

A Constituição e a jurisprudência do setor elétrico

Luís Henrique Martins dos Anjos
Procurador-Geral da União
Mestre em Direito Público - UFRGS

Hermenêutica Constitucional

A interpretação dos institutos do Direito passam por uma nova leitura de nossa ordem constitucional, onde no epicentro encontra-se a dignidade da pessoa humana como elemento direcionador do interesse público a ser perseguido pela Administração.

Para tanto noção fundamental é a do

ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO

Garantidor de todos os direito fundamentais, a saber:

Estatutos da Liberdade, da Igualdade e da Fraternidade :

1^a, 2^a e 3^a gerações / dimensões (4^a ?)

Princípios Concretizadores do Estado de Direito Democrático:

Soberania

- Nacional limitada
- Ênfase Regional, Comunitária

Democrático

- Mecanismos representativos, diretos e (particip)ativos

Separação dos Poderes

- Sentido negativo e positivo (cooperação e responsabilidade entre os Poderes)
- Ênfase no Judiciário

Legalidade

- Autonomia da vontade privada
- Subordinação do Estado a lei estrita
- Legalidade = Direto (Sistema)

Igualdade

- Formal: Isonomia perante a lei
- Material: Intervenção do Estado na ordem econômica e social

Segurança Jurídica

- Irretroatividade
- Proteção Jurisdicional
- Devido Processo Legal Formal
- Devido Processo Legal Material:
 - Proteção da Confiança
 - Boa-fé Objetiva
 - Razoabilidade
 - Proporcionalidade

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: efetividade das normas constitucionais.

Interpretação das normas constitucionais:

- ▶ Unidade da Constituição
- ▶ Máxima efetividade dos Direitos Fundamentais
- ▶ Cedência recíproca
- ▶ Eficiência da Constituição (força normativa)
- ▶ Efeito integrador
- ▶ Conformidade funcional e
- ▶ Reserva do possível

Interpretação a partir da constituição:

- ▶ Dignidade da Pessoa Humana
- ▶ Supremacia da Constituição
- ▶ Presunção de Constitucionalidade
- ▶ Interpretação conforme a constituição
- ▶ Razoabilidade e
- ▶ Proporcionalidade

CONCORDÂNCIA PRÁTICA

FUNÇÃO NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS

Princípios devem ser compreendidos também como normas jurídicas. Exercem :

- função fundamentadora da ordem jurídica
- função interpretativa das demais fontes do direito
- função supletiva para o devido preenchimento normativo dos vazios regulatórios do sistema jurídico.

DIFERENCIAÇÃO ENTRE PRINCÍPIO E REGRA

Princípios diferenciam-se das demais normas jurídicas que podemos chamar de regras jurídicas por vários critérios, dentre outros destacamos:

Princípios implicam uma relação de peso, ponderação ou balanceamento.

Regras implicam uma relação de tudo ou nada.

Ver :

DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. Cambridge, Harvard University Press, 1977, pp. 22-31 e 71-80.

ALEXY, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales. Madri, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp 81-172.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional. Coimbra: Almedina, 1993, pp. 166-168.

GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica. SP, RT, 1991, pp. 108-115.

PAPEL DA CONSTITUIÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

ESFERA PRIVADA	JOGO POLÍTICO	ESFERA PÚBLICA
Propriedade Livre iniciativa Livre trabalho Desenvolvimento	As políticas governamentais podem ampliar uma esfera em relação a outra, Mas já mais suprimir.	Função Social Direitos Sociais Consumidor Meio Ambiente

Jurisprudência

AgRg na Pet 1621 / PE - Ministro NILSON NAVES - **Ementa** Agravo regimental. Legitimação da União. Interesse econômico. Inteligência do art. 5º da Lei nº 9.469/97. Suspensão de liminar - Sociedade de economia mista. Possibilidade. Precedente. Requisitos preenchidos. Suspensão deferida. Agravo desprovido.- A União tem legitimidade para intervir nos feitos em que sociedade de economia mista figure como parte, mesmo que seu interesse na causa seja apenas econômico (art. 5º da Lei nº 9.469/97).- A legitimidade para apresentar recursos concedida à União autoriza, nesse caso, o direito do uso dos meios indispensáveis para assegurar o resultado útil do processo, entre os quais figura a possibilidade de requerer a suspensão de liminar ou de antecipação de tutela.- Sociedade de economia mista da administração indireta tem legitimidade ativa ad causam para requerer suspensão de decisão (Lei nº 4.348/64). Precedente da Segunda Turma (REsp nº 50.284/SP).- A magnitude da expressão econômica envolvida na causa em desfavor da empresa, o risco de que os efeitos da decisão possam potencializar crise no **setor elétrico** com a paralisação de usina térmica e a repercussão imediata em região que convive com a dificuldade gerada pelo racionamento de energia são pressupostos que autorizam a contracautela requerida.

