



Departamento de Ciência Política e Políticas Públicas

O Papel da Advocacia de Estado na Gestão Pública: análise da  
política pública energética no Brasil

Tania Patricia de Lara Vaz

Dissertação submetida como requisito parcial para obtenção do grau de  
Mestre em Administração Pública

Orientador:  
Dr. João Salis Gomes, Professor Auxiliar Convidado (Especialista),  
ISCTE – Instituto Universitário de Lisboa

Setembro, 2010

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, pela vida.

Aos meus pais e meus irmãos, o começo de tudo que sou e sei.

A André, meu companheiro e meu grande amor.

À Daniela Marques, advogada da União na Consultoria Jurídica do Ministério de Minas e Energia, sempre prestativa, que me ajudou ao longo de toda a pesquisa.

Ao caríssimo Professor Juan Mozzicafreddo, incansável no auxílio à turma do Brasil.

Aos demais Professores do ISCTE IUL, que nos acolheram tão dedicadamente.

**Palavras Chave:**

Modernização do Estado, reforma administrativa, Estado Providência, burocracia, disfunções burocráticas, gestão por resultado, políticas públicas, novo modelo do setor elétrico, Ministério de Minas e Energia, Advocacia-Geral da União, leilão de energia, projetos estruturantes, UHE Jirau, UHE Santo Antônio e UHE Belo Monte.

**RESUMO**

O presente trabalho contém algumas reflexões sobre o papel da advocacia de Estado, na qual está inserida a Advocacia-Geral da União e seus membros de carreira, no desenvolvimento e implementação de políticas públicas e projetos do Governo Federal brasileiro, especificamente sob o enfoque da gestão pública e dos movimentos de modernização do Estado e reformulação do modelo burocrático. Com foco na fase de modelagem do leilão para compra de energia elétrica, de acordo com o novo modelo do setor elétrico, examina-se a atuação do órgão de consultoria e assessoramento jurídico do Ministério de Minas e Energia e o papel que desempenha.

**Key Words:**

State modernisation, administrative reform, Welfare State, bureaucracy, bureaucratic dysfunctions, performance management, public policy, new model for the electricity sector, Ministry of Mines and Energy, Attorney General's Office, energy auction, infrastructure projects, UHE Jirau, UHE Santo Antônio, UHE Belo Monte.

**ABSTRACT**

This paper contains some reflections on the role of State advocacy, which comprises the Attorney General's Office and its career members, in developing and implementing public policies and projects by the Brazilian Federal Government, particularly under the focus of public management and of movement for state modernization and reform of the bureaucratic model. With a focus on the modeling phase of the auction to purchase electric power, bided according to the new model of the electric sector, it examines the role of the legal consultancy and assistance body of the Ministry of Mines and Energy.

**[ABREVIATURAS]**

ACR – Ambiente de Contratação Regulada

ACL – Ambiente de Contratação Livre

AGU – Advocacia-Geral da União

AHE – aproveitamento hidrelétrico

ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica

Art. – Artigo

BEN – Balanço Energético Nacional

Bovespa – Bolsa de Valores de São Paulo

BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social

CBEE – Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial

CCEE – Câmara de Comercialização de Energia Elétrica

CCEAR – Contrato de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado

CCPE – Comitê Coordenador do Planejamento da Expansão dos Sistemas Elétricos

CELG – Companhia Energética de Goiás

CEMIG – Companhia Energética de Minas Gerais

CESP – Companhia Energética de São Paulo

CF – Constituição Federal brasileira de 1988

CGTEE – Companhia de Geração Térmica de Energia Elétrica

CHESF – Companhia Hidro Elétrica do São Francisco

CLAD – Centro Latinoamericano de Administração para o Desenvolvimento

CMSE – Comitê de Monitoramento de Setor Elétrico

CNAEE – Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica

CNPE – Conselho Nacional de Política Energética

COPEL – Companhia Paranaense de Energia

DASP – Departamento Administrativo do Serviço Público

DNAEE – Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica

DNPM – Departamento Nacional da Produção Mineral

ELETRONORTE – Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A.

ELETROSUL – Eletrosul Centrais Elétricas S.A.

ELETRONUCLEAR – Eletrobrás Termonuclear S.A.

EPE – Empresa de Pesquisa Energética

FMI – Fundo Monetário Internacional

GCE – Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica

GERASUL – Centrais Geradoras do Sul do Brasil S.A.

IPC-A – Índice de Preços ao Consumidor Amplo

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada  
MAE – Mercado Atacadista de Energia Elétrica  
MARE – Ministério de Administração Federal e Reforma do Estado, extinto em 1999  
MME – Ministério de Minas e Energia  
MP – Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão  
NPM – *New Public Management*  
NPS – *New Public Service*  
NWS – *Neo Weberian States*  
OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico  
ONS – Operador Nacional do Sistema Elétrico  
PIB – Produto Interno Bruto  
PDRAE – Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado  
PETROBRÁS - Petróleo Brasileiro S.A  
PGBC – Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil  
PGF – Procuradoria-Geral Federal  
PPA – Plano Plurianual  
PUMA – *Public Management Service* (OCDE)  
RAP – Revista da Administração Pública  
RTE – Recomposição Tarifária Extraordinária  
RSP – Revista do Serviço Público  
SAF – Secretaria de Administração Federal  
SEDAP – Secretaria de Administração Pública da Presidência da República  
SEGES – Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão  
Trad. - tradução  
UHE – usina hidrelétrica  
UE – União Europeia

## ÍNDICE

INTRODUÇÃO .....	1
CAPÍTULO I – ESTADO, BUROCRACIA E MOVIMENTOS DE REFORMA E MODERNIZAÇÃO ADMINISTRATIVA .....	
1. Evolução histórica das funções do Estado, Estado Moderno e o surgimento da burocracia .....	4
1.1 Estados Modernos .....	4
1.2 O Estado Liberal e a Administração Pública Tradicional .....	6
1.3 Estado Providência ( <i>Welfare State</i> ou Estado do Bem Estar Social) .....	8
2. Tendências de reformas administrativas .....	13
2.1 <i>New Public Management</i> (Nova Gestão Pública) .....	18
2.2 <i>Neo Weberian States</i> .....	24
3. Diretrizes comuns aos diversos modelos de reforma .....	29
4. A Administração Pública no Brasil .....	34
4.1 Reforma burocrática de 1936-1937 .....	34
4.2 Reforma de 1967 .....	35
4.3 Reforma gerencial de 1995 .....	37
4.4 Plano de gestão pública do atual governo .....	41
5. Conclusão .....	44
CAPÍTULO II – REFERENCIAL TEÓRICO ESPECÍFICO: DISFUNÇÕES BUROCRÁTICAS, NOVAS DIRETRIZES E ADVOCACIA DE ESTADO BRASILEIRA EM NÍVEL FEDERAL .....	
1. Introdução .....	45
2. Burocracia, legitimidade racional legal e disfunções burocráticas .....	45
3. Diretrizes reformistas com repercussão imediata na atividade jurídica do Estado .....	52
3.1 A gestão por resultados e a avaliação na administração pública .....	52
3.2 Reforma da regulação (“desregulação”) .....	56
4. A advocacia de Estado brasileira em nível federal .....	61
5. A investigação das transformações do papel da Advocacia de Estado .....	63
CAPÍTULO III – ESTRUTURA E FUNCIONAMENTO DO SETOR PÚBLICO DE ENERGIA BRASILEIRO .....	
1. O setor de energia elétrica nacional e o contexto econômico e político em 1990 .....	65

2. Processo de reestruturação do setor: privatização e auto regulação .....	67
3. Crise de oferta de 2001 .....	71
4. Novo modelo do setor elétrico: a contra-reforma regulatória .....	74
CAPÍTULO IV - AVALIAÇÃO EMPÍRICA DA ATIVIDADE JURÍDICA DO ESTADO: METODOLOGIA DA INVESTIGAÇÃO E RECOLHA DE DADOS .....	
1. Introdução .....	78
2. Metodologia, recolha e análise de dados .....	78
3. Considerações finais .....	127
CONCLUSÃO .....	129
Fontes .....	131
Referências Bibliográficas .....	133
ANEXOS .....	I
Parecer e Notas do Ministério de Minas e Energia .....	II
<i>Curriculum Vitae</i> .....	LXXII

## **ÍNDICE DE QUADROS**

Quadro 1.1 .....	18
Quadro 1.2 .....	23
Quadro 1.3 .....	28
Quadro 2.1 .....	59
Quadro 4.1 .....	96

## INTRODUÇÃO

O Estado e a administração pública vêm se modernizando e reformulando, notadamente nos países ocidentais de orientação capitalista. A partir do final da década de 70, o modelo e as funções exercidas pelo Estado Providência (Estado do Bem Estar Social ou *Welfare State*) e a forma de realizá-las, passam a ser discutidos, desenvolvendo-se a noção de falha governamental, para além da noção de falha de mercado, que justifica a atuação estatal corretiva. O paradigma da intervenção estatal direta é questionado e valores como eficiência, eficácia e efetividade da atuação governamental são introduzidos nas pesquisas e estudos acadêmicos e programas de modernização administrativa. Nesse contexto, passam a ser aplicadas, de formas e em graus distintos, em países europeus, Estados Unidos e países da América Latina, diretrizes como a gestão pública voltada para resultados; a avaliação de *performance*; redução de custos; simplificação de procedimentos; avaliação de políticas públicas; e o planejamento estratégico da atuação governamental, dentre outras iniciativas, que serão expostas ao longo dos dois primeiros capítulos.

É nesse contexto de transformação do Estado, com vista nos princípios e diretrizes que conduzem esse processo no âmbito da administração pública brasileira, e sob o enfoque da gestão pública, é que se propõe conhecer a atuação desenvolvida pela Advocacia-Geral da União, responsável pelo assessoramento e consultoria jurídica aos Ministérios e órgãos do Governo Federal<sup>1</sup>. A advocacia de Estado, em nível federal, no modelo constitucional brasileiro, fornece o aparato jurídico constitucional para toda a atuação administrativa e governamental ao Poder Executivo Federal, além de fazer a defesa dos Poderes, autoridades e da própria pessoa jurídica União, nos juízos e tribunais (atuação judicial). Mais especificamente, pretende-se examinar o papel da advocacia de Estado, a forma de atuação e o conteúdo das manifestações jurídicas que produz, ao longo do desenvolvimento de projetos, programas de governo e políticas públicas, considerando-se os paradigmas estabelecidos pelas diversas iniciativas de reforma administrativa e de modernização do Estado, a partir do final da década de 70.

Trata-se de abordagem pouco comum da atividade jurídica desempenhada pela Advocacia de Estado – advogados, advogados da União e órgãos com a competência de exercer a consultoria e assessoramento jurídico e representação judicial da União. De fato, na bibliografia brasileira, nenhuma pesquisa, na área da Ciência da Administração e de Políticas Públicas, com objeto relacionado à advocacia pública, foi identificada. A avaliação da atividade de consultoria e assessoramento jurídicos, desempenhada por um corpo de advogados concursados e nomeados para a função pública, no âmbito da gestão pública e do estudo das políticas públicas, não é usual. Muito se estuda sobre a advocacia pública; via de regra, contudo, na área do próprio Direito

---

<sup>1</sup> O Estado Brasileiro estrutura-se em modelo federativo, havendo três esferas autônomas, com competências e governo próprios, com previsão na Constituição Federal: União (federal), Estados (estadual) e Municípios, além do Distrito Federal.

Na medida em que a Advocacia-Geral da União participa da formulação e do desenvolvimento de todos os projetos e programas do Governo Federal, é relevante investigar como vem se dando essa atuação ao longo de tais processos. O foco, portanto, é a capacidade da administração pública de desenvolvimento e implementação de políticas públicas, e qual o grau de contribuição da advocacia de Estado nesse processo. Desde a elaboração de projetos de lei que irão sustentar determinada política pública, verifica-se a participação da AGU. Assim, se a administração pública brasileira avança, no sentido de produzir melhores resultados em prol da sociedade e do cidadão brasileiro, é relevante investigar como atua a advocacia de Estado brasileira nesse processo.

Em última análise, portanto, o que está em foco é a efetividade da atuação governamental na consecução dos princípios da Constituição brasileira e no atendimento das necessidades da população e do interesse público. Na medida em que a administração pública transforma-se, para melhor implementar direitos como saúde, educação, justiça social, dignidade humana, direitos fundamentais, redução das desigualdades regionais e desenvolvimento econômico e social, é pertinente verificar como se organiza e como funciona o órgão de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo da União, para apreender se as transformações alcançam o corpo jurídico do Estado.

Dada a multiplicidade e complexidade da atuação governamental em âmbito federal, elegeu-se a política pública de geração energética, com foco no desenvolvimento de projetos de usinas hidrelétricas, de relevância estratégica inquestionável para o Brasil, cuja fonte energética é predominantemente hidráulica. Ao longo da investigação, focou-se na etapa inicial, de modelagem dos leilões de energia, sobretudo em projetos estruturantes, como as UHE de Jirau, Belo Monte e Santo Antônio, a cargo do Ministério de Minas e Energia.

No primeiro capítulo, faz-se breve exposição sobre a evolução do Estado e de suas funções, abordando-se o surgimento da Administração Pública Tradicional e da burocracia. Aborda-se, ainda, o Estado Providência (Estado do Bem Estar Social, Estado Social ou *Welfare State*), apresentando-se o quadro político, institucional, econômico e social que ensejou as iniciativas de reforma da administração pública. Abordam-se também as tendências de caráter teórico e prático mais difundidas sobre a reformulação das funções do Estado e reforma da administração pública – a *New Public Management*, a *New Public Service* e a Governança; e breve histórico da administração pública no Brasil e principais movimentos de reforma.

No segundo capítulo, destacam-se as diretrizes da reforma gerencial<sup>2</sup> que repercutem mais diretamente na atuação da Advocacia-Geral da União: a gestão por resultados e a avaliação na administração pública; e a reforma da regulação, em sentido amplo, que inclui a regulação jurídica. Abordam-se, também, questões teóricas relacionadas ao desenvolvimento do modelo burocrático e do próprio Estado de Direito, que contribuiram para o quadro geral que se pretende combater com as

---

<sup>2</sup> Adota-se a designação, bastante corrente, apenas por questão de referência histórico temporal. No Brasil, essa foi a designação conferida ao conjunto de propostas veiculadas no PDRAE, de Bresser-Pereira.

iniciativas de modernização descritas no capítulo 1. No capítulo 2, ainda, apresenta-se a Advocacia-Geral da União, sua estrutura, funcionamento e competências.

No terceiro capítulo, expõe-se o setor elétrico brasileiro, os órgãos e agentes envolvidos na regulação e no desenvolvimento de projetos para o setor. Além disso, apresenta-se o novo modelo do setor elétrico, a partir de 2004, que reforçou o planejamento central da expansão pelo Governo Federal, além de aperfeiçoar o modelo de concessão de aproveitamentos hidráulicos e a sistemática dos leilões de energia. O capítulo 3 é essencial para a compreensão do contexto onde se insere a atuação específica da AGU, sobretudo da Consultoria Jurídica do Ministério de Minas e Energia, nesse complexo arranjo.

No quarto capítulo, adentra-se na etapa empírica da investigação, consistente em análise documental e nas entrevistas abertas, onde se buscam respostas para as perguntas de partida que vão sendo apresentadas ao longo dos capítulos iniciais. Foram ouvidos advogados da União, advogados e outros profissionais que atuam ou atuaram no Ministério de Minas e Energia, e também na Casa Civil da Presidência da República, e o atual Advogado-Geral da União, Ministro Chefe da AGU. A partir de um roteiro inicial, apresentado no capítulo 4, buscou-se investigar se o advogado de Estado, ao examinar determinado ato ou processo administrativo, tem em mente a política pública e os impactos planejados pelo governo; se o advogado de Estado acompanha o desenvolvimento da política pública, *pari passu*, ou realiza análise formal dos atos administrativos, editais e projetos, *a posteriori*; se a atuação do advogado de Estado leva em conta a multidisciplinariedade presente no desenvolvimento das políticas públicas, em seu mister de conformá-la juridicamente, ou se suas análises são restritas ao campo do direito; e se há participação efetiva em todo o processo de desenvolvimento.

## **CAPÍTULO I – ESTADO, BUROCRACIA E MOVIMENTOS DE REFORMA E MODERNIZAÇÃO ADMINISTRATIVA**

### **1. Evolução histórica das funções do Estado, Estado Moderno e o surgimento da burocracia**

O papel do Estado e a sua conformação sofreram transformações, ao longo do tempo, até chegar-se ao Estado Moderno, mais especificamente no Estado Liberal, contexto no qual surgem a administração pública e a burocracia. Essa evolução histórica será sinteticamente exposta, abordando-se o Estado Liberal e o Estado Providência (Estado Social, *Welfare State*, Estado do Bem-Estar Social), passando-se pelo fenômeno do Constitucionalismo, o que se justifica a seguir. As exigências e as mutações da sociedade e das relações sociais e econômicas afetam e condicionam diretamente o desenvolvimento e a transformação do próprio Estado.

A administração pública, conforme se verá a seguir, surge no contexto de desenvolvimento do Estado, mais especificamente do Estado Liberal, como forma de operar as inúmeras atividades sob sua responsabilidade. O desenvolvimento da noção de Estado de Direito, a consolidação do sistema democrático e os direitos da cidadania, por sua vez, contribuem para a expansão e legitimação da administração pública, bem como para sua autonomização em relação ao próprio poder político. Por sua vez, também a consolidação da função administradora tem papel importante na conformação do Estado. O que se pretende dizer é que Estado e administração pública influenciam-se reciprocamente.

Não é por outra razão que se sustenta não ser possível falar-se em reforma administrativa sem adentrar-se na investigação sobre a reformulação das próprias funções do Estado. Nas palavras do Professor Juan Mozzicafreddo, “importa pensar como modernizar e democratizar o próprio Estado de direito numa sociedade democrática” (Mozzicafreddo, 2007). Daí a pertinência do estudo das diversas tipologias de Estado e seus modelos, ao longo do tempo, como pré requisito para a abordagem da reforma da administração pública e para o objeto da presente investigação, que pretende avaliar as repercussões da Reforma Gerencial na atuação do advogado de Estado brasileiro, em nível federal.

#### **1.1 Estados Modernos**

O Estado Moderno nasce no século XV, sendo fundamental para sua configuração a crescente assunção de obrigações em relação à sociedade. Compreende-se melhor esse processo comparando-o com época anterior. Com efeito, durante o Feudalismo, o Estado valia-se da lei para enunciar obrigações, não tanto direitos, sendo estes últimos reservados a uma elite. Os camponeses pagavam tributos ao senhor feudal e submetiam-se à vassalagem, em troca da proteção e da utilização das terras. Com o absolutismo, o Estado, na pessoa do rei, titular de poderes divinos, mantinha o poder de coação física e fiscal, sendo que os funcionários estavam a serviço do rei, e não do Estado, entendendo-se inexistente a administração burocrática, até meados do século XVIII (Ferraz, 2008).

A intervenção estatal nas relações econômicas e sociais é identificada como requisito, como uma das dimensões do próprio Estado Moderno, assim como a Democracia e o Estado de Direito. A sigla *TRUDI* – *territorial state, rule of law, democratic e intervention state* – representa a composição multidimensional do Estado Moderno (Zürn e Leibfried, 2005), conforme se expõe a seguir.

O início desta nova configuração do papel do Estado dá-se a partir do momento em que os Estados necessitaram de uma economia nacional que pudesse fornecer o aparato militar necessário à defesa nacional. Desde então, o Estado passa a intervir na economia e nas relações sociais, gradativamente, assumindo funções regulatórias, além de investir em infra estrutura e educação, e operar suas próprias indústrias. No auge do Estado intervencionista (Estado Providência em fase avançada), o Estado é responsável por cada cidadão e pela coletividade.

Além da intervenção estatal (*intervention state* e *welfare*), são dimensões constitutivas do Estado Moderno: o controle sobre os recursos disponíveis no território (*Territorial State*), que inclui o poder de tributação (*taxation*), o monopólio do uso da força e circulação de moeda; o império da lei – Estado Democrático de Direito (*rule of law*), com todos os elementos que lhe são necessários (jurisdição, tribunais etc.); e a legitimidade política, com o reconhecimento de que o poder baseia-se e condiciona-se na lei, de acordo com os processos políticos de legitimação (Zürn e Leibfried, 2005). Max Weber e sua teoria sobre a autoridade e a dominação legítima são a fonte primordial dos estudos sobre o Estado Moderno e a administração pública. É importante ressaltar que Zürn e Leibfried (2005) descrevem as quatro dimensões do Estado Moderno (*nation-state*) tendo como pressuposto a democracia constitucional. É o que se vê na explanação que fazem de cada uma destas dimensões, notadamente a respeito da dimensão legal, quando a descrevem como a *rule of law* e o *Rechtsstaat* (Estados Constitucionais dos países germânicos). E também a respeito da legitimação, quando mencionam o seu surgimento paralelamente ao florescimento dos Estados Democráticos, no século XIX. Reconhecem, contudo, que a maior parte dos países que não integram a OCDE ou membros recentes da organização (como México e Turquia) ainda estão no processo de desenvolvimento destas quatro dimensões ou falharam em realizá-las, citando como exemplos Taiwan, Colômbia e Arábia Saudita (Zürn e Leibfried, 2005).

O mais importante, neste primeiro capítulo, é ressaltar que os Estados Modernos têm legitimação derivada da noção de legalidade que, de acordo com Weber, corresponde à autoridade racional (Lane, 2005). À medida que a intervenção do Estado se amplia, passa a ser necessário um corpo técnico para fazer frente às novas atividades estatais. A administração pública, nesse sentido, surge com a transição do Estado Absolutista para o Estado Liberal (Ferraz, 2008).

O desenvolvimento da dimensão legal do Estado levou à noção de soberania. Thomas Hobbes, em 1651, no seu memorável “Leviatã”, foi o responsável por sistematizar, ineditamente, uma teoria sobre a soberania dos Estados.

## 1.2 O Estado Liberal e a Administração Pública Tradicional

O modelo do Estado Liberal teve surgimento a partir da Revolução Francesa de 1789, no contexto das revoluções burguesas do final do século XVIII e início do século XIX, que puseram fim aos Estados Absolutistas<sup>1</sup>. Segundo a doutrina liberal, que tem em Adam Smith seu expoente, cabia ao Estado o papel de *nightwatchman*, na economia do *laissez-faire*, ou seja, a não-intervenção do Estado. Prevalcia o entendimento de que o mercado tinha mecanismos de regulação próprios e automáticos, podendo reagir sobre os fatores de perturbação e reequilibrar o funcionamento dos mecanismos econômicos (Bilhim, 2000). A ideia de interesse público e, portanto, de serviço público, limitava-se a funções essenciais de soberania, segurança e ordem pública, registrando-se a expansão gradual, ao longo do tempo, para fornecimento de infraestrutura de comunicação, energia e ensino básico. Este fato não era grave enquanto prevalecia um Estado pequeno, cuja única função era garantir a propriedade e os contratos. O Estado Liberal cuidava exclusivamente de justiça e polícia, defesa da soberania (exército e marinha) e relações exteriores. Nesse tipo de Estado, o serviço público mais importante era o da administração da justiça, que o Poder Judiciário realizava (Bresser-Pereira, 1996). O interesse público relacionava-se diretamente com a confrontação dos interesses particulares: primeiramente, configurava-se no conjunto dos interesses particulares que eram atendidos e realizados pela própria sociedade; ao depois, notadamente a partir da estruturação da administração burocrática, passou a resultar do arbitramento realizado pelo poder político e pela administração pública, considerada a conflitualidade dos diversos interesses particulares.

É importante destacar que o Estado Liberal foi o palco da ocorrência simultânea dos fenômenos da industrialização e da urbanização e dos problemas sociais deles decorrentes, paralelamente à emergência da filosofia predominante do liberalismo – liberdade individual, igualdade, individualismo na proteção dos próprios interesses –, o que facilitou a destruição das instituições de proteção até então existentes e a aceleração da desagregação e da desigualdade social. Gradualmente, assim, instaura-se uma crise na autoridade do Estado, do qual se passa a exigir a tutela das liberdades e dos direitos, evoluindo-se para a noção de Estado de Direito.

O desenvolvimento do modelo do Estado Liberal, com a superação do Absolutismo, foi decorrência das revoluções burguesas do final do século XVIII. Foi gradual, portanto, o processo de limitação do poder do monarca, com o desenvolvimento do sistema de freios e contrapesos possível a partir da separação dos poderes, além do Estado de Direito, com reconhecimento de direitos e garantias aos cidadãos, oponíveis em face do Estado. Na França, a Revolução Francesa de 1789 resultou na primeira Constituição Francesa. O Constitucionalismo desponta como parte desse

---

<sup>1</sup> A cronologia foi indicada exclusivamente para o fim de contextualização temporal e melhor compreensão da evolução do Estado e seus modelos, ao longo da história. Evidentemente, contudo, tais processos e fenômenos não foram estanques e bem delimitados no tempo e no espaço, havendo períodos de transição e peculiaridades

fenômeno de limitação do poder do Governante e da incipiente administração pública, e da submissão do Estado à lei, sendo a Constituição o fundamento de legalidade de todas as demais normas do sistema jurídico (Kelsen, 2000)<sup>2</sup>. O Constitucionalismo ganha reforço e fôlego após as experiências catastróficas do século XX, notadamente o Nazismo. Rosenbloom (2005), mencionando lição de James Madison (1961), sintetiza a relevância da Constituição e do Constitucionalismo Democrático, que perpassa e se consolida no Estado Liberal e no Estado Providência:

*The Constitution, however, seeks to separate powers – legislative, executive, and judicial – for the sake of creating checks and balances that safeguard against authoritarian or tyrannical government. As James Madison explained in the Federalist Papers, the combination of legislative, executive, and judicial power in the same hands could be considered the essence of tyranny.*

Foi durante o Estado Liberal, cujo modelo precedeu o Estado Providência, que se organizou a burocracia estatal administrativa, a chamada Administração Pública tradicional. A noção de administração pública, constituída por um corpo administrativo profissional, distinto do Governo e do sistema político, com estrutura hierárquica, procedimentos administrativos e competências definidas, cuja função primordial é o cumprimento da lei, surge no século XIX, e foi a base para a estruturação do Estado Providência.

Conforme dito acima, com a crescente assunção de tarefas e obrigações em relação ao Estado e à sociedade, o governante passa a necessitar de uma equipe de funcionários, com especialidade em diversas áreas do conhecimento, para executá-las. Rosenbloom define a administração pública como “... *the action part of government, the means by which the purposes and goals of government are realized*” (Rosenbloom, 2005).

E ainda afirma:

*The process of public administration consists of the actions involved in effecting the intent or desire of a government. It is thus the continuously active, ‘business’, part of government, concerned with carrying out the law, as made by legislative bodies (or other authoritative*

---

no desenvolvimento de cada Estado, razão pela qual não houve a pretensão de apontar datas e períodos exatos, mesmo porque o escopo do presente trabalho não é este.

<sup>2</sup> Dada a finalidade desta exposição inicial, de contextualização do objeto da investigação, não se abriu tópico específico para o intitulado Estado Constitucional Liberal, optando-se por tratar da constitucionalização como processo e estágio de desenvolvimento do Estado-Providência.

*agents) and interpreted by the courts, through the processes of organization and management.*

A administração pública, nestes moldes, foi concebida e desenvolvida contemporaneamente ao Estado de Direito (em evolução), em que o poder do governante deriva e é conferido pela lei, que também o limita e condiciona, tema que será aprofundado no segundo capítulo. No contexto em que o Estado se confundia com a realeza, sendo sua extensão, cujos funcionários atendiam às suas ordens e administravam seus bens, a burocracia, como formação de um corpo técnico para gerir a máquina pública, surgiu, basicamente, para se contrapor aos excessos do patrimonialismo, em que se confundiam interesses públicos e privados (Marini, 1996). Em linhas gerais, à Administração Pública Burocrática ou Tradicional cabe formular e implementar políticas, de acordo com objetivos politicamente definidos em lei. É o próprio corpo administrativo que desenvolve as políticas públicas. Quanto à *accountability* – definida aqui como a avaliação da atuação governamental e administrativa e seus resultados, em moldes gerais, dá-se por meio da prestação de contas às lideranças políticas eleitas. O interesse público, por sua vez, é identificado com a própria administração pública, de acordo com a lei, a partir dos contornos dados pelo poder político. Sistema político e administração pública, portanto, são os árbitros dos interesses individuais, sociais, políticos e econômicos que concorrem entre si, institucionalizando-os. O monopólio do bem comum, portanto, concentra-se no poder político e na administração pública. Neste primeiro momento, vê-se que os processos de influência e negociação que alcançam o poder político decisório não são considerados, porque se pressupõe que a administração pública atua de forma imparcial, sendo relevante destacar, também, o contexto histórico de fraca mobilização social, fenômeno cuja reversão se intensificou com o desenvolvimento do Estado Providência.

Segundo distinção encontrada em Janet V. Denhardt e Robert B. Denhardt, a administração pública tradicional é orientada por critérios legais e políticos. As tendências de modernização da administração pública, bem exemplificadas na *New Public Management* (Nova Gestão Pública, na designação mais corrente na bibliografia brasileira) e na *New Public Service (Public Service Oriented)*, segundo Marini, 1996), orientam-se, a primeira por critérios econômicos e mercadológicos; a segunda, por critérios democráticos e sociais (Denhardt, 2003).

### **1.3 Estado Providência (*Welfare State* ou Estado do Bem Estar Social)**

O presente trabalho contém a opção pela designação Estado Providência, por entender-se que reflete melhor o modelo. Com efeito, é fato que o Estado Providência representou muito mais do que a intervenção do Estado no campo social. De modo mais abrangente, o Estado passou a ser efetivamente o provedor de bens e serviços à população e regulador das relações econômicas – Estado intervencionista, em sentido amplo, tanto em seu papel de regulação propriamente dita,

quanto de provisão de bens e serviços. A considerar-se, por outro lado, que toda atuação tem caráter social, porquanto voltada para a sociedade e para o cidadão, em última análise, realiza-se aqui a distinção entre a intervenção nas relações econômicas e sociais, conforme se vê ao longo da exposição. Daí não se utilizar a designação “Estado Social”.

### **Contexto político-econômico-social, processo de formação do Estado Providência, dimensões constitutivas, valores e características do modelo**

Este modelo desenvolveu-se a partir das respostas políticas às necessidades sociais decorrentes dos fenômenos econômicos, políticos e sociais da industrialização, da mobilização social e política crescente, da urbanização e dos processos políticos de constitucionalização e democratização, a partir da década final do século XIX e século XX, consolidando-se na segunda metade deste último. Tais fenômenos geraram o aumento da diferenciação social – o surgimento da classe operária, com a divisão social do trabalho e suas hierarquias funcionais e profissionais, exigindo do Estado o papel de realizar a integração e interdependência dos indivíduos, institucionalizando a denominada solidariedade contratual, por meio da norma. Segundo Durkheim, a diferenciação estrutural e funcional é o processo fundamental que caracteriza a modernização, conceito largamente difundido que acabou substituindo os tradicionais conceitos de desenvolvimento, industrialização e democratização (Flora e Alber, 1984). Além disso, a própria estruturação de uma burocracia estatal, com capacidade administrativa, distinta do sistema político, foi um fator determinante para a conformação do Estado Providência.

Coube ao Estado, a partir de então, o papel de implementar mecanismos de redistribuição social, numa sociedade em que, gradativamente, houve expansão da individualidade, em detrimento das relações de proteção comunitárias e associativas anteriores. Daí a necessidade de compensação social, como forma de atender às expectativas de igualdade e justiça social. E também, a função de concerto social, a partir do surgimento de diferentes sistemas sociais – instituições, classes, categorias sociais e econômicas, associações, corpos profissionais, organizações socioeconômicas e grupos sociais diferenciados. Com efeito, os desequilíbrios gerados pelo processo de mercantilização da sociedade passaram a ser compensados pelo Estado Providência, por meio de sistema de regulação das disfuncionalidades do mercado (Mozzicafreddo, 2000).

Num segundo momento, o Estado Providência passou também à regulação econômica, por meio de controle, estímulo e intervenção estatal nas atividades econômicas, além da proteção social, como forma de estimular o investimento e o consumo, após a depressão dos anos 30, por meio das conhecidas políticas keynesianas. Destaca-se, ainda, um terceiro período – que vai do pós-guerra até idos de 1975 – marcadamente pela evolução institucional dos direitos de cidadania e pelo forte intervencionismo econômico e político do Estado na sociedade. E finalmente, o momento atual, em que se buscam alternativas complementares, pluralistas e privadas para o sistema institucional

retributivo, além da mudança na forma de ação do Estado sobre a economia de mercado, com ênfase na atividade de regulação e de orientação macroeconômica.

A partir do momento em que o Estado transformou-se no grande Estado social e econômico do século XX, assumindo número crescente de serviços sociais e de papéis econômicos, além da provisão de serviços públicos e de infraestrutura, a questão da eficiência tornou-se ponto fundamental. A expansão do Estado respondia às pressões da sociedade e também ao interesse de crescimento da própria burocracia (Bresser-Pereira, 1996). Ainda no tocante ao processo de formação do modelo em análise, é elucidativo o trabalho de sistematização de suas dimensões constitutivas – funcional e estrutural, sendo esta última subdividida nas dimensões normativa, institucional e política (Mozzicafreddo, 2000). Tendo-se em mente que as alterações e novas demandas da realidade social e econômica exigiram respostas políticas adequadas que, por sua vez, provocaram mudanças no próprio Estado, compreende-se a utilidade da exposição deste quadro, que modelou a matriz institucional do Estado Providência.

No tocante às funções básicas que foram modelando o Estado Providência, pode-se subdividi-las em dois gêneros: a função de regulação das relações sociais; e outra, de regulação das relações econômicas. Em linhas bastante gerais, a regulação do mercado e da sociedade pelo Estado, por meio de mecanismos de estímulo ao consumo e ao crescimento da economia nacional ou setorial, de um lado, e a estrutura de fornecimento de serviços, cobertura de riscos e redistribuição social, para compensação das desigualdades sociais decorrentes do sistema econômico, de outro. As políticas públicas de serviços sociais dizem respeito ao sistema de segurança social universal – para cobertura de situações de risco, de doença, de invalidez, desemprego, além de aposentadorias e pensões; prestação de serviços sociais institucionais diretos relacionados à educação, saúde, ensino, formação profissional, dentre outros; benefícios monetários ou em espécie, por ocorrências de repercussão social – nascimento do filho, casamento, funeral etc; assistência social para atendimento aos cidadãos socialmente necessitados; além dos sistemas de benefícios sociais indiretos – deduções fiscais, linhas especiais de crédito, subsídios etc. Quanto à intervenção do Estado na economia, podem-se destacar as principais funções: políticas de regulação, desempenhadas pelo Estado por meio de controle, estímulo e intervenção nas atividades econômicas, que variam da proteção do mercado, por meio de regulação jurídica e ação fiscalizatória, à intervenção econômica direta e indireta, em substituição ao mercado; políticas destinadas à criação de condições para o crescimento econômico, tais como infra-estruturas e serviços de apoio à atividade econômica, à produção industrial e agrícola e exportação nacional, subsídios às empresas para reestruturação e diversificação industrial e agrícola e também a intervenção direta na capacitação profissional e em inovação tecnológica, por exemplo; além das políticas de dinamização da macroeconomia e aumento do consumo.

A democracia é também uma dimensão constitutiva do Estado Providência, porque permite que o sistema político incorpore as respostas e instrumentos de ação que os diferentes sistemas

sociais apresentam ao Estado. Como o modelo do Estado Providência assenta-se nos processos de concerto social, a interação entre os diversos segmentos sociais e econômicos, e destes com o poder político, só é possível por meio de um regime democrático. Sendo assim, a democracia está na base da consolidação deste modelo de Estado. Também a expansão dos direitos de cidadania, estritamente vinculada com o aspecto anterior, nomeadamente os direitos sociais e laborais, amplia e, portanto, modela o Estado Providência. No tocante aos processos de constitucionalização e democratização (principalmente pela ampliação do sufrágio), não há dúvida de seus reflexos e repercussão na dimensão funcional do Estado Providência, na medida em que setores economicamente prejudicados ou segmentos socialmente desfavorecidos, incluindo a classe de trabalhadores, podem se articular, compor alianças e fazer representar seus interesses específicos, eventualmente alcançando posições no sistema político. Isto quer dizer que o Estado Providência gerou a ampliação dos direitos de cidadania, ao mesmo tempo em que o reconhecimento e a institucionalização de tais direitos também exerceram papel decisivo na ampliação das funções desempenhadas por este modelo de Estado. Para se compreender melhor estas recíprocas implicações, importa identificar os elementos da cidadania: civil, social e político (Marshal, 1965). O elemento civil, ou a cidadania civil, diz respeito às liberdades individuais. A cidadania política diz respeito à participação no exercício do poder político, e mais especificamente deu-se pela ampliação do direito de voto e pela criação do parlamento. Finalmente, o elemento social refere-se ao direito a um nível mínimo de bem-estar econômico e segurança social.

Outro fator constitutivo do Estado Providência é a consolidação das normas, sem as quais a expansão dos direitos de cidadania seria contingente e precária (Barbalet, 1989). Isto quer dizer que os indivíduos e os sistemas sociais esperam do sistema político a positivação das respostas e ações, ou seja, a edição de leis que constituam novos direitos de cidadania. Finalmente, deve-se aludir ainda à institucionalização dos direitos associativos e do processo de participação e concerto social, que se caracteriza como a dimensão constitutiva institucional – o processo de legitimidade funcional.

### **O papel do sistema político no Estado Providência**

Como é necessário eger as políticas e interesses que serão contemplados e incorporados normativamente, que eventualmente são contraditórios entre si, acentuando-se a relação conflitual e/ou consensual entre os diversos agentes e sistemas sociais, o sistema político tem o poder central de decisão e de arbitragem. Destaca-se, portanto, a tendência de autonomia do poder político. A pluralidade de interesses, por vezes contraditórios, e as medidas que os contemplam ou descartam, conferem ao poder político a função de arbitragem e, portanto, levam à autonomização do sistema político em relação à sociedade e ao cidadão. A questão da pacificação de interesses (concerto social) é central no Estado Providência (Mozzicafreddo, 2000).

Conforme já se afirmou acima, esta relativa autonomização não livra o Estado do fenômeno de captura do interesse público por interesses particulares – o designado particularismo institucional.

### **Estado Providência: crise e reformulação**

O Estado Providência vem apresentando disfuncionalidades que não podem ser desprezadas no estudo sobre a modernização da administração pública e no debate sobre as funções do Estado. Antes de adentrar em tais considerações, porém, é importante registrar que a administração pública tradicional e o Estado Providência produziram bons frutos, o que é destacado por Peters (1996):

*The traditional system of administration persisted for decades and on the whole was extremely successful. It fought several world wars, produced and administered a massive expansion of social programs, instituted large-scale economic management for the public sector and initiated a host of remarkable policies. This system has now, however, gone from 'hubris for helplessness' (G. Dows and Larkey 1986). What happened to cause the large-scale rethinking of governance that occurred during the 1980s and 1990s?*

Quanto às disfuncionalidades do modelo, veja-se, por exemplo, a dualidade produzida pelas políticas públicas de integração social que, nada obstante os benefícios que alcançam significativa da população, registra a exclusão de um segmento substancial de determinada sociedade. O que se quer dizer é que o modelo de Estado Providência evidencia a característica comum e incontestável de impossibilidade de abrangência total no tocante à redistribuição social equitativa e às políticas de redução das incertezas sociais e econômicas. Por outro lado, chegou-se ao limite do comprometimento da competitividade da economia nacional com sobrecarga fiscal e aumento das despesas públicas.

A desigualdade na distribuição dos recursos coletivos também resulta da maior mobilização, capacidade de organização, influência política e proximidade institucional de determinados segmentos sociais e econômicos em detrimento de outros, em situações designadas como *particularismo institucional*, em que o interesse público é relativamente apropriado por interesses particulares. O Professor Mozzicafreddo relaciona tal questão com o debate sobre a descoincidência entre a “legitimidade processual” e a “legitimidade funcional”, sustentando que a legitimidade processual democrática pode ser descaracterizada no decurso dos mecanismos da legitimidade funcional, onde, por vezes, o particularismo institucional é a base do consenso entre os diversos atores (Mozzicafreddo, 2007).

O *déficit* fiscal, por sua vez, está a exigir maior aposta nos setores mais produtivos e inovadores, com maior lucratividade e competitividade, com condições de gerar crescimento da economia e do emprego sustentável, e maior arrecadação. As atuais funções do Estado Providência,

tais como os programas industriais, estímulos, incentivos e isenções às atividades empresariais, contudo, retardam a necessidade de reorientação do modelo de desenvolvimento.

## **2. Tendências de reformas administrativas**

As disfuncionalidades e deficiências do Estado Providência, conforme visto acima, fatores externos, ensejam processos de mudanças, transformações e aperfeiçoamentos nas funções do Estado e na Administração Pública. Os problemas do Estado Providência são, sem dúvida, causa relevante para a modernização administrativa. Enfatiza-se o peso dos constrangimentos financeiros nas despesas do Estado, resultante do aumento crescente das políticas públicas, o que é próprio do Estado Providência (Estado interventor em suas variadas formas, conforme vimos acima). Deste acréscimo de funções regulatórias e normativas das atividades e também diante do desenvolvimento acelerado e heterogêneo da sociedade, decorre o aumento da complexidade da máquina administrativa, gerando mais gastos públicos, aumento da burocracia e dos procedimentos administrativos (Mozzicafreddo, 2001).

Também o fenômeno econômico da globalização exige a reformulação do Estado, em virtude da pressão pelo aumento da competitividade dos mercados e empresas, o que se reflete na maior exigência do cidadão e setores econômicos por eficiência da Administração Pública, grosso modo. Também resultou da globalização econômica a competição entre os diversos sistemas de administração e regulação nacionais, expondo-os ao julgamento do mercado. Passou-se a exigir do Estado a modernização tecnológica, para aumentar a sua própria eficiência, de modo a proteger o sistema nacional e a economia interna, em relação às dinâmicas globais, conforme se vê em relatório da União Européia (*World Public Sector Report 2003: E-Government at the Crossroads*). A expansão dos mercados para além do território nacional foi apenas o começo do processo de internacionalização e transnacionalização que acabou alcançando estruturas governamentais e afetando dimensões do Estado Moderno, em maior ou menor grau, conforme bem descrevem Zürn e Leibfried (2005), criando instâncias multi governamentais de decisão. No curso do século XX, a maioria das organizações internacionais passou a contar com a participação dos Estados, tornando-se corpos de decisão intergovernamental. Como decorrência, cresce o número de autoridades nacionais atuando em nível internacional, correspondendo-se e criando parcerias com autoridades e órgãos correspondentes em outros países, exigindo-se do poder central do Estado que teste novos mecanismos de coordenação interna, de modo a prevenir o policentrismo e o enfraquecimento do Governo. Por sua vez, os órgãos nacionais, que atuam em nível global, precisam tornar-se mais eficientes, exigência esta dos parceiros internacionais. Além disso, as autoridades que estiverem melhores preparadas para representar seus respectivos Estados em nível global – em termos de *expertise*, credibilidade e capacidade de execução – terão maior capacidade de influenciar as mudanças nos processos de decisão supra-nacionais e internacionais, o que é esperado pelos cidadãos

e setores econômicos de cada Nação. Também a necessidade de padronização de procedimentos comerciais, em nível global, exige a adequação de procedimentos na Administração Pública (Cassese e Savino, 2004). Este processo é bastante complexo e os fatores e fenômenos imbricam-se e vinculam-se, em múltiplas e recíprocas implicações causais.

Os processos de reforma administrativa na Europa receberam maior impulso no quarto final do século XX, tornando-se política pública estável e autônoma em relação a outras, não sendo mera coincidência que isto tenha ocorrido simultaneamente à eliminação integral dos direitos aduaneiros entre os membros da Comunidade Econômica Européia, em julho de 1968, e com o ingresso do Reino Unido, da Irlanda e da Dinamarca, em 1973; e também paralelamente à criação da OCDE, em 1961, com a participação dos Estados Unidos e do Canadá, e adesão do Japão, em 1964. Majone (1999) identifica as mudanças que a integração europeia, mais especificamente, provoca no âmbito nacional:

Fica ainda mais claro, hoje em dia, que a globalização e, de forma mais imediata, a integração econômica e monetária dentro da União Europeia estão promovendo a erosão da própria base do Estado positivo: seu poder de tributar (ou de tomar emprestado) e de gastar. Assim, o artigo 104c do Tratado de Maastricht conclama os Estados-membros a evitarem déficits governamentais excessivos e exige que a comissão ‘monitore o desenvolvimento da situação orçamentária e do estoque da dívida governamental dos Estados-membros, com vistas a identificar erros grosseiros’.

As inovações tecnológicas no campo da comunicação, nomeadamente a criação e a expansão da rede mundial de computadores – a *internet* – permite o acesso amplo a informações, fazendo ampliarem-se as expectativas e exigências dos cidadãos em relação à Administração Pública, principalmente no tocante à transparência, à igualdade, à participação. Também a ampliação e consolidação dos direitos de cidadania, como decorrência do próprio modelo do Estado Providência, forçam o Estado a repensar seus processos de decisão e de formulação de políticas públicas.

Por outro lado, o desenvolvimento tecnológico tende a criar novas desigualdades sociais, em virtude da dificuldade de adaptação profissional ao mercado. Assinala Esping-Andersen (2002) que será inevitável a existência de uma economia de serviços pouco qualificados e de segmentos laborais com rendimentos moderados, como forma de evitar o desemprego. Tais empregos, menos qualificados, por sua vez, tendem a gerar mais exclusão social, que precisa ser compensada. O contexto de inovação tecnológica acelerada, portanto, implica repensar-se a noção de igualdade na oferta de serviços públicos, principalmente diante da situação do *déficit* fiscal.

É importante referir, ainda, a crescente expectativa dos cidadãos por qualidade nos serviços, ou seja, a preocupação da Administração Pública com a satisfação dos beneficiários e usuários. E

finalmente, o esgotamento da capacidade de geração de desenvolvimento econômico pelo Estado Providência, nos moldes em que formulado atualmente.

Em maior ou menor grau, verificam-se iniciativas de reforma administrativa em todos os países capitalistas ocidentais, particularmente entre os membros da OCDE e da União Européia. As especificidades e variações são decorrentes das particularidades de cada país – sistema político, contexto sócio econômico, tradições sociais, cultura burocrática e organizacional, grau de autonomia da Administração Pública em relação ao Governo, opções ideológicas, oportunidades e ritmos políticos, sendo possível, contudo, sistematizar as principais linhas de reforma administrativa.

Nesse ponto da exposição, é possível compreender que o Estado Providência desenvolveu-se como modelo organizacional altamente burocrático. Algo natural, no contexto sócio político do momento. Com efeito, o Estado Providência necessitava de uma estrutura organizacional, de um aparato, que pudesse dar conta do crescente número de atividades que foram sendo assimiladas pelo Estado. Conforme dito acima, a burocracia tornou possível o aumento do intervencionismo estatal próprio do modelo e favorecia-se desse crescimento. A crença na impessoalidade e na imparcialidade da Administração Pública como definidora do interesse público e responsável por sua consecução era ampla. Falava-se, até então, nas falhas de mercado, que cabia ao Estado corrigir, por meio da regulação econômica e da intervenção direta. Até os anos 70, a propriedade estatal era a forma mais corrente de regulação econômica. Eis que, a partir dos anos 70, surge a noção de falha governamental (Majone, 1999). O modelo do Estado Providência e sua capacidade de atender às demandas sociais e econômicas começam a ser questionados. Teóricos da escolha pública passaram a identificar inúmeras falhas do setor público. Esse quadro sintético é importante para se compreender o contexto do desenvolvimento das teorias reformistas e a razão principal pela qual, em maior ou menor grau, todas as correntes passaram a propor o emprego de técnicas e instrumentos de gestão privada (administração de empresas), focada na eficiência, na gestão pública.

As classificações que serão expostas têm singela função didática das teorias, sem a pretensão de estabelecer uma linha cronológico-evolutiva entre as diversas tendências e movimentos, nem tampouco de enquadrar as iniciativas reformistas, especificamente desenvolvidas em cada país, em tais categorias. Pollitt e Bouckaert retratam a dificuldade de sistematização das correntes reformistas e das comparações entre modelos, afirmando que a *New Public Management* afetou muitos países, em graus diversos, e que mesmo aqueles fortemente influenciados pela NPM tendem a adaptar os seus princípios e propostas, de forma quase individual, para produzir receitas nacionais diversas. Fazendo uma analogia interessante, falam do perigo de se comparar maçãs com pêras (Pollit e Bouckaert, 2002). Também Peters destaca o risco da pretensão de aplicação de modelos de reforma (*one size fits all*), independentemente do contexto e das especificidades organizacionais e políticas de cada nação, crítica que faz aos *reinventors* (Peters, 1996:18). A tarefa, contudo, tem sua importância científica. Daí a exposição breve sobre algumas classificações presentes na doutrina.

Quanto às orientações gerais para reformulação das funções do Estado e do padrão modelar do interesse público, podem ser sistematizadas em quatro hipóteses (Mozzicafreddo, 2007):

- Reorientação das funções públicas e privadas no desenvolvimento tecnológico e na pesquisa e investigação, nos incentivos ao desenvolvimento de mercados competitivos, na proteção ao meio ambiente e ao patrimônio cultural e nas novas situações sociais de risco;
- Equidade e coesão social como critérios para as políticas públicas, particularmente nos direitos e benefícios sociais dos indivíduos, que devem orientar a gestão dos recursos coletivos, com a reformulação da articulação entre o interesse público e os interesses privados, para solucionar o problema da captação do Estado;
- Equilíbrio entre diferenciação econômica e laboral e proteção social;
- Equilíbrio entre as competências decisórias na definição do interesse público e das funções do Estado e as capacidades efetivas de produção e execução das mesmas.

Pollit e Bouckaert identificam quatro grupos de tendências ou estratégias básicas de reforma da administração pública (2004:188):

- *Maintain*: conservadores, que realizam reformas de nível micro, pouco sensíveis, que alteram um pouco o funcionamento da Administração Pública, tais como a simplificação de processos administrativos, corte orçamentário e desregulamentação. Não se trata de efetiva reestruturação;
- *Modernize (Neo Weberian States - NWS)*, que reconhecem a necessidade de mudanças fundamentais, mas mantêm o papel central do Estado na regulação da sociedade e das atividades econômicas. Por isso, entendem que o Estado deve ser fortalecido, ao invés de diluído. Daí a aproximação que fazem Pollit e Bouckaert (2004:187) entre essa tendência e o NWS. Dentro deste grupo, há a tendência de ênfase na profissionalização e na administração voltada para a *performance*, ou seja, para a modernização gestonária, com redução da regulação burocrática e da hierarquia tradicional. A segunda sub variação investe na participação do cidadão e do utente nos processos decisórios, ou seja, dá ênfase à modernização participativa (tendência de administração mais democrática);
- *Marketize*, que também propõe a realização de reformas fundamentais, partindo do pressuposto de que os setores das organizações governamentais devem competir entre si, de modo a aumentar a eficiência. Trata-se da penetração da cultura e dos valores e práticas do mercado (de gestão empresarial privada) no sistema administrativo público. Esta é a tendência que influencia predominantemente a NPM (concorrência, remuneração vinculada à *performance*, entre outros); e

- *Minimize*: defensores do estado mínimo, reduzindo o papel do Estado à vigilância (propõe o retorno ao Estado Liberal) e entregando ao mercado o máximo possível de atividades administrativas, por meio da privatização e da terceirização.

É importante o registro que fazem Pollitt e Bouckaert de que os diferentes regimes políticos em determinados contextos históricos valem-se de tais estratégias, sem ordem cronológica ou evolutiva entre elas. Não raro, as quatro tendências são combinadas simultaneamente (Pollitt e Bouckaert, 2004). Por outro lado, afirmam que há regimes mais abertos à *performance-driven* e às idéias de mercado da NPM que outros, particularmente os países anglo-saxões, Austrália, Canadá, Nova Zelândia, Reino Unido e Estados Unidos. Outros países, ademais, especialmente a Europa Continental, Bélgica, França, Finlândia, Alemanha e Itália, são estrutural e culturalmente menos receptivas a tais idéias, tendendo às tendências de modernização e manutenção e menos à “marketização” (Pollitt e Bouckaert, 2004).

Classificação bastante difundida é a de Guy B. Peters, com as seguintes as tipologias de reformas administrativas ou modelos (Peters, 1996):

- *Market Government*: reformas baseadas na lógica de mercado (*market-based reforms*), com ênfase no estímulo à concorrência no serviço público, diagnosticando-se o monopólio estatal como o problema, sendo a *New Public Management* a escola mais difundida;
- *Deregulated Government*: reformas para desburocratização e desregulamentação (*deregulatory reforms*), em que se busca a simplificação do sistema administrativo, por meio da redução das normas, partindo-se da premissa de que haverá ganho de eficiência se parte das leis sobre orçamento, pessoal e compras (descentralização) for eliminada. Tais iniciativas são mais difundidas nos Estados Unidos, mas estão presentes, em menor grau, também em países da Europa;
- *Flexible Government*, com foco na flexibilização das contratações do corpo administrativo, entendendo-se que permanência e estabilidade são o problema. Trata-se de permitir que o administrador público tenha maior discricionariedade (liberdade) na contratação, no desligamento, na remuneração, na duração dos contratos de trabalho e critérios de promoção;
- *Participative Government*: reformas de caráter participacionista (*participatory reforms*), em que se entende que a *performance* da administração pública pode ser melhorada por meio do envolvimento e participação dos servidores públicos e empregados e dos próprios cidadãos, usuários dos serviços, nas decisões.

Table 1.1 Major Features of the Four Models

	Market Government	Participative Government	Flexible Government	Deregulated Government
Principal diagnosis	Monopoly	Hierarchy	Permanence	Internal regulation
Structure	Decentralization	Flatter organizations	“Virtual organizations”	No particular recommendation
Management	Pay for performance; other private-sector techniques	TQM; teams	Managing temporary personnel	Greater managerial freedom
Policymaking	Internal markets; market incentives	Consultation; negotiation	Experimentation	Entrepreneurial government
Public interest	Low cost	Involvement; consultation	Low cost; coordination	Creativity; activism

Quadro 1.1

Fonte: Peters, 1996:18

## 2.1 *New Public Management* (Nova Gestão Pública)

Modelo que se notabilizou, no campo acadêmico e prático, é a *New Public Management*. Um esclarecimento inicial é necessário. O termo NPM pode ser encontrado pelo menos duas acepções. A mais difundida é a utilização do termo, surgido nos anos 90, para designar as reformas do setor público que então se desenvolviam nos países Anglo-saxões. A ideia foi identificar as características específicas dessa nova corrente que surgia, de modo a separá-la das reformas administrativas em geral, que vinham se desenvolvendo nos últimos vinte anos (Lane, 2005).

O outro sentido, portanto, mais amplo, serve para designar todos os movimentos de reforma e reformulação do Estado Providência nos países da OCDE, desde o final da década de 70. É a acepção menos usual, mas reforça a origem e o desenvolvimento das teorias que propõem a aplicação do instrumental e de valores gerenciais privados, a partir do esgotamento do modelo do Estado Providência e da designada Administração Pública tradicional. Nessa acepção, que contempla o movimento mais amplo de reformas a partir da década de 70, é de registrar o contexto de questionamento da racionalidade da administração pública em que surgiu. James March e Johan Olsen (1976), no campo da Ciência Política, além de Karl Weick (1969), no estudo de teoria organizacional, influenciaram decisivamente os estudos e propostas que resultaram na NPM (Frederickson, 1996). A racionalidade diz respeito à separação entre a formulação da política pública, a tomada das decisões políticas sobre o que fazer, a definição de missões e também dos resultados pretendidos, de um lado, e a mera execução dos serviços públicos, de outro. A teoria da escolha racional é uma das mais difundidas e é base da NPM. Segundo a *Public Choice Theory*, deve-se elaborar uma agenda política que liberte o cidadão da tirania da burocracia e que responsabilize mais políticos e servidores públicos perante o público que devem atender (Barberis, 1998).

No presente trabalho de investigação, o termo NPM será sempre utilizado em sentido estrito, salvo referência expressa em contrário<sup>3</sup>. A *New Public Management* é o movimento, a inovadora filosofia de governação do setor público com diretrizes muito precisas sobre como dirigir o governo e a administração pública, assentando-se em ideias econômicas, teorizando sobre o papel das normas e incentivos nas organizações públicas e inspirando-se em mecanismos de mercado (Lane, 2005). A partir da publicação da primeira obra do que seria a trilogia<sup>4</sup> de David Osborne (Osborne e Gaebler, 1992), a expressão *Reinventing Government*, que se difundiu e notabilizou, passou a designar a NPM, em que pesem as críticas sobre o extrapolamento da *Reinventing* em relação à NPM, o que será explicitado a seguir. A obra tornou-se a bíblia da NPM (Marini, 1996) e colocou a experiência recente norte americana na bibliografia técnica internacional. Em *Reinventing Government* (Osborne e Gaebler, 1992), os autores exploram a ideia do governo empreendedor, inspirados na formulação original do economista francês Jean Baptiste Say, segundo Caio Marini (1996): “empreendedor é aquele que transfere recursos de setores menos produtivos para setores mais produtivos”. Marini também menciona dez princípios para a viabilização desse novo paradigma para a administração pública, destacando os mais significativos para o modelo: Governo catalisador, que passa de provedor direto a promotor; Governo competitivo, que estimula a concorrência; Governo da comunidade, que transfere responsabilidades da burocracia para a sociedade; Governo orientado por missões e resultados; e Governo voltado para clientes, com destaque para o papel de servir com qualidade (Marini, 1996).

Como de regra em todas as iniciativas e teorias de reformas, esta tendência surgiu como solução para a crise fiscal decorrente da ampliação dos serviços e dos direitos de cidadania resultantes do modelo do Estado Providência, tendo por diretriz básica a concepção do “*work better and cost less*”. É a ideia da administração pública atuando sob o princípio prevalente da eficiência, propondo-se a adoção de técnicas e, o que é mais relevante, a imposição de valores importados da gestão empresarial. Em outro dizer, a busca por soluções baseadas em análises econômicas. Osborne e Gaebler, por exemplo, sugerem que, onde for possível, o governo deve implantar o modelo de mercado, para gerar competição entre setores públicos e privados, entre empresas prestadoras e mesmo entre órgãos e agências públicas, fazendo referência ao que chamam de *entrepreneurial government*, que é definido como “*us(ing) resources in new ways to maximize productivity and*

---

3 Em abordagem diversa, afirma-se que a NPM nasceu gerencialista nos anos 80, fortemente inspirada pelas reformas minimalistas e propondo a aplicação de tecnologia de gestão empresarial ao Estado, a partir de experiências paradigmáticas (ética de valorização do custo dos recursos – *value for Money*), e evoluiu para o consumerismo, voltado para a racionalização tendo como ponto central a questão da satisfação das necessidades dos cidadãos-consumidores de serviços públicos (Marini, 2004; Abrucio, 1996; Martins, 2001).

<sup>4</sup> *Reinventing Government* (1992), *Banishing Bureaucracy* (1997) e *The Price of Government* (2004), de autoria de Osborne, sendo o primeiro em co-autoria com Gaebler e os demais com outros.

*effectiveness*”. Também a competição entre os indivíduos é incentivada (*pay-for-performance*). Esclarecem, ainda, quanto ao *entrepreneurial government*, que “*it entails creativity and innovation, a strong focus on ends (outcomes, mission) rather than means, and a proactive stance toward problems – prevent (them) before they emerge, rather than simply offering services afterward*” (Osborne e Gaebler, 1992). O mais importante, contudo, é a afirmação de que os próprios agentes governamentais atuam com base em seus interesses individuais, agindo e decidindo como se estivessem resolvendo seus problemas particulares (deLeon e Denhardt, 2000).

Também a prestação de contas e a avaliação dos resultados (*accountability*) passam a realizar-se por critérios mercadológicos e econômicos, sustentando-se que a auto-satisfação de interesses individuais geraria conseqüências que atenderiam aos “clientes”, ou seja, aos usuários de serviços públicos. Pode-se dizer, portanto, que, segundo tal corrente, o interesse geral resultaria do somatório da satisfação dos interesses particulares e egoísticos dos grupos e dos indivíduos. Daí a ampla liberdade a ser conferida pelo governo e pela administração pública para a persecução e a auto-realização de tais interesses, com tendência acentuada à desregulamentação e à não intervenção estatal. Segundo sustenta, cabe ao governo e à administração pública atuarem como catalisadores das forças do mercado para a consecução de políticas públicas e seus objetivos por intermédio de empresas, grupos privados e organizações não-estatais sem fins lucrativos (Osborne e Gaebler, 1992). Christopher Hood destaca outro diferencial da *New Public Management*, em relação à administração burocrática tradicional, segundo o qual:

*... the New Public Management moves away from traditional modes of legitimizing the public bureaucracy, such as processual safeguards on administrative discretion, in favor of ‘trust in the market and private business methods ... The ideas ... (are) couched in the language of the economic rationalism (Denhardt, 2003).*

São princípios da *New Public Management*:

- Terceirização e privatização de serviços;
- Avaliação de *performance*;
- Serviço ao cliente e outras tecnologias;
- Contratação baseada em resultado;
- Competição entre órgãos do governo, empresas e organização não governamentais;
- Separação entre alocação e regulação (Lane, 2005:8);
- Incentivos de mercado;
- Desregulação;
- Bônus por produtividade;

- Planejamento estratégico;
- Flexibilidade contratual;
- Eficiência e redução de custos;
- Desburocratização e reengenharia governamental (Lane, 2005);
- *Governance* (Lane, 2005).

Pollitt e Bockaert (2004:98) sintetizam o modelo e os países no qual as diretrizes da NPM foram aplicadas com muita ênfase:

*Thus, there is, in our view, a pattern. We might say that there are two obvious groupings, and then a few 'hybrid' or 'hard-to-classify' cases. The first and best-known grouping is that of the NPM marketizers – Australia, New Zealand, the UK, and, in words not always in deeds, the USA. We will call this the core NPM group – they all see a large role for private sector forms and techniques in the process of restructuring the public sector.*

O ritmo acelerado de mudanças, com implantação de valores e técnicas de gestão empresarial, que é a tônica da *New Public Management*, vem sendo objeto de reflexões pelos estudiosos, atribuindo-se os efeitos negativos de sua aplicação à contínua reorganização da administração pública e do governo, conduzindo à instabilidade institucional, à proliferação de agências e ao aumento do quantitativo de dirigentes, com elevação significativa de custos. Paralelamente, aponta-se também o elevado custo humano, traduzido na baixa moral da função pública, insegurança no emprego, doenças causadas por stress, desnivelamento crescente da remuneração pública em relação à privada, elevado nível de desligamento e baixo interesse dos estudantes por cargos públicos. Segundo Eugenie Saumier, “o NPM conduziu muitas vezes o seu empreendedorismo em detrimento do serviço público ou actuou de forma tão independente que comprometeu a unidade do serviço público” (Samier, 2005). Bouckaert e Pollit mencionam, ainda, o risco de destruição da memória institucional e de afetar a confiança do público (Bouckaert e Pollit, 2004). Também o Professor Juan Mozzicafreddo afirma que uma reforma parcelar e gradual é mais adequada e possível (Mozzicafreddo, 2001). Daí a razão pela qual grande parte dos teorizadores é mais prudente, preferindo as reformas incrementais e circunstanciadas às reformas mais radicais e amplas. Pode-se dizer, a propósito, que há certo consenso nesta posição entre os ditos teorizados neo weberianos, sobre os quais falaremos a seguir (Corte-Real, s.a).

Em que pese a *Reinventing Government* ser considerada expressão sinônima da NPM, de modo geral, notadamente nos países Anglo-saxões, e mais que isso, a identificação do modelo como sendo a própria NPM da administração pública americana, há opiniões balizadas que se propõem a evidenciar que a escola de Osborne extrapola o modelo da NPM, estando em conflito com as teorias

estabelecidas sobre as organizações públicas e sobre o governo. Em última análise, sustenta que as idéias chave de Osborne contrariam a sabedoria da administração pública. Nos Estados Unidos, Osborne criou um grupo de “reinventors”. Segundo Lane, a mensagem de Osborne em seus três livros é normativa, propondo o modelo ideal das agências que se auto inventam, que se modelam em direção à economia e à eficiência. A *Reinventing Government* começa pelo tipo de reforma que constitui a NPM, tais como a descentralização, a revisão de metas e objetivos; redução da máquina administrativa e privatização; redução de custos e aumento da eficiência; orientação para o consumidor; avaliação de resultados; e reforma da regulação. Mas acaba por propor, não apenas a correção do governo e do sistema administrativo, mas a substituição do governo por inteiro:

*Government has, like all organisations or activities, two sides: value and costs. We value government because it brings us services we need, especially so in a democracy. However, we do not want to pay for the extra cost that government tends to generate, its X-inefficiency or waste. In a basic principal-agent approach to government with the populations as the principal, the goal of the principal must be stated thus: maximize the value of government and minimize the slack of government. A number of mechanisms may be designed to accomplish this objective function, from fiscal constitutions to restrain revenue maximization politicians (public choice theory) to tendering/bidding schemes in policy implementation (NPM). However, the purpose is to reduce slack and not undo government itself. (Lane, 2005:20)*

Nesse sentido, a diferenciação proposta por Frederickson (1996) entre NPM e *Reinventing Government* tem a utilidade de apontar os aspectos destoantes. Frederickson (1996) propõe a comparação a partir de seis dimensões: conceito de mudança; conceitos de relevância, responsabilidade e fortalecimento; teorias da racionalidade; desenho e estrutura organizacional; teorias de administração e liderança; e epistemologia, metodologia e conjunto de valores. Sustentando que são modelos distintos – NPM e *Reinventing Government*, alude ao contexto histórico e político em que surgiram (Frederickson, 1996:264):

*Even though new public administration emerged in a pre-Watergate, pre-Proposition 13 time when positive government was still acceptable, the seeds of the modern antigovernment era were sown in that political turbulence. It was the beginning of an extensive cynicism and skepticism toward government. In this context, the reinventing government movement emerged. The antibureaucratic thesis of reinventing government certainly fits the mood of contemporary times.*

Para Frederickson (1996), opinião coincidente com a de Lane (2005), a diferença mais fundamental parece estar na premissa da *Reinventing Government* de que a burocracia é ruim, é um mal em si, razão pela qual se propõe substituí-la por paradigmas empresariais, em que o cidadão passa a ser visto e tratado como um “cliente”. Na *Reinventing*, tem-se presente a noção de que suas reformas e soluções não têm caráter burocrático ou organizacional. Na NPM, o foco está no processo, na flexibilização e no estabelecimento de rotinas para a mudança, entendendo-se que o problema está na tendência à estagnação das organizações. Em outro dizer, segundo a NPM, o conceito de mudança aplica-se e permeia os demais conceitos da administração pública. A *Reinventing* propõe o fortalecimento do indivíduo, do “cliente”. A adoção da designação “cliente”, pela escola de Osborne, evidencia a lógica utilitária, o modelo da escolha pública e a aplicação de conceitos e ferramentas do mercado à administração pública. A satisfação dos interesses individuais afigura-se mais importante e prioritária, de acordo com essa segunda escola, do que a construção democrática de consensos. Sendo assim, tanto NPM quanto *Reinventing Government* propõem a maior participação do indivíduo, mas o foco da segunda estaria na satisfação individual de seus interesses. No tocante à estrutura e desenho organizacional, os modelos apresentam muitas afinidades, mas a NPM é mais institucional, mais voltada para a provisão de serviços, enquanto que a *Reinventing* prioriza a desinstitucionalização e a competição entre os fornecedores. Quanto às teorias de gestão e liderança, conforme evidencia o quadro a seguir, o foco da NPM é na gestão do relacionamento externo – com o cidadão, com os grupos de interesse, com agências, com outros órgãos, com os governantes e parlamentares eleitos. A gestão proposta pela *Reinventing* é voltada para a execução e condução das atividades, buscando-se eficiência, produtividade, inovação, melhores resultados etc. A dimensão final reveste-se de importância para a NPM, e nem tanto para a *Reinventing Government*.

Independentemente de se concordar ou não com a afirmação de que NPM e *Reinventing Government* chegam a ser modelos distintos, o estudo comparativo possibilita melhor conhecimento de cada uma das teorias. O quadro a seguir sintetiza a opinião de Frederickson (1996).

*Similarities in the Changes Sought by the New Public Administration and Reinventing Government*

***New Public Administration***

*1. Too much trust in expertise and organizational capability and too little questioning of bureaucratic ways*

*2. Flexibility and the routinization of change; adapting to turbulence*

*3. Not enough concern for citizens' demands and needs*

***Reinventing Government***

*1. The bankruptcy of bureaucracy*

*2. Innovation and entrepreneurial activity*

*3. Customer empowerment*

*4. An over-optimistic view of  
what government can or should  
accomplish*

*4. From bureaucratic service to  
individual empowerment.*

Quadro 1.2. Fonte: Frederickson, 1996:264.

## **2.2 Neo Weberian States**

Mesmo que não haja semelhança e uniformidade nas diversas iniciativas de reforma administrativa, adota-se esta designação, neste momento, não com a pretensão de efetivamente realizar o enquadramento dos diversos Estados nesta classificação (tarefa que seria bastante imprecisa e subjetiva). Nessa linha, compartilhando-se da opção metodológica realizada por Pollitt e Bouckaert (2004:3), pretende-se evidenciar a existência de modelos diversos, com alternativas e conceitos positivos de modernização, paralelos à NPM. Não se trata, portanto, de contrapor os regimes à NPM, em maior ou menor grau, mas de descrever modelos alternativos de reforma do Estado. Como dito acima, podem ser enquadrados nesta classificação os países da Europa continental. A diferença fundamental em relação à NPM, em sua vertente mais gestonária, é a ênfase no papel central do Estado como força integradora insubstituível, com valores acentuadamente diversos e não redutíveis aos que regem a gestão empresarial, tais como a competição, a eficiência e a satisfação do cliente. As reformas administrativas, ao contrário de implicarem a redução do Estado, resultam no seu fortalecimento e crescimento, na medida em que se pense o Estado:

... como uma estrutura de distribuição ou de dispersão de poder, como actor político de acção racional, apoiado na definição do interesse público, com competência própria nas escolhas públicas e na selectividade das decisões” ... *(o que é)* “... diferente de pensá-lo como uma arena onde os interesses particulares dos grupos de pressão e influência interactuam” (Mozzicafreddo, 2007).

Isabel Corte-Real (s.a) afirma, a propósito, que, nos termos do Tratado da União Europeia, a União funda-se nos princípios da liberdade, democracia, respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais, princípios que são comuns aos Estados Membros, o que implica descartar que sejam regidos por princípios gerenciais privados (princípios do mercado), relacionados à sobrevivência económica e maximização do lucro. Podem-se identificar os elementos comuns a esta tendência (Corte-Real, s.a):

- Cultura de qualidade do serviço público, voltada para a satisfação do utente;
- Processos de consulta e de representação direta para complementação da democracia representativa e reforço da legitimidade;

- Tendência de avaliação de resultados, com substituição do controle prévio pelo controle *a posteriori*;
- Profissionalização do servidor público, com foco no cidadão, nos resultados e em gestão, para além do conhecimento das leis.

Segundo Pollit e Bouckaert (2004:98):

*The second grouping is the Continental European modernizers – Belgium, Finland, France, the Netherlands, Italy, and Sweden (and Germany, if one goes below the federal level). They continue to place greater emphasis on the state as the irreplaceable integrative force in society, with a legal personality and operative value system that cannot be reduced to private sector discourse of efficiency, competitiveness, and consumer satisfactions. They thus continue, in modern form, their nineteenth-and twentieth-century traditions of strong statehood and a high status for the top civil servants.*

A *New Public Service*, escola que vem ganhando força e que enfatiza os critérios democráticos de participação e os critérios sociais, enquadra-se neste grupo.

Em última análise, a tendência dos países continentais europeus, sob a batuta da União Europeia, parece ser a manutenção da centralidade do ser humano e a preponderância dos direitos fundamentais, como diretrizes e valores para a reformulação das funções do Estado Providência, conforme se pode ver em registro do Conselho da UE:

*... the European social model, with its developed systems of social protection, must underpin the transformation to the knowledge economy. People are Europe's main asset and should be the focal point of the Union's policies. Investing in people and developing an active and dynamic welfare state will be crucial both to Europe's place in the knowledge economy and for ensuring that the emergence of this new economy does not compound the existing social problems of unemployment, social exclusion and poverty. (The Council of the European Union, 2000).*

### ***New Public Service***

Em linhas gerais, a tônica da *New Public Service* é a participação do cidadão e da sociedade no processo de políticas públicas, em todas as suas etapas (formulação, implementação e avaliação) – individualmente, os segmentos e grupos sociais e econômicos, empresariado, associações e sindicatos profissionais, organizações sem fins lucrativos, enfim, todos os atores e seus mais diversos, díspares e contraditórios interesses, que compõem a complexa teia societária – modificando substancialmente

o papel do Estado (governo e administração pública). A mudança de papéis do governo e da administração pública também leva à modificação dos mecanismos de atuação governamental, com destaque para a crescente descentralização, envolvimento e interação, em lugar do controle e da rigidez da estrutura hierárquica.

Propõe a reformulação das funções do Estado e da administração pública sob critérios democráticos e sociais. Sendo assim, o interesse público é resultado do diálogo mútuo e da interseção de interesses, valorizando-se sobremaneira o processo de negociação, que acolhe as contradições e conflitos de interesses, visando à definição consensual de políticas públicas. Também a avaliação de resultados, ou seja, a verificação da *performance* da administração, enfatiza a necessidade de que a atuação do agente público seja conforme à lei e às normas políticas, atenda a padrões profissionais de eficácia e eficiência e, finalmente, satisfaça o interesse dos cidadãos.

A *New Public Service* assimila este contexto de negociação de políticas públicas específicas nos mais diversos setores econômicos, políticos e sociais, com a atuação direta dos agentes e grupos interessados no desenvolvimento e na implementação de determinada política pública. Também os agentes e setores governamentais passam a participar, como partes, destes processos de negociação na definição de políticas públicas. Diante desta nova configuração, governo e administração pública assumem novo papel, mantendo importância fundamental na regulação social e econômica. Caberá sempre ao Estado: a) estabelecer o quadro normativo e político (definir as regras) e princípios de governança, isto é, o regramento que disciplinará a participação, a interação, a interdependência e os processos de negociação internos e principalmente entre os diversos *policy networks*; b) ratificar, codificar e legitimar as decisões resultantes dos processos de negociação ocorridos nos diversos setores econômicos, políticos e sociais (ou seja, institucionalizar as políticas públicas que daí resultam, considerando que o governante eleito tem a legitimidade para tal); c) manter o equilíbrio de forças e recursos entre os diversos setores, protegendo interesses econômicos e sociais que forem descartados e balanceando a negociação; e d) monitorar estas relações de interdependência e interrelacionamento entre os diversos setores, assegurando a manutenção da democracia, da justiça social e do interesse público (Denhardt, 2003).

O Estado segue tendo papel fundamental e indispensável na regulação social e econômica, sustentando-se que a lógica da democracia e do governo não coincide com a lógica empresarial. Com efeito, assenta-se a primeira sobretudo na prática e nos valores da liberdade, da democracia, da justiça social e na preservação do Estado de Direito, enquanto que a lógica gestonária tem fundamento na eficácia e na eficiência. A administração pública deve ser eficiente, eficaz e controlável, mas tais valores devem ser contrabalançados com outros, de igual força e hierarquia, tais como a democracia, a responsabilidade individual da função e a equidade da aplicação das políticas e dos procedimentos (Mozzicafreddo, 2007). Em linhas gerais, estes são os princípios da *New Public Service* (Denhardt e Denhardt, 2003):

1. O papel principal do governo e da administração pública é a articulação dos cidadãos, para a definição dos interesses particulares que devem ser priorizados nas políticas públicas, mais do que controlar e conduzir o Estado ou apontar novas direções;
2. Governo e administração pública devem atuar para criar a noção coletiva de co-responsabilidade pela definição do interesse público, pela criação de interesses compartilhados e responsabilidades comuns;
3. Os programas e políticas públicas podem ser executados com maior responsabilidade, efetividade e eficácia se houver participação e colaboração coletiva neste processo;
4. O interesse público é resultado do diálogo e do consenso entre os cidadãos e os setores sociais interessados, mais do que a agregação, pura e simples, de interesses individuais;
5. A administração pública deve orientar-se pela Constituição, pela lei, por valores comunitários (no caso da União Europeia), parâmetros técnicos e profissionais, normas políticas e pelo propósito de satisfação dos interesses e necessidades do cidadão;
6. Os órgãos e entidades governamentais devem atuar por meio de processos de colaboração e compartilhamento da coordenação e da liderança de projetos, valorizando-se as pessoas envolvidas e os cidadãos;
7. O interesse público é melhor atendido por servidores públicos e cidadãos conscientes da importância da participação colaborativa para a sociedade, mais do que por gerentes contratados e orientados por finalidades econômicas.

Com foco nas relações entre governo, sociedade civil e setor privado, propõe-se também a *Governance* (Governança) e a abordagem das relações internas do governo (domínio das redes em políticas públicas), cuja definição aproxima-se muito da descrição da NPS. Teorias do desenvolvimento tratam a governança como um conjunto adequado de práticas democráticas e de gestão que ajudam os países a melhorar suas condições de desenvolvimento econômico e social (Secchi, 2009). Do ponto de vista metodológico, é interessante no conceito de governança o fato de afastar, *a priori*, a localização institucional do poder, permitindo-se reconhecer a importância do papel desempenhado por forças que, anteriormente, pareciam ter importância apenas marginal (Gomes, 2003):

Segundo uma aproximação analítica, a governança abrange um conjunto complexo de interações com instituições ou grupos, formando as instituições públicas a parte visível do *iceberg*. A governança integra assim novas formas interactivas de governo, nas quais os actores privados, as diferentes instituições públicas, os grupos de interesse e as comunidades

de cidadãos, ou outros actores ainda, tomam parte na formulação das políticas (Gomes, 2003).

O quadro 1.3 evidencia características da Governança.

<b>Conceito</b>	<b><i>New Public Management</i></b>	<b>Governança</b>
Desenvolvimento de novos instrumentos para controle e <i>accountability</i>	Ignora ou reduz o papel dos políticos eleitos, recomendando a independência dos burocratas; <i>accountability</i> é uma questão pouco resolvida; o foco está na introdução de mecanismos de mercado.	Enfatiza a capacidade de liderança dos políticos eleitos, responsáveis pelo desenvolvimento e gestão de redes público-privadas; <i>accountability</i> continua uma questão pouco resolvida; o foco está na participação de <i>stakeholders</i> , especialmente no cliente-cidadão.
Redução da dicotomia público-privada	A dicotomia é considerada obsoleta, por causa da ineficiência do Estado. Solução proposta: importação de técnicas gerenciais do setor privado.	A dicotomia é considerada obsoleta, por causa da maior participação de outros atores. Solução proposta: o setor público deve assumir um papel de liderança na mobilização de redes público-privadas.
Ênfase crescente na competição	A competição é estratégia central para o aumento da eficiência da gestão pública e para responder melhor ao cliente.	A competição não é vista como estratégia central; o foco está na mistura de recursos públicos e privados, com maior competição, onde for o caso.
Ênfase no controle dos resultados ao invés do controle dos insumos	Foco nos resultados e crítica ao controle dos insumos. Mecanismos como contratos de	Existe dificuldade em especificar os objetivos e, consequentemente, resultados

	gestão e acordos de resultados são incentivados.	das políticas públicas. Mecanismos como contratos de gestão ou acordos de resultados são incentivados.
Ênfase no papel articulador do Estado	O Estado deve ser capaz de cortar gastos, ao mesmo tempo em que responde às expectativas crescentes e diversificadas da clientela.	O Estado deve ser capaz de aumentar as coalisões com outros atores, definindo prioridades e objetivos. A comunicação entre os diversos atores é estimulada pela ação do Estado.
Desenho das estruturas organizacionais	Estruturas governamentais mínimas. Diferença entre formulação e execução de políticas, a partir da lógica <i>agent-principal</i> .	Estruturas interorganizacionais, acompanhadas por modificações na estrutura de pessoas, procedimentos, instrumentos de gestão, planejamento, orçamento e transparência.

Quadro 1.3. Fonte: Alketa *et al*, 2008:48<sup>5</sup>.

### 3. Diretrizes comuns aos diversos modelos de reforma

A administração pública, na União Europeia, está prevista como área de reserva de cada Estado Membro. De todo modo, parece importante identificar as linhas de convergência, ou seja, as características e valores comuns no tocante à administração pública, na OCDE e entre os Membros da UE. A propósito, a OCDE apresentou à União Europeia, em 1998, aquilo que chamou de *espaço administrativo europeu*, que consistiu especificamente na identificação das linhas de convergência nas diversas iniciativas de reforma dos países.

Da mesma forma, buscar-se-á identificar diretrizes e iniciativas comuns, ou seja, linhas de convergência das reformas administrativas, independentemente da tendência mais ou menos gestionária, mais ou menos conservadora. Não se está a sustentar que todas as iniciativas estão presentes, seja na OCDE seja entre os Membros da União Européia.

<sup>5</sup> Elaboração baseada em Peters & Pierre (1998) e Prats i Catalá (2006).

### **Descentralização**

É o processo de redistribuição das funções administrativas do poder central para as regiões e órgãos locais, com a aplicação de princípios como a subsidiariedade, diferenciação e proporcionalidade, concretizando uma forma de separação institucional vertical ou territorial. Na Itália, por exemplo, tais princípios foram constitucionalizados, em 1997, e dois outros, o princípio do poder residual do Estado e o princípio do paralelismo entre as funções legislativas e administrativas, foram revogados, tendo as municipalidades italianas passado a ter papel importante no tocante às competências administrativas (com assimétrica divisