuais críticas à clara opção pela intervenção estatal, o modelo teve o mérito de viabilizar a coordenação, a expansão e o planejamento do setor, permitindo a redução de custos e a criação de condições para o financiamento setorial, caracterizado pela criação da *holding* ELETROBRÁS e de empresas federais e estaduais, que desenvolveram e implantaram grandes obras em geração e transmissão (Kühl, 1989).

Paralelamente a esse período, e também após o período marcado pela ditadura militar (1964-1985), desenvolveu-se a tecnologia, promovendo-se a socialização do acesso à eletricidade⁸, e a equalização de tarifas⁹, além da melhoria da qualidade dos serviços prestados pelas concessionárias. O Brasil ingressa definitivamente em um outro estágio no desenvolvimento de sua indústria de energia elétrica.

Os militares aplicaram a princípio o Programa de Ação Econômica do Governo – PAEG, com efeitos simultaneamente recessivos e saneadores. Seguiu-se a fase do “milagre brasileiro”, em que o PIB cresceu a taxas inéditas, que, segundo Gaspari (2002) não seriam repetidas nas décadas seguintes.

Em pleno *boom* econômico e diante da maturidade que havia alcançado o setor de energia elétrico brasileiro, houve a necessidade de união de todos os segmentos nacionais a ele relacionados, tais como governo, indústrias, empresas, etc. Esta necessidade de coesão revelou-se clarividente diante do primeiro choque petrolífero a partir de outubro de 1973, provocado pela guerra do Yom Kipur, e da segunda crise petrolífera desencadeada pela Revolução Iraniana de 1979 (ABCE, 2006).

A redemocratização do País adicionou à crise a discussão sobre o papel do Estado, e a década de 1990 se caracteriza pela busca e implementação de um novo arranjo para o setor elétrico. Necessidades de expansão, aliadas à crise financeira do Estado expõem os riscos de déficit de energia e se constituem nas principais motivações da reforma empreendida.

⁸ Através de leis e decretos foram estendidas vantagens particulares para toda sociedade, fazendo com que o acesso à eletricidade abrisse possibilidades de acesso à informação e lazer via televisão, além de melhorar no conforto do domicílio associado à posse de eletrodomésticos básicos.

⁹ Equalização tarifária promovida pelo governo federal através do Decreto-lei nº 1383, de 27 de dezembro de 1974, em todo território nacional. De 1974 a 1993, a política tarifária baseou-se em uma única tarifa para todo o país.

3.1. - Final do século XX

A sucessão de planos econômicos impediu a aplicação do Plano de Recuperação do Setor de Energia Elétrica – PRS, sem que se obtivesse sucesso na contenção da inflação. O governo federal se valeu da manutenção das tarifas de energia elétrica em índices artificialmente baixos para tentar conter a inflação.

Em face disso, o setor foi se autodestruindo com o “calote” generalizado. As empresas distribuidoras estaduais não pagavam as empresas geradoras federais (FURNAS, ELETROSUL, CHESF e ELETRONORTE), e as federais, por sua vez, não tinham recursos. O governo federal não atualizava o valor das tarifas do setor e a remuneração média das concessionárias nesse período não passou de 2% a 3%, quando o Decreto-lei nº 1.383, de 27 de dezembro de 1974 dispunha que seria de 10 a 12% sobre o ativo remunerável.

Essa rentabilidade passou a ser calculada pela média, ou seja, se resultasse em 6% a. a., as concessionárias que obtivessem resultado superior a essa média, fariam a transferência do excedente a título de RGG – Reserva Global de Garantia, e a diferença entre essa média e os 10% mínimo assegurado foi contabilmente acumulada na CRC – Conta de Resultados a Compensar. Do ponto de vista econômico, o equilíbrio ainda vigorava; porém do ponto de vista financeiro, as concessionárias estavam sufocadas, levando o setor à insuficiência de recursos para investimentos (Ramalho, 2003).

Neste cenário, se vislumbrava um futuro de extrema dificuldade para o setor elétrico, caso não fossem adotadas medidas contundentes de mudança de rumo. Com a Lei nº 8.631, de 05 de março de 1993 (Lei Eliseu Resende)¹⁰, que, entre outras medidas, equacionou a questão da inadimplência, extinguiu o Reserva Nacional de Compensação de Remuneração - RENCOR¹¹, estipulou o uso da RGR pela Eletrobrás

¹⁰ Dispõe sobre a fixação dos níveis das tarifas para o serviço público de energia elétrica, extingue o regime de remuneração garantida e dá outras providências.

¹¹ A RENCOR, instituída pelo Decreto-lei nº 2.432, de 17 de maio de 1988, estabelece normas relativas ao equilíbrio econômico-financeiro das concessionárias de serviços públicos de energia elétrica, com a finalidade de compensar as insuficiências de remuneração do investimento, com recursos provenientes de: (i) - produto do recolhimento das quotas anuais de compensação, constituídas pelas parcelas de receita excedente das concessionárias, atendida a taxa de remuneração legal máxima do investimento;

e amenizou as “mordaças” tarifárias, a dívida do setor foi zerada, extinguindo-se a remuneração garantida.

À custa do Tesouro Nacional, que absorveu um prejuízo de quase 30 bilhões de dólares, a inadimplência intra-setorial foi resolvida, mas os investimentos no setor continuaram escassos, porque as tarifas continuaram a ser manipuladas na tentativa de conter a inflação (ABCE, 2006).

No final do século passado, a crise financeira do Estado inviabilizou a expansão da oferta de energia e se contrapôs a um movimento de demanda crescente, embora desacelerada. A discussão em torno da gestão e eficiência da administração das empresas estatais, e a inadequação do regime regulatório, impulsionaram o movimento de reformas que se iniciou no final da década de 1980 (ELETROBRÁS, 1987a). Em meados da década de 1990 ocorreram às reformas no setor elétrico em consonância com o Programa Nacional de Desestatização - PND. A tais reformulações foi também acrescida a redefinição do papel do Estado, aspecto que se processou em âmbito mundial, são panos de fundo e o objetivo remoto da reforma empreendida.

Em decorrência dos motivos já assinalados, e com estas inspirações foram propostos novos modelos para o setor elétrico brasileiro.

O primeiro, intitulado Plano de Recuperação Setorial - PRS, foi aprovado em 22 de novembro de 1985 pelo Presidente da República, e estabeleceu as condições para o desenvolvimento econômico e financeiro do setor para o período de 1985 a 1989. Teve como preocupação central o saneamento financeiro, e como diretrizes básicas a reposição do nível tarifário, a recuperação dos investimentos setoriais através da obtenção de recursos internos e externos, e o estabelecimento de condições financeiras para a expansão acelerada da capacidade instalada (Medeiros, 1996). Um fator determinante para essa não implementação foi a instituição do Plano Cruzado, que rebaixou o valor real das tarifas, cujas perdas não puderam ser recuperadas através do aumento real de 2% em novembro de 1986 (ELETROBRÁS, 1988b).

(ii) saldos credores registrados na Conta de Resultados a Compensar das concessionárias referidos no art. 1º, § 2º, da Lei nº 5.655, de 20 de maio de 1971, e, (iii) receitas de outras origens, inclusive de eventuais dotações consignadas no Orçamento Geral da União.

O segundo estudo denominado REVISE – Revisão Institucional do Setor Elétrico, foi realizado em 1987 e objetivou fazer um diagnóstico propondo uma revisão do modelo. Esse estudo foi agrupado em cinco áreas: (i) missão e papel do setor; (ii) aspectos institucionais; (iii) modelo econômico e financeiro; (iv) modelo organizacional; e (v) processo decisório (ELETROBRÁS, 1987).

Os desafios eram as expansões da oferta e do sistema de transmissão, a consolidação de um regime competitivo na geração e comercialização, o controle da qualidade e reversão dos ganhos para os usuários atuais, e os futuros beneficiados com os projetos de expansão.

Caberia ao Estado, através de regulamentação específica, compatibilizar os objetivos de expansão e crescimento do setor com as finalidades sociais de democratização do acesso, envolvendo qualidade e universalidade do serviço e modicidade das tarifas. Os meios, instrumentos e limites para a realização dessa tarefa encontravam-se consubstanciados nos princípios e objetivos de nossa ordem jurídica, restando ao Estado efetivá-los por meio da implementação de adequadas medidas de política econômica, visando ao desenvolvimento integrado da nação.

A proposta de reestruturação do setor teve como base o fomento da competição em determinados segmentos da atividade, reduzindo-se, paralelamente, a atuação estatal direta nesses segmentos, procurando-se fortalecer a função reguladora sobre a atividade. Entretanto, uma vez obtido o suporte financeiro para a estabilização econômica no final da década, a estruturação do setor não foi complementada, em função das ambições políticas que marcaram as eleições na época, dando-se maior ênfase às questões partidárias e premissas regionais, o que acarretou um afastamento de investidores e uma necessária elaboração de novos rumos ao setor elétrico que se configurava como incompatível com o RESEB, que foi tracejado em 1995 a partir de estudos da consultoria Coopers & Lybrand, e que acabou por desverticalizar as energéticas do País, fatiando a maioria em figuras jurídicas diferentes de geração, transmissão e distribuição.

No entanto, os instrumentos legais que antecederam a reestruturação do setor elétrico foram vários: a Lei nº 8.631, de 05 de março de 1993¹², reconhecida pelo seu mérito de iniciar a reestruturação do setor atacando um aspecto essencial para esse processo, que foi a recuperação tarifária; o Decreto nº 915, de 6 de setembro de 1993¹³, permitiu a formação de consórcios para a exploração e aproveitamentos hidráulicos entre concessionárias e autoprodutores; o Decreto nº 1.009, de 22 de dezembro de 1993¹⁴ e a Portaria DNAEE nº 337, de 22 de abril de 1994¹⁵, criaram o SINTREL – Sistema Nacional de Transmissão de Energia, possibilitando facilidade de intercâmbio de energia entre concessionárias e produtores independentes¹⁶ nos sistemas de transmissão do SIN. A substituição da Portaria nº 337/94 pela Portaria nº 459, de 10 de novembro de 1997¹⁷, tornou livre o acesso a todo sistema de transmissão e distribuição.

Segundo Ramalho (2003) o SINTREL foi o primeiro passo para o acesso de vários produtores ao sistema elétrico, estabelecendo-se o início de uma certa competição entre empresas autorizadas a gerar energia elétrica, mas mantendo-se a estrutura do setor, ou seja, o SINTREL não previa transferências patrimoniais nem desmembramento ou privatização de concessionárias e usinas.

Para Bajay (2006) o principal competidor institucional era a ELETROBRÁS, responsável pelo planejamento, operação do sistema e pelas finanças. Além disso era também a *holding* de empresas como FURNAS, CHESF, ELETROSUL, ELETRONORTE, LIGHT E ESCELSA. Eram empresas concessionárias que exerciam geração, transmissão e distribuição em uma estrutura verticalizada e integrada, onde o uso de empresas estatais (na esfera federal e estadual) ocorreu até

¹² Vide nota 10 – pág. 18.

¹³ Autoriza a formação de consórcios para geração de energia.

¹⁴ Cria o Sistema Nacional de Transmissão de Energia Elétrica e dá outras providências.

¹⁵ Regulamenta o Sistema Nacional de Transmissão de Energia Elétrica.

¹⁶ A figura do produtor independente de energia foi criada pela Lei nº 9074/95, sendo caracterizado como pessoa jurídica ou empresas reunidas em consórcio, que recebam concessão ou autorização do poder concedente para produzir energia elétrica destinada ao comércio, de toda ou parte da energia produzida, por sua conta e risco.

¹⁷ Regulamenta as condições gerais de acesso aos sistemas de transmissão e distribuição de energia elétrica.

metade dos anos de 1980, com tarifas baixas e fornecimento adequado ao crescimento do País. No entanto, essa política acabou não se atentando, ou mesmo fazendo vistas grossas, para alguns problemas, tais como: (i) tarifas de energia artificialmente baixas, espelhadas na maioria das tarifas públicas que tinham como intuito o controle da inflação; (ii) o uso político do suprimento da eletricidade e gás envolvendo gerenciamento incompetente, e até mesmo corrupção na construção de várias usinas em termos de orçamento e prazo de entrega; e, (iii) a não realização do desejo do governo federal em ter um rápido aumento na produção doméstica de óleo e gás.

Ainda segundo Bajay (2006), as discussões sobre mudanças institucionais para corrigir esses problemas estiveram na pauta de vários governos, e, levou, aproximadamente, uma década até que uma grande crise financeira no setor de suprimento de energia acabou por requerer uma urgente ação governamental.

Assim, em 1995, ou seja no primeiro ano do governo do presidente Fernando Henrique Cardoso (FHC), decidiu-se vender todas as empresas de energia elétrica da esfera federal para investidores privados, com forte pressão para que os governos estaduais fizessem o mesmo. Na mesma época, duas emendas foram aprovadas no Congresso Federal que acabaram com o monopólio da Petrobrás, o que acabou permitindo que os governos estaduais outorgassem concessões a investidores privados na distribuição de gás natural.

Todavia a privatização no setor elétrico ocorreu de forma muito menos acentuada do que inicialmente previa o governo federal. Para Bajay (2006), 70% da capacidade de distribuição de energia elétrica foram privatizadas, mas apenas 30% da capacidade de geração foram para a iniciativa privada. Tanto é fato que a maior parte das usinas de geração de concessionárias como FURNAS, CESP, etc. continuaram sob controle estatal.

Essas iniciativas, como se percebe, não foram suficientes para permitir uma reestruturação institucional do setor com a entrada de novos agentes para a exploração dos serviços de energia elétrica, sob o regime de concessão, permissão ou

autorização, uma vez que o art. 175, da Constituição Federal de 1988¹⁸ ainda não havia sido regulamentado. Assim, em 1995, embora tenha havido iniciativas para uma maior abertura do setor, tanto a Lei nº 8.631, de 05 de março de 1993¹⁹, quanto pela criação do SINTREL, esta começa a se efetivar com a publicação das Leis nºs 8.987 de 13 de setembro de 1995, e 9.074, de 07 de julho de 1995, que dispõem, respectivamente, sobre o regime e concessão e permissão para a prestação de serviços públicos, e normas para outorga e prorrogação das concessões e permissões.

3.2. - SÉCULO XXI

O modelo do setor elétrico resultante no final do século XX não obteve resultados favoráveis, seja no tocante à modicidade tarifária, continuidade e qualidade da prestação dos serviços, a recente crise de abastecimento enfrentada no período de 2001/2002, e a ausência de incentivos à expansão do serviço e universalização do acesso à energia elétrica.

Ademais, mostrou a necessidade de revisão de suas bases institucionais, para garantir incentivos à expansão do serviço de energia elétrica, remuneração justa aos investimentos e suprir as lacunas acima descritas.

O modelo desenhado no governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso (FHC), criou as figuras do produtor independente de energia, de consumidores livres, e autorizou a formação de consórcios para geração de energia para fins de serviços públicos, através da Lei nº 9074, de 07 de julho de 1995. Tal lei teve por objetivo assegurar o atendimento da demanda de energia elétrica de forma confiável, com racionalidade e sustentabilidade econômica, em consonância com as diretrizes básicas constantes do Relatório “Proposta do Modelo Institucional do Setor Elétrico” (MME, 2003b).

O plano concebido no governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso foi, entretanto, parcialmente prejudicado em face da forte oposição política às

¹⁸ Art. 175 – Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

¹⁹ Vide nota 10 – pág. 18.

privatizações, acrescido pela omissão de seu governo no que se referiu ao “apagão” (crise de desabastecimento de energia elétrica em 2001), o que acabou por gerar medidas como o racionamento de energia entre junho de 2001 a março de 2002, decisões rápidas construções de novas usinas hidrelétricas, bem como a compra de energia elétrica externa.

Além do “apagão” de 2001, e da crise financeira das empresas, várias modificações foram procedidas pelo governo federal no setor elétrico brasileiro. Os princípios básicos que nortearam essa reforma, segundo Bajay (2006), foram similares aos adotados nos países da OECD (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) tais como: (i) separação das atividades de produção (geração), transmissão, distribuição e comercialização da energia; (ii) introdução da competição na geração, comercialização, e do livre acesso ao sistema; (iii) a criação de uma instituição regulatória independente e privatização de órgãos públicos.

Sob tal contexto, foram criadas a ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica), o ONS (Operador Nacional do Sistema Elétrico) e o MAE (Mercado Atacadista de Energia), posteriormente sucedido pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, regulamentada pelo Decreto nº 5.177, de 12 de agosto de 2004, cuja finalidade é a de viabilizar a comercialização de energia elétrica no SIN.

Como resultado do processo surgiram novas empresas elétricas independentes, e aos consumidores foi concedida à oportunidade de optarem por seus fornecedores de energia. O ONS foi criado para promover a operação otimizada do sistema elétrico através das redes de transmissão (ONS, 2007c), e coube ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES encarregar-se de financiar todas essas mudanças.

Os contratos de concessão, desde 1998, passaram a conter cláusula prevendo que 1% do lucro anual das empresas de energia elétrica fossem revertidos em programas de pesquisa e desenvolvimento (P&D), cabendo à ANEEL regulamentar esses programas e fiscalizar seus resultados, o que, para tanto, conta com *experts* nas agências descentralizadas e com universidades especialmente contratadas para tal mister.

Uma nova estrutura institucional para a indústria de petróleo e gás foi definida pela Lei nº 9.478, de 06 de agosto de 1997, que além de dispor sobre a política energética nacional, e das atividades relativas ao monopólio do petróleo, instituiu o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo (posteriormente denominada Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis), bem como detalhou as regras do jogo para promover a competição nestes segmentos.

O principal mérito da política energética concebida no governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso foi a abertura da indústria de energia elétrica aos investidores privados, e a introdução da competição no setor. Fruto disso é existência, nos dias atuais, de empresas privadas e estatais nos principais setores da indústria de petróleo, gás e energia elétrica. No entanto, as tarifas de energia continuaram a aumentar mais rápido que as taxas de inflação, e se mostraram um grande desafio ao governo federal. Essa escalada da tarifa se deveu ao aumento do custo marginal, em especial da geração, e às cláusulas contidas nos contratos de concessão baseando os aumentos anuais de tarifa aos índices de inflação, e a percepção entre os investidores privados de ambiente de alto risco de investimento.

Assim é que o modelo não vingou, e a retomada do planejamento energético, especialmente do setor elétrico pelo governo precedeu ao primeiro mandato do governo do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva. O que demonstrou claramente a importância de se ter um planejamento do setor elétrico foi a crise de desabastecimento de energia elétrica ocorrida em 2001 (apagão). Na época o próprio governo Fernando Henrique Cardoso, após tal crise, e constatada a falta de planejamento adequado, tomou a iniciativa de retomar esse planejamento, razão porque o governo Luiz Inácio Lula da Silva deu continuidade ao processo, segundo (Bajay, 2007).

Em função disso o País passou por um lapso de insegurança institucional que durou cerca de dois anos, o que poderá trazer graves consequências para o abastecimento de energia nos anos futuros.

No sentido de resolver este problema, o governo federal introduziu alterações no modelo institucional do setor elétrico visando: (i) a modicidade tarifária, (ii) redução da percepção de risco proporcionando um retorno justo aos investidores; (iii) prover energia a 13 milhões de brasileiros carentes de tal serviço.

Mas, o novo marco regulatório do setor elétrico brasileiro acabou por ser definido pela Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004²⁰, que estabelece regras claras, estáveis e transparentes que possibilitam a efetiva garantia do suprimento para o mercado e a expansão permanente das atividades intrínsecas do setor (geração, transmissão e distribuição), sendo tal expansão vinculada à segurança e à busca da justa remuneração para os investimentos, assim como à universalização do acesso e do uso dos serviços, além da modicidade tarifária, em um horizonte de curto, médio e longo prazo.

Observe-se que o modelo difere radicalmente da proposta de governo da época pré-eleitoral, caracterizando-se como uma proposta bem menos intervencionista, e com premissas mais favoráveis ao ingresso dos agentes privados que voltaram a se fazer presentes.

As modificações introduzidas pela Lei 10.848, de 2004, trouxeram novas perspectivas ao setor, objetivando a retomada dos investimentos na geração, transmissão e distribuição de energia elétrica. O Decreto 5.081, de 14 de maio de 2004²¹, que regulamentou o novo marco regulatório do setor elétrico especifica as providências necessárias para alcançar os objetivos propostos:

- Promover a modicidade tarifária;
- Garantir a universalidade do atendimento;
- Criar um marco regulatório estável.

Um conjunto de medidas foi criado com intuito de reduzir os riscos do investidor. No entanto, os empreendedores, figuras fundamentais em todo o processo

²⁰ Dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, alterando as Leis nºs 5655, 8631, 9074, 9478, 9648, 9991 e 10438 e das outras providências.

²¹ Regulamenta os arts. 13 e 14 da Lei nº 9648, de 27 de maio de 1998, e o art. 23 da Lei nº 10848, de 15 de março de 2004, que tratam do Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS.

de comercialização da energia existente, têm criticado essas medidas pela ausência de regras claras e de critérios que não propiciam nenhuma lógica econômica no desenrolar dos leilões. Segundo estes, falta transparência na sistemática de venda nos leilões de energia existente, como a apresentação de dados sobre a oferta e demanda.

Sabe-se que em leilões os preços são formados pela clássica lei econômica da oferta e da demanda. Se não há transparência sobre estes dados, as ofertantes são influenciadas a reestruturar suas estratégias de precificação e oferta, afetando o resultado “natural” do certame.

3.3. - Setor elétrico brasileiro

O modelo institucional adotado pelo SEB foi decorrente de experiências internacionais, em especial nos marcos regulatórios originários do Reino Unido e dos Estados Unidos. No Reino Unido com a edição da *Energy Act* (Lei da Energia), em 1989, teve início a desverticalização das atividades de geração, transmissão e distribuição, bem como a criação do comercializador de energia e, ainda a introdução de mecanismos com intuito de propiciar o funcionamento competitivo dos segmentos de geração e comercialização, além de incentivos à eficiência nos segmentos de transmissão e distribuição. Nos Estados Unidos, a partir de 1992, com a *Energy Policy Act* (Lei de Política Energética) foram estabelecidos dois princípios basilares: a garantia do livre acesso aos sistemas de transmissão, e a constituição de grandes mercados atacadistas. Para isso, foram constituídos pela *FERC – Federal Energy Regulatory Commission* os operadores independentes do sistema para gerenciarem o despacho de energia, incentivando, também, a criação de Bolsas de Energia (*Power Exchange*), mercados nos quais se realizariam transações de energia entre geradores e consumidores livres (Salgado, 2003)

E assim, com base nas Leis nºs 8.987/95 e 9.074/95²² foi tracejada a reforma do SEB, através de licitação de novos potenciais hídricos visando propiciar competição

²² As Leis nºs 8.987 de 13 de setembro de 1995, e 9.074, de 07 de julho de 1995, dispõem, respectivamente, sobre o regime e concessão e permissão para a prestação de serviços públicos, e normas para outorga e prorrogação das concessões permissões.

na geração; livre acesso à transmissão e definição de uma malha básica; divisão dos consumidores entre livres e cativos, cabendo aos primeiros a opção de escolha de seu supridor, com obediência aos limites estabelecidos na legislação; regulação por tetos tarifários (“*price caps*”); introdução do PIE – Produtor Independente de Energia, criado pelo art. 11 da Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995²³, e regulamentado pelo Decreto nº 2.003, de 10 de setembro de 1996; obrigatoriedade de conclusão de projetos paralisados ou novas licitações dessas concessões; e mecanismos facilitadores para privatização (Ramalho, 2003).

Por seu caráter essencial, social e estratégico, a indústria de energia elétrica brasileira constitui-se como serviço público de competência da União Federal, conforme preceito expresso no art. 21, inciso XII, letra “b”, da Constituição Federal, de 1.988²⁴.

Em face de tal disposição constitucional, o Governo Federal gere o setor elétrico utilizando três instrumentos bem distintos e complementares: políticas públicas, planejamento e regulação. Através de políticas públicas, o governo sinaliza à sociedade as suas prioridades e diretrizes para o desenvolvimento do setor elétrico. O planejamento permite que se proponham metas de desenvolvimento para o setor, alinhadas com as políticas energéticas vigentes. A regulação é o elo entre a legislação setorial vigente e os mecanismos de mercado. Estes três instrumentos devem ser desenvolvidos de forma autônoma entre si, mas fortemente complementar. Isto não tem ocorrido, sendo uma grande causa institucional da crise setorial (Kelman, 2001).

Ao Ministério de Minas e Energia – MME cabe a definição das políticas e diretrizes gerais do sistema. À Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL cabe regular e fiscalizar, em conformidade com as políticas e diretrizes estabelecidas e aos agentes econômicos, privados ou públicos, cabe a operação do SEB.

²³ Art. 11 Considera-se produtor independente de energia elétrica a pessoa jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebam concessão ou autorização do poder concedente, para produzir energia elétrica destinada ao comércio de toda ou parte da energia produzida por sua conta e risco.

²⁴ Art. 21. Compete à União:

XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos d’água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;”

No entanto, falta clareza sobre os papéis institucionais e perdura uma assimetria de informações. As constantes alterações no marco legal e os controles externos superpostos convivem, ainda, com a descentralização não completada para as agências estaduais.

No que concerne à geração e, em face do crescimento da demanda novos empreendimentos saíram do papel para se transformar em obras, o que, ao final resultará em maior oferta de energia elétrica. Esta deverá ser transportada aos grandes centros consumidores, conforme se pode verificar das Tabelas 1 e 2.

Tabela 1

Previsão de entrada em operação das usinas em obras (em MW)*



* Em 2006, foram agregados ao sistema elétrico nacional mais 693,6 MW.

ANO	2006	2007	2008	2009	2010
*	5.918,1	490,2	186,7	-	-
*	4.129,7	2.491,7	1.347,0	796,3	1.041,8
*	7.820,8	478,7	547,6	2.548,2	1.026,7
TOTAL	17.868,6	3.460,6	2.081,3	3.344,5	2.068,5

Dados de 15/03/2006



Não existem restrições para a entrada em operação



Existem restrições para entrada em operação (licenciamento ambiental etc)

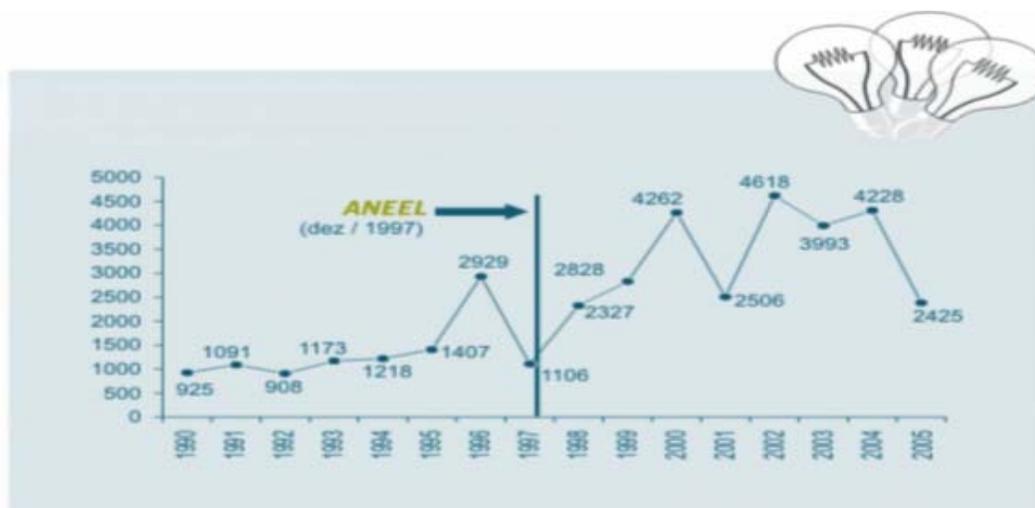


Graves restrições para entrada em operação (liminar judicial, inviabilidade ambiental do empreendimento etc)

Fonte: www.aneel.gov.br/arquivosPDF/boletim213.htm - acesso em 16.05.2006

Tabela 2

Evolução da capacidade instalada de 1990 a 2005 em MW

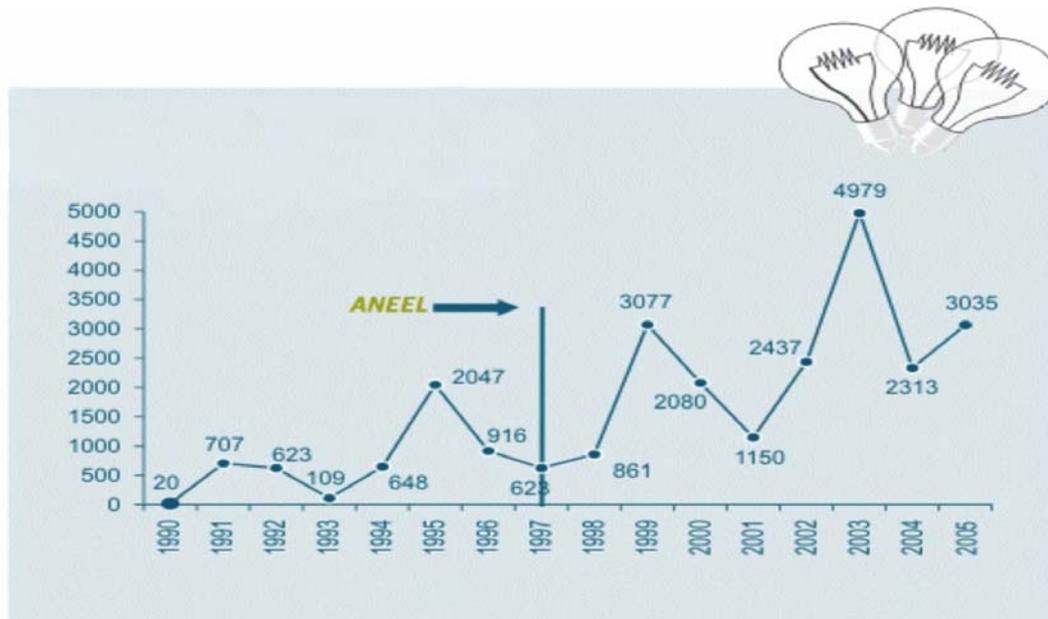


Fonte: www.aneel.gov.br/arquivosPDF/boletim213.htm - acesso em 16.05.2006

No que se refere à transmissão, a ANEEL licitou e autorizou, desde 1998, 24.635,61 kms. de extensão de linhas de transmissão. Desses, 19.934,57 kms. estão em operação comercial. Em 2005 foram energizados 3.035,69 kms. de linhas, conforme se verifica na Tabela 3.

Tabela 3

Acréscimo anual de linhas de transmissão (em quilômetros)



Fonte: www.aneel.gov.br/arquivosPDF/boletim213.htm - acesso em 16.05.2006.

Uma vez superados alguns trechos que possuem entraves ambientais, para 2006 foram previstas a energização de mais 2.135,62 kms. de linhas transmissoras, o que, certamente, para sua construção e operação demandará igual número de instituições de servidões administrativas para a passagem dessas linhas, que retalharão inúmeras propriedades particulares, em face da utilidade pública de que se revestirão tais servidões, evidenciando a intervenção do Estado brasileiro na propriedade particular, de que trata o presente trabalho.

O sistema elétrico brasileiro apresenta como particularidade grandes extensões de linhas de transmissão e um parque produtor de geração predominantemente hidráulico. O mercado consumidor (55 milhões de unidades) concentra-se nas regiões Sul e Sudeste, mais industrializados. A região Norte é atendida de forma intensiva por pequenas centrais geradoras, a maioria termelétricas a óleo diesel. Ao longo das

últimas duas décadas, o consumo de energia elétrica apresentou índices de expansão bem superiores ao do Produto Interno Bruto (PIB), fruto do crescimento populacional concentrado nas zonas urbanas, do esforço de aumento da oferta de energia e da modernização da economia (ANEEL, 2006a).

Segundo a ONS (2007d) o crescimento da economia em 2006 refletiu na demanda de energia elétrica atingindo 60.280 MWmed, apresentando uma taxa de incremento de 2,0% em relação ao ano de 2005. Também de forma compatível com esse crescimento, a potência instalada alcançou 84.180 MW, com a adição de cerca de 2.070 MW, representando, em termos percentuais um incremento de 2,5%. A rede básica de transmissão cresceu cerca de 3,7% no ano, alcançando uma extensão de 83.000 kms., em circuitos de transmissão acima de 230 kV.

Os valores da carga elétrica por região e as correspondentes taxas de crescimento em relação ao ano anterior encontram-se apresentadas na Tabela 4.

Tabela 4

Valores de consumo por região e as correspondentes taxas de crescimento em relação ao ano anterior

Região	Consumo Total (MWmed)	Crescimento % (2006/2005)
SE/CO	29.358,82	3,53
Sul	7.852,52	3,86
Nordeste	6.913,64	3,26
Norte	3.352,76	8,11
SIN	47.477,73	3,86

Fonte: ONS/2007d

O maior valor de demanda verificada no sistema em 2006, que representa potência máxima integralizada em uma base horária no período de ponta de carga

(carga própria de demanda), foi de 60.389 MW/h (agosto/2006), sendo 2,17% maior que o registrado em maio de 2006.

Os valores de demanda máxima por região e as correspondentes taxas de crescimento em relação ao ano anterior encontram-se na Tabela 5.

Tabela 5

Valores, datas e horários de demanda máxima por região e as correspondentes taxas de crescimento em relação ao ano anterior

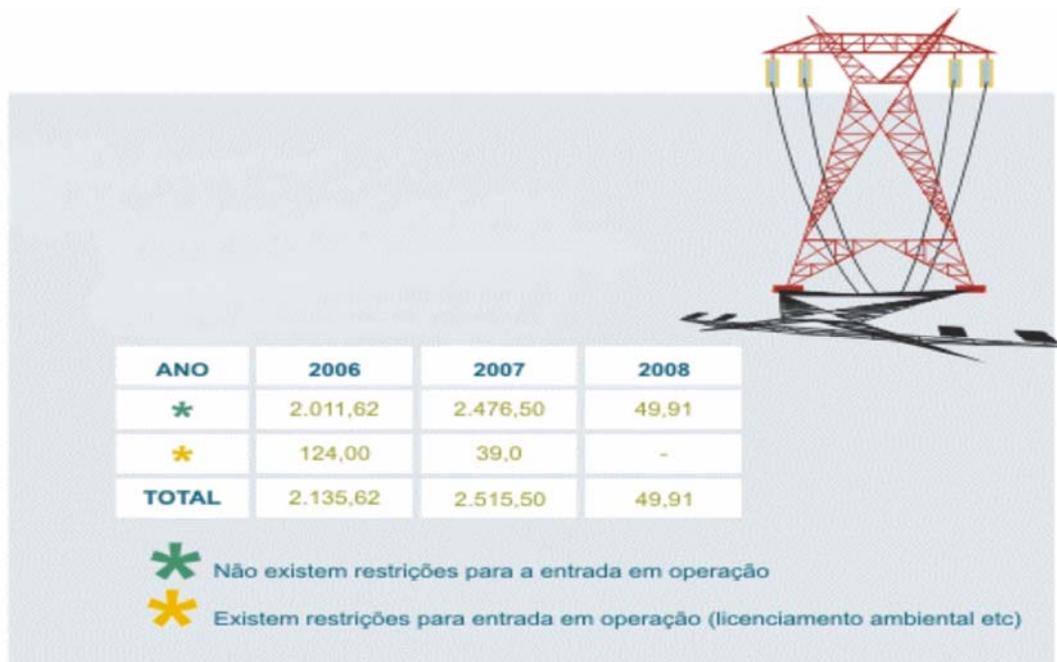
Região	Demanda Máxima MW/h	Crescimento % 2006/2005
SE/CO	38.700	2,84
Sul	10.749	2,08
Nordeste	8.862	4,73
Norte	3.886	5,94

Fonte: ONS/2007d

Para fazer frente ao crescimento da demanda, e independentemente da fonte geradora (hídrica, térmica, eólica, nuclear, etc.), muitos quilômetros de linhas de transmissão deverão ser construídas nos próximos anos, conforme se pode verificar da Tabela 6, o que acaba por implicar em longas faixas de servidão, no interior de propriedades privadas, envolvendo, portanto, a intervenção do Estado nessas propriedades.

Tabela 6

O andamento das obras de transmissão (em quilômetros)



Fonte: <http://www.aneel.gov.br/arquivosPDF/boletim213> - acesso em 16.05.2006

Com o leilão de sete lotes de linhas de transmissão realizado pela ANEEL, em 24 de novembro de 2006, na Bolsa de Valores do Rio de Janeiro, em sessão pública conduzida pela Bolsa de Valores de São Paulo (BOVESPA) foram outorgadas concessões de 14 novas linhas de transmissão, com a oferta de sete lotes de empreendimentos que serão construídos em oito Estados: Bahia, Espírito Santo, Acre, Mato Grosso, Minas Gerais, Paraná, Rondônia e São Paulo.

As novas linhas somarão, aproximadamente, 2.245 kms. de extensão, destacando-se o Lote A composto por cinco linhas que somadas totalizam 947 kms. de extensão, interligando os Estados do Acre, Rondônia e Mato Grosso. A obra representa o início da integração dos Sistemas Isolados da Região Norte ao Sistema Interligado Nacional, permitindo a redução da Conta de Consumo de Combustíveis

(CCC)²⁵. Os demais lotes são constituídos por linhas nas regiões Sul, Sudeste e Nordeste, e a construção dos empreendimentos, com custo total estimado em R\$ 1,15 bilhão, deverá ser concluída entre 18 e 22 meses após a assinatura dos contratos de concessão (ANEEL, 2006b).

A Tabela 7 mostra os sete lotes de LT's leiloados pela ANEEL.

²⁵ A CCC é um encargo destinado ao rateio de parte do custo de consumo de combustíveis para geração de energia elétrica nos sistemas isolados (CCC – Isol), concentrados na região norte.

Tabela 7

Lotes de LT's leiloados pela ANEEL

Empreendimento	UF	Tensão (kV)	Extensão (Km)	Licitação/Situação
LT Jauru - Vilhena LT Vilhena - Pimenta Bueno LT Pimenta Bueno - Ji-Paraná LT Ji-Paraná - Ariquemes LT Ariquemes - Samuel	MT/RO	230	947	LOTE - A. Investimento da ordem de R\$ 440,7 milhões. Geração de 1.000 empregos diretos. Prazo de 20 meses para construção.
LT Ribeirão Preto - Estreito LT Estreito - Jaguará LT Ribeirão Preto - Poços de Caldas SE Ribeirão Preto 500/440 kV	MG/SP	500	315	LOTE - B. Investimento da ordem de R\$ 263,1 milhões. Geração de 600 empregos diretos. Prazo de 22 meses para construção.
LT São Simão - Marimondo LT Marimondo - Ribeirão Preto	MG/SP	500	385	LOTE - C. Investimento da ordem de R\$ 198,9 milhões. Geração de 400 empregos diretos. Prazo de 22 meses para construção.
LT Neves 1 - Mesquita	MG	500	178	LOTE - D. Investimento da ordem de R\$ 122,9 milhões. Geração de 300 empregos diretos. Prazo de 18 meses para construção.
LT Funil - Itapebi	BA	230	198	LOTE - E. Investimento da ordem de R\$ 41,7 milhões. Geração de 200 empregos diretos. Prazo de 18 meses para construção.
LT Mascarenhas - Verona SE Verona 230/138 kV	ES	230	107	LOTE - F. Investimento da ordem de R\$ 44,2 milhões. Geração de 200 empregos diretos. Prazo de 18 meses para construção.
LT Cascavel Oeste - Foz do Iguaçu	PR	230/138	115	LOTE - G. Investimento da ordem de R\$ 43,1 milhões. Geração de 200 empregos diretos. Prazo de 18 meses para construção.
TOTAL			2.245	

Fonte: www.aneel.gov.br/arquivosPDF/boletim213.htm - acesso em 16.05.2006

Além desse leilão, a ANEEL realizou um outro no final de 2006, em que se previu o acréscimo de 2.261 kms. à rede atual de 83 mil kms., o que atraiu

investidores globais em face do investimento de longo prazo com renda certa, onde não ocorre inadimplência, pois os instrumentos de cobrança são mandatários.

Atualmente a transmissão é controlada majoritariamente pelo Estado (que detém cerca de 70% das linhas). Entretanto, a presença privada se torna importante para ampliar a rede de linhas do SIN, evitando que o Estado tenha que fazer investimentos sem dispor de recursos para tal mister.

O grande teste da transmissão deverá, no entanto, ocorrer em 2007, se os projetos de construção das Usinas do Rio Madeira e Belo Monte forem viabilizados. Nessa hipótese, vultosos recursos terão que ser aplicados para interligar a Região Amazônica ao Sistema Nacional.

Os investimentos em transmissão na Região Norte são importantes para reduzir, na próxima década, a CCC, ou seja, os subsídios pagos aos consumidores de energia cara, gerada por óleo combustível, diesel e gás natural.

No entanto, não basta apenas investir na transmissão. Embora argumente o governo federal que o consumidor é defendido pelo processo de competição; que isso assegura o serviço de fornecimento de energia elétrica pelo menor preço; e, que os investimentos em transmissão aumentam a confiabilidade do sistema elétrico, reduzindo riscos de colapsos, falta, no entanto, a garantia de que haverá energia suficiente para transmitir.

Por isso, grandes grupos se antecipam aos riscos e anunciam a retomada de velhos projetos de autoprodução, na certeza de que os preços da energia tendem a subir, seguindo o caminho dos que já dispõem de energia própria, produzindo a custos menores e reduzindo sua dependência energética.

Capítulo 4

A Constituição brasileira e a função social da propriedade

Tendo em vista passagens de linhas transmissoras e distribuidoras de energia elétrica sobre propriedades particulares, este capítulo discorre, sobre a função social da propriedade inserida no texto constitucional, atendo-se, neste primeiro momento, aos aspectos puramente legais e constitucionais. A Constituição Federal (CF), de 1988, assegura o direito de propriedade (art. 5º, *caput*, e inciso XXII)²⁶, declarando, porém, que a propriedade atenderá a sua função social (art. 5º, inciso XXIII)²⁷, ou seja, se dela se espera que haja produção, deve esta ocorrer; se dela se espera que sirva de moradia, deve esta assim servir. Esse dispositivo fica consonante com a previsão de desapropriação por interesse social, quando se impõe o condicionamento ou distribuição da propriedade visando seu útil aproveitamento, beneficiando, com isso, categorias que mereçam o devido amparo do Estado.

Para atender a essa finalidade social, a Carta Política, de 1988, adota as seguintes medidas:

²⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXII – é garantido o direito de propriedade;

²⁷ XXIII – a propriedade atenderá a função social;

- Permite a desapropriação por necessidade e utilidade pública (art. 5º, inciso XXIV²⁸);
- Estabelece que a autoridade competente poderá, no caso de iminente perigo público, usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano (art. 5º, inciso XXV²⁹);
- Permite aos municípios instituir impostos sobre a propriedade predial e territorial urbana, que poderão ser progressivos, de forma a assegurar o cumprimento da função social da propriedade (art. 156, inciso I, § 1º³⁰);
- Estabelece no art. 170, incisos II e III³¹, como princípio da ordem econômica, a propriedade privada e a função social da propriedade;
- Estabelece no art. 182³² que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor³³, permitindo ao Poder Público municipal, em

²⁸ XXIV – a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

²⁹ XXV – no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

³⁰ Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

I – propriedade predial e territorial urbana;

(...)

§ 1º O imposto previsto no inciso I poderá ser progressivo, nos termos de lei municipal, de forma a assegurar o cumprimento da função social da propriedade.

³¹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos, existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade;

³² Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

³³ Art. 182. (...)

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressa no plano diretor.

caso de descumprimento das exigências, promover o parcelamento ou edificação compulsória, a instituição de imposto progressivo e a desapropriação;

- E, finalmente, os arts. 184³⁴ e 186³⁵ permitem a desapropriação, por interesse social, para fins de reforma agrária, do imóvel rural que não esteja cumprindo função social. A matéria está disciplinada pela Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993³⁶, e pela Lei Complementar nº 76, de 6 de julho de 1993³⁷.

4.1. - A função social da propriedade

O inciso XXIII, do artigo 5º da CF estabelece que "*a propriedade atenderá sua função social*". Trata-se de tema controverso na doutrina brasileira no que se refere ao estabelecimento do que seja efetivamente a função social da propriedade, e se todas as propriedades devem atender esta função, vez que o inciso XXII deste mesmo artigo constitucional consigna que "*é garantido o direito de propriedade*".

Quanto a tal tema, muitos autores se mostram reticentes à idéia de que a propriedade privada também deva atender uma função social. Afirmam que esta, por ser instrumento de manutenção de sobrevivência do ser humano, e tida pela CF como uma garantia institucional, é isenta da função social, mas não de sua função

³⁴ Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida por lei.

³⁵ Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei os seguintes requisitos:

I- aproveitamento racional adequado;

II- utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III- observância das disposições que regulam as disposições do trabalho;

IV- exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

³⁶ Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal.

³⁷ Dispõe sobre o procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo de desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária.

individual. Sobre esta propriedade incide tão somente o poder de polícia, para coibir abusos no exercício do direito. Segundo esta corrente, portanto, a função social da propriedade somente abrangeria bens produtivos.

Esta posição, porém, não é pacífica, vez que há outro entendimento no sentido de que a função social é conceito próprio da propriedade privada, pois o proprietário, no exercício de seus direitos, é incumbido de cumprir o dever social imposto pela Carta Magna, caso contrário a propriedade perderá sua legitimidade jurídica e o proprietário não mais poderá arguir a seu favor o direito individual de defendê-la ou preservá-la. E mais, a função social da propriedade é princípio norteador e superior ao da propriedade privada, vez que se trata de princípio constitucional fundamental. Para França (2000) "*cabe ao princípio da função social, enfim, dar estabilidade necessária à propriedade privada, tutelando sua integridade jurídica e procurando tornar sua existência sensível ao impacto social do exercício dos poderes concedidos ao titular do domínio*".

Defendem ainda que uma propriedade utilizada por uma família como moradia atende a função social da propriedade, por não representar um desperdício de potencialidade para a sociedade, ao contrário, a enriquece, mesmo que de forma mínima ou insignificante.

Os bens de consumo, segundo esta última corrente também atendem função social se a aplicação for imediata e direta com o fim de atender as necessidades humanas primárias. Os bens de produção, cujo fim é produzir riquezas, devem despender mais atenção à função social, por sua natureza e considerando que a simples apropriação da propriedade não implica no cumprimento de sua função social, como no caso dos bens de consumo.

O que se pode concluir é que a função social da propriedade não deve ser encarada como uma restrição ao direito da propriedade, e, sim, um meio de recolocá-la em seu verdadeiro objetivo, pois uma propriedade cujo uso seja deturpado ou degenerado, fere a ordem jurídica, vez que esta visa o interesse social acima do individual. Objetivando atender especialmente este interesse é que dispôs a CF neste

sentido, ou seja, prejudicando o direito de especulação, fruto do individualismo jurídico, tornando a função social, portanto, inseparável do direito de propriedade.

Para Tolpedino (2000) *apud* Duguit³⁸, a propriedade deixou de ser direito subjetivo do indivíduo implicando, agora, em uma obrigação àquele que a detém de empregá-la para o crescimento da riqueza e interdependência social, pois um bem não ou mal utilizado causa inquietação e violência social.

Atribuindo uma função social à propriedade o ordenamento jurídico reage contra desperdícios da propriedade para satisfazer necessidades materiais ou pessoais, atendendo aos anseios sociais, e contribuindo para o desenvolvimento da nação e erradicação da pobreza e desigualdades sociais.

A função social da propriedade rural foi estabelecida pela própria CF em seu art. 186, dispondo que esta deve aproveitar o solo racional e adequadamente; utilizar adequadamente os recursos naturais disponíveis, com vistas à preservação do meio ambiente; observar as disposições que regulem as relações de trabalho e realizar exploração de modo a favorecer o bem-estar dos proprietários e trabalhadores.

Logo, para realizar a sua função social a propriedade rural deverá atender todos estes requisitos, simultaneamente. Assim, uma propriedade que seja altamente produtiva, mas que não utiliza os recursos naturais de forma adequada ou não respeita os direitos laborais de seus trabalhadores, não está cumprindo a sua função social, mas não poderá ser, contudo, desapropriada, pois o legislador constitucional, em um lapso, protege a propriedade produtiva, mesmo que esta não cumpra na íntegra sua função social, estabelecendo um conflito com o disposto no art. 184 do mesmo instituto, que permite a União desapropriá-la por interesse social.

Relativamente à função da propriedade urbana, a CF/88 inovou ao tratar da política urbana. A propriedade urbana cumprirá suas funções ao atender às exigências

³⁸ Léon Duguit (1859-1928) jurista francês especializado em direito público. Seu trabalho se caracteriza por uma crítica das teorias então existentes do direito e pelo estabelecimento da noção de serviço público como fundamento do Estado e seu limite.

fundamentais ordenadas para cada cidade ou município, devidamente expressas no plano diretor. A CF autoriza o Poder Público Municipal, observadas as normas federais e municipais, exigir aproveitamento adequado do solo urbano não edificado, sub-utilizado ou não utilizado, sob pena de parcelamento ou edificação compulsórios, cobrança do IPTU progressivo no tempo, ou desapropriação com pagamento por títulos públicos, ressaltando que a CF faculta ao Município exigir tal aproveitamento, sob estas penalidades.

Nas grandes cidades se tem observado a ocupação de áreas aparentemente abandonadas por uma população de baixa renda. São as favelas. É certo que o verdadeiro proprietário não estava cumprindo a função social de sua propriedade, pois, aparentemente abandonada, foi invadida. Diante disto, os tribunais têm preservado estas pessoas nestes locais, autorizando a cobrança de indenização pelo proprietário, que não cumpria a função social da propriedade. Neste sentido, inovou o Código Civil, de 2002, em seu art. 1228, parágrafos 4º e 5º, *in verbis*:

“4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de 5 (cinco) anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para registro do imóvel em nome dos possuidores”.

Conforme visto, o Código Civil de 2002, em seu art. 1.228, a partir do parágrafo primeiro, discorre sobre a função social da propriedade de forma mais profunda que o art. 524 do Código Civil anterior, ou seja, de 1916. Determina que o direito de propriedade deve ser exercido conforme as finalidades econômicas e sociais, preservando a flora, fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, evitando a poluição do ar e águas. Ainda, coibe atos do proprietário que não tragam a ele comodidade ou utilidade e com o fim de

prejudicar outrem, e autoriza a desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou no interesse social, e no caso de requisição, em caso de perigo público eminente.

Em suma, se pode definir a função social da propriedade como um instrumento utilizado pelo legislador, na forma de alguns requisitos estabelecidos a serem cumpridos por todas as propriedades, para que estas atendam as necessidades sociais contemporâneas, evitando o desperdício, mau uso ou não uso do solo. Esta função é particularmente importante no atual contexto histórico brasileiro, no qual nos deparamos com inúmeras famílias desabrigadas, sem solo para plantar, sem condições de sobreviver em contraposição a grandes porções de terra (latifúndios), às vezes improdutivas ou mau utilizadas por seus proprietários. É a realidade sarcástica de um país tão extenso, onde a maioria das terras, vezes negligenciadas e improdutivas, encontra-se nas mãos de uma minoria, enquanto grande parte da população não possui condições para sobreviver. Esta realidade afronta de tal maneira o princípio constitucional da dignidade do homem, que se pode dizer que este e a função social da propriedade são interdependentes e se completam.

Frise-se que a função social da propriedade tem a finalidade de evitar a utilização indevida de uma propriedade, ou sua não utilização. Jamais de se interpor no direito subjetivo do proprietário de usar, gozar, fruir e dispor de seu bem, apresentando-se como um instrumento de defesa contra qualquer tentativa de socialização sem prévia e justa indenização. Não pode ser tida como uma limitação ao direito de propriedade.

Logo, a função social da propriedade foi uma medida utilizada pelo legislador para modificar o quadro social brasileiro, na medida que se a função não for cumprida, poderá ocorrer a desapropriação e a propriedade será melhor utilizada por quem efetivamente dela necessite.

4.2. - O direito de propriedade

Pode-se dizer que o direito de propriedade são os contornos, os limites dados pelo sistema jurídico no qual o instituto da propriedade está inserido.

Em nosso sistema jurídico tal direito é visto sob dois aspectos: sob o ângulo do direito civil, e nas relações com o poder jurídico. No primeiro caso não passa de um direito subjetivo, pois o art. 1228 do Código Civil Brasileiro dispõe que “*a lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, de reavê-los do poder de quem que injustamente o possui*”.

Entretanto os caracteres de absoluto, exclusivo e perpétuo não mais podem ser atribuídos à propriedade, em razão da sociedade haver mudado. Tanto é fato, que antes da Revolução Industrial, e mesmo alguns anos após, a sociedade que era predominantemente rural, migrou, em face da oferta de melhores salários e da escassez de mão de obra, para os centros urbanos. Isso fez com que houvesse necessidade de se limitar os poderes dos proprietários, e que fosse dada à propriedade uma função social como aludida na CF, de 1988, sem que tal fato possa significar “socialização” da propriedade privada, mas, sim, uma diminuição dos poderes de seus proprietários.

4.3. - Fundamento constitucional da propriedade

Diferentemente do que ocorre no direito privado, a CF dá uma conceituação de propriedade em sentido lato. Isso se deve ao desenvolvimento, pois há bens que não são coisas corpóreas, mas que são tão valorizadas quanto estas, ou até mais, cabendo ao Estado protegê-los da mesma forma que as coisas materiais, porque constitui um patrimônio.

Para Bastos (1989) a propriedade torna-se o anteparo constitucional entre o domínio privado e o público, residindo, neste ponto, a existência de proteção constitucional, ou seja, impedir que o Estado, por medida genérica ou abstrata, evite a apropriação particular dos bens econômicos ou, já tendo ocorrido, venha sacrificá-la mediante confisco.

Conquanto à primeira vista o regramento constitucional possa parecer um meio para o Estado intervir na propriedade privada, o seu significado é outro, pois se constitui numa proteção contra o próprio Estado, em face da propriedade passar a ter garantia, uma vez que eventual intervenção deste somente poderia se dar nos casos

previstos na CF. Excluindo tais hipóteses não mais há razões para o proprietário se preocupar, diferentemente do que ocorria no Estado Absolutista³⁹.

Ainda segundo Bastos (1989) a preocupação dos constituintes em precisar o instituto da propriedade e fixar-lhe os contornos para a segurança dos proprietários ocorreu para *“repelir de vez alguns autores afoitos que quiseram ver no nosso direito constitucional a propriedade transformada em mera função. Em vez de um direito particular, ela se sentia um ônus, impondo-lhe quase o que seria um autêntico dever”*.

Essa preocupação foi expressa no *caput* do art. 5º, e incisos XXII e XXIII da CF, de 1988, em que se garante a individualidade, entre outros direitos, aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, do direito à propriedade, e, ainda que a propriedade atenderá a sua função social⁴⁰.

O atendimento a sua função social se deve a uma concepção liberal, pois os adeptos do liberalismo entendiam que a propriedade particular, quando fosse desenvolvida, estaria ao mesmo tempo beneficiando a coletividade.

No entanto, o papel da função social da propriedade privada é fazer submeter o interesse individual ao interesse coletivo (bem-estar geral). O verdadeiro significado da função social da propriedade não é a diminuição do direito de propriedade, mas de poder-dever do proprietário, devendo este dar à propriedade destino determinado.

Completando o pensamento, Araújo (1999) afirma que: *“a propriedade rural, mais que urbana, deve cumprir a sua função social para que, explorada eficientemente, possa contribuir para o bem-estar não apenas de seu titular, mas, por meio de níveis satisfatórios de produtividade e sobretudo justas relações de trabalho, assegurar a justiça social e toda comunidade rural”*.

³⁹ O absolutismo é uma teoria política que defende que uma pessoa (em geral, um monarca) deve deter todo poder. A essência do absolutismo implicava em conceder ao titular do poder um status acima de qualquer exame por parte de outro órgão, fosse ele judicial, legislativo, religioso ou eleitoral. Ou seja, dar ao rei poder ilimitado independente de seu estado físico ou psicológico.

⁴⁰Vide notas 26 e 27 – pág. 38.

Complementando, Rocha (1992) discorre que “*a propriedade não pode atender tão-só ao interesse do indivíduo, egoisticamente considerado, mas também ao interesse comum, da coletividade da qual o titular do domínio faz parte*”.

Decorre daí a necessidade da utilização da propriedade particular nas obras de infra-estrutura tais como energia elétrica, telecomunicações, rodovias, e contra as quais não há como se opor o proprietário, em face do interesse individual submeter-se ao direito coletivo, tal qual se trata em relação às linhas transmissoras e distribuidoras de energia elétrica, que para transportarem a energia até os grandes centros de consumo desde as fontes geradoras atravessam propriedades particulares, através dos institutos da servidão e desapropriação, tratados, respectivamente, nas seções 4.6.5 e 4.6.6 deste Capítulo 4.

4.4. - A intervenção na propriedade

Entende-se por intervenção na propriedade privada todo ato do poder público que, compulsoriamente, retira ou restringe direitos privados, ou sujeita o uso de bens particulares a uma determinada destinação de interesse público. Essa intervenção se funda no fato de que o interesse da coletividade deve estar acima dos interesses individuais.

A CF assegura o direito da propriedade privada por entender que através do desenvolvimento das atividades privadas se estabeleça o bem-estar social, mas quando isso não for atingido, caberá ao Estado intervir na propriedade.

Deve-se ainda considerar que os bens de produção e serviços compõem o direito de propriedade e devem por isso, também cumprir sua função social.⁴¹ Não estão, pois imunes a esse princípio geral da atividade econômica – art. 170, III da CF⁴² – os empresários que prestam o serviço exclusivamente privado e os empresários que prestam serviço público. Função social significa restrições ao uso e por vezes até

⁴¹ GRAU, E. R. (1991) “A propriedade, afirmada pelo texto constitucional, reiteradamente, no inciso XXII, do art. 5º, e no art. 170, III, não constitui instituto jurídico, porém um conjunto de institutos jurídicos relacionados a distintos tipos de bens.”

⁴² Vide nota 31 – pág. 39.

disposição coercitiva do bem. O bem existe para o benefício da comunidade⁴³, logo, dentro de sua função social, ele pode no campo do direito econômico, ser disponibilizado e/ou compartilhado. Assim, a efetividade da regulação estatal pode se fazer presente pela alienação do bem fundamental a um concorrente e a obrigatoriedade de compartilhamento com os demais.

Salomão Filho (2001) explica que “*esse compartilhamento deve ser amplo. O fato de um determinado agente econômico ser o titular da rede não significa (i) que dela possa fazer uso exclusivo e nem, tampouco, (ii) que possa exigir o que bem entender para fornecer acesso.*”

Daí a razão de o Estado intervir quando a empresa ou o particular não presta o serviço ou não disponibiliza o acesso atendendo à sua função social. Pode, pois, o Estado, dentro do que lhe faculta a CF – arts. 170 e 173 – limitar o uso de bens essenciais fazendo com que o proprietário o compartilhe com os concorrentes ou disponibilize aos consumidores⁴⁴, de modo a garantir a função social da propriedade, bem como a livre concorrência e a defesa do consumidor.

Mas o Estado não pode intervir quando bem entender, pois se assim fosse o art. 5º, inciso XXII da CF⁴⁵ seria letra morta. Por conta desse dispositivo constitucional, a intervenção deverá ser precedida de ato declaratório, conforme reportado na seção 4.8, e fundamentada na necessidade pública, ou utilidade pública ou interesse social.

Como a CF dá um conceito *lato sensu* de propriedade, se estabelecem diversos meios de intervenção e, entre estes, a desapropriação e a servidão administrativa assim se constituem.

Quanto a isso, e ao que concerne aos serviços e instalações de energia elétrica e aproveitamento dos potenciais hidráulicos, a atribuição para a declaração de utilidade

⁴³ GRAU, E. R., op. cit, p. 250, explica que o princípio da função social da propriedade “impõe ao proprietário o dever de exercê-la em benefício de outrem e não, apenas, de não a exercer em prejuízo de outrem. Isso significa que a função social da propriedade atua como fonte da imposição de comportamentos positivos...”

⁴⁴ Como exemplos da obrigatoriedade de compartilhamento são os arts. 9º da Lei nº 9648/98 que regula o setor de energia elétrica, 58 da Lei nº 9478/97 (Lei do Petróleo), e 73 e 155 da Lei nº 9472/97 (Lei Geral de Telecomunicações).

⁴⁵ Vide nota 26 – pág. 38.

para fins de desapropriação ou instituição de servidão administrativa, antes de incumbência do Presidente da República, passou a ser de competência da ANEEL, em face do disposto no inciso XXXV, art. 4º, Anexo I, do Decreto nº 2.335, de 06 de outubro de 1997⁴⁶, que constitui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, autarquia especial, aprova sua Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e Funções de Confiança e dá outras providências.

À vista disso a ANEEL por meio da Resolução nº 259, de 09 de junho de 20 estabeleceu os procedimentos gerais para requerimento de declaração de utilidade pública, para fins de desapropriação ou instituição de servidão administrativa, de áreas de terras necessárias à implantação de instalações de geração, transmissão ou distribuição de energia elétrica, por concessionários, permissionários ou autorizados, e cujo regramento está estabelecido nas seções 4.8.1.1 e 4.8.1.2., deste capítulo.

4.4.1. - O conceito de intervenção

Para Gasparini (1989), *“a intervenção na propriedade privada pode ser conceituada como sendo toda ação do Estado que, compulsoriamente, restringe ou retira direitos dominiais do proprietário”*.

Segundo Meirelles (1995), *“entende-se por intervenção na propriedade privada todo ato do poder público que compulsoriamente, retira ou restringe direitos dominiais privados, ou sujeita o uso de bens particulares a uma destinação de interesse público”*.

Outra questão que perpassa na abordagem do tema, fica vinculada ao saber em que exatos termos ocorrem a intervenção na propriedade, já que nesta estão colocadas a desapropriação, a servidão administrativa, a ocupação temporária e a limitação administrativa, esta derivando do poder de polícia do Estado, na acepção de Meirelles (1995).

⁴⁶ Art. 4º. À ANEEL compete:

(...)

XXXV – declarar de utilidade, para fins de desapropriação ou de instituição de servidão administrativa, dos bens necessários à execução de serviço ou instalação de energia elétrica, nos termos da legislação específica.

Em que pese o esforço inusitado de todos os administrativistas, o poder de polícia, no que concerne à intervenção na propriedade, torna-se inoperante frente às falhas encontradas em todo o sistema estatal, principalmente a desraigada desatenção prestada aos direitos individuais e coletivos ditados na CF, de 1988.

Frise-se que, a intervenção estatal na propriedade particular apresenta uma imagem de Estado inquisidor e altamente opressivo, porém, ressalvado o interesse, a utilidade pública, esta intervenção assume a face de mediador entre as relações sócio-individuais, organizando por si a sistemática estrutura organizacional e governamental que visa atingir os objetivos fundamentais em respeito a todos os cidadãos. Porém, restringir, condicionar, limitar ou retirar direitos particulares em prol do bem geral pode figurar apenas um ato no contingente necessário para alcançar o bem-estar social pleno, bastante distante da realidade social vigente.

4.5. - O conceito de poder de polícia

O poder de polícia, que encontra sua razão no interesse social e seu fundamento na supremacia geral que exerce o estado sobre todas as pessoas, é, segundo Meirelles (1995), *“a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade e do próprio Estado.”*

Bandeira de Mello (1998), criticando a expressão poder de polícia, acaba por dizer que a mesma *“Refere-se, pois, ao complexo de medidas do Estado que delinea a esfera juridicamente tutelada da liberdade e da propriedade dos cidadãos.”*

Mais importante é a lição de Caio Tácito (1998), ao expor que *“o poder de polícia é, em suma, o conjunto de atribuições concedidas à Administração para disciplinar e restringir, em favor do interesse público adequado, direitos e liberdades individuais.”*

Tal poder, que se funda na autoridade de dominação, é inerente à essência do Estado, e se apresenta como uma necessidade, para que o Estado possa cumprir sua

missão de defensor e propugnador dos interesses gerais, reprimindo excessos e prevenindo as perturbações de ordem jurídica e social.

Deve, pois, ser posto em prática quando os interesses do Estado, superiores ao do indivíduo, indiquem a necessidade de uma restrição às liberdades e direitos individuais.

4.5.1. - Sentido da expressão poder de polícia

O poder de polícia, como atributo do Estado, tem função reguladora dos direitos individuais e coletivos para garantir a absoluta predominância sobre aqueles. Impõe-se dentro da lei, sendo, portanto, o seu exercício limitado ao permissivo que o acompanha para balizar a ordem econômica e social.

Conquanto a sua aplicação tenha obtido feições diversas e sofrido distensões ao longo da evolução das relações sócio-econômicas desde a Idade Média e durante todo o período feudal, onde coexistiam duas ordens a serem defendidas, a boa ordem social (poder do príncipe) e a boa ordem moral e religiosa (poder do clero), guarda ainda esse poder uma sublimar essência das regras absolutistas daquele período, onde prevalecia a vontade do príncipe ou da autoridade do clero.

Aquela similaridade remanesce como traço, diga-se de passagem, apenas no que tange a sua imposição vertical, como poder do Estado, embora regrado, na visão moderna, aos limites de uma lei cuja discussão comportou a participação popular através de seus representantes no Parlamento. Galgado a atributo do direito público, coercitivo e limitante do direito individual, esse ajuste é fundamental à sobrevivência dos direitos da coletividade. Maior evidência se tem da necessidade da imposição de limites quando se trata de energia elétrica - tida como um serviço público de maior espectro social – campo vastíssimo e fecundo a que proliferem ações de agentes privados operantes nesse setor, objetivando antes o lucro em detrimento das boas práticas desenvolvidas sob o primado da consciência e da ética como pressupostos à garantia desses serviços.

Observa, porém, Bandeira de Mello (1998) que a expressão poder de polícia é equivocada, por englobar, sob um único nome, coisas bem distintas e submetidas a

regimes inconciliáveis, quais sejam as leis e os atos administrativos: aquelas de caráter superior; estas de caráter subalterno.

O mesmo autor, no entanto, se expressa dizendo que, “*A expressão, tomada neste sentido amplo, abrange tanto atos do legislativo quanto do executivo.*” Prossegue: “*A expressão ‘poder de polícia’ pode ser tomada em sentido mais restrito, relacionando-se unicamente com as intervenções, quer gerais e abstratas, como os regulamentos, quer concretas e específicas (...), do Poder Executivo destinadas a alcançar o mesmo fim de prevenir e obstar o desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais*”, mencionado que essa acepção mais restrita corresponde à noção de polícia administrativa.

Derivando de *politia*, sem se confundir com mera atividade de tutela sobre entidades públicas ou com atividades de controle interno, considera-se o “poder de polícia administrativa” como qualquer restrição ou intervenção administrativa reguladora⁴⁷ do exercício dos direitos fundamentais, colimando viabilizar, ordenadamente, o convívio de iniciativas, não raro antagônicas entre si, no resguardo das camadas-limite da sociedade.

Ainda, referente ao presente tópico, cabe mencionar que o poder de polícia não é essencialmente discricionário, ora se expressando através de atos no exercício de competência discricionária, ora através de atos vinculados a particulares ou à própria Administração na condição de particular, nos limites da respectiva competência.

Pode-se dizer que o poder de polícia é a prerrogativa que a Administração Pública possui de limitar o uso dos direitos e das propriedades individuais e condicionar a sua utilização de acordo com o interesse público.

⁴⁷ Justen Filho, M. (2005), ao se referir que a regulação consiste na utilização permanente, racional e intensificada das competências de poder de polícia, pág. 252.

4.5.2. - Atributos do poder de polícia

Meirelles (1995) elenca como seus atributos a auto-executoriedade, a coercibilidade, e a discricionariedade, ressaltando que o poder de polícia poderá ser vinculado, quando a lei assim o desejar.

Especificando os traços característicos do poder de polícia, Bandeira de Mello (1999) menciona a sua origem, ou seja, o poder de polícia deve provir privativamente de autoridade pública, devendo ser imposta coercitivamente pelo Estado e abranger genericamente as atividades e propriedades.

Denota-se, por essas circunstâncias, que o poder de polícia, ao menos teoricamente, tem uma função primordialmente preventiva e fiscalizadora – também o é repressiva – na restrição, limitação e condicionamento da atividade dos administrados, colocando a eles, coercitivamente, um dever de abstenção, procurando conformar o seu comportamento ao interesse social fundamental.

A evolução natural da sociedade legitima a atividade estatal nesse sentido, quer por ações concretas, como as fiscalizações na produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, quer abstratas, como a regulação, por via de regulamentos e atos administrativos em geral.

No Brasil, e no que se refere aos serviços de energia elétrica, o poder de polícia como ação do poder público em defesa da prestação de serviço adequado, conforme estabelecido no parágrafo 1º, do art. 6º, da Lei de Concessões⁴⁸, vem sendo exercido pela ANEEL, uma autarquia sob regime especial, instituída pela Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996⁴⁹, para regular e fiscalizar tais serviços.

Por esta razão a emissão de atos declaratórios de utilidade pública como medida preparatória para a intervenção na propriedade está intimamente relacionada com o

⁴⁸ Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação, e modicidade de tarifas.

⁴⁹ Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, disciplina o regime de concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências.

poder de polícia conferido à ANEEL, vez que compete àquela Agência, nos casos de construção de linhas de energia elétrica, subestações, e usinas hidrelétricas, conferir a real necessidade do concessionário, permissionário e autorizado em se utilizar de áreas de terras necessárias a implantação dessas instalações, bem como no que se refere às suas dimensões, que não poderão ser maiores, e nem menores do que as realmente necessárias; obediência às normas técnicas; gravames ambientais; segurança, etc. Na hipótese do não preenchimento dos requisitos preparatórios à obtenção do ato sua expedição será negada pela ANEEL. Da mesma forma a utilização da área necessária ao empreendimento, não poderá ser desvirtuada pelo agente empreendedor, que além das penas legais cabíveis, poderá sofrer sanções administrativas do agente fiscalizador. As exigências do poder concedente ao setor elétrico para obtenção de ato declaratório são tratadas nas seções 4.8.1.1 e 4.8.1.2 deste capítulo.

4.6. - As formas de intervenção do Estado na propriedade

No direito brasileiro, podem ser indicadas as seguintes modalidades de restrição do Estado sobre a propriedade privada, cada qual afetando de modo diverso o direito de propriedade: as limitações administrativas, a ocupação temporária, a requisição administrativa, o tombamento, o parcelamento e edificação compulsórios, a servidão administrativa, e a desapropriação.

A multiplicidade de exigências sociais e a variedade das necessidades coletivas impõem ao Poder Público a diversificação dos meios de intervenção na propriedade e de atuação no domínio econômico, atuando através das formas a seguir elencadas.

4.6.1. - Limitação administrativa

É uma modalidade da supremacia geral do Estado, que no uso de sua soberania, intervém na propriedade e atividades particulares, visando o bem-estar social. É, pois,

toda imposição geral, gratuita⁵⁰, unilateral e de ordem pública condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem estar social.

Segundo Di Pietro (2001) “*As limitações podem ser definidas como medidas de caráter geral, impostas com fundamento no poder de polícia do Estado, gerando para os proprietários obrigações positivas (fazer) ou negativas (não fazer), com o fim de condicionar o exercício do direito de propriedade ao bem-estar social*”.

O artigo 170, inciso III, da CF⁵¹, regula que essas limitações devem corresponder às exigências do interesse público, sem aniquilar a propriedade. Serão legítimas quando representam razoáveis medidas de condicionamento do uso da propriedade em benefício do bem-estar social, não impedindo a utilização do bem segundo sua destinação natural.

O interesse público a ser protegido pelas limitações administrativas, pode consistir na necessidade de evitar um dano possível para a coletividade, consoante o meio de utilização da propriedade particular, a fim de assegurar o interesse da coletividade. O Poder Público polícia as atividades que podem causar transtornos ao bem-estar social, condicionando o uso da propriedade privada e regulando as atividades particulares. É, pois, a forma mais branda de intervenção na propriedade.

No caso do setor elétrico, podem ser mencionados: (i) nos casos de subestações: a obrigação de se construir muro no alinhamento da rua , conforme o recuo determinado pelo Município; (ii) nas hipóteses de servidões administrativas a obrigatoriedade de se manter o imóvel roçado e limpo, e, ainda em ambos os casos preservação de áreas verdes.

Saliente-se, por fim, que apenas na limitação administrativa, dentre as demais formas de intervenção do Estado, se pode encontrar características do poder de

⁵⁰ Nesse sentido ensina Sundfeld, C.A., (1993) que “os regimes dos condicionantes administrativos (normalmente chamados ‘limitações’) e dos sacrifícios de direitos são radicalmente distintos. Os primeiros são gratuitos e veiculados diretamente por lei ou por ato administrativo. Os segundos demandam indenização e só podem ser impostos por ação de desapropriação. Daí a necessidade de saber quais são as medidas de gravame que implicam sacrifício e quais importam mero condicionamento. A utilidade da distinção é dupla: de um lado, apartar as ablações indenizáveis das gratuitas; de outro, tendo em conta que apenas através de processo judicial – não, portanto de lei – os direitos podem ser sacrificados, indicar os limites do legislador na regulação do exercício deles.”

⁵¹ Vide nota 31 – pág. 39.

polícia, quando se condiciona o exercício de direitos e atividades de particulares em prol de um interesse maior: o social.

4.6.2. - Ocupação temporária

É a forma de limitação do Estado à propriedade privada que se caracteriza pela utilização transitória, gratuita ou remunerada, de imóvel de propriedade particular, para fins de interesse público (CF, art. 5º, XXV).

Fundamenta-se na necessidade de um local para depósito de equipamentos e materiais destinados a realização de obras e serviços públicos nas vizinhanças da propriedade particular, tendo prazo pré-definido para sua retirada ou, por interesse do proprietário, mantido em face de ressarcimento acordado entre as partes. No setor elétrico geralmente ocorre em construções de UHE's, ou seja, em áreas não atingidas pela edificação da casa das máquinas ou da formação do lago, ou represa.

4.6.3. - Requisição administrativa

O termo requisição é definido por Meirelles (2001) como utilização coativa de bens ou serviços particulares pelo Poder Público por ato de execução imediata e direta da autoridade requisitante e indenização ulterior, para atendimento de necessidades coletivas urgentes e transitórias.

O fundamento do instituto da requisição encontra-se no inciso XXV, do art. 5º, da CF⁵², que autoriza o uso da propriedade particular, na iminência de “perigo público” (incêndio, inundação, epidemia...) pelas autoridades competentes (civis e militares). No setor elétrico pode-se citar a título de exemplo, enchente ocorrida no Rio Pardo, em 1977, e, em decorrência disso o rompimento do reservatório da UHE Caconde, que atingiu as populações ribeirinhas, o que fez com que a concessionária

⁵² XXV – no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

(CESP), à época, lançasse mão de requisições administrativas em diversas áreas à margem do rio, para o atendimento das populações atingidas pela cheia⁵³.

4.6.4. - Tombamento

O tombamento⁵⁴ é a forma de intervenção do Estado na propriedade privada, que tem por objeto a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, assim considerado, pelo Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937⁵⁵, como “*o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, biográfico ou artístico*”.

É sempre uma restrição parcial, não impedindo ao particular o exercício dos direitos inerentes ao domínio, razão pela qual não dá, via de regra, direito à indenização. Para que se dê compensação pecuniária, o proprietário deverá demonstrar que realmente sofreu algum prejuízo em decorrência do tombamento.

4.6.5. - Servidão administrativa

É uma das formas mais comuns de intervenção do Estado na propriedade particular, e largamente utilizada pelo setor elétrico para a passagem de suas linhas transmissoras ou distribuidoras sobre imóvel de propriedade particular. Di Pietro (1978) conceitua servidão administrativa como sendo “*o direito de gozo, de natureza pública, instituído sobre imóvel de propriedade alheia, com base em lei ou decreto exarado por entidade pública ou por seus delegados, em favor de um serviço público ou de bem afetado a fim de utilidade pública*”.

⁵³ O fato fez com que fosse reestudada a capacidade da vazão decamilenar pelos órgãos de descarga, que chegaram à conclusão serem os mesmos insuficientes, razão porque foram construídos, na referida Usina, vertedouros de superfície suplementar com as duas comportas (www.aestiete.com.br/art227.asp.53k)

⁵⁴ O vocábulo tombamento origina-se no direito português, que utiliza a palavra *tombar* no sentido de registrar, inventariar, inscrever nos arquivos do Reino, guardado na Torre do Tombo, reconhecidamente o mais antigo e importante arquivo de Portugal, hoje denominado Arquivo Nacional da Torre do Tombo.

⁵⁵ Organiza a Proteção do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

As servidões administrativas se constituem por uma das seguintes formas: decorrem diretamente de lei ou decreto, e se efetuam mediante acordo ou ainda por sentença judicial. Caracterizam-se pela perpetuidade, ou seja, são insuscetíveis de termo final, enquanto perdurar a necessidade do Poder Público não são indenizáveis, podendo ser estabelecidas por ato unilateral do poder público, e não se confundem com expropriação por utilidade pública.

Pois bem, quanto à gratuidade das servidões administrativas, vários países também adotam tal medida que se encontra prevista nas suas legislações específicas, quando o estabelecimento das linhas de transmissão ocorre em vias públicas, estradas de rodagem, em ferrovias, etc., como são os casos do Peru, Uruguai, Panamá e Rússia.

No Panamá a legislação é no sentido de que se não houver interferência com o direito de propriedade, também não há que se falar em indenização.

No entanto, no Brasil, o art. 5º do Decreto nº 35.851, de 16 de julho de 1954⁵⁶, estabelece que são devidas ao proprietário indenizações correspondentes à justa reparação:

- a) de prejuízos causados pelo uso público das áreas sujeitas;
- b) pelas restrições impostas ao proprietário pelo gozo das mencionadas áreas.

À vista disso, o sistema brasileiro também adotou a gratuidade da constituição de servidão em casos particulares, onde não seja o proprietário dos terrenos sujeito a prejuízo ou tido restrição no gozo de sua propriedade.

No caso de passagem de uma linha de transmissão ou de distribuição sobre área onde não se erigiram torres de sustentação, alguns doutrinadores entendem que se a linha é construída em altura que não impeça a atividade do proprietário, não haverá razão alguma para indenização, por se constituir em servidão aérea. No entanto, outra corrente entende que na hipótese de que propriedade venha ser atravessada por uma linha de transmissão, e mesmo que não haja torres de apoio no seu interior, ainda

⁵⁶ Regulamenta o art. 151. alínea “c” do Código de Águas (Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934).

assim a indenização é devida, pois o imóvel será gravado com um ônus, que se perpetuará enquanto existir a linha, e que em razão disso a indenização se faz necessária, pois a presença dessa linha, ainda que se desprezem os problemas estéticos decorrentes, embute riscos materiais e pessoais, iminentes e permanentes, além de restrições ao plantio de eventuais culturas de grande porte, bem como a facilitação ao acesso às turmas de manutenção.

No caso brasileiro, o usual é que, quando a servidão decorrer de contrato ou de decisão judicial, incidindo sobre imóveis determinados, a regra é a indenização, porque seus proprietários estarão sofrendo prejuízos em benefício da coletividade. Nesses casos a indenização terá que ser calculada em cada caso concreto, para que se demonstre o efetivo prejuízo.

Não cabe, porém, direito à indenização quando a servidão decorrer diretamente da lei, porque o sacrifício é imposto a toda uma coletividade de imóveis que se encontram na mesma situação, salvo se a servidão recair sobre uma edificação que sofrer prejuízo maior, como, por exemplo, a necessidade de sua demolição.

No caso de servidão de energia elétrica, é a alínea “c”, art. 151 do Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934 (Código de Águas), que estabelece, para o concessionário de energia elétrica, a possibilidade de *“estabelecer as servidões permanentes ou temporárias exigidas para obras hidráulicas e para o transporte e distribuição de energia elétrica”*.

O Decreto nº 35.851, de 16 de julho de 1954, que regulamentou o dispositivo supra referido, estabelece o processo de constituição, com as seguintes etapas: (i) expedição de Decreto pelo Poder Executivo, declarando de utilidade pública as áreas destinadas à passagem da linha de transmissão; (ii) escritura pública em que concessionários e os proprietários, estipulam as condições da servidão; em caso de embaraço oposto pelo proprietário, como, por exemplo, a não aceitação do valor oferecido para a instituição da servidão, (iii) medidas judiciais serão adotadas visando ao reconhecimento da servidão, incluindo a desapropriação.

A Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (Lei de Concessões) ao estabelecer os encargos do poder concedente e da concessionária, a exemplo do permissivo para a decretação de desapropriações, prevê em seu art. 29, incisos VIII e IX:

“Art. 29 Incumbe ao poder concedente:

(...)

VIII – declarar de utilidade pública os bens necessários á execução do serviço ou obra pública, promovendo as desapropriações, diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;

IX - declarar de necessidade ou utilidade pública para fins de instituição de servidão administrativa, os bens necessários à execução de serviço ou obra pública, promovendo-a diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;”

Também a Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995, que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos, dispõe em seu art. 10 que *“cabe à Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL declarar de utilidade pública para fins de desapropriação ou instituição de servidão administrativa das áreas necessárias à implantação de instalações de concessionários permissionários e autorizados de energia elétrica”*⁵⁷.

No caso de servidão de energia elétrica, que é mais freqüente, a jurisprudência tem fixado a indenização em valores que variam entre 20 a 30% sobre o valor da terra nua (RT 404:212). E isso porque, sendo a servidão aérea, onera a propriedade com gravames quanto ao seu uso e fruição, como por exemplo à proibição de queimadas sob as redes de transmissão, o plantio de pinus e eucaliptos (culturas de grande porte), a necessidade de se permitir acesso às turmas de manutenção, impedindo que a faixa serviente seja cercada, a impossibilidade de edificações sob as redes, etc.

⁵⁷ Redação dada pela Lei nº 9.648, de 25 de maio de 1998.

Há casos porém que essas indenizações atingem percentuais de 80%, como são os casos de linhas de transmissão sobre propriedades cujas culturas são de porte elevado.

Ao contrário da desapropriação, na instituição de servidão o proprietário não perde o domínio do bem, pois continuará usando, gozando e fruindo o imóvel serviente. Na hipótese da servidão instituída recair sobre benfeitorias, que não são admitidas sob as linhas, ou, ainda, sobre culturas a serem erradicadas, a indenização será de 100% de seu valor real. Da mesma forma também será a indenização da área ocupada pelas bases das estruturas (torres) das linhas de transmissão, uma vez que esse local não poderá ser utilizado pelo seu proprietário.

Uma vez instituída a servidão administrativa para passagem da linha de transmissão, esta só se extingue pela descontinuidade do serviço, de vez que desaparecendo a *res dominans*⁵⁸ (Lima, 1992, apud Mayer) que é o serviço público, evidentemente cessa o ônus do imóvel serviente, com o conseqüente desmantelamento da linha.

4.6.6. - Desapropriação

A desapropriação vista pelo ângulo do direito civil, é a perda da propriedade; encarada sob o ângulo do direito público é o procedimento complexo que leva o Estado à aquisição da propriedade (Cretella Júnior, 1976). É, pois, ao mesmo tempo perda e aquisição, tudo dependendo da ótica sob a qual seja analisada, consistindo numa série ordenada de atos mediante os quais o Estado, necessitando de um bem para fins de interesse público, obriga o titular desse bem a transferir-lhe, por meio amigável ou judicial, a propriedade mediante indenização. O instituto da desapropriação, bem como o direito à propriedade, são tratados na seção 4.7 do presente capítulo.

⁵⁸ Ensina Lima, R. C., (1992): “*res dominans*”, na servidão administrativa, é o serviço público, ou seja, a organização de pessoas e bens, constituída para executá-la”.

4.6.7. - Desapropriação indireta

É modalidade muito particular e, aliás, excepcional, de aquisição forçada da propriedade imobiliária (Laubadère, 1953), podendo ser definida como “*o fato de apropriar-se a Administração dos bens do particular sem o emprego dos processos legais*”. Resulta do apossamento ou apoderamento da propriedade cometida de forma imprevista, ou por erro no decorrer de uma operação de trabalhos públicos.

A desapropriação indireta entra na categoria das cessões forçadas de imóveis em benefício do domínio público, apresentando o caso particular de verificar-se como consequência forçada de uma tomada de posse pelo fato de realizar-se sem autorização legislativa ou administrativa, porém aceita como definitiva por ser imprescindível para a execução de uma obra.

Em face do caráter definitivo da posse em apreço, é necessário transferir, necessariamente, a propriedade para a Administração e conceder a respectiva indenização ao proprietário (Bonnard, 1935).

Tal tipo de desapropriação decorre de uma consequência forçada do trabalho, em que a Administração ou o Estado se apossa de terreno, que, no início, não havia sido previsto como indispensável ao trabalho, ou que se tornou necessária como consequência de equívoco na execução. Por essa razão, a ausência de ato declaratório e o apossamento do bem pela Administração, caracteriza o esbulho, legitimando o proprietário aos interditos possessórios (desapropriação indireta).

Nessa hipótese, conquanto não autorizada, a tomada de posse é legítima, porque indispensável para a continuação do trabalho e, nesse caso facultado à Administração regularizar a situação, com a consequente transferência da propriedade.

No setor elétrico podem ser citados casos como o da propriedade submersa, em consequência do alagamento de área superior ao inicialmente previsto para a construção de hidrelétricas, ou área remanescente de uma desapropriação por utilidade pública para fins de construção de subestação de energia elétrica, restar imprestável para qualquer outro fim, hipótese em que o expropriante deve indenizar o proprietário por tal área e incorporá-la aos seus domínios.

Denota-se, pois, não haver dentre as formas de desapropriação, singela restrição, ou condicionamento, através de poder de polícia, mas, sim, verdadeira “intromissão” no direito do administrado, resultante de supremacia do interesse público sobre o particular.

4.7.- O direito de propriedade e a desapropriação nas diversas Constituições brasileiras

O direito de propriedade e o instituto expropriatório encontram-se previstos nas diversas Constituições brasileiras, conforme se demonstra a seguir:

(1824) - *“É garantido o direito de propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem público, legalmente verificado, exigir o uso e emprego da propriedade do cidadão será ele previamente indenizado do valor dela. A lei marcará os casos em que terá lugar esta única exceção e dará as regras para se determinar a indenização”* – (art. 179, da Constituição de 25 de março de 1824).

(1891) – *“O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia”* – (art. 72, § 17, da Constituição de 24 de fevereiro de 1891).

(1934) – *“É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização”* – (art. 113, § 17, da Constituição de 16 de julho de 1934).

(1937) – *“A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no país o direito de propriedade, salvo desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia”* – (art. 122, § 14, da Constituição de 10 de novembro de 1937).

(1946) – *“É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro”* – (art. 141, § 16 da Constituição de 18 de setembro de 1946).

(1967) – “*É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro*” – (art. 150, § 22, da Constituição de 1967).

(1969) – “*É assegurado o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro*” – (art. 153, § 22, da Constituição de 1969).

(1988) – “*A lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade pública ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição*” - (art. 5º, inciso XXIV, da Constituição vigente).

Como se percebe, desde a primeira Constituição Federal, de 1824, é assegurado ao cidadão “*o direito a propriedade em toda a sua plenitude*”. Quando não tenha feito de forma expressa referência ao instituto da desapropriação, mencionava, porém que se o bem público exigisse o emprego da propriedade, o seu proprietário seria indenizado pelo valor dela.

Pois bem, a desapropriação é uma outra forma de intervenção do Estado na propriedade particular. É a retirada compulsória da propriedade ou de determinado bem, para fins de interesse público, operando-se sua transferência para o patrimônio público.

Todo, e qualquer bem, de valor econômico, são suscetíveis de expropriação, inclusive o subsolo, carecendo, sempre, de declaração regular, que aponte e descreva o bem a ser objeto da expropriação, bem como o fundamento jurídico e fático desta.

Para Miranda (1971) “*a desapropriação não é o modo de adquirir; é o modo de perder a propriedade*”. No entender de Álvares (1978) talvez seja um dos institutos de maior importância na área de proteção jurídica no campo do Direito da Eletricidade, quer seja no que concerne ao poder concedente, quanto no que se relaciona com o concessionário, e, especialmente, no que se relaciona aos terceiros, atingidos pelo ato de império, pois as implicações na esfera do novo direito são de natureza peculiar. Como regra básica basta à enunciação de que os bens que constituem a unidade funcional da concessão não são desapropriáveis.

A desapropriação é, pois, o procedimento administrativo pelo qual o Poder Público ou seus delegados, mediante prévia declaração da necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, impõe ao proprietário a perda de um bem, substituindo-o em seu patrimônio por justa indenização (Di Pietro, 1992).

O art. 5º, inciso XXIV, da CF, de 1988, estabelece os pressupostos para a desapropriação: a necessidade pública, a utilidade pública e o interesse social, conforme definidos por Seabra Fagundes (1949):

1. *“Existe necessidade pública quando a Administração está diante de um problema inadiável e premente, isto é, que não pode ser removido, nem procrastinado, e para cuja solução é indispensável incorporar, no domínio do Estado o bem particular”;*
2. *“Há utilidade pública quando a utilização da propriedade é conveniente e vantajosa ao interesse coletivo, mas não constitui um imperativo removível”;*
3. *“Ocorre interesse social quando o Estado esteja diante dos chamados interesses sociais, isto é, daqueles diretamente atinentes às camadas mais pobres da população e à massa do povo em geral, concernentes à melhoria nas condições de vida, a mais equitativa distribuição da riqueza, à atenuação das desigualdades em sociedade”.*(gn)

Quando fundamentada no inciso XXIV do art. 5º da Carta Magna a desapropriação ordinária possui como característica básica à indenização prévia, justa e em dinheiro. Já a desapropriação extraordinária, segundo lembra Gasparini (1989), pode ocorrer em duas hipóteses:

- a) Quando o poder público municipal, na forma do art. 182, § 4º, III, da Constituição Federal, promove a desapropriação para adequar a propriedade urbana à sua função social, com pagamento em títulos da dívida pública, com prazo de resgate de até dez anos.
- b) Quando a União, nos termos do art. 184, da Constituição Federal, promove a desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, de imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante indenização em

título da dívida agrária, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão.

Além das normas constitucionais já citadas, a desapropriação está regulamentada no Direito Brasileiro pela seguinte legislação ordinária:

- Decreto-lei nº 3.365, de 21.06.41, denominado Lei Geral das Desapropriações (alterado pelas Leis nºs 2.786, de 21.05.56, e 9.785, de 29.01.99);
- Lei nº 4.132, de 10.09.62, que trata da desapropriação por interesse social;
- Lei nº 8.629, de 25.02.93, que trata da desapropriação para fins de reforma agrária;
- Decreto-lei nº 1.075, de 22.01.70, que dispõe sobre a imissão de posse;
- Lei nº 9.785, de 20.01.99, que altera a Lei Geral de Desapropriações.

A Lei Geral de Desapropriações (Decreto-lei nº 3.365, de 1941) expressa em seu art. 3º, que os concessionários de serviço público podem promovê-la. O Código de Águas, no seu art. 151, “b”, previa como direito da concessionária *“desapropriar nos prédios particulares e nas autorizações preexistentes os bens, inclusive as águas particulares sobre que versa a concessão, e os direitos que forem necessários, de acordo com a lei que regula a desapropriação por utilidade pública, ficando a seu cargo a liquidação e pagamento das indenizações”*.

Também a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (Lei de Concessões), dentre os encargos do poder concedente, prevê em seu art. 29, inciso VIII, a incumbência de *“declarar de utilidade os bens necessários à execução do serviço ou obra pública promovendo as desapropriações diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis.”*

Frise-se ademais que, o art. 10 da Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995,⁵⁹ alterou, no plano infraconstitucional, a disciplina contida no Código de Águas anteriormente citada, atribuindo à ANEEL, autarquia federal, a competência para declarar de utilidade pública, para fins de desapropriação, ou instituição de servidão administrativa, as áreas necessárias à implantação de instalações de concessionários, permissionários e autorizados de energia elétrica.

Assim, na forma da lei geral de desapropriações, o concessionário somente a promove após a declaração da utilidade pública por ato do poder concedente, o que exclui qualquer possibilidade de que a desapropriação seja decretada em favor de particular, não havendo, pois, qualquer co-relação entre esta e o interesse privado.

Dessa forma, as declarações de utilidade pública ocorrem somente sobre bens que se destinam a atender a um interesse geral, tendo efetivamente em mira um objetivo de natureza pública, seja ele de forma direta ou indireta, mas sempre em favor das concessionárias prestadoras de serviço público, conquanto possam elas ser de natureza privada, pois quando a promovem é sempre em nome do poder público.

Nesse sentido, em 1934, o Código de Águas (Decreto nº 24.643), em seu art. 33, já aludia que “*a desapropriação só se poderá dar na hipótese de algum serviço público classificado pela legislação vigente ou por esse Código*”.

Com efeito, “*o poder concedente pode decretar de utilidade pública bens para sua incorporação ao seu serviço público concedido, e, nesta hipótese, os Estados-membros e os municípios vêem restringida sua competência, e, quando concessionários deste mesmo serviço, corretamente buscam a autorização federal para promover desapropriação*” (Álvares, 1978).

A competência federal para os assuntos de energia elétrica, traz, por conseguinte a vedação a que os Estados-membros ou municípios possam decretar desapropriação de bens inseridos no contexto de uma concessão federal.

⁵⁹ Art. 10 – Cabe à Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, declarar de utilidade pública, para fins de desapropriação ou instituição de servidão administrativa, as áreas necessárias à implantação de instalações de concessionários, permissionários e autorizados de energia elétrica”.

O Decreto-lei nº 3.365, de 1941, recepcionado como lei, é no sentido de hierarquização entre a União, Estado e municípios, ou seja, a União pode desapropriar bens do Estado e dos municípios, porém o inverso não se permite, pois municípios não podem desapropriar bens do concessionário de serviço público estadual, e Estados, pela mesma razão, não podem desapropriar bens de concessionário de serviço público federal, e, menos, ainda, bens da União.

4.8. - A necessidade de ato declaratório

Em defesa dos interesses públicos, obriga-se o Estado a intervir na propriedade privada, através de restrição, limitação, condicionamento ou retirada de direitos dominiais privados ou sujeição do uso de bens particulares a um interesse público. Essa intervenção exige ser precedida de decreto que expresse o fundamento na necessidade ou utilidade pública, ou interesse social e a autorize. A norma autorizativa é de competência da União Federal, já a prática da intervenção pode ser dos Estados-membros ou do Município, nos limites de sua competência.

Ao estabelecer limites e limitações, a legislação, pode impor ao titular do direito um “fazer”, um “não fazer” ou, ainda, um “suportar”. Os limites expressos no próprio conteúdo de direito e as limitações ao seu exercício, estabelecidas pelas regras jurídicas, formam um estatuto de direito mínimo e atendem ao princípio de sua relatividade, não podendo ser absoluto um direito de propriedade, eis que seu conteúdo e exercício têm que possibilitar sua coexistência com outros direitos e o respeito recíproco dos mesmos.

Não existe, portanto, imutabilidade de poderes e faculdades em termos de conteúdo e exercício de direitos. Por outro lado, a limitação, as alterações, imposições, restrições do direito de propriedade acarretam um ônus indenizatório por parte do Estado, ou por parte de seus delegatários, exceto nos casos de limitações administrativas, que de tal forma protege um interesse coletivo e não agride de todo um direito particular.

4.8.1. - Exigências do poder concedente ao setor elétrico

As exigências relativas às declarações de utilidade pública para fins de desapropriação ou instituição de servidão administrativa, aos serviços e instalações de energia elétrica e aproveitamento dos potenciais hidráulicos, que anteriormente incumbia ao Poder Concedente⁶⁰, passaram a ser de competência da ANEEL, em face do disposto no art. 10, da Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995⁶¹, com a redação dada pelo art. 3º da Lei nº 9.648, de 27 de maio 98.

Em face disso foram consolidadas na Resolução ANEEL 259, de 09 de junho de 2003, os procedimentos gerais para requerimento de declaração de utilidade pública, para fins de desapropriação ou instituição de servidão administrativa, de áreas de terras necessárias à implantação de instalações de geração, transmissão ou distribuição de energia elétrica, por concessionários, permissionários e autorizados.

4.8.1.1. - Declaração de utilidade pública, para fins de desapropriação

Torna-se necessário que o agente requeira a declaração de utilidade pública ao Diretor-Geral da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, encaminhando os seguintes documentos e informações, conforme estatuído no art. 2º, da Resolução nº 259, de 09 de junho de 2003:

- I – especificação da dimensão, em hectares, e destinação das áreas de terras necessárias à desapropriação, discriminadas por Estado e Município;
- II – planta planialtimétrica, em escala adequada, com indicação de um ou mais polígonos e os respectivos vértices;
- III - memorial descritivo dos polígonos das áreas necessárias, delimitadas conforme inciso II, com os valores das coordenadas plano-retangulares E (este) e N (Norte) dos vértices dos polígonos, em relação ao meridiano de referência

⁶⁰ Incisos VIII e IX do art. 29, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

⁶¹ Vide nota 59 – pág. 67.

adotado, na projeção Universal Transversa de Mercator – UTM, azimutes e distâncias entre vértices; e,

IV – Licença Prévia Ambiental ou manifestação favorável do órgão responsável pelo licenciamento à execução do empreendimento ou, ainda, posição atualizada sobre o processo de licenciamento ambiental.

4.8.1.2. - Declaração de utilidade pública, para fins de instituição de servidão administrativa

Da mesma forma como na seção 4.8.1.1, também se torna necessário que o agente requeira a declaração de utilidade pública ao Diretor-Geral da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, encaminhando as seguintes informações e documentações, em conformidade com a expressa previsão contida no art. 3º, da Resolução nº 259, de 09 de junho de 2003:

- I - características técnicas da linha de transmissão, conforme os modelos constantes dos Anexos I, II, III e IV⁶²;
- II - planta de caminhamento ou perfil, em escala adequada, mostrando claramente as travessias, distâncias, deflexões, divisas de municípios, propriedades e benfeitorias atingidas, identificando os terrenos de particulares e públicos;
- III - termo de responsabilidade das travessias porventura existentes no percurso, formalizado pelo responsável técnico do projeto, conforme o modelo constante no Anexo V⁶³ da referida Resolução;
- IV - memorial descritivo do cálculo da faixa de servidão, conforme os padrões estabelecidos pela Norma NBR – 5422, da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT ou, nos casos de tensões superiores às previstas na norma brasileira, de acordo com as normas internacionalmente aceitas;

⁶² Anexos da Resolução ANEEL nº 259, de 09 de junho de 2003.

⁶³ Idem.

- V - memorial descritivo do polígono que delimita a faixa de servidão, explicitando os pontos que determinam o início e término da faixa de servidão requerida; e,
- VI - Licença Prévia Ambiental ou manifestação favorável do órgão responsável pelo licenciamento à execução do empreendimento ou, ainda, posição atualizada sobre o processo de licenciamento ambiental.

Na hipótese de subestação de energia elétrica, o agente deve ainda apresentar requerimento de declaração de utilidade pública, para fins de desapropriação de áreas de terras destinadas à respectiva construção, juntando, para tanto, a documentação referida nos incisos I, II, III, IV, do art. 2º, e dos Anexos VI, VII e VIII⁶⁴ da Resolução nº 259, de 09 de junho de 2003.

Para linhas de distribuição, em sua maioria rurais, não se torna necessário a obtenção do ato declaratório, pois as concessionárias utilizam “Termo de Autorização”, para obterem do proprietário do imóvel a necessária anuência para passagem da linha, em que este assume o compromisso de firmar o respectivo contrato de servidão de passagem, quando for solicitado pela concessionária.

A referida autorização de passagem tem caráter gratuito e permanente, sem qualquer encargo, ônus ou condição, mas para os efeitos fiscais, as partes atribuem o valor de R\$ 1,00 (um real). Com isso a concessionária fica autorizada, ou quem esta indicar, a executar todos os serviços necessários à construção, conservação e melhoramentos da linha de energia elétrica em terrenos da referida propriedade.

Nesse documento os proprietários assumem o compromisso de não efetuarem, dentro da faixa de 10 (dez) metros, sendo 5 (cinco) metros para cada lado do eixo da linha, nenhuma edificação ou quaisquer plantações que pelo seu porte comprometam a segurança da linha e a boa qualidade do fornecimento de energia elétrica.