Jurisprudência

CC 46953 / PR - Ministro LUIZ FUX - **Ementa** CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA E MANDADO DE SEGURANÇA. CONCESSÃO, AUTORIZAÇÃO OU PERMISSÃO DE POTENCIAIS HIDRÁULICOS. COEXISTÊNCIA DE LIMINARES DE TEOR DIVERSO. NECESSIDADE DE SOLUÇÃO DO CONFLITO PELA PRÁTICA DE ATOS DE DOIS JUÍZOS DIFERENTES. RAZÃO DE SER DA CONEXÃO. PRESENÇA DA UNIÃO E DA ANEEL NO FEITO. SÚMULA 150 DO STJ. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. 1. Conflito positivo de competência suscitado pelo INSTITUTO AMBIENTAL DO PARANÁ - IAP, ao fundamento de que tanto na ação civil pública promovida pelo MP Estadual, que tramita perante o Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Toledo-PR, quanto o MS impetrado por Construtora de Obras, que tramita perante o Juízo da 10ª Vara Federal de Curitiba-SJ/PR, a causa de pedir e o pedido engendrado em ambos os feitos objetivam o pronunciamento acerca da legalidade das licenças ambientais relativas à instalação de Central **Hidrelétrica** no Estado do Paraná. 2. Há conflito positivo de competência quando dois ou mais juízes praticam atos incompatíveis em processos sob as suas jurisdições. 3. A presença da União Federal e da ANEEL nas demandas em curso indica a competência da Justiça Federal para o julgamento das ações.

Jurisprudência

Deveras, a competência cível da Justiça Federal é definida *ratione personae*, e, por isso, absoluta. 4. In casu, sobressai o manifesto interesse da ANEEL, em razão da competência da União a exploração, diretamente ou mediante concessão, autorização ou permissão de potenciais hidráulicos, consoante bem analisado pelo Juízo Federal da 10ª Vara Federal de Curitiba nos autos do MS, *litteris*: "(...) Nada obstante o ato coator seja emanado de autoridade estadual, a ANEEL manifestou interesse no feito em razão de ser competência da União a exploração, diretamente ou mediante concessão, autorização ou permissão, de potenciais hidráulicos. Fixando-se, assim, a competência desse juízo para a apreciação do presente mandamus. (...) A questão a ser discutida no presente processo deveria ser apenas e tão somente a questão do licenciamento ambiental, de competência da autoridade impetrada, uma vez que, como bem esclarecido pela ANEEL, é competência da União a prestação de serviço público de energia elétrica, bem assim a exploração do aproveitamento dos potenciais hidráulicos, sendo previsão constitucional a exploração pela União, diretamente ou não, dos potenciais hidráulicos. Nesta medida, outra não pode ser a conclusão senão que as considerações acerca da conveniência e oportunidade da exploração dos potenciais hidráulicos

Jurisprudência

são de competência de órgão federal, tanto que a autorização para estabelecer-se como produtora independente de energia foi dada à impetrante pela ANEEL. Também não por outro motivo é matéria de lei federal a que diz com as normas acerca do regime de concessões de serviços públicos de energia elétrica (Lei nº 8.987/95 e nº 9.074/95). Assim, a interferência de autoridades de outras esferas, estaduais ou municipais, deve se limitar as licenças e autorizações relativas a instalação de tais empreendimentos, tal como é o caso da licença ambiental, e somente em relação a tais questões podem interferir em relação a essa atividade. No caso em tela, o que se vê é o cancelamento de licença ambiental operada por motivos outros que não a estrita questão ambiental, mas por razões políticas, econômicas e fiscais, nos termos do parecer utilizado pelo IAP como fundamento para o ato impugnado." 5. Ademais, a Súmula 150 do E. STJ dispõe que "compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas." Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 10ª Vara de Curitiba - SJ/PR (art. 120, § único, do CPC).

Jurisprudência

SLS 000255 - Ministro EDSON VIDIGAL – Determinada indústria propôs Ação Ordinária, pedindo fosse-lhe antecipada tutela a determinar fosse a concessionária impedida de emitir qualquer cobrança em seu desfavor, a partir de determinada data, ficando proibida, também, de a ela aplicar qualquer penalidade pelo não pagamento do serviço, após aquela data. Pediu, também, fossem tomadas todas as medidas necessárias para o registro do contrato de fornecimento firmado junto ao MAE (Mercado Atacadista de Energia Elétrica), a possibilitar a migração da empresa para o mercado livre. No mérito, pediu fosse definitivamente revogado o contrato firmado com a concessionária. Sentença favorável (...) Por isso o pedido de Suspensão, pela concessionária, afirmando presente grave lesão à ordem pública, uma vez que impedidas, a União e a ANEEL, de exercerem suas atribuições legais relativas à fixação das diretrizes políticas do **setor elétrico**, e à regulação da comercialização de energia elétrica. Nesse contexto, diz que a decisão violou “parâmetros técnico-regulatórios e político-setoriais, usurpando diretamente competências públicas atribuídas à ANEEL e ao Poder Concedente”. Afirma ameaçada também a economia pública, “pelo comprometimento que encerra à continuidade e qualidade do serviço de distribuição de energia prestado à coletividade pela concessionária,

Jurisprudência

fruto da quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão”; “pela sobreoneração dos demais consumidores cativos, inclusive os residenciais e de baixa renda, ocasionada pela indevida migração de um grande consumidor de energia para o mercado livre” e, finalmente, “pela conduta anticompetitiva gerada a partir da concessão de vedados subsídios à interessada, custeados indiretamente por aqueles que em última instância arcam com os custos da sua inadimplência: a própria concessionária e os demais consumidores cativos”. Alerta para o potencial efeito multiplicador do julgado, pedindo seja suspensa a decisão, considerando que o prejuízo somado em razão da alegada inadimplência chegaria, já, à casa dos doze milhões de reais. Decido. No exame do pedido de suspensão, a regra é ater-se, o Presidente do Tribunal, às razões inscritas na Lei 8.437/92, art. 4º. Não se admite, nesta via, exame das questões de fundo trazidas com a lide, devendo a análise da demanda cingir-se, apenas, à potencialidade lesiva da decisão impugnada. Sem adentrar o mérito da causa principal, portanto, parecem-me de fato presentes os pressupostos autorizadores da medida requerida. Ressalto, de início, evidenciada controvérsia, consoante consignou a decisão original, acerca da própria qualidade de consumidora livre da empresa interessada.

Jurisprudência

Não há como ter de logo inequívoco o direito alegado na Ação Ordinária, sem o que inviável o deferimento da antecipação da tutela pretendida. A decisão que concede tal antecipação não é definitiva, podendo mesmo ser revogada quando do julgamento do mérito da demanda, esbarrando, portanto, na imediata e respectiva execução determinada pela Corte local. Relevante registrar que a requerente, na qualidade de concessionária, não produz, apenas compra e repassa energia aos consumidores. Evidente, pois, o interesse público na demanda, uma vez que a própria migração de consumidor cativo, acaso indevida, tem, por si só, força bastante para fragilizar o sistema, afetando não apenas o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos vigentes, como também o bolso do consumidor livre, hipossuficiente nesta equação, a quem eventualmente seria transferido o custeio do serviço. Finalmente, há que ser observado também o potencial efeito multiplicador do julgado, uma vez que comprovada, pela requerente, a proliferação de ações semelhantes, já em trâmite perante as Cortes Estaduais. Por isso, entendendo mais prudente aguardar o deslinde da ação principal, antes que de fato onerada a concessionária e, via de consequência, o consumidor final, defiro o pedido, suspendendo os efeitos da decisão atacada até que julgado o mérito da ação, da qual decorrente a controvérsia.

Jurisprudência

AgRg na Petição n. 1.370 – MS (2001/0024204-9), Min. Nilson Naves, Ementa Agravo regimental em petição. Ação Popular. Suspensão de liminar. Companhia energética. Não-fechamento de comportas da barragem. Perda do período de precipitação pluviométrica. Danos à economia nacional. **I – É danosa para a economia nacional a perda do período de precipitação pluviométrica, necessário, inclusive, às hidroelétricas.** II – Sopesadas as lesões decorrentes, a liminar suspensa acabou por acarretar conseqüências mais graves do que as que pretendeu evitar. III – Atendidos os pressupostos autorizadores, deferiu-se a excepcional e drástica medida. IV – Agravo regimental conhecido e improvido.

(...) Em permanecendo a liminar contestada, o interesse público fica afetado porque implica a retificação de toda a programação do Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS; o erário federal terá prejuízo em relação aos demais financiamentos já realizados em novas fontes de energia elétrica; e, finalmente, será lesada a economia pública, 'pois a deficiência do sistema energético atingirá em última instância à coletividade, impedindo o bom andamento dos seus serviços, negócios etc.

Jurisprudência

RESP 435.440-PR, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ 21/10/2002

É relevante a tese do acórdão de que os atos de mera tolerância do Poder Público não podem se sobrepor aos interesses da coletividade quanto ao meio ambiente. Há, contudo, de não se extremar a aplicação desse princípio. No caso em exame, a empresa recorrente foi autorizada por uma entidade ambiental do Poder Público a instalar a sua fábrica, concretizando altos investimentos financeiros. Em sede liminar não é prudente que se determine a paralisação das atividades da empresa, provocando desemprego e prejuízos que podem ser irreversíveis.

(...)

Isto porque, a presunção de legalidade está a favor da recorrente, não se podendo em cognição preliminar negar validade ao ato administrativo, sob pena até mesmo de violar o contraditório (art. 5º LIV e LV da C.F./88).

Não pode ser tido como ilegal, poluente ou representativo de risco ao meio ambiente, o empreendimento que obteve regular licenciamento do órgão ambiental público para se instalar e operar no local.

Jurisprudência

SL 125 / PA - ELLEN GRACIE . A União, com fundamento nos arts. 25 da Lei 8.038/90, 4º da Lei 8.437/92 e 267 do RISTF, requer a suspensão da execução da decisão (fls. 475-480), proferida pela Relatora do Agravo de Instrumento 2006.01.00.017736-8/PA, em trâmite no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, a qual, ao conceder efeito suspensivo ao citado recurso, sustou os efeitos do decisum de fls. 377-413 que, por sua vez, revogara liminar anteriormente deferida (fls. 164-169) nos autos da Ação Civil Pública 2006.39.03.000711-8, ajuizada pelo Ministério Público Federal perante a Vara Federal de Altamira/PA. Inicialmente, para melhor compreensão dos fatos, esclarece a requerente o seguinte: a) ajuizou-se referida ação civil pública, com pedido de liminar, "para obstar o processo de licenciamento no IBAMA do empreendimento denominado Usina Hidrelétrica de Belo Monte, no Rio Xingu; bem como o reconhecimento de nulidade do Decreto Legislativo nº 788/2005, do Congresso Nacional" (inicial, fls. 81-82), uma vez que o processo legislativo (fls. 106-162) que culminou com a promulgação do mencionado decreto legislativo (fl. 268) estaria eivado de vícios insanáveis...

Jurisprudência

b) em 28.3.2006, o juiz substituto da Vara Federal de Altamira/PA deferiu a liminar para determinar a suspensão de todo e qualquer ato concernente ao licenciamento ambiental da Usina Hidrelétrica (UHE) de Belo Monte, especialmente as audiências públicas que se realizariam nos dias 30 e 31 daquele mês; c) Após magistrado reconsiderou essa decisão e o MPF interpôs perante o TRF da 1ª Região o AI 2006.01.00.017736-8/PA, ao qual foi concedido efeito suspensivo pela decisão ora impugnada.

(...) Decisão

Sobreleva, também, o argumento no sentido de que os estudos de natureza antropológica têm por finalidade indicar, com precisão, quais as comunidades que serão afetadas. Dessa forma, em atenção ao contido no art. 231, § 3º, da CF e no decreto legislativo em tela, estes em face do dispositivo do voto-condutor, entendo que a consulta do Ibama às comunidades indígenas não deve ser proibida neste momento inicial de verificação de viabilidade do empreendimento;

Jurisprudência

é também relevante o argumento no sentido de que a não-viabilização do empreendimento, presentemente, compromete o planejamento da política energética do país e, em decorrência da demanda crescente de energia elétrica, seria necessária a construção de dezesseis outras usinas na região com ampliação em quatorze vezes da área inundada, o que agravaria o impacto ambiental e os vultosos aportes financeiros a serem despendidos pela União; a proibição ao Ibama de realizar a consulta às comunidades indígenas determinada pelo acórdão impugnado, bem como as conseqüências dessa proibição no cronograma governamental de planejamento estratégico do setor elétrico do país, parece-me invadir a esfera de discricionariedade administrativa, até porque repercute na formulação e implementação da política energética nacional. Finalmente, assevere-se que os relevantes argumentos deduzidos na ação civil pública, no sentido da ofensa ao devido processo legislativo e da ausência de lei complementar prevista no art. 231, § 6º, da CF, porque dizem respeito especificamente ao mérito da referida ação, não podem ser aqui sopesados,

Jurisprudência

tendo em vista o contido no art. 4º da Lei 8.437/92, mas serão a tempo e modo apreciados, o que também ocorrerá, na via administrativa, mediante a realização dos estudos de viabilidade técnica, econômica, ambiental e outros que forem necessários à implantação do "Aproveitamento Hidroelétrico Belo Monte", conforme prevê o Decreto Legislativo 788/2005. 7. Ante o exposto, com fundamento no art. 4º da Lei 8.437/92, defiro o pedido para suspender, em parte, a execução do acórdão proferido pela 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, nos autos do AI 2006.01.00.017736-8/PA (fls. 527-544), para permitir ao Ibama que proceda à oitiva das comunidades indígenas interessadas. Fica mantida a determinação de realização do EIA e do laudo antropológico.

CONCLUSÃO

- ▶ Qual o tipo de Estado foi e está instituído por nossa Constituição ?
- ▶ Que tipo de Estado queremos e qual é o possível ?
- ▶ Quais concepções de Direito e de sistema jurídico são compatíveis com o atendimento da missão do Estado instituído constitucionalmente?