

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO

Pós Graduação *Lato Sensu* em Direito da Regulação

Gabriela da Silva Brandão

**PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO NO SETOR ELÉTRICO
BRASILEIRO: O PAPEL E A NATUREZA JURÍDICA DO OPERADOR NACIONAL
DO SISTEMA – ONS E DA CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA
ELÉTRICA – CCEE.**

**Brasília
Agosto 2013**

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO

Pós Graduação *Lato Sensu* em Direito da Regulação

Gabriela da Silva Brandão

**PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO NO SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO: O PAPEL E A
NATUREZA JURÍDICA DO OPERADOR NACIONAL DO SISTEMA – ONS E DA CÂMARA DE
COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA – CCEE.**

Monografia apresentada no curso de pós-graduação *lato sensu* em Direito da Regulação do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito da Regulação.

Orientador: Luiz Reimer Rodrigues Rieffel.

**Brasília,
Agosto 2013**

Gabriela da Silva Brandão

**PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO NO SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO: O PAPEL E A
NATUREZA JURÍDICA DO OPERADOR NACIONAL DO SISTEMA – ONS E DA CÂMARA DE
COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA – CCEE.**

Monografia apresentada no curso de pós-graduação *lato sensu* em Direito da Regulação do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito da Regulação.

Brasília, 30 de agosto de 2013.

Prof. Me. Luiz Reimer Rodrigues Rieffel
Professor Orientador

Membro da Banca Examinadora

Membro da Banca Examinadora

RESUMO

O setor elétrico é um dos setores econômicos mais relevantes para o desenvolvimento econômico de um país. Instalado em um país de dimensões continentais e caracterizado pela grande complexidade de sua operação, o sistema elétrico brasileiro, distintamente de outros setores econômicos do país, conta com a atuação de duas entidades privadas para o seu adequado funcionamento.

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar o papel e analisar a natureza jurídica do Operador Nacional do Sistema – ONS e da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, responsáveis, respectivamente, pelo mercado físico e comercial de energia elétrica em território nacional, com vistas a verificar se tais entidades podem ser classificadas como pessoas jurídicas de direito privado comuns ou se se aproximam das entidades privadas que integram a Administração Pública indireta.

Palavras-Chave:

Direito Administrativo. Setor Elétrico. Sistema Interligado Nacional – SIN. Operador Nacional do Sistema – ONS. Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE. Natureza Jurídica. Pessoas Jurídicas de Direito Privado. Entidades Paraestatais. Entidades Privadas com Poderes Públicos. Parcerias do Poder Público. Colaboração Administrativa. Administração Associada.

ABSTRACT

The energy sector is one of the most relevant economic sectors of a nation's economic development. The Brazilian energy sector, which is highly complex, is unique in that it operates in conjunction with two different private legal entities, to guarantee effectiveness.

In light of the foregoing, this paper examines the legal nature of the National System Operator (ONS) and the Electric Energy Trading Chamber (CCEE), both non-profit private entities, responsible respectively for the electric energy's physical and commercial markets within Brazil. The objective is to reveal the roles they play and to verify whether such parties can be classified, in Brazilian Administrative Law, as common private entities or as private entities which integrate the Public Administration, such as parastatals, classified as belonging to the "indirect public administration".

Keywords:

Brazil. Administrative Law. Energy Sector. National Interconnected System – SIN. National System Operator – ONS. Electric Energy Trading Chamber – CCEE. Legal Nature. Private Law Entities. Parastatals. Private Parties with Governmental Powers. Public Partnerships. Public Collaboration. Associated Government.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. A REESTRUTURAÇÃO DO SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO	16
2. O OPERADOR NACIONAL DO SISTEMA – ONS.....	29
3. A CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA – CCEE.....	42
4. PESSOAS JURÍDICAS QUE EXERCEM PODERES PÚBLICOS – A Experiência Internacional, O Direito Administrativo Brasileiro e as Razões para a Criação do ONS e da CCEE com Personalidade Jurídica de Direito Privado	52
CONCLUSÃO.....	67
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	70

Ao Vitu, que, sempre companheiro, participou de intermináveis discussões a respeito do tema deste trabalho e conviveu com o caos durante seu desenvolvimento.

LISTA DE ABREVIACÕES E SIGLAS

ACL – Ambiente de Contratação Livre

ACR – Ambiente de Contratação Regulada

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica

ASMAE – Administradora de Serviços do Mercado Atacadista de Energia Elétrica

BNDE – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico

CCEAR – Contratos de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado

CCEE – Câmara de Comercialização de Energia Elétrica

CCON – Comitê Coordenador de Operações do Norte/Nordeste

C&L – Consórcio Coopers & Lybrand

CE – Comunidade Europeia

CEEE – Comissão Estadual de Energia Elétrica (RS)

CEMIG – Companhia Energética de Minas Gerais

CEN – Comitê Europeu de Normalização

CENELEC – Comitê Europeu de Normalização Eletrotécnica

CER – Contrato de Energia de Reserva

CESP – Companhia Energética de São Paulo

CMSE – Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico

CNOS – Centro Nacional de Operação do Sistema

CNPE – Conselho Nacional de Política Energética

CONER – Conta de Energia de Reserva

CONUER – Contrato de Uso de Energia de Reserva

COS – Centros de Operação do Sistema

DEST – Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais

ELETROBRAS – Centrais Elétricas Brasileiras S.A.

EM – Exposição de Motivos

EPE – Empresa de Pesquisa Energética

GAC – Governmental Advisory Committee

GCOI – Grupo de Coordenação para Operação Interligada

ICANN – Internet Corporation for Assigned Names and Numbers

MAE – Mercado Atacadista de Energia

MME – Ministério de Minas e Energia

OI – Orçamento de Investimento

OIS – Operador Independente do Sistema

ONS – Operador Nacional do Sistema Elétrico

OS – Organizações Sociais

OSCIP – Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público

PAR – Plano de Ampliação e Reforços

PDG – Plano de Dispêndios Globais

PDRAE – Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado

PIE – Produtor Independente de Energia Elétrica

PLD – Preço de Liquidação de Diferenças

REN – Resolução Normativa

RE-SEB – Projeto Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro

SIN – Sistema Interligado Nacional

INTRODUÇÃO

O setor elétrico é um dos setores econômicos mais relevantes e bem estruturados do Brasil. Responsável pelo fornecimento de energia elétrica, que constitui bem essencial para assegurar vida digna aos cidadãos e importante insumo para grande parte das demais atividades econômicas desenvolvidas no país, a regulação desse setor remonta ao início do século XX.

Instalado em um país de dimensões continentais e composto por sua parte interligada, o Sistema Interligado Nacional – SIN¹, e por sistemas isolados em regiões mais distantes, o sistema elétrico brasileiro é caracterizado por sua enorme extensão e pela grande complexidade de sua operação, uma vez que dotado de distintas fontes de geração para o atendimento a todo o território nacional.

Ao longo do tempo, a organização e o funcionamento do setor passaram por diversas transformações que resultaram no modelo institucional atual, construído a partir das experiências nacionais e com instrumentos e mecanismos inspirados em modelos internacionais.

Em virtude do modelo institucional inicialmente adotado na década de 90 e aprimorado em 2004, o setor elétrico brasileiro diferencia-se da organização adotada por outros setores econômicos, ao contar com a atuação de duas entidades privadas autônomas, imprescindíveis para o funcionamento do sistema elétrico nacional.

O Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS, conforme será demonstrado, é responsável pela coordenação da operação do sistema elétrico e, portanto, por assegurar a entrega efetiva da energia elétrica comercializada, ou seja, pelo mercado **físico** de energia.

¹ O SIN é definido, na resolução normativa ANEEL nº 205, de 2005, como o conjunto de instalações responsáveis pelo suprimento de energia elétrica a todas as regiões do país eletricamente interligadas.

A Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, por sua vez, é responsável pela contabilização e liquidação do mercado de energia elétrica nacional e, portanto, cuida dos contratos do setor elétrico nacional, isto é, do mercado **comercial** de energia.

Ambos tiveram sua criação autorizada por lei federal, que lhes conferiu personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos. Todavia, o presente trabalho demonstrará que as funções que lhes foram atribuídas pela legislação não se coadunam com as típicas funções exercidas por pessoas jurídicas de direito privado.

Demonstrar-se-á que, na literatura setorial, Mauricio Tolmasquim classifica esses agentes setoriais como “entidades de direito privado que executam atividades especiais”. Contudo, no acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 3.090/DF², o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, denominou tais entidades como “pessoas jurídicas de direito privado atípicas”, classificação não encontrada em manifestação anterior daquela Corte Constitucional.

Observou-se, no curso desta pesquisa, que, na verdade, as classificações tradicionais do Direito Público brasileiro não se mostraram suficientes ou adequadas para o tratamento de tais entidades no contexto de reestruturação do marco regulatório desse setor relevante e da necessidade de atualização normativa com a finalidade de garantir o necessário desenvolvimento econômico do país.

Desta forma, considerando a relevância da atuação dessas entidades privadas para o bom funcionamento do setor elétrico e o fato de que as referências da escassa literatura setorial ao ONS e à CCEE resumem-se à descrição superficial de sua existência e de suas atribuições, busca-se, com o presente estudo, uma análise mais profunda a respeito do papel de tais entidades, de sua interação com o setor público e com os demais agentes privados, com vistas a examinar qual sua real natureza jurídica.

² O acórdão proferido na ADI nº 3.090 também serviu para o julgamento da medida cautelar na ADI nº 3.100, que tinha o mesmo objeto.

Com tal intuito, no primeiro capítulo deste trabalho, aborda-se a reestruturação do setor elétrico brasileiro, situando-a em um contexto de redução do papel do Estado na economia, de modo a indicar os antecedentes à criação do ONS e da CCEE tanto no modelo institucional da década de 90 como no “Novo Modelo do Setor Elétrico”, de 2004.

No segundo capítulo, trata-se da constituição, organização e funcionamento do ONS, a partir da indicação das normas que o regem e das atribuições que lhe foram conferidas. Além disso, discorre-se sobre as atividades exercidas pelo ONS, os documentos por ele elaborados, o relacionamento dessa entidade com o Poder Público e sua influência sobre a atuação governamental.

A CCEE é objeto do terceiro capítulo, que aborda sua constituição, organização e funcionamento, a sucessão do extinto Mercado Atacadista de Energia Elétrica – MAE e trata das atividades exercidas pela Câmara, bem como seu relacionamento com entes públicos e com os demais agentes privados que atuam no setor.

O quarto capítulo, por sua vez, explora a temática do exercício de poderes públicos por entidades privadas. Nele, cita-se a experiência internacional a respeito da questão e a preocupação doutrinária com a falta de profundidade das avaliações desse fenômeno, o que, conforme será demonstrado, não constitui exclusividade do Direito Brasileiro. Explora-se, ainda, a distinção entre a delegação de funções e de poderes públicos a entidades privadas e o tratamento a ela dispensado por diversos autores.

A doutrina nacional também é objeto desse capítulo, no que concerne ao tratamento dispensado à interação entre entidades privadas e o Poder Público, em um contexto de descentralização administrativa e de aproximação do aparelho público dos entes privados. Menciona-se, ainda, o estudo clássico de entidades privadas sob a ótica do Direito Administrativo e os distintos conceitos atribuídos à classe das entidades paraestatais.

Após essa abordagem doutrinária, passa-se à avaliação das razões que levaram à criação do ONS e da CCEE sob a forma de pessoas jurídicas de direito privado e do relacionamento dessas entidades tanto com o Poder Público como com os demais agentes privados do setor, com o fito de analisar sua real natureza jurídica.

Importa destacar que o presente estudo valeu-se de vasta consulta à legislação específica do setor elétrico, às normas que regem a organização e o funcionamento do ONS e da CCEE, aos documentos elaborados pelas referidas entidades e aos documentos que embasaram a edição das normas relacionadas à atuação desses entes, tais como exposições de motivos e pareceres jurídicos, com vistas a compreender os reais objetivos da escolha legislativa objeto deste exame.

Assim, ao cotejar o material examinado à pesquisa da produção científica nacional e internacional a respeito do exercício de poderes públicos por entidades privadas, conclui-se que não apenas as atividades exercidas pelo ONS e pela CCEE distinguem-se das atividades comumente atribuídas a pessoas jurídicas de direito privado, como a própria natureza jurídica dessas entidades não pode ser equiparada à das demais entidades privadas.

Isto porque, ao analisar as relações do ONS e da CCEE com o Poder Público e com os demais agentes privados que atuam no setor elétrico, constata-se que são estabelecidas relações de sujeição especial tanto dessas entidades com relação ao Poder Público como sobre os demais agentes privados, que podem ter suas esferas jurídicas diretamente afetadas por sua atuação.

Desta forma, o ONS e a CCEE não constituem pessoas jurídicas de direito privado comuns que simplesmente exercem atividades especiais, consistem, ao contrário, em **pessoas jurídicas de direito privado atípicas** submetidas a **regime jurídico híbrido** distinto do regime de direito privado, uma vez que influenciado por algumas restrições de direito público que não se assemelham ao regime aplicável às entidades privadas que compõem a Administração Pública indireta, muito mais restritivo.

Acredita-se, portanto, que são entidades privadas atípicas que podem, inclusive, integrar o conceito de administração associada, por atuarem em colaboração com o Poder Público, mas, no entanto, não podem ser classificadas, conforme se verá adiante, como entidades paraestatais, por não exercerem as atividades reservadas a elas e, ainda, não se submeterem aos mesmos mecanismos de controle.

Para o melhor entendimento da questão, no entanto, faz-se necessária uma explanação inicial sobre a estrutura do setor elétrico brasileiro e o que motivou a criação das entidades que constituem objeto deste estudo.

1. A REESTRUTURAÇÃO DO SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO

No Brasil, o setor elétrico passou por diversas mudanças e por modelos regulatórios distintos ao longo das décadas. Em um primeiro momento, a exploração de usinas de geração de energia elétrica era realizada por empresas privadas estrangeiras³ e por pequenas concessionárias de natureza privada e o Poder Concedente costumava restringir-se aos municípios⁴.

Posteriormente, com a criação de empresas estatais federais, que futuramente passaram a integrar o Grupo Eletrobras⁵ e a criação do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico, então BNDE⁶, o modelo de implantação de usinas de geração, bem como dos sistemas de transmissão e de distribuição de energia elétrica passou a ser majoritariamente estatal⁷.

Nessa segunda etapa, o principal marco regulatório do setor elétrico brasileiro foi o Código de Águas, decreto nº 24.643, de 10.07.1934⁸, que regeu o setor elétrico nacional entre as décadas de 30 e 90, período marcado pelo domínio estatal do setor.

Naquele período, as empresas responsáveis pela construção, operação e expansão das usinas de geração e dos sistemas de transmissão e de distribuição de energia elétrica eram, em sua maioria, empresas estatais integrantes do grupo

³ TOLMASQUIM, Mauricio T. **Novo Modelo do Setor Elétrico Brasileiro**. Rio de Janeiro e Brasília: EPE e Synergia, 2011.

⁴ SILVEIRA, Rodrigo Maitto da. Análise do Setor Elétrico Brasileiro à luz de Princípios Regulatórios Desenvolvimentistas. **Revista Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 3, nº 28, junho de 2003. Disponível em: <http://bit.ly/14Zg70G>. Acesso em: abril 2013.

⁵ A Centrais Elétricas Brasileiras S.A. – Eletrobras foi criada por meio da lei nº 3.890-A, de 25.04.1961.

⁶ O Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico – BNDE foi criado por meio da lei nº 1.628, de 20.06.1952, como autarquia federal e posteriormente incluído na categoria empresa pública por meio da lei nº 5.662, de 21.06.1971. O Banco passou ser denominado como Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES por força do que dispôs o artigo 5º do decreto-lei nº 1.940, de 25.05.1982.

⁷ TOLMASQUIM, *op. cit.*, e SILVEIRA, *op. cit.*

⁸ O Código de Águas foi editado pouco antes da Constituição de 1934, promulgada em 16.07.1934, e foi recepcionado por todas as Constituições Federais posteriores com força de lei.

Eletrobras, na esfera federal, e, na esfera estadual, empresas controladas pelos respectivos governos, tais como CEMIG, em Minas Gerais, CEEE, no Rio Grande do Sul, CESP, em São Paulo, entre outras.

Apenas em meados da década de 90, em virtude da crise financeira que atingiu o setor elétrico e diante de um contexto político-econômico de redução do papel do Estado e de fomento à assunção de serviços públicos e aos investimentos em infraestrutura por parte da iniciativa privada, buscou-se ampliar a abertura do setor elétrico nacional à iniciativa privada⁹.

Nesse contexto de transição entre o modelo estatal e a abertura à iniciativa privada da década de 90 e de reforma do Estado brasileiro, houve a privatização de diversas empresas do setor e a assunção de serviços e instalações de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica por empresas privadas.

Cumprе mencionar, contudo, que o contexto de liberalização econômica e, em especial, do setor elétrico, não constituiu exclusividade brasileira. De fato, tal processo de liberalização e reestruturação ocorreu em diversos países, que criaram entidades e adotaram conceitos bastante semelhantes em suas reformas, tais como a figura do produtor independente de energia elétrica¹⁰ e a desverticalização¹¹ das atividades desenvolvidas por empresas do setor¹².

Foi a partir do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado – PDRAE, em 1995, que foram traçadas as diretrizes das reformas estruturais pelas quais

⁹ A respeito do contexto das reformas da década de 90: ROSA, Luiz Pinguelli; D'ARAUJO, Roberto Pereira (coord.). *A Nova Estrutura do Setor Elétrico Brasileiro*. In: SAUER, Ildo Luís *et al.* **A Reconstrução do Setor Elétrico Brasileiro**, Campo Grande: UFMS, São Paulo: Paz e Terra, 2003, p. 203-252.

¹⁰ O artigo 11 da lei nº 9.074, de 07.07.1995, define o produtor independente – PIE de energia elétrica como “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”.

¹¹ A chamada “desverticalização” consistiu na determinação legal para que as concessionárias de distribuição de energia elétrica separassem suas atividades de geração e transmissão de energia elétrica, com vistas a evitar a prática do “*self-dealing*” ou de autocontratação, conforme estabelecido no artigo 4º, § 5º, da lei nº 9.074/95. A esse respeito, TOLMASQUIM, *op. cit.* e KELMAN, Jerson. **Desafios do Regulador**. Rio de Janeiro: Synergia: CEE/FGV, 2009.

¹² LIMA, Ricardo Gobbi. *Comercialização de Energia – Alguns Conceitos e Princípios*. In LANDAU, Elena (coord.). **Regulação Jurídica do Setor Elétrico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 365-376. A esse respeito, também, TOLMASQUIM, *op. cit.*

o Brasil passou nos anos seguintes, com vistas à redução da participação do Estado em atividades econômicas, estímulo à privatização, fortalecimento da regulação econômica e a administração gerencial, voltada a resultados, da qual o contrato de gestão seria importante instrumento¹³.

No entanto, a reforma do setor elétrico brasileiro passou a ser efetivamente delineada em meados da década de 90 por meio do projeto RE-SEB – Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro que, por determinação do governo federal, foi contratado pela Eletrobras junto ao Consórcio Coopers & Lybrand – C&L, que reunia um grande número de consultores nacionais e internacionais¹⁴.

Como resultado da referida consultoria, apresentou-se a proposta de um novo arranjo institucional e regulatório do setor elétrico brasileiro, fundado em princípios e recomendações-chaves, dos quais os mais relevantes, para o desenvolvimento do presente estudo, foram os seguintes¹⁵:

- Livre Comercialização de Energia Elétrica no Sistema Interligado Nacional – SIN;
- Criação do Mercado Atacadista de Energia – MAE;
- Criação do Operador Independente do Sistema – OIS.

A premissa básica do modelo então sugerido pela consultoria em apreço consistia na livre comercialização de energia elétrica, com estímulo à ampla competição entre os agentes, minimizando-se a interferência estatal.

¹³ TOLMASQUIM, *op. cit.* Ver também: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008; e MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo – Parte Introdutória, Parte Geral e Parte Especial**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

¹⁴ PACHECO, Adriane Cristina Spicciati. **A Contratação da Compra e Venda de Energia pelas Concessionárias de Distribuição – O “Novo” e o “Novíssimo” Modelo do Setor Elétrico**. In: LANDAU, *op. cit.*, p. 377-388. Ver também TOLMASQUIM, *op. cit.* A respeito dos fatores que ensejaram a reforma do setor elétrico na década de 90 e a estrutura sugerida pela consultoria C&L, sugere-se também a leitura de PIRES, José Claudio Linhares. **Desafios da Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro**. Texto para discussão do BNDES nº 76. Rio de Janeiro: 2000, disponível em: <http://bit.ly/17jxETp>. Acesso em: agosto 2012.

¹⁵ TOLMASQUIM, *op. cit.*

Nessa perspectiva, a recomendação para a criação do MAE tinha por objetivo a criação de um **ambiente de operacionalização da compra e venda da energia elétrica** que, como mencionado, seria livremente negociada entre os agentes¹⁶.

Por sua vez, o OIS garantiria a **entrega física da energia** negociada nos contratos celebrados livremente entre os agentes e centralizaria as atividades até então desenvolvidas pelo Grupo de Coordenação para Operação Interligada – GCOI¹⁷.

Como atividades do OIS, foram sugeridas as seguintes: administração da rede básica¹⁸, gestão dos encargos de transmissão, interveniência nos contratos de uso de serviços de transmissão e a solicitação à Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL para a realização de licitações para a outorga de novas concessões de transmissão¹⁹.

Da forma como sugerido pela C&L, ambas as entidades, o MAE e o OIS, teriam amplos poderes sobre os agentes setoriais, uma vez que, consoante citado, definiriam preços e teriam controle sobre os fluxos de energia negociados bilateralmente, chegando a interferir nos contratos então celebrados.

¹⁶ “A recomendação seguinte, criação do MAE, em decorrência da livre comercialização, nos moldes propostos pela C&L, substituiria o antigo sistema de comando regulatório na fixação de tarifas e termos dos contratos existentes. O MAE seria o foro adequado para fixar um preço de referência para a energia vendida por meio de contratos bilaterais entre geradoras e distribuidoras ou entre PIES e consumidores livres. O MAE também estabeleceria o preço à vista da energia, com base no custo marginal de curto prazo de geração. Os custos de transmissão seriam pagos em separado dos custos de geração.” - TOLMASQUIM, *op. cit.*, p. 11. Também trata da criação do MAE: PIRES, *op. cit.*

¹⁷ “A C&L recomendou que o OIS fosse estruturado como órgão independente, sem fins lucrativos, atuando com neutralidade sob a supervisão da ANEEL. A governança do OIS englobaria cinco classes: geradoras, transmissoras, distribuidoras, consumidores livres e setor público. O OIS foi concebido para permitir a descentralização da propriedade dos ativos de geração, sem perda dos benefícios do despacho centralizado. O OIS teria controle sobre todos os fluxos de energia, tanto os negociados no mercado bilateral como no mercado à vista, de forma a otimizar a produção hidrotérmica. Se houvesse necessidade de racionar energia, o OIS alocaria, de forma unilateral, a energia disponível entre os participantes do mercado, substituindo os termos dos contratos bilaterais e obrigando as empresas a compartilharem o déficit, de forma proporcional aos montantes contratados.” TOLMASQUIM, *op. cit.*, p. 11-12. Ver também: PIRES, *op. cit.*

¹⁸ A rede básica é definida pela ANEEL como o conjunto de instalações de transmissão do SIN, de propriedade de concessionárias de serviço público de transmissão, definida segundo critérios estabelecidos na resolução normativa ANEEL nº 67, de 2004.

¹⁹ TOLMASQUIM, *op. cit.*

Tais sugestões foram acolhidas pelo governo federal em 05.03.1998, por meio da reedição da medida provisória nº 1.531-16, que estabeleceu, em seu artigo 12, que as transações de compra e venda de energia elétrica nos sistemas elétricos interligados seriam realizadas no âmbito do MAE, instituído mediante Acordo de Mercado que, por sua vez, seria celebrado entre os interessados.

Segundo a referida medida provisória, caberia ao Poder Concedente definir, mediante regulamento, as regras de participação no MAE e os mecanismos de proteção aos consumidores. Ademais, o Acordo de Mercado, que estabeleceria as regras comerciais, os critérios de rateio dos custos administrativos decorrentes das atividades desenvolvidas naquele ambiente e a forma de solução de divergências entre os agentes, deveria ser submetido à homologação da ANEEL.

A medida provisória nº 1.531-16 também tratou do OIS, em seu artigo 13, asseverando que a esse operador caberia executar as atividades de coordenação e controle da operação dos sistemas de geração e transmissão de energia elétrica nos sistemas elétricos interligados.

Consoante tal norma, o funcionamento do OIS, que seria integrado por titulares de concessão, permissão ou autorização para a exploração de instalações ou serviços de energia elétrica e pelos consumidores a que se referem os artigos 15 e 16 da lei nº 9.074, de 07.07.1995, dependeria de autorização específica da ANEEL.

Entre outras atribuições, caberia ao OIS: (a) o planejamento da operação, a programação e o despacho²⁰ centralizados da geração; (b) a supervisão e coordenação dos centros de operação de sistemas elétricos; (c) a supervisão e controle da operação dos sistemas eletroenergéticos nacionais interligados e das interligações internacionais; (d) a contratação e administração de serviços de transmissão de energia elétrica, condições de acesso e dos serviços ancilares; (e) sugerir ao Ministério de Minas e Energia as instalações da rede básica de transmissão, as ampliações e reforços nos sistemas existentes, a serem licitados ou autorizados; (f) a definição de regras para a

²⁰ O despacho consiste na determinação para a geração de energia elétrica, realizada pelo ONS de forma centralizada.

operação das instalações de transmissão da rede básica dos sistemas elétricos interligados, a serem aprovadas pela ANEEL.

A citada medida provisória foi reeditada em duas ocasiões, em 02.04.1998 e em 29.04.1998, e, em 27.05.1998, foi editada a lei nº 9.648, como resultado de sua conversão. A referida lei, em sua redação original, estabeleceu, com relação ao MAE²¹:

Art. 12. Observado o disposto no art. 10, as transações de compra e venda de energia elétrica nos sistemas elétricos interligados, serão realizadas no âmbito do Mercado Atacadista de Energia Elétrica - MAE, instituído mediante Acordo de Mercado a ser firmado entre os interessados.[...]

O referido dispositivo legal também asseverou que caberia à ANEEL – e não mais ao Poder Concedente, como na redação da medida provisória – definir as regras de participação no MAE e os mecanismos de proteção aos consumidores.

Relativamente à compra e venda de energia elétrica que não fosse objeto de contrato bilateral, ou seja, à liquidação de energia no mercado de curto prazo, a mencionada lei estabeleceu que ela seria realizada a preços determinados conforme as regras do Acordo de Mercado, o que hoje constitui o Preço de Liquidação de Diferenças – PLD²², conforme se verá mais adiante.

No que concerne ao Acordo de Mercado, a lei nº 9.648/98 veiculou a mesma redação da medida provisória que a antecedeu, assentando que ele estabeleceria as regras comerciais, os critérios de rateio dos custos administrativos decorrentes das atividades desenvolvidas naquele ambiente e a forma de solução de divergências entre os agentes, e que deveria ser submetido à homologação da ANEEL.

²¹ (*sic*) Tais dispositivos foram parcialmente revogados pela lei nº 10.433, de 24.04.2002, e tiveram sua redação modificada pela lei nº 10.848, de 15.03.2004. Grifou-se.

²² Conforme definição contida no *site* da CCEE, o PLD é um valor determinado semanalmente para cada patamar de carga com base no Custo Marginal de Operação, limitado por um preço máximo e mínimo vigentes para cada período de apuração e para cada Submercado. Disponível em <http://bit.ly/1cd6pNw>. É o preço da energia praticado no mercado de curto prazo.

Constata-se, portanto, que, no que concerne ao MAE, foi conferida aos agentes interessados a possibilidade de definir suas regras de funcionamento e de definição de preços, por meio do Acordo de Mercado, a ser posteriormente submetido à ANEEL para homologação, o que lhes garantiu certa representatividade na instituição.

Com relação ao operador do sistema, a lei nº 9.648/98 também foi editada com redação pouco distinta da citada medida provisória, a seguir (*sic*):

Art. 13. As atividades de coordenação e controle da operação da geração e transmissão de energia elétrica nos sistemas interligados, serão executadas pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico, pessoa jurídica de direito privado, mediante autorização da ANEEL, a ser integrado por titulares de concessão, permissão ou autorização e consumidores a que se referem os arts. 15 e 16 da Lei nº 9.074, de 1995.

Parágrafo único. Sem prejuízo de outras funções que lhe forem atribuídas em contratos específicos celebrados com os agentes do setor elétrico, constituirão atribuições do Operador Nacional do Sistema Elétrico:

- a) o planejamento e a programação da operação e o despacho centralizado da geração, com vistas a otimização dos sistemas eletroenergéticos interligados;
- b) a supervisão e coordenação dos centros de operação de sistemas elétricos;
- c) a supervisão e controle da operação dos sistemas eletroenergéticos nacionais interligados e das interligações internacionais;
- d) a contratação e administração de serviços de transmissão de energia elétrica e respectivas condições de acesso, bem como dos serviços ancilares;
- e) propor à ANEEL as ampliações das instalações da rede básica de transmissão, bem como os reforços dos sistemas existentes, a serem licitados ou autorizados;
- f) a definição de regras para a operação das instalações de transmissão da rede básica dos sistemas elétricos interligados, a serem aprovadas pela ANEEL.

Deve-se notar que o ONS teve sua criação já autorizada sob a forma de pessoa jurídica de direito privado e com a finalidade de suceder o GCOI, criado pela lei nº 5.899, de 05.07.1973, o que será abordado mais adiante²³.

Segundo o artigo 14 da lei nº 9.648/98, caberia ao Poder Concedente estabelecer a regulamentação do MAE, coordenar a assinatura do Acordo de Mercado pelos agentes, definir as regras da organização inicial do ONS e implementar os procedimentos necessários para o seu funcionamento.

O artigo 15 da referida lei tratou da transferência progressiva das atividades e atribuições do GCOI e do Comitê Coordenador de Operações do Norte/Nordeste – CCON para o ONS, autorizou a Eletrobras e suas subsidiárias a transferir ao ONS os ativos constitutivos do Centro Nacional de Operação do Sistema – CNOS e dos Centros de Operação do Sistema – COS, assim como os demais bens vinculados à coordenação e operação do sistema elétrico e estabeleceu o prazo de nove meses, a partir da criação do ONS, para a transferência das mencionadas atribuições, ocasião em que o GCOI seria, enfim, extinto.

As atividades e o funcionamento do MAE e do ONS foram regulamentados, inicialmente, por meio do decreto nº 2.655, de 02.07.1998, cujo texto teria sido amplamente discutido com agentes e entidades setoriais²⁴.

Apenas com a edição da medida provisória nº 29, de 07.02.2002, posteriormente convertida na lei nº 10.433, de 24.04.2002, o MAE passou a ter personalidade jurídica própria, de direito privado. Até então, a entidade responsável pela

²³ Tratam brevemente da constituição e das atribuições conferidas ao ONS: TOLMASQUIM, *op. cit.* e GANIN, Antonio. **Setor Elétrico Brasileiro: Aspectos Regulamentares e Tributários**. Rio de Janeiro: Canal Energia, 2003.

²⁴ Segundo o parecer CONJUR/MME nº 059/98, de 16.06.1998, da lavra do então Consultor Jurídico do Ministério de Minas e Energia, José Calasans Júnior, “Depois de ampla discussão, que contou com a participação de técnicos do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES e da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, bem como da análise de diversas observações e contribuições oferecidas por profissionais e entidades interessadas, restou consensado o texto anexo, que se considera satisfatório para a finalidade objetivada.”

representação daquele ambiente de mercado consistia na ASMAE – Administradora de Serviços do Mercado Atacadista de Energia Elétrica, criada em 1999²⁵.

A exposição de motivos da medida provisória nº 29/02 justifica a alteração normativa com a necessidade de fortalecimento do mercado relativo às transações de compra e venda de energia elétrica nos sistemas interligados, nos seguintes termos²⁶:

A necessidade de aumentar a credibilidade e a existência de conflitos de interesses no âmbito do MAE, em decorrência da forma como este estava constituído, justificam a criação de um novo Mercado, com personalidade jurídica própria, e com condições de desempenhar as atribuições que lhe são inerentes, viabilizando, assim, a expansão da oferta de energia elétrica.

A instituição do MAE, com as novas regras definidas na presente medida provisória, visa a garantir sobretudo o pleno funcionamento do modelo de competição objeto da Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998.

Contudo, ao longo do tempo, verificou-se que as reformas dos anos 90, embora tenham ocasionado profundas mudanças, não foram suficientes para garantir a continuidade do planejamento, a adequada expansão do fornecimento de energia elétrica e promover o almejado desenvolvimento nacional, o que contribuiu para o agravamento da crise de abastecimento que resultou no conhecido “apagão” de 2001²⁷.

Entre as diversas causas apontadas por especialistas para a deflagração da crise de abastecimento do início dos anos 2000, Maurício Tolmasquim aponta as

²⁵ Conforme GANIN, *op. cit.*, o MAE funcionou, até janeiro de 2002, como um ambiente virtual, sem personalidade jurídica. Afirma o autor: “Para administrar os negócios do MAE, foi criada a Administradora de Serviços do Mercado Atacadista de Energia – Asmae, sociedade civil sem fins lucrativos, para dar suporte administrativo necessário, e encarregada de processar e contabilizar todas as operações de compra e venda de energia elétrica no âmbito do MAE, bem como liquidar as operações processadas no mercado de curto prazo. Já os contratos bilaterais, firmados entre os agentes, seriam apenas contabilizados pela Asmae, sendo liquidados diretamente entre as partes contratantes.” GANIN, *op. cit.*, p. 127.

²⁶ EM nº 06, de 07.02.2002. Disponível em <http://bit.ly/1cd6C3h>. Acesso em junho 2013.

²⁷ A respeito das causas e do diagnóstico da crise de abastecimento de 2001, ver: TOLMASQUIM, *op. cit.*, KELMAN, *op. cit.* e ROSA; D'ARAUJO, *op. cit.*

dificuldades enfrentadas pelo MAE no exercício das atribuições que lhe foram legalmente conferidas²⁸:

De forma indireta, contribuíram para a crise, também, as dificuldades enfrentadas pelo MAE, que não conseguia realizar a liquidação financeira das transações. O mercado, ainda sob o controle da ASMAE, não foi diligente o bastante para demonstrar credibilidade, certeza e exigibilidade na contabilização, inviabilizando as transações nos mercados livre e de curto prazo. As incertezas quanto aos valores apurados e contabilizados eram tantas que os agentes provocavam regularmente o Judiciário para suspender as liquidações financeiras. Essas operações somente foram realizadas a partir de 2003, quando o mercado passou a se normalizar.

Outro aspecto apontado pelo autor teria sido “a ausência de um ambiente regulatório adequado, com regras estáveis, claras e concisas” e a ausência de definição clara, na legislação setorial, das atribuições e responsabilidades específicas de cada agente na gestão do setor elétrico nacional²⁹.

Em decorrência da crise de abastecimento do início dos anos 2000, o marco regulatório setorial foi novamente aprimorado, em meados de 2003 e 2004, por meio da edição das normas que originaram o assim conhecido “Novo Modelo do Setor Elétrico”³⁰, com os seguintes objetivos: (i) continuidade do suprimento, (ii) modicidade tarifária e (iii) universalização do acesso.

O Novo Modelo do Setor Elétrico adotou como principais medidas a criação de dois ambientes de contratação e a consequente modificação do modo de

²⁸ TOLMASQUIM, *op. cit.*, p. 19. Também aborda as causas de extinção do MAE: GANIN, *op. cit.*, p. 127: “No entendimento do órgão regulador, o MAE, da forma como estava constituído, vinha apresentando conflitos de interesses, resultando em paralisia do Mercado e falta de credibilidade, bem como não vinha desempenhando as atribuições esperadas, comprometendo, assim, a expansão da oferta de energia elétrica.”

²⁹ TOLMASQUIM, *op. cit.*, p. 19.

³⁰ Alguns se referem ao modelo da década de 90 como “Novo Modelo” e ao modelo de 2004 como “Novíssimo Modelo” (como, p.ex., PACHECO, *op. cit.*), outros se referem ao modelo de 2004 como “Novo Modelo”, dispensando denominação distinta ao modelo da década de 90 (p. ex.: TOLMASQUIM, *op. cit.*). A realidade, no entanto, demonstra que o modelo de 2004 consistiu em aprimoramento do modelo da década de 90, mantida parte dos princípios fundantes daquele modelo.

contratação de energia por parte das distribuidoras, a retomada do planejamento setorial, a criação de programas efetivos de universalização do acesso à energia e a reorganização institucional do setor.

Embora o modelo setorial de 2004 tenha mantido diversas premissas que orientaram a reestruturação da década de 90, ele transformou um modelo que deveria fundar-se na premissa da ampla liberdade de comercialização em um modelo híbrido, constituído por um ambiente de contratação livre e outro fortemente regulado³¹.

No âmbito institucional, foram reorganizadas as competências de algumas entidades já existentes, tais como o ONS, e criados novos agentes para atuação no setor elétrico nacional, tais como a Empresa de Pesquisa Energética – EPE e a CCEE.

A justificativa para tais medidas foi veiculada na exposição de motivos nº 00095/MME, de 11.12.2003, que fundamentou a edição da Medida Provisória nº 144, da mesma data (*sic*)³²:

6. No âmbito da construção do novo marco institucional do Setor, propõe-se a criação de novos agentes - a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE, sucessora do Mercado Atacadista de Energia Elétrica - MAE, e a Empresa de Pesquisa Energética - EPE, esta objeto de instrumento normativo próprio, separado desta Medida Provisória.

7. Pretende-se, com a criação dessas Entidades, dotar o Poder Executivo e o Setor Elétrico de instrumentos que confirmam adequada proteção ao consumidor cativo das concessionárias do serviço público de distribuição de energia elétrica, bem como capacidade de avaliar e propor, com a antecedência necessária, soluções que garantam maior

³¹ Quais sejam, o Ambiente de Contratação Livre – ACL e o Ambiente de Contratação Regulada – ACR, cujas definições foram veiculadas no artigo 1º, § 2º, do decreto nº 5.163, de 30.07.2004. ROSA; D'ARAUJO, *op. cit.*, apontam que a implantação do modelo liberal da década de 90 não surtiu os efeitos desejados e indicam os motivos que ensejaram a necessidade de sua modificação. Também aborda o “fracasso” do modelo considerado neoliberal da década de 90: CARVALHO, Joaquim Francisco. **O Setor Elétrico e o Dilema Espaço Público versus Espaço Privado**. In SAUER, *op. cit.*, p. 253-264. Ainda a respeito de uma espécie de movimento pendular das mudanças econômicas, sugere-se OLIVEIRA, Amanda Flávio. L'État et l'Économie de Marché Aujourd'hui. **Les Cahiers de Droit**, vol. 54, nº 1, mars 2013, p. 33-43.

³² Grifou-se.

segurança no abastecimento de energia, ao menor custo e com os mínimos impactos ambientais.

8. Altera-se, assim, as competências de alguns dos agentes já existentes: o próprio Ministério de Minas e Energia - MME, ao qual se restitui a condição de agente direto do Poder Concedente; o Conselho Nacional de Política Energética - CNPE, ao qual se atribui nova e relevante competência relativa à segurança do Sistema; a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, que sofre ajuste em suas funções de regulação, **e o Operador Nacional do Sistema Elétrico - ONS, no qual se corrigem deficiências na governança, de modo a conferir-lhe a reclamada independência, princípio que suportou sua criação.** Tomadas em conjunto, essas modificações visam harmonizar a atuação desses vários agentes com vistas à implementação das políticas públicas para o crescimento do Setor, ao aumento da segurança do abastecimento e à modicidade tarifária.

A partir da reorganização institucional promovida pela referida medida provisória, há autores que buscam distinguir a diversidade de agentes institucionais e econômicos do setor elétrico brasileiro, tais como Mauricio Tolmasquim³³, que os classifica como (i) agentes que executam atividades de governo, (ii) agentes que executam atividades regulatórias e (iii) entidades de direito privado que executam atividades especiais.

Nesse terceiro grupo, figurariam o ONS e a CCEE, pessoas jurídicas de direito privado, que, embora tenham sido criadas por lei e contem com representantes indicados e nomeados pelo governo federal, atuam no setor elétrico de forma praticamente autônoma, a primeira, na operação do SIN e a segunda, na organização e contabilização de toda a comercialização de energia elétrica realizada no país, seja no Ambiente de Contratação Regulada – ACR ou no Ambiente de Contratação Livre – ACL.

Embora tais entidades tenham natureza jurídica privada, a atuação de ambas é extremamente relevante para a organização e o funcionamento do setor elétrico brasileiro e, portanto, produz efeitos sobre todo o arranjo institucional público do setor.

Como se registrou anteriormente, no acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 3.090, o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto na qualidade

³³ TOLMASQUIM, *op. cit.*

de relator da matéria, denominou tais entidades como “pessoas jurídicas de direito privado atípicas”, classificação não encontrada em manifestação anterior daquela Corte Constitucional.

No desenvolvimento do presente estudo, verifica-se que os modelos jurídicos tradicionais não conseguem acompanhar o dinamismo das mudanças sociais, em especial com relação a atividades econômicas de relevo, uma vez que a persecução do desenvolvimento econômico exige transformações rápidas, grande flexibilidade e agilidade das instituições na regulação setorial, o que nem sempre se encontra sob a forma de modelos tradicionalmente adotados pelo ordenamento jurídico³⁴.

Diante disto, pretende-se avaliar os motivos que levaram à classificação dessas entidades do setor elétrico como “entidades de direito privado que executam atividades especiais” ou “pessoas jurídicas de direito privado atípicas”, o que as distinguiria das demais pessoas jurídicas de direito privado, aferindo se, realmente, possuem uma natureza jurídica distinta ou somente exercem atividades diferentes das praticadas por entidades privadas comuns.

Para tanto, faz-se necessário analisar detidamente a constituição e as funções atribuídas ao ONS e à CCEE.

³⁴A respeito da dinâmica econômica e da necessidade rápida de atualização dos modelos jurídicos, ver OLIVEIRA, *op. cit.*

2. O OPERADOR NACIONAL DO SISTEMA – ONS

Mencionou-se anteriormente que a organização institucional do setor elétrico brasileiro contém um diferencial relativamente a outros setores econômicos relevantes no país, qual seja, a existência de entidades privadas que atuam de forma autônoma, embora sujeitas às normas regulamentares aplicáveis, essenciais para o bom funcionamento do sistema.

Neste sentido, cumpre reforçar que o ONS foi criado por meio da lei nº 9.648/98, e teve por finalidade suceder o GCOI, órgão então responsável pela coordenação operacional dos sistemas interligados e, conseqüentemente, do despacho de energia elétrica.

É importante frisar que a coordenação operacional dos sistemas interligados e o despacho centralizado de energia elétrica mostram-se especialmente relevantes em um país de dimensões continentais como o Brasil e com uma diversidade de fontes de geração que buscam a complementariedade entre si, de modo a assegurar o atendimento a todo o território nacional em todas as estações do ano³⁵.

Para a coordenação desse complexo sistema de geração, transmissão e fornecimento de energia elétrica, o GCOI foi criado pela lei nº 5.899/1973, da seguinte forma (*sic*):

Art 12. A coordenação operacional dos sistemas interligados das Regiões Sudeste e Sul será efetuada, em cada uma dessas regiões, por um Grupo Coordenador para operação Interligada, integrado por representante da ELETROBRÁS e respectivamente das empresas concessionárias mencionadas nos artigos 7º e 8º.

§ 1º A critério da ELETROBRÁS poderão integrar os referidos Grupos outras empresas participantes dos sistemas interligados.

§ 2º O Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica - DNAEE, designará representantes junto aos Grupos para participarem de seus trabalhos como observadores.

³⁵ Neste sentido: TOLMASQUIM, *op. cit.* e PIRES, *op. cit.*

§ 3º Os Grupos serão organizados e dirigidos pela ELETROBRÁS.

§ 4º Sem efeito suspensivo do trabalho dos Grupos, as divergências entre a ELETROBRÁS e as empresas concessionárias participantes dos mesmos, serão dirimidas pelo Ministro das Minas e Energia, por meio de recurso da parte interessada encaminhado ao Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica.

Como se vê, à época, o GCOI era composto pelos agentes setoriais, que, conforme explicado anteriormente, consistiam basicamente em empresas estatais federais e estaduais, dado o predomínio estatal então exercido no setor.

Ao regulamentar a lei nº 5.899/73, o decreto nº 73.102, de 07.11.1973, instituiu Grupos Coordenadores para Operação Interligada regionais, quais sejam, o GCOI-Sudeste e o GCOI-Sul, estabelecendo que o GCOI nacional seria responsável por tudo o que se referisse aos sistemas elétricos das Regiões Sul e Sudeste conjuntamente.

Não obstante, o referido decreto estabeleceu, em seu artigo 2º, que caberia aos GCOI coordenar, decidir ou encaminhar as providências necessárias ao uso racional das instalações geradoras e de transmissão existentes e futuros dos sistemas elétricos interligados da Região Sudeste e da Região Sul, objetivando, basicamente, a continuidade do suprimento de energia elétrica e a economia dos combustíveis utilizados nas centrais termelétricas, em complementação dos recursos hidrelétricos considerando “as imposições de interesse nacional”.

O decreto nº 73.102/73 estabeleceu, ainda, em seu artigo 3º, como diretrizes que deveriam orientar a atuação dos GCOI as seguintes:

- Utilização prioritária da potência e energia produzidas na central elétrica de Itaipu, que ainda seria construída;
- Rateio dos ônus e vantagens decorrentes das variações de condições hidrológicas entre todas as empresas concessionárias dos sistemas elétricos da Região Sudoeste e Sul;
- Rateio dos ônus e vantagens decorrentes do consumo dos combustíveis fósseis para atender às necessidades dos sistemas interligados ou por imposição de interesse nacional entre todas as empresas concessionárias daqueles sistemas.

Ao criar o ONS, a lei nº 9.648/98 estabeleceu que ele teria personalidade jurídica de direito privado e que não teria fins lucrativos. Além disso, a citada norma determinou que o ONS fosse constituído por “titulares de concessão, permissão ou autorização e consumidores que tenham exercido a opção prevista nos arts. 15 e 16 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995³⁶, e que sejam conectados à rede básica”.

A respeito dos membros que constituem o ONS, vale mencionar que, com a onda de privatização que afetou o setor elétrico na década de 90, a composição do ONS é, atualmente, bastante variada, congregando vasta gama de agentes estatais e agentes privados que atuam no setor.

O funcionamento do ONS, nos termos da legislação aplicável, depende de autorização do Poder Concedente e está sujeito à fiscalização e à regulação da ANEEL.

Originalmente, a referida lei conferiu ao ONS, em seu artigo 13, parágrafo único, as seguintes atribuições:

- a) o planejamento e a programação da operação e o despacho centralizado da geração, com vistas à otimização dos sistemas eletroenergéticos interligados;
- b) a supervisão e coordenação dos centros de operação de sistemas elétricos;
- c) a supervisão e controle da operação dos sistemas eletroenergéticos nacionais interligados e das interligações internacionais;
- d) a contratação e administração de serviços de transmissão de energia elétrica e respectivas condições de acesso, bem como dos serviços ancilares;
- e) propor à ANEEL as ampliações das instalações da rede básica de transmissão, bem como os reforços dos sistemas existentes, a serem licitados ou autorizados;
- f) a definição de regras para a operação das instalações de transmissão da rede básica dos sistemas elétricos interligados, a serem aprovadas pela ANEEL.

³⁶ Os consumidores que exerceram a opção de contratação prevista nos artigos 15 e 16 da lei nº 9.074/95 são chamados no setor como “consumidores livres”.

Posteriormente, com o advento da lei nº 10.848, de 15.03.2004, as duas últimas atribuições conferidas ao ONS tiveram suas redações alteradas e passaram a consistir em³⁷:

- e) **propor ao Poder Concedente** as ampliações das instalações da rede básica, bem como os reforços dos sistemas existentes, **a serem considerados no planejamento da expansão** dos sistemas de transmissão;
- f) **propor regras** para a operação das instalações de transmissão da rede básica do SIN, a serem aprovadas pela ANEEL.

Da leitura da nova redação, verifica-se que, em 2004, buscou-se amenizar, ao menos no texto da lei, a forte influência do ONS sobre o Poder Público.

As alterações promovidas na lei nº 9.648/98 foram justificadas na exposição de motivos nº 00095/MME, de 11.12.2003, que demonstrou a relevância do ONS para o sistema³⁸:

28. **A função desempenhada pelo ONS é parte integrante e necessária à prestação do serviço público de energia elétrica.** Nesse sentido, caberá ao Poder Executivo a definição das regras de organização e dos procedimentos necessários a seu funcionamento, com indicação de três de seus cinco diretores, os dois outros diretores serão indicados pelos próprios agentes. Além disso, diretoria deverá ter mandato fixo de 4 anos, com nomeações não coincidentes e com permissão para apenas uma recondução.

29. O artigo 11 da Medida Provisória altera os artigos 13 e 14 da Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998, para **adequar o ONS ao exercício de sua relevante atribuição legal como prestador de serviço público de energia elétrica, como ente jurídico autorizado pelo Poder Concedente.**

³⁷ Grifou-se.

³⁸ Grifou-se.

Contudo, da simples leitura das atribuições que foram legalmente conferidas ao ONS, verifica-se que a exposição de motivos acima citada veiculou uma impropriedade ao referir-se ao ONS como prestador de serviço público de energia elétrica. Isto porque não se vislumbra, em nenhuma das funções exercidas pelo ONS, a efetiva prestação de serviço público de geração, transmissão, distribuição ou fornecimento direto de energia elétrica.

Na verdade, as atribuições conferidas ao ONS colocam-no em uma posição semelhante à de administração da prestação de serviços públicos de energia elétrica, ao admitir-se que essa entidade tenha a capacidade de determinar qual agente deverá gerar energia para entrega em pontos específicos do SIN³⁹ e quais agentes não poderão exercer, ainda que transitoriamente, suas atividades em virtude de restrições variadas, seja na geração ou na transmissão de energia elétrica.

Tais funções assemelham-se mais às funções de supervisão da prestação dos serviços públicos de energia elétrica que à própria prestação direta de tais serviços.

Superada tal impropriedade, cumpre destacar que a autorização para o exercício das atribuições conferidas ao ONS foi veiculada por meio do decreto nº 5.081, de 14.05.2004, que exemplificou, em seu artigo 3º, como atribuições daquela entidade as seguintes:

- O planejamento e a programação da operação e o despacho centralizado da geração, com vistas à otimização do SIN;
- A supervisão e a coordenação dos centros de operação de sistemas elétricos, a supervisão e o controle da operação do SIN e das interligações internacionais;
- A contratação e a administração de serviços de transmissão de energia elétrica e as respectivas condições de acesso, bem como dos serviços ancilares;
- A proposição ao Poder Concedente das ampliações de instalações da Rede Básica, bem como de reforços do SIN, a serem considerados no planejamento da expansão dos sistemas de transmissão;

³⁹ Por meio do despacho centralizado das usinas de geração que a ele se submetem.

- A proposição de regras para a operação das instalações de transmissão da Rede Básica do SIN, mediante processo público e transparente, consolidadas em Procedimentos de Rede, a serem aprovadas pela ANEEL;
- A divulgação dos indicadores de desempenho dos despachos realizados, a serem auditados semestralmente pela ANEEL.

O citado decreto também estabeleceu que, para a realização das atribuições que lhe foram conferidas, o ONS deverá celebrar acordo operacional com a CCEE, com vistas a definir as condições de relacionamento técnico-operacional entre as duas entidades para o desenvolvimento de suas respectivas atividades, e manter acordo operacional com a EPE, com a finalidade de prover elementos e subsídios necessários ao desenvolvimento das atividades relacionadas ao planejamento do setor elétrico.

O decreto nº 5.081/04 tratou, ainda, da organização interna do ONS, estabelecendo, a respeito da composição de seus órgãos de direção, que o Conselho de Administração será integrado por quinze Conselheiros titulares e seus respectivos suplentes, eleitos em Assembleia Geral, para cumprimento de mandato de dois anos, permitida a recondução. Entre esses Conselheiros, o decreto estabelece que um titular e um suplente sejam indicados pelo Ministério de Minas e Energia, cinco titulares e seus respectivos suplentes pela categoria dos agentes de produção, outros quatro titulares e respectivos suplentes pelos agentes de transporte e, por fim, cinco titulares e cinco suplentes pela categoria dos agentes de consumo, dos quais um deverá ser indicado especificamente pelos consumidores livres.

Relativamente à Diretoria do ONS, o decreto dispõe que ela será integrada por um Diretor-Geral e quatro Diretores, escolhidos entre profissionais de reconhecida competência em sua área de atuação, domiciliados no País, com dedicação exclusiva e em tempo integral, eleitos e destituíveis pela Assembleia Geral, dos quais três membros serão indicados pelo Ministério de Minas e Energia, entre eles, o Diretor-Geral, e dois membros, pelos agentes.

Os Diretores do ONS, segundo o citado decreto, exercem mandatos de quatro anos, não coincidentes, permitida uma única recondução. Ademais, segundo o artigo 7º do decreto em apreço, a exoneração imotivada de dirigente do ONS somente

poderá ocorrer nos quatro meses iniciais do mandato, findos os quais é assegurado seu pleno e integral exercício, constituindo, no entanto, motivo para a exoneração de dirigente do ONS, em qualquer época, a condenação em ação penal transitada em julgado.

Verifica-se, portanto, que, embora parte dos administradores – em especial dos Diretores – do ONS sejam indicados pelo governo federal, por intermédio do Ministério de Minas e Energia, foi-lhes assegurada autonomia no exercício de suas funções ao lhes conferir mandatos não coincidentes e uma relativa estabilidade em seu exercício, de forma semelhante ao regime adotado para as agências reguladoras pelo modelo institucional da década de 90.

O intuito de fortalecer o ONS foi devidamente explicitado na exposição de motivos nº 00023/MME, de 14.05.2004, que justificou a edição do decreto nº 5.081/04 da seguinte maneira (*sic*)⁴⁰:

2. As justificativas para as alterações dos artigos dos dispositivos legais indicados, são o de **reforçar o papel do ONS de supervisão e de coordenação do sistema elétrico** e de estender a regulamentação da ANEEL sobre as alterações ocorridas na governança do Operador.

O parecer CONJUR/MME nº 118/2004, de 14.05.2004, da lavra da então Consultora Jurídica do Ministério de Minas e Energia, Erenice Guerra, também reforçou esse objetivo⁴¹:

2. O art. 13 da Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998, define as atividades do ONS e o art. 14 define a responsabilidade da ANEEL na organização do ONS. As justificativas para a referida regulamentação foram objeto de análise e discussões anteriores, iniciadas quando da discussão para formulação e implementação da reforma institucional do setor elétrico, detectando-se a **necessidade de ajustes na**

⁴⁰ Grifou-se.

⁴¹ Grifou-se.

governança do Operador, com o intuito de reforçar o papel do ONS na supervisão e coordenação para a confiabilidade do sistema elétrico e de sintonizar o Operador com as novas diretrizes e orientações adotadas nessa nova política setorial. [...]

5. Com este novo desenho estabelecido para o Operador nesta Regulamentação, obtêm-se o **fortalecimento de sua atuação em atividades de natureza sistêmica, melhor caracterização das responsabilidades dos agentes associados ao Operador e muito maior autonomia na tomada de decisões durante eventuais perturbações no sistema elétrico** pretendendo-se com isto que haja reversão de todos os benefícios para os consumidores e para a sociedade.

O decreto nº 5.081/04, no entanto, estabeleceu que o Estatuto Social do ONS deveria ser aprovado pela ANEEL, fixando diretrizes para a determinação dos votos na Assembleia-Geral e a representação no Conselho de Administração. Cumpre mencionar que o referido Estatuto Social foi devidamente aprovado pela ANEEL por meio da Resolução Autorizativa nº 328, de 12.08.2004.

Ademais, o decreto nº 5.081/04 também trata, em seu artigo 9º, da submissão do ONS à fiscalização da ANEEL, que deverá promover auditorias periódicas dos sistemas e dos procedimentos técnicos daquela instituição, para verificar, entre outras questões:

- A confiabilidade e a integridade dos sistemas operacionais;
- A qualidade e atualidade técnica das metodologias, dos modelos computacionais, dos sistemas e dos processos;
- O atendimento à ordem de programação de despacho de geração, com vistas à otimização dos recursos energéticos do SIN;
- A aplicação das informações prestadas pelos agentes relativas às suas instalações de geração e transmissão e dos serviços ancilares; e
- A aderência das práticas operativas aos Procedimentos de Rede.

Observa-se, destarte, que a intenção estatal foi assegurar ao ONS a maior autonomia possível para o exercício das atribuições que lhe foram conferidas pela lei que autorizou sua criação e pelos demais dispositivos legais aplicáveis. Contudo, apesar

da autonomia assegurada à instituição, ela se submete à regulação e à fiscalização intensa da ANEEL.

Apesar de submetido a um controle mais rígido que as demais pessoas jurídicas de direito privado, o ONS chega a exercer atividades que, se não competem exclusivamente ao Poder Público, possuem natureza muito semelhante às atribuições do Estado⁴², tais como o planejamento e a programação da operação e o despacho centralizado da geração, a supervisão e o controle da operação dos sistemas eletroenergéticos nacionais interligados e das interligações internacionais, e, até mesmo, a propositura de regras para a operação das instalações de transmissão da rede básica do SIN.

No exercício de suas atribuições, o ONS é responsável pela elaboração dos **Procedimentos de Rede** junto com os agentes de operação do sistema elétrico brasileiro, o que consiste, basicamente, em um **conjunto de normas e procedimentos de observância obrigatória** na realização das atividades de planejamento da operação eletroenergética, de administração da transmissão, de programação e de operação em tempo real no SIN. Tais procedimentos, todavia, devem ser homologados pela ANEEL para produzirem efeitos⁴³.

Atualmente, os Procedimentos de Rede consistem em um conjunto de normas divididas em 26 módulos distintos⁴⁴. O primeiro módulo tem caráter introdutório e os define da seguinte forma⁴⁵:

⁴² A respeito do exercício de poderes públicos por entidades privadas, ver: GONÇALVES, Pedro. **Entidades Privadas com Poderes Públicos: O Exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas**. Coimbra: Almedina, 2008; LAWRENCE, David M. **Private Exercise of Governmental Power**. Indiana Law Journal: vol. 61: Iss. 4, Article 3. Disponível em <http://bit.ly/17hbblu>. Acesso em: junho 2013; e FREEMAN, Jody. **Private Parties, Public Functions and the New Administrative Law**. Julho, 1999. Disponível em <http://bit.ly/16K0Gck>. Acesso em: julho 2013.

⁴³ A respeito dos Procedimentos de Rede, ROSA; D'ARAUJO, *op. cit.*, criticam a suposta falta de legitimidade em sua elaboração, uma vez que nem todos os agentes concordariam com algumas regras neles vinculadas.

⁴⁴ Todos os módulos estão disponíveis em: <http://bit.ly/12Hlenq>. Acesso em: agosto 2013.

⁴⁵ Disponível em <http://bit.ly/19KfV9K>. Acesso em: agosto 2013.

7.1.1 Os Procedimentos de Rede são documentos que estabelecem as sistemáticas e os requisitos técnicos necessários ao exercício, no âmbito do SIN, das atribuições de planejamento e programação da operação; de supervisão, coordenação e controle da operação; de administração de serviços de transmissão de energia elétrica; de garantia do livre acesso à rede básica; de proposição de ampliações e reforços para a rede básica e para as DIT. Esses documentos estabelecem também as responsabilidades do ONS e dos agentes.

O citado documento aponta, ainda, como principais objetivos dos Procedimentos de Rede os seguintes⁴⁶:

- Legitimar, garantir e demonstrar a transparência, integridade, equanimidade, reprodutibilidade e excelência da operação do SIN; e
- Estabelecer, com base legal e contratual, as responsabilidades do ONS e dos agentes, no que se refere a atividades, insumos, produtos e prazos para executar a operação integrada dos recursos de geração e transmissão do SIN.

Além dos Procedimentos de Rede, o ONS é responsável pela elaboração de diversos outros estudos e documentos, que serão adiante apresentados.

O **Plano da Operação Elétrica de Médio Prazo** consiste em uma espécie de diagnóstico de desempenho do SIN que considera a previsão da carga e o cronograma para entrada em operação de novos equipamentos de transmissão e de geração, e apresenta uma análise quanto ao atendimento aos critérios e padrões estabelecidos nos Procedimentos de Rede.

Embora constitua um diagnóstico setorial, o Plano da Operação Elétrica de Médio Prazo apresenta **recomendações para diversas entidades do setor, em especial para o próprio Poder Público**, na qualidade de Poder Concedente, para a Agência Reguladora e outros órgãos e entidades públicas, tais como o Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico – CMSE⁴⁷, Secretarias de Energia dos Estados,

⁴⁶ Idem.

⁴⁷ O Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico – CMSE teve sua criação autorizada pela lei nº 10.848/04, com a função acompanhar e avaliar permanentemente a continuidade e a segurança do suprimento eletroenergético no território nacional e foi efetivamente criado pelo decreto nº 5.175, de 09.08.2004.

Órgãos Ambientais, além dos agentes setoriais de geração e transmissão de energia elétrica⁴⁸.

O ONS também produz o documento intitulado **Diretrizes para a Operação Elétrica**, que apresenta a avaliação do desempenho do SIN sob a ótica do atendimento aos critérios e padrões estabelecidos nos Procedimentos de Rede, em um horizonte quadrimestral.

As diretrizes veiculadas no mencionado documento são atualizadas mensalmente e têm os seguintes objetivos⁴⁹:

- **Indicar medidas operativas a serem adotadas pelos órgãos e entidades competentes**, com vistas a assegurar que a operação atenda aos padrões e critérios estabelecidos nos Procedimentos de Rede, considerando os recursos de geração e da rede de transmissão, a previsão de carga e o cronograma para a entrada em operação de novos equipamentos de transmissão e geração no horizonte do estudo;
- Compatibilizar as restrições elétricas com as políticas energéticas que visam o menor custo da operação;
- Subsidiar a elaboração das instruções de operação utilizadas pelo ONS em seus centros de operação para o cumprimento das atribuições de coordenação e operação do SIN; e
- Subsidiar a operação do sistema em tempo real.

O **Plano de Ampliação e Reforços – PAR**, por sua vez, apresenta a visão do ONS sobre as **ampliações e reforços da Rede Básica necessários para a preservação da segurança e do desempenho da rede**, com o objetivo de garantir o

⁴⁸ A versão atual do Plano da Operação Elétrica de Médio Prazo – PEL 2013/2014 encontra-se disponível em <http://bit.ly/15ti6hd>. Acesso em: agosto de 2013.

⁴⁹ Os objetivos das Diretrizes para a Operação Elétrica estão indicados no site do ONS e a versão mais atual do referido documento encontra-se disponível em <http://bit.ly/14Zhtsk>. Acesso em: agosto de 2013.

pleno funcionamento do mercado e assegurar o livre acesso a todos os interessados em atuar no mercado de comercialização de energia elétrica⁵⁰.

Verifica-se, portanto, que além da determinação para a geração, por meio do despacho centralizado de usinas, o que é feito por meio de complexos programas computacionais⁵¹, o ONS é responsável pela elaboração de importantes documentos que, além de apresentarem diagnósticos atuais e projeções para o futuro do setor elétrico nacional, veiculam **recomendações não apenas aos agentes setoriais, mas aos próprios órgãos e entidades públicas** envolvidos de alguma forma com as atividades relacionadas à geração e ao fornecimento de energia elétrica no país.

Ao diagnosticar eventuais gargalos na geração, transmissão ou distribuição de energia e recomendar determinadas obras de ampliação ou reforços no SIN, o ONS cria para o Poder Público o **dever de analisar e levar essas informações em consideração no planejamento setorial**, bem como a responsabilidade por eventual omissão em caso de descontinuidade do fornecimento.

Igualmente, no que concerne às atividades da agência reguladora setorial, as constatações registradas pelo ONS também podem levar à intensificação da fiscalização sobre os agentes setoriais e à imposição de sanções por infrações constatadas.

De fato, ainda que os diagnósticos, análises e recomendações do ONS não vinculem a atuação do Poder Público, eventuais decisões conflitantes às recomendações veiculadas por entidade altamente especializada e dotada de conhecimentos profundos sobre o funcionamento do setor elétrico são dotadas de um fator de risco muito grande, especialmente considerando que a responsabilidade por eventos indesejáveis no setor elétrico será indubitavelmente imputada ao Poder Público, responsável por seu planejamento e gestão.

⁵⁰ A versão mais recente do PAR encontra-se disponível em <http://bit.ly/181rZBy>. Acesso em: agosto 2013.

⁵¹ Conforme KELMAN, *op. cit.* e TOLMASQUIM, *op. cit.*

Resta, portanto, claro que a natureza especial da atuação do ONS influencia fortemente a atuação do Poder Público, com quem mantém uma relação simbiótica.

Em razão da relevância das atividades desempenhadas pelo ONS e da natureza especial de sua relação com os demais entes privados, que podem assemelhá-lo a uma autarquia, é que pode surgir dúvida com relação à sua personalidade jurídica de direito privado e se sua natureza jurídica é idêntica à das demais entidades privadas não integrantes da Administração Pública indireta ou se delas difere.

Da mesma forma, a atuação da CCEE pode ensejar esse tipo de questionamento, conforme será demonstrado no capítulo a seguir.

3. A CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA – CCEE

A CCEE teve sua criação autorizada por meio da lei nº 10.848/04, que resultou da conversão da medida provisória nº 144/03, com a finalidade de suceder o extinto MAE.

Conforme se esclareceu no segundo capítulo, o MAE havia sido instituído por meio de Acordo de Mercado celebrado entre os agentes setoriais como um ambiente em que ocorriam as transações de compra e venda de energia elétrica nos sistemas interligados, nos termos do artigo 12 da lei nº 9.648/98, resultado da conversão da medida provisória nº 1.531-18/98.

A constituição do MAE com personalidade jurídica própria, de direito privado, no entanto, somente foi autorizada em 2002, por meio da medida provisória nº 29/02, posteriormente convertida na lei nº 10.433/02. Até então, o MAE era representado juridicamente pela ASMAE, associação civil constituída para tal fim.

Com a edição da medida provisória nº 144/03, o MAE foi extinto e, conseqüentemente, sucedido pela CCEE. A respeito da constituição da CCEE, a lei nº 10.848/04 estabeleceu⁵²:

Art. 4º Fica autorizada a criação da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE, **pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, sob autorização do Poder Concedente e regulação e fiscalização pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL**, com a finalidade de viabilizar a comercialização de energia elétrica de que trata esta Lei.

§ 1º A CCEE será integrada por titulares de concessão, permissão ou autorização, por outros agentes vinculados aos serviços e às instalações de energia elétrica, e pelos consumidores enquadrados nos arts. 15 e 16 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995.

§ 2º A regulamentação deste artigo pelo Poder Concedente deverá abranger, dentre outras matérias, a definição das regras de

⁵² Grifou-se.

funcionamento e organização da CCEE, bem como a forma de participação dos agentes do setor elétrico nessa Câmara.

§ 3º O Conselho de Administração da CCEE será integrado, entre outros, por representantes dos agentes setoriais de cada uma das categorias de Geração, Distribuição e Comercialização. [...]

O referido dispositivo legal mencionou, ainda, (i) a Convenção de Comercialização⁵³, documento que trataria, entre outras coisas, das regras para resolução de eventuais divergências entre os agentes, (ii) que o custeio administrativo e operacional da CCEE seria providenciado mediante contribuições de seus membros, vedado o repasse tarifário de tais valores, e, por fim, (iii) autorizou expressamente as empresas públicas e sociedades de economia mista a integrar a CCEE e aderir ao mecanismo e à convenção de arbitragem que seriam futuramente estabelecidos.

Relativamente à sucessão do MAE, a lei nº 10.848/04 assentou:

Art. 5º A CCEE sucederá ao Mercado Atacadista de Energia Elétrica - MAE, criado na forma da Lei nº 10.433, de 24 de abril de 2002, cabendo-lhes adotar todas as medidas necessárias para dar cumprimento ao disposto nesta Lei.

§ 1º Visando a assegurar a continuidade das operações de contabilização e de liquidação promovidas pelo MAE, a ANEEL regulará e conduzirá o processo de transição necessário à constituição e à efetiva operação da CCEE, a ser concluído no prazo máximo de 90 (noventa) dias a contar da data de publicação da regulamentação desta Lei, nos termos do art. 27 desta Lei, mantidas, durante a transição, as obrigações previstas no art. 1º da Lei nº 10.433, de 24 de abril de 2002.

§ 2º As disposições desta Lei não afetam os direitos e as obrigações resultantes das operações de compra e venda de energia elétrica realizadas no âmbito do MAE até a data de conclusão do processo de transição previsto neste artigo, estejam elas já contabilizadas e liquidadas ou não.

§ 3º Os bens, os recursos e as instalações pertencentes ao MAE ficam vinculados às suas operações até que os agentes promovam sua incorporação ao patrimônio da CCEE, obedecidos os procedimentos e as diretrizes estabelecidos em regulação específica da ANEEL.

⁵³ A Convenção de Comercialização consiste no documento que estabelece as condições de comercialização de energia elétrica e as bases de organização, funcionamento e atribuições da CCEE, conforme definição veiculada na Resolução Normativa ANEEL nº 206, de 22.12.2005.

§ 4º Aplicam-se às pessoas jurídicas integrantes da CCEE o estabelecido no art. 47 da Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e a respectiva regulamentação, relativamente às operações do mercado de curto prazo.

De forma semelhante à criação do ONS, a lei de criação da CCEE também estabeleceu que tal entidade é pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, constituída pelos agentes setoriais e está sujeita à regulação e à fiscalização da ANEEL.

O papel da CCEE foi delineado, inicialmente, na exposição de motivos nº 00095/MME, de 11.12.2003, que justificou a edição da medida provisória nº 144/03, ocasião em que se afirmou que a Câmara sucederia integralmente ao MAE, absorvendo suas funções de contabilização e liquidação de contratos, “sendo fundamental para viabilizar a contratação de compra de energia dos concessionários do serviço público de distribuição, sob a forma de rateio de contratos de longo prazo”.

A citada exposição de motivos trata, ainda, da natureza jurídica da CCEE e das atribuições que lhe seriam conferidas, da seguinte maneira:

16. A natureza jurídica da CCEE será semelhante à do MAE, ou seja, pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, objeto de autorização do Poder Executivo e de regulação e fiscalização pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL. **Tendo em vista seu papel na contratação de energia para as concessionárias de distribuição, a governança da CCEE adota dispositivos que garantem a necessária participação do Poder Concedente**, quais sejam a indicação do Presidente de seu Conselho de Administração e também a de seu Diretor-Presidente.

17. As atribuições da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE serão administrar os contratos de compra e venda entre geradores e distribuidores, incluindo o cálculo das quantidades e dos preços da energia comercializada a cada ano; providenciar a execução das garantias contratuais; calcular e publicar os preços para a liquidação de diferenças contratuais; registrar os contratos de exportação de energia gerada por produtores independentes; dar publicidade a todos das informações referentes à contratação regulada realizada pelas empresas concessionárias, permissionárias e autorizadas de distribuição para atendimento a seus consumidores

cativos, dentre as quais as quantidades contratadas, as tarifas praticadas, os prazos dos contratos, as inadimplências e os desvios de mercado. Entretanto, em favor da boa técnica legislativa, nem todas essas atribuições são objeto desta Medida Provisória, sendo a respectiva regulamentação remetida para o instrumento competente do Poder Executivo.

Assim, ao regulamentar a lei nº 10.848/04, o decreto nº 5.177, de 12.08.2004, em sua atual redação, exemplificou como atribuições da CCEE as seguintes:

- Promover leilões de compra e venda de energia elétrica, mediante delegação da ANEEL;
- Manter o registro de todos os Contratos de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado – CCEAR e os contratos resultantes dos leilões de ajuste, da aquisição de energia proveniente de geração distribuída e respectivas alterações;
- Manter o registro dos montantes de potência e energia objeto de contratos celebrados no ACL;
- Promover a medição e o registro de dados relativos às operações de compra e venda e outros dados inerentes aos serviços de energia elétrica;
- Apurar o PLD do mercado de curto prazo por submercado;
- Efetuar a contabilização dos montantes de energia elétrica comercializados e a liquidação financeira dos valores decorrentes das operações de compra e venda de energia elétrica realizadas no mercado de curto prazo;
- Apurar o descumprimento de limites de contratação de energia elétrica e outras infrações e, quando for o caso, aplicar as respectivas penalidades;
- Apurar os montantes e promover as ações necessárias para a realização do depósito, da custódia e da execução de garantias financeiras relativas às liquidações financeiras do mercado de curto prazo;
- Celebrar o Contrato de Energia de Reserva – CER e o Contrato de Uso da Energia de Reserva – CONUER e efetuar a estruturação e a gestão da Conta de Energia de Reserva – CONER; e

- Promover a Liquidação Financeira da Contratação de Cotas de Garantia Física de Energia e de Potência⁵⁴.

O referido decreto estabeleceu que, para a realização dessas atribuições, a CCEE deverá:

- Manter sistema de coleta de dados de energia elétrica, a partir de medições, e o registro de informações relativas às operações de compra e venda;
- Manter sistema de contabilização e de liquidação financeira;
- Celebrar acordo operacional com o ONS, estabelecendo o relacionamento técnico-operacional entre as duas entidades;
- Manter intercâmbio de dados e informações com a ANEEL e com a EPE, observada a regulamentação específica quanto à guarda e ao sigilo de tais dados;
- Manter conta-correntes específicas para depósito e gestão de recursos financeiros oriundos da aplicação de penalidades e para outras finalidades específicas; e
- Manter a CONER.

Não obstante, o decreto nº 5.177/04 assevera que a ANEEL deverá estabelecer mecanismos para que os concessionários, permissionários e autorizados de transmissão e outros agentes vinculados a serviços e instalações de energia elétrica forneçam os dados necessários ao processo de contabilização do mercado de curto prazo e que as operações realizadas no âmbito da CCEE deverão ser objeto de auditoria independente, conforme previsto na Convenção de Comercialização.

Com relação à constituição da CCEE, o decreto supracitado assenta que ela será integrada por titulares de concessão, permissão ou autorização, por outros agentes vinculados aos serviços e às instalações de energia elétrica, e pelos consumidores livres, sendo certo que devem, obrigatoriamente, participar da CCEE os seguintes agentes:

- Concessionários, permissionários ou autorizados de geração com central geradora com capacidade instalada igual ou superior a 50 MW;

⁵⁴ Medida provisória nº 579, de 11.09.2012.

- Titulares de autorização para importação ou exportação de energia elétrica com intercâmbio igual ou superior a 50 MW;
- Concessionários, permissionários ou autorizados de serviços e instalações de distribuição de energia elétrica cujo volume comercializado seja igual ou superior a 500 GWh/ano;
- Concessionários, permissionários ou autorizados de serviços e instalações de distribuição de energia elétrica cujo volume comercializado seja inferior a 500 GWh/ano, quando não adquirirem a totalidade da energia de supridor com tarifa regulada;
- Autorizados de comercialização de energia elétrica, cujo volume comercializado seja igual ou superior a 500 GWh/ano; e
- Consumidores livres e os consumidores que adquirirem energia na forma do § 5º do art. 26 da lei nº 9.427, de 26.12.1996.

O decreto nº 5.177/04 também trata da Convenção de Comercialização de energia elétrica, estabelecendo que o referido documento deverá prever, entre outras questões, **as penalidades e sanções** a serem impostas aos agentes participantes em caso de descumprimento das normas aplicáveis à comercialização, bem como as hipóteses e condições para a adesão e o desligamento⁵⁵ de agente da CCEE.

Cumprido destacar que o referido decreto estabelece que o Conselho de Administração da CCEE ou qualquer agente da Câmara poderá encaminhar à ANEEL proposta de alteração das regras e dos procedimentos de comercialização.

No que tange à organização e ao funcionamento da CCEE, o mencionado regulamento estabelece:

Art. 9º A administração da CCEE será realizada pelo seu Conselho de Administração, auxiliado pela Superintendência.

⁵⁵ Segundo o artigo 11, § 6º, da Convenção de Comercialização (REN ANEEL nº 109 – redação da REN ANEEL nº 570, de 23.07.2013), o desligamento da CCEE impede que os agentes comercializem energia elétrica no âmbito do SIN, ainda que por representação. O desligamento pode ocorrer nas hipóteses veiculadas no artigo 15 da Convenção de Comercialização, inclusive por iniciativa do Conselho de Administração da CCEE.

§ 1º O Conselho de Administração será integrado por cinco membros, eleitos em Assembleia Geral, com mandatos de quatro anos, não coincidentes, permitida uma única recondução e indicados da seguinte forma:

I - o Presidente será indicado pelo Ministério de Minas e Energia;

II - três membros serão indicados pelas categorias de geração, de distribuição e de comercialização, sendo um membro por categoria; e

III - um membro será indicado pelo conjunto de todos os agentes. [...]

De forma semelhante à administração do ONS, observa-se que o governo federal tem relativa ingerência sobre a composição do Conselho de Administração, ao ser responsável pela indicação de seu Presidente. Os demais membros, contudo, são livremente indicados pelos agentes setoriais.

Por sua vez, o Superintendente é nomeado pelo próprio Conselho de Administração⁵⁶ e os Conselheiros Fiscais são eleitos pela Assembleia Geral⁵⁷, não havendo indicações governamentais para tais cargos.

A título de registro histórico, cumpre mencionar que a exposição de motivos nº 00038/MME, de 12.08.2004, que fundamentou a edição do decreto nº 5.177/04 tem conteúdo meramente descritivo.

Ao contrário, a exposição de motivos nº 00011/MME, de 04.04.2011, que propôs alterações no referido decreto, com vistas à adequação da estrutura de governança da CCEE reconhece a relevância e a complexidade das atribuições da Câmara, bem como o crescimento do número de agentes que a compõem e, naturalmente, de suas responsabilidades⁵⁸.

Cumpre destacar, ainda, que o parecer nº 206/2011/CONJUR/MME, de 31.03.2011, da lavra da Advogada da União Daniela Ferreira Marques chegou a reconhecer, por ocasião do encaminhamento da exposição de motivos acima citada à

⁵⁶ Cf. art. 9º, § 3º, do decreto nº 5.177/04.

⁵⁷ Cf. art. 10 do decreto nº 5.177/04.

⁵⁸ Segundo a exposição de motivos nº 00011/MME, de 04.04.2011, o número de associados da CCEE passou de 100 (cem) em 2002 para 1.000 (mil) em 2010 e o número de decisões de seu Conselho de Administração, que era de 200 (duzentas) por ano até 2005 ultrapassou 800 (oitocentas) em 2009. O decreto proposto por essa exposição de motivos, contudo, não foi editado pela Presidência da República.

Presidência da República, que a CCEE teria uma “natureza jurídica *suis generis*, decorrente da pluralidade de interesses em jogo e da especificidade de sua disciplina jurídica”.

Importa registrar que a administração da CCEE, diferentemente de pessoas jurídicas de direito privado comuns, não se submete apenas às regras estabelecidas em seu estatuto social, mas também à Convenção de Comercialização de energia elétrica instituída pela ANEEL, consoante estabelecido no artigo 1º, § 1º, do decreto nº 5.163/04, além da legislação aplicável, que é mais restritiva.

Não obstante, o próprio estatuto social da CCEE é submetido à homologação da ANEEL, conforme determinação contida no artigo 1º, § 2º, do decreto nº 5.177/04.

Além disso, à ANEEL incumbe rever os atos praticados no âmbito da CCEE, de ofício ou mediante provocação por meio de pedido de impugnação, consoante estabelecido no artigo 3º, § 2º, da Convenção de Comercialização, aprovada por meio da Resolução Normativa ANEEL nº 109, de 26.10.2004⁵⁹, o que denota uma espécie de subordinação hierárquica, ainda que atípica, entre tais entidades.

Essa submissão a regras editadas por entidades públicas, assim como a ingerência na administração de entidades privadas, como se viu, justifica-se em virtude da relevância das atividades exercidas pela CCEE que, de forma semelhante ao ONS, chega a desempenhar atividades que, se não competem exclusivamente ao Poder Público, aproximam-se muito de competências públicas, tais como a apuração do descumprimento dos limites de contratação de energia elétrica e de outras infrações e eventual aplicação das respectivas sanções⁶⁰.

De fato, ao realizar leilões de comercialização de energia elétrica por delegação direta do Poder Público, bem como ao manter o registro dos contratos de comercialização de energia elétrica, promover medições do fluxo de energia que circula no SIN para aferir os montantes contratados e descontratados, calcular os distintos PLD

⁵⁹ Redação dada pela Resolução Normativa ANEEL nº 545, de 16.04.2013.

⁶⁰ A respeito do exercício de poderes públicos por entidades privadas, ver GONÇALVES, *op. cit.*, LAWRENCE, *op. cit.*, e FREEMAN, *op. cit.*

e ao apurar o descumprimento de limites de contratação de energia elétrica e outras infrações, a CCEE pratica ações análogas à fiscalização e a demais atividades inerentes ao Poder Público, relativas à supervisão das atividades de comercialização de energia elétrica.

Ademais, a CCEE pode exigir garantias dos agentes setoriais para a atuação no mercado, de modo que, eventual descumprimento de suas exigências, além da aplicação de sanções⁶¹ pode, inclusive, impedir o exercício da própria atividade econômica dos agentes setoriais⁶².

Há, no entanto, agentes que, consoante mencionado anteriormente, são **participantes obrigatórios** da CCEE, situação em que, ainda que descumpram regras de comercialização de energia elétrica, não são passíveis de exclusão da referida Câmara, mas apenas se submetem à aplicação das sanções cabíveis⁶³.

Com isso, verifica-se que a CCEE, diferentemente de pessoas jurídicas de direito privado comuns, atua em posição de **relativa supremacia** diante dos demais agentes setoriais, na condição de legítima representante do Poder Público.

De forma semelhante ao ONS, se a CCEE não elabora diretamente normas aplicáveis aos demais agentes setoriais, foi-lhe atribuída publicamente a competência de provocar a edição e a modificação das regras e procedimentos de comercialização, bastando submeter suas propostas à ANEEL⁶⁴.

Devido à presumida legitimidade de suas decisões, que contam com a participação de representantes dos agentes setoriais, a expertise de seus profissionais e o profundo conhecimento técnico sobre o funcionamento do setor, também se afigura

⁶¹ Com fundamento no decreto nº 5.177/04, o artigo 24, VII, da Convenção de Comercialização estabelece que a CCEE pode aplicar penalidades em caso de infrações cometidas por agentes.

⁶² Com o desligamento da CCEE, o agente penalizado fica impedido de comercializar energia elétrica na Câmara.

⁶³ Salvo se perderem a condição de concessionário, autorizado ou permissionário de serviços de energia elétrica, nos termos do que dispõe o art. 15 da REN ANEEL nº 109/04, em sua redação atual.

⁶⁴ Artigos 44 e 45 das Regras de Comercialização.

muito difícil que suas propostas sejam integralmente rejeitadas pelos órgãos públicos, ainda que não tenham caráter vinculante.

Ademais, ao apurar descumprimentos de limites de contratação de energia elétrica e de diversas outras regras de comercialização, a CCEE tem condições de exercer sua relativa supremacia sobre os demais agentes, por meio da aplicação das penalidades cabíveis e de sua execução direta no ambiente de contabilização e liquidação, o que, evidentemente, não afasta a possibilidade de questionamento administrativo ou judicial da medida.

A CCEE também pode representar seus agentes em juízo em caso de cobrança de valores devidos por agente desligado da Câmara⁶⁵, assim como proceder ao rateio de valores inadimplidos entre os demais agentes setoriais⁶⁶, afetando diretamente a esfera patrimonial dos particulares.

Diante disso, é forçoso reconhecer que o próprio relacionamento da CCEE, na qualidade de pessoa jurídica de direito privado, com os demais agentes setoriais, que possuem a mesma natureza jurídica, não é um relacionamento comum, estabelecido entre iguais, mas uma relação de especial sujeição.

Em seguida, abordaremos essa relação especial, ao analisar o exercício de funções e poderes públicos por entidades privadas.

⁶⁵ Conforme art. 15, § 3º, da REN ANEEL nº 109/04.

⁶⁶ Cf. art. 54-B da REN ANEEL nº 109/04, incluído pela REN ANEEL nº 260, de 03.04.2007.

4. PESSOAS JURÍDICAS QUE EXERCEM PODERES PÚBLICOS – A Experiência Internacional, O Direito Administrativo Brasileiro e as Razões para a Criação do ONS e da CCEE com Personalidade Jurídica de Direito Privado

Ao contrário do que pode parecer, o exercício de poderes públicos por pessoas jurídicas de direito privado não é um fenômeno recente e sequer exclusivo do Direito Administrativo Brasileiro ou do setor de energia elétrica.

De fato, o autor português Pedro Gonçalves debruçou-se exaustivamente sobre o tema e afirma que tal questão também não é privativa do direito de seu país, uma vez que encontra referências semelhantes nos ordenamentos jurídicos europeu e norte-americano, podendo-se citar, como um de seus exemplos, o *Public Company Accounting Oversight Board*, entidade privada dotada de poderes regulamentares, de fiscalização e de disciplina de empresas de auditoria financeira criada nos Estados Unidos da América em 2002, após o escândalo ENRON⁶⁷.

Entretanto, o autor reconhece que tal questão, embora não constitua novidade, insere-se em um contexto de profundas transformações do Estado e do Direito Administrativo, que causou a reconfiguração do papel e das funções do Estado e dos agentes privados no setor público. Ressalta, ainda, que cada vez mais são delegadas a particulares funções administrativas e poderes públicos, com vistas à redução do tamanho do Estado⁶⁸.

A origem dessa espécie de delegação, segundo Pedro Gonçalves, remontaria “a Grécia da antiguidade clássica” e o direito romano⁶⁹. O autor, no entanto,

⁶⁷ GONÇALVES, *op. cit.*

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ *Ibid.*, p. 34-36. Em sua obra, o autor português discorre sobre a evolução do instituto da delegação de funções e poderes públicos a entidades privadas, citando, inclusive, o modelo das capitâneas hereditárias adotado no período de colonização do território brasileiro.

distingue o exercício de funções públicas do exercício de poderes públicos por entidades privadas, da seguinte maneira⁷⁰:

“Todavia, uma coisa é a entrega do exercício de funções públicas ou da gestão de serviços públicos a entidades privadas, outra, ainda que porventura com aquela relacionada, é a investidura das mesmas entidades do exercício de poderes públicos ou, usando uma expressão do gosto de Hauriou, do exercício de “droits de puissance publique”. Apesar das diferenças entre eles – num caso, acentua-se a natureza pública da tarefa, no outro a capacidade jurídica conferida a uma entidade privada –, trata-se, em qualquer caso, de fenômenos que pressupõem uma separação entre tarefas públicas, integradas na esfera do Estado em sentido amplo, e tarefas privadas, da esfera da Sociedade. O exercício privado de poderes públicos pressupõe, pelo menos em regra, a execução privada de uma tarefa pública; particulariza-se porque a entidade privada aparece **investida da capacidade de actuar com instrumentos jurídicos típicos ou próprios do agir público**.”

Igualmente, o professor norte-americano David M. Lawrence distingue a delegação a entidades privadas de “funções governamentais” e de “poderes governamentais”, reconhecendo esses últimos como aqueles poderes essencialmente públicos, tais como elaboração de normas, atribuição de direitos, captura de pessoas, confisco de bens, emissão de licenças e imposição de tributos⁷¹.

Neste sentido, o referido autor destaca que todos esses poderes possuem o atributo da **coerção** e que, normalmente, seu exercício por entidades privadas depende de consenso dos afetados ou decorre diretamente do exercício do direito de propriedade. Nos casos em que o Estado delega ao particular esses poderes, todavia, eles podem ser exercidos de forma não consensual e sem fundamento no direito de propriedade⁷².

Com todo o respeito que deve ser dispensado à obra de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que considera essa distinção entre poderes e funções

⁷⁰ Ibid., p. 35. Grifou-se.

⁷¹ LAWRENCE, *op. cit.*, em livre tradução.

⁷² Ibid.

governamentais um “equivoco classificatório”⁷³, o presente estudo filia-se à distinção utilizada pela doutrina estrangeira, importante para a análise específica da atuação do ONS e da CCEE no setor elétrico brasileiro. Não se desconhece, entretanto, a dificuldade em distinguir precisamente que atividades constituiriam funções ou poderes públicos do exercício de atividades privadas⁷⁴.

Ao demonstrar que o fenômeno de entidades privadas exercerem poderes públicos não é exclusivo do Direito Português, Pedro Gonçalves cita como exemplos o “Beliehene” do Direito Alemão⁷⁵, a “Beleihung” do Direito Austríaco⁷⁶, a classificação da doutrina italiana das várias espécies de delegações ora tratadas⁷⁷, o tratamento dispensado pelo Direito Francês à atuação de entidades privadas em questões públicas⁷⁸, a discussão doutrinária existente a respeito da delegação de funções públicas e o

⁷³ Para MOREIRA NETO, *op. cit.*, p. 140: “A expressão poderes administrativos, todavia, vem conotada a um equivoco classificatório e a uma visão defasada da Administração Pública e do próprio Estado. O equivoco classificatório está em denominar-se, por sinédoque, de poder à sua decorrência, que é o seu exercício; assim, a rigor, o poder estatal, sendo uno, se exercita através de funções e não através de poderes decorrentes.”

⁷⁴ A respeito da imprecisa delimitação das esferas públicas e privada, ver LAWRENCE, *op. cit.*, e FREEMAN, *op. cit.* Este último, inclusive, propõe, ao final de seu trabalho, que as noções relativas aos papéis públicos e privados sejam substituídas por “regimes regulatórios” (em livre tradução).

⁷⁵ “De acordo com a doutrina corrente, o ‘Beliehene’ é uma entidade particular incumbida de executar tarefas públicas, encontrando-se, para esse efeito, investido de poderes públicos: o ato que realiza essa investidura é a ‘Beleihung’” – GONÇALVES, *op. cit.*, p. 46.

⁷⁶ “A “Beleihung” que configure uma forma de desconcentração ou uma figura da administração estadual indirecta, indica uma situação em que uma pessoa de direito privado é investida do poder de – em seu próprio nome, mas como órgão (em sentido funcional) da Administração – praticar actos a que a ordem jurídica atribui uma eficiência igual à que dispensa aos actos do Estado (...)” – *Ibid.*, p. 52.

⁷⁷ “As entidades privadas que exercem tais funções ou serviços são consideradas órgãos impróprios, órgãos indirectos, substitutos, titulares de ofícios em concessão ou munera. Em qualquer caso, trata-se de enquadrar a posição especial que as entidades privadas, com funções públicas ou gestores de serviços públicos, ocupam no sistema administrativo e, portanto, de sublinhar as implicações do fenómeno no âmbito da doutrina geral da organização administrativa.” – *Ibid.*, p. 54-57.

⁷⁸ “A construção judicial do conceito de ‘actos administrativos editados por organismos privados’ iniciou-se em 1946, quando, no Acórdão Morand, o Conseil d’Etat afirmou de forma explícita que, no desempenho da missão de serviço público que lhe estava confiada, uma organização corporativa agrícola de direito privado poderia editar verdadeiros actos administrativos. Essa terá sido pois a primeira decisão em que aquela instância pôs em crise, de forma aberta, o critério orgânico tradicional como factor exclusivamente determinante da administratividade de um acto jurídico. O Acórdão Morand viria, quinze anos após a sua prolação, a ser confirmado, no Acórdão Magnier – essas decisões referiam-se a actos individuais e concretos, mas, a partir do Acórdão Barbier (Tribunal dos Conflitos: 1968) foi também admitida a edição de regulamentos administrativos por entidades privadas.” – *Ibid.*, p. 60-61.

impedimento legal à delegação de poderes públicos no Direito Espanhol⁷⁹, a sujeição ao direito público das relações estabelecidas entre entidades privadas com poderes públicos e demais particulares no Direito Suíço⁸⁰ e a ampla discussão no Direito Norte-americano sob a ótica da constitucionalidade da delegação de poderes públicos a entidades privadas, relativamente à *nondelegation doctrine*, que a restringia, e à *state action doctrine*, que a admite⁸¹.

Especificamente com relação ao Direito norte-americano, pode-se citar o trabalho de Jody Freeman, que admite que entidades privadas estão envolvidas em todos os estágios dos processos administrativos e regulatórios, assumindo, muitas vezes, atribuições que são ou que deveriam ser reservadas a agentes públicos⁸².

Relativamente ao Direito Comunitário, Pedro Gonçalves destaca que, por muitos anos, a Doutrina Meroni restringiu a delegação de funções administrativas a entidades privadas, ao exigir que tal delegação resultasse de uma decisão explícita, que tivesse por objeto poderes ou competências de exercício vinculado, que garantisse à

⁷⁹ “No direito espanhol, o ‘ejercicio por particulares de funciones o servicios públicos’ é também uma realidade que, pelo menos desde Gascón y Marín (1928), não passa despercebida à doutrina. O mesmo não pode, contudo, dizer-se do exercício privado de poderes públicos de autoridade. (p. 64). Concretamente, sobre a atribuição de poderes públicos de autoridade a entidades privadas, importa dizer ainda que o direito positivo parece oferecer algumas dificuldades: por um lado, a lei que aprova o regime jurídico das administrações públicas e do procedimento administrativo comum (1992) proíbe expressamente, no seu artigo 15.º/5, a ‘encomenda’ a privados da gestão de actividades administrativas que, segundo a legislação vigente, tenham de realizar-se com sujeição ao direito administrativo. Por outro lado, a Lei de Contratos da Administração Pública (2000) estabelece, no artigo 155.º/1, que ‘em nenhum caso poderão ser prestados por gestão indirecta os serviços que impliquem o exercício da autoridade inerente aos poderes públicos’, e, no artigo 196.º/4, que os contratos de consultoria e assistência ‘não podem ter por objecto os serviços que impliquem exercício de atividade inerente aos poderes públicos’ (...).” – *Ibid.*, p. 69.

⁸⁰ “O exercício privado de poderes públicos tem, no direito suíço, uma extensão apreciável, designadamente nos domínios da administração económica da agricultura e do controlo de instalações e equipamentos técnicos. Aceita-se pacificamente que as entidades privadas podem ser investidas de poderes para a tomada de decisões administrativas individuais, bem como para a edição de regulamentos administrativos, reconhecendo-se que a outorga desses poderes confere aos beneficiários ‘uma parcela de soberania’.” – *Ibid.*, p. 71.

⁸¹ “A participação de particulares no desempenho de funções públicas investidos de poderes públicos é um tema com um ‘long pedigree’ no direito norte-americano. Há até quem, porventura com algum exagero, se refira aos particulares com funções e poderes de regulação como uma espécie de ‘quinto poder’, ao lado do Congresso, do Presidente, dos tribunais e das agências”. [...] “Por fim, deve dizer-se que, além de poder estar vinculado pela Constituição, o actor privado que exerça funções e poderes públicos fica sujeito à aplicação das leis gerais do direito administrativo, como o Administrative Procedure Act ou o Freedom of Information Act.” *Ibid.*, p. 73 e 81.

⁸² FREEMAN, *op. cit.*

autoridade delegatária um controle rigoroso sobre o exercício das competências delegadas e que somente poderia englobar funções de caráter executivo, técnico e operacional⁸³.

No entanto, a referida doutrina, surgida no âmbito da Comunidade Europeia – CE, acabou generalizando-se e foi convertida numa espécie de “doutrina europeia da não delegação”⁸⁴.

Com a evolução do Direito Comunitário, Pedro Gonçalves acredita que futuramente a delegação de funções e poderes públicos a pessoas jurídicas de direito privado seja possível, ao afirmar⁸⁵:

[...] Aliás, pode-se até dizer que esse caminho já começou a ser percorrido pelo Regulamento (CE) n° 733/2002 do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de Abril de 2002, relativo à implementação do domínio de topo.eu (JO L 113, de 30/04/02, p. 1). Este Regulamento autoriza a Comissão a delegar as funções de organização, de administração e de gestão do domínio.eu num registo, uma organização privada sem fins lucrativos constituída de acordo com o direito de um Estado-membro e com sede, administração central e principal local de actividade da Comunidade. Além de lhe caber organizar, administrar e gerir o domínio de topo.eu, o registo é competente para proceder ao registo de nomes de domínio, impor taxas pelos serviços que presta, implementar uma política de resolução extrajudicial de litígios e definir procedimentos para este efeito.

Ademais, o autor aponta que, apesar da Doutrina Meroni permanecer dominante no âmbito da Comunidade Europeia, a participação de particulares na execução de funções comunitárias é uma realidade que não pode ser ignorada.

Como exemplos, cita entidades responsáveis pela realização de inspeções previstas no Regulamento (CE) n° 1/2003, que, na prática, atuam em posição equivalente à de funcionários da Comissão, assim como as entidades privadas chamadas

⁸³ GONÇALVES, *op. cit.*

⁸⁴ *Ibid.*, p. 85.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 87.

a colaborar com as instâncias comunitárias no desempenho de funções técnicas ou operativas, os organismos privados que se dedicam à elaboração de normas técnicas, como o Comitê Europeu de Normalização – CEN e o Comitê Europeu de Normalização Eletrotécnica – CENELEC e as organizações técnicas incumbidas de realizar inspeções, vistorias e a certificação de navios relativamente às normas internacionais de segurança marítima⁸⁶.

No ordenamento internacional, Pedro Gonçalves cita como exemplo clássico do exercício privado de funções e poderes públicos o caso da *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* – ICANN na governança global da internet.

Segundo o autor, a ICANN foi constituída como organismo privado competente para efetuar a administração e a gestão global da internet, por iniciativa do governo norte-americano. Na qualidade de entidade privada, não está submetida a um único governo, razão pela qual é considerada uma representante da comunidade da internet, possuindo canais para a representação de distintos grupos de interesse e, inclusive, dos governos nacionais, que podem dela participar por meio do *Governmental Advisory Committee* – GAC⁸⁷.

Como uma das justificativas da natureza *sui generis* da ICANN e de seu alcance global, o autor destaca⁸⁸:

Com efeito, os endereços do Protocolo Internet (representados por números) e os correspondentes nomes de domínio introduzem elementos que reclamam a centralização da gestão do Sistema de Nomes e Domínio, que assegure um **registo central e global** dos domínios. A existência de uma **autoridade central**, com **poderes globais**, é, assim, uma condição essencial para o funcionamento coerente e útil da internet.

⁸⁶ Ibid., p. 101.

⁸⁷ Ibid., p. 103-117.

⁸⁸ Ibid., p. 109 – grifos no original.

No Direito Brasileiro, a descentralização administrativa é exercida de diversas maneiras, podendo-se citar como as mais clássicas a celebração de contratos de concessão, as autorizações, as permissões e as parcerias público-privadas, que resultam na transferência de atividades antes exercidas pelo Poder Público a entidades privadas⁸⁹, atividades essas que podem ser consideradas como simples funções públicas.

Mais recentemente, com a adoção das tendências modernas de redução do papel do Estado, do modelo de Estado Gerencial e do crescimento da chamada consensualidade na Administração Pública, o Estado passou a adotar diversas espécies de parcerias com entidades privadas com vistas a alcançar as finalidades públicas por ele perseguidas⁹⁰.

E a conjunção de esforços entre entidades públicas e privadas também é objeto de diversas avaliações doutrinárias, podendo-se mencionar, a título exemplificativo, a lição de Odete Medauar⁹¹:

As transformações no modo de atuar do Estado e na estrutura da sociedade acarretam a diluição dos limites entre Estado e sociedade, agora interdependentes, vinculados e condicionados por número crescente de inter-relações. A respeito se manifesta Cassese: “Aparece menos nítida a distinção entre sociedade civil e Poderes Públicos; interesses públicos, coletivos e privados se compõem variadamente”. [...]

Rosanvallon, por sua vez, propõe redefinição das fronteiras e relações entre Estado e sociedade; e dentre idéias que ventila sobre a pós social-democracia inclui a autonomização, isto é, a **transferência a coletividades não públicas (associações, fundações, grupos diversos) de atribuições de serviço público**; a autonomização só teria sentido se inscrita em tríplice movimento: redução da demanda do Estado, re-inserção da solidariedade na sociedade e produção de maior visibilidade social; no tocante a esta última, o Estado continuaria a desempenhar o papel central de colocar em prática as inúmeras solidariedades, deixando aflorar o movimento da sociedade.

⁸⁹ Neste sentido, DI PIETRO, *op. cit.* e MOREIRA NETO, *op. cit.*

⁹⁰ A respeito da consensualidade, ver MOREIRA NETO, *ibid.*, p. 138-140.

⁹¹ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 113-115. Grifou-se.

Verifica-se, portanto, que a análise dessa transferência genérica de funções e poderes públicos para entidades privadas é tema recorrente não apenas na doutrina internacional, como na doutrina nacional também.

Interessa destacar, ainda, que o Direito Administrativo Brasileiro sempre reconheceu a existência de entidades privadas de interesse público, estudando-as sob a denominação “entidades paraestatais”.

Contudo, como ensinam Marçal Justen Filho e Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁹², a expressão “entidades paraestatais” se referia às pessoas jurídicas de direito privado que compunham a Administração Pública indireta, quais sejam, as sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações com personalidade jurídica de direito privado.

Com o advento do decreto-lei nº 200, de 25.02.1967, todavia, as autarquias, que têm personalidade jurídica de direito público, passaram a integrar o rol de entidades que integram a Administração indireta, modificando a classificação anterior⁹³.

Atualmente, diversos autores classificam como entidades paraestatais as entidades privadas que exercem atividades reconhecidas como voltadas ao atendimento do interesse público, tais como as organizações sociais – OS⁹⁴, as organizações da sociedade civil de interesse público – OSCIP⁹⁵ e os serviços sociais autônomos⁹⁶.

⁹² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. MOREIRA NETO, *op. cit.*

⁹³ Cumpre mencionar que Diogo de Figueiredo Moreira Neto ainda classifica como entidades paraestatais as sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações públicas.

⁹⁴ As organizações sociais – OS submetem-se ao regramento estabelecido pela lei nº 9.637, de 15.05.1998, e destinam-se ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde.

⁹⁵ As organizações da sociedade civil de interesse público – OSCIP, por sua vez, submetem-se à lei nº 9.790, de 23.03.1999, e têm por objetivo exercer atividades de promoção da assistência social, da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico, promoção gratuita da educação e da saúde, da segurança alimentar e nutricional, defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável, promoção do voluntariado, do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza, experimentação não lucrativa de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito, de direitos estabelecidos, da construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar, promoção da ética, da paz, da cidadania,

Neste sentido, Hely Lopes Meirelles conceitua entidades paraestatais da seguinte maneira⁹⁷:

São pessoas jurídicas de Direito Privado que, por lei, são autorizadas a prestar serviços ou realizar atividades de interesse coletivo ou público, mas não exclusivos do Estado. São espécies de entidades paraestatais os serviços sociais autônomos (SESI, SESC, SENAI e outros) e, agora, as organizações sociais, cuja regulamentação foi aprovada pela Lei 9.648, de 27.5.98. As entidades paraestatais são autônomas, administrativa e financeiramente, têm patrimônio próprio e operam em regime de iniciativa particular, na forma de seus estatutos, ficando sujeitas apenas à supervisão do órgão da entidade estatal a que se encontrem vinculadas, para o controle de desempenho estatutário. São os denominados entes de cooperação com o Estado.

Ainda com relação à análise doutrinária brasileira, cumpre mencionar que Diogo de Figueiredo Moreira Neto apresenta, em sua obra, o conceito de **administração associada**, ou **administração privada associada de interesses públicos**, que seria passível de execução por intermédio de pessoas jurídicas de direito privado que se aliam ao Estado por meio de vínculos de direito público⁹⁸.

dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais e a realização de estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas.

⁹⁶ Por sua vez, os serviços sociais autônomos são criados para o atendimento de uma determinada classe profissional, tais como os trabalhadores do comércio, indústria e do setor de transportes.

⁹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 68. Pode-se citar, ainda, JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p. 222: "Entidade paraestatal ou serviço social autônomo é uma pessoa jurídica de direito privado criada por lei para, atuando sem submissão à Administração Pública, promover o atendimento de necessidades assistenciais e educacionais de certas atividades ou categorias profissionais, que arcam com sua manutenção mediante contribuições compulsórias.". MOREIRA NETO, *op. cit.*, p.296, por sua vez, define entidades paraestatais da seguinte forma: "[...] paraestatais são pessoas jurídicas de direito privado, criadas por lei para desempenhar, por delegação legal, atribuições de natureza executiva no campo das atividades sociais e econômicas cometidas ao Estado."

⁹⁸ MOREIRA NETO, *op. cit.*, p. 302. Tais vínculos podem ser: delegação legal ou delegação administrativa, esta última, por meio de pactos ou atos administrativos.

Para o autor, as entidades privadas sujeitas à delegação legal constituiriam as entidades paraestatais. No entanto, ele também apresenta o conceito de **administração associada extraestatal**, cujas entidades⁹⁹:

[...] caracterizam-se pela personalidade jurídica de direito privado e por se destinarem à execução da administração privada de interesses públicos, atuando em relações associativas de parceria ou de simples colaboração com o Estado.

Necessário se faz registrar que a pouca profundidade da exploração doutrinária do exercício de funções e poderes públicos por entidades privadas não constitui (de)mérito brasileiro. De fato, autores estrangeiros também apontam a falta de estudos sobre o tema e a superficialidade dos poucos que o abordam¹⁰⁰.

Na espécie, as entidades privadas que atuam no setor elétrico abordadas no presente trabalho – ONS e CCEE – submetem-se a um regramento mais rígido no que concerne às relações com o Poder Público, ao terem que submeter seu estatuto social e boa parte dos atos a serem praticados à aprovação prévia de entes públicos, não possuindo a mesma liberdade de iniciativa no exercício de suas atividades que as outras entidades de direito privado comuns têm.

A submissão a esse regramento mais restritivo – que também equivale a um regime de sujeição especial diante dos órgãos públicos competentes – decorre, naturalmente, da relevância das próprias atividades exercidas por tais entidades, anteriormente mencionadas.

Cumprе mencionar que, ao contrário do preconizado por parte da doutrina nacional, neste caso, a escolha pela natureza da personalidade jurídica de tais

⁹⁹ *Ibid.*, p. 304.

¹⁰⁰ LAWRENCE, *op. cit.* e FREEMAN, *op. cit.*

entidades em nada se relacionou à natureza das competências que lhes foram atribuídas¹⁰¹.

De fato, no exercício de suas atribuições, tanto o ONS como a CCEE exercem mais que simples funções administrativas que lhe foram delegadas, mas verdadeiros **poderes públicos**, uma vez que essas entidades podem aplicar sanções aos particulares ou provocar a aplicação das penalidades cabíveis simplesmente ao comunicar aos entes públicos competentes o descumprimento a suas regras ou determinações, seja o despacho de uma usina de geração de energia elétrica, no caso do ONS, ou a violação de procedimentos específicos de comercialização de energia elétrica, no caso da CCEE.

Em regra, as infrações cometidas na esfera de ambas as entidades são aferidas por meio das medições do fluxo de energia elétrica gerada, comercializada e entregue. Os pontos em que ocorrem tais medições são definidos em comum acordo por ambas as entidades, nos termos do Acordo Operacional celebrado por elas¹⁰².

Comentou-se anteriormente que entre as sanções aplicáveis aos agentes que descumprissem as regras e os procedimentos de comercialização de energia elétrica, a mais grave consiste em seu desligamento da CCEE, penalidade capital no setor elétrico, uma vez que pode inviabilizar o próprio exercício da atividade econômica do agente penalizado.

Da interação entre a CCEE e o ONS também decorre o fato de que a decisão do desligamento de consumidores livres daquela Câmara em virtude de inadimplemento setorial implica na **suspensão do fornecimento de energia elétrica** a

¹⁰¹ Segundo JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p.181: "As pessoas jurídicas dotadas de personalidade jurídica de direito privado, integrantes da Administração Pública, desempenham, em graus variados, funções administrativas, mas sob a forma de direito privado. A opção pela personalidade de direito privado decorre da natureza das competências que serão a elas atribuídas. A forma de direito privado destina-se ao desempenho de atribuições que não importem o exercício de poderes autoritativos, privativos e próprios da autoridade pública. Ou seja, a definição da forma pública ou privada da entidade dependerá da natureza das necessidades coletivas a serem atendidas."

¹⁰² O Acordo Operacional entre o ONS e a CCEE foi celebrado em 14.10.2010 e homologado pela ANEEL em 21.12.2010.

todas as unidades consumidoras do agente pelo ONS, consoante estabelecido no Acordo Operacional celebrado entre essas entidades¹⁰³.

Há, portanto, clara e direta interferência dessas entidades na esfera privada dos demais particulares, o que reforça a existência de relação de sujeição especial dos demais agentes setoriais relativamente ao ONS e à CCEE.

Entretanto, apesar dessa posição de relativa supremacia sobre os demais entes privados e da submissão a um regramento mais restritivo, o ONS e a CCEE não possuem prerrogativas semelhantes às pessoas jurídicas de direito público a que se assemelham no exercício de suas atribuições, como as autarquias.

Realmente, essas entidades privadas que atuam no setor elétrico não são beneficiárias de foro privilegiado, prazos processuais dilatados e, entre outras prerrogativas, mecanismos especiais de execução de seus créditos.

Por outro lado, embora se submetam a regras mais rígidas quanto à sua constituição, organização e funcionamento que poderiam aproximar-lhes de entidades submetidas a um regime de direito privado parcialmente derogado pelo direito público, não possuem as mesmas limitações que, por exemplo, as empresas estatais, tais como a obrigatoriedade de licitação, a submissão ao Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais – DEST do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e, conseqüentemente, ao Plano de Dispêndios Globais – PDG e ao Orçamento de Investimento – OI estabelecidos pelo governo federal.

Assim, embora submetida a regras específicas de constituição, organização e funcionamento fixadas diretamente pelo Poder Público, o que, conforme registrado, restringe sua liberdade de iniciativa, a administração das entidades que constituem o objeto do presente estudo é mais flexível, o que permite que o setor elétrico obtenha respostas mais rápidas em quaisquer circunstâncias.

¹⁰³ Cf. Cláusula Décima Oitava – Da Comunicação sobre Inadimplência e Desligamento de Consumidor Livre no Âmbito da CCEE.

Vale lembrar que é amplamente reconhecido que a gestão do setor elétrico, especificamente com relação à geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, depende de um grande número de ações complexas, rápidas e coordenadas, sob pena de risco de abastecimento.

A agilidade de que o setor necessita na prática de atos corriqueiros como o despacho de geração, a medição, a liquidação e a contabilização, é ainda mais acentuada em situações de risco de corte de suprimento, seja por eventos esperados, tais como períodos de seca e de chuvas, ou imprevisíveis, como algumas restrições de operação e de transmissão.

Nessas situações, é necessário que o setor apresente respostas muito rápidas para evitar a descontinuidade do suprimento, dado que a energia elétrica constitui serviço público essencial e insumo fundamental para o exercício da maior parte das atividades econômicas exercidas no país.

Infelizmente, a agilidade dessas respostas não se coaduna com a burocracia estatal e o regime de direito público aplicáveis tanto à Administração Pública direta como à indireta, ainda que parcialmente.

Neste contexto, cumpre relembrar a lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, para quem a descentralização administrativa prevista no contexto da reforma do Estado adotada no Brasil tem por finalidade aproximar a Administração Pública do administrado, em busca de maior eficiência, permitindo que ela seja submetida ao controle dos beneficiários de sua atuação¹⁰⁴.

David M. Lawrence, por sua vez, apresenta um rol de elementos que justificam a delegação de poderes públicos a entidades estatais, apontando que tal delegação pode ser benéfica ao interesse público¹⁰⁵. São eles: pluralismo social¹⁰⁶,

¹⁰⁴ MOREIRA NETO, *op. cit.*, p. 135-136.

¹⁰⁵ LAWRENCE, *op. cit.*

¹⁰⁶ *Ibid.* O autor aponta que, ao delegar importantes poderes a agentes privados, reforça-se o pluralismo social e demonstra-se que diferentes grupos de interesse desempenham relevantes papéis na sociedade. Neste ponto, cita, inclusive, Alexis de Tocqueville, que argumentara que as associações privadas seriam essenciais para as liberdades individuais, em contraposição à potencial rigidez e obstinação governamental.

maior representatividade¹⁰⁷, flexibilidade¹⁰⁸, fator de transição¹⁰⁹, expertise¹¹⁰ e custos inferiores¹¹¹.

Conforme mencionado anteriormente, as entidades privadas em apreço, quais sejam, o ONS e a CCEE, possuem maior flexibilidade e agilidade em sua atuação, características essenciais para o bom funcionamento do setor elétrico.

Viu-se, ainda, que a preocupação com a agilidade necessária para conferir ao setor elétrico brasileiro a necessária segurança foi, inclusive, veiculada na exposição de motivos nº 00095/MME, de 11.12.2003, que fundamentou a edição da Medida Provisória nº 144, acima referida.

Ademais, essas entidades também expressam o pluralismo dos agentes setoriais e representam seus diversos interesses, ao contar com a participação, em seus órgãos máximos de administração, de representantes de todas as categorias do setor elétrico.

Não obstante, os profissionais que atuam nessas entidades, tanto em níveis gerenciais como em operacionais, são profundos conhecedores do setor e contam com larga experiência. Tais profissionais, muitas vezes, não têm interesse em trabalhar no setor público, seja por questões pessoais, profissionais ou até mesmo financeiras.

Diante disto, a agilidade, a capacidade técnica e a legitimidade dos processos de tomada de decisões do ONS e da CCEE são muito superiores às do Poder Público, que, embora possa contar com técnicos experientes no setor, ainda não possui

¹⁰⁷ LAWRENCE (Ibid.) afirma que a representação de interesses e a legitimidade das decisões tornam-nas melhor aceitas e mais eficientes.

¹⁰⁸ Segundo o autor (Ibid.), a rigidez e a burocracia são menores em entidades privadas, que conseguem reagir de forma mais ágil e flexível a inovações e em situações complexas.

¹⁰⁹ LAWRENCE (Ibid.) aponta que a delegação pode servir como um estágio intermediário entre uma falha do mercado privado e a responsabilidade estatal plena.

¹¹⁰ O autor (Ibid.) esclarece que pode custar muito caro para o governo manter profissionais especializados em determinadas matérias e, em alguns casos, esses profissionais sequer têm interesse em trabalhar na estrutura estatal, o que justificaria a delegação para entidades privadas que poderiam contar com a contribuição de tais profissionais.

¹¹¹ Aduz LAWRENCE (Ibid.) que pode ser substancialmente mais barato para o Estado delegar determinados poderes a entidades privadas que manter as estruturas necessárias para seu exercício na Administração Pública.

instrumentos de representação tão eficazes e, além disso, é submetido a pressões e influências políticas naturais¹¹².

Assim, com vistas a assegurar o adequado funcionamento de um setor econômico tão relevante para o país, optou-se, em um contexto global de desoneração do Estado, pela descentralização de atividades relevantes para a gestão do setor elétrico, transferindo-as a entidades privadas submetidas a um regime especial de sujeição diante do Poder Público.

Neste sentido, deve-se frisar que a decisão de criar e fortalecer essas entidades não pode ser imputada a um determinado partido político ou a uma corrente ideológica específica, uma vez que, influenciada por um movimento mundial de redução do papel do Estado, ela decorreu de um raciocínio lógico fundado em bases práticas bastante claras.

Não se pode também questionar que um quadro institucional forte e confiável constitui premissa básica para o crescimento econômico de qualquer país. No presente caso, tratando-se de atividade econômica de suma relevância, o setor elétrico necessita de um marco regulatório e institucional estável para conferir segurança aos agentes setoriais e atrair os investimentos necessários para seu pleno desenvolvimento.

¹¹² A respeito da possibilidade de ingerências políticas em estruturas governamentais, ver PARGENDLER, Mariana. **State Ownership and Corporate Governance**. 80 Fordham L. Rev. 2917, 2012. Disponível em <http://bit.ly/14Zi2m7>. Acesso em: agosto 2013.

CONCLUSÃO

Demonstraram-se, no curso do presente estudo os principais objetivos e as premissas básicas da reestruturação do setor elétrico brasileiro, entre eles, a maior confiabilidade e segurança do sistema por meio da desoneração do Estado e a transferência de determinadas atividades e, inclusive, de poderes públicos a entidades privadas dotadas de maior flexibilidade, agilidade e representatividade relativamente às diversas categorias de agentes setoriais.

Assim, verificou-se que o ONS e a CCEE, apesar de dotados de personalidade jurídica de direito privado, tiveram suas criações autorizadas por lei e as regras sobre sua organização e funcionamento estabelecidas e submetidas à aprovação do Poder Público, sujeitando-se à constante fiscalização da ANEEL.

No entanto, embora sujeitas a regras mais restritivas que as demais pessoas jurídicas de direito privado, essas entidades também ocupam uma posição de relativa supremacia com relação aos demais agentes privados que atuam no setor elétrico, uma vez que, para possibilitar o adequado exercício de suas atribuições, lhes foram transferidas funções e poderes públicos que lhes permitem interferir diretamente na esfera jurídica de terceiros.

Desta forma, o ONS e a CCEE mantêm uma relação de sujeição especial com relação ao Poder Público, mas os demais agentes setoriais, dotados de personalidade jurídica de direito privado, também se submetem a uma relação de sujeição especial relativamente a essas entidades.

Apesar disso, o ONS e a CCEE não se sujeitam a um regime de direito privado parcialmente derogado pelo direito público como as entidades que integram a Administração Pública indireta, uma vez que não enfrentam tantas restrições em sua organização e funcionamento como, por exemplo, as sociedades de economia mista, as empresas públicas e as autarquias, que se submetem à obrigatoriedade de licitar, aos

respectivos orçamentos públicos ou PDG e aos órgãos de controle interno e externo competentes.

Com isso, tem-se que **tais entidades não são regidas integralmente por um regime de direito público, mas sequer de direito privado**. Sujeitam-se, efetivamente, a um regime híbrido, predominantemente de direito privado, com algumas restrições impostas pela legislação específica que lhes é aplicável, porém não tão rígidas quanto os controles aplicáveis às entidades que compõem a Administração Pública indireta.

Nota-se, portanto, que os modelos jurídicos tradicionais, de fato, não são suficientes para a classificação dessas entidades, cuja criação não resultou apenas de construção jurídica, mas de uma necessidade econômica premente, com vistas a assegurar maior estabilidade e legitimidade ao marco regulatório setorial, com o objetivo de atrair investimentos, garantir a universalização do acesso à energia elétrica e o adequado desenvolvimento do setor elétrico brasileiro, de modo que se atinjam os níveis de crescimento econômico almejados.

Na realidade, a natureza jurídica dessas entidades não se assemelha às entidades que integram a Administração Pública indireta, porém também não coincide com a natureza jurídica das demais pessoas jurídicas de direito privado, uma vez que não possuem equivalente liberdade em sua organização e funcionamento.

Isto porque, a partir da constatação de que o regime aplicável ao ONS e à CCEE modifica a natureza jurídica de tais entidades e de que as próprias atividades exercidas por essas entidades não englobam simples funções, mas compreendem também poderes públicos, dotados do atributo da coercitividade, compreende-se não ser possível classificá-las apenas como pessoas jurídicas de direito privado que exercem atividades especiais.

Neste sentido, o estudo em apreço demonstra que o entendimento do Ministro Gilmar Mendes no voto proferido no julgamento da ADI 3.090, de que tais entidades seriam “pessoas jurídicas de direito privado atípicas” é, de fato, o mais adequado para a classificação do ONS e da CCEE.

São, portanto, **atípicas** porque, como restou demonstrado no presente estudo, não se enquadram no conceito comum de pessoas jurídicas de direito privado e sequer se submetem ao regime que lhes é aplicável.

Atuam, de fato, em colaboração com o Estado, razão pela qual podem ser enquadradas, na doutrina de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, como entidades integrantes da **administração associada**.

Todavia, apesar de, na classificação do referido autor, essas entidades figurarem como destinatárias de delegação legal, o presente estudo demonstra que elas não poderiam ser classificadas exatamente como entidades paraestatais, uma vez que suas atribuições sequer se aproximam das atividades desempenhadas pelas OS, OSCIP e serviços sociais autônomos e, além disso, são submetidas a regimes e controles muito distintos daqueles dirigidos às entidades paraestatais clássicas.

Trata-se, portanto, de figuras jurídicas novas que não se enquadram nos modelos tradicionais e cuja origem decorre da necessidade econômica de dotar o setor elétrico de um marco regulatório seguro e estável e de instituições responsáveis pela supervisão da operação do sistema e da comercialização de energia que, além de ágeis e flexíveis, permitam maior representatividade dos diversos interesses dos agentes que atuam no setor e que não sejam suscetíveis às pressões políticas, capazes de mudar com frequência os rumos da regulação setorial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO, Joaquim Francisco. O Setor Elétrico e o Dilema Espaço Público versus Espaço Privado. In: SAUER, Ildo Luís *et al.* **A Reconstrução do Setor Elétrico Brasileiro**, Campo Grande: UFMS, São Paulo: Paz e Terra, 2003, p. 253-264.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FREEMAN, Jody. **Private Parties, Public Functions and the New Administrative Law**. Julho, 1999. Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=165988. Acesso em: julho 2013.

GANIN, Antonio. **Setor Elétrico Brasileiro: Aspectos Regulamentares e Tributários**. Rio de Janeiro: Canal Energia, 2003.

GONÇALVES, Pedro. **Entidades Privadas com Poderes Públicos: O Exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas**. Coimbra: Almedina, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KELMAN, Jerson. **Desafios do Regulador**. Rio de Janeiro: Synergia: CEE/FGV, 2009.

LAWRENCE, David M. **Private Exercise of Governmental Power**. Indiana Law Journal: vol. 61: Iss. 4, Article 3. Disponível em <http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2162&context=ilj>. Acesso em: junho 2013;

LIMA, Ricardo Gobbi. Comercialização de Energia – Alguns Conceitos e Princípios. In LANDAU, Elena (coord.). **Regulação Jurídica do Setor Elétrico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 365-376.

LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. **Constituição, Energia e Setor Elétrico**. Porto Alegre: Fabris, 2009.

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo – Parte Introdutória, Parte Geral e Parte Especial**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

OLIVEIRA, Amanda Flávio. L'État et l'Économie de Marché Aujourd'hui. **Les Cahiers de Droit**, vol. 54, n° 1, mars 2013, p. 33-43.

PACHECO, Adriane Cristina Spicciati. **A Contratação da Compra e Venda de Energia pelas Concessionárias de Distribuição – O “Novo” e o “Novíssimo” Modelo do Setor Elétrico**. In: LANDAU, *op. cit.*, p. 377-388.

PARGENDLER, Mariana. **State Ownership and Corporate Governance**. 80 Fordham L. Rev. 2917, 2012. Disponível em <http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4812&context=flr>. Acesso em: agosto 2013.

PEREIRA, Edgard Antonio. **Regulação e mercado**. in: LANDAU, Elena (org.), *op. cit.*, pp. 147-162.

PIRES, José Claudio Linhares. **Desafios da Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro**. Texto para discussão do BNDES n° 76. Rio de Janeiro: 2000, disponível em: http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/Td/Td-76.pdf. Acesso em: agosto 2012.

ROSA, Luiz Pinguelli; D'ARAUJO, Roberto Pereira (coord.). **A Nova Estrutura do Setor Elétrico Brasileiro**. In: SAUER, *op. cit.*, p. 203-252.

SILVEIRA, Rodrigo Maitto da. Análise do Setor Elétrico Brasileiro à luz de Princípios Regulatórios Desenvolvimentistas. **Revista Fórum Administrativo – FA**, Belo

Horizonte, ano 3, nº 28, junho de 2003. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=3582>. Acesso em: abril 2013.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Breve Apresentação do Novo Marco Regulatório do Setor Elétrico Brasileiro**. In: LANDAU, *op. cit.*, p. 235-259.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Mercado Atacadista de Energia Elétrica – Competências Regulatórias. **Revista Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 2, nº 15, maio de 2002. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=1806>. Acesso em: agosto 2012.

TOLMASQUIM, Mauricio T. **Novo Modelo do Setor Elétrico Brasileiro**. Rio de Janeiro e Brasília: EPE e Synergia, 2011.

LEGISLAÇÃO E DEMAIS FONTES DE CONSULTA:

Decreto nº 24.643, de 10.07.1934. Decreta o Código de Águas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d24643.htm.

Lei nº 1.628, de 20.06.1952. Dispõe sobre a restituição dos adicionais criados pelo art. 3º da Lei nº 1.474, de 26 de novembro de 1951, e fixa a respectiva bonificação; autoriza a emissão de obrigações da Dívida Pública Federal; cria o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico; abre crédito especial e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L1628.htm.

Lei nº 3.890-A, de 25.04.1961. Autoriza a União a constituir a empresa Centrais Elétricas Brasileiras S. A. - ELETROBRÁS, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3890Acons.htm.

Decreto-lei nº 200, de 25.02.1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm.

Lei nº 5.662, de 21.06.1971. Enquadra o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico (BNDE) na categoria de empresa pública, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5662.htm.

Lei nº 5.899, de 05.07.1973. Dispõe sobre a aquisição dos serviços de eletricidade da ITAIPU e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5899.htm.

Decreto nº 73.102, de 07.11.1973 (Revogado). Regulamenta os artigos 12 e 13 da Lei nº 5.899, de 5 de julho de 1973, que dispõem sobre a coordenação operacional dos sistemas elétricos interligados das Regiões Sudeste e Sul. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d73102.htm.

Decreto-lei nº 1.940, de 25.05.1982. Institui contribuição social, cria o Fundo de Investimento Social (FINSOCIAL) e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1940.htm.

Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

Lei nº 9.074, de 07.07.1995. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19074cons.htm.

Lei nº 9.427, de 26.12.1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19427cons.htm.

Medida Provisória nº 1.531-16, de 05.03.1998 (Revogada). Altera dispositivos das Leis nºs 3.890-A, de 25 de abril de 1961, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996,

autoriza o Poder Executivo a promover a reestruturação da Centrais Elétricas Brasileiras S.A. - ELETROBRÁS e de suas subsidiárias, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/1996-2000/1531-16.htm.

Medida Provisória nº 1.531-17, de 02.04.1998 (Revogada). Altera dispositivos das Leis nºs 3.890-A, de 25 de abril de 1961, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, autoriza o Poder Executivo a promover a reestruturação da Centrais Elétricas Brasileiras S.A. - ELETROBRÁS e de suas subsidiárias, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/1996-2000/1531-17.htm.

Medida Provisória nº 1.531-18, de 29.04.1998 (Revogada). Altera dispositivos das Leis nºs 3.890-A, de 25 de abril de 1961, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, autoriza o Poder Executivo a promover a reestruturação da Centrais Elétricas Brasileiras S.A. - ELETROBRÁS e de suas subsidiárias, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Antigas/1531-18.htm.

Lei nº 9.648, de 27.05.1998. Altera dispositivos das Leis nº 3.890-A, de 25 de abril de 1961, nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, nº 9.074, de 7 de julho de 1995, nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e autoriza o Poder Executivo a promover a reestruturação da Centrais Elétricas Brasileiras - ELETROBRÁS e de suas subsidiárias e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19648cons.htm.

Lei nº 9.637, de 15.05.1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19637.htm.

Parecer CONJUR/MME nº 059/98, de 16.06.1998, da Consultoria Jurídica junto ao Ministério de Minas e Energia.

Decreto nº 2.655, de 02.07.1998. Regulamenta o Mercado Atacadista de Energia Elétrica, define as regras de organização do Operador Nacional do Sistema Elétrico, de que trata a Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2655.htm.

Lei nº 9.790, de 23.03.1999. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19790.htm.

Exposição de Motivos nº 06, de 07.02.2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Exm/2001/exm-006-mpv-29.pdf.

Medida Provisória nº 29, de 07.02.2002 (Revogada). Dispõe sobre a autorização para a criação do Mercado Atacadista de Energia Elétrica – MAE, pessoa jurídica de direito privado, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Antigas_2002/29.htm.

Lei nº 10.433, de 24.04.2002 (Revogada). Dispõe sobre a autorização para a criação do Mercado Atacadista de Energia Elétrica - MAE, pessoa jurídica de direito privado, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10433.htm.

Exposição de Motivos nº 00095/MME, de 11.12.2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Exm/2003/EM95-MME-03.htm.

Medida Provisória nº 144, de 11.12.2003 (Revogada). 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, 9.478, 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Antigas_2003/144.htm.

Lei nº 10.848, de 15.03.2004. 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, 9.478, 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.848.htm.

Parecer CONJUR/MME nº 118/2004, de 14.05.2004, da Consultoria Jurídica junto ao Ministério de Minas e Energia.

Exposição de Motivos nº 00023/MME, de 14.05.2004.

Decreto nº 5.081, de 14.05.2004. Regulamenta os arts. 13 e 14 da Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998, e o art. 23 da Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, que tratam do Operador Nacional do Sistema Elétrico - ONS. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5081.htm.

Decreto nº 5.163, de 30.07.2004. Regulamenta a comercialização de energia elétrica, o processo de outorga de concessões e de autorizações de geração de energia elétrica, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5163.HTM.

Decreto nº 5.175, de 09.08.2004. Constitui o Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico - CMSE de que trata o art. 14 da Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5175.htm.

Exposição de Motivos nº 00038/MME, de 12.08.2004.

Decreto nº 5.177, de 12.08.2004. Regulamenta os arts. 4º e 5º da Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, e dispõe sobre a organização, as atribuições e o funcionamento da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5177.htm.

Resolução Autorizativa ANEEL nº 328, de 12.08.2004. Aprova o Estatuto do Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/cedoc/rea2004328.pdf>.

Resolução Normativa ANEEL nº 109, de 26.10.2004. Institui a Convenção de Comercialização de Energia Elétrica. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/cedoc/ren2004109.pdf>.

Resolução Normativa ANEEL nº 205, de 22.12.2005. Estabelece os procedimentos e as condições gerais para o enquadramento de cooperativas de eletrificação rural como permissionária de serviço público de distribuição de energia elétrica, bem como para operação de instalações de distribuição de energia elétrica de uso privativo, em área rural, aprova o modelo de Contrato de Permissão, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/cedoc/ren2005205.pdf>.

Resolução Normativa ANEEL nº 206, de 22.12.2005. Estabelece as condições gerais para a contratação do suprimento de energia elétrica pelas concessionárias ou permissionárias de serviço público de distribuição do Sistema Interligado Nacional-SIN, com mercado próprio inferior a 500 GWh/ano, conforme disposições do Decreto nº 5.163, de 30 de julho de 2004. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/cedoc/ren2005206.pdf>.

Acordo Operacional celebrado entre a CCEE e o ONS em 14.10.2010. Disponível em: <http://www.ons.org.br/download/institucional/AcordoOperacionalCCEEONS.pdf>.

Parecer nº 206/2011/CONJUR/MME, de 31.03.2011, da Consultoria Jurídica junto ao Ministério de Minas e Energia.

Exposição de Motivos nº 00011/MME, de 04.04.2011.

Medida Provisória nº 579, de 11.09.2012 (Revogada). Dispõe sobre as concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, sobre a redução dos encargos setoriais, sobre a modicidade tarifária, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/mpv/579.htm.

Lei nº 12.783, de 11.01.2013. Dispõe sobre as concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, sobre a redução dos encargos setoriais e sobre a modicidade tarifária; altera as Leis nºs 10.438, de 26 de abril de 2002, 12.111, de 9 de dezembro de 2009, 9.648, de 27 de maio de 1998, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e

10.848, de 15 de março de 2004; revoga dispositivo da Lei no 8.631, de 4 de março de 1993; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/L12783.htm.

Procedimentos de Rede elaborados pelo ONS. Disponíveis em: <http://www.ons.org.br/procedimentos/index.aspx>.

Plano da Operação Elétrica de Médio Prazo – PEL 2013/2014 elaborado pelo ONS. Disponível em: http://www.ons.org.br/download/avaliacao_condicao/planejamento_operacao/Relatorio_Executivo_PEL2013-2014.pdf

Diretrizes para a Operação Elétrica – Quadrimestral e Mensal. Documentos disponíveis em: http://www.ons.org.br/operacao/planejamento_operacao_elet.aspx.

Plano de Ampliação e Reforços – PAR elaborado pelo ONS. Disponível em: http://www.ons.org.br/plano_ampliacao/plano_ampliacao.aspx.

Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.090-6 Distrito Federal. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491802>.