⁶⁴ Anexos da Resolução ANEEL nº 259, de 09 de junho de 2003.

4.8.1.3. - Diretrizes para Negociação

Tanto para desapropriação como para instituição de servidão administrativa, a ANEEL, passou a adotar uma série de providências no sentido de se evitar que os concessionários, permissionários ou autorizados venham a requerer o ato declaratório de utilidade pública ao Diretor-Geral da ANEEL, sem antes procurarem os proprietários das áreas a serem declaradas de utilidade pública.

O que se notava anteriormente era que de posse do ato declaratório de utilidade pública, tal documento era utilizado como instrumento de coação impingida aos proprietários de áreas declaradas de utilidade pública, sempre no sentido de se obter de forma rápida a autorização para que empreiteiras pudessem adentrar nas propriedades para darem início às obras, ou para conseguirem preços vis pelas áreas servientes ou a serem desapropriadas.

Assim, no sentido de esclarecerem a real necessidade do empreendimento que se pretende levar a efeito, seja para instalações de geração, transmissão ou distribuição de energia elétrica, junto às populações envolvidas e na tentativa de evitar atos de truculência pelos agentes envolvidos é que a ANEEL estabeleceu critérios condicionantes para a expedição do ato declaratório.

Neste sentido, o art. 4º da Resolução ANEEL nº 259, de 09 de junho de 2003, estabelece que deverá acompanhar o requerimento de declaração de utilidade pública, em ambos os casos, quais sejam, desapropriação e instituição de servidão administrativa, relatório elencando o seguinte:

- I - descrição da estrutura sócio-econômica da área atingida e dos critérios adotados para valoração da terra, avaliação de benfeitorias e indenizações;
- II - cadastro discriminando as propriedades, conforme sua situação fundiária, especificando a extensão, por propriedade, das áreas atingidas;
- III - documentação que caracterize o processo de negociação com os proprietários ou possuidores das áreas atingidas, quais sejam: efetivação de proposta pelo empreendedor, contraproposta apresentada pelo

proprietário ou possuidor, se houver, e outros documentos relacionados à negociação, incluindo ata ou comprovante de reunião pública;

- IV – relação das áreas adquiridas amigavelmente, ou do direito de dispor livremente do terreno, comprovado através de documentação legal pertinente;
- V – relação das áreas em negociação, comprovadas por meio de documentação hábil;
- VI – discriminação das áreas sobre as quais não se estabeleceu acordo, identificando suas situações fundiárias e os problemas detectados, relatando pontos de divergência e pendências de qualquer ordem;
- VII – quadro-resumo – servidão administrativa, conforme o modelo constante do Anexo IX da Resolução nº 259, de 9 de junho de 2003; e,
- VIII – quadro-resumo – desapropriação, conforme modelo constante do Anexo X dessa mesma Resolução.

4.9. - Estado e agências reguladoras

A partir do final da década de 1990, os brasileiros passaram a conviver com novas instituições: as agências de regulação. O marco da reforma do Estado brasileiro encontra-se inserido na Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que regulamentou o artigo 175, da Constituição Federal, de 1988⁶⁵. Fruto dessa reforma do Estado e, portanto, consequência de uma profunda mudança na relação do

⁶⁵ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II – os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV – a obrigação de manter serviço adequado.

aparelho estatal com a sociedade, esses órgãos têm entre suas atribuições, a regulação dos serviços públicos cuja prestação foi delegada a particulares.

A interferência do Estado nas relações econômicas em verdade, não é fato novidadeiro. Exemplo disso remonta da Idade Média (Turczyn, 2000), quando eram designados fiscais públicos para que percorressem o mercado, cortando o rabo dos peixes que não tivessem sido vendidos naquele dia, para que no dia seguinte, o consumidor soubesse que aquele peixe ofertado não era fresco.

Os entes reguladores, por sua vez, também são antigos na Europa e na América do Norte. Tanto é fato que o modelo empregado no Brasil foi concebido nos EUA, no final do século XIX, visando disciplinar atividades privadas afetas por um interesse público (*public utilities*).

A modernização da máquina administrativa no Brasil baseou-se em três princípios básicos: (i) nem Estado mínimo, nem Estado máximo. Estado competente, equilibrado para cuidar de temas e ações que não podem nem devem ser delegados; (ii) o governo propõe, induz, estimula, viabiliza, regulamenta e fiscaliza; e, (iii) o Estado financia a parte que lhe compete e presta contas de todos os seus atos. Em nenhuma hipótese deve se omitir.

As agências reguladoras são órgãos do Estado e têm a grave responsabilidade de cuidar de contratos de concessão, de fixação de tarifas, de normas de prestação de serviços públicos. Não são, pois, órgãos de governo. Tanto é fato que foram inseridas no bojo da reforma do Estado para zelar com independência pela qualidade e expansão dos serviços públicos delegados ao setor privado, evitando abusos, garantindo os direitos e estabelecendo com clareza os deveres dos prestadores de serviços públicos e direitos dos usuários.

A importância dessas instituições é indiscutível, na medida em que a prestação de serviços de natureza essencial por particulares deve privilegiar a qualidade e atualidade, assim como a modicidade tarifária, com intuito de sempre beneficiar a população. Embora, muitas vezes exista convergência entre os interesses dos empresários e as expectativas dos usuários, em inúmeras situações, há necessidade de participação de um órgão neutro para mediar as relações entre as partes envolvidas.

Ocorre que, a partir de 2003, o governo federal paralisou o processo de modernização do Estado. As agências se enfraqueceram. Estão quase paralisadas, ou por carência de verbas (em face de contingenciamento de recursos), ou por falta de pessoal. Tal “política” parte de um grande equívoco. Não reconhece a causa (falta de políticas setoriais claras e precisas) e, ataca os efeitos da omissão de obras públicas. O enfraquecimento das agências acaba por gerar incerteza e insegurança nos agentes econômicos, fazendo com que a infra-estrutura brasileira não se desenvolva sem órgãos reguladores competentes e confiáveis (Gazeta Mercantil, 2006).

4.9.1. - O papel da Agência Reguladora

No SEB a ANEEL, como agência reguladora, tem a difícil missão de descaracterizar o imobilismo de seu antecessor, o DNAEE, que apenas promovia a emissão de portarias e regulamentações elaboradas por empregados cedidos pelas próprias empresas do setor e, portanto, subjugado pelos poderes político e empresarial dos mesmos, não contando sequer com infra-estrutura apropriada para o cumprimento de suas funções (Andrade *et al*, 1999).

O processo de nacionalização e estatização do setor de energia elétrica brasileira, iniciada na década de 1950, teve sua continuidade com a organização efetiva das Centrais Elétricas Brasileiras S.A. – ELETROBRÁS, em 1961, quando foi delineada a estrutura do setor elétrico brasileiro. Esta passou a atuar como empresa *holding* das concessionárias públicas de energia elétrica do governo federal no planejamento setorial, responsabilizando-se pela definição dos programas de expansão do sistema de energia elétrica brasileiro, que vigorou até meados da década de 1990, quando se deu início à reestruturação do setor.

No âmbito da regulação setorial, deu-se em 1965, a criação do Departamento Nacional de Águas e Energia - DNAE, então vinculado ao MME (transformação da Divisão de Águas do DNPM). Em 1967, ocorreu a extinção do DNAEE, com absorção de suas funções pelo DNAE. A denominação deste foi alterada para Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica - DNAEE em 1968. Consolidava-se, dessa forma, a estrutura básica do setor, sendo a política energética

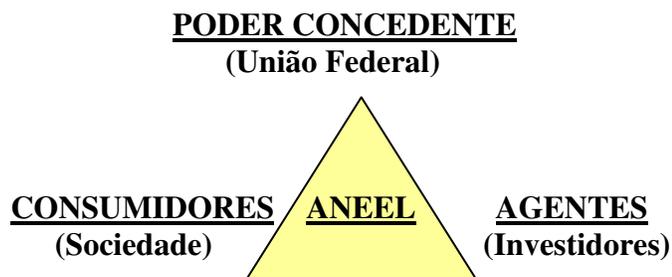
traçada pelo MME e executada pela Eletrobrás, atuando o DNAEE como órgão normativo e fiscalizador (Oliveira, 1997).

O DNAEE acabou por reunir as funções normativa e fiscalizadora dos serviços de energia elétrica, além de receber a responsabilidade pelo exame dos pedidos de concessão e pelos processos de outorga de atos declaratórios de utilidade pública para aproveitamentos hídricos e demais serviços de eletricidade, dentre os quais as linhas de transmissão e distribuição de energia elétrica.

O antigo órgão regulador setorial, o DNAEE, era um departamento federal, mero desmembramento organizacional da pessoa jurídica de Direito Público Interno da União Federal, portanto sem personalidade jurídica própria e sem independência.

Utilizando o amplo conceito de regulação traçado pelo autor português Vital Moreira (apud Mendes, 2000), que consiste no estabelecimento e na implantação de regras para a atividade econômica, destinadas a garantir o seu funcionamento equilibrado, de acordo com determinados objetivos públicos, esses órgãos podem ser representados através de um triângulo, traçado a partir de três linhas de idêntico tamanho. Cada uma dessas linhas simbolizaria um segmento: poder concedente, agentes e consumidores (Tabela 8). A agência reguladora deve se posicionar entre as linhas, de forma imparcial, sendo responsável pela harmonização das relações entre os demais agentes.

Tabela 8



A fim de garantir essa necessária equidistância, foram concebidos como órgãos de Estado, e não de Governo, originando as chamadas autarquias especiais, ou seja, com características peculiares, capazes de gerar salvaguardas institucionais. A neutralidade exige a ausência de subordinação hierárquica aos órgãos de governo, mandatos fixos para os dirigentes, autonomia e independência funcional, intelectual e financeira, corpo técnico altamente qualificado, inexistência de instância revisora de seus atos, ressalvada decisão judicial.

Tais requisitos buscam afastar da agência a possibilidade do que no jargão regulatório, chama-se de “captura”, ou seja, a aproximação excessiva do regulador com uma das partes reguladas. O regulador não pode ficar a mercê das pressões políticas, suas decisões não podem estar subordinadas às variáveis eleitorais que, por certo, prejudicariam sua independência e sua imparcialidade.

Nesse sentido, tem sido a atuação da ANEEL, a partir de suas sessões públicas, da instituição de audiências e de consultas públicas prévias a aprovação de resoluções de conteúdo regulatório. Também a tramitação dos processos sancionatórios e de revisão tarifária seguem um rito altamente transparente, com audiências públicas, possibilidade de manifestação escrita e oral, assim como a divulgação prévia dos pareceres das áreas técnicas e de eventuais pedidos apresentados pelas concessionárias.

Frise-se ainda ser hoje da ANEEL a competência para emitir atos de autorização para a execução e exploração de serviços e instalações de energia elétrica, nos termos do inciso XXXI, art. 4º, Anexo I, do Decreto nº 2.335, de 06 de outubro de 1997⁶⁶, que constitui a ANEEL.

As declarações de utilidade pública, tanto para fins de desapropriação, quanto para constituição de servidão administrativa, abordados nas seções 4.8.1.1 e 4.8.1.2,

⁶⁶Art. 4º À ANEEL compete:

(...)

XXXI- emitir atos de autorização para execução e exploração de serviços e instalações de energia elétrica.

constituem-se em atos rotineiramente adotados, posto que imprescindíveis à execução dos serviços de energia elétrica.

Vale destacar que, antes da criação da ANEEL, tais atos eram editados por meio de decreto do Presidente da República, em consonância com o estabelecido no artigo 6º do Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941⁶⁷; entretanto, a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, que instituiu a Agência, ao delinear atribuições desta, incluiu as de expedir as declarações de utilidade pública para fins de desapropriação e instituição de servidão administrativa, à medida que transporta para o bojo do artigo 3º da mencionada lei⁶⁸ as competências prescritas nos arts. 29 e 30 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, aplicáveis aos serviços de energia elétrica, antes de responsabilidade do poder concedente.

Observa-se que o art. 29, inc. IX, da Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995⁶⁹, arrola, dentre os encargos do poder concedente, o de declarar a necessidade ou utilidade pública para fins de instituição de servidão administrativa dos bens necessários à execução do serviço ou obra pública, promovendo-a diretamente ou mediante a outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis.

Assim, em face do disposto no art. 3º, do diploma legal de idêntica hierarquia (Lei nº 9.427/96), a atribuição antes de incumbência do poder concedente, representado pelo Presidente da República, passou a ser de competência da ANEEL, no caso dos serviços e instalações de energia elétrica, assim como do aproveitamento dos potenciais hidráulicos.

⁶⁷ Dispõe sobre desapropriação por utilidade pública.

⁶⁸ Art. 3º. Além das atribuições previstas nos incisos II, III, V, VI, VII, X, XI, XII do art. 20 e no art. 30 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, de outras incumbências expressamente previstas em lei e observado o disposto no § 1º, compete à ANEEL.

⁶⁹ Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

(...)

IX – declarar de necessidade ou utilidade pública para fins de instituição de servidão administrativa os bens necessários à execução de serviço ou obra pública promovendo-a diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será a responsabilidade pelas indenizações cabíveis.

Observa-se, porém, que o PL nº 3.337, de 2004, de autoria do Poder Executivo, que estabelece um conjunto de regras para orientar a gestão e a atuação das atuais agências reguladoras em tramitação no Congresso Nacional, não garante às agências reguladoras a independência e autonomia desejáveis, pois estabelece um conjunto de regras para orientar a gestão e atuação das atuais agências e daquelas que vierem a ser criadas. A principal inovação da proposta é a ampliação de mecanismos de controle social e de prestação de contas. Nesse sentido são instituídos e ampliados os mecanismos de controle, responsabilização e transparência, como consulta pública; apresentação de relatórios anuais ao ministério a que a agência estiver vinculada e ao Congresso Nacional; a obrigatoriedade de contrato de gestão entre ministério e agência; e a criação de ouvidorias em todas as agências reguladoras.

A questão das agências reguladoras, que causa grande polêmica dentro do governo, desde o primeiro mandato do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, talvez possa ser resolvido de forma definitiva com a aprovação da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) apresentada no Senado, no sentido de se constitucionalizar suas autonomias orçamentária, administrativa e financeira, com objetivo de se dar segurança jurídica aos investimentos privados no Brasil, com a eliminação de riscos regulatórios

A aprovação do PEC pode se transformar em um primeiro e decisivo passo no caminho da consolidação de normas e princípios necessários à inserção do Brasil entre os países com menor risco jurídico para eventuais investidores (Oliveira, 2007).

4.10. - O uso e o compartilhamento da infra-estrutura

O problema da infra-estrutura para suporte à prestação de serviços essenciais veio para ficar. Antes a questão girava exclusivamente em torno de investimentos, cujo déficit ainda se verifica em vários setores. Hoje, a discussão se dá quanto ao uso das infra-estruturas existentes.

As razões para a mudança de enfoque são múltiplas. O investimento maciço em infra-estruturas no Brasil, atual ou previsto para futuro próximo, fez com que a

escassez de infra-estrutura deixasse de ser o único foco de preocupação das políticas públicas.

A privatização de boa parte desses ativos colocou em pauta relação entre a propriedade privada e o interesse público envolvido na sua utilização. O desenvolvimento tecnológico e industrial fez crescer a demanda e a diversidade de usos para uma mesma infra-estrutura. A competição em vários setores, anteriormente impermeáveis à iniciativa privada, e à lógica de mercado, tornou os antigos monopólios estatais um ponto de atrito entre diversos concorrentes, como se pode verificar, exemplificadamente, no Capítulo 5.

4.10.1. - O interesse público envolvido

Nas questões afetas à infra-estrutura, tal qual os serviços relativos à energia elétrica, e ao contrário do interesse particular que afeta diretamente a pessoa, por ser direto, imediato e individualizado, o interesse público é o que assenta em fato, ou direito de proveito coletivo ou geral. Está, pois adstrito a todos os fatos ou todas as coisas que se entendam de benefício comum ou para proveito geral, ou que se imponham por uma necessidade de ordem coletiva.

Do ponto de vista jurídico, a questão do uso da infra-estrutura envolve o seu enquadramento como bens afetos a serviços públicos, ou a atividades de interesse público. Abrange também os limites da intervenção do Estado sobre a propriedade privada, a proteção ao investimento privado e a capacidade regulatória estatal sobre os diversos agentes concorrentes ao uso dessas infra-estruturas.

A privatização fez aumentar a preocupação com as exigências de interesse público sobre as infra-estruturas. Os novos modelos setoriais previram, sem exceção, restrições à livre utilização da infra-estrutura e o dever de seu compartilhamento.

No setor elétrico, o modelo regulatório assegura aos concessionários, permissionários, autorizados e consumidores livres de energia o amplo acesso às redes de transmissão e distribuição, mediante o suporte de custos relativos às Tarifas de Uso dos Sistemas de Transmissão e Distribuição (TUST e TUSD) havendo, no

entanto, alguns agentes beneficiados por isenções decorrentes de políticas governamentais.

4.10.1.2. - Do direito à redução dos encargos de acesso ao sistema de transporte

Sobre tal direito, a evolução da legislação encontra-se assim sintetizada:

- O direito à redução dos encargos de acesso ao sistema de transporte e incidindo na produção de PCH's foi introduzido pela Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1.998 (art. 4º)⁷⁰, ao dar nova redação à Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1.996 (art. 26)⁷¹.

⁷⁰ Art. 4º Os arts. 3º e 26 da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, que instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, passam a vigorar com as seguintes redações:

Art. 3º (...)

VIII – estabelecer, com vistas a propiciar concorrência efetiva entre os agentes e a impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica, restrições, limites ou condições para empresas, grupos empresariais e acionistas, quanto a obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações, à concentração societária e a realização de negócios entre si;

IX – zelar pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência, monitorando e acompanhando as práticas de mercado dos agentes do setor de energia elétrica;

X – fixar multas administrativas a serem impostas aos concessionários, permissionários e autorizados de instalações e serviços de energia elétrica, observando o limite, por infração, de 2% (dois por cento) do faturamento, ou do valor estimado da energia produzida nos casos de autoprodução e produção independente, correspondentes aos últimos doze meses anteriores à lavratura do auto de infração ou estimados para um período de doze meses, caso o infrator não esteja em operação, ou esteja operando por um período inferior a doze meses.

Parágrafo único. No exercício da competência prevista nos incisos VIII e IX, a ANEEL deverá articular-se com a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça.

⁷¹ Art. 26. Depende de autorização da ANEEL:

I – o aproveitamento de potencial hidráulico de potência superior a 1000 kW e igual ou inferior a 30.000 kW, destinado a produção independente ou autoprodução, mantidas as características de pequena central hidrelétrica;

II – a compra e venda de energia elétrica, por agente comercializador;

III – a importação e exportação de energia elétrica, bem como a implantação dos respectivos sistemas de transmissão associados;

IV – a comercialização, eventual e temporária, pelos autoprodutores de seus excedentes de energia elétrica.

§ 1º Para cada aproveitamento de que trata o inciso I, a ANEEL estimulará percentual de redução não inferior a 50% (cinquenta por cento), a ser aplicado aos valores das tarifas de uso dos sistemas elétricos

- Tal direito foi estendido pela Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002 (art. 17)⁷² a outras centrais com capacidade acima de 1 MW (eólicas, biomassas e cogerações qualificadas), assim equiparadas a PCH's, bem como acrescentado o alcance da redução até o consumo da energia comercializada por qualquer dessas centrais.
- Adicionalmente, foi abolida a restrição do piso 1 MW na capacidade em qualquer das centrais e acrescentadas as solares conforme a Lei nº 10.762, de 11 de novembro de 2003 (art. 8º).

Em suma e na versão mais recente, o direito à redução dos encargos de acesso ao sistema de transporte alcança dois lados (na geração e na carga que atende), considerando a geração por PCH's ou centrais eólicas, biomassas, solares e cogerações qualificadas com capacidade até 30 MW.

4.10.1.3. - Do direito à comercialização com cargas a partir de 500 kW

De forma idêntica à seção anterior a legislação está assim resumida:

- O direito à emancipação imediata de cargas a partir de 500 kW para fins de comercialização da energia com origem em PCH's – desobrigando-as do prazo de carência e outras exigências constantes da Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995 para conversão de consumidores cativos em livres – foi introduzido pela

de transmissão e distribuição, de forma a garantir competitividade à energia ofertada pelo empreendimento.

§ 2º Ao aproveitamento referido neste artigo que funcionar interligado ao sistema elétrico, é assegurada a participação nas vantagens técnicas e econômicas da operação interligada, devendo também submeter-se ao rateio do ônus, quando ocorrer.

§ 3º A comercialização da energia elétrica resultante da atividade referida nos incisos II, III e IV, far-se-á nos termos dos arts. 12, 15 e 16 da Lei nº 9.074, de 1995.

§ 4º É estendido às usinas hidrelétricas referidas no inciso I que iniciarem operação após a publicação desta Lei, a isenção de que trata o inciso I, art. 4º da Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989.

§ 5º Os aproveitamentos referidos no inciso I poderão comercializar energia elétrica com consumidores cuja carga seja maior ou igual a 500 kW, independentemente dos prazos de carência constantes do art. 15 da Lei nº 9.074, de 1995.

⁷² Altera a redação dos arts. 3º, 13, 17 e 26 da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996.

Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998 (art. 4º)⁷³, ao dar nova redação à Lei nº 9.427, de 26 de dezembro 1996 (art. 26)⁷⁴.

- Tal direito foi estendido pelo art. 17, da Lei nº 10.438, de 24 de abril de 2002, posteriormente regulamentado pelo Decreto nº 4.541, de 23 de dezembro de 2002⁷⁵, a outras centrais com capacidade acima de 1 MW e até 30 MW (eólicas, biomassas e solares), assim equiparadas a PCH's, bem como expande o conceito “cargas a partir de 500 kW” para compreender “o consumidor ou conjunto de consumidores reunidos por comunhão de interesses de fato ou de direito a partir de 500 kW”.

- Adicionalmente, foi abolida a restrição ao piso de 1 MW na capacidade em qualquer das centrais e permitida a associação das fontes já referidas com outras em minoria no fornecimento e sem exceder 49% conforme a Lei nº 10.762, de 11 de novembro de 2003 (art. 8º)⁷⁶.

⁷³ Vide nota 70 – pág. 81.

⁷⁴ Vide nota 71 – pág. 81.

⁷⁵ Regulamenta os arts. 3º, 13, 17 e 23 da Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002, que dispõe sobre a expansão da oferta de energia elétrica emergencial, recomposição tarifária extraordinária, cria o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica – PROINFA e a Conta de Desenvolvimento Energético – CDE e dá outras providências.

⁷⁶ Art. 8º. Os arts. 17 e 26 da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, com a redação dada pela Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002, passam avigorar com a seguinte redação:

Art. 17 (...)

§ 2º Sem prejuízo do disposto nos contratos em vigor, o atraso do pagamento de faturas de compra de energia elétrica e das contas mensais de seu fornecimento aos consumidores, do uso da rede básica e das instalações de conexão, bem como do recolhimento mensal dos encargos relativos às quotas da Reserva Global de Reversão – RGR, à compensação financeira pela utilização de recursos hídricos, ao uso de bem público, ao rateio da Conta de Consumo de Combustíveis - CCC, à Conta de Desenvolvimento Energético – CDE, ao Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia – PROINFA e à Taxa de Fiscalização dos Serviços de Energia Elétrica, implicará na incidência de juros de mora de um por cento ao mês e multa de até cinco por cento, a ser fixada pela ANEEL, respeitado o limite máximo admitido pela legislação em vigor.

Art. 26 (...)

§ 1º Para o aproveitamento referido no inciso I do “caput”, os empreendimentos hidroelétricos com potência igual ou inferior a 1.000 kW e aqueles com base em fontes solar, eólica, biomassa e cogeração qualificada, conforme regulamentação da ANEEL, cuja potência instalada seja menor ou igual a 30.000 kW, a ANEEL estipulará percentual de redução não inferior a cinquenta por cento a ser aplicado às tarifas de uso dos sistemas elétricos de transmissão e de distribuição, incidindo na produção e no consumo de energia comercializada pelos aproveitamentos.

(...)

Sintetizando, na versão mais recente, o direito à comercialização alcança o consumidor ou conjunto de consumidores reunidos por comunhão de interesses de fato ou de direito a partir de 500 kW de demanda, mediante sua emancipação imediata em consumidores livres, servidos em energia com origem na geração por PCH's ou centrais eólicas, biomassas, solares com capacidade até 30 MW, admitida associação com outras fontes com participação minoritária sem exceder 49% do fornecimento.

4.10.2. - Compartilhamento

A lei do setor erige um “direito de acesso” aos postes, dutos, condutos e servidões administrativas necessários à prestação dos serviços, não só dentro do setor de energia elétrica, mas para toda e qualquer infra-estrutura utilizável em tais atividades.

Trata-se de questão essencial para o desenvolvimento do País e para a racionalização do uso dos recursos públicos, além de permitir “receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, conforme art. 11 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995”⁷⁷.

§ 5º O aproveitamento referido no inciso I do “caput”, os empreendimentos com potência igual ou inferior a 1.000 kW e aqueles com base em fontes solar, eólica, biomassa, cuja potência instalada seja menor ou igual a 30.000 kW, poderão comercializar energia elétrica com consumidor, ou conjunto de consumidores reunidos por comunhão de interesses de fato ou de direito cuja carga seja maior ou igual a 500 kW, independentemente dos prazos de carência constante do art. 15 da Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995, observada a regulamentação da ANEEL, podendo o fornecimento ser complementado por empreendimentos de geração associados às fontes aqui referidas, visando a garantia de suas disponibilidades energéticas mas limitado a quarenta e nove por cento da energia média que produzirem, sem prejuízo do previsto no § 1º e § 2º.

⁷⁷ Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.

Com fundamento no art. 73, da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1.997⁷⁸, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, é que foi editada a Resolução Conjunta nº 001, de 24 de novembro de 1.999, que aprova o regulamento conjunto para compartilhamento de infra-estrutura entre os setores de energia elétrica (ANEEL), telecomunicações (ANATEL) e petróleo (ANP), no sentido de estimular a otimização de recursos, a redução de custos operacionais, além de outros benefícios aos usuários dos serviços prestados.

A citada Resolução define infra-estrutura como sendo as servidões administrativas, dutos, condutos, postes e torres, de propriedade, utilizados ou controlados, direta ou indiretamente pelos agentes que exploram os serviços a eles afetos, bem como cabos metálicos, coaxiais e fibras óticas, não ativadas.

Segundo, ainda, o referido regulamento, ao agente que explora um dos serviços públicos acima elencados, cabe o direito de compartilhar infra-estrutura de outro agente, de qualquer destes setores, de forma não discriminatória e a preços e condições justas e razoáveis, cabendo à Agência reguladora do setor de atuação do agente detentor, ou seja, aquele que administra ou controla uma infra-estrutura, zelar para que sejam atendidos os critérios que satisfaçam a caracterização do serviço adequado, tal qual descrito no parágrafo 1º, do art. 6º, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995⁷⁹, pelo uso compartilhado da mesma, estimulando a otimização de recursos, a redução de custos operacionais, além de outros benefícios aos usuários dos serviços prestados, atendendo a regulamentação específica de cada setor.

Por elas, se garante a todos os agentes atuantes nos três setores, o direito de compartilhar infra-estrutura de outro agente. O compartilhamento deve observar os

⁷⁸ Art. 73. As prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo terão direito à utilização de postes, dutos, condutos e servidões pertencentes ou controlados por prestadora de serviços de telecomunicações ou de outros serviços de interesse público, de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis.

Parágrafo único. Caberá ao órgão regulador do cessionário dos meios a serem utilizados definir as condições para adequado atendimento do disposto no *caput*.

⁷⁹ Art. 6º (...)

§ 1º - Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade de tarifas.

princípios de: otimizações de recursos e redução dos custos operacionais; aumento dos benefícios dos usuários dos serviços; ampla, livre e justa competição; e tratamento não discriminatório (Andrade, 2005).

A recente submissão ao CADE de controvérsia sobre redes de postes, envolvendo empresas de telecomunicações e distribuidoras de energia elétrica, é a nova etapa do processo de crescente proteção regulatória do interesse público envolvido no uso das infra-estruturas. A otimização do uso de infra-estruturas essenciais é de interesse do País e dos consumidores e usuários de tais serviços.

Neste sentido pode-se mencionar o caso da AES Eletropaulo que, em 2005, possuía em sua área de concessão, cerca de 1.114.000 postes, passíveis de compartilhamento, sendo que atualmente compartilha 2.230.344 pontos de fixação, com 14 empresas de telecomunicações, que geravam disputas judiciais decorrentes de antigas negociações, e da procura de um “preço justo e razoável”.

Após inúmeras negociações com os compartilhantes chegou-se a um denominador comum, que colocou ponto final nas demandas judiciais, sendo que, atualmente, o processo de ocupação toma por base o conceito de ponto de fixação, contido no inciso II, do art. 2º⁸⁰, da Resolução ANEEL nº 581, de 29 de outubro de 2002, que estabelece os requisitos mínimos aplicáveis ao cumprimento do disposto no art. 5º do Regulamento Conjunto para Compartilhamento de Infra-Estrutura entre os Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo, aprovado pela Resolução Conjunta ANEEL/ANATEL/ANP 001 de 24 de novembro de 1999 e os valores praticados estão coerentes com a tendência das decisões judiciais.

Não compartilhar implicaria desperdício na capacidade existente e desnecessária duplicação das infra-estruturas em prejuízo de seus usuários, e da população em geral, além de inevitável poluição visual decorrente disso.

⁸⁰ Art. 2º - Para fins desta Resolução aplicam-se as seguintes definições além daquelas estabelecidas no art. 3º do Regulamento anexo à Resolução Conjunta nº 001/99.

(...)

II – Ponto de Fixação: ponto de instalação do suporte de sustentação mecânica de cabo de telecomunicação do Solicitante ou Ocupante dentro da faixa de ocupação destinada ao compartilhamento, no poste do Detentor.

Deve, ainda, se dar segundo preços justos e razoáveis. O direito de acesso e de convivência entre diferentes serviços de interesse público sobre uma mesma infraestrutura tem sido amplamente reconhecido pelo Poder Judiciário.

Os Tribunais têm garantido o direito à fixação de preços considerados razoáveis para o compartilhamento de infra-estrutura, quando inexistente legislação a respeito ou consenso comercial, e que a título de exemplos podem ser citados as locações de postes de sustentação de redes elétricas para utilização de redes telefônicas e TVs a cabo, e o interior de cabos pára-raios ao longo de linhas de transmissão para a passagem de feixes de fibras óticas.

Por outro lado recentes decisões judiciais têm impedido a fixação de taxas municipais pela implantação de rede de postes, de forma a não onerar os serviços públicos que dela se utilizam.

Um último ponto a ser abordado se relaciona com a eventual aplicação do art. 155, § 3º da CF:

"Art. 155 (..)

§3º À exceção dos tributos de que tratam o inciso II do caput deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro tributo poderá incidir sobre operações relativas à energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País".

As empresas de energia elétrica se valem dessa regra constitucional para invocar a situação de uma pretensa imunidade parcial e, conseqüentemente, justificar a impossibilidade da cobrança da retribuição pelos Municípios.

Esse, inclusive, o fundamento dos acórdãos, cujas ementas estão abaixo transcritas:

"Tributário – Preço Público – Mandado de segurança concedido contra ato de autoridade pela cobrança de ‘preço público’ por ocupação do espaço público pela implantação de postes de distribuição de energia elétrica – Reexame necessário – Taxa travestida de Preço Público – Diferenciação – Município de Cachoeira

Paulista – Decreto Municipal nº 26/96 – Inadmissibilidade da cobrança – Concessionária que recebeu isenção tributária – Afronta aos arts. 21, inciso XII, "b", 22, inciso VI e 145, inciso II, da CF/88 – Recurso improvido." (Ac. unânime da 10ª C do 1º TAC SP – AC 776.264-3 – j 11.08.98 – DJ SP I – 16.09.98, p. 93 – ementa oficial)".

“Mandado de Segurança. Preliminares. Impropriedade do meio e ilegitimidade ativa. Argüição de inconstitucionalidade de lei na via de exceção. Rechaçadas as preliminares porque, em se tratando de controle difuso, pode ser exercido por qualquer pessoa e em qualquer processo. Conhece-se, também, a segurança, por se dirigir contra lei de efeitos concretos, que gera efeito imediato, não necessitando de ato normativo posterior e é direcionada a ente definido, não se revestindo do caráter de generalidade e abstração atinentes às leis em geral. No mérito, declara-se a inconstitucionalidade, na via incidental, da taxa de ocupação por solo público, no âmbito do município de São Cristóvão, que objetiva tarifar, à concessionária de energia elétrica, o solo de logradouros públicos para afixação de postes indispensáveis à transmissão de energia elétrica, inteligência do art. 155, § 3º da CF e legislação infraconstitucional pertinente – arts. 1º e 2º do Decreto 84.398/80. (Ac. nº 2.166/99 – MS nº 20/99 – AJU – Rel. Des. Aloísio de Abreu Lima – DJE de 25.10.99 – pág. 07)”.

Como se percebe, as normas e os decretos editados pelas municipalidades não são compatíveis com a CF, em face do princípio federativo e das competências da União em matéria de energia.

Ao editar tais atos, além da Carta Magna (CF) também outras normas federais são contrariadas pelas legislações municipais, como o Código de Águas (Decreto nº 24.643/34)⁸¹, que prevê a ocupação gratuita, pelas concessionárias, de terrenos de

⁸¹ Dispõe o Código de Águas (Decreto nº 24.643, de 10.07.34), no seu art. 151, "a", que "para executar os trabalhos definidos no contrato, bem como, para explorar a concessão, o concessionário, terá, além das regalias e favores constantes das leis fiscais e especiais, os seguintes direitos: utilizar os terrenos de domínio público e estabelecer as servidões dos mesmos e através de estradas e vias públicas, com obrigação aos regulamentos administrativos".

domínio público e a Lei 8.987/95 (dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos)*.

Seguindo esse entendimento a ABRADDEE, associação que congrega 57 concessionárias distribuidoras de energia elétrica no País, ingressou no Supremo Tribunal Federal (STF) com a ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) - 98, contra lei e decreto paulistanos que determinaram, para as concessionárias de energia elétrica, a cobrança mensal pelos postes e linhas de distribuição fixados em locais públicos.

No pedido de liminar, a Associação requereu a suspensão do art. 1º, “*caput*” e parágrafo único da Lei Municipal 14.054/2005, e do Decreto nº 46.650/2005) regulamentador dessa lei. Entende a ABRADDEE que a lei e o decreto “*não são compatíveis com a Constituição Federal, em face do princípio federativo e das competências da União em matéria de energia*”. Nesse pedido menciona, ainda, a legislação que criou a ANEEL segundo a qual está proibida a cobrança de “obrigação ou encargo distinto de empresa congênera, sem prévia autorização da Aneel” (STF, 2006).

Saliente-se, ademais, que a inconstitucional cobrança de remuneração, a cargo dos Municípios, pela utilização, por concessionárias do serviço público de fornecimento de energia elétrica, de solo municipal para fixação de postes em calçadas e logradouros públicos, acarreta prejuízos num primeiro plano, às aludidas concessionárias, e, reflexamente, ao usuário do serviço público, sobre quem recairá o encargo abusivo.

Assim, empresas de energia elétrica se valem dessa regra constitucional para invocar a situação de uma pretensa imunidade parcial e, conseqüentemente, justificar a impossibilidade da cobrança da retribuição pelos Municípios.

*Similar dispositivo também se encontra no Decreto nº 41.019, de 26 de fevereiro de 1957 que estabelece o Regulamento de Serviços de Energia Elétrica, mais especificamente o art. 108, "a", ou seja, “utilizar os terrenos de domínio público e estabelecer servidões nos mesmos e através das estradas, caminhos e vias públicas, com sujeição aos regulamentos administrativos;”.

4.10.3. - O direito de concorrência

A história tem demonstrado a intervenção do Estado na economia mesmo antes do período pré-capitalista. Esta intervenção se acentuou com o nascimento do capitalismo, chegando a ponto de tornar o “*Estado dono da sociedade, em vez de ser, como deveria, o conjunto de serviços públicos à disposição do cidadão*” (Wald, 1996).

As constituições mais recentes, inclusive a brasileira, pregam, no entanto, a redução do papel do Estado na economia, condicionando a sua participação direta “*quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo*”, conforme se infere do art. 173. Reserva-lhe o artigo seguinte à função de agente normativo e regulador. Em vez de intervir, regular através de instrumentos jurídicos sem vínculos de subordinação principalmente as atividades econômicas essenciais.

À ordem jurídica impõe-se evitar, em favor da própria subsistência do modelo econômico, entraves à livre concorrência ou à livre iniciativa, dominação do mercado relevante de bens e serviços, aumento arbitrário de lucros e exercício abusivo em face de posição dominante, tudo, no sentido de atender aos interesses da coletividade.

Conquanto reduzida a intervenção do Estado, não deixa, porém, de continuar regulando a atividade econômica a fim de evitar o abuso, o crescimento desmedido de concentração, a concorrência desleal, o preço abusivo, etc. Encontra-se aí, a linha tênue que separa a regulação e o direito concorrencial. Daí dizer-se que uma das atribuições do Estado ao regular os serviços públicos, é manter as condições básicas de concorrência.

Ultimamente, a questão de utilização de infra-estrutura chegou ao ramo do Direito Concorrencial, em aplicação da doutrina americana da “*essential facilities*”⁸².

⁸² A doutrina da *essential facilities*, própria do direito antitruste, pode vir a ser utilizada para limitar direitos absolutos de titulares de infra-estrutura em algumas situações *específicas* em que houver recusa de disponibilizar o acesso a tal bem pelo titular. É imprescindível, para tanto, que a infra-estrutura em questão configure, efetivamente, um bem essencial para a atuação de terceiros.

Segundo esta doutrina, diante de monopólio de infra-estrutura única e indispensável, o detentor destas instalações tenderá a restringir o acesso de outros competidores ou exigir preço excessivo para seu uso.

A mais importante decisão antitruste que se tem notícia foi a ação judicial movida pela MCI, Inc., operadora global de telecomunicações, contra a AT&T⁸³, em razão desta última, detentora do monopólio de telefonia fixa local, negar-lhe algumas interconexões, o que a impedia de fornecer o serviço de telefonia interurbana, na qual concorria a própria AT&T (Nusdeo, 2000). A doutrina desenvolvida a partir deste caso determina que a empresa titular de algo considerado uma *essencial facility* – no caso, a AT&T – é obrigada a torná-la disponível em bases não discriminatórias.

Essa doutrina vem sendo mais aplicada em casos concretos envolvendo infra-estruturas essenciais. Um exemplo é o caso do acesso ao gasoduto Brasil-Bolívia pela BG (British Gás do Brasil Ltda.), co-proprietária do mesmo, cujo desfecho foi obrigar a TBG (Transportadora Brasileira Gasoduto Bolívia – Brasil S/A) a conceder compartilhamento por preço razoável⁸⁴.

Nos anos de 2000 e 2001 foram resolvidos pela ANP quatro conflitos relacionados ao livre acesso ao Gasoduto Bolívia-Brasil, sendo três referentes ao serviço de transporte não firme e um ao serviço firme.

Os dois primeiros processos entre TBG, empresa operadora do Gasoduto Bolívia-Brasil e a Enersil, empresa do grupo americano Enron, foram referentes ao mesmo contrato de serviço de transporte não firme de gás natural. Este caso foi pioneiro no País tanto na utilização do previsto no art. 58 da Lei do Petróleo (Lei nº

⁸³ AT&T (American Telephone and Telegraph) Corporation é uma companhia americana de telecomunicações que provê serviços de telecomunicação de voz, vídeo, dados e Internet para empresas, particulares e agências governamentais. Durante sua longa história, AT&T foi a maior companhia telefônica e o maior operador de televisão por cabo do mundo, constituindo por vezes um monopólio.

⁸⁴ O serviço de transporte não firme, ou interruptível, é aquele que só pode ser realizado se houver disponibilidade ou ociosidade no duto, após atendida a demanda dos usuários firmes. Já o serviço de transporte firme é o serviço que implica em reserva de capacidade de transporte no duto, e deve ser prestado pelo transportador de forma ininterrupta, até o limite estabelecido pela capacidade contratada de transporte.

9.478, de 06 de agosto de 1997)⁸⁵, que submeteu os dutos e terminais marítimos de petróleo e gás ao regime de livre acesso, como na contratação de um serviço interruptível de transporte de gás.

Os dois casos seguintes, entre TBG e a BG, foram referentes a um serviço não firme e outro firme de curto prazo. O primeiro com base no princípio da não discriminação, seguiu a linha definida ao longo da resolução do caso da Enersil. Já o segundo, apesar da natureza distinta do serviço, seguiu alguns dos conceitos estabelecidos nos casos precedentes, tal como a definição de tarifas relacionadas à distância entre os pontos de recepção e entrega. Este último caso, o primeiro envolvendo a prestação de um serviço firme, acabou resultando no primeiro caso de comercialização de volumes de gás que se beneficiaram do regime de livre acesso a gasodutos no Brasil (ANP, 2002).

As soluções para as problemáticas acima apontadas esbarram, inicialmente, na falta de uma definição mais precisa da competência do campo concorrencial entre o sistema vigente (Lei nº 8.884/94)⁸⁶ e as agências reguladoras dos setores de serviços. Mesmo quando ela é textual, os operadores do direito não deixam de interpretá-la diferentemente.

Discute-se, pois, a autonomia dessas agências frente ao direito concorrencial. Mas, isso não é motivo para que se possa afirmar categoricamente inexistir no campo regulatório ou nas regras de concorrência, formas satisfatórias para uma efetiva solução.

O que não se pode negar é a importância dessas instituições, na medida em que a prestação dos serviços de natureza essencial por particulares deve privilegiar a qualidade e a atualidade, assim como a modicidade tarifária, visando sempre beneficiar a população. Conquanto, muitas vezes, exista convergência entre os

⁸⁵ Art. 58. Facultar-se-á a qualquer interessado o uso dos dutos de transporte e dos terminais marítimos existentes ou a serem construídos, mediante remuneração adequada ao titular das instalações.

⁸⁶ Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994 - Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, e dá outras providências.

interesses dos agentes (investidores) e a expectativa dos consumidores/usuários (sociedade), em inúmeras situações, há necessidade de participação de um órgão neutro para mediar as relações entre as partes envolvidas.

Estando a presente tese centrada na intervenção do Estado brasileiro na propriedade particular, os Capítulos 5 e 6 expõem, respectivamente, conflitos que necessitam de mediação, e outros que se encontram prestes a serem definitivamente resolvidos, tais como a utilização da faixa de domínio útil das rodovias, e a incorporação de redes particulares por concessionárias de energia elétrica.

Capítulo 5

A intervenção na faixa de domínio útil das rodovias. Controvérsias entre as concessionárias envolvidas na questão.

O presente capítulo questiona, o entendimento externado por alguns órgãos da administração estadual e federal, e por concessionários privados de energia elétrica e de rodovias sobre a legalidade da exigência de remuneração pela utilização da faixa de domínio útil, tendo-se em vista as ocupações transversais, e longitudinais, por linhas transmissoras e distribuidoras de energia elétrica.

A motivação para este capítulo se dá em face de conflitos surgidos entre concessionárias envolvidas nesta questão, após o Programa Estadual de Desestatização – PED, levado à efeito pelo Estado de São Paulo, caracterizando uma interferência estadual em matéria de competência privativa da União em se tratando de energia elétrica (Landini, 2005).

Em razão disso, busca-se esclarecer neste capítulo, e ao final firmar posicionamento que, na medida do respeito aos preceitos constitucionais envolvidos, estimule a atuação dos entes federados e das entidades privadas ao cumprimento dos estritos limites das suas respectivas competências, no sentido de se evitar ações, ou interpretações, geradoras de conflitos.

5.1. - Introdução

O governo do Estado de São Paulo mantinha, em 2006, contratos de concessões de rodovias relativamente a 12 lotes de sua malha rodoviária que foram privatizadas, em consonância com o estabelecido no PED⁸⁷. Para isso, e com o propósito de legitimar tais contratações, o Poder Executivo paulista editou os respectivos decretos, autorizando a realização dos procedimentos licitatórios e regulamentando a forma de exploração desses sistemas rodoviários pela iniciativa privada.

As empresas ou consórcios de empresas, vencedoras das concorrências públicas realizadas para adjudicação desses instrumentos, se constituíram em sociedades anônimas de propósito específico, com a finalidade única de explorar a concessão e com a vedação de praticar quaisquer atos estranhos a tais finalidades, por força do expressamente consignado nos respectivos editais de convocação.

Para remuneração das concessionárias contratadas, além das receitas oriundas da cobrança de pedágios, os contratos de concessão, seguindo o modelo autorizado nos respectivos decretos regulamentadores, admitem que as concessionárias percebam receitas acessórias pela exploração do sistema rodoviário, valendo-se dos elementos ali existentes, observado, evidentemente, o objeto contratual outorgado.

Dentre as fontes de receitas acessórias renunciadas nos instrumentos das concessões rodoviárias paulistas, encontra-se a *“cobrança pelo uso da faixa de domínio público, permitida pela legislação em vigor”*⁸⁸. De regra, a regulamentação do Estado de São Paulo assim considera a implantação e utilização de dispositivos destinados a serviços de terceiros, públicos e particulares, que para desempenho de suas atividades ou necessidades, tenha interesse de implantar e fazer uso de instalações nas faixas de domínio das rodovias, como linhas de transmissão e distribuição de energia elétrica, linhas de telecomunicações metálicas e em fibras óticas, oleodutos, gasodutos, estações de rádio-base de telefonia celular e, ainda, adutoras de água ou emissários de esgoto.

⁸⁷ A Lei nº 9.361, de 05.07.96, do Estado de São Paulo, criou o Programa Estadual de Desestatização.

⁸⁸ Ex-vi do art. 14, inciso VII do Decreto Estadual nº 41.371, de 28.11.96, que aprovou o Regulamento da Concessão de Serviços Públicos de Exploração do Sistema Anchieta - Imigrantes, correspondente ao Lote 22 do Programa de Concessões Rodoviárias.

5.2. - As faixas de domínio e sua natureza jurídica

O Código de Trânsito Brasileiro - CTB⁸⁹ conceitua rodovia ou estrada como via rural não pavimentada e define faixa de domínio como a superfície lindeira às vias rurais, delimitada por lei específica e sob responsabilidade do órgão ou entidade de trânsito competente com circunscrição sobre a via.

Por faixa de domínio entende-se, assim, a área que compreende a rodovia e suas instalações correlatas e faixas adjacentes legalmente delimitadas, que no Estado de São Paulo está disciplinado no Decreto-lei nº 13.626, de 21 de outubro de 1943⁹⁰, com largura suficiente para conter as instalações necessárias aos serviços de controle da operação da rodovia e permitir sua conservação, proteção e futura expansão. A Figura 2 apresenta um exemplo do exposto.

Figura 2



Rodovia Anhangüera

Fonte: www.vianortesa.com.br/index.htm - (acesso em 23.01.2006)

⁸⁹ Lei nº 9.503, de 23.09.97.

⁹⁰ O Decreto-lei nº 13.626, de 21.10.43, dispõe sobre as normas para o traçado das estradas de rodagem do Estado de São Paulo. Segundo o seu artigo 3º, “para as faixas das estradas de rodagem estaduais, entre as cercas marginais das propriedades lindeiras, fica adotada a largura padrão mínima 50m (cinquenta metros)”. O parágrafo 1º deste mesmo artigo diz, ainda, que “quando a estrada estadual passar próximo de qualquer povoação, a sua faixa será ampliada para 80m (oitenta metros) no mínimo, em uma extensão correspondente a uma vez e meia a projeção ortogonal da área edificada sobre o eixo da estrada, devendo existir coincidência entre o centro do comprimento da faixa alargada e o centro daquela projeção ortogonal”.

Os limites da faixa de domínio de uma rodovia são definidos pelo projeto geométrico que serviu de fundamento para a declaração de utilidade pública da área necessária (Duarte, 2002). Já a faixa de domínio é área adjacente à rodovia e que se destina a servir como base de apoio à via pública (Garcia, 2004).

Em outras palavras, a faixa de domínio é um conjunto de áreas desapropriadas pelo Poder Público, destinadas à construção e operação de rodovia, dispositivo de acessos, postos de serviços complementares, pistas de rolamento, acostamento, canteiro central e faixas lindeiras destinadas a acomodar os taludes de corte, aterro e elemento de drenagem.

Para utilização desta área, seja para abertura de acesso, ocupação aérea ou subterrânea, ou mesmo para manutenção e conservação do revestimento vegetal, deverá atender às normas, decretos, portarias e, no Estado de São Paulo, submeter à autorização da Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo – ARTESP.

5.2.1. - A faixa de domínio e a sua utilização por empresas prestadoras de serviços públicos

Como visto, a faixa de domínio é a área adjacente à rodovia e que se destina a servir como base de apoio à via pública,⁹¹ tal qual leciona Marques Neto (2001):

“(...) parte da rodovia, terreno marginal a esta que propositadamente remanesce da expropriação necessária à construção do leito carroçável, de modo a permitir uma zona de segurança e uma reserva de terreno para eventuais ampliações futuras. Assim sendo, a faixa de domínio integra necessariamente o plexo de bens vinculados à operação rodoviária, sendo parte indissociável de um sistema rodoviário”.

⁹¹ A definição de faixa e domínio constante do Anexo I, da Lei nº 9.053, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro) é a seguinte: “superfície lindeira às vias rurais, delimitada por lei específica e sob responsabilidade do órgão ou entidade de trânsito competente com circunscrição sobre a via”.

A orientação jurisprudencial dominante no Superior Tribunal de Justiça - STJ também é nesse sentido:

“DESAPROPRIAÇÃO – INDENIZAÇÃO – FAIXA ESTRADAL. A faixa de domínio inclui o leito da estrada, o acostamento e a área non aedificandi, numa faixa total de 60 a 80 metros (...)”

Assim é que, a extensão da faixa de domínio de uma rodovia é dimensionada, segundo Garcia (2004), com vista a garantir as condições de trânsito dos veículos, incluindo-se aí critérios de segurança, fluidez e circulação adequada; razão porque a sua delimitação estar condicionada à aprovação do órgão ou entidade pública competente que detenha circunscrição sobre a rodovia. Neste sentido, é o artigo 50 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro)⁹².

Mas, o que tem gerado polêmica é a utilização da faixa de domínio das rodovias por empresas prestadoras de serviço público, tal qual as de energia elétrica, no que se refere ao direito do detentor do bem público cobrar pelo seu uso, que nestes casos, é especial, pois a implantação de linhas de transmissão e distribuição de energia elétrica, gasodutos, redes de distribuição de gás canalizado, cabos de televisão, fibras óticas nas faixas de domínio, à evidência, não configuram a sua destinação originária, que sem dúvida, é a preservação da segurança no tráfego, segundo prelecionado por Bandeira de Mello (2002).⁹³

A primeira questão que se coloca é saber se o ente público titular do bem público (a rodovia) pode se opor à instalação destes elementos de infra-estrutura na faixa de domínio. Em se tratando de um serviço público, mesmo que prestado por concessionários privados, em que se disponibiliza uma utilidade à coletividade, isto não é possível, a não ser que a instalação da rede ou do duto comprometa a segurança do tráfego, que é, sem dúvida, a finalidade originária da faixa de domínio.

⁹² Art. 50 – O uso de faixas laterais de domínio e das áreas adjacentes às estradas e rodovias obedecerá às condições de segurança de trânsito estabelecidas pelo órgão ou entidade com circunscrição sobre a via.

⁹³ “Nestes casos, a toda evidência, já não mais se estará perante àquela generalizada liberdade de utilização, que prescinde de manifestação do titular do bem. Em situações deste jaez o interessado deverá, como regra geral, solicitar ao titular do bem autorização ou permissão de uso, dependendo da hipótese, para poder valer-se deste uso especial”.

Tal situação difere da utilização do bem público para fins privados, como, por exemplo, a instalação de um quiosque de frutas, uma banca de jornal, acesso a postos de combustíveis, etc. Nestes casos ocorre o exercício de discricionariedade por parte da entidade pública, que pode ou não deferir ao particular o direito de uso do bem, através dos instrumentos da concessão, permissão ou autorização, conforme o caso.

Assim, se não houver o exercício da discricionariedade da entidade pública titular do domínio sobre o bem no consentimento, ou não, da sua utilização, a situação se assemelha ao compartilhamento de certos atributos do direito de propriedade com terceiros. O ente público é, pois, obrigado a suportar a instalação das redes, linhas e dutos que viabilizarão, por exemplo, os serviços públicos de energia elétrica, telecomunicações e gás canalizado (Garcia, 2004).

5.2.2. - A celeuma

A prestação do serviço público de energia elétrica requer a execução de obras e atividades de operação e manutenção em redes de transmissão e distribuição que, em muitas situações, se situam em faixas do DNIT – Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, que substituiu o extinto DNER – Departamento Nacional de Estradas de Rodagem, DER – Departamento Estadual de Estradas de Rodagem/SP, DERSA – Desenvolvimento Rodoviário S.A., de concessionárias de rodovias, e que requerem a travessia das mesmas.

De outra parte, na prestação do serviço público de estradas de rodagens, também se faz necessário a realização de obras que muitas vezes acabam por interferir nas redes já instaladas das concessionárias de transmissão e de distribuição de energia elétrica.

Estas interferências, no entanto, sempre foram conduzidas de forma amistosa pelas partes envolvidas, na qualidade de estatais, que sempre levaram em consideração o lado técnico e social da questão. Porém, após a privatização desses setores, começaram a surgir problemas de ordem operacional para ambas as partes.

Algumas empresas concessionárias de rodovias iniciaram procedimentos de solicitação de credenciamento das empresas que apresentam projetos de ocupação de

faixas de domínio, com objetivo de cobrança de taxas anuais o que representa custos significativos, e que não ocorriam antes da desestatização das rodovias.

Para as concessionárias de energia elétrica, a isenção de pagamento de faixas de domínio de rodovias está amparada pela letra “a”, do art. 151, do Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934 (Código de Águas)⁹⁴, nos seus Contratos de Concessão (Cláusula Sexta, item I)⁹⁵ e no Decreto Federal nº 84.398/80 (arts.1º e 2º,)⁹⁶, com redação dada pelo Decreto nº 86.859/82⁹⁷, que dispõem sobre a ocupação de faixas de domínio de vias de transporte e de terrenos de domínio público e a travessia de vias de transporte, por linhas de transmissão, subtransmissão e distribuição de energia elétrica.

⁹⁴ Art. 151 Para executar os trabalhos definidos no contrato, bem como para explorar a concessão, o concessionário terá, além das regalias e favores constantes das leis fiscais e especiais, os seguintes direitos:

a) - utilizar os terrenos de domínio público e estabelecer servidões nos mesmos e através das estradas, caminhos e vias públicas, com sujeição a regulamentos administrativos;

⁹⁵ Cláusula Sexta – Prerrogativas da Concessionária:

A concessão para exploração do serviço público de distribuição de energia elétrica, referida na Cláusula Primeira deste Contrato, confere à CONCESSIONÁRIA, dentre outras, as seguintes prerrogativas:

I - utilizar, por prazo indeterminado, os terrenos de domínio público, estabelecendo sobre eles estradas, vias ou caminhos de acesso e as servidões que se tornarem necessárias à exploração do serviço, com sujeição aos regulamentos administrativos.

⁹⁶ Art. 1º- A ocupação de faixa de domínio de rodovias, ferrovias e de terrenos de domínio público, e a travessia de hidrovias, rodovias, ferrovias, oleodutos e linhas de transmissão de energia elétrica e de outros concessionários, por linhas de transmissão, subtransmissão e distribuição de energia elétrica de concessionários de serviços públicos de energia elétrica, serão autorizadas pelo órgão público federal, estadual ou municipal ou entidade competente, sob cuja jurisdição estiver a área a ser ocupada ou atravessada.

Parágrafo único.- Para fins do disposto neste artigo, será considerada entidade competente a pessoa física ou jurídica que, em razão de concessão, autorização ou permissão, for titular dos direitos relativos à via de transporte, auto ou linha a ser atravessada, ou ter a respectiva faixa de domínio ocupada.

Art. 2º - Atendidas as exigências legais e regulamentares referentes aos respectivos projetos, as autorizações serão por prazo indeterminado e sem ônus para concessionários de serviços públicos de energia elétrica. (gn)

⁹⁷ Decreto nº 86.859, de 19 de janeiro de 1982, altera o Decreto nº 84.398, de 16 de janeiro de 1980, que dispõe sobre a ocupação de faixas de domínio de vias de transporte e de terrenos de domínio público e a travessia de vias de transporte, por linhas de transmissão, subtransmissão e distribuição de energia elétrica.

De outro lado, as concessionárias de rodovias e a ARTESP, com base em pareceres exarados pela Procuradoria Geral do Estado - PGE, têm o entendimento que essas normas não são válidas quando regem situações que envolvem bens públicos dos outros sujeitos de direito da federação, ou seja que os decretos federais acima mencionados não têm força para sujeitar bens públicos do Estado às conveniências de empresas privadas, concessionárias de serviços públicos federal, razão pela qual vislumbram a possibilidade dessa cobrança, em face, inclusive, do contido em seus contratos de concessão que prevêem a possibilidade da obtenção de “receitas acessórias”.

Em razão do “*imbroglio*”, causado por tal cobrança, os problemas decorrentes são:

- atrasos nos cronogramas de obras de expansão do sistema elétrico;
- valor da taxa de “análise de projeto”, em alguns casos, ser equivalente ou superior ao valor da obra;
- impedimento na realização de manutenções programadas e de emergência;
- exigência de cadastramento prévio das empresas energéticas, não efetuando análises dos projetos de travessias e ocupação de faixas;
- recusa das concessionárias de rodovias em pagar os custos de remoção das redes elétricas;
- criação de condições de riscos às redes elétricas próximas aos canteiros de obras de rodovias;
- não aprovação/autorização de construção de acesso para instalações de subestações, inclusive com bloqueio de acessos existentes e anteriores ao PED.

Pelo que se tem conhecimento na esfera judicial, não há, ainda, decisão definitiva a respeito do assunto. O que há é uma recente decisão exarada na 1ª Vara da Fazenda Pública do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - TJESP entendendo que as concessionárias de rodovias podem cobrar valores pelo uso e

ocupação de faixas de domínio⁹⁸, por entender que os Decretos n°s 84.398 e 86.859, respectivamente de 1980 e 1982, teriam como matriz constitucional a situação em que a exploração dos serviços de energia elétrica era competência exclusiva da União (art. 8º, inciso XV, alínea “b”, da CF, de 1969). Ainda segundo o equivocado entendimento, e especificamente no que tange à situação das concessionárias de energia elétrica, o Poder Público já não teria o direito exclusivo de exploração, razão porque os decretos teriam perdido o sustentáculo jurídico, vez que a exploração de serviços de energia elétrica não mais seria atribuição exclusiva da União.

Ledo engano. A CF, de 1988, continua atribuindo à União não apenas a competência para a exploração dos serviços e instalações de energia elétrica, mas também para, privativamente legislar sobre energia, à luz das disposições contidas em seus arts. 21, XII, “b”⁹⁹ e 22, IV¹⁰⁰, respectivamente, o que à evidência se contrapõe àquela singular decisão.

O certo é que continuam, porém, o deferimento de concessão de liminares para ambos os lados, em mandados de segurança, ações cautelares e ações declaratórias interpostas pelas partes controversas, até que o assunto possa ser definitivamente exaurido com o julgamento, em superior instância, do recurso interposto quanto a decisão acima mencionada.

Sintetizando, as empresas de energia elétrica entendem que a isenção de pagamento pela ocupação de faixas de domínio de rodovias tem respaldo no Decreto n° 24.643, de 10 de julho de 1934, que instituiu o Código de Águas, em seus respectivos contratos de concessão, e, ainda nos Decretos Federais n°s 84.398 e

⁹⁸Autos n° 053.01.015432-1 (Ação cautelar inominada) – Autos n° 053.01.019036-0 (Ação principal) – Elektro x DER/SP - 1ª Vara da Fazenda Pública – TJESP.

⁹⁹ Art. 21. Compete à União:

(...)

XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

(...)

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; (gn)

¹⁰⁰ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

IV – águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão. (gn)

86.859, respectivamente de 16 de janeiro de 1980 e 19 de janeiro de 1982¹⁰¹. Em contraposição o entendimento das concessionárias de rodovias é que tais decretos dispõem sobre bens públicos da União, estando suas normas limitadas, em consequência, à esfera federal.

5.2.3. - A análise sob a ótica das concessionárias de rodovias

A questão enfrentada é se as concessionárias vencedoras das licitações realizadas para exploração de rodovias estão autorizadas a cobrar pela passagem aérea ou subterrânea de linhas transmissoras e distribuidoras de energia elétrica, utilizando-se de suas faixas laterais, bem como efetuar sua travessia, sejam elas municipais, estaduais ou federais, e, se em caso negativo, a gratuidade levaria ao desequilíbrio econômico-financeiro dos respectivos contratos.

Para as concessionárias de rodovias integrantes da malha viária estadual, as faixas de domínio são bens públicos estaduais, imunes às tributações do Poder Público recaindo sobre esses bens a autoridade do Governo Estadual, não estando, por consequência, as disposições contidas no Código de Águas, de 1934¹⁰², e no Decreto nº 84.398, de 16 de janeiro de 1980, recepcionadas pela Constituição Federal, de 1988. Ademais, têm para si que, pelo pacto Federativo, cada ente da República Federativa do Brasil, União Federal, Estados-membros, Municípios e Distrito Federal, tem competência exclusiva para administrar os bens que lhes pertencem.

As faixas de domínio das rodovias estaduais pertencem aos Estados, fato esse lógico e incontroverso. Se tais faixas, bens públicos, pertencem aos Estados e estão sob administração dos mesmos, entendem que à União é vedada qualquer ingerência em tais bens.

Ainda segundo elas, outra evidência da incompatibilidade das normas referidas com o direito administrativo e constitucional atual seria o fato de que não há que se falar, atualmente, de instituição de servidão em bens públicos. A servidão

¹⁰¹ Vide nota 97 – pág. 100.

¹⁰² Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934.

administrativa é instituto de natureza privada não atingindo bens pertencentes ao domínio público.

Quanto à cobrança, entendem as concessionárias de rodovias ser legal. Neste sentido, segundo elas, se encontra a legislação estadual (Decreto nº 41.737, de 24 de abril de 1997)¹⁰³, que pelo pacto federativo, é a única que pode, com legitimidade, estipular a que títulos serão ocupadas as faixas de domínio das rodovias do Estado de São Paulo (bens públicos estaduais).

Sobre tal assunto, e por solicitação da extinta Secretaria de Recursos Hídricos, Saneamento e Obras do Estado de São Paulo (atualmente Secretaria de Saneamento e Energia), assim se manifestou a Procuradoria Geral do Estado¹⁰⁴, em controvérsia instaurada entre a Companhia de Saneamento Básico de São Paulo – SABESP e as concessionárias AUTOBAN e ECOVIAS, vencedoras, respectivamente, das licitações para a outorga do direito de exploração dos complexos rodoviários Anhangüera – Bandeirantes e Anchieta – Imigrantes:

“33. A despeito das ponderações aduzidas pelo parecer citado, não parece ser hipótese de invocação do Código de Águas. É que, como bem, ressaltado pelo próprio parecer, não se cogita da instituição de servidão em bem público. A servidão é instituída de direito privado, apenas podendo ser instituída sobre bens particulares. Nesse sentido, por exemplo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (Resp. 38629/SP e Resp. 51753/SP). A circunstância do bem público afasta completamente a aplicação da invocada norma do artigo 120, § 4º, sem se poder invocá-la como pretendido reforço de argumentação. O fato de a servidão de passagem de aqueduto apenas ser remunerável na hipótese de causar dano ao proprietário do imóvel, por

¹⁰³ Ex vi do art. 14, inciso VII do Decreto nº 41.737, de 24 de abril de 1997, que aprovou o Regulamento da Concessão de Serviços Públicos de Exploração da malha rodoviária de ligação entre Mococa, São José do Rio Pardo, São João da Boa Vista e Campinas, correspondente ao Lote 11 do Programa Estadual de Desestatização e Parcerias com a Iniciativa Privada. Idêntica disposição está contida nos Decretos que regulamentaram os demais lotes privatizados.

Art. 14 Constituem receitas da concessionária, a partir das datas previstas no edital:

(...)

VII - receitas decorrentes de uso da faixa de domínio, inclusive por concessionárias de serviços públicos, observada a legislação pertinente;

¹⁰⁴ Parecer PA-3 nº 163/2001, de 11 de janeiro 2001.

si, não desautoriza que o poder público possa instituir preço público pela utilização privativa de bem público (...)”

“34. No tocante à travessia aérea de linhas de transmissão de energia elétrica, o ofício nº 172/2001 da ANEEL faz referência a vedação de cobrança que existiria nos Decretos 84.398, de 16 de janeiro de 1980 e 86.859, de 19 de janeiro de 1982. Ocorre que ambos os decretos mencionados dispõem sobre bens públicos da União, estando suas normas limitadas, em consequência, à esfera federal.”

“35. O Decreto nº 84.398/80, como se constata da ementa, dispõe sobre a ocupação de faixas de domínio de vias de transporte e de terrenos de domínio público e a travessia de vias de transporte, por linhas de transmissão, subtransmissão e distribuição de energia elétrica.”

36. Assim, a gratuidade garantida pelo art. 2º do referido decreto só tem aplicação aos bens públicos federais na medida em que, se a União tem competência para explorar os serviços de energia elétrica (artigo 21, XII, ‘b’, da CF, não tem competência para editar normas sobre bens públicos estaduais.” (grifado)

Pois bem, quando o Estado concedeu à iniciativa privada a exploração das rodovias, manteve para si, como é evidente, não só a titularidade do serviço, como também o domínio do bem público de uso comum do povo. Ao concessionário foi transferida apenas a “posse” do bem, sem que, no entanto, referida posse implique a possibilidade do concessionário utilizar-se de qualquer interdito possessório¹⁰⁵ contra o Poder Público concedente.

Ocorre que as faixas anexas às rodovias, constituem bem público de uso comum do povo, na denominação adotada pelo Código Civil (art. 99). O uso normal desse tipo de bem prescinde de autorização específica da Administração para ocorrer.

“Importa fixar, desde logo, que os bens de uso comum, como o nome indica, fundamentalmente servem para serem utilizados indistintamente por quaisquer sujeitos, em concorrência igualitária e harmoniosa com os demais, de acordo com o destino do bem e condições que não lhe causem sobrecarga invulgar. Este é o seu

¹⁰⁵ “Genericamente assim se deve entender todas as ações ou medidas judicialmente intentadas ou formuladas para a proteção da posse.” (Silva, De Plácido e, 1984).

uso comum. Donde, para a utilização comum, ordinária e correspondente à própria destinação que têm (p.ex., transitar por uma rua, sentar-se nos bancos de uma praça, tomar sol em uma praia, nadar no mar) prescinde-se de qualquer ato administrativo que o faculte ou do dever de comunicar previamente à autoridade a intenção de utilizá-los. Tal aquiescência também é prescindível se o uso, embora não seja o inerente à sua destinação principal, específica, incluir-se entre as destinações secundárias neles comportadas e, demais disto, não for de molde a determinar sobrecarga do bem ou transtorno à igualitária e concorrente utilização dos demais” (Bandeira de Mello, 1999).

No entanto, o uso privativo de referido bem, ainda que por concessionários de serviços públicos, depende de autorização específica do Poder Público, sujeitando-se às regras próprias por este editada para reger seu uso, tal qual observa Di Pietro (1983):

“Uso privativo é o que a Administração Pública confere, mediante título jurídico individual, à pessoa ou grupo de pessoas determinadas, para que o exerçam, com exclusividade, sobre a parcela de bem público.

Pode ser outorgado a pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, pois nada impede que um ente público (o Estado-membro) consinta que outro (o Município) se utilize privativamente de bem público integrado em seu patrimônio. Em qualquer hipótese, o usuário tem exclusividade na utilização da parcela dominial, para a finalidade consentida; e depende, para o exercício desse poder, da expedição, pela autoridade competente, de título jurídico individual, em que se definam as condições da utilização.”

A exploração de bem público por particular pode ser a título gratuito ou oneroso, nos termos do que a esse respeito dispuser a Administração Pública. A cobrança pela utilização privativa de bem público tem a natureza de preço público, podendo ser instituída por ato próprio do Poder Público.

Esclarecedora a lição de Di Pietro (1983) sobre a questão:

“A renda resultante da utilização privativa enquadra-se, não como receita derivada (decorrente do jus imperium do Estado, mas como receita originária

resultante da exploração econômica do patrimônio público). (...) Porém o seu regime jurídico é de direito público. Não se trata de tributo e sim de preço público, como tal considerado, no caso, a contribuição pecuniária não compulsória, contraprestacional, exigida em decorrência do uso privativo de bem público. Ela não é compulsória (e nisto se distingue fundamentalmente da taxa), porque somente imposta aos que efetivamente se utilizam, com exclusividade, de bem público, mediante título jurídico emitido pela administração.”

Nesse sentido, o art. 159, parágrafo único, da Constituição Paulista prevê que *“os preços públicos serão fixados pelo Executivo, observadas as normas gerais de Direito Financeiro e as leis atinentes à espécie”*.

Nos termos dos regulamentos das concessões das rodovias recém desestatizadas, constata-se claramente que o Poder Público transferiu ao concessionário o direito de explorar economicamente as faixas de domínio útil. Poderia ter disposto diferentemente, preservando para si a exploração comercial de referida faixa. Não obstante, optou por fazê-lo de forma a assegurar ao concessionário receita outra que não aquela exclusivamente proveniente da exploração do pedágio.

Nos termos expressos dos regulamentos das concessões, essa exploração da faixa de domínio útil por parte do concessionário garante a ele o direito de auferir renda dela proveniente, que a utilização da faixa dominial se dê para fins públicos, quer para fins privados. Assim, mesmo a utilização da faixa de domínio útil para execução de obras de infra-estrutura para prestação de serviço público se sujeitaria ao pagamento em questão.

Frise-se, no entanto, que o fato de lhe ter assegurado o direito de cobrança pela exploração da faixa de domínio útil, no entanto, não significa que o concessionário possa agir como dono do bem público de uso comum do povo, negando o direito de passagem de fios, tubulações ou de qualquer obra de infra-estrutura necessária a prestação de qualquer serviço público. Não tem ele o direito de se opor à utilização do bem público sob sua exploração por qualquer outro concessionário de serviço público. Qualquer vedação a esse respeito é absolutamente descabida.

Isso porque aquele que explora a rodovia não é dela proprietário, devendo abster-se de, por qualquer meio, impedir que outras concessionárias de serviço público, tal qual as de energia elétrica, implementem o bem comum pela prestação do serviço que lhes compete. De qualquer modo, os concessionários que exploram as rodovias podem ser responsabilizados pelas perdas e danos que derem causa ao criar obstáculos à expansão dos serviços.

A possibilidade de remuneração do concessionário pela utilização da faixa de domínio, no entanto, como ressaltado, não lhe concede qualquer direito de agir como se seu fosse o bem público.

Ainda que reconhecido, em princípio, nos próprios termos da concessão, o direito de exploração comercial da faixa de domínio útil das rodovias, os valores a serem cobrados sujeitam-se à aprovação do Estado, por meio do poder concedente. Esse poder a que se reservou o Estado ao realizar as concessões permite adequar a possibilidade de cobrança com a indispensável observância do princípio da razoabilidade e modicidade de tarifas que inspira a prestação dos serviços públicos.

Ademais, os valores fixados pela utilização da faixa não deverão ser tais que inviabilizem a prestação dos demais serviços públicos que dependem da utilização da faixa de domínio em questão. Há que se chegar a valores que se mostrem compatíveis com a exploração dos demais serviços.

No caso específico da travessia aérea de linhas de transmissão e de distribuição de energia elétrica, são mencionados os Decretos 84.398, de 16 de janeiro 1980 e 86.859, de 19 de janeiro de 1982¹⁰⁶. Segundo o entendimento dos concessionários de rodovias e da própria PGE, tais instrumentos legais dispõem sobre bens públicos da União Federal, estando suas normas limitadas, em consequência à esfera federal.

O Decreto nº 84.398/80, como se constata de sua ementa, “*dispõe sobre a ocupação de faixas de domínio de vias de transporte e de terrenos de domínio público e a travessia de vias de transporte, por linhas de transmissão, subtransmissão e distribuição de energia elétrica*”.

¹⁰⁶ Vide nota 97 – pág. 100.

Assim, para esses concessionários, a gratuidade garantida pelo artigo 2º do referido Decreto¹⁰⁷ só tem aplicação aos bens públicos federais na medida em que, se a União tem competência para explorar os serviços públicos de energia elétrica (art. 21, XII, “b”, da CF/1988)¹⁰⁸, não teria, porém, competência para editar normas sobre os bens públicos estaduais.

Até mesmo o fato das linhas de transmissão conter, ou não, cabos de fibra ótica em seu interior, não parece essencial para determinar a onerosidade ou gratuidade da utilização da faixa de domínio útil, mas apenas ressalta como cada vez mais os interesses econômicos se fazem presentes na prestação de serviços públicos. Isto porque algumas empresas do setor elétrico foram autorizadas a firmarem contrato para cessão do direito de uso, a título oneroso, da infra-estrutura do sistema de transmissão de energia elétrica e de fibras óticas, de propriedade das concessionárias, a serem disponibilizadas para a prestação de serviços de telecomunicações, como constante nos termos da Resolução ANEEL 239, de 04 de agosto de 1999.¹⁰⁹

Portanto, o entendimento dos concessionários de rodovias é que:

(1) impedimento legal para a exploração da área de domínio útil das rodovias com a cobrança de valores fixados pelo Estado, em relação à rede de infra-estrutura de passagem de cabos de energia elétrica. No entanto é importante salientar que tal cobrança por parte das concessionárias de rodovias depende dos termos de seus contratos de concessão.

(2) Decreto Federal nº 84.398, de 16 de janeiro de 1980 não tem aplicação aos bens públicos dos Estados e dos Municípios. As concessionárias de energia elétrica, em consequência, na hipótese de utilização da faixa de domínio útil das rodovias estaduais sujeitam-se às mesmas regras já referidas;

¹⁰⁷ Vide nota 96 – pág. 100.

¹⁰⁸ Vide nota 99 – pág. 102.

¹⁰⁹ Autoriza a Companhia Hidro Elétrica do São Francisco – CHESF, Centrais Elétricas do Norte do Brasil ELETRONORTE, Empresa Transmissora de Energia Elétrica do Sul do Brasil S. A. – ELETROSUL, FURNAS Centrais Elétricas S.A., a firmarem contrato com a Light Participações S.A. - LIGHTPAR, com a interveniência das Centrais Elétricas Brasileiras S.A. – ELETROBRAS, cujo objeto é a cessão do direito de uso, a título oneroso, da infra-estrutura do sistema de transmissão de energia elétrica e de fibras óticas, de propriedade das concessionárias, a serem disponibilizadas para a prestação de serviços de telecomunicações.

(3) a cobrança de preço público se justifica quando há efetiva utilização do bem. Se houver mero cruzamento aéreo das rodovias, a matéria suscita discussões técnicas específicas para se aferir se o cruzamento das linhas de transmissão, por qualquer meio, causa obstáculo à exploração do bem objeto da concessão.

5.2.4. - A visão da Agência Reguladora de Transportes do Estado de São Paulo – ARTESP

Inicialmente, há que se frisar que a Lei Complementar nº 914, de 14 de janeiro de 2002¹¹⁰, criou, e o Decreto nº 46.708, de 22 de abril de 2002¹¹¹, regulamentou a ARTESP¹¹², autarquia de regime especial vinculada à Secretaria de Estado de Transportes do Estado de São Paulo, dotada de autonomia orçamentária, financeira, técnica, funcional, administrativa e poder de polícia, com a finalidade de regulamentar e fiscalizar todas as modalidades de serviços públicos estaduais de transporte autorizados, permitidos ou concedidos, a entidades de direito privado, absorvendo, para tanto, as competências do DER/SP, no que diz respeito às delegações referentes a transportes, aí incluídas as 13 concessões¹¹³ para exploração de rodovias estaduais. A Tabela 9 apresenta as concessionárias de rodovias existentes no Estado de São Paulo.

¹¹⁰ Diário Oficial do Estado de São Paulo – Poder Executivo – Seção I, de 15.01.2002.

¹¹¹ Diário Oficial do Estado de São Paulo – Poder Executivo – Seção I, de 23.04.2002.

¹¹² www.artesp.sp.gov.br

¹¹³ www.abcr.org.br

Tabela 9

Concessionárias rodoviárias em solo paulista

AUTOBAN – Concessionária do Sistema Anhangüera - Bandeirantes S/A
AUTOVIAS S/A
CENTROVIAS – Sistemas Rodoviários S/A
COLINAS – Rodovia das Colinas S/A
ECOVIAS – Concessionária Ecovias dos Imigrantes S/A
INTERVIAS – Concessionária de Rodovias do Interior Paulista S/A
RENOVIAS - Concessionária S/A
SPVIAS – Rodovias Integradas do Oeste S/A
NOVA DUTRA – Concessionária da Rodovia Presidente Dutra S/A (*)
TEBE – Concessionária de Rodovias Tebe S/A
TRIÂNGULO DO SOL – Auto Estradas S/A
VIANORTE - S/A
VIAOESTE - S/A- Concessionária de Rodovias do Oeste de São Paulo

Fonte: **ABCR**

(*) concessão federal

Pois bem, no exercício de suas competências regulatórias e fiscalizatórias das questões atinentes aos contratos de concessões rodoviárias paulistas, que incluem o diligenciamento das outorgas exclusivas do Poder Público, a ARTESP é quem recebe e analisa pedidos de concessionárias sob título de “autorização para ocupação de faixa de domínio”, para exploração comercial por terceiros, mediante pagamento de determinado valor mensal, fixado arbitrariamente pela concessionária requerente, para implantação de atividades econômicas de natureza variadas, tais como, concessionárias de veículos, estabelecimentos da rede de alimentação, postos de abastecimento e serviços, estacionamentos particulares, etc.

Tais solicitações se amparam nas disposições da Portaria SUP/DER nº 90, de 20 de agosto de 2001¹¹⁴ e enfatizados com o argumento de que estariam entre as responsabilidades contratuais das concessionárias zelarem, e adotarem providências necessárias à garantia do patrimônio do sistema rodoviário, inclusive a faixa de domínio e seus acessórios, o que permitiria a prerrogativa de uso.

No entanto, a análise dessas solicitações, segundo Mosca (2005) tem culminado no entendimento de que não guardam relação jurídica com o objeto da Portaria SUP/DER-90/2001, pois o órgão regulador tem verificado que a pretendida ocupação ocorreria em áreas de domínio público, remanescentes de desapropriações realizadas para as ampliações necessárias nos sistemas rodoviários, as quais, não obstante incorporarem o patrimônio rodoviário, não integra a concessão para as finalidades de exploração pelas concessionárias, nos termos contratuais. Por isso, afora a pretensão não possuir previsão contratual, sofreria impedimentos e restrições legais, contrariando dispositivos que disciplinam o modelo introduzido no Programa Estadual de Concessões de Rodovias, o que tem levado ao indeferimento de tais solicitações.

No âmbito dos Contratos de Concessão da malha rodoviária paulista, o uso da faixa de domínio é prática que está disciplinada como serviço não delegado, (aquele de competência exclusiva do Poder Público, não compreendido no objeto da concessão), o qual, não obstante confira às contratadas o direito de auferir receitas acessórias, consiste em serviço de competência exclusiva do Poder Público, não compreendido no objeto da concessão¹¹⁵.

¹¹⁴ A Portaria SUP/DER-90, de 20.08.2001 (D.O.E./SP, de 21.08.2001), editada pela Superintendência do Departamento de Estradas de Rodagem de S. Paulo, aprovou o Regulamento para Permissão de Uso da Faixa de Domínio, para a implantação e utilização de dispositivos destinados a serviços de terceiros, atualmente em vigor, tendo recebido alterações pela Portaria SUP/DER nº 077/2003. De acordo com este ato, são as seguintes as utilizações da faixa de domínio, de acordo com as normas técnicas aplicáveis, para fins ali disciplinados (item 2.4 do regulamento): linhas físicas aéreas de transmissão de energia, gasodutos –gás natural; oleodutos, estação rádio-base de telefonia celular; adutora de água ou emissários de esgoto; e linhas de telecomunicações, metálicas e em fibras óticas. Pela Portaria ARTESP-12, de 12.12.2002 (DOE/SP de 17.12.2002), foi fixado os valores máximos de remuneração pelo uso da faixa de domínio em rodovias concedidas.

¹¹⁵ Inciso XXIII do item 1.1 dos Contratos de Concessão.

O uso da faixa de domínio no Estado de São Paulo encontra-se disciplinada na Portaria SUP/DER-90, de 20 de agosto de 2001¹¹⁶, que aprovou o regulamento para permissão do uso da faixa de domínio atualmente vigente, para instalação de elementos de infra-estrutura.

Tal portaria se inspirou nas disposições do Decreto Federal nº 84.398, de 16 de janeiro de 1980¹¹⁷, que disciplinou a ocupação de faixas de domínio de rodovias e de terrenos de domínio público e a travessia de hidrovias, rodovias e ferrovias, por linhas de transmissão, subtransmissão e distribuição de energia elétrica, de que já se utilizava o antigo DNER, mediante termos próprios e especiais, autorizando a ocupação das faixas para implantação de serviços de utilidade pública, como cabos telefônicos, aquedutos, oleodutos, gasodutos, correias transportadoras de minérios e atividades assemelhadas, desde que não obstem o fluxo de trânsito.

O regulamento paulista, expedido pelo DER, tem por objetivo estabelecer normas, critérios e procedimentos para a ocupação da faixa de domínio de estradas e rodovias, visando a implantação e utilização de dispositivos destinados a serviços de terceiros, públicos ou particulares, bem como os procedimentos administrativos necessários ao pedido de uso, credenciamento e lavratura do respectivo termo de autorização.

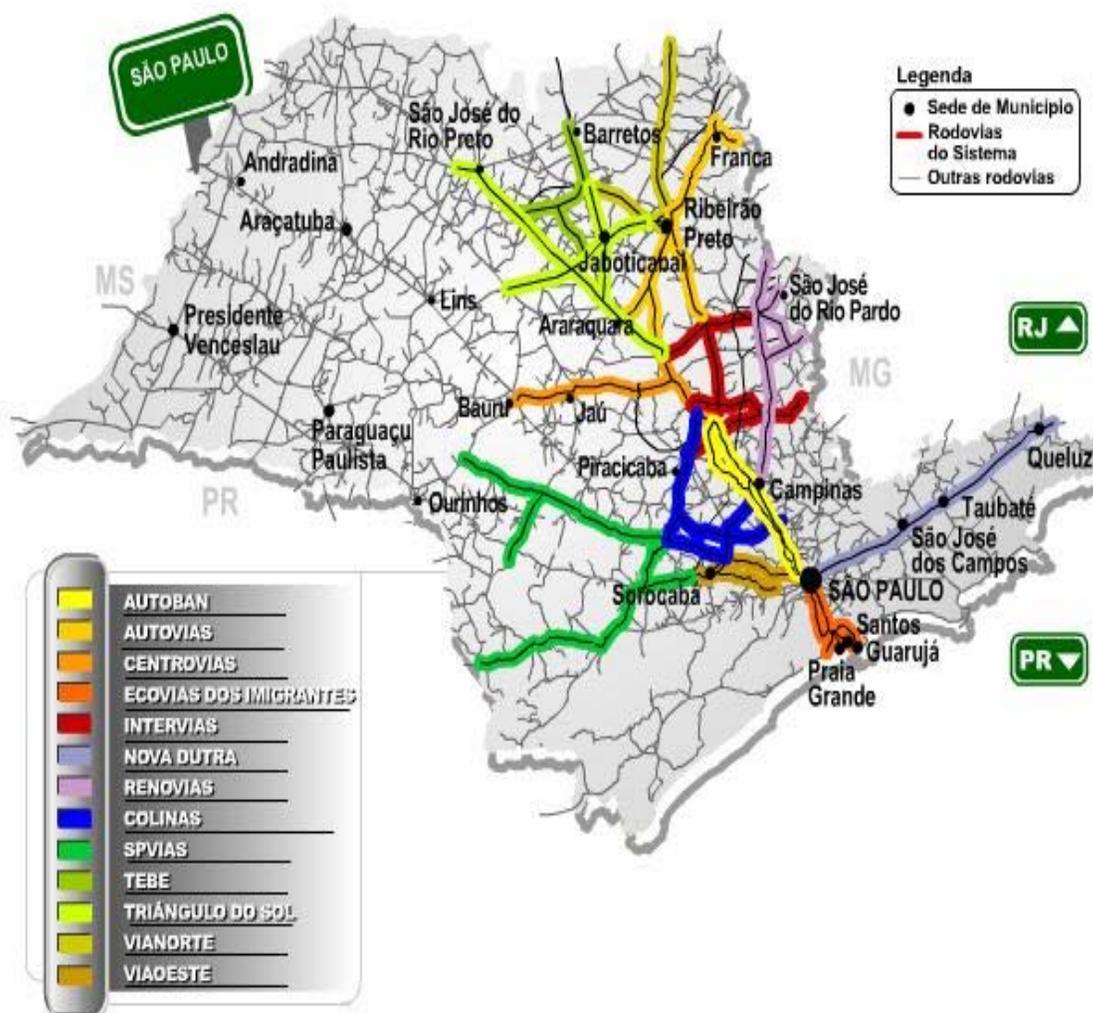
A Figura 3 apresenta a posição geográfica das rodovias paulistas, bem como identifica as suas respectivas concessionárias.

¹¹⁶ Com alterações introduzidas pelas Portarias SUP/DER n.ºs. 005/2002 e 077/2003.

¹¹⁷ O Decreto nº 86.859, de 19.01.1982, altera o Decreto nº 84.398, de 16.01.1980, que dispõe sobre a ocupação de faixas de domínio de vias de transporte e de terrenos de domínio público e a travessia de vias de transporte, por linhas de transmissão, subtransmissão e distribuição de energia elétrica.

Figura 3

Concessionárias privadas em operação no Estado de São Paulo



Fonte: <http://www.abcr.org.br/concessionarias/concessionariasassociadas> (acesso em 14.03.2006)

Assim, encontram-se arrolados como interessados no ato, os órgãos da administração pública, delegadas de serviços públicos ou autorizadas para prestação de serviços públicos ou privados, ou ainda, pessoas jurídicas de direito privado ou pessoa física, que para desempenho de atividades ou necessidades tenha interesse de implantar e fazer uso das faixas de domínio das rodovias, no sentido transversal e/ou

longitudinal ou em áreas localizadas para instalações de elementos de infra-estrutura, nos termos das respectivas normas técnicas aplicáveis, como a seguir:

- Linhas físicas aéreas de transmissão de energia;
- Gasodutos – gás natural;
- Oleodutos;
- Estação Rádio-base de telefonia celular;
- Adutoras de água ou emissão de esgoto;
- Linhas físicas de telecomunicações, metálicas e em fibras óticas.

O uso do bem público, nestes casos, é especial, pois a implantação de gasodutos, cabos de televisão, redes de distribuição de gás e linhas de transmissão e distribuição de energia elétrica nas faixas de domínio da rodovia não configura a sua finalidade pública originária, que é a preservação da segurança no tráfego (Garcia, 2004). Por esse motivo, sustenta que o ente público titular do bem público (a rodovia) não pode se opor à instalação desses elementos de infra-estrutura na faixa de domínio, por se tratar, como de fato se trata, de um serviço público pelo qual se disponibiliza uma utilidade à coletividade, salvo se a instalação comprometer a segurança do tráfego, que é a destinação originária da faixa de domínio.

Para a ARTESP os Contratos de Concessão, com o respaldo legal dos Regulamentos das Concessões, aprovados por Decreto emanado pelo poder concedente (Estado), têm por objeto expresso a exploração do sistema rodoviário, compreendendo, na forma disciplinada nesses instrumentos, a execução, gestão e fiscalização dos serviços delegados, o apoio na execução dos serviços não delegados e a gestão e fiscalização dos serviços complementares, para o que a Concessionária é remunerada pelas tarifas de pedágio e por outras fontes acessórias de receitas, dentre as quais a “cobrança pelo uso da faixa de domínio público... permitida pela legislação em vigor”¹¹⁸, o que é totalmente diverso da exploração comercial de bem público, tal

¹¹⁸ Item 31.1, inciso VI do Contrato de Concessão nº 007/CR/1998, Sistema Anchieta-Imigrantes, correspondente ao Lote 22 do Programa de Concessões Rodoviárias.

qual é a situação vertente, ou seja, a passagem de linhas transmissoras e distribuidoras de energia elétrica.

Nessa mesma esteira de raciocínio Rezende (2002) destaca que a rodovia, mesmo quando concedida, não perde a sua natureza jurídica de bem público de uso comum do povo, segundo classifica o Código Civil Brasileiro, permanecendo, ademais, sujeita à regulamentação e disciplina desse uso pelo poder concedente, titular do serviço concedido.

É inegável que, em que pese o alvo do concessionário ser a legítima busca pelo lucro justo, a sua atuação envolve relevante função social na consecução dos interesses públicos objetivados com o serviço público concedido, assim devendo ser considerado como parceiro da sociedade e do Estado.

Tal pensamento não é aleatório! A própria Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995¹¹⁹ (Lei de Concessões), assim estatuiu em seu art. 11:

“Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o Poder Concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o art. 17 desta lei.” (gn).

Como se vê, o preceito admitindo que o concessionário obtenha rendas independentes do preço cobrado pelo serviço, exige, de antemão, previsão editalícia, desde que respeitada a natureza indisponível do interesse público, atendendo-se as peculiaridades do serviço prestado.

Conquanto reconheça a ARTESP não se vislumbrar nos contratos de concessão de rodovias paulistas esses pressupostos, invoca, por outro lado, o art. 3º, inciso XXI do Decreto Estadual nº 46.708/2002¹²⁰, que aprovou o regulamento da ARTESP,

¹¹⁹ Lei nº 8.987, de 13.02.1995, dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

¹²⁰ Art. 3º - A ARTESP tem a finalidade de regulamentar e fiscalizar todas as modalidades de serviços públicos de transporte autorizados, permitidos ou concedidos, no âmbito da Secretaria dos Transportes, a entidades de direito privado, não se incluindo na sua área de atuação as atividades legalmente atribuídas à Secretaria dos Transportes Metropolitanos, tendo as seguintes atribuições:

disciplinou, expressamente, no âmbito da regulamentação e fiscalização de todas as modalidades de serviços públicos de transporte autorizados, permitidos ou concedidos, de sua competência, para afirmar que caberá a ela (ARTESP) definir os preços pela utilização dos bens públicos, em que pese à explícita disposição contida no art. 2º, do Decreto nº 84.398, de 16 de janeiro de 1980¹²¹:

“Art. 2º - Atendidas as exigências legais e regulamentares referentes aos respectivos projetos, as autorizações serão por prazo indeterminado e sem ônus para os concessionários de serviços públicos de energia elétrica” (gn).

Assim, a prevalecer o entendimento adotado pela ARTESP, que visa defender a sua competência regulatória, com base nas disposições estaduais, estaria a caracterizar conflito federativo entre Estado e União Federal ante as expressas disposições contidas nos arts. 2º, do Decreto nº 84.398, de 16 de janeiro de 1980, e 3º, inciso XXI do Decreto Estadual nº 46.708/2002, o que estaria a determinar que a questão seja submetida, nos termos do artigo 102, inciso I, alínea “f” da Constituição da República¹²², ao Supremo Tribunal Federal – STF, que detém a competência originária e absoluta para o elucidamento da questão.

5.2.5. - O entendimento da Associação Brasileira das Concessionárias de Rodovias – ABCR

Entende esta que os aspectos relacionados à utilização especial das faixas de domínio das rodovias, sobretudo para prestação de serviços públicos, sempre foram

XXI - autorizar a instalação e regulamentar o funcionamento de equipamentos e serviços na faixa de domínio e na área "non aedificandi" da malha viária, e definir os padrões operacionais e os preços pela utilização dos bens públicos;

¹²¹ Dispõe sobre a ocupação de faixas de domínio de rodovias e de terrenos de domínio público e a travessia de hidrovias, rodovias e ferrovias, por linhas de transmissão, subtransmissão e de distribuição de energia elétrica.

¹²² Art. 102 Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

(...)

f) as causas e conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;

objeto de discussão entre as áreas técnicas dos agentes envolvidos, sobretudo no meio jurídico.

A seu ver dois fatores, interligados, impuseram a revisão e atualização do tema, outorgando força renovada à questão: a nova lógica das concessões de serviço público em face da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995¹²³, e a outorga dessas concessões à iniciativa privada, que ficou incumbida da prestação dos serviços públicos correspondentes, sem prejuízos de sua característica principal, ou seja sua finalidade lucrativa.

Assim, entende a ABCR que a utilização da faixa de domínio para passagem de redes elétricas à prestação de serviços públicos constitui destinação especial de bem de uso comum do povo, em razão da finalidade principal desse bem implicar em uso individual do espaço correspondente.

A utilização especial de um bem de uso comum do povo pode se destinar a uma finalidade privada ou pública. Quando se estaciona um automóvel em uma via pública, utilizando-se de uma faixa de estacionamento permitido, e se paga uma remuneração a um órgão municipal, se faz uso especial de bem público para fins privados. É o interesse, privado, que se busca atender.

O mesmo ocorre quando se instala um quiosque para a venda de flores em uma praça pública, pagando uma remuneração por esse uso. Da mesma forma, quando a concessionária de gás canalizado, energia elétrica ou telecomunicações utiliza a faixa de domínio de uma rodovia, está fazendo uso especial de bem público para fins públicos. É o interesse público que elas buscam atender. Mas o fato de que o uso de bem público seja destinado ao exercício de uma função pública nada tem a ver com o tipo de uso que se faz. Ela continua a ser especial, e não comum (Amaral, 2002).

Assim, no entender da ABCR, as concessionárias de energia elétrica, como as concessionárias de gás, água, telecomunicações, utilizam-se desse bem de uso comum do povo ao servirem-se das faixas de domínio das rodovias para a prestação dos serviços públicos que lhes são incumbidos.

¹²³ Vide nota 120 – pág. 116.

Nesta esteira de raciocínio se ampara no art. 103 do Novo Código Civil¹²⁴, em que até mesmo o uso comum de bens públicos pode ser remunerado. Entende assim que, se a lei admite a possibilidade de remuneração pelo uso comum de bens públicos, se torna possível à cobrança pelo uso especial desses bens.

Dessa forma, admite Andrade (2005) que, se nem mesmo a fruição do serviço público é gratuita, não há fundamento legal que legitime a suposição de que a utilização especial de um bem público, ainda que vinculado à prestação de um serviço público, deva ser gratuita. Para a ABCR a cobrança de receitas distintas da fonte principal de remuneração da concessionária (geralmente, a tarifa), como são as que provêm do uso especial das faixas de domínio das rodovias, está prevista no art. 11, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995¹²⁵, que condiciona tal cobrança apenas à previsão no edital e respectivo contrato, o que se verifica em todas as concessões de rodovias atualmente vigentes.

Conseqüência desse espírito negocial das concessões de serviço público, tratada na Lei de Concessões (Lei nº 8.987/95), está o art. 73 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997¹²⁶ (Lei Geral de Telecomunicações) que, conquanto não faça menção expressa às faixas de domínio das rodovias, refere-se à possibilidade de cobrança pelo uso compartilhado de infra-estrutura para a passagem das redes necessárias para a prestação do correspondente serviço. A Figura 4 apresenta os Estados brasileiros que integram a ABCR.

¹²⁴ Art. 103. O uso dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem.

¹²⁵ Art. 11 No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta lei.

¹²⁶ Art. 73 As prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo terão direito à utilização de postes, dutos, condutos e servidões pertencentes ou controlados por prestadoras de serviços de interesse público, de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis.

Figura 4

Estados brasileiros que possuem concessionárias privadas em operação



Fonte: www.abcr.org.br/conc/index.php (acesso em 14.03.2006)

Com fundamento nas Leis de Concessões e de Telecomunicações, é que julga a ABCR haver sido editada a Resolução Conjunta nº 001, de 24 de novembro de 1999, através da qual a ANEEL, ANATEL e ANP aprovaram o Regulamento Conjunto para Compartilhamento de Infra-Estrutura entre os Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo, conforme disposto no art. 4º desse dispositivo regulamentar.¹²⁷

Como visto, o posicionamento da ABCR é no sentido de que a remuneração pelo uso da infra-estrutura desenvolvida e mantida por outra concessionária é admitida e incentivada pela legislação pertinente, razão porque entende, que o sistema

¹²⁷ Art. 4º O Agente que explora serviços públicos de energia elétrica, serviços de telecomunicações de interesse coletivo ou serviços de transporte dutoviário de petróleo, seus derivados e gás natural, tem direito a compartilhar infra-estrutura de outro agente de qualquer destes setores, de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis, na forma deste Regulamento.

jurídico atual não se encontra coerente com a gratuidade de utilização da faixa de domínio das rodovias instituída pelo Decreto 84.398, de 16 de janeiro de 1980, alterado pelo Decreto nº 86.859, de 19 de janeiro de 1982¹²⁸.

5.2.6. - A análise sob o ponto de vista das concessionárias de energia elétrica

Para estas, a utilização de tais faixas e a passagem de cabos condutores de eletricidade de um para outro lado das rodovias é reconhecidamente medida da mais absoluta e inafastável necessidade, sob pena de se inviabilizar inteiramente a expansão do sistema elétrico das concessionárias de energia em geral, sendo que os eventuais custos para as necessárias utilizações não estão contemplados pelas tarifas praticadas pelas concessionárias de energia elétrica, o que poderia ensejar o desequilíbrio econômico financeiro dos contratos de concessão.

Ainda segundo estas, as faixas longitudinais e/ou transversais das rodovias pertencentes ao Estado, constituem bens de domínio público, estando as concessionárias de serviços de eletricidade legalmente autorizadas a promover sua ocupação e nelas estabelecer servidão administrativa.

Para elas, esse direito é garantido pelo Código de Águas (Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934), ainda em pleno vigor e, ao contrário do entendimento das concessionárias de rodovias, inteiramente recepcionado pela CF, de 1988, e que em seu art. 151 assim estabeleceu:

“Art. 151 – Para executar os trabalhos definidos no contrato, bem como para explorar a concessão, o concessionário terá, além das regalias e favores constantes das leis fiscais e especiais os seguintes direitos:

a) utilizar os terrenos de domínio público e estabelecer as servidões nos mesmos e através das estradas, caminhos e vias públicas, com sujeição aos regulamentos administrativos.” (gn).

¹²⁸ Vide nota 97 – pág. 100.

Idêntica disposição pode ser encontrada no art. 108, alínea “a”, do Decreto nº 41.019, de 26 de fevereiro de 1957, que regulamenta os serviços de energia elétrica.

Segundo Lima (1992) na servidão administrativa, a *res dominam*¹²⁹ poderia ser representada pelo “serviço público”, ou seja, a organização de pessoas e bens, constituída para executá-lo.

Nessa mesma linha de pensamento, Di Pietro (1992), conceitua a servidão administrativa como “*direito real de gozo, de natureza pública, instituído sobre imóvel de propriedade alheia, com base em lei, por entidade pública ou por seus delegados, em favor de um serviço público ou de um bem afetado a fim de utilidade pública*”.

Assim, entendem as concessionárias de energia elétrica, de acordo com o direito brasileiro, que detêm a titularidade ativa de servidão administrativa, relativamente aos serviços que lhes são outorgados pelo Poder Público, podendo, com vistas a esse objetivo, utilizar os terrenos de domínio público, bem como estabelecer as servidões exigidas para os serviços de energia elétrica.

Nessa esteira de raciocínio, as concessionárias de serviços de eletricidade são detentoras não somente do direito de utilizar as faixas e terrenos de domínio público, nelas instituindo servidões, como também dispõem da prerrogativa de fazê-lo de modo absolutamente gratuito e por prazo indeterminado, mesmo porque os bens de domínio público são sabidamente inalienáveis.

As Tabelas 10 e 11 apresentam, respectivamente, as concessionárias de energia elétrica e gás canalizado do Estado de São Paulo que eventualmente se utilizam das faixas de domínio de rodovias.

¹²⁹ Em Direito Civil o termo derivado do latim é particularmente empregado para indicar a coisa que domina, que prevalece. No caso específico, aquele que usufrui a servidão.

Tabela 10

**Concessionárias Distribuidoras e Transmissoras de Energia Elétrica
no Estado de São Paulo**

Companhia Paulista de Força e Luz – CPFL PAULISTA
Companhia Piratininga e Força e Luz – CPFL PIRATININGA
Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo S.A.- ELETROPAULO
Elektro Eletricidade e Serviços S.A. - ELEKTRO
Bandeirante Energia S.A. - BANDEIRANTE
Companhia Paulista de Energia Elétrica - CPEE
Companhia Jaguari de Energia - CJE
Empresa Elétrica Bragantina S.A. - EEB
Companhia Sul Paulista de Energia – SUL PAULISTA
Companhia Nacional de Energia Elétrica - CNEE
Caiuá Serviços de Eletricidade S.A. - CAIUÁ
Companhia Luz e Força Santa Cruz - CLFSC
Companhia Luz e Força Mococa - CLFM
Empresa de Eletricidade Vale Paranapanema S.A. – EEVP
Companhia Paulista de Transmissão de Energia Elétrica – CTEEP
Empresa de Transmissão de Energia do Oeste Ltda. – ETEO

D

Fonte: ANEEL

Tabela 11

Concessionárias Distribuidoras de Gás Canalizado no Estado de S. Paulo

Companhia de Gás de São Paulo – COMGÁS
Gás Natural São Paulo Sul – GÁS NATURAL SPS
Gás Brasileiro Distribuidora S. A. – GÁS BRASILIANO

Fonte: CSPE

Aduzem, ademais, que tanto o Código de Águas (Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934) como o seu decreto regulamentador (Decreto nº 41.019, de 26 de fevereiro de 1957), se mostram claros em não cogitar dos aspectos indenizatórios da servidão administrativa sobre bens de domínio público.

O Decreto nº 84.398, de 16 de janeiro de 1980, com a redação que lhe foi dada pelo Decreto nº 86.859, de 19 de janeiro de 1982, que mais especificamente se ocupou do assunto, dispondo sobre a ocupação de faixas de domínio de rodovias e de terrenos de domínio público e a travessia de hidrovias, rodovias e ferrovias, por linhas de transmissão, subtransmissão e distribuição de energia elétrica, tornou indisputável tal fato, estatuidando expressamente que as servidões são instituídas por prazo indeterminado e sem ônus para os concessionários de serviço público de energia elétrica.

Dentre outras disposições, é de ressaltar que o citado decreto estabelece que:

“Art. 1º - A ocupação de faixas de domínio de rodovias, ferrovias e de terrenos de domínio público, e a travessia de hidrovias, rodovias, ferrovias, oleodutos e linhas de transmissão, subtransmissão e distribuição de energia elétrica, serão autorizados pelo órgão público federal, estadual ou municipal ou entidade competente, sob cuja jurisdição estiver a área a ser ocupada ou atravessada.

Parágrafo único. Para fins do disposto neste artigo, será considerada entidade competente a pessoa física ou jurídica que, em razão da concessão, autorização ou permissão, for titular dos direitos relativos à via de transporte, duto ou linha a ser atravessada, ou a ter a respectiva faixa de domínio ocupada.

Art. 2º - Atendidas as exigências legais e regulamentares referentes aos respectivos projetos, as autorizações serão por prazo indeterminado e sem ônus para os concessionários de serviços públicos de energia elétrica.” (gn).

Por aí se percebe que as concessionárias de energia elétrica detêm o direito de ocupação das faixas longitudinais e transversais das rodovias, utilizando-as para a passagem de seus condutores elétricos, bem como para a implantação de seus postes, transformadores, cruzetas, isoladores, conexões, etc. Sobreleva reiterar que, por disposição expressa e inequívoca da legislação de regência, tal ocupação deverá se

dar sem qualquer ônus para as concessionárias de serviços de eletricidade e por prazo indeterminado.

Contraopondo-se, ainda, ao entendimento das concessionárias de rodovias as empresas do setor de energia elétrica também sustentam que em travessias de linhas de transmissão sobre rodovias não são utilizadas “as faixas de domínio”, mas, simplesmente, as atravessam pela via aérea.

Observe-se, ademais, para o fato de que a possibilidade de auferição de “receita acessória” contida nos contratos de concessão das concessionárias de rodovias, referente ao uso da faixa de domínio público por outras concessionárias de serviços públicos, a cobrança está restrita ao “permitida pela legislação em vigor”, o que para as concessionárias do setor de energia elétrica, continua disciplinado pelos Decretos Federais n°s 84.398 e 86.859, respectivamente de 16 de janeiro de 1980 e 19 de janeiro de 1982, que continuam vigindo e estabelecem os procedimentos de autorização de passagem, bem como os estritos limites das responsabilidades envolvidas nesta situação.

As Tabelas 12 e 13 apresentam a base de cálculo utilizadas pelas concessionárias de rodovias aplicáveis a uma concessionária de energia elétrica do Estado de São Paulo, para aprovação de projetos e ocupação de faixas de domínio.

Tabela 12

Taxa de Análise de Projetos

Exemplo de valores cobrados

CONCESSIONÁRIA	VALOR DA TAXA DE ANÁLISE DE PROJETOS
TEBE	R\$ 790,00
AUTOBAN	R\$ 900,00
COLINAS	R\$ 3.314,00
DERSA	R\$ 3.014,00
DER	<p>Ocupações transversais < 100 m = $0,50 \times P$</p> <p>Ocupações transversais > 100 m = $0,45 \times P + (0,55 \times P \times Y)$</p> <p>Ocupação longitudinal < 100 m = $0,50 \times P$</p> <p>Ocupação longitudinal de 100 a 1.000 m = $0,45 \times P + (0,55 \times P \times Y)$</p> <p>Ocupação longitudinal de 1.000m à 10.000m = $P \times D^{0,55}$</p> <p>Ocupação longitudinal superior a 10.000m = $0,55 \times P \times D^{0,80}$</p> <p>Sendo:</p> <p>$P = R\\$ 3.558,00 = (361,96 \text{ UFESP's})$</p> <p>$Y = \text{Comprimento da linha em Km -longitudinal}$</p> <p>$D = \text{Comprimento da linha em Km -transversal}$</p>

Fonte: Elektro

Tabela 13

Taxas de Ocupação da Faixa de Domínio

Concessionárias Privadas – Portaria SUP/DER-37, de 16.04.02	a-) Rodovias com mais de duas faixas de tráfego/sentido – até R\$ 12,00/m/ano; b-) Rodovias com duas faixas de tráfego/sentido – até R\$ 9,60/m/ano c-) Rodovias com pista simples, com ou sem terceira faixa: - Rodovias Categoria A (VDM acima de 6.000) – até R\$ 6,00/m/ano; - Rodovias Categoria B (VDM até 6.000) – até R\$ 4,80/ano
DERSA – Regulamento de Utilização de faixas de domínio – DOE de 04/02/99	R\$ 16,17/m/ano, reajustado, anualmente pela variação do IGPM/FGV;
DER – Portaria – SUP/DER-091, de 22.08.01	Calculado através da seguinte equação: $Po = E \times Pi \times F1 \times F2$, sendo: Po = Valor anual da remuneração; E = Extensão da ocupação em metros lineares; Pi = Valor básico de remuneração igual a R\$ 5,20, data base 07/2001, reajustado anualmente pela variação do IGPM/FGV; F1 = Fator referente à região, variando de 0,60 à 1,00; F2 = Fator referente ao interessado, no caso de empresas de energia F2 = 0,50.

Fonte: Elektro

Para elas sempre esteve, e continua claro, o fixado no art. 2º do Decreto nº 84.398, de 1980, quanto à impossibilidade de fixação de prazo para as autorizações, como eventuais cobranças para tais consentimentos.

Nesse mesmo sentido são as determinações contidas nos arts. 5º e 6º do mesmo diploma legal, ou seja, que o “*custeio das modificações é de responsabilidade do concessionário, do órgão público ou entidade que der causa às mesmas*”, na hipótese de obras que venham interferir na posteação ou estruturas existentes, exigindo eventuais remoções dessas instalações.

No que pertine à instalação de fibra ótica no interior de cabos pára-raios, ao longo da linha de transmissão, fato também questionado pelas concessionárias de rodovias, sustentam que a fibra ótica é o acessório que acompanha o principal cabo pára-raios, e que o este cabo é acessório do principal linha de transmissão, e que somente seria factível sob os aspectos técnicos, econômicos e de segurança, a instalação do conjunto completo antes da energização da linha de alta voltagem.

Lembram ainda, com fundamento no art. 73, da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997¹³⁰ (que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações), que foi, através da Resolução Conjunta nº 001, de 24 de novembro de 1999, aprovado o Regulamento Conjunto de Compartilhamento de Infra-Estrutura entre os setores de energia elétrica, telecomunicações e petróleo, e que a utilização de infra-estrutura de transmissão de energia elétrica, associada aos serviços de telecomunicações e transmissão de dados, está em consonância com a diretriz governamental de racionalização do uso de serviços públicos, além de permitir “receitas alternativas, complementares acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas”, conforme o art. 11, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (Lei de Concessões)¹³¹.

Sustentam ademais, que a exploração dos serviços de energia elétrica está sob o manto constitucional, desde a Carta Política de 1934, dentre as matérias de

¹³⁰ Vide nota 127 – pág. 120.

¹³¹ Vide nota 126 – pág. 119.

competência privativa da União, não existindo, neste particular, previsibilidade de legislação estadual supletiva ou complementar.

Em acréscimo frisam que as concessões de serviços públicos de energia elétrica estão resguardadas pelo instituto da reversão, em face de que as concessionárias perdem toda possibilidade de relação de direito real sobre os bens vinculados à prestação do serviço, os quais, ao final do prazo legal, passam ao domínio do poder concedente – União – pois é impossível dissociar a concessão das suas instalações. Por estas razões entendem não poder as concessionárias de energia elétrica assumir compromissos, dar em garantia ou firmar acordos vinculados aos bens e instalações da concessão – sem prévia e expressa autorização do poder concedente - tendo em vista que os mesmos são bens patrimoniais indisponíveis.

Ademais disso, frise-se que para a prestação dos serviços de energia elétrica as concessionárias necessitam instalar suas redes de transmissoras e distribuidoras, dar a elas a necessária manutenção, sendo que para tal mister se utilizam de veículos especialmente preparados que pagam pedágios pela utilização destas rodovias, razão porque entendem não serem devidos quaisquer outros custos que não aqueles decorrentes pela utilização da faixa de rolamento das rodovias, em face da gratuidade decorrente de compartilhamento de infra-estrutura para os serviços de energia elétrica, conforme claramente disposto no art. 2º do Decreto Federal nº 84.398, de 16 de janeiro de 1980¹³².

A Tabela 14 apresenta a estimativa de custos anuais para as concessionárias de energia elétrica do Estado de São Paulo, calculados com base na Portaria SUP/DER-37, de 16/04/2002 – valor médio de R\$ 8,10/m/ano:

¹³² Art. 2º Atendidas as exigências legais e regulamentares referentes aos respectivos projetos, as autorizações serão por prazo indeterminado e sem ônus para os concessionários de serviços públicos de energia elétrica.

Tabela 14

Custo anual estimado das linhas instaladas

EMPRESA	EXTENSÃO DAS LINHAS (metros)	CUSTO ANUAL DE OCUPAÇÃO
GRUPO CPFL	629.278,00	R\$ 5.097.152,00
ELETROPAULO	386.000,00	R\$ 3.126.600,00
ELEKTRO	1.993.000,00	R\$ 16.143.300,00
BANDEIRANTE	504.486,00	R\$ 4.086.337,00
TOTAL	3.512.764,00	R\$ 28.453.389,00

Fonte: Elektro

Com relação às empresas transmissoras de energia elétrica CTEEP e ETEO, os custos se relacionam apenas às travessias, pois não se utilizam das faixas de domínio das rodovias estaduais. A CTEEP tem recolhido aos cofres do DER/SP valores/ano relativos apenas ao da LT 230 kV Xavantes – Botucatu, com 137 kms. de extensão, pois suas demais linhas foram herdadas da CESP e EPTE (extinta) antes do programa de privatização das rodovias estaduais, período em que não eram exigidos tais pagamentos. Já a ETEO recolhe valores/ano relativos à LT 440 kV Taquaruçú – Assis – Sumaré, com seus 505 kms. Tais valores/ano, segundo valores fornecidos pelas próprias concessionárias são de aproximadamente R\$ 15.000,00 e R\$ 22.000,00, para CTEEP (07 travessias) e ETEO (09 travessias), respectivamente¹³³.

¹³³ Informações obtidas junto às concessionárias CTEEP, com Breno Souza Vianna, em Xavantes –SP (24.04.06) e ETEO, com Antonio Manuel Corvo, em São Paulo, Capital, (25.04.06).

5.2.7. - A visão da Agência Nacional de Energia Elétrica -ANEEL e da Comissão de Serviços Públicos de Energia - CSPE sobre a questão

Apesar de consolidado ao longo de tantas décadas o entendimento de que a exploração dos serviços de energia elétrica e de suas instalações são privativos da União Federal, entendem as Agências Nacional e Estadual serem surpreendentes, nestes últimos anos, as diversas tentativas e formas de mudança de tal prerrogativa da União, pois diversas leis estaduais e municipais foram sancionadas tentando instituir a cobrança pelo uso do solo nas vias e logradouros públicos, invadindo área de atuação reservada à União, como violando frontalmente o art. 21, inciso XII, alínea “b”, e art. 22, inciso IV, ambos da CF, de 1988, bem como o princípio da federação e da autonomia dos entes federados.

E isto porque os princípios e preceitos constitucionais, a legislação básica, as normas e os regulamentos fundamentais aplicáveis aos serviços públicos de energia elétrica prestados por empresas estatais ou empresas privadas – continuam os mesmos, tendo em vista que, em face da privatização e reestruturação do setor, as novas concessionárias passaram a deter o controle acionário/societário das empresas (ou de parcelas destas, quando originárias de cisão), assim continuando a prestação dos serviços sob a proteção do instituto da concessão (CF/88 – art. 175), devendo ser observado que, agora, o relacionamento concessionária/poder concedente também está disciplinado no contrato de concessão, conforme a Lei nº 8.987, 13 de fevereiro de 1995 (art. 23), com expressa fixação dos encargos do poder concedente (art. 29) bem como da concessionária (art. 31), além de subordinado ao regime econômico e financeiro a que alude os arts. 14 e 15 da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996.

Para melhor elucidação da questão em exame, faz-se necessário relembrar o conceito de serviço público e também o instituto da concessão.

Para Meirelles (1995) serviço público é: *“todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado”*

Na mesma obra, o autor preleciona que: *“O Estado deve ter sempre em vista que o serviço público ou de entidade pública são serviços para o público e que os concessionários ou quaisquer outros prestadores de tais serviços são, na feliz expressão de Brandeis, ‘public servant’, isto é, criados, servidores do público. O fim precípua do serviço público, ou de utilidade pública, como o próprio nome está a indicar, é servir ao público, e, secundariamente, produzir renda a quem o explora. Daí, decorre o dever indeclinável do concedente regulamentar, fiscalizar e intervir no serviço concedido sempre que não estiver sendo prestado a contento do público a que é destinado.”*

Já o instituto jurídico da concessão, segundo Cretella Júnior (1989), é assim conceituado: *“concessão é a transferência, temporária ou resolúvel, por uma pessoa jurídica de direito público de poderes que lhe competem para outra pessoa singular ou coletiva, pública ou privada, a fim de que esta execute serviços por sua conta e risco, mas no interesse geral”*.

Os conceitos acima transcritos e as disposições legais regentes da prestação do serviço público são uníssonos no que pertine à finalidade e à forma de prestação desse serviço, devendo ser lembrado, neste particular aspecto que, ao outorgar uma concessão, a União não transfere propriedade alguma à concessionária, nem se despoja de qualquer direito ou prerrogativa pública. A concessionária passa a ser um ente delegado do poder concedente, para executar o serviço que lhe é concedido, nos limites, condições legais, e contratuais, sempre sujeito à regulamentação e fiscalização deste último.

O serviço público de energia elétrica que, constitucionalmente, é de competência privativa da União (art. 21, XII, “b”, CF/1988), ultrapassa os limites territoriais, municipais e até estaduais, por imposição da sua própria natureza, considerando que as respectivas fontes geradoras normalmente se localizam em pontos distantes dos locais de consumo, cujas linhas de transmissão e/ou de distribuição percorrem territórios de outros municípios e, muitas vezes de outros Estados. Por esse motivo, em respeito aos princípios da praticidade e da economia de

escala, a prestação de tal serviço está vinculada às disposições legais de âmbito federal.

A prevalência do Direito da Eletricidade se dá, em relação ao direito geral e, inclusive, ao tributário, vez que a exploração dos serviços públicos de energia elétrica é exercida mediante outorga de concessão da União, consoante determinação constitucional desde a Carta Política de 1934 (art. 5º, inciso XIX, alínea “j”) e, ainda, na forma prevista no Código de Águas (Decreto nº 24.643/34) e da consolidação promovida pelo poder concedente via Decreto nº 41.019, de 1957, que regulamenta os serviços de energia elétrica e, no contexto, estabelecem regras que ultrapassam os limites do direito privado.

A distinção entre legislação especial e legislação geral consta das lições de Maximiliano (1988), nos seguintes termos:

“... ainda hoje se alude, a cada passo, a distinção clássica entre Direito comum e Direito singular (Jus commune e Jus singulare). O primeiro contém normas gerais, acordes com os princípios fundamentais do sistema vigente e aplicável universalmente a todas as relações jurídicas a que se referem; o segundo atende a particulares condições morais, econômicas, políticas, ou sociais, que se refletem na ordem jurídica, e por esse motivo subtrai determinadas classes de matérias, ou de pessoas, às regras do direito comum, substituídas de propósito por disposições de alcance limitado, aplicáveis apenas às relações especiais para que foram prescritas”. E conclui esclarecendo que: “... de fato, o Direito especial abrange relações que, pela sua índole e escopo, precisam ser subtraídas ao Direito comum.”

É, pois, princípio basilar, no campo da ciência do Direito, que as normas jurídicas têm seu campo de aplicação limitado à matéria que visa disciplinar. Assim, a legislação geral, bem como a tributária, não podem ser aplicadas em relações jurídicas que, por sua natureza, estão regulamentadas por lei federal especial, como é o caso da legislação disciplinadora dos serviços e instalações de energia elétrica, razão pela qual entende não proceder às justificativas empregadas pelas concessionárias de rodovias, ARTESP e ABCR no que concerne à cobrança pela

ocupação de faixas de domínio útil, quanto pela passagem aérea de linhas transmissoras e distribuidoras de energia elétrica, ou mesmo subterrânea dessas redes.

Neste contexto, a ANEEL e CSPE não reconhecem – e nem poderiam reconhecer – eventuais encargos pretendidos pelas concessionárias de rodovias quando dos reajustes e/ou revisões tarifárias de energia elétrica, assim preservando a política tarifária do setor com vistas à manutenção do equilíbrio econômico financeiro dos contratos de concessão e, ao mesmo tempo, induzindo as concessionárias à defesa dos interesses da concessão neste particular aspecto.

5.2.8. - Considerações parciais

Por todo o exposto neste capítulo, conclui-se que os órgãos públicos federais, estaduais, municipais e as entidades competentes, titulares ou sob cuja jurisdição estiver as áreas objeto das faixas servientes, não podem instituir preços decorrentes da utilização privativa dos bens de domínio público pelas concessionárias de serviços públicos, nem podem fixar limites temporais a tal utilização.

A tal propósito a doutrina entende que, através do contrato de concessão, transfere-se o exercício de um serviço a uma pessoa jurídica de direito público, ou privada, que o executará por sua conta e risco, em nome do Estado, por se tratar de uma atividade administrativa descentralizada.

O particular, em vista do lucro que obterá através da cobrança de tarifas dos usuários, mas o Estado com a finalidade do bom desempenho do serviço concedido. Nesse sentido, o concessionário atua em nome do Estado, na execução de um serviço de natureza pública.

Esse entendimento decorre dos princípios que regem o ordenamento jurídico-administrativo, destacando-se, neste caso, o princípio de inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos. Isso significa que a Administração é a atividade que se desenvolve debaixo da lei e, portanto, não pode alienar ou ser despojada dos direitos que a própria lei especificou como sendo internos ao setor público.

Ao comentar esse princípio Bandeira de Mello (1967) preleciona que:

“É em razão do mesmo cânone que se pode afirmar inexistir na concessão de serviço público transferência de direitos relativos à atividade pública para o concessionário. O interesse público que aquele serviço representa não pode ficar retido em mãos de particulares. É inviável a transferência dele, do campo estatal para o privado. Transfere-se simplesmente o exercício da atividade e não os direitos concernentes à própria atividade”.

Ao atribuir a outrem o exercício de uma atividade material, o Estado liga-se ao âmbito de sua própria competência, e obriga-se a conceder um mínimo de condições para o melhor desempenho dessa atividade pública, tendo em vista que deverá sempre ter por finalidade a boa prestação do serviço, objeto da concessão.

Essas condições mínimas para a execução do serviço público, a cargo da concessionária, ainda que não constem de cláusula contratual expressa, são inerentes à própria natureza da prestação e podem, portanto, ser consideradas cláusulas implícitas.

No mesmo sentido, a concessão dos serviços de energia elétrica implica, necessariamente, a instituição de servidão em áreas de domínio público, para a colocação de torres, postes, redes, fios condutores, feixes de fibra óptica, etc., sob pena de tornar impossível o desempenho da atividade.

Decorre daí a inexistência de ônus para a empresa concessionária, porque essa utilização não se refere a um serviço a ela prestado ou colocado à sua disposição, mas configura, sim, uma servidão sobre um bem de domínio público, como condição essencial ao desempenho de um serviço público a ela concedido.

Na espécie certifica-se, portanto, que a servidão instituída sobre bens de domínio público é uma decorrência de textos legais expressos, não havendo necessidade de edição de qualquer ato jurídico posterior que a confirme, sendo o seu estabelecimento invariavelmente sem qualquer ônus para o concessionário de energia elétrica e por prazo indeterminado.

Por oportuno, não é demasiado lembrar o esclarecimento de Bandeira de Mello (1968): *“As servidões administrativas são estabelecidas, em princípio, independentemente de qualquer indenização, salvo disposição de lei em contrário,*

assegurada ao titular da propriedade, que sofre a servidão, a composição dos danos resultantes delas, quando ocorra prejuízo real e efetivo à coisa, pela sua desvalorização ou pelo impedimento de utilização satisfatória dela, bem como nas hipóteses de abuso de poder da autoridade pública”.

Por seu turno, Di Pietro (1978), salienta que: *“De modo geral, no entanto, as servidões administrativas (...) decorrem diretamente da lei independentemente a sua constituição de qualquer ato jurídico, unilateral ou bilateral”.*

Vale salientar que quando o Código de Águas (Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934) e o seu decreto regulamentador (Decreto nº 41.019, de 26 de fevereiro de 1957), falam de regulamentos administrativos, estão, sem dúvida, querendo exprimir que os concessionários de energia elétrica deverão sujeitar-se às limitações administrativas que digam respeito ao patrimônio histórico, ao cumprimento de preceitos urbanísticos, posturas editalícias e outras normas legais estatuídas em prol da coletividade.

Outro não tem sido o entendimento da jurisprudência de nossos Tribunais, como se pode constatar, dentre outros, através da seguinte decisão do extinto Tribunal Federal de Recursos -TRF proferida através de acórdão que julgou a Apelação Cível nº 29.369, do Rio Grande do Norte, publicado no Diário da Justiça da União, em 03.11.83, pág. 17053:

“Ação Cominatória – Retirada de postes de iluminação e distribuição de energia elétrica.

Impossibilidade de atender-se ao pedido porque a concessionária de serviço público pode utilizar terrenos de domínio público para estabelecer servidões. Na hipótese dos autos, a suplicada serviu-se de um terreno municipal, ao tempo da execução das obras. Sentença confirmada.”

(Tribunal Federal de Recursos, Apelação Cível nº 29.369, do Rio Grande do Norte, Diário da Justiça da União de 03.11.83, p. 17053).

Ou ainda que:

“Reveste-se da eiva de ilegalidade, a exigência, pelo município, de prestação pecuniária, pela fixação de postes de distribuição ou transmissão de energia elétrica, em bens públicos de uso comum do povo.”

(TJSC, Apelação Cível em Mandado de Segurança, nº 1.471, da Comarca de Lages, Apelante: Prefeitura Municipal de Lages, Apelada: Centrais Elétricas de Santa Catarina – CELESC, Rel.: Des. Napoleão Amarante, v.u.; in “Jurisprudência Brasileira”, nº 49, págs. 213/214).

E também que:

“Taxa de ocupação do solo. Ameaça de cobrança do Município de Campos sobre os locais onde estão assentados os postes da CERJ de iluminação e transmissão de rede elétrica do Município. As servidões criadas em favor das concessionárias de serviço público para a instalação ou passagens de suas linhas são de caráter gratuito, cabendo, se for o caso, desapropriação da área. A cobrança de taxa de ocupação, porém é manifestamente ilegal. Concessão da ordem”.

(TJRJ, 1º Grupo de Câmaras Cíveis, Mandado de Segurança nº 461/95, Rel.: Des. Carpena Amorim).

Como se percebe não se pode falar, em ônus ou em indenização pela servidão constituída, pois a lei não os prevê e, ao revés, expressamente os afasta.

Segundo os termos legais só há cogitar-se da reparação dos danos causados à via de transporte em decorrência de obras de implantação, reforma ou ampliação de linhas de transmissão, subtransmissão e distribuição de energia elétrica de sua propriedade; do custeio das modificações de linhas cujos suportes estejam implantados em faixas de domínio de rodovia, ferrovia e hidrovias; e do ressarcimento de quaisquer danos causados a instalações e benfeitorias do órgão e/ou entidades referidas no Decreto nº 84.398 e reiteradas no Decreto nº 86.859, respectivamente de 16 de janeiro de 1980 e 19 de janeiro de 1982¹³⁴.

¹³⁴ Vide nota 97 – pág. 100.

As pretensões de desrespeito aos decretos acima mencionados visando à imposição de ônus e a transferência de responsabilidades não podem prevalecer, pois os diplomas legais em foco continuam em vigor e estabelecem os procedimentos de autorização de passagem, bem como os estritos limites das responsabilidades envolvidas nesta situação, e a não deixar qualquer resquício de dúvida, ou seja:

- √ as autorizações serão por prazo indeterminado e sem ônus para os concessionários de serviços públicos de energia elétrica; e,
- √ o custeio das modificações é de responsabilidade do concessionário, do órgão público ou entidade que der causa às mesmas.

Decorre daí que os órgãos públicos e as entidades detentoras das áreas de domínio público onde forem instituídas as servidões necessárias às instalações de energia elétrica são obrigados a suportar esse gravame, nos termos legais, sem a imposição de quaisquer ônus ou indenização, para as concessionárias de energia elétrica.

Ademais disso, as concessões de serviços públicos de energia elétrica estão resguardadas pelo instituto da reversão, em face do que as concessionárias perdem toda possibilidade de relação de direito real sobre bens vinculados à prestação dos serviços, os quais, ao final do prazo legal da concessão, passam ao domínio do poder concedente – União Federal – pois é impossível dissociar a concessão de suas instalações.

Vale lembrar, por oportuno, que o presente tema mereceu especial atenção de Rezende (1997), reconhecida autoridade sobre o assunto, em rara obra jurídica nacional a se ocupar do chamado Direito Rodoviário, um dos muitos desdobramentos do direito público contemporâneo, de onde se extrai as seguintes observações:

“Ocupação e Travessia da Faixa de Domínio das Rodovias. Campo de Aplicação. O princípio da integridade e intangibilidade das faixas de domínio tem sofrido mitigação; citem-se a propósito as Normas para Ocupação e Travessia das Faixas de Domínio das Estradas de Rodagem

Federais, ou outras sob jurisdição do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem, por linhas ou redes de distribuição de energia elétrica. (gn)

A nível federal, o DNER¹³⁵ não se tem poupado de autorizar, mediante termos próprios e especiais, a ocupação das faixas por serviços de utilidade pública federais, estaduais e municipais, como sejam cabos telefônicos, aquedutos, oleodutos, gasodutos, correias transportadoras de minério e atividades assemelhadas, sempre que esses serviços não obstaculizem o duto de trânsito.

A Vedada Analogia. Todas essas autorizações decorrem da aplicação analógica do disposto no Decreto nº 84.398, de 16 de janeiro de 1980, que disciplina a ocupação e travessia da faixa rodoviária por linhas de transmissão de energia elétrica. Entretanto, à analogia, com amplíssima aplicação no Direito Civil, são cerradas as portas do Direito Administrativo. É que o “princípio da legalidade”, hoje elevado à categoria de dogma constitucional (art. 37, CF), norteia toda a vida dos atos administrativos. Quer isto dizer que nenhum órgão, nenhuma autoridade, ou seus agentes, podem realizar atos individuais que não estejam previstos ou autorizados por dispositivo legal anterior. (gn)

(...)

Poder Regulamentar do DNER. O fato, porém, de ser vedada ao DNER à aplicação analógica daquele diploma legal não equivale a dizer que ficou incapacitado de disciplinar atipicamente a ocupação e travessia das nossas estradas por outros serviços que não os de transmissão e distribuição de energia elétrica.

(...)

¹³⁵ Hoje, DNIT - Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes (ex-DNER – Departamento Nacional de Estradas de Rodagem).

É necessário que – a guisa de normatizar a aplicação do decreto de energia elétrica – o administrador preveja todos os casos de ocupação e travessia, fugindo ao casuísmo e usando expressões gerais mais objetivas”. (gn)

Como nitidamente se percebe, o insígne jurista censura a proliferação de autorizações dadas por entidades competentes para a ocupação e travessias por parte de concessionários de serviços públicos em geral, com base na analogia, mas ressalva, de forma a não deixar quaisquer resquícios de dúvidas, o direito das empresas de energia elétrica, reconhecendo a plena validade do Decreto nº 84.398, de 16 de janeiro de 1980. Tanto é fato, que afirma, categoricamente, que o DNER pode disciplinar a ocupação e travessia por outros serviços, “que não os de transmissão e distribuição de energia elétrica”. Estes, por expressa disposição legal, têm direito à livre e gratuita ocupação e travessia, não podendo, por conseqüência, as entidades rodoviárias levantar-lhes qualquer oposição.

Tal afirmação cresce de importância, quando se verifica ser ela oriunda do pensamento de um dos próceres da principal autarquia rodoviária brasileira, e umbilicalmente ligado a ela.

Fortalecendo sobremaneira esse entendimento está o posicionamento de Marques Neto (2003), que entende que a União não pode – e não teria feito – legislar sobre bens de outras entidades da federação. Para esse professor e administrativista o Decreto nº 84.398, de 1980 apenas disciplinou o Código de Águas e, ao dispor sobre isenção, abrangeu apenas a matéria relativa a energia, não à utilização de bens, de forma que não invadiu esfera de interesses dos Estados e dos Municípios, mas apenas regulamentou matéria de interesse nacional. Conclui este mesmo mestre que, além de poder disciplinar o aproveitamento energético, a União, dadas as dimensões do país e origem eminentemente hidráulica da energia gerada, era imperioso que a legislação *dispusesse* também sobre o uso de terrenos de domínio, razão porque entende não ter havido invasão de competência.

Portanto, as pretensões de inaplicabilidade e de desrespeito ao Decreto nº 84.398, de 1980, com as alterações estabelecidas pelo *Decreto* nº 86.859, de 1982¹³⁶,

¹³⁶ Vide nota 97 – pág. 100.

visando à imposição de ônus às concessionárias de energia elétrica, não possuem respaldo legal, sendo a única conclusão possível é a de que os diplomas legais em foco continuam em plena vigência e disciplinando o relacionamento entre as entidades envolvidas sejam elas no âmbito estadual ou federal.

Conclui-se, pois, por toda a fundamentação exposta, que os postes, as redes e linhas de energia elétrica, que compõem e integram os bens e instalações a serem revertidos à União Federal ao final da concessão, estão imunes a qualquer tributação ou encargos fixados por Estados, pelo Distrito Federal, ou Municípios, assim como outras concessionárias prestadoras de serviços de utilidade pública.

Assim sendo, não podem as concessionárias de energia elétrica assumir compromissos, dar em garantia ou firmar acordos vinculados aos bens e instalações da concessão – sem prévia e expressa autorização do Poder Concedente – tendo em vista que os mesmos são bens patrimoniais indisponíveis.

Atente-se, outrossim, para o fato de que a “*receita acessória*”, referente ao uso da faixa de domínio público por outras Concessionárias de Serviços Públicos, a cobrança está restrita ao “permitido pela legislação em vigor”, o que, para as concessionárias do setor de energia elétrica continua disciplinado pelos Decretos Federais nº 84.398, de 16 de janeiro de 1980, e nº 86.859, de 19 de janeiro de 1982, com fundamento no qual o DER/SP e o DNIT emitiram as autorizações sob suas respectivas competências.

São essas, portanto as conclusões que se impõem a este capítulo, diante dos expressos, precisos e contundentes termos da legislação de regência, da mais autorizada lição doutrinária e da uníssona manifestação de nossas cortes de justiça.

Capítulo 6

A incorporação das redes particulares

Estando a presente tese centrada na intervenção do Estado brasileiro na propriedade privada, faz-se neste capítulo uma abordagem da figura denominada “Redes Particulares”¹³⁷, inserida no sistema elétrico brasileiro, notadamente no seio das empresas distribuidoras do Estados de São Paulo, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e Bahia, bem como da necessidade de que seus proprietários, em face da regulamentação editada pela ANEEL, detenham autorização do poder concedente para que continuem operando tais redes, salvo aquelas instaladas exclusivamente em terrenos de sua propriedade, o que se caracteriza, conquanto necessária, uma interferência do Estado na propriedade particular.

Tais redes, conquanto também existam, em pequeno número em áreas urbanas, em face de loteamentos construídos por empreendedores, se situam, em maior número, nas áreas rurais, representando em alguns casos mais de 50% do sistema de distribuição da concessionária local, em se comparando ao total de redes elétricas de média tensão, o que demonstra, claramente, que essas redes não se resumem a uma política de exceção, e que por se fazerem presentes de forma significativa acabavam por se transformar em “um problema à espera de regulamentação” no dizer de Pelegrini *et al* (2005), em face do disposto na Lei nº 10.848, de 15 de março de

¹³⁷ “Redes Particulares: instalações elétricas, em qualquer tensão, inclusive subestações utilizadas para o fim exclusivo de prover energia elétrica para unidades de consumo de seus proprietários e conectadas em sistema de distribuição de energia elétrica”. (Redação dada pelo art. 2º, inciso III, da Resolução Normativa nº 229, de 08 de agosto de 2006).

2004¹³⁸, e no Decreto nº 5.163, de 30 de julho de 2004¹³⁹, que estabelecem, cristalinamente, que os consumidores finais somente poderão deter redes de energia elétrica de uso exclusivo caso detenham autorização do poder concedente, ou quando as redes de energia elétrica estejam instaladas, exclusivamente, em terrenos de sua propriedade.

Este capítulo procura detalhar aspectos legais e técnicos relacionados às redes particulares, bem como demonstrar dados obtidos em nível nacional, como pela ANEEL e CSPE, no Estado de São Paulo, onde se originaram os primeiros casos de incorporações de redes particulares por concessionárias de energia.

6.1. - Preâmbulo

Segundo Pelegrini *et al* (2005), as redes particulares podem ser definidas como sendo redes elétricas de distribuição que foram construídas às expensas dos consumidores e que permanecem em sua posse, mesmo após serem energizadas.

Da consolidação dessas redes surgiram duas situações distintas: a primeira, no atendimento a loteamentos urbanos em sua fase inicial, e a segunda na implantação de redes de distribuição rural.

Essas duas situações apresentam como ponto crítico o atendimento diferenciado entre consumidores, o que é vedado pelo parágrafo 2º, do art. 177, do Decreto nº 41.019, de 26 de fevereiro de 1957¹⁴⁰, que regulamenta os serviços de energia elétrica, e pela Subcláusula Sétima da Cláusula Segunda dos próprios contratos de concessão¹⁴¹.

¹³⁸ Dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, altera as Leis nºs 5.655, de 20 de maio de 1971, 8.631, de 4 de março de 1993, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 9.748, de 6 de agosto de 1997, 9.648, de 27 de maio de 1998, 9.991, de 24 de julho de 2000, 10.438, de 26 de abril de 2002, e dá outras providências.

¹³⁹ Regulamenta a comercialização de energia elétrica, o processo de outorga de concessões e de autorizações de geração de energia elétrica, e dá outras providências.

¹⁴⁰ Art. 177 (...)

§ 2º - Dentro da mesma classe não há distinção entre consumidores, salvo quanto às condições de fornecimento e utilização do serviço, segundo as quais serão discriminadas as tarifas.

¹⁴¹ Cláusula Segunda – Condições de prestação do Serviço Público de Distribuição de Energia Elétrica

Desse atendimento diferenciado se pode elencar 6 aspectos (CSPE, 2003):

- a-) **Propriedade das redes:** encontra-se prevista na legislação do setor elétrico a existência de rede elétrica de propriedade do consumidor, sendo que esta deve ser considerada como uma excepcionalidade autorizada pela ANEEL;
- b-) **Responsabilidade quanto à manutenção dessas redes:** as concessionárias não se encontram obrigadas a assumir esses serviços, por não estarem tais redes incorporadas a seus ativos, ou seja, por não serem proprietárias das mesmas, porém oferecem a seus consumidores serviços de manutenção, desde que sejam pagos, ou, em alguns casos, prestados por mera liberalidade da concessionária;
- c-) **Tarifas aplicadas:** a tarifa aplicada aos consumidores de redes particulares da concessionária é a mesma da aplicada aos consumidores ligados à rede da concessionária, para a qual a mesma efetua a manutenção, sem que caiba qualquer ônus adicional ao consumidor, nem descontos pela “eventual” manutenção efetuada por terceiros;
- d-) **Responsabilidade quanto à ingresso ao sistema:** as concessionárias encontravam-se desobrigadas de participarem financeiramente nas hipóteses de novas ligações e de aumento de carga, cabendo ao ingressante no sistema o ônus do investimento, após a revogação da Portaria DNAEE 5, de 11 de janeiro de 1990, que dispunha sobre os encargos de responsabilidade do concessionário de serviço público de energia elétrica, de que tratavam os arts. 138 e 139 do Decreto nº 41.109, de 16 de fevereiro de 1957, alterado pelo Decreto nº 98.335, de 26 de outubro de 1989. Nas hipóteses de extensão ou reforço de redes particulares, também fica a cargo

(...)

Subcláusula Sétima – Na exploração do serviço público de distribuição de energia elétrica objeto deste Contrato, a CONCESSIONÁRIA não poderá dispensar tratamento diferenciado, inclusive tarifário, aos usuários de uma mesma classe de consumo e nas mesmas condições de atendimento, exceto nos casos previstos na legislação.

ou,

Subcláusula Sexta – A CONCESSIONÁRIA não poderá dispensar tratamento tarifário diferenciado aos usuários de uma mesma classe de consumo e nas mesmas condições de atendimento.

do interessado a negociação para as necessárias conexões, cujo procedimento tem gerado muitas restrições ao uso da energia elétrica para novos consumidores, dificultando, inclusive a universalização.

e-) **Apuração de indicadores de desempenho elétrico:** as contabilizações de tempo e frequência de interrupções de fornecimento de energia, com origem nesses sistemas elétricos, e que não reflitam nos sistemas das concessionárias, não eram computados para efeitos do desempenho da rede elétrica, por se tratar de rede particular. Esta situação acaba não refletindo as reais condições de desempenho do fornecimento de energia elétrica dos consumidores ligados a redes particulares; e,

f-) **Responsabilidade quanto a acidentes pessoais e materiais:** existência de enorme dificuldade quanto a identificação das co-responsabilidades por eventuais danos causados por acidentes envolvendo fornecimento através de redes particulares, uma vez que as concessionárias têm a responsabilidade no fornecimento de energia até o seu ponto de entrega, como definido pela ANEEL, no inciso XXVI, do art. 2º, da Resolução nº 456, de 29 de novembro de 2000¹⁴², que dispõe sobre as condições gerais de fornecimento de energia elétrica.

A análise da situação atual, e da legislação pertinente, induz à conclusão que a responsabilidade por tais redes é da concessionária, que deveria, à época da construção, participar financeiramente e, após isso, incorporá-las aos seus ativos de distribuição, o que deixou de ser feito pela incapacidade de investimento do Estado, que transferiu tal incumbência ao particular.

E isto porque as redes particulares necessitam de autorização federal, definida nos seguintes diplomas legais que não foram observados, à época, da energização:

- Decreto nº 41.019/57, art. 66, inc. II, alínea “c”¹⁴³

¹⁴² Art. 2º (...)

XXVI. Ponto de entrega: ponto de conexão do sistema elétrico da concessionária com as instalações elétricas da unidade consumidora, caracterizando-se como limite de responsabilidade do fornecimento.

¹⁴³ Art. 66. Depende de autorização federal a execução dos serviços:

- Decreto nº 62.655/68, art. 2º, e seu parágrafo único¹⁴⁴;
- Resolução ANEEL nº 333/99 –art. 2º¹⁴⁵;
- Resolução ANEEL nº 456/00 – art. 3º, inc. II, alínea “c”¹⁴⁶,e,
- Lei nº 8.087/90 (Código de Defesa do Consumidor) – art. 39, inc. V¹⁴⁷.

Outrossim, em função da conveniência técnica e econômica da situação de fato, diversas são as concessionárias que através de autorizações dos proprietários passam a suprir novas unidades consumidoras com ramais e linhas a partir da rede particular, configurando condição exdrúxula onde a qualidade do serviço muitas vezes é comprometida pela inexistência de manutenção da rede particular.

Neste sentido, a ANEEL, pela Nota Técnica nº 011/2002-SRC/ANEEL, de 23 de abril de 2002, expressou entendimento, evidenciando que o “cliente” da concessionária será avaliado no seu ponto de conexão (medidor) independentemente da condição da rede (sistema elétrico) que o supre, quer seja da concessionária ou misto.

A falta de ação do Estado, consubstanciado na ausência de efetiva fiscalização, contribuiu para a existência do problema, pois propiciou o surgimento e a

II-(...)

c- de transmissão ou distribuição de energia elétrica, quando se destinem ao uso exclusivo do permissionário.

¹⁴⁴ Art. 2º Depende de permissão federal, por ato do Ministro de Minas e Energia, a execução de obras de transmissão e distribuição de energia elétrica destinada ao uso privativo de consumidores rurais, individualmente associados.

Parágrafo único. A permissão federal não confere delegação de Poder Público.

¹⁴⁵ Art. 2º Dependem de autorização, nos termos desta Resolução, a implantação de instalações de energia elétrica por consumidores, pessoa física ou jurídica, individualmente ou associada, para seu uso privativo.

¹⁴⁶ Art. 3º Efetivado o pedido de fornecimento à concessionária, esta cientificará ao interessado quanto à:

II – eventual necessidade de:

c- obtenção de autorização federal para construção de linha destinada a uso exclusivo do interessado;

¹⁴⁷ Art. 39 – É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

V- exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;

permanência de uma situação que remanesce de longa data, em absoluta desconformidade com a legislação supra mencionada.

Com a edição das disposições contidas no art. 15 e em seu parágrafo único, da Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004¹⁴⁸, que remodela o setor elétrico brasileiro, foi estabelecido o prazo de até 31 de dezembro de 2005, para que os proprietários particulares obtivessem o ato autorizativo para continuarem a operar suas redes.

Tal artigo foi regulamentado, de forma a regularizar as instalações particulares, o que trouxe um grande respaldo para a dissolução do problema representado pela incorporação de redes particulares sem maiores dificuldades. Dessa forma, o Decreto nº 5.163, de 30 de julho de 2004 acabou por regulamentar em seu art. 71¹⁴⁹ esse dispositivo (art. 15, parágrafo único, da Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004).

¹⁴⁸ Art. 15 – Conforme disciplina a ser emitida pela ANEEL, as concessionárias de distribuição deverão incorporar aos seus patrimônios as redes particulares que não dispuserem de ato autorizativo do Poder Concedente até 31 de dezembro de 2005 ou, mesmo dispondo, desde que exista interesse das partes em que sejam transferidas

Parágrafo único. Os custos decorrentes dessa incorporação, incluindo a reforma das redes, serão considerados pela ANEEL nos processos de revisão tarifária.

¹⁴⁹ Art. 71. Conforme disciplina a ser emitida pela ANEEL até outubro de 2005, as concessionárias de serviços públicos de distribuição deverão incorporar a seus patrimônios as redes particulares de energia elétrica que não dispuserem de ato autorizativo do poder concedente até 31 de dezembro de 2005 ou, mesmo dispondo, desde que exista interesse das partes em que sejam transferidas.

§ 1º Considera-se, para fins do disposto no *caput*, rede particular a instalação elétrica, em qualquer tensão, utilizada para o fim exclusivo de prover energia elétrica para unidades de consumo de seus proprietários e conectada em sistema de transmissão ou de distribuição de energia elétrica.

§ 2º As concessionárias de serviços públicos de transmissão e de distribuição de energia elétrica deverão cientificar, até 30 de novembro de 2004, os proprietários de redes particulares conectadas a seus respectivos sistemas sobre o disposto no art. 15 da Lei nº 10.848, de 2004, neste artigo e no ato da ANEEL que disciplinar a matéria.

§ 3º O proprietário de rede particular já instalada que não dispuser de ato autorizativo do poder concedente poderá requerê-lo até 30 de outubro de 2005, apresentando as informações e documentos que forem exigidos pela ANEEL, incluindo a comprovação da titularidade sobre os imóveis em que se situa a rede particular, ou da respectiva autorização de passagem.

§ 4º A ANEEL deverá expedir o ato autorizativo de que trata o § 3º até 31 de dezembro de 2005, desde que atendidas as condições requeridas para sua expedição.

§ 5º A partir de 1º de janeiro de 2006, as redes particulares que não dispuserem de ato autorizativo serão incorporadas ao patrimônio das concessionárias de serviços públicos de distribuição de energia elétrica, conforme as respectivas áreas de concessão, mediante processo formal a ser disciplinado pela ANEEL, observadas as seguintes condições:

I – comprovação pela concessionária do cumprimento do disposto no § 2º, e,

No entanto, o prazo estabelecido no art. 15, da Lei nº 10.848/04 e no art. 71 do Decreto nº 5.163/04, ou seja de 31 de dezembro de 2005, acabou por ser prorrogado pela ANEEL através da Resolução Autorizativa nº 193, de 19 de dezembro de 2005, por 18 meses, contados a partir de sua publicação no D.O.U., edição de 26 de dezembro de 2005, para os atuais proprietários de redes particulares continuarem operando e mantendo as respectivas instalações, em face da dificuldade de se regulamentar o texto legal.

A Lei nº 10.848 e o Decreto nº 5.163, ambos de 2004, deixam bem claro que consumidores finais só poderão deter redes de energia elétrica de uso exclusivo caso detenham autorização do poder concedente ou tais redes estejam instaladas exclusivamente em terrenos de sua propriedade. Estas duas normas legais também esclarecem que não serão objetos de incorporação as redes de uso exclusivo de produtores de energia, desde que elas estejam relacionadas nas respectivas concessões, permissões ou autorizações. No entanto, caso haja interesse das partes, tais redes poderão ser transferidas ao patrimônio das concessionárias, na forma de doação.

Entretanto, a ANEEL, em cumprimento ao art. 15 da Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, deliberou por submeter uma proposta de Resolução Normativa à Audiência Pública nº 041/2005, no sentido de receber contribuições que visaram o aprimoramento da referida norma, que estabeleceria as condições gerais de incorporação de redes particulares aos sistemas elétricos das concessionárias do serviço público de distribuição de energia, o que acabou por se realizar em 08 de fevereiro de 2006.

II – avaliação prévia das instalações, para o fim de fixação do valor a ser indenizado ao titular da rede particular a ser incorporada.

§ 6º Os custos decorrentes da incorporação de que trata o § 5º, incluindo a reforma das redes, após aprovação pela ANEEL, serão considerados nos processos de revisão tarifária da concessionária incorporadora.

§ 7º Não serão objeto da incorporação de que trata o § 5º deste artigo as redes, em qualquer tensão, de interesse exclusivo de agentes geradores que conectem suas instalações de geração à rede básica, à rede de distribuição, ou a suas instalações de consumo, desde que integrantes das respectivas concessões, permissões ou autorizações.

§ 8º As redes particulares instaladas exclusivamente em imóveis de seus proprietários não serão objeto de ato autorizativo ou de incorporação.

Em face das contribuições encaminhadas bem como daquelas manifestadas por ocasião da Audiência Pública nº 041/2005, e que foram objeto de análise da ANEEL, permitiu-se o aperfeiçoamento do ato regulamentar com a edição da Resolução Normativa nº 229, de 08 de agosto de 2006¹⁵⁰, e posteriormente aprimorada pela Resolução Normativa nº 244, de 19 de dezembro de 2006, publicada no D.O.U. de 02 de janeiro de 2007¹⁵¹.

6.2. - A colocação do problema

Dois fatos marcantes, ocorridos ao final do século XIX, atestam que nos primórdios do setor elétrico, empresas e indivíduos produziam sua própria energia e as distribuíam, principalmente com a finalidade de iluminação:

- 1883: primeiro aproveitamento hidrelétrico na Mineração Santa Maria, em Diamantina –MG;
- 1889: Bernardo Mascarenhas industrial mineiro, constrói a primeira hidrelétrica de porte (Usina Hidrelétrica de Marmelos), com 250 kW, tendo por finalidade suprir sua fábrica de tecidos, obtendo, ainda, a concessão para explorar a iluminação pública da cidade de Juiz de Fora - MG.

Posteriormente, com a instalação de outro grupo gerador, passa a fornecer energia elétrica para as indústrias da cidade, constituindo-se no que hoje poderia ser denominada como a primeira empresa de energia elétrica para o serviço público no Brasil (CSPE, 2004).

Entre 1879 e 1890 (ELETROBRÁS, 1987b) várias instalações de pequeno porte foram feitas para a geração e utilização de energia elétrica, tais como a

¹⁵⁰ Estabelece as condições gerais para a incorporação de redes particulares, conectadas aos sistemas elétricos de distribuição, ao Ativo Imobilizado em serviço das concessionárias ou permissionárias do serviço público de distribuição de energia elétrica, e dá outras providências.

¹⁵¹ Altera redação dos arts. 8º, 9º e 12 da Resolução Normativa nº 229, de 08 de agosto de 2006, que (...).

iluminação pública da cidade de Campos, a Usina Hidrelétrica de Marmelos, respectivamente, nos Estados do Rio de Janeiro e de Minas Gerais.

A mesma obra estabelece uma cronologia no surgimento da indústria do setor elétrico. Assim, no período entre 1890 e 1900 foram instaladas 10 pequenas usinas, com capacidade instalada de 1.200 kW, que visavam, basicamente, atender à demanda representada pela iluminação pública, mineração, beneficiamento de produtos agrícolas, indústria têxtil e serrarias.

Na virada do século XIX para o século XX, o potencial de desenvolvimento das cidades de São Paulo e do Rio de Janeiro atraiu o capital estrangeiro para a instalação de companhias de energia elétrica no Brasil, desenvolvendo a geração hidrelétrica brasileira.

A mais antiga legislação para exploração do aproveitamento da força hidráulica, conforme Ramalho (apud Pereira, 2003), é a Lei nº 11.145, de 31 de dezembro de 1903, em que se estabeleceu ser de competência do governo federal os aproveitamentos da força hidráulica para a transformação em energia elétrica aplicada aos serviços federais. No entanto, o emprego do excesso desta força no desenvolvimento da lavoura, das indústrias e outros quaisquer fins poderia ser autorizado pelo governo, bem como a concessão de favores às empresas que se propusessem fazer esse serviço, isentando-as de ônus estaduais e federais.

Essa lei foi regulamentada pelo Decreto nº 5.407, de 1904, em que se estabeleceram as regras dos contratos de concessão para firmas que usavam fontes hidráulicas, quais sejam: (i) as concessões seriam sem privilégios, respeitando os direitos de terceiros; (ii) o período máximo de concessão seria de 90 anos, mediante contrato¹⁵², (iii) após o término da concessão, o poder concedente passaria a exercer o controle sobre os ativos sem qualquer indenização; (iv) a revisão das tarifas ocorreria a cada cinco anos; (v) a redução tarifária ocorreria quando os lucros excedessem a 12% a.a. sobre o capital, fixada mediante aprovação do governo; (vi) autorização para

¹⁵² A exigência de celebração de contrato passou a ser respeitada, somente após a edição da Lei nº 8.987/95 (Lei de Concessões).

a concessionária promover desapropriação; e (vii) estabelecimento de condutores elétricos subterrâneo nas áreas urbanas (Pereira, 2000).

No entanto, somente após a edição do Código de Águas, em 1934¹⁵³, é que, no Brasil, passou-se ter clareza sobre as responsabilidades em relação às instalações de energia elétrica, em que as quedas d'água foram incorporadas ao patrimônio da União, e foram instituídos o custo histórico¹⁵⁴ e o serviço pelo custo¹⁵⁵, para determinação das tarifas, que até aquele ano foram reguladas pela cláusula ouro.¹⁵⁶

Segundo Pelegrini *et al* (2005) o Estado de São Paulo foi um dos pioneiros da eletrificação, em que pequenas companhias, no âmbito municipal se formavam com capital privado.

O atendimento era basicamente para a área urbana. As poucas redes rurais existentes eram de responsabilidade do proprietário, que se conectava a rede da empresa.

Nas áreas rurais, onde a eletricidade chegou após o seu surgimento nos centros urbanos, haviam algumas gerações isoladas para o atendimento de propriedades particulares.

Isso fazia com que o serviço se tornasse de baixa qualidade, pois sendo do consumidor a propriedade da rede, a manutenção se tornava precária, por falta de maior conhecimento técnico ou por ausência de recursos, razão pela qual ocorreram à formação de cooperativas de eletrificação rural, como forma de atenuar o problema com a organização do serviço de eletricidade.

Com o incentivo do poder concedente o cenário foi alterado nas décadas seguintes, pois as pequenas companhias municipais foram sendo incorporadas por empresas de maior porte, como a American & Foreign Power Company, Inc. -

¹⁵³ Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934.

¹⁵⁴ É a importância real e comprovadamente gasta pelo concessionário, em moeda nacional, para aquisição de bens que integram a propriedade em função do serviço e registrada em contabilidade.

¹⁵⁵ Leva em consideração todas as despesas de operação, impostos e taxas de qualquer natureza, lançadas sobre as empresas, excluídas as taxas de benefício, as reservas para depreciação.

¹⁵⁶ Os reajustes tarifários ocorriam com base na variação do ouro.

AMFORP, no interior do Estado de São Paulo, e nos demais estados brasileiros, com exceção do eixo Rio-São Paulo ocupado pela Light and Power Company Ltd. - LIGHT. A indústria buscava, assim, ganhos de escala incentivada pelo Poder Concedente.

No interior do Estado de São Paulo, após a saída da AMFORP e a formação da CPFL, como a maior companhia na área de distribuição, e, posteriormente estatizada, empresas de médio porte também foram sendo criadas como a Jaguari, Caiuá, EEVP, Santa Cruz, CNEE e CPEE dentre outras, todas com capital privado, cuja denominação foi apresentada na Tabela 10, do Capítulo 5 deste trabalho.

Concomitantemente, nas regiões mais pobres do Estado, o Poder Concedente, através da estatal CESP, incorporava empresas municipais e eletrificava municípios desabastecidos de energia.

O desenvolvimento do setor elétrico paulista teve um grande avanço, tanto na geração quanto na distribuição de energia. Na área rural, foram realizados, com incentivos governamentais, programas de eletrificação, em que a rede era incorporada ao patrimônio da empresa.

Entretanto, para instalação em localidades não atendidas pelos programas governamentais, remanesceu a antiga prática: o proprietário se responsabilizava pela construção da linha e, que, após sua energização não era incorporada ao patrimônio da concessionária, que tampouco se responsabilizava pela sua manutenção.

Embora a concessionária continuasse vendendo energia ao consumidor e proprietário da rede, a sua não incorporação se dava pelo fato de não gerar gastos com operação e manutenção, principalmente onde os acessos eram mais difíceis e custosos, como pelo fato de não existirem, muitas vezes, outros potenciais consumidores.

Outro fator, conforme frisado por Pelegrini *et al* (2005) é que, até recentemente, a responsabilidade financeira pela extensão da rede era praticamente toda do consumidor. Por esse motivo a concessionária não era incentivada a incorporar a rede, pois estas instalações não eram computadas como base remuneratória para o cálculo das tarifas.

Mas o grande responsável pelo surgimento do problema foi, sem dúvida, a omissão do Estado, em face da ausência de regulamentação e de efetiva fiscalização, inexistentes até a reforma do SEB com a conseqüente criação da ANEEL, o que acabou por propiciar prejuízos aos cidadãos diretamente associados às redes particulares em relação à qualidade do serviço prestado, ao mesmo tempo em que o universo de consumidores da concessionária não foi onerado com a consideração destes ativos no montante de redes elétricas que são utilizadas para a composição tarifária. Isto significa dizer que, se por um lado a omissão do Estado acarretou prejuízo quanto à qualidade do serviço, trouxe, de outro lado benefício na tarifa de energia elétrica, em razão das redes particulares não entrarem na sua composição.

O fato é que a tarifa de energia elétrica, após a incorporação das redes particulares pelas concessionárias, será maior para todos os consumidores, porém de forma justa, uma vez que as redes particulares passarão a ser atualizadas e mantidas pelas distribuidoras.

Estas redes particulares são mais um exemplo da confusão que se estabelece quando o Estado se omite nas suas obrigações, e cujos prejuízos acarretados aos cidadãos diretamente envolvidos com as redes particulares se busca reparar, em conformidade com os estudos procedidos pela ANEEL.

6.3. - O problema atual

Ao longo dos anos uma grande quantidade de instalações de distribuição de energia elétrica pertencentes a particulares foi conectada aos sistemas elétricos de algumas concessionárias de serviço público sem a devida autorização federal expedida pelo poder concedente, conforme dispõem os Decretos nº 41.019, de 26 de fevereiro de 1957, e nº 62.655, de 03 de maio de 1968. Tal competência fora delegada ao DNAEE pelo MME através da Portaria nº 856, de 28 de junho de 1977.

Os números variam por empresa e região, predominando as instalações monofásicas e trifásicas em áreas rurais, incluindo redes de alta e baixa tensão, e transformadores. Houve, indubitavelmente, facilitação por parte das concessionárias

na conexão dessas instalações e ausência de fiscalização eficiente ou acompanhamento pelo poder concedente (Estado), como frisado na seção anterior.

O assunto, analisado na ANEEL desde 2002, teve como referência o fato de na área de concessão da CPFL existir aproximadamente 30.000 kms. de redes rurais pertencentes a particulares contra 25.000 kms. de redes rurais pertencentes à concessionária, e 66.000 transformadores rurais particulares contra 12.000 próprios (ANEEL, 2002).

Para uma avaliação mais criteriosa pela ANEEL, foi constituído um Grupo de Trabalho, com vistas a um diagnóstico da situação à nível nacional. Os dados obtidos naquela oportunidade estão a seguir agrupados nacionalmente e separados por áreas, nas Tabelas 15 e 16:

Tabela 15

Brasil – Área urbana

	Redes Primárias (km)		Redes Secundárias (km)		Transformadores (un)	
	Monofásicas	Trifásicas	Monofásicas	Trifásicas	Monofásicas	Trifásicas
Concessionárias	23.094,0	382.897,999	27.166,4	365.459,7	250.336	783.414
Particulares	914,4	3.031,9	225,7	1.655,2	2.226	74.668
%	4,0	0,8	0,8	0,5	0,9	9,5

Fonte: Parecer Técnico nº 019/2003-SRD/ANEEL

Tabela 16

Brasil – Área rural

	Redes Primárias (km)		Redes Secundárias (km)		Transformadores (un)	
	Monofásicas	Trifásicas	Monofásicas	Trifásicas	Monofásicas	Trifásicas
Concessionárias	542.580,8	492.519,9	38.556,9	121.069,9	913.207	290.832
Particulares	61.118,8	79.980,0	2.276,2	2.310,0	133.383	74.668
%	11,3	16,3	5,9	1,9	14,6	9,5

Fonte: Parecer Técnico nº 019/2003-SRD/ANEEL

A Resolução ANEEL nº 456, de 29 de novembro de 2000¹⁵⁷, não define plenamente o ponto de entrega de energia na área rural e dispõe, em seu art. 10, que a responsabilidade das concessionárias e permissionárias de distribuição para com os serviços de operação e manutenção se limita a este ponto de entrega.

Por outro lado, o art. 4º do Decreto nº 62.655, de 03 de maio de 1968, que altera o art. 177, do Decreto nº 41.019, de 1957, instrui que as concessionárias devem assumir a operação e manutenção das instalações particulares autorizadas pelo poder concedente, ou seja, ter atribuições além do ponto de entrega de energia, o que conflita frontalmente com o comando inserto na Resolução ANEEL 456/2000.

6.4. - Da Legislação/Regulamentação

Nesta seção há necessidade que se faça uma retrospectiva das disposições que tratam dos pontos de entrega, objetivando esclarecer o assunto.

O Decreto nº 41.019 de 26 de fevereiro de 1957, que regulamenta os serviços de energia elétrica, assim discrepava sobre ponto de entrega:

“Art.135 – São considerados pontos de entrega de energia aos consumidores:

I – Quando os prédios forem contíguos à via pública, ressalvando o caso do inciso seguinte – os pontos dos respectivos ramais no limite da propriedade particular.

II – Quando os prédios forem afastados das linhas tronco de transmissão ou distribuição e os ramais de alimentação não forem estabelecidos em vias públicas, o poste que suporta as chaves seccionadoras de carga ligada, centralizada em um só local, ou o posto mais próximo do perímetro da propriedade particular.

III – Quando se tratar de linhas de transmissão ou distribuição particulares, devidamente autorizadas por ato próprio, o poste inicial dessas linhas.”

O art. 66 do mesmo Decreto estabelece ainda que:

¹⁵⁷ Estabelece de forma atualizada e consolidada as Condições Gerais de Fornecimento de Energia Elétrica.

“Art. 66. Depende de autorização federal a execução dos serviços:

(...)

c) de transmissão ou distribuição de energia elétrica, quando se destinem ao uso exclusivo do permissionário.

(...)

O Decreto nº 62.655, de 3 de maio de 1968, regulamentando a execução de serviço de eletrificação rural mediante autorização para uso privativo, estabeleceu no seu art. 2º que depende de permissão federal, por ato do Ministro das Minas e Energia, a execução de obras de transmissão e distribuição de energia elétrica destinada ao uso privativo de consumidores rurais, individualmente, ou associados.

A Portaria MME nº 856, de 28 de junho de 1977, do Ministério das Minas e Energia, delegou competência ao DNAEE para expedir Portarias com intuito de autorizar às concessionárias de serviços públicos de energia elétrica, aos titulares de manifestos ou de declaração de usinas termelétricas e ao uso exclusivo de particulares, o estabelecimento de obras de transmissão e distribuição, bem como suas ampliações e modificações, em tensão nominal igual ou inferior a 138 kV.

O Decreto nº 86.463 de 13 de outubro de 1981, alterou o art. 135 do Decreto nº 41.019/1957, que passou a ter a seguinte redação:

“Art. 135. O ponto de entrega de energia será a conexão do sistema elétrico do concessionário com as instalações de utilização de energia do consumidor.

Parágrafo único. As localizações de pontos de entrega serão definidas pelo Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica – DNAEE.”

O Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica – DNAEE, órgão antecessor da ANEEL, publicou a Portaria nº 95, de 17 de novembro de 1981, que tratava das condições gerais de fornecimento de energia elétrica, definindo os pontos de entrega conforme a seguir:

“Art. 7º. O ponto de entrega de energia será a conexão do sistema elétrico do concessionário com as instalações de utilização de energia do consumidor,

devendo se situar no limite da via pública com o imóvel em que se localizar a unidade consumidora, ressalvado os seguintes casos:

I - havendo uma ou mais propriedades entre a via pública e o imóvel em que se localizar a unidade consumidora, o ponto de entrega situar-se-á no limite da via pública com a primeira propriedade intermediária;

II - em área servida por rede aérea, havendo interesse do consumidor em ser atendido por ramal subterrâneo, o ponto de entrega situar-se-á na conexão deste ramal com a rede aérea, salvo nos casos de prédios de múltiplas unidades cuja transformação pertença ao concessionário;

IV - quando se tratar de linha de uso exclusivo do consumidor, o ponto de entrega situar-se-á na estrutura inicial desta linha;

V - havendo conveniência técnica, e observados os padrões do concessionário, o ponto de entrega poderá se situar dentro do imóvel em que se localizar a unidade consumidora;

(... ”) gn.

As Portarias que trataram das condições gerais de fornecimento que sucederam a de nº 95, de 17 de novembro de 1981, e a Resolução ANEEL nº 456, de 29 de novembro de 2000, mantiveram a mesma linha de definição de ponto de entrega quais sejam:

Portaria nº 222 de 22 de dezembro de 1987 e Portaria nº 466 de 12 de novembro de 1997:

“Art. 8º. O ponto de entrega de energia será a conexão do sistema elétrico do concessionário com as instalações de utilização de energia do consumidor, devendo se situar no limite da via pública com o imóvel em que se localizar a unidade consumidora, ressalvado os seguintes casos:

I - havendo uma ou mais propriedades entre a via pública e o imóvel em que se localizar a unidade consumidora, o ponto de entrega situar-se-á no limite da via pública com a primeira propriedade intermediária;

(...)

III - quando se tratar de linha de propriedade do consumidor, o ponto de entrega situar-se-á na estrutura inicial desta linha.”

Resolução nº 456, de 29 de novembro de 2000.

“Art. 8º. O ponto de entrega de energia será a conexão do sistema elétrico do concessionário com as instalações de utilização de energia do consumidor, devendo se situar no limite da via pública com o imóvel em que se localizar a unidade consumidora, ressalvado os seguintes casos:

I - havendo uma ou mais propriedades entre a via pública e o imóvel em que se localizar a unidade consumidora, o ponto de entrega situar-se-á no limite da via pública com a primeira propriedade intermediária;

(...)

IV - quando se tratar de linha de propriedade do consumidor, o ponto de entrega situar-se-á na estrutura inicial desta linha.”

6.5. - A situação das redes particulares no Estado de São Paulo

6.5.1. - A dimensão física

Em face de levantamento procedido pela CSPE, sobre a situação das redes particulares em todas as concessionárias de São Paulo, concomitantemente com os estudos procedidos pela ANEEL, se pode traçar um retrato preliminar da questão. Este retrato é apresentado nas Tabelas 17 a 21 constantes desta seção. Focou-se na consolidação de duas grandezas: o número de consumidores atingidos e a extensão de linhas particulares existentes.

Para algumas concessionárias, por falta de informações, estimou-se o número de consumidores atingidos. Na área urbana, considerou-se que 40% dos lotes estavam ocupados. Na área rural, considerou-se uma média de 3 consumidores por quilômetro de rede, como se pode observar do Tabela 17.

Tabela 17

Consolidação de dados referentes a redes particulares de todas as concessionárias paulistas

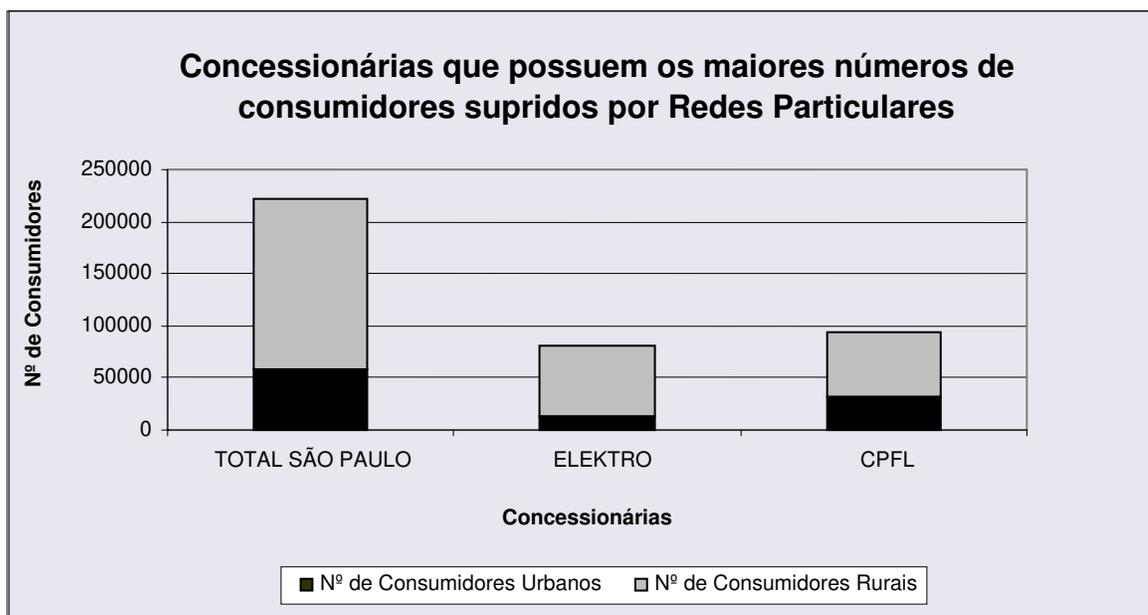
<u>Concessionárias</u>	<u>Urbano</u>		<u>Rural</u>		<u>Totais</u>	
	Nº de Consumidores	Kms de Rede	Nº de Consumidores	Kms de Rede	Nº de Consumidores	Kms de Rede
CPFL	32534	885,43	60611	21432,95	93145	22318,37
ELEKTRO	13275	759,34	67114	2782,64	80389	3541,98
BRAGANTINA	910	60,04	7818	905,96	8728	966,00
EEVP	123	41,13	6157	1658,70	6280	1699,83
BANDEIRANTE	5926	32,61	5	3,32	5931	35,93
CPEE	811	7,60	4734	2284,50	5545	2292,10
CNEE	1248	10,60	3357	1832,10	4606	1842,70
CAIUÁ	000	0,00	4531	1775,01	4531	1775,01
CSPE	346	17,70	4067	675,10	4414	692,80
CLFM	202	9,45	2710	972,00	2912	981,45
CLFSC	600	142,20	1306	643,00	1906	785,20
JAGUARI	1103	46,07	588	67,90	1691	113,97
PIRATININGA	1576	164,19	000	0,00	1576	164,19
Total:						
São Paulo	58.654	2.176,36	162.998	35.033,18	221.652	37.209,54

Fonte: CSPE/USP – Fiscalização Técnica

Como se pode observar da Tabela 17 apenas 13 dentre as 14 concessionárias distribuidoras de energia elétrica sediadas no Estado de São Paulo foram consideradas, pois a AES Eletropaulo concentra suas redes em áreas urbanas, não havendo redes particulares em sua área de concessão, razão porque também foi excluída das próximas Tabelas 18, 19, 20 e 21.

Tabela 18

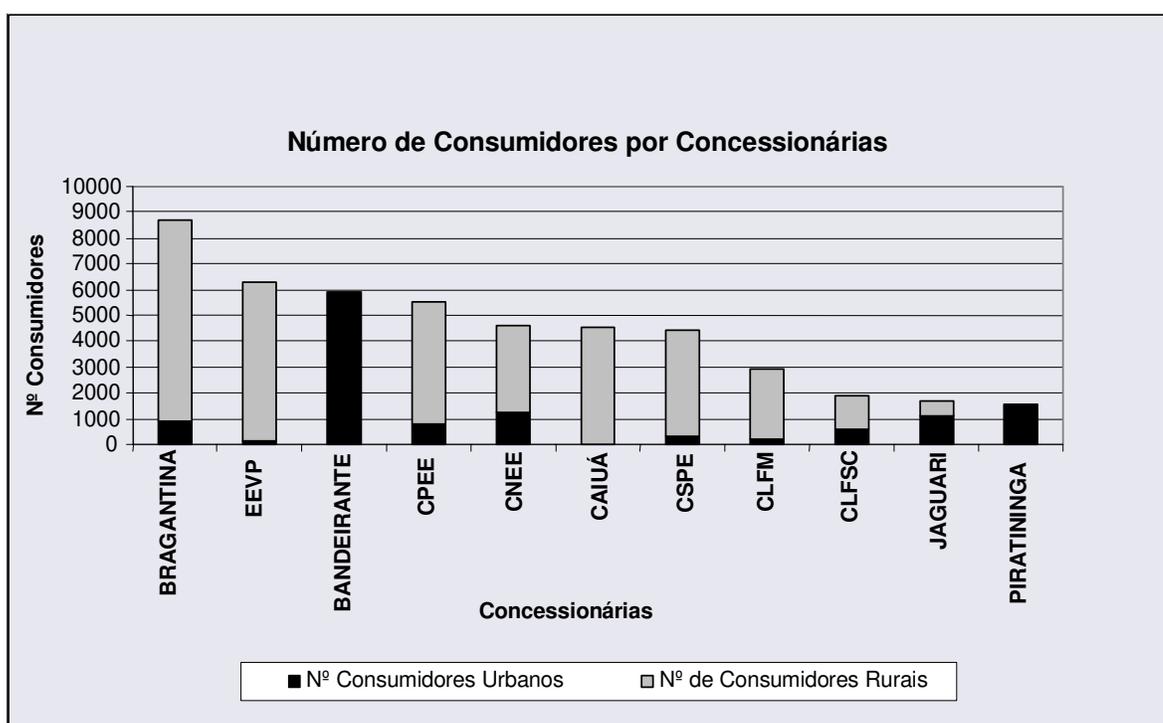
Número total consolidado de consumidores supridos por redes particulares existentes no Estado de São Paulo e suas maiores detentoras



Fonte: CSPE/USP – Fiscalização Técnica

Tabela 19

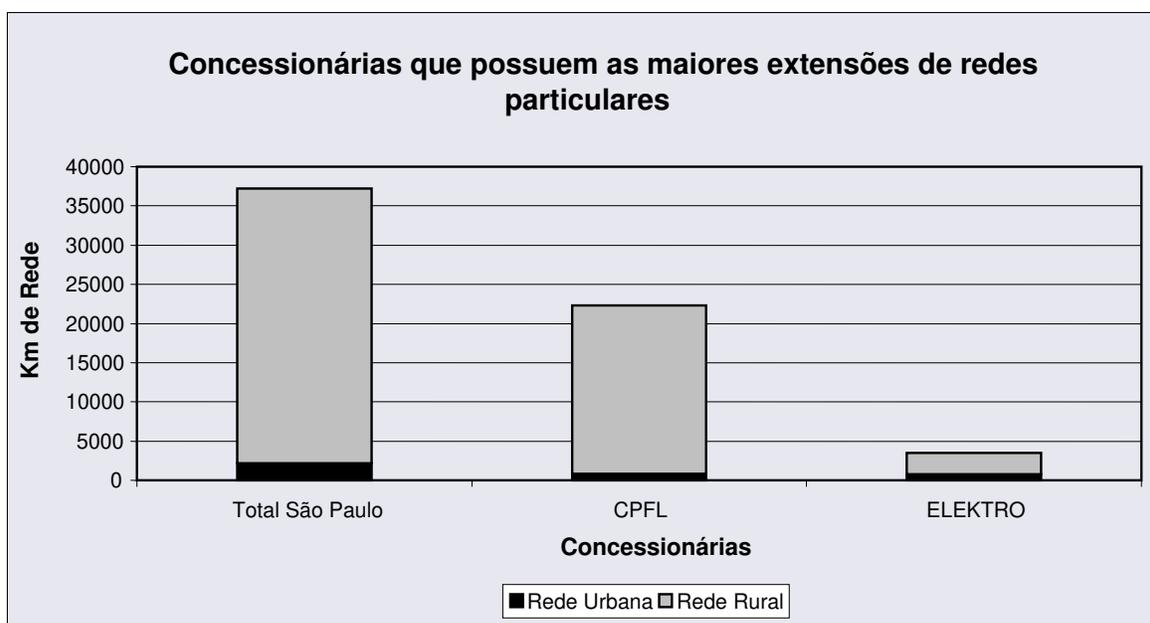
Número total consolidado de consumidores supridos por redes particulares nas demais concessionárias do Estado de São Paulo



Fonte: CSPE/USP – Fiscalização Técnica

Tabela 20

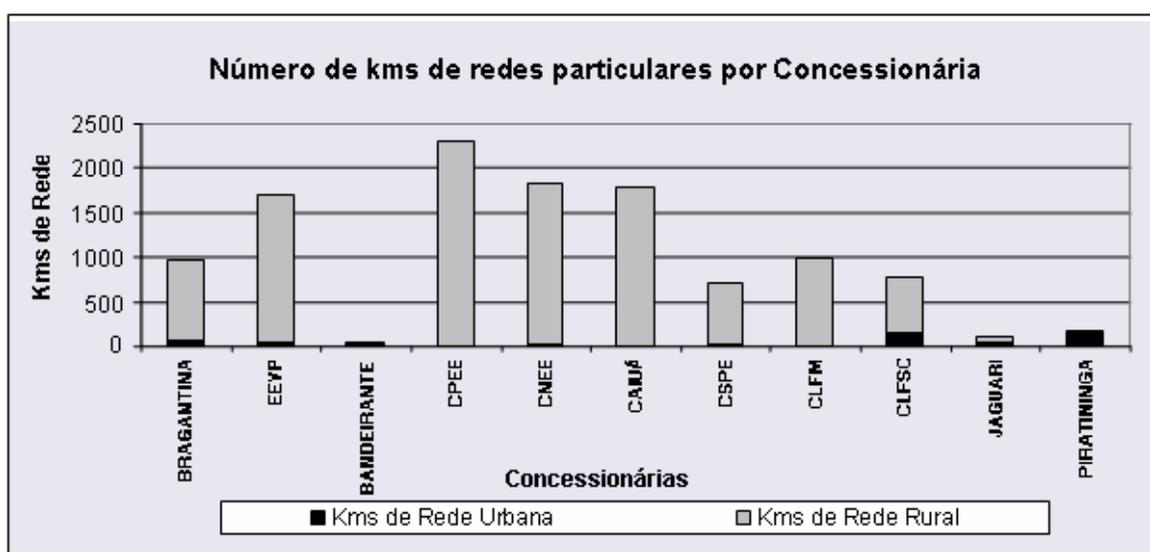
Totais consolidados de kms de redes particulares existentes no Estado de São Paulo e suas maiores detentoras



Fonte: CSPE/USP - Fiscalização Técnica

Tabela 21

Número consolidado de kms de redes particulares existentes nas demais concessionárias do Estado de São Paulo



Fonte: CSPE/USP – Fiscalização Técnica

Por esses dados se pode verificar que, em algumas concessionárias o problema representado pelas redes particulares é maior na área rural, em outras na área urbana e, em outras ainda, é um procedimento que se sobressai nas duas áreas. Pelo que se pode constatar, também, o problema tem maior gravidade na área de concessão da CPFL e Elektro, mas em outras empresas, como as dos Grupos Rede (Caiuá Serviços de Eletricidade, Companhia Nacional de Energia Elétrica, Empresa Elétrica Bragantina e Empresa de Eletricidade Vale do Paranapanema) e CMS (Companhia

Paulista de Energia Elétrica, Companhia Sul Paulista de Energia, Companhia Jaguari de Energia e Companhia Luz e Força de Mococa) também é significativo.

6.5.2. - O caso Menta e a dimensão regulatória

Em setembro de 2001, o Sr. Vicente Menta Neto, residente no Município de Motuca - SP, responsável por uma extensão de rede de distribuição com 4 kms., dos quais 3,7 kms. localizados em propriedade de terceiro, solicitou à Companhia Paulista de Força e Luz – CPFL, que a incorporasse, por meio de doação, no que concordou a Concessionária, desde que o consumidor procedesse a reforma dessa mesma rede.

Irresignado com a condição que lhe foi imposta, o consumidor recorreu à CSPE, que solicitou à CPFL a incorporação da referida rede até o ponto de entrega¹⁵⁸, sem ônus para o consumidor, ao que a Concessionária, em resposta¹⁵⁹, veio citar os termos do inciso I, do art. 9º da Resolução ANEEL 456, de 29 de novembro de 2000, que assim estabelece: “havendo uma ou mais propriedades entre a via pública e o imóvel em que se localiza a *unidade consumidora*, o *ponto de entrega* situar-se-á no limite da via pública com a primeira propriedade intermediária”. Ademais, observou naquela oportunidade a Concessionária que a referida disposição não fazia distinção entre unidades consumidoras rurais e urbanas para sua aplicação.

Em 2002, a CSPE solicitou à ANEEL a emissão de parecer referente ao processo administrativo interposto pelo Sr. Vicente Menta Neto, em razão de entender a Agência Estadual se tratar de assunto de grande relevância, que certamente serviria como precedente para futuros procedimentos a serem adotados pelas concessionárias distribuidoras de energia elétrica sediadas neste Estado.

Considerando a afirmativa da CPFL e o entendimento da CSPE quanto ao disposto no inciso I, do art. 9º, da Resolução ANEEL nº 456, de 29 de novembro de 2000 de que a linha em questão se configurava como extensão de rede de distribuição, razão porque não se aplicaria o dispositivo mencionado pela CPFL, a

¹⁵⁸ Ponto de conexão do sistema elétrico da concessionária com as instalações elétricas da unidade consumidora, caracterizando-se como limite de responsabilidade do fornecimento (Redação contida no art. 2º, inciso XXVI da Resolução Aneel nº 456, de 29 de dezembro de 2000).

¹⁵⁹ Ofício nº 061/PI, de 22 de março de 2002.

ANEEL através de Nota Técnica nº 011/2002-SRC/ANEEL, de 23 de abril de 2002, se posicionou no sentido de que a CPFL assumisse a rede existente sem qualquer ônus para o consumidor, o que é objeto de análise na seção 6.5.3.

6.5.3. - A análise do caso

Pode-se observar da definição do ponto de entrega originalmente estabelecida pelo Decreto nº 41.019/57, que a mesma deveria se situar o mais próximo da divisa da propriedade a ser atendida, ou do poste inicial da linha quando esta fosse de propriedade particular.

O mesmo decreto estabelece a necessidade de autorização federal para a execução de serviços de transmissão ou distribuição de energia elétrica, quando se destinem ao uso exclusivo do permissionário¹⁶⁰, e posteriormente, o Decreto nº 62.655, de 3 de maio de 1968, regulamentou a execução de serviço de eletrificação rural, estabelecendo também a dependência de permissão federal, por ato do Ministro de Minas e Energia, para a execução de obras de transmissão e distribuição de energia elétrica destinada ao uso privativo de consumidores rurais, individualmente ou associados.

Vale lembrar que a Portaria MME nº 856, de 28 de junho de 1977, delegou competência ao Diretor-Geral do DNAEE para expedir portarias visando autorizar ao uso exclusivo de particulares, o estabelecimento de obras de transmissão e distribuição, bem como suas ampliações e modificações, em tensão nominal igual ou inferior a 138 KV.

Deve-se levar em conta também, que a condição para o consumidor possuir rede de sua propriedade, além de depender das autorizações citadas, depende também do interesse do mesmo, o que certamente ocorreria em condições consideravelmente particulares, haja vista a necessidade deste ter que solicitar a necessária autorização ao órgão competente, e arcar com todos os custos de sua implantação, manutenção, bem como das responsabilidades envolvidas.

¹⁶⁰ Art. 66, letra “c”.

Após a delegação de competência ao DNAEE para o estabelecimento do ponto de entrega, as Portarias sempre trataram especificamente da situação referente à rede de propriedade do consumidor, que se diferencia da disposição que trata da existência de propriedade intermediária, pela necessidade do interesse do consumidor e da autorização necessária.

Por estas razões, há que se admitir não merecer reparos o entendimento externado pela ANEEL, no caso mencionado na seção 6.5.2 de que a disposição do inciso I do art. 9º da Resolução ANEEL nº 456, de 29 de novembro de 2000, aplica-se somente ao atendimento de unidades consumidoras localizadas na área urbana, haja vista que seria uma incoerência o estabelecimento de um dispositivo que permitisse contrariar a legislação vigente.

Assim, em qualquer situação, se tem por princípio de que sejam utilizadas preferencialmente as vias públicas para a instalação da linha de atendimento da unidade consumidora que em toda propriedade rural certamente tem sua via de acesso. Segundo Silva (1984) “*É a rua ou estrada construída pelo poder público para utilização de todos, ou para serventia comum*”, e toda propriedade rural certamente tem sua via de acesso.

Quando a passagem por propriedade de terceiros se fizer necessária por questões técnicas, ou se apresentar como uma alternativa de menor custo, tem-se por correto que a concessionária estabeleça a faixa de servidão administrativa para a passagem da linha que irá atender a unidade consumidora nessas propriedades.

Pelo que se pode verificar das seções 6.4 e 6.5.2, não pairam quaisquer resquícios de dúvidas quanto a total responsabilidade da concessionária sobre as redes construídas por particulares, quanto à manutenção das redes existentes.

Ademais disso há que se analisar, paralelamente ao caso, alguns pontos:

(i) a responsabilidade pela operação e manutenção das instalações particulares se diversifica regionalmente conforme entendimentos locais, geralmente não formalizados, entre proprietários particulares das instalações e as respectivas concessionárias, contrariando o disposto no inciso III, dos parágrafos 1º e 2º do art. 4º do Decreto nº 62.655, de 03 de janeiro de 1968;

(ii) a referida prática fere o princípio da isonomia de atendimento a consumidores de um mesmo grupo tarifário que pagam as mesmas tarifas de fornecimento e alguns têm atribuições adicionais a outros, ao assumirem a operação e manutenção das referidas instalações;

(iii) a dificuldade de se obter comprovações documentais de propriedade da grande maioria dessas instalações particulares;

(iv) que nesses atendimentos as concessionárias entregam energia elétrica em média tensão (Grupo A4)¹⁶¹ e faturam, compulsoriamente, com tarifa do Grupo B¹⁶²;

(v) prejuízos na apuração de indicadores de desempenho elétrico nesses sistemas, desde que muitas vezes não são apontadas as interrupções ocorridas no âmbito de instalações particulares, para efeito de cálculo dos indicadores DEC, FEC, DIC, FIC e DMIC, conforme instruções da Resolução ANEEL nº 024, de 29 de janeiro de 2000¹⁶³;

(vi) dificuldades quanto à definição de responsabilidade civil sobre danos decorrentes de acidentes elétricos nessas instalações particulares desde que as mesmas não pertencem às concessionárias e transportam energia elétrica ainda não medida e sob sua responsabilidade;

(vii) a possibilidade de eventuais conflitos nas áreas em que se concentrarem as instalações elétricas pertencentes a particulares, em face da implementação dos planos de universalização de energia elétrica, assunto regulamentado pela Resolução ANEEL nº 223, de 29 de abril de 2003, bem como a regularização das Cooperativas Rurais, com base na Resolução ANEEL nº 012, de 11 de janeiro de 2002, e no art. 23

¹⁶¹ Grupamento composto de unidades consumidoras com fornecimento em tensão igual ou superior a 2,3 kV, ou ainda, atendidas em tensão inferior a 2,3 kV a partir de sistema subterrâneo de distribuição e faturadas neste Grupo nos termos definidos no art. 82...(Resolução ANEEL nº 456/2000).

(...)

Subgrupo A4 –tensão de fornecimento de 2,3 kV a 25 kV.

¹⁶² Grupamento composto de unidades consumidoras com fornecimento em tensão inferior a 2,3 kV, ou ainda, atendidas em tensão superior a 2,3 kV e faturadas neste Grupo nos termos definidos nos arts. 79 a 81...(da Resolução ANEEL nº 456/2000).

¹⁶³ Estabelece as disposições relativas à continuidade da distribuição de energia elétrica às unidades consumidoras.

da Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995, que estabelece as normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências¹⁶⁴

À vista disso, é que foi editada pela ANEEL, Resolução Normativa 229, de 08 de agosto de 2006, estabelecendo as condições gerais de incorporação das redes existentes. Como há um grande número de instalações que, principalmente no Estado de São Paulo, necessitam ser incorporadas ao sistema das concessionárias, tem-se como certo que a regulamentação da ANEEL balizará os procedimentos de fiscalização das agências descentralizadas.

6.5.4. - A questão das cooperativas de eletrificação rural

O ponto fulcral cinge-se, inicialmente, em se saber se com o advento da Resolução ANEEL nº 012, de 11 de janeiro de 2002, que regulamenta os serviços de cooperativas de eletrificação rural¹⁶⁵, nos termos do art. 23 da Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995, restabeleceu, ou criou, algum fator impeditivo à plena vigência do Decreto nº 62.655, de 03 de maio de 1968, que conceitua o serviço de eletrificação rural.

De acordo com os objetivos do Governo Federal de estímulo à formação de Cooperativas de Eletrificação Rural, o Decreto nº 62.724, de 17 de maio de 1968, ao estabelecer as normas gerais de tarifação para empresas concessionárias de serviços públicos de energia elétrica, dedicou o Capítulo III à Classificação Especial de

¹⁶⁴ Art. 23 Na prorrogação das atuais concessões para distribuição de energia elétrica, o poder concedente diligenciará no sentido de compatibilizar as áreas concedidas às empresas distribuidoras com áreas de atuação de cooperativas de eletrificação rural, examinando suas situações de fato como prestadoras de serviço público, visando enquadrar as cooperativas como permissionárias de serviço público de energia elétrica.

Parágrafo único. Constatado, em processo administrativo, que a cooperativa exerce, em situação de fato ou com base em permissão anteriormente outorgada, atividade de comercialização de energia elétrica a público distinto, localizado em sua área de atuação, é facultado ao poder concedente promover a regularização da permissão. – (Art. 23 regulamentado pelo Decreto nº 4.855, de 09.10.2003).

¹⁶⁵ Revogou a Resolução nº 333, de 1999, que disciplinava as condições gerais para a implantação de instalações de energia elétrica de uso privativo, dispunha sobre permissão de serviços públicos de energia elétrica e fixava regras para a regularização de cooperativas de eletrificação rural.

Consumidores, dentre os quais inseriu os consumidores rurais (inclusive a cooperativa de eletrificação rural).

Foi neste contexto que surgiram as cooperativas de eletrificação rural que, sob administrações atuantes na defesa dos interesses de seus associados, cresceram e se consolidaram no setor de energia elétrica ao ponto de, nos dias atuais, poderem atuar como permissionárias, inclusive algumas até com geração própria.

A Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995¹⁶⁶, visando por um fim às tentativas de regularização das cooperativas de eletrificação rural, e compatibilizando a mudança com conflitos espalhados pelo Brasil, estabelece em seu art. 23 os seguintes termos:

“Art. 23. Na prorrogação das atuais concessões para distribuição de energia elétrica, o poder concedente diligenciará no sentido de compatibilizar as áreas concedidas às empresas distribuidoras com as áreas de atuação de cooperativas de eletrificação rural, examinando suas situações de fato como prestadoras de serviço público, visando enquadrar as cooperativas como permissionárias de serviço público de energia elétrica.

Parágrafo único. Constatado em processo administrativo, que a cooperativa exerce, em situação de fato ou com base em permissão anteriormente outorgada, atividade de comercialização de energia elétrica a público distinto, localizado em sua área de atuação, é facultado ao poder concedente promover a regularização da permissão.”

Com efeito, o que se verifica, a partir da dicção das normas em questão, é que a atuação da ANEEL, nesse tipo de avença, se restringe, em princípio, a regulamentar, através de resoluções, os procedimentos para regularização de cooperativas de eletrificação rural.

E assim vem procedendo, primeiramente com a Resolução nº 333/99 e, posteriormente, com a Resolução ANEEL nº 12, de 11 de janeiro de 2002¹⁶⁷.

¹⁶⁶ Estabelece normas para a outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências.

¹⁶⁷ Estabelece as condições gerais para a regularização de cooperativas de eletrificação rural, nos termos do art. 23 da Lei nº 9074/95.

Nessa esteira de raciocínio que não se admite como válida, a hipótese de revogação, seja tácita ou expressa, do Decreto nº 62.655, de 03 de maio de 1968 por uma resolução.

De imediato há de se rechaçar eventual conflito por ordenação de normas, uma vez que os decretos (normas ordinárias) se sobrepõem às resoluções (normas regulamentares), como ponto nevrálgico da questão suscitada, razão porque, independentemente da Resolução nº 12, de 11 de janeiro de 2002, o Decreto nº 62.655, de 03 de maio de 1968¹⁶⁸ encontra-se apto a produzir seus efeitos.

6.5.5. - A questão na área urbana

Na área urbana as redes particulares encontram-se restritas aos loteamentos. Há uma superposição legislativa que não permite concluir com precisão sobre a responsabilidade pelo custeio da infra-estrutura de distribuição de energia elétrica em loteamentos. Por outro lado, a responsabilidade pela operação e manutenção destas redes é sempre da concessionária.

Recentemente, a ANEEL editou resolução procurando disciplinar o assunto, já que na Resolução nº 223, de 29 de abril de 2003¹⁶⁹, este assunto foi excluído. Assim, foi editada a Resolução ANEEL 82, de 13 de setembro de 2004, que em seu art. 1º assim dispõe:

“Art. 1º Estabelecer, na forma desta Resolução, as condições para atendimento com redes de energia elétrica nos lotes situados em loteamentos urbanos, nos parcelamentos situados em zonas habitacionais de interesse social e nos parcelamentos populares, em consonância com o disposto na Lei nº 6.766, de 1979, alterada pela Lei nº 9.785, de 1999, bem como para incorporação dos

¹⁶⁸ Regulamenta a execução de Serviço de Eletrificação Rural mediante autorização para uso privativo e dá outras providências.

¹⁶⁹ Estabelece as condições gerais para elaboração dos Planos de Universalização de Energia Elétrica visando ao atendimento de novas unidades consumidoras, regulamentando o disposto nos arts. 14 e 15 da Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002, e fixa as responsabilidades das concessionárias e permissionárias de serviço público de distribuição de energia elétrica.

bens e instalações ao ativo de concessionária ou permissionária de serviço público de distribuição”.

Com tal Resolução objetivou a ANEEL evitar que o universo dos consumidores da concessionária seja responsabilizado pelo ônus legalmente atribuído aos loteadores. Admitir-se que os recursos que devem ser utilizados pela concessionária, para restituir os valores despendidos pelos empreendedores, para a construção das redes destinadas ao atendimento dos lotes urbanos situados em loteamentos resultaria que a Agência estaria consentindo com uma provável elevação das tarifas dos consumidores em benefício dos loteadores, o que efetivamente contraria o interesse público.

6.5.5.1. - Apresentação do problema

A Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002, em seu art. 14¹⁷⁰ atribuiu à ANEEL a tarefa de estabelecer metas de universalização, do acesso ao serviço público de energia elétrica, utilizando uma sistemática de áreas no interior das quais o atendimento de novas ligações ou aumento de carga deverá ser realizado sem ônus de qualquer espécie para o solicitante.

A referida Lei, em seu art. 15, estabelece que a ANEEL poderá promover licitações para a outorga de permissões de serviço público de energia elétrica, em áreas já concedidas cujos contratos não contenham cláusula de exclusividade, visando a universalização do serviço público de energia.

Neste contexto, foi atribuído à ANEEL o dever de regulamentar a norma legal, de forma a garantir sua implementação, o que ocorreu com a publicação da Resolução nº 223, de 29 de abril de 2003, que dispôs sobre as responsabilidades das

¹⁷⁰ Art. 14. No estabelecimento das metas de universalização do uso da energia elétrica, a Aneel fixará, para cada concessionária e permissionária de serviço público de distribuição de energia elétrica:

I - áreas, progressivamente crescentes, em torno das redes de distribuição, no interior das quais a ligação ou aumento de carga de consumidores deverá ser atendida sem ônus de qualquer espécie para o solicitante;

II - áreas, progressivamente decrescentes, no interior das quais a ligação de novos consumidores poderá ser diferida pela concessionária ou permissionária para horizontes temporais pré-estabelecidos pela Aneel, quando os solicitantes do serviço serão então atendidos sem ônus de qualquer espécie.

concessionárias e permissionárias de serviço público de distribuição de energia elétrica, de acordo com seus respectivos Planos de Universalização de Energia Elétrica.

A Lei nº 10.438, de 2002, ao dispor sobre a universalização do serviço público de energia elétrica, partiu da premissa de garantir o acesso à energia elétrica aos consumidores ainda não atendidos pela distribuidora local, sem ônus de qualquer espécie ao solicitante. A ANEEL, ao publicar a regulamentação da matéria, por meio da Resolução nº 223, de 29 de abril de 2003, excluiu das condições de atendimento ali estabelecidas os lotes urbanos situados em loteamentos, nos termos do inciso III do seu art. 16¹⁷¹, razão porque vários questionamentos se apresentaram, dentre os quais se pode destacar, a título de exemplo: (i) a responsabilidade pela construção das obras de infra-estrutura básica para atendimento de energia elétrica dos referidos empreendimentos; (ii) a questão da incorporação dessas obras ao ativo das respectivas concessionárias de serviço público de distribuição de energia elétrica e (iii) o ressarcimento dos custos incorridos aos empreendedores dos loteamentos.

De fato, as Leis nºs 10.438/02 e 10.762/03 estabeleceram um programa de universalização de energia, prevendo também os recursos para sua execução, pagos por todos os consumidores do País, exceto os de baixa renda. O foco do programa é a viabilização da expansão da rede para ligação de novos consumidores atendidos em baixa tensão (exceto iluminação pública), em sua grande maioria, de menor poder aquisitivo. A forma de financiamento e a previsão de recursos da Conta de Desenvolvimento Energético- CDE busca evitar que concessionárias com mais consumidores a serem universalizados tenham suas tarifas demasiadamente oneradas, o que poderia comprometer a modicidade tarifária. Adicionalmente as distribuidoras precisam antecipar os investimentos, que só serão reconhecidos em sua base de remuneração nas revisões tarifárias. Este financiamento da concessionária poderia, em casos particulares, de acentuada universalização, afetar o equilíbrio econômico financeiro da concessão.

¹⁷¹Art. 16. Excluem-se das condições de atendimento estabelecidas nesta Resolução os seguintes casos:
(...)

III – lotes urbanos situados em loteamentos.

Assim, a Lei nº 10.438, de 2002, alterou o procedimento para o atendimento dos consumidores que especificou, definindo que as ligações se dariam sem ônus para os novos consumidores que não deveriam participar dos investimentos necessários à sua ligação. A lei estabeleceu cronograma para a universalização em áreas progressivamente crescentes a partir das redes de distribuição atuais. Novos consumidores, localizados em áreas ainda não abrangidas pela cobertura da lei, teriam a opção de antecipar os investimentos necessários ao atendimento, sendo ressarcidos, posteriormente, quando atingidos pelo cronograma de universalização.

6.5.5.2. - Loteamentos

Inicialmente, é necessário esclarecer que a questão do parcelamento do solo urbano é regida por legislação específica, consubstanciada na Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, alterada pela Lei nº 9.785, de 29 de janeiro de 1999, regulamentação esta que não se confunde com a universalização dos serviços de energia elétrica, advinda da publicação da Lei nº 10.438, de 2002, e que tem por objetivo primordial o atendimento aos consumidores que não tem acesso ao serviço público de energia elétrica, senão veja-se.

A Lei nº 6.766, de 1979, alterada pela Lei nº 9.785, de 1999, ambas de âmbito federal, disciplina o parcelamento do solo para fins urbanos, estabelecendo todas as regras para a aprovação e implementação dos projetos de loteamentos, desde sua formação até a alienação e utilização dos lotes, das áreas livres e dos espaços e vias públicas de uso comum.

Compete à União estabelecer normas gerais no que concerne ao direito urbanístico, por intermédio da elaboração e execução de planos nacionais e regionais de ordenação do território, bem como pela instituição das diretrizes para o desenvolvimento urbano, nos termos dos incisos IX e XX do art. 21¹⁷² da

¹⁷² Art. 21. Compete à União:

IX - elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social;

XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;

Constituição Federal, enquanto, por outro lado, é de competência do município estabelecer normas que versem sobre os assuntos de interesse local, conforme disposto no inciso VIII, do artigo 30¹⁷³, da Constituição Federal de 1988. No mesmo sentido, o diploma constitucional preconiza, em seu art. 182:

“Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo poder público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.”

Neste íterim, observa-se que compete ao Município, mediante a elaboração do Plano Diretor ou Lei Municipal, definir os padrões urbanísticos e as condições/exigências mínimas para o planejamento municipal, especialmente no tocante à disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo urbano.

A União, atuando no âmbito de sua competência, publicou a referida Lei nº 6.766, de 1979, posteriormente modificada pela Lei nº 9.785, de 1999, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano, estabelecendo os requisitos urbanísticos para os parcelamentos, as exigências para a aprovação e registro dos projetos de loteamentos, dentre outros, e determinando que:

“Art. 1º - O parcelamento do solo para fins urbanos será regido por esta Lei.

Parágrafo único. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão estabelecer normas complementares relativas ao parcelamento do solo municipal para adequar o previsto nesta Lei às peculiaridades regionais e locais.

¹⁷³ “Art. 30. Compete aos Municípios:

VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.”

Art. 2º - O parcelamento do solo urbano poderá ser feito mediante loteamento ou desmembramento, observadas as disposições desta Lei e as das legislações estaduais e municipais pertinentes.

§ 1º - Considera-se loteamento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes.

(...)

§4º Considera-se lote o terreno servido de infra-estrutura básica cujas dimensões atendam aos índices urbanísticos definidos pelo plano diretor ou lei municipal para a zona em que se situe.

§5º Consideram-se infra-estrutura básica os equipamentos urbanos de escoamento das águas pluviais, iluminação pública, redes de esgoto sanitário e abastecimento de água potável, e de energia elétrica pública e domiciliar e as vias de circulação pavimentadas ou não.

§6º A infra-estrutura básica dos parcelamentos situados nas zonas habitacionais declaradas por lei como de interesse social (ZHIS) consistirá, no mínimo, de:

I - vias de circulação;

II - escoamento das águas pluviais;

III - rede para o abastecimento de água potável; e

IV - soluções para o esgotamento sanitário e para a energia elétrica domiciliar.

Art. 3º. Somente será admitido o parcelamento do solo para fins urbanos em zonas urbanas, de expansão urbana ou de urbanização específica, assim definidas pelo plano diretor ou aprovadas por lei municipal”. (gn)

Da mencionada lei se depreende que os projetos de loteamentos urbanos, que são realizados por interesse do empreendedor, devem atender a determinados requisitos legais para obter sua aprovação junto à respectiva Prefeitura Municipal ou

Distrito Federal, que são os órgãos competentes para avaliar o interesse no empreendimento, observadas as normas urbanísticas constantes da legislação local pertinente, com vistas a assegurar, aos interessados em adquirir os lotes, as condições mínimas de habitabilidade e conforto.

Ressalte-se, neste particular, as disposições constantes dos parágrafos 4º e 5º, do art. 2º (Lei nº 6.766/79) que definem as características de um lote, estabelecendo os requisitos para que um terreno seja assim considerado, determinando, inclusive, a existência da infra-estrutura básica para os parcelamentos em geral, consistente na existência de equipamentos urbanos de iluminação pública, de energia elétrica pública e domiciliar, entre outros, para que o projeto seja aprovado.

Note-se, ainda, que a responsabilidade pela infra-estrutura é do loteador, nos termos da Lei nº 6.766, de 1979, com redação dada pela Lei nº 9.785, de 1999, e nas leis municipais que a seguem. No desenvolvimento do projeto de loteamento, o empreendedor arca com custos que repassa, posteriormente, aos adquirentes dos lotes. Desta forma e, na prática, a valorização e a venda de lotes se realizam com a inclusão dos custos referentes à infra-estrutura.

Note-se ademais, que as disposições da Lei nº 6.766, de 1979, e da Lei nº 9.785, de 1999, ambas de âmbito federal, devem ser observadas pelos empreendedores, especialmente no tocante à responsabilidade pela realização das obras de infra-estrutura básica para atendimento do loteamento, mesmo que das leis que aprovam os projetos de loteamentos não conste qualquer exigência em relação à construção das obras referentes à iluminação pública e energia elétrica domiciliar, pois a legislação federal se sobrepõe à municipal ou distrital.

Por outro lado, deve ser ressaltada a existência de outras duas espécies de parcelamento previstas na Lei nº 6.766, de 1979, quais sejam, (i) os parcelamentos urbanos situados em zonas habitacionais declaradas por lei como de interesse social, nos termos do disposto no inciso IV, § 6º, art. 2º da Lei supra referida, e (ii) os parcelamentos populares, instituídos pelo § 4º do art. 18, destinados “*as classes de menor renda, em imóvel declarado de utilidade pública, com processo de desapropriação judicial em curso e imissão provisória na posse, desde que*

promovido pela União, Estados, Distrito Federal, Municípios ou suas entidades delegadas, autorizadas por lei a implantar projetos de habitação.”

Para os parcelamentos localizados em zonas habitacionais de interesse social foram exigidas apenas “*soluções*” para a energia elétrica domiciliar. Todavia, se observa que não há qualquer determinação legal no tocante a definição da infraestrutura necessária para os parcelamentos populares, nos quais os lotes são destinados à população de menor renda.

Sobre tal tema, assim entende Ribeiro (2004):

“(…)

O § 6º acima citado não se destina apenas aos parcelamentos populares de iniciativa do Poder Público. Na verdade, não há nenhuma vinculação entre o parcelamento em área declarada de interesse social (art. 2º, § 6º) e o parcelamento popular (art. 18, § 4º). O parcelamento em área de interesse social não será necessariamente o chamado parcelamento popular do art. 18, § 4º, assim como esse parcelamento popular não terá de ser implementado necessariamente em área declarada de interesse social.

A União, Estados, Distrito Federal e Municípios poderão implantar o parcelamento popular nas áreas declaradas de interesse social (o que deve ser o mais comum), desde que esta assim esteja declarada por lei. Neste caso, a infra-estrutura mínima será a do § 6º do art. 2º. Por outro lado, nada impede que o parcelamento popular seja implementado em outra área, que não seja a declarada de interesse social, sendo, neste caso, a infra-estrutura básica a exigida no § 5º do art. 2º. A questão é relevante, especialmente quando o parcelamento estiver sendo implementado pela União ou Estados. Isso porque a lei, a ser editada para declarar uma área como de interesse social, é de competência do Município, por se tratar, evidentemente, de assunto de interesse local (art. 30, I, da Constituição Federal). Caso o parcelamento popular pudesse ser implementado apenas em área de interesse social, a União e os Estados ficariam a depender da lei municipal para efetivá-lo. Sendo assim, ainda que a área não seja declarada

de interesse social pelo Município, a União ou os Estados poderão implantar o parcelamento popular, porém com a infra-estrutura prevista no § 5º do art. 2º.

Tem-se, portanto, que o parcelamento em área de interesse social não é exclusividade do Poder Público. Dessa forma, havendo declaração de um imóvel situado em zona habitacional como de interesse social, este poderá ser parcelado tanto por particular quanto pelo Poder Público. Por outro lado, como visto, o parcelamento popular do art. 18, § 4º não precisa ser implementado em área de interesse social. A diferença é que o parcelamento popular do art. 18, § 4º é feito pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, ou suas entidades delegadas, o que tem implicação direta nos documentos necessários ao Registro Imobiliário”.

Desta forma e, considerando o anteriormente exposto, conclui-se que: (i) o parcelamento do solo urbano para fins de loteamento somente se admite mediante o preenchimento de determinados requisitos legais; (ii) a responsabilidade pela infra-estrutura dos loteamentos, incluídas as obras para atendimento de energia elétrica pública e domiciliar, de acordo com as disposições legais acima transcritas, é do loteador; (iii) para os parcelamentos urbanos situados em zonas habitacionais de interesse social, assim declarada por lei, devem constar soluções para a energia elétrica domiciliar, sendo, portanto, as unidades consumidoras incluídas no espectro abrangido pela Lei de Universalização dos Serviços de Energia Elétrica.

6.5.6. - Os serviços de energia elétrica

Faz-se necessário esclarecer, inicialmente, que, conquanto a Constituição Federal tenha estabelecido expressamente a competência dos municípios em legislar sobre assuntos de interesse local, em algumas situações esse interesse não pode ser considerado apenas na esfera municipal, como é o caso típico dos serviços públicos. De fato, o problema começa quando, na prática, o interesse, apesar de local, é também regional, afetando, até mesmo, interesses afetos à própria União, como é o caso dos serviços e instalações de energia elétrica.

Historicamente, observa-se que é de competência exclusiva da União a exploração dos serviços e instalações de energia elétrica, desde a CF de 1934, passando pela CF de 1967, que, nos termos do inciso XV, alínea “b”, do seu artigo. 8º, dispunha sobre a competência privativa da União para “*explorar diretamente ou mediante autorização ou concessão, os serviços e instalações de energia elétrica de qualquer origem ou natureza.*” Esta determinação foi mantida pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, e, no mesmo sentido, a CF de 1988, atualmente em vigor, dispõe, na alínea “b”, inciso XII, do art. 21, que compete à União “*explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos*”.

Mais especificamente sobre a regulamentação dos serviços de energia elétrica, é de se ressaltar as disposições do Decreto nº 41.019, de 26 de fevereiro de 1957 – alterado pelos Decretos nº 83.269, de 12 de março de 1979, e nº 98.335, de 26 de outubro de 1989 – que estabeleceu, em seu art. 136, a obrigatoriedade, por parte dos concessionários, do fornecimento de energia elétrica aos “*consumidores de caráter permanente localizados dentro dos limites das zonas concedidas respectivas, sempre que as instalações elétricas das unidades de consumo, destinadas ao recebimento e à utilização de energia, satisfaçam condições técnicas de segurança, proteção e operação adequadas*”, determinando, ainda, em seu art. 138, que “*os encargos de responsabilidade do concessionário e do consumidor, decorrentes do atendimento de novas ligações, acréscimos ou decréscimos de carga, dependentes ou não de obras no sistema elétrico*” seriam definidos em ato do DNAEE.

Do mencionado decreto se depreende que o custeio das extensões do sistema elétrico, necessárias ao atendimento de pedidos de ligação ou mudança de tensão de fornecimento seria de responsabilidade da concessionária até o limite por ela calculado, conforme regulamentação expedida pelo DNAEE, que, ao estabelecer tais normas, considerou o sistema elétrico do País como um todo, a fim de que o investimento de responsabilidade do concessionário não acarretasse acréscimo ao custo total do serviço do setor elétrico, superior ao acréscimo da receita.

Todavia, se verifica que a melhor interpretação da regulamentação do setor se faz no sentido de que o encargo financeiro de responsabilidade do concessionário pressupõe o efetivo consumo de energia elétrica na unidade consumidora, não sendo possível imputar-se a ele o ônus de realizar um investimento sem a devida contraprestação. Realmente, as concessionárias têm o dever de atender as solicitações dos consumidores, com os quais celebrará os indispensáveis contratos de fornecimento, nos termos da Resolução nº 456, de 29 de novembro de 2000 e, mediante a cobrança das tarifas, têm o direito de ser remunerada pelos investimentos efetuados.

Desta feita, conclui-se que a concessionária não tem a obrigação de servir os loteamentos da infra-estrutura de energia elétrica, pois sua responsabilidade reside na determinação de atendimento aos efetivos consumidores de energia, e não aos terrenos onde, futura e eventualmente, eles estarão residindo e, somente nesta hipótese, consumindo energia. Em outros termos, o que ocorre é que, no momento da aprovação do projeto de loteamento, ainda não está configurada a presença do consumidor, a qual se materializa somente durante ou após a construção de um imóvel. Além do mais, dado o caráter de empreendimento comercial dos loteamentos, não se pode admitir que a concessionária arque com uma responsabilidade que é, por força de lei, do loteador/empreendedor.

A Lei nº 10.438, de 2002, ao dispor sobre a universalização do serviço público de energia elétrica, partiu da premissa de *“garantir que qualquer consumidor possa ter acesso à energia elétrica, tendo como único custo a fatura decorrente da energia elétrica consumida, sem qualquer ônus relativo às novas ligações ou aumento de carga”*.

Assim, todas as solicitações de ligações efetuadas por potenciais consumidores de energia elétrica devem ser atendidas pelas concessionárias ou permissionárias, sem ônus de qualquer espécie, nos termos da lei e de acordo com a regulamentação publicada pela ANEEL.

Contudo, se tem observado que esta proposta é incompatível com a inclusão dos lotes urbanos situados em loteamentos nos planos de universalização das

concessionárias, pois esta situação não se coaduna com a legislação que rege o parcelamento urbano, conforme anteriormente demonstrado, e tampouco com o pressuposto de que a concessionária tem obrigação de atender aos consumidores de caráter permanente localizados dentro da sua área de concessão.

Da mesma maneira, não se pode admitir que os princípios e preceitos da universalização possam ser utilizados por empreendedores que, para atendimento de seus próprios negócios, acarretem mais um ônus às concessionárias e, conseqüentemente, ao conjunto dos consumidores, em detrimento do interesse público. Ou seja, ao se transferir o ônus de atender a um loteamento, ainda não habitado, para as concessionárias, todos os demais consumidores efetivamente por ela atendidos – e não somente os futuros adquirentes dos lotes – seriam afetados, pelos investimentos então efetuados, por ocasião do repasse de seus custos/investimentos às tarifas.

Ainda, a experiência tem demonstrado que nos loteamentos não habitados e, portanto, sob responsabilidade do empreendedor, muitos prejuízos são por ele suportados, especialmente pela ocorrência de furto nas instalações elétricas (fios, cabos, transformadores, isoladores, etc.). Ora, é inegável que ao se imputar tais custos às concessionárias, estar-se-ia prejudicando um universo de consumidores, em benefício de um empreendimento, onde sequer estaria caracterizada a presença da figura jurídica do consumidor de caráter permanente a que alude o art. 136 do Decreto n° 41.019, de 1957, com a redação dada pelo Decreto n° 98.335, de 26 de outubro de 1989.¹⁷⁴

¹⁷⁴ Art. 136. O concessionário de serviços públicos de eletricidade é obrigado a fornecer energia elétrica, nos pontos de entrega, pelas tarifas aprovadas, nas condições estipuladas neste Capítulo e em atos baixados pelo Ministro das Minas e Energia e pelo Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica - DNAEE, aos consumidores de caráter permanente localizados dentro dos limites das zonas concedidas respectivas, sempre que as instalações elétricas das unidades de consumo, destinadas ao recebimento e à utilização de energia, satisfaçam condições técnicas de segurança, proteção e operação adequadas.

6.5.7. - Incorporação das obras efetuadas em loteamentos ao ativo da concessionária

A Constituição Federal de 1988 determina, em seu art. 21, XII, “b”:

“Art. 21. Compete à União:

(...)

XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

(...)

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos”

Por seu turno, da regulamentação dos serviços de energia elétrica, consubstanciada no Decreto nº 41.019, de 1957, depreende-se que:

“Art. 44 - A propriedade da empresa de energia elétrica em função do serviço de eletricidade compreende todos os bens e instalações que, direta ou indiretamente, concorram, exclusiva e permanentemente, para a produção, transmissão, transformação ou distribuição de energia elétrica.

Parágrafo único. A propriedade abrange a própria fonte de energia hidráulica, quando pertencente ao utente, no caso de águas comuns ou particulares”.

“Art. 89. Findo o prazo da concessão reverte para a União ou para o Estado, conforme o domínio a que estiver sujeito o curso d’água, toda a propriedade do concessionário em função de seu serviço de eletricidade (art. 44).

(...).”

“Art. 90. Nos contratos de concessão serão estipuladas as condições de reversão, que poderá ser com ou sem indenização.”

“Art. 131. Os concessionários de serviços de energia elétrica deverão dispor de quadro de pessoal técnico e administrativo legalmente habilitado e em quantidade suficiente para atender aos serviços de operação e conservação das instalações”.

Da análise dos artigos supratranscritos, se observa que a exploração dos serviços de distribuição de energia elétrica é de competência da União, sendo apenas objeto de concessão a particulares, os quais detêm, por força dos respectivos contratos firmados com o poder concedente, as obras e instalações afetas à prestação de serviços por eles levada a efeito.

Destaque-se, ainda, que desde a origem da regulamentação dos serviços de energia elétrica, existe a determinação de que todos os bens e instalações vinculados à prestação dos serviços devem ser incorporados ao ativo imobilizado em serviço dos concessionários, para que estes procedam à devida operação e manutenção dos mesmos, não importando se os bens e equipamentos foram estabelecidos com o auxílio dos consumidores ou não, tendo essa premissa sido mantida por todos os Decretos que alteraram sua redação, o que se observa do dispositivo do Decreto nº 41.019, de 1957, abaixo transcrito:

“Art. 143. As obras construídas com a participação financeira dos consumidores (arts. 140 e 142) serão incorporadas aos bens e instalações do concessionário quando concluídas, creditando-se em contas especiais as importâncias relativas às participações dos consumidores, conforme legislação em vigor”¹⁷⁵.

Neste particular, ressalte-se que, somente em se tratando de área rural, nos termos do Decreto nº 62.655, de 03 de maio de 1968¹⁷⁶, é possível a execução de obras de transmissão e distribuição de energia elétrica destinada ao uso privativo de pessoa física ou jurídica, estando a construção condicionada à obtenção de permissão federal por ato do Ministro das Minas e Energia, e posteriormente pelo DNAEE.

¹⁷⁵ Redação dada pelo Decreto 98.335, de 26 de outubro de 1989.

¹⁷⁶ Regulamenta a execução de Serviço de Eletrificação Rural mediante autorização para uso privativo e dá outras providências.

Observe-se que para a obtenção da referida permissão deveria ser apresentado requerimento contendo, dentre outros documentos e dados, a declaração de responsabilidade técnica pela manutenção e operação do sistema elétrico, a ser firmada pela concessionária responsável pelo suprimento.

A confirmar a necessidade de obtenção de autorização federal para construção de instalações elétricas particulares, note-se a disposição constante do art. 3º da Resolução nº 456, de 29 de novembro de 2000, que, ao estabelecer, de forma atualizada e consolidada, as Condições Gerais de Fornecimento de Energia Elétrica, determina:

“Art. 3º. Efetivado o pedido de fornecimento à concessionária, esta cientificará ao interessado quanto à:

(...)

II –eventual necessidade de:

(...)

c) obtenção de autorização federal para construção de linha destinada a uso exclusivo do interessado;

(...)”

Ademais, observa-se que, enquanto sob propriedade particular, a concessionária não tem como proceder à operação e manutenção dessas instalações, o que inviabiliza, inclusive, o cumprimento de determinações legais e regulamentares específicas do setor elétrico no que concerne à qualidade do atendimento, entre outras.

Diante disso, se verifica que as obras devem ser incorporadas aos bens e instalações da concessionária, primeiro porque o empreendedor não tem sequer a prerrogativa de se responsabilizar pela operação e manutenção dessas instalações e, em segundo, porque em se admitindo esta situação, estaria sendo violada à prescrição legal que fixa a competência da União, ou ao concessionário, ou permissionário delegado, a detenção exclusiva da propriedade das linhas situadas em vias públicas.

Especialmente na questão referente aos loteamentos, se torna necessário esclarecer que, por se tratar de construção de obras de infra-estrutura uma responsabilidade legal do empreendedor, conforme anteriormente exposto, não há que se falar em restituição de valores, pela concessionária, referentes à participação financeira do consumidor, por ocasião da incorporação dos bens e instalações ao seu ativo imobilizado em serviço.

No tocante à impossibilidade de se permitir à existência de sistemas particulares de distribuição de energia elétrica e, complementando o entendimento acima manifestado, vale trazer à colação os ensinamentos de Álvares (1978): *“Há bastante razão doutrinária para essa incorporação ao sistema, que representa uma unidade funcional, pois todas as instalações enquadradas na distribuição, como de resto no transporte e geração de energia elétrica para o serviço público, formam um todo indivisível. Por este motivo, qualquer nova linha que se ligue ao sistema não passa de simples extensão da coisa indivisível a que se incorpora, e através da qual se realiza a função elétrica.”*

Nesse diapasão, importa ressaltar que é de competência exclusiva da concessionária ou permissionária local a exploração dos serviços e instalações de distribuição de energia elétrica nas vias públicas, o que se infere das disposições constantes do anteriormente mencionado Decreto nº 41.019, de 1957, em seu art. 136, com redação dada pelo Decreto nº 98.335, de 26 de outubro de 1989¹⁷⁷, que estabelece a obrigatoriedade de fornecimento de energia elétrica aos consumidores pelas concessionárias de distribuição *“nos pontos de entrega”*, que, por definição, *“será a conexão do sistema elétrico do concessionário com as instalações de utilização de energia do consumidor”*, nos termos do seu art. 135, com redação dada pelo Decreto nº 86.463, de 13 de outubro de 1981¹⁷⁸.

¹⁷⁷ Altera os arts. 136 a 144 do Decreto 41.019 de 26 de fevereiro 1957, que regulamenta os serviços de energia elétrica, e revoga o Decreto 83.269 de 12.03.1979.

¹⁷⁸ Altera o Decreto nº 41.019, de 26 de fevereiro de 1957, que regulamenta os serviços de energia elétrica, e o Decreto nº 62.724, de 17 de maio de 1968, que estabelece normas gerais de tarifação para as empresas concessionárias de serviços públicos de energia elétrica, e dá outras providências.

Por sua vez, a Resolução nº 456, de 29 de novembro de 2000, dispõe, em seu art. 9º, que “o ponto de entrega de energia elétrica deverá situar-se no limite da via pública com o imóvel em que se localizar a unidade consumidora”.

Dessa forma, conclui-se que as instalações de energia elétrica construídas por terceiros não podem se utilizar das vias públicas da área de concessão da distribuidora, porquanto a responsabilidade por estas instalações é, por força das disposições do Decreto nº 41.019, de 1957, e dos respectivos contratos de concessão firmados com o poder concedente, exclusivamente da concessionária ou permissionária de distribuição de energia elétrica.

6.5.8. - A Regulamentação

Para a elaboração da Resolução Normativa nº 82, de 13 de setembro de 2004¹⁷⁹ partiu-se da premissa de que, da mesma maneira que *“desde a data do registro do loteamento passam a integrar o domínio do município as vias e praças, os espaços, livres e as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos”*, operando-se uma verdadeira separação entre os bens públicos e a propriedade privada, e, uma vez reconhecida a natureza pública do aparato destinado a distribuição de energia elétrica aos consumidores (ou seja, por se tratar de bens predispostos a atender o interesse público, o que os tornariam, por natureza, destinados a apropriação pública) e, ainda estando a implantação da infra-estrutura estabelecida na legislação específica diretamente vinculada ao interesse público, não há que se falar em propriedade dos empreendedores em relação às redes construídas nos loteamentos, devendo ser levado em consideração, inclusive, a impossibilidade de um particular ser detentor de sistema de distribuição de energia elétrica em vias públicas.

Acresce-se a isso, a existência de decisões de Tribunais Superiores que validam a interpretação da ANEEL no sentido de que os loteadores não exercem um “direito de propriedade” propriamente dito em relação às redes de energia elétrica por eles

¹⁷⁹ Estabelece as condições para atendimento com redes de energia elétrica nos lotes situados em loteamentos urbanos, nos parcelamentos situados em zonas habitacionais de interesse social e nos parcelamentos populares, bem como para incorporação dos bens e instalações ao ativo da concessionária ou permissionária de serviços públicos de distribuição.

construídas nos loteamentos – obrigatoriedade legal que constitui um ônus decorrente da atividade desenvolvida – e, no que concerne à obrigatoriedade de incorporação dos equipamentos urbanos ao Poder Público, traz-se a este estudo o teor dos acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, dos quais se infere que, consoante o comando da Lei de Parcelamento do Solo Urbano, a partir da data do registro do loteamento, se dá a ocorrência de uma “doação compulsória”:

“ENERGIA ELÉTRICA – Loteamento registrado – Rede de distribuição – Incorporação aos “equipamentos urbanos” – Artigo 22 da Lei Federal nº 6.766, de 1979 – Integração ao domínio público a partir do registro do loteamento – Responsabilidade da Municipalidade pela manutenção – Recurso não provido. (TJSP – Apelação Cível nº 121.766-2 – Rio Claro – Apelante: Prefeitura Municipal – Apelada: Schimdt Ltda.)”

“ENERGIA ELÉTRICA – Loteamento registrado – Rede de distribuição – Equipamentos que passam ao domínio do Município à partir do registro do loteamento – Responsabilidade deste pela sua manutenção e conservação, enquanto não incorporado pela CESP – Artigo 22 da Lei Federal nº 6.766, de 1979 – Recurso não provido. (TJSP – Apelação Cível nº 116.717-2 – Rio Claro – Apelante: Prefeitura Municipal – Apelada: Penabranca Construtora e Imobiliária Ltda.)”

Ainda, de acordo com a análise efetuada pela ANEEL, chegou-se a conclusão de que a questão dos lotes urbanos situados em loteamentos rege-se por lei própria, com a qual os preceitos da universalização dos serviços de energia elétrica não se confundem, e que não se pode imputar à concessionária a responsabilidade pelo investimento para a execução das obras de infra-estrutura de energia elétrica nos loteamentos, as quais, de fato e por força de lei, são de responsabilidade do loteador, devendo ser levado em consideração, especialmente, o caráter lucrativo que envolve tais empreendimentos.

Evidenciou-se, também que as disposições da Lei nº 6.766, de 1979, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano, devem ser obedecidas inclusive nos casos em que as leis municipais ou distritais que aprovam os projetos de loteamento não disciplinem, especificamente, sobre a responsabilidade pelas referidas obras de infraestrutura a serem realizadas, tendo em vista a prevalência da legislação federal sobre aquelas.

Em relação aos parcelamentos situados em zonas habitacionais de interesse social (ZHIS) para os quais se exige a apresentação de “soluções” para a energia elétrica domiciliar, bem como para os parcelamentos populares, destinados às classes de menor renda, tem-se que se de outra forma não tenha sido convencionado entre a concessionária ou permissionária e a respectiva Prefeitura Municipal – o atendimento aos consumidores que ali residem deve ser efetuado em obediência às disposições da Lei nº 10.438, de 2002, conforme as condições de atendimento previstas na Resolução ANEEL nº 223, de 2003, ou seja, de acordo com os Planos de Universalização das concessionárias e permissionárias de serviço público de distribuição de energia elétrica.”

Essas conclusões foram claramente consolidadas na Resolução Normativa nº 82, de 13 de setembro de 2004¹⁸⁰, que em seus arts. 3º e 4º, define a responsabilidade pela instalação de infra-estrutura de energia elétrica em loteamentos:

“Art. 3º - A concessionária não será responsável pelos investimentos necessários para a construção das obras de infra-estrutura básica destinadas ao atendimento de energia elétrica nos lotes urbanos situados em loteamentos urbanos.

Parágrafo único. O atendimento a novas solicitações de ligação de energia elétrica em loteamentos aprovados antes da publicação da Resolução nº 223, de 29 de abril de 2003, deverá ser efetuado nos termos daquele regulamento, sendo, portanto, de responsabilidade da concessionária.

Art. 4º - A concessionária será responsável pela construção das redes e instalações de distribuição de energia elétrica para o atendimento das unidades

¹⁸⁰ Vide nota 179 - pág. 186.

consumidoras situadas em parcelamentos de interesse social, em parcelamentos populares e em áreas objeto de desmembramento que estejam em conformidade com a legislação aplicável.”

Os artigos 5º a 9º tratam da incorporação das instalações novas e existentes:

“Art. 5º - Os bens e instalações de infra-estrutura básica referentes a redes de energia elétrica, implantados pelos loteadores para atendimento dos respectivos lotes, com exceção das instalações destinadas a iluminação pública, devem ser incorporadas ao patrimônio da concessão, na oportunidade de sua conexão ao sistema de distribuição de propriedade da concessionária ou permissionária, o que se caracteriza pela energização e instalação de equipamento de medição em unidade consumidora.

§1º A incorporação dos bens e instalações deverá ser feita de forma parcial e progressiva, quando tal procedimento for tecnicamente possível, conforme a necessidade de energização das redes para o atendimento a pedido de fornecimento de unidade consumidora localizada no loteamento.

§2º A preservação da integridade das redes remanescentes ainda não incorporadas ao patrimônio da concessionária ou permissionária é de responsabilidade do loteador.

§3º Aplica-se imediatamente o disposto no “caput” às redes de loteamentos em que já existam unidades consumidoras conectadas ao sistema de distribuição de propriedade da concessionária e que ainda não tenham sido incorporadas ao patrimônio da concessão.

§4º A incorporação a que se refere o parágrafo anterior deverá ser realizada no estado de funcionamento em que a rede elétrica se encontra, desde que conectada ao sistema de distribuição, vedando-se a exigência de prévia reforma das respectivas instalações.

Art. 6º A incorporação efetuada na forma desta Resolução não enseja qualquer forma de indenização ao loteador ou aos adquirentes dos lotes, considerando que, após a inclusão no ativo imobilizado em serviço, as

despesas de operação e manutenção das instalações elétricas serão de responsabilidade da concessionária e os bens vinculados ao instituto da reversão.

Art. 7º As instalações, quando da respectiva incorporação, deverão ser unitizadas e cadastradas de acordo com a Portaria nº 815, de 30 de novembro de 1994, atualizada pela Resolução ANEEL nº 15, de 24 de dezembro de 1997.

Art. 8º Os ativos incorporados deverão ser registrados de acordo com o Manual de Contabilidade do Serviço Público de Energia Elétrica, instituído pela Resolução nº 444/2001, na conta 132.03.1 – Linhas, Redes e Subestações, e a reintegração acumulada na sub-conta 132.03.1.5.05 – Máquinas e Equipamentos, e em contrapartida na conta 222.0X.X.8.0X – Outras, subgrupo 222 – Obrigações Vinculadas à Concessão de Serviço Público de Energia Elétrica.

Art. 9º Na hipótese de recusa por parte do loteador ou de adquirentes dos lotes em permitir a incorporação, compete à concessionária adotar as medidas legais e jurídicas pertinentes visando garantir o direito de incorporação das instalações ao respectivo ativo imobilizado em serviço, na qualidade de protetora dos interesses inerentes à concessão ou permissão de serviço público originalmente de competência da União.”

Torna-se importante salientar que a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, ao estabelecer diretrizes gerais da política urbana, previu o planejamento municipal como instrumento de implementação dessas políticas - em especial no que toca a disciplina do uso e ocupação do solo -, estabelece dentre suas diretrizes que o processo de urbanização deve ser realizado atendendo o interesse social, com “isonomia de condições para os agentes públicos e privados na promoção de empreendimentos e atividades relativas ao processo de urbanização”, nos termos do inciso XVI, do art. 2º, o que leva à conclusão de que a concessionária não tem a prerrogativa de fazer qualquer distinção no atendimento às solicitações de fornecimento efetuadas por consumidores residentes em empreendimentos de cunho

social, cuja unidade consumidora tenha carga instalada de até 50 kW, e que ainda não tenha acesso a energia elétrica.

6.5.9. - As críticas à regulamentação

A conclusão sobre o assunto, emitida pelo órgão regulador, e consolidada na Resolução ANEEL 229, de 08 de agosto 2006¹⁸¹, alterada pela Resolução Normativa nº 244, de 19 de dezembro de 2006¹⁸², trouxe algumas críticas dos agentes diretamente envolvidos na questão de incorporação de redes particulares, dentre os quais se pode mencionar a Associação das Empresas de Loteamento e Desenvolvimento Urbano do Estado de São Paulo – AELO, Sindicato da Indústria da Construção Civil no Estado de Minas Gerais – SINDUSCON-MG; Sindicato da Indústria da Construção do Estado da Bahia– SINDUSCON-BA, Associação de Dirigentes de Empresas do Mercado Imobiliário da Bahia – ADEMI; Sindicato das Empresas de Compra, Venda, Locação e Administração de Imóveis e dos Condomínios Residenciais e Comerciais do Norte do Estado de Santa Catarina – SECOVI NORTE; Associação dos Loteadores de Joinville –ALQJ; e pelo Sindicato da Habitação do Mato Grosso do Sul – SECOVI-MS; na verdade, em relação aos termos da Resolução apresentada, pelo entendimento no sentido de que a Lei nº 10.438, de 2002, lhes permitiria o reembolso dos montantes investidos na construção das redes de distribuição de energia elétrica para atendimento dos lotes situados em loteamentos.

No entanto, em que pese os argumentos apresentados nesse sentido, a melhor interpretação da legislação acima mencionada não pode ser efetuada no sentido de que a responsabilidade dos empreendedores está restrita à execução das obras de infra-estrutura, transferindo o custeio à concessionária local, e, por conseqüência, a

¹⁸¹ Estabelece as condições gerais para a incorporação de redes particulares, conectadas aos sistemas elétricos de distribuição, ao Ativo Imobilizado em Serviço das concessionárias ou permissionárias do serviço público de distribuição de energia elétrica, e dá outras providências.

¹⁸² Altera redação dos arts. 8º, 9º e 12 da Resolução Normativa nº 229, de 8 de agosto de 2006, que estabelece as condições gerais para a incorporação de redes particulares conectadas aos sistemas elétricos de distribuição, ao Ativo Imobilizado em Serviço das concessionárias ou permissionárias do serviço público de distribuição de energia elétrica.

todos os demais consumidores da respectiva área de concessão, pois o interesse geral e público não pode ceder diante do interesse individual, e, tampouco, pode contrariar a vontade do legislador.

Na verdade, o ponto crucial da questão é a necessidade de incorporação das redes de energia elétrica construídas, e existentes nos loteamentos, ao ativo imobilizado em serviço das respectivas concessionárias de distribuição de energia elétrica, sem ressarcimento aos empreendedores. Sustentam os loteadores que, nos termos da regulamentação, essa incorporação se dá em benefício das concessionárias de distribuição de energia elétrica, seja pela remuneração dos investimentos via tarifa de energia elétrica, seja pela indenização advinda da reversão, ao término da concessão. Entretanto, conforme a seguir demonstrado, tais afirmações carecem de amparo.

Inicialmente, e para melhor compreensão dessa assertiva, se torna necessário esclarecer que pela necessidade de se preservar o preceito legal de equilíbrio econômico financeiro, os contratos de concessão do serviço público de distribuição de energia elétrica estabelecem que a ANEEL procederá, utilizando-se de metodologia devidamente estabelecida, à revisão tarifária periódica dos valores das tarifas reguladas, alterando-os para mais ou para menos, tendo em vista as mudanças na estrutura de custos e de mercado da concessionária, os níveis de tarifas observados em empresas similares no contexto nacional e internacional, os estímulos à realização de investimentos, à eficiência e à modicidade das tarifas.

Nesse contexto, é imperioso destacar que, por ocasião da revisão tarifária, os investimentos realizados pela concessionária no que concerne ao serviço concedido compõem a base de remuneração a ser considerada no cálculo da tarifa, ou seja, na hipótese de ressarcimento aos empreendedores pelos custos de implantação da infraestrutura de energia elétrica nos loteamentos, inevitavelmente esses valores seriam considerados como se investimentos fossem, e, por consequência, repassados para as tarifas de todos os consumidores da respectiva área de concessão da empresa. Ao contrário, quando são incorporados sem ressarcimento, não compõem a base de ativos que dá origem à tarifa a ser paga pelos consumidores.

Ressalte-se, neste particular, a obrigatoriedade de obediência às disposições constantes do Manual de Contabilidade do Serviço Público de Energia Elétrica pelas concessionárias, nos termos da Resolução n.º 444, de 26 de outubro de 2001¹⁸³, que o instituiu, e pelo qual são determinados os procedimentos contábeis para registro de suas operações, possibilitando ao Órgão Regulador o efetivo exercício das atribuições de regulação e fiscalização estabelecidas pela legislação aplicável às atividades do serviço público de energia elétrica.

De acordo com o Plano de Contas, os bens incorporados à concessão sem a contrapartida de desembolso de recursos financeiros pela concessionária, são contabilizados no ativo imobilizado em serviço da concessionária, sendo considerados ativos vinculados a obrigações especiais, condicionante que debilita ainda mais os argumentos dos empreendedores, pois, em verdade, na reversão a concessionária não é remunerada pelas instalações para as quais não tenha investido e que forem incorporadas ao patrimônio da concessão, situação em que a proposta de incorporação das redes de energia elétrica localizadas em loteamentos se inclui, por força das disposições da Lei n.º 8.987, de 1995, e dos contratos de concessão, dos quais se infere que, no caso em análise, a concessionária não será indenizada por estes bens ao final da concessão.

Com efeito, o instituto da Reversão consiste no retomo ao Poder Concedente dos bens vinculados à concessão, ao término do prazo desta. A reversão se fará com a indenização das parcelas dos investimentos realizados pela concessionária com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido, e que ainda não tenham sido amortizados ou depreciados.

Partindo dessa premissa, se verifica que após a incorporação das redes construídas nos loteamentos (sem ressarcimento), a concessionária não será, em hipótese alguma, remunerada por esses investimentos, pois para eles não colaborou. Por este motivo, o art. 8.º da Resolução n.º 444, de 26 de outubro de 2001, determina forma específica de registro contábil dos bens incorporados, visando sua não

¹⁸³ Institui o Manual de Contabilidade do Serviço Público de Energia Elétrica, englobando o Plano de Contas revisado, com instruções contábeis e roteiro para elaboração e divulgação de informações econômicas e financeiras.

consideração para fins de remuneração e indenização em casos de encampação e reversão.

Por outro lado, ao se determinar o reembolso aos empreendedores, como por eles pretendido, tais valores seriam considerados como se investimentos fossem, compondo o cálculo da indenização devida à concessionária ao término da concessão.

Outro argumento é quanto à incorporação da rede: se a concessionária obriga o loteador a ceder à rede construída sem nenhuma indenização, isso caracterizaria em enriquecimento ilícito, confisco e violação ao direito de propriedade, tal como define a CF.

Não há que se falar em enriquecimento ilícito das concessionárias de distribuição de energia elétrica, pois a incorporação das instalações existentes em loteamentos se dá em favor da concessão, sendo asseguradas em proveito do Poder Público, em razão da lei, e de todos os consumidores de energia elétrica, e não em benefício da concessionária (que sequer será remunerada por esses bens) como querem fazer crer os empreendedores em suas críticas.

Mesmo nas hipóteses onde a regulamentação do setor estabelecia a necessidade da respectiva participação financeira do consumidor para seu atendimento, contempladas no Decreto n.º 41.019, de 1957, as obras e instalações são incorporadas à concessão quando concluídas, sem que haja previsão de reembolso dos valores despendidos pelo consumidor e, nesses casos, é importante esclarecer que a concessionária também é remunerada somente pela parcela correspondente aos seus próprios investimentos.

Acrescente-se a isso o fato de que a concessionária não tem como proceder à operação e manutenção das redes e instalações enquanto não incorporadas, o que inviabiliza o cumprimento de determinações legais e regulamentares específicas do setor elétrico, em consonância com as disposições do Decreto n.º 41.019, de 1957, dentre outros, podendo comprometer, como acima observado, questões referentes à qualidade da energia e do atendimento aos consumidores.

Observa-se que em contrapartida à incorporação das instalações pelas concessionárias, ficam asseguradas aos futuros adquirentes dos lotes, enquanto

consumidores de energia elétrica de caráter permanente, a operação e manutenção das linhas e redes de distribuição de energia elétrica, garantindo-se a continuidade no fornecimento de energia, de acordo com os índices de qualidade estabelecidos pela ANEEL, o que não ocorreria se as redes, inadvertidamente, permanecessem na posse dos loteadores, situação inaceitável, não prevista na legislação, e que pode vir a comprometer o atendimento aos consumidores.

Diante disso, verifica-se que é incontroverso, como reconhecem os próprios empreendedores, o fato de que as obras devem ser incorporadas aos bens e instalações da concessionária, primeiro porque o empreendedor não tem sequer a prerrogativa de se responsabilizar pela operação e manutenção dessas instalações e, em segundo lugar, porque em se admitindo esta estaria sendo violada a premissa que fixa como de competência da União ou do concessionário ou permissionário delegado a detenção exclusiva da propriedade das linhas de distribuição de energia elétrica situadas nas vias públicas das respectivas áreas de concessão.

Ademais e, a título de complementação, deve ser ressaltado que o direito de propriedade garantido pela Constituição Federal guarda consonância com a determinação de que este direito deve atender a sua função social, e as normas de direito privado sobre a propriedade devem ser compreendidas pela disciplina imposta pela CF, bem como pelo complexo de normas administrativas, urbanísticas, empresariais (comerciais), civis (certamente), sob fundamento das normas constitucionais.

Realmente, o sistema constitucional pátrio garante o livre exercício da atividade econômica pelos particulares, desde que estejam de acordo com as normas do respectivo serviço ou atividade. Entretanto, mais uma vez se deve ressaltar que a divisão de uma gleba em lotes é voluntariamente planejada pelos empreendedores, submetida à aprovação da respectiva Prefeitura Municipal, ou do Distrito Federal, para posteriormente serem alienados a particulares, com preços livremente negociados e pactuados entre as partes (empreendedor-adquirente).

A garantia do retorno das empresas loteadoras em seus negócios deve se dar na venda dos lotes aos interessados, e não no “reembolso” dos valores gastos com as

obras de infra-estrutura pelas concessionárias, o que, se permitido, poderia até mesmo redundar em duplo ganho dos empreendedores, em detrimento dos adquirentes dos lotes e, mais especificamente, em prejuízo dos demais consumidores da respectiva área de concessão.

Por sua vez a ABRADDEE – Associação Brasileira das Distribuidoras de Energia Elétrica, embora tenha concordado com os termos da Resolução editada pela ANEEL, apresenta as seguintes críticas: (i) na incorporação dos loteamentos existentes, a rede deveria estar de acordo com as normas da ABNT e das concessionárias, e, (ii) na hipótese do loteador se recusar a ceder a rede, a ANEEL, e não a concessionária, deveria acionar o loteador.

Outro ponto merecedor de críticas desta vez por parte de algumas concessionárias distribuidoras de energia elétrica, diz respeito à venda de lotes “em etapas progressivas”, ou seja, em relação aos “lotes remanescentes”, que no entendimento delas não poderiam ser responsabilizadas pela implantação da infra-estrutura, o que foi rechaçado pela ANEEL, pois, a partir do momento em que as obras localizadas em loteamentos forem devidamente incorporadas, sem a contrapartida de desembolso de recursos financeiros pela concessionária, qualquer nova solicitação de atendimento – efetuada por consumidor de energia elétrica, cuja unidade consumidora tenha carga instalada de até 50 kW – deve ser atendida, de acordo com a Lei n.º 10.438, de 2002, com as alterações da Lei n.º 10.762, de 2003, e nos termos das regulamentações atualmente em vigor, quais sejam, as Resoluções Normativas n.ºs 223 e 244, respectivamente de 29 de abril de 2003, e 19 de dezembro de 2006¹⁸⁴.

¹⁸⁴ Resolução Normativa n.º 223, de 29.04.03 – Estabelece as condições gerais para elaboração dos Planos de Universalização de Energia Elétrica visando o atendimento de novas unidades consumidoras ou aumento de carga, regulamentando o disposto nos arts. 14 e 15 da Lei n.º 10.438, de 26.04.02, e fixa responsabilidades das concessionárias e permissionárias de serviço de distribuição de energia elétrica; e,

- Resolução Normativa n.º 244, de 19.12.06 – Altera redação dos arts. 8º, 9º e 12 da Resolução Normativa n.º 229, de 08 de agosto de 2006, que estabelece as condições gerais para incorporação de redes particulares conectadas aos sistemas elétricos de distribuição, ao Ativo Imobilizado em Serviço das concessionárias ou permissionárias do serviço público de distribuição de energia.

Portanto, lotes pertencentes a áreas não consolidadas para loteamento, que se dá de forma progressiva, devem preencher os requisitos legais relativos às obras de infraestrutura e, em face disso, não são comercializáveis até sua conclusão e aprovação pelo poder municipal.

6.5.10. - A questão na área rural

A construção de redes de distribuição de energia elétrica por particulares, sem a devida autorização do poder concedente, e a conexão ao sistema das concessionárias vem ocorrendo há mais de 30 anos, especialmente em áreas rurais, fato que contraria o disposto nos Decretos nºs 41.019, de 26 de fevereiro de 1957¹⁸⁵ e 62.655, de 03 de maio de 1968.¹⁸⁶

A Lei nº 10.848 e Decreto nº 5.163, ambos de 2004, deixam bem claro que consumidores finais só poderão deter redes de energia elétrica de uso exclusivo caso disponham de autorização do poder concedente ou tais redes estejam instaladas exclusivamente em terrenos de sua propriedade. Também não serão objeto de incorporação, as redes de uso exclusivo de produtores de energia, desde que elas estejam relacionadas nas respectivas concessões, permissões ou autorizações. Contudo, caso haja interesse das partes, tais redes poderão ser transferidas ao patrimônio das concessionárias, na forma de doação.

A regra emanada desses regulamentos, portanto, é que as concessionárias de distribuição incorporem essas redes particulares, assumindo a sua operação e manutenção, responsabilizando-se pela qualidade no atendimento, nos termos das Resoluções ANEEL nº 24, de 27 de janeiro de 2000¹⁸⁷, e nº 505, de 26 de novembro de 2002¹⁸⁸, bem como pelos danos causados aos consumidores em decorrência de

¹⁸⁵ Regulamenta os serviços de energia elétrica.

¹⁸⁶ Vide nota 176 – pág. 183.

¹⁸⁷ Estabelece as disposições relativas à continuidade da distribuição de energia elétrica às unidades consumidoras...

¹⁸⁸ Estabelece, de forma atualizada e consolidada, as disposições relativas à conformidade dos níveis de tensão de energia elétrica em regime permanente...

distúrbios ocorridos nas redes, conforme estabelecido na Resolução Normativa nº 61, de 29 de abril de 2004¹⁸⁹.

Ressalte-se que desde a publicação do Decreto nº 41.019, de 1957, que a construção de linha de distribuição ou transmissão depende de autorização federal, quando destinada ao uso exclusivo do permissionário, conforme estabelecido na alínea “c” do art. 66 do referido Decreto.

Tal determinação se manteve ao longo do tempo, fazendo parte da evolução do marco regulatório do setor elétrico brasileiro, destacando-se os arts. 2º e 4º do Decreto nº 62.655¹⁹⁰, de 1968, o Decreto nº 98.335, de 1989, que deu nova redação aos arts. 136 a 144 do Decreto nº 41.019, de 1957, e culminando no art. 15 da Lei nº 10.848¹⁹¹ e no art. 71 do Decreto nº 5.163¹⁹², ambos de 2004.

Assim muito se discute, atualmente, a argumentação legal referente à regulamentação das redes particulares em áreas rurais. Desse debate chegou-se à conclusão que tais redes estão absolutamente irregulares e deveriam ser incorporadas ao ativo das concessionárias, inclusive englobando a unidade transformadora em unidades consumidoras com carga instalada abaixo de 75 kW.

A par desta conclusão, o art. 15 da Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004 que remodela o setor elétrico brasileiro, consigna que “*Conforme disciplina a ser emitida pela ANEEL*”, deverá ser editado regulamento tratando da incorporação de redes

¹⁸⁹ Estabelece as disposições relativas ao ressarcimento de danos elétricos em equipamentos elétricos instalados em unidades consumidoras causados por perturbação ocorrida no sistema elétrico.

¹⁹⁰ Art. 2º Depende de permissão federal, por ato do Ministro das Minas e Energia, a execução de obras de transmissão e distribuição de energia elétrica, destinadas ao uso privativo de consumidores rurais, individualmente ou associados.

- Art. 4º O requerimento de permissão será dirigido ao Ministro das Minas e Energia, através do Departamento Nacional de Águas e Energia (DNAE), e instruído com os seguintes documentos e dados (...)

¹⁹¹ Art 15. Conforme disciplina a ser emitida pela ANEEL, as concessionárias de distribuição deverão incorporar aos seus patrimônios as redes particulares que não dispuserem de ato autorizativo do Poder Concedente até 31 de dezembro de 2005 ou, mesmo dispondo, desde que exista interesse das partes em que sejam transferidas.

¹⁹² Art. 71 Conforme disciplina a ser emitida pela ANEEL até outubro de 2005, as concessionárias de serviços públicos de distribuição deverão incorporar a seus patrimônios as redes particulares de energia elétrica que não dispuserem de ato autorizativo do poder concedente até 31 de dezembro de 2005 ou, mesmo dispondo, desde que exista interesse das partes em que sejam transferidas.

particulares que não dispuserem de ato autorizativo do poder concedente até 31.12.2005. Também ficou estabelecido que a ANEEL deverá considerar os custos dessas operações nas revisões tarifárias das concessionárias.

O Decreto nº 5.163, de 30 de julho de 2004, que regulamentou a Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, determinou em seu art. 71, os procedimentos a serem seguidos pela ANEEL na elaboração da resolução específica sobre incorporação de redes particulares.

O referido decreto também determinou que a ANEEL deveria emitir essa resolução até outubro de 2005, e que os proprietários de redes particulares teriam até 30 de outubro de 2005 para solicitar o ato autorizativo, uma vez que, a partir de 01 de janeiro de 2006, as concessionárias de distribuição deveriam iniciar o processo de incorporação ao patrimônio das redes que estivessem irregulares.

Ficou também estabelecido no decreto, que as concessionárias deveriam cientificar até 30 de novembro de 2004, todos os proprietários de redes particulares sem os respectivos atos autorizativos, a respeito dos novos comandos legais, inclusive sobre a disciplina a ser emitida pela ANEEL.

Deve-se ressaltar, por oportuno que a Resolução Normativa nº 82, de 13 de setembro de 2004¹⁹³, estabeleceu as condições para atendimentos com redes de energia elétrica nos lotes situados em loteamentos urbanos, assim como a incorporação dos bens e instalações ao ativo das concessionárias de serviço público de distribuição.

Outro aspecto de destaque se refere aos Planos de Universalização dos serviços de energia elétrica, disciplinados na Resolução nº 223, de 29 de abril de 2003¹⁹⁴. A execução de tais planos encontra-se diretamente relacionada à utilização das redes particulares existentes por parte das concessionárias ou permissionárias de distribuição.

¹⁹³ Vide nota 179 – pág. 186.

¹⁹⁴ Vide nota 184 – pág. 196.

Destacam-se os custos de incorporação de tais redes e seus equipamentos associados, inclusive as reformas que se fizerem necessárias, deverão ser considerados na revisão tarifária (conforme estabelecido no art. 15, da Lei nº 10.848, de 2004¹⁹⁵), e tais ativos passarão a compor a base de remuneração das concessionárias, aumentando os seus custos de operação e manutenção, o que poderá provocar impacto nas tarifas de algumas concessionárias.

Segundo a ABRADDEE (2005) a extensão total de redes particulares no país é de 120,1 mil quilômetros. Desse total, 87% - 98.640 kms. estão localizados em áreas de concessão da CPFL (Paulista e Piratininga, ambas no Estado de São Paulo), CEMAT (MT) e ENERSUL (MS) e, segundo ela, a previsão de volume de investimento é de R\$ 306, 925 milhões nas redes particulares, segundo estudo de setembro de 2005 (Canal Energia, 2006).

Na Tabela 22, a seguir, são apresentados dados atualizados sobre a extensão das redes particulares (kms.), número de transformadores e os custos envolvidos na adequação ou reforma dessas redes, e os seus respectivos percentuais:

Tabela 22

Extensão das redes particulares, número de transformadores e custos

	<u>Extensão de Redes Particulares (kms.)</u>	<u>Número de Trafos. Particulares</u>	<u>Custo da Reforma (R\$ mil)</u>	<u>% Redes</u>	<u>% Trafos</u>
CPFL	31.237	71.177	112.982	26,0%	39,3%
CEMAT	39.100	36.028	78.200	32,5%	19,9%
ENERSUL	28.303	22.668	47.238	23,6%	12,5%
COELBA	6.690	17.669	29.298	5,6%	9,8%
OUTRAS	14.840	33.578	39.207	12,3%	18,5%
TOTAL	120.160	181.120	306.925	100%	100%

Fonte: ABRADDEE

¹⁹⁵ Vide nota 191 – pág. 198.

Deve-se ressaltar que hoje as tarifas são menores para todas áreas de concessão, pois não estão incluídos os custos de operação e manutenção, além da remuneração dos ativos referentes às redes particulares. Após a incorporação, a Parcela B, que compõe a receita requerida da concessionária, irá aumentar, enquanto o mercado da distribuidora permanecerá inalterado, o que deverá ser absorvido por todos os consumidores dentro da área de concessão.

Outro ponto relevante reside na apuração dos indicadores e cumprimento das metas de qualidade (DEC, FEC, DIC, FIC, DMIC), definidos na Resolução nº 24, de 27 de janeiro de 2000¹⁹⁶, os quais não são sequer apurados pela concessionária para as unidades consumidoras ligadas a redes particulares, pois não existe a parcela de operação e manutenção na tarifa homologada pela ANEEL.

Há também problemas de identificação da responsabilidade civil frente aos danos provocados por acidentes pessoais e materiais nessas instalações particulares que transportam energia elétrica ainda não medida, assim como no ressarcimento ao consumidor por danos em aparelhos eletro-eletrônicos decorrentes de eventos na rede.

Com o advento da universalização do acesso ao serviço público de energia elétrica, as concessionárias receberam metas de ligação para atender, e várias propriedades sem energia elétrica terão que ser atendidas por meio de extensões de redes que hoje pertencem a terceiros, o que está dificultando o cumprimento de tais metas. O que é certo é que tais redes devem ter prioridade no processo de incorporação.

Para o cálculo do valor da indenização quando houver, a concessionária deverá considerar a regra de participação financeira vigente na época da ligação da unidade consumidora atendida por rede particular, calcular qual seria o montante de sua participação e atualizá-lo a valor presente.

Outro aspecto merecedor de destaque diz respeito à necessidade de simplificação do processo de transferência desses ativos, pois as concessionárias terão dificuldades na obtenção de toda a documentação necessária juntos aos proprietários, além dos custos associados ao registro de documentos nos cartórios imobiliários,

¹⁹⁶ Vide nota 187 – pág. 197.

considerando a grande quantidade de ativos a serem incorporados. Para contornar essas dificuldades foi proposto contrato de adesão encaminhado aos proprietários de redes particulares, contendo o valor da participação financeira de responsabilidade da concessionária, calculada com base nas regras vigentes à época da construção da rede.

Em face do prazo estabelecido no *caput* do art. 15 da Lei nº 10.848, de 2004, e no parágrafo 4º do art. 71 do Decreto nº 5.163, de 2004¹⁹⁷, para que a ANEEL conceda autorização aos proprietários de redes particulares, é que se editou a Resolução Normativa nº 193, de 19 de dezembro de 2005, estabelecendo o prazo de dezoito meses para os proprietários de redes particulares de energia elétrica, existentes na data da publicação da mencionada Lei, continuem operando e mantendo essas instalações, condicionando-se, contudo, ao cumprimento dos procedimentos estabelecidos em resolução normativa específica sobre incorporação de redes particulares (Resolução Normativa nº 229, de 08 de agosto de 2006, com as alterações introduzidas pela Resolução Normativa nº 244, de 19 de dezembro de 2006).

Neste contexto a Resolução Normativa nº 229, de 2006, editada após longo período de audiência pública, em que foram apresentadas contribuições originadas do setor elétrico acabou por trazer importantes conceitos sobre incorporação de redes particulares, dentre as quais se destacam:

- (i) as incorporações das redes particulares abrangem apenas redes conectadas aos sistemas elétricos de distribuição. Nesses casos, a incorporação de ativos da rede básica (acima de 230 kV) será tratada em regulamento específico, a ser emitido pela ANEEL, tal como determina o Decreto nº 5.597, de 2005¹⁹⁸;

¹⁹⁷ Vide nota 192 – pág. 198.

- Art. 71 (...)

Parágrafo 4º -A ANEEL deverá expedir o ato autorizativo de que trata o § 3º até 31 de dezembro de 2005, desde que atendidas as condições requeridas para a expedição.

¹⁹⁸ Regulamenta o acesso de consumidores livres às redes de transmissão de energia elétrica e dá outras providências.

- (ii) se a rede encontrar-se instalada em propriedade privada, sua incorporação depende da função de tal rede. Exemplificando: se utilizada para o atendimento de novas ligações;
- (iii) não serão objeto de incorporações as redes de uso exclusivo de agentes de geração, interligadas às suas instalações de consumo, o mesmo acontecendo com as redes associadas a centrais geradoras e que sejam concedidas, autorizadas ou registradas pela ANEEL;
- (iv) alterada a data para os proprietários de redes particulares solicitarem à ANEEL autorização para permanecerem com tais redes – 31 de outubro de 2006;
- (v) aumento das exigências do Plano de Incorporação das distribuidoras e antecipada a data de entrega para 31.01.2007, para compatibilizar tal data com o Programa Luz para Todos;
- (vi) adoção do IPCA para atualização da Tarifa Fiscal, que será aplicada no cálculo do encargo de responsabilidade da concessionária;
- (vii) somente para os proprietários das redes particulares que apresentarem até 31 de outubro de 2006 a documentação e a solicitação para permanecerem proprietários das redes, é que será mantido o prazo de 18 meses para operação e manutenção da rede, originalmente estabelecido na Resolução Normativa nº 193, de 19 de dezembro de 2005; e,
- (viii) a aceitação do Plano de Incorporação não implica repasse automático dos custos para as tarifas. O princípio adotado pela ANEEL, quando das revisões das tarifas será o dos custos eficientes e investimentos prudentes.

Some-se a isso a simplificação do plano de incorporação trazido no bojo da Resolução Normativa nº 229, de 08 de agosto de 2006, uma vez que serão exigidos inicialmente os programas anuais de 2007 e 2008, os quais deverão conter apenas redes destinadas ao cumprimento das metas do “Luz para Todos”.

Outro ponto importante diz respeito ao limite de 8% de impacto tarifário, estabelecido na Resolução Normativa nº 175, de 28 de novembro de 2005¹⁹⁹, que a concessionária deverá respeitar, na elaboração dos programas de incorporação para os anos de 2007 e 2008.

Com base no impacto tarifário total previsto no Plano, a ANEEL estabelecerá o horizonte para a incorporação das redes particulares não destinadas ao cumprimento das metas do programa Luz para Todos, assim como o prazo para a concessionária elaborar os demais programas anuais.

Destaque-se ainda, a exclusão da obrigação do ressarcimento, para os casos de transferência da rede por meio de instrumento de doação para a concessionária, desde que observado o limite de 8% de impacto tarifário.

Tal resolução (Resolução Normativa 229, de 2006) foi aprimorada pela Resolução Normativa nº 244, de 19 de dezembro de 2006, e publicada no D.O.U. em 02 de janeiro de 2007, que trouxe mudanças nas regras de incorporação de redes particulares ao ativo imobilizado de serviço das distribuidoras. Pela nova regra, as empresas teriam até 31 de janeiro de 2007 para encaminhar o plano de incorporação, destacando-se as redes destinadas ao cumprimento de metas de universalização e os custos e respectivos impactos tarifários.

O plano deverá conter programas anuais de incorporação, os quais deverão, inicialmente detalhar o processo dos anos 2007 e 2008. Esses programas passarão por auditoria externa durante os ciclos de revisão tarifária periódica de cada distribuidora.

Pela nova resolução, que vale para ligações feitas após a publicação da Resolução nº 223, de 29 de abril de 2003²⁰⁰ também é determinado o ressarcimento de consumidores que fizeram aporte de recursos próprios para viabilizar a ligação

¹⁹⁹ Estabelece as condições para a revisão dos Planos de Universalização de Energia Elétrica, visando à antecipação de metas, considerando os objetivos dos Termos de Compromisso firmados com o Ministério de Minas e Energia – MME, no âmbito do programa LUZ PARA TODOS.

²⁰⁰ Vide nota 184 – pág. 196.

desde que atendam os requisitos específicos do atendimento sem ônus no âmbito da universalização.

Capítulo 7

Conclusões e Recomendações

O estágio da função elétrica, que se efetiva pelo transporte da eletricidade, determina o surgimento imediato do problema da passagem das linhas de energia elétrica, equacionado pelo Código de Águas no seu art. 151, letra “c”, quando dispõe que se constitui direito do concessionário “*estabelecer as servidões permanentes ou temporárias exigidas para as obras hidráulicas e para o transporte e distribuição de energia*”.

Como se percebe o direito de intervir na propriedade do particular, quando se trata de energia elétrica, é do Estado brasileiro que o transfere a quem explore tal atividade através da concessão.

No entanto, ao longo dos anos, em especial na última década, têm-se verificado a aprovação e a conseqüente sanção de projetos de leis estaduais e municipais contendo matéria relacionada ao serviço público de energia elétrica, tais como a cobrança das faturas de consumo, corte de fornecimento, taxa de religação, cobrança pelo uso das faixas de domínio de rodovias ou pela ocupação do solo, fornecimento para consumidores rurais, entre outras.

Em que pese tais projetos estarem imbuídos do mais elevado espírito público, deve-se alertar que os mesmos ferem à CF, que atribuiu competência privativa à União para legislar sobre energia elétrica, conforme estatui o seu art. 22, IV²⁰¹.

²⁰¹ Vide nota 100 –pág. 102.

Frise-se que o principal motivo para que o tema seja alvo de competência legislativa federal diz respeito à manutenção da uniformidade de tratamento para os agentes que atuam no setor elétrico. Essa uniformidade concerne, especificamente, a normatização do próprio setor, por meio de regras gerais, em caráter nacional, que garantem a igualdade de tratamento dos concessionários, permissionários, autorizados, e consumidores.

A título de exemplo, no mercado de aquisição de energia elétrica, acaso fosse editada uma lei estadual que onerasse sobejamente a compra de energia por determinada distribuidora, haveria um desequilíbrio da concessionária, a qual, num primeiro momento, deveria suportar tal ônus, o que porém, mais tarde seria repassado para as tarifas dos consumidores daquele Estado.

Adicionalmente, de acordo com a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1997²⁰², a ANEEL possui competência para expedir a regulamentação infra-legal do setor de energia elétrica nacional. Dessa forma a ANEEL, após profundos estudos e debates em audiências públicas, emite resoluções que atendem o interesse nacional, sem levar em conta situações individualizadas, porquanto atualmente a legislação de energia elétrica incide sobre: 1.291 agentes de geração de energia elétrica (sendo 546 autoprodutores, 583 produtores independentes e 93 de serviço público), 64 concessionárias de distribuição, 63 concessionárias de transmissão, 72 empresas comercializadoras de energia elétrica, e, aproximadamente, 58 milhões de consumidores em todo o país (ANEEL, 2007).

Portanto a intervenção na propriedade particular pelo Estado brasileiro, para os serviços públicos de energia elétrica, e que, sem dúvida é o de maior espectro social, não há como se discutir contrariamente ao que se estatui , cristalinamente, do texto constitucional, e da própria legislação setorial vigente.

Após esta pequena digressão as conclusões a seguir tomam por base os principais pontos apresentados no presente estudo e que se encontram

²⁰² Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, disciplina o Regime de Concessões e dá outras providências.

consubstanciados nos Capítulos 5 e 6, onde se têm de forma detalhada dois aspectos da intervenção do Estado brasileiro na propriedade particular.

7.1. - Em relação às controvérsias entre concessionárias de energia elétrica e de rodovias quanto a travessias e utilização da faixa de domínio útil

Um dos principais aspectos tratados neste trabalho é evidenciar o grau de deteriorização alcançado nas relações técnico-comerciais entre agentes prestadores dos serviços públicos de energia elétrica e de rodovias, frente a gradual abertura deste mercado, do forte ingresso do direito na busca do equilíbrio destas relações e apresentar um quadro da necessidade de sua evolução e consolidação, sugerindo a continuidade do tema e do grande espaço que se configura neste cenário.

Esse relacionamento, com a exigência de pagamentos para obtenção de travessias ou de utilização de faixas de domínio útil, em face da previsão contida na Lei de Concessões (Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995), que confere ao titular da concessão dos serviços públicos *“a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas...”*²⁰³, foi se deteriorando ao longo dos anos, após o período de desestatização por que passaram as concessionárias de energia elétrica e de rodovias.

Tais exigências, diga-se de passagem, não eram sentidas quando tais serviços eram explorados pelo Estado, na qualidade de agente empreendedor, pois tudo se resolvia com a observância da necessidade dos serviços de energia elétrica, prevalecendo sempre, para ambos os lados, às exigências técnicas da questão.

Com a desestatização tais concessionárias passaram a ser empresas privadas que buscam o lucro para os seus investimentos, vez que os serviços públicos, por sua própria natureza, não possuem como característica a sua gratuidade.

Os serviços de energia elétrica, tal qual os de rodovias são, na linguagem de Justen Filho (2003), *“serviços públicos por inerência”*, eis que caracterizados como

²⁰³ Art. 11 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

tal pela CF. Sobre eles, assim se expressa: “*O artigo 21, por exemplo, contém diversas previsões acerca de serviços públicos (incisos X, XI e XII). Quanto aos serviços públicos por inerência, não há margem de opção para a legislação infraconstitucional. Sua estruturação far-se-á segundo regime de direito público, pois foi imposto pelo legislador constitucional.*”

No entanto, há que se observar que os serviços públicos de energia elétrica possuem uma característica singular, ou seja, conquanto tais serviços sejam de competência da União, a exemplo dos serviços de transporte rodoviário interestadual, somente a ela compete, privativamente, legislar sobre os serviços de energia, conforme contido no inciso IV, do art. 22, da Constituição Federal, de 1988.²⁰⁴

Por essa simples razão já se percebe nitidamente que os órgãos públicos federais, estaduais, municipais e as entidades competentes, titulares ou sob cuja jurisdição estiver as áreas objeto das faixas servientes, não podem legislar sobre os serviços de energia elétrica.

Portanto, as pretensões de inaplicabilidade e de desrespeito ao Decreto nº 84.398, de 16 de janeiro de 1980, com as alterações estabelecidas pelo Decreto nº 86.859, de 19 de janeiro de 1982²⁰⁵, visando à imposição de ônus às concessionárias de energia elétrica, não possuem respaldo legal, sendo a única conclusão possível é a de que os diplomas legais em foco continuam em plena vigência e disciplinando o relacionamento entre as entidades envolvidas sejam elas no âmbito estadual ou federal.

A prevalecer o entendimento das concessionárias de rodovias, ARTESP, e ABCR, de que tais decretos seriam aplicáveis apenas à esfera federal, por raciocínio lógico, seria de se deduzir que os Decretos nºs 24.643, de 10 de julho de 1934 e 41.019, de 26 de fevereiro de 1957²⁰⁶, que resistem ao tempo e que continuam

²⁰⁴ Vide nota 100 – pág. 102.

²⁰⁵ Vide nota 97 – pág. 100.

²⁰⁶ O Decreto nº 24.643/34 decreta o Código de Águas, e o Decreto nº 41.019/57 regulamenta os serviços de energia elétrica.

vigindo até hoje, também não seriam aplicáveis aos bens dos Estados ou dos municípios, o que certamente seria uma impropriedade incomensurável.

O fato é que o artigo 2º, do Decreto nº 84.398, de 16 de janeiro de 1980²⁰⁷, traz de forma cristalina que: *“Atendidas as exigências legais e regulamentares referentes aos respectivos projetos, as autorizações serão por prazo indeterminado e sem ônus para os concessionários de serviços públicos de energia elétrica.”* (gn)

Como se pode observar além de não poderem instituir preços decorrentes da utilização privativa dos bens de domínio público pelas concessionárias de serviços públicos, tampouco podem fixar limites temporais a tal utilização.

Em reforço a tal argumento, consigna o artigo 151 do Código de Águas (Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934) que:

“Art. 151 Para executar os trabalhos definidos no contrato, bem como explorar a concessão, o concessionário terá, além das regalias e favores constantes das leis fiscais e especiais, os seguintes direitos:

a) utilizar os terrenos de domínio público e estabelecer os serviços nos mesmos e através de estradas, caminhos e vias públicas, com sujeição aos regulamentos administrativos;

(...)

c) estabelecer as servidões permanentes ou temporárias exigidas para as obras hidráulicas e para o transporte e distribuição de energia elétrica;

(...)

e) estabelecer linhas de transmissão e de distribuição”.

Assim tanto o artigo 151 do Código de Águas (Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934) como o art. 108, do Decreto nº 41.019, de 26 de fevereiro de 1957, que regulamenta os serviços de energia elétrica, e que repete as disposições contidas no artigo 151 supra mencionado se mostram claros em não cogitar dos aspectos

²⁰⁷ Dispõe sobre a ocupação de faixas de domínio de rodovias e de terrenos de domínio público e a travessia de hidrovias, rodovias e ferrovias, por linhas de transmissão, subtransmissão e de distribuição de energia elétrica.

indenizatórios quanto a utilização de terrenos de domínio público, ou de estabelecimento de servidões administrativas sobre tais bens, razão porque a instituição de valores para autorização de travessias, ou ocupação de faixas de domínio de rodovias, longitudinal ou transversal, a título de auferição de receitas alternativas, complementares ou acessórias se torna inaceitável para as concessionárias de energia elétrica.

Em face de decisões judiciais favoráveis à ambos os lados, por magistrados nem sempre conhecedores da legislação setorial e especial que regem o setor elétrico, recomenda-se a uniformização de jurisprudência para que de forma definitiva possa a questão ser dirimida, levando-se o caso ao STF em face da usurpação da competência da União pelo Estado nesta questão, em face do conflito federativo instituído pela controvérsia entre os agentes concessionários dos serviços públicos de rodovias estaduais e os concessionários dos serviços públicos de energia elétrica, de competência exclusiva da União Federal.

Por ser uma solução morosa, e que certamente levaria anos para a sua solução definitiva, o caso poderia ser solucionado por um Tribunal Arbitral, de livre escolha das partes, com conhecimento específico sobre o conflito, à exemplo da Comissão de Resolução de Conflitos das Agências Reguladoras dos Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo, instituída pela Resolução Conjunta ANEEL/ANATEL/ANP nº 002, de 27 de março de 2001²⁰⁸, com a observância da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996²⁰⁹.

A instituição da resolução extrajudicial de controvérsias do setor de energia, seja pela mediação, seja pela arbitragem, segundo Costa (2006), tem sido introduzida, paulatinamente, no nosso sistema jurídico.

Tanto é fato que, no final de 2005, em decorrência dos debates havidos pelos estudiosos do setor, e da sensibilidade do legislador, e dos ventos do mesmo milênio introduziu-se no artigo 23 da Lei de Concessões (Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de

²⁰⁸ Resolução Conjunta ANEEL/ANATEL/ANP nº 002, de 27 de março 2001, que Aprova o Regulamento Conjunto de Resolução de Conflitos das Agências Reguladoras dos Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo.

²⁰⁹ Lei de Arbitragem.

1995) o artigo 23-A através da promulgação da Lei Federal nº 11.196, de 21 de novembro de 2005²¹⁰, o qual passou a estabelecer que:

“Art. 23-A O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionados ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996”.

Esta atitude do legislador federal faculta ao poder concedente, e neste caso em qualquer dos níveis federativos: municipal, estadual ou federal, a inclusão da cláusula arbitral no contrato de outorga da concessão, o que pode vir a ampliar a segurança regulatória, tanto para o Poder Público como para a iniciativa privada.

Cumprindo ainda ressaltar que a utilização pelo setor elétrico da infra-estrutura rodoviária, concedida a particulares ou de responsabilidade de órgãos públicos, se dá na forma de pagamento de pedágio e, portanto, de forma indistinta ao demais usuários deste serviço público.

Ademais, as intervenções dos setores de energia elétrica, como de gás canalizado, telefonia e outros, em função de ocorrências ou introdução de novas instalações se dá de forma adequada e em consonância com os interesses da própria concessionária ou da detentora da infra-estrutura de transporte, mitigando problemas e não acarretando quaisquer prejuízos as mesmas, à exemplo do que ocorre com o

²¹⁰Instituiu o Regime Especial de Tributação para a Plataforma de Exportação de Serviços de Tecnologia da Informação - REPEIS, o Regime Especial de Aquisição de Bens de Capital para Empresas Exportadoras - RECAP e o Programa de Inclusão Digital; dispõe sobre incentivos fiscais para a inovação tecnológica; altera o Decreto-Lei nº 288, de 28 de fevereiro de 1967, o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, o Decreto-Lei nº 2.287, de 23 de julho de 1986, as Leis nºs 4.502, de 30 de novembro de 1964, 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.245, de 18 de outubro de 1991, 8.387, de 30 de dezembro de 1991, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.981, de 20 de janeiro de 1995, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, 8.989, de 24 de fevereiro de 1995, 9.249, de 26 de dezembro de 1995, 9.250, de 26 de dezembro de 1995, 9.311, de 24 de outubro de 1996, 9.317, de 5 de dezembro de 1996, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, 9.718, de 27 de novembro de 1998, 10.336, de 19 de dezembro de 2001, 10.438, de 26 de abril de 2002, 10.485, de 3 de julho de 2002, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.755, de 3 de novembro de 2003, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 10.865, de 30 de abril de 2004, 10.925, de 23 de julho de 2004, 10.931, de 2 de agosto de 2004, 11.033, de 21 de dezembro de 2004, 11.051, de 29 de dezembro de 2004, 11.053, de 29 de dezembro de 2004, 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 11.128, de 28 de junho de 2005, e a Medida Provisória nº 2.199-14, de 24 de agosto de 2001; revoga a Lei nº 8.661, de 2 de junho de 1993, e dispositivos das Leis nºs 8.668, de 25 de junho de 1993, 8.981, de 20 de janeiro de 1995, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.755, de 3 de novembro de 2003, 10.865, de 30 de abril de 2004, 10.931, de 2 de agosto de 2004, e da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências.

espaço necessário a introdução de cabos de fibras óticas pelas concessionárias de rodovias.

7.2. - Em relação à incorporação das redes particulares

Quanto a tal tópico observa-se que em face da vedação contida no § 2º, do art. 21, da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996²¹¹, que “*institui a ANEEL e disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica*”, e, considerando-se ainda que, a existência de redes particulares se constitui em uma excepcionalidade gerada, principalmente, pela inexistência de políticas de eletrificação rurais mais abrangentes, como também por deficiência de critérios de participação financeira para consumidores localizados em áreas rurais, propiciaram uma situação desconfortável ao consumidor, obrigando-o a buscar um mínimo de proteção quando efetua pedido de ligação de energia elétrica para sua propriedade.

Frise-se que, clientes de posse e tidos como pioneiros, muitas vezes acabavam por arcar com o custo do investimento elétrico, assumindo, posteriormente, negociações com potenciais interessados em utilizar a rede de sua propriedade para derivação de ramais de energia elétrica, para recuperação de parte do capital investido, razão porque, se torna necessária a revisão da participação financeira para consumidores rurais.

Sob o ponto de vista do consumidor de energia elétrica, considera-se que a fatura de fornecimento de energia elétrica se constitui em compromisso firmado entre a concessionária e o cliente. Portanto, estando os consumidores quites com o pagamento, não haveria, a concessionária, de se recusar em efetuar a manutenção da rede elétrica, mesmo sendo ela de propriedade particular.

²¹¹ Art. 21 Na execução das atividades complementares de regulação, controle e fiscalização dos serviços e instalações de energia elétrica, a unidade federativa observará as pertinentes normas legais e regulamentares federais.

(...)

^{2º} É vedado à unidade federativa conveniada exigir de concessionária ou permissionária sob sua ação complementar de regulação, controle e fiscalização obrigação não exigida ou que resulte em encargo distinto do exigido de empresas congêneres, sem prévia autorização da ANEEL.

No entanto, se torna necessário a adoção de medidas para que tal quadro possa ser melhor avaliado e implementado, tais quais:

- (i) alteração dos critérios de participação financeira das concessionárias nos fornecimentos de energia elétrica a unidades urbanas e aos consumidores rurais, principalmente quanto àqueles tidos e havidos como pioneiros;
- (ii) maior controle por parte do poder concedente, da quantidade de redes existentes e definidas como particulares; e,
- (iii) determinação às concessionárias, que elaborem plano de capitalização das redes, hoje definidas como particulares, em sua área de concessão, o que já vem ocorrendo.

Ademais, as redes particulares, para que possam operar, necessitam de autorização federal, tal qual definida em diplomas legais²¹², o que não se exige pelas concessionárias quando da sua energização.

Conquanto haja expressa vedação quando a discriminação entre consumidores de uma mesma classe²¹³, e, ainda que as tarifas sejam iguais, as condições de utilização do serviço são diferenciadas, em face da forma de conexão, ou seja, ligadas diretamente à rede das concessionárias, ou através de redes particulares.

Para os uns, a manutenção e a operação das redes e linhas são realizadas pela concessionária, cujo custo se computa na tarifa; para outros a operação e a manutenção são, em alguns casos, efetuadas às suas expensas, equivalendo dizer, não assumidos pelas concessionárias.

A tarifa de fornecimento de energia elétrica é composta de forma a remunerar os desembolsos feitos pela concessionária para manutenção e operação das redes de energia elétrica. O mesmo valor tarifário é cobrado tanto para o atendimento a

²¹² Decreto nº 41.019/57 – art. 66, inc. I, alínea “c”;

Decreto nº 62.655/68 – art. 2º;

Resolução ANEEL nº 333/99 – art. 2º;

Resolução ANEEL nº 456/00, art. 3º, inc. I, alínea “c”.

²¹³ Art. 177, § 2º, do Decreto nº 41.019, de 26 de fevereiro de 1957.

unidades consumidoras ligadas em redes pertencentes ao patrimônio das concessionárias como para aquelas ligadas em redes consideradas particulares.

As tarifas aplicadas aos faturamentos dos consumidores conectados em redes particulares, incluem quotas destinadas a RGR e de amortização, referentes a investimentos que não beneficiam tais consumidores, caracterizando absoluta falta de isonomia com aqueles conectados nas redes de propriedade das concessionárias.

Ademais as concessionárias utilizam as linhas e redes particulares para o fornecimento de energia elétrica, sem que haja compensação de nenhuma espécie, aos seus proprietários, que em muitos casos pagam particularmente a terceiros, ou às próprias concessionárias para que dêem manutenção às suas linhas.

Ante a ausência de coleta e apuração das informações sobre ocorrências nas redes particulares, foram criadas duas categorias discriminatórias de consumidores, quanto à qualidade de atendimento, o que é vedado²¹⁴ tanto pela legislação setorial, quanto nos contratos de concessão.

A categoria dos consumidores com redes e linhas particulares, os indicadores, que nem sempre incluem as ocorrências nestas redes/linhas, podem ser bem diferentes da realidade.

Em conformidade com o art. 143 do Decreto nº 98.335, de 26 de outubro de 1989²¹⁵, as obras que forem construídas com participação financeira dos consumidores, conforme previsão contida em seus arts. 140 e 142, devem ser incorporadas aos bens e instalações da concessionária, uma vez construídas, passando, portanto, a concessionária, ser responsável pela sua manutenção, operação bem como da necessidade de reformas e ampliação para o atendimento de novas cargas e manutenção dos níveis de qualidade do fornecimento.

²¹⁴ Art. 180, inciso IV, do Decreto 24.463, de 10 de julho de 1934 (Código de Águas).

- Arts. 164, inciso III, e 177, § 2º, do Decreto nº 41.019, de 26 de fevereiro de 1957; Art. 35, § único, da Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995.

Cláusula Segunda - Sexta Subcláusula (ou Subcláusula Sétima) – Prestação de Serviços Públicos de Distribuição de Energia Elétrica.

²¹⁵ Altera a redação dos arts. 136 a 144 do Decreto nº 41.019, de 26 de fevereiro de 1957.

Em função da baixa atratividade financeira e auxiliada por deficiências e/ou dubiedades na legislação, tal qual a questão do ponto de conexão, as concessionárias deixam de cumprir a legislação mencionada no parágrafo anterior, que define, de forma clara, e cristalina, que as obras construídas com a participação dos consumidores devem ser incorporadas aos bens e instalações das concessionárias. Frise-se, que as redes particulares tiveram a participação total dos consumidores.

Nos casos de derivações, a partir de redes particulares, como regra geral, o proprietário da rede já construída, da qual derivará novos trechos, deve autorizar e negociar a eventual reforma da rede, para possibilitar o atendimento à nova carga desejada. Nesta situação, o proprietário da rede arca com o ônus tanto da reforma quanto de sua manutenção, enquanto a concessionária amplia sua receita, com a venda de energia através do transporte de energia através da rede de propriedade particular.

Talvez o ponto mais crítico, refere-se à responsabilidade pela manutenção, uma vez que sua falta acaba por acarretar constantes interrupções do fornecimento de energia elétrica, gerando reclamações junto às concessionárias e um tratamento diferenciado entre clientes que pagam a mesma tarifa de energia elétrica, e a responsabilidade por acidentes envolvendo danos materiais e pessoais, em face da dificuldade quanto a sua definição, uma vez que ser de responsabilidade das concessionárias o fornecimento de energia levada até o consumidor através de uma rede que não lhe pertence.

Diante desse quadro, é que se busca a eliminação de redes particulares nos sistemas elétricos das concessionárias distribuidoras de energia elétrica em todo o Brasil, razão porque, foi expedida pela ANEEL a Resolução Autorizativa nº 193, de 19 de dezembro de 2005, estabelecendo o prazo de 18 (dezoito) meses, contados a partir de sua publicação no D.O.U, ocorrida em 26 de dezembro de 2005, para os atuais proprietários de redes particulares continuarem operando e mantendo as respectivas instalações, desde que *“condicionado à solicitação de ato autorizativo,*

nos termos do art. 7º da Resolução Normativa nº 229, de 8 de agosto de 2006”, em conformidade com o que se disciplina no art. 17 da referida resolução²¹⁶.

Ao dar cumprimento ao art. 15 da Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004²¹⁷, a ANEEL houve por bem submeter proposta de Resolução Normativa à Audiência Pública nº 041/2005, ocorrida em 08 de fevereiro de 2006, no sentido de receber contribuições que visassem o aprimoramento da Resolução apresentada, para o estabelecimento das condições gerais para a incorporação de redes particulares aos sistemas elétricos das concessionárias do serviço público de distribuição de energia elétrica.

Da regulamentação proposta pela ANEEL denotam-se os seguintes pontos principais:

- A construção e o custeio de obras em loteamentos novos são de responsabilidade de loteadores que, após a energização da rede, devem ceder a infra-estrutura à concessionária, sem qualquer indenização, à exemplo do que ocorre feito com outras obras de infra-estrutura (redes de água e esgoto, arruamento, asfalto, praças, áreas verdes) que são construídas pelo loteador. A distinção entre loteamento do simples do parcelamento do solo se estabelece pela infra-estrutura existente no local.
- Loteamentos em ZHIS (Zona Urbana de Interesse Social) e parcelamentos populares devem ter a rede de distribuição custeada pela concessionária.
- Redes em loteamentos já existentes e energizadas devem ser imediatamente incorporadas ao ativo da concessão.

Portanto, para que se tenha uma situação tida como ideal haveria que se ter o seguinte:

²¹⁶ Art. 17. O art. 1º da Resolução Normativa nº 193, de 19 de dezembro de 2005, passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 1º Estabelecer o prazo de 18 (dezoito) meses para os proprietários de redes particulares de energia elétrica, a que se refere o art. 15 da lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, continuarem operando e mantendo as respectivas instalações condicionado à solicitação de ato autorizativo, nos termos do art. 7º da Resolução Normativa nº 229, de 8 de agosto de 2006.”

²¹⁷ Vide nota 138 - pág. 143.

- O loteador construiria toda a rede de distribuição de energia elétrica do empreendimento, mesmo que os lotes não estivessem totalmente ocupados.
- Ao ser solicitada a primeira ligação, a concessionária incorporaria a rede, sem indenização ao loteador ou aos donos dos lotes, independentemente se ter ou não eventuais consumidores em potencial, passando a se responsabilizar pela manutenção e operação da rede integrada bem como do atendimento aos pleitos de ligação de novas unidades consumidoras

Em linhas gerais, a proposta se apresenta equilibrada e coerente, porém a argumentação legal ainda carece de maior fundamentação. Imputar-se ao loteador a responsabilidade total pelo custeio da rede parece ferir a Lei 10.438, de 26 de abril de 2002²¹⁸, que dentre seus dispositivos estabelece que todas as ligações com carga instalada até 50 kW deveriam ser custeadas pela concessionária, de acordo com os planos de universalização. Por outro lado, o ressarcimento direto ao loteador não seria o desejável, pois ao final quem acabaria por arcar com o custo certamente seria o adquirente do lote. Havendo ao ressarcimento ao loteador não se garantiria o barateamento e, caso houvesse algum ressarcimento, este deveria ser efetuado ao proprietário do lote, por ocasião de sua energização.

Portanto, se tem como acertada a decisão de obrigar a concessionária a incorporar as redes de loteamentos existentes e arcar com os custos da sua complementação, já que tais redes deveriam ter sido incorporadas na sua totalidade no momento de sua energização. Deste modo, tornam-se insubsistentes os argumentos das concessionárias, que se admitiriam válidos apenas para novos loteamentos. Ora, se a rede encontra-se fora dos padrões estabelecidos na legislação setorial não deveria ter sido energizada à época. Exigir-se agora, tal procedimento seria lesivo ao consumidor já conectado.

²¹⁸ Dispõe sobre a expansão da oferta de energia elétrica emergencial, recomposição tarifária extraordinária, cria o Programa de Fontes Alternativas de Energia (Proinfa), a Conta de Desenvolvimento Energético (CDE), dispõe sobre a universalização do serviço público de energia elétrica, dá nova redação às Leis n.ºs. 9427, de 26.12.96, 9648, de 27.05.98, 3890-A, de 25.04.61, 5655, de 20.05.71, 5899, de 05.07.73 e 9991, de 24.07.00, e dá outras providências.

Também eventuais reforços nos sistemas de conexão deve ter por base a demanda a ser acrescida e não a previsão da totalidade de ligação como se fez praxe até a revogação da Portaria DNAEE 095, de 1990, tendo-se em conta que, nos termos do art. 14 da Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002, em sua redação original, foi extinta a participação financeira do consumidor para o custeio de novas ligações, prevista no art. 138, do Decreto nº 41.019, de 26 de fevereiro de 1957.

Acresça-se a isso, o fato de haver concessionárias distribuidoras com aproximadamente 50% de linhas rurais de propriedade particulares sem ato autorizativo (Fugimoto, 2005). Com a definição das metas de universalização e a necessidade de expansão de redes, a incorporação talvez seja a solução técnica e econômica adequada em relação à construção de novas redes de distribuição de energia elétrica. Dessa forma, a regulamentação dessa incorporação se tornou necessária e urgente para a avaliação de alternativas para o atendimento pelas distribuidoras nos Planos de Universalização.

O tema em si é bastante controverso, e a ANEEL deve estar preparada para, se mantidos os termos das regulamentações expedidas, enfrentar contestações judiciais por parte dos loteadores e proprietários de redes particulares. A regulamentação da participação financeira com devolução ao consumidor do que se considera como quantia justa, acabou por se efetivar com a edição, pela ANEEL, da Resolução Normativa nº 250, de 13 de fevereiro de 2007, onde a concessionária ou permissionária deverá, após avaliar a depreciação financeira da rede particular, aplicar a metodologia nela contida, e prover o pagamento ao proprietário da quantia de sua responsabilidade.

Com isso, espera-se que a situação exdrúxula, e, sobretudo, ilegal criada pela omissão do Estado ante a ausência de efetiva fiscalização, e da conveniência técnica e econômica das concessionárias e permissionárias, no que se refere ao fornecimento de energia elétrica a unidades consumidoras com ramais e linhas a partir de redes particulares seja definitivamente sanada.

Referências Bibliográficas:

- ALVARES, W. T. Direito da Energia. Instituto de Direito da Eletricidade, Belo Horizonte, 1978, vol. II, págs. 591/592.
- ABCE – Associação Brasileira de Concessionárias de Energia Elétrica, História da Energia Elétrica, Fundação do Patrimônio Histórico da Energia e Saneamento, 2006.
- ABCR – Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias, Concessionárias Rodoviárias Paulistas. Referência disponível em www.abcr.org.br/conc/conc_mapsp.ph
- _____ Concessionárias Privadas em Operação no Estado de São Paulo. Referência disponível na Internet em http://www.abcr.org.br/conc/conc_mapsp.php
- AMARAL, A. C. C., Rodovias – Uso da Faixa de Domínio por Concessionárias de Serviços Públicos, 2002.
- ANDRADE, L. Q., Uso Compartilhado da Faixa de Domínio das Rodovias por Concessionárias de Serviços Públicos, Disponível em IV Congresso Brasileiro de Regulação – Manaus - AM – 2005. Referência disponível na Internet em: www.abar.org.br.
- ANDRADE, M. T. O., e RAMALHO E. L.. O Setor de Energia Elétrica e suas Inter-relações com o Mercado, in: *Seminário: Preços e Tarifas em Serviço Essenciais com Foco nos Mercados de Gás e Eletricidade*, 1999, Rio de Janeiro.
- ANEEL - Agência Nacional de Energia Elétrica, Boletim Energia, Informativo Semanal nº 213, 2006. Referência disponível na Internet em <http://www.aneel.gov.br> - acesso em 16.05.2006.

- _____Referência disponível na Internet em <http://www.aneel.gov.br> –Boletim Energia, Informativo Semanal nº 213, 2006a – acesso em 16.05.2006.
- _____Referência disponível na Internet em <http://www.aneel.gov.br> -Boletim Energia, Informativo Semanal nº 213, 2006b – acesso em 16.05.2006.
- _____Referência disponível na Internet em <http://www.aneel.gov.br> – Banco de Informações de Geração/Agentes de Geração e Contratos de Concessão (T) – acesso em 17.05.2007.
- _____Referência disponível às fls. 175 do Processo nº 48500.001792/02-42 – Proposta de regularização de redes elétricas particulares, 2002.
- ANP – Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. Referência disponível na Internet em http://www.anp.gov.br/gas/resolucao_conflictos.asp), 2002.
- ARAÚJO, T., A Propriedade e sua Função Social. *In* Direito Agrário Brasileiro. São Paulo: LTr, 1999.
- ARTESP –Agência Reguladora dos Serviços Públicos Delegados de Transporte de São Paulo. Referência disponível na Internet em <http://www.artesp.sp.gov.br>
- BAJAY, S. V., Integrating Competition and Planning: A Mixed Institutional Model of the Brazilian Electric Power Sector. *Energy* 31 (2006) 865-876, Elsevier.
- _____Aposta Arriscada. Entrevista concedida à Revista PCh Notícias & Shp News –Planejamento Energético, pág. 4/8, 2007.
- BANDEIRA DE MELLO, C. A., O Conteúdo do Regime Jurídico-Administrativo e seu Valor Metodológico, *in* Revista de Direito Público, nº 2, ano I, 1967. Curso de Direito Administrativo, 10ª Ed., São Paulo, Malheiros, 1967.
- _____Servidão Pública sobre Terrenos Reservados, *in* Revista de Direito Público, nº 6, out/dez, 1968, ano II, pág. 40.
- _____Curso de Direito Administrativo, 10ª Ed., São Paulo, Malheiros, 1998.
- _____Curso de Direito Administrativo, 11ª Ed., São Paulo, Malheiros, 1999.

- _____ Utilização da Faixa de Domínio de Rodovia Mediante Passagem Subterrânea de Cabos ou Dutos – Possibilidade de Cobrança. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, 2002.
- BASTOS, C. R., *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1989.
- BONNARD, *Précis de Droit Administratif*, 1935, pág. 459.
- CAIO TÁCITO, Poder de Polícia e seus Limites, *in RDA* 27/1, 1998.
- COSTA, M. D’A., A Mediação, a Arbitragem no Setor de Energia e a Lei nº 8987 de 1995. *In Revista do Direito da Energia* nº 04, São Paulo: IBDE, 2006.
- CPFL, *Energia & Desenvolvimento – 70 anos da Companhia Paulista de Força e Luz*, Campinas, 1982.
- CRETELA JÚNIOR, J., *Comentários às Leis da Desapropriação*, 2ª ed., São Paulo, José Bushatsky, editor, 1976.
- _____ *Curso de Direito Administrativo*, 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- CSPE - Comissão de Serviços Públicos de Energia, *Pequenas Centrais Hidrelétricas no Estado de São Paulo*, 2ª edição revisada e ampliada – São Paulo: Páginas & Letras Editora Gráfica, 2004.
- _____ Convênio de Cooperação USP/CSPE, Nota Técnica Preliminar inserida dentro dos trabalhos relativos à Linha de Pesquisa IV – Fiscalização dos Serviços de Distribuição de Energia Elétrica. Documento Interno CSPE, 2003.
- _____ Convênio de Cooperação USP/CSPE, Nota Técnica Final. Documento Interno CSPE, 2004.
- DINIZ, M. H., *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 15ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2000.
- DI PIETRO, M. S. Z., *Servidão Administrativa*, São Paulo. *In Revista dos Tribunais*, 1978.
- _____ *Uso Privativo de Bem Público Particular*, São Paulo. *In Revista dos Tribunais*, 1983.

- _____Direito Administrativo, São Paulo: Atlas, 1992.
- _____Direito Administrativo, 13ª ed., São Paulo: Atlas, 2001.
- ELETROBRÁS – Centrais Elétricas Brasileiras S/A – Revisão Institucional do Setor Elétrico (1987a).
- _____Panorama do Setor Elétrico Nacional, Rio de Janeiro, (1987b).
- ENERGIA Elétrica no Brasil: da Primeira Lâmpada à Eletrobrás. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1977 (Coleção General Benício, v. 154).
- FRANÇA, V. R., Eficiência Administrativa na Constituição Federal, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Vol. 22: I – IV, 1 - 429, abril/junho, 2000.
- FROTA, W. M., Sistemas Isolados de Energia Elétrica na Amazônia no Novo Contexto do Setor Elétrico. Dissertação (Mestrado): UNICAMP, 2004.
- FUGIMOTO, S. K., A Universalização do Serviço de Energia Elétrica – Acesso e Uso Contínuo. Dissertação (Mestrado): USP, 2005.
- GARCIA, F. A., Regulação Jurídica das Rodovias Concedidas. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2004.
- GASPARI, E., A Ditadura Escancarada. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- GASPARINI, D., Direito Administrativo. 4ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 1989.
- GAZETA MERCANTIL, Caderno A – pág. 3, edição de 08.08.2006.
- GRAU, E. R., A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica). 2ª ed. São Paulo: RT, 1991.
- JUSTEN FILHO, M., Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos, 1ª ed., São Paulo: Ed. Dialética, 2003.
- _____Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Ed. Saraiva, 2005
- KIRCHNER, C. A. R., Malogro no Setor Elétrico – Retrospecto do Processo de Mercantilização da Energia a Partir dos Anos 90, 1ª ed., São Paulo: Edições SEESP, 2005.

- KELMAN, J.(coordenador), Relatório da Comissão de Análise do Sistema Hidrotérmico de Energia Elétrica, Brasília, 2001.
- KÜHL, J. C. A., Uselpa – Usinas Elétricas do Paranapanema S.A., São Paulo, CESP, 1989.
- LANDINI, L. A. R., Controvérsias entre Concessionários de Serviços Públicos de Energia Elétrica e de Rodovias Quanto à Cobrança pela Utilização da Faixa de Domínio Útil – Referência disponível em IV Congresso Brasileiro de Regulação – Manaus, AM, 2005, Referência disponível na Internet em <http://www.abar.org.br>
- LAUBADÉRE, Traité Élémentaire de Droit Administratif, 1953, pág. 810.
- LIMA, J. L. Políticas de Governo e Desenvolvimento do Setor de Energia Elétrica: Do Código de Águas à Crise dos Anos 80 (1934-1984). Rio de Janeiro: Memória da eletricidade, 1995.
- LIMA, R. C., Das Servidões Administrativas, *in* Revista de Direito Público 5/24, 1992.
- MARQUES NETO, F. P. A., Publicidade em Faixas de Domínio de Rodovias: Inconstitucionalidade na Lei Estadual Paulista nº 8.900/94. *In* Boletim de Direito Administrativo. São Paulo, ano 17, nº 10, 2001.
- _____ Parecer exarado à Elektro Eletricidade e Serviços S.A, São Paulo, 2003.
- MAXIMILIANO, C., Hermenêutica e Aplicação do Direito, 10ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1988.
- MEDEIROS, R. A., O Capital Privado na Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro. *In*: História e Energia. Eletropaulo – Departamento de Patrimônio Histórico, 1996.
- MEIRELLES, H. L., Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo, 22ª edição, Malheiros, 1995.
- _____ Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo, Malheiros, 2001.
- MME – Ministério de Minas e Energia, Código de Águas - Decreto nº 24.643, de 10.07.1934a.

- _____Proposta do Modelo Institucional do Setor Elétrico, (2003b).
- MENDES, C. H. Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo Parâmetros e Discussão. *In* Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MIRANDA, P., Tratado de Direito Privado, 3ª ed., reimpressão, 1971, vol. XIV.
- MOSCA, E., O Uso de Áreas de Domínio Público nas Concessões de Rodovias do Estado de São Paulo – Disponível em IV Congresso Brasileiro de Regulação – Manaus – AM, 2005. Referência disponível na Internet em <http://www.abar.org.br>
- NUSDEO, A. M. O.; SUNDFELD, C. A. (Coord.) Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2000.
- OLIVEIRA, A., Setor elétrico – Infra-estrutura, Perspectiva e Reorganização. Convênio PNUD/IPEA/FUNDAP, 1997.
- OLIVEIRA, R., Constitucionalizar as Agências, Jornal “O Estado de S. Paulo”, B2 – Economia, São Paulo, edição de 12.02.2007.
- ONS - Operador Nacional do Sistema Elétrico, Operação do SIN em 2005. Referência disponível na Internet em <http://ons.org.br>, 2007a.
- _____O que é o SIN – Sistema Interligado Nacional. Referência disponível na Internet em <http://www.ons.org.br>, 2007b.
- _____Institucional - Relacionamento. Referência disponível na Internet em <http://www.ons.org.br>, 2007c.
- _____História da Operação – Carga da Demanda – Referência disponível na Internet em <http://www.ons.org.br>, 2007d – acesso em 03.05.07.
- PELEGRINI, M. A., TAHAN, C. M. V., PENTEADO JUNIOR, A. A., Redes Elétricas Particulares: um Problema à Espera de Solução. *In* IV Congresso Brasileiro de Regulação – Manaus – AM, 2005. Referência disponível na Internet em <http://www.abar.org.br>, 2006.
- PEQUENAS CENTRAIS HIDRELÉTRICAS NO ESTADO DE SÃO PAULO / (organização) Equipe Técnica da CSPE – Comissão de Serviços Públicos de Energia

- 2ª edição revisada e ampliada – São Paulo: Páginas & Letras Editora e Gráfica, 2004.
- RAMALHO, E. L., Abrangência e Eficácia da Descentralização das Atividades de Regulação e Fiscalização no Setor de Energia Elétrica – Estudo de Caso: CSPE. Tese (Doutorado), Unicamp, 2003.
 - REZENDE, F. M. D., Aspectos Jurídicos das Rodovias, Rio de Janeiro: Ed. Mauad, 1997.
 - _____ Estudos e Pareceres de Direito Rodoviário, Rio de Janeiro: Temas & Idéias Editora, 2002.
 - RIBEIRO, F. S., Política de Eletrificação Rural: Superando Dilemas Institucionais. Revista do BNDES, nº 2, Rio de Janeiro: dez/2004.
 - ROCHA, O. A. L., A Desapropriação no Direito Agrário. São Paulo: Atlas, 1992.
 - SALGADO, L. H., Agências Reguladoras na Experiência Brasileira: Um Panorama do Atual Desenho Industrial. *In*: Texto para Discussão 941 – IPEA, Rio de Janeiro, março/2003.
 - SALOMÃO FILHO C., Regulação da Atividade Econômica (Princípios e Fundamentos Jurídicos). São Paulo: Malheiros, 2001.
 - SEABRA FAGUNDES, M., Da Desapropriação no Direito Brasileiro, 2ª ed., 1949.
 - SILVA, DE PLÁCIDO e, Vocabulário Jurídico, Vol. IV, 8ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1984.
 - STF, Supremo Tribunal Federal – Referência disponível na Internet em www.stf.gov.br/noticias/imprensa - acesso em 13.12.2006).
 - SUNDFELD, C. A., Condicionamentos e Sacrifícios de Direitos – Distinções. *In* RTDP – nº 4, vol. 93, São Paulo: Malheiros, 1993.
 - TOLPEDINO, G., Problemas de Direito Civil-Constitucional. São Paulo/Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

- TURCZYN, S., O Direito da Concorrência e os Serviços Privatizados. *In* Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2000.
- WALD, A. e MORALES, L. R., O Direito de Parceria e a Nova Lei de Concessões, S. Paulo: RT, 1996.

x-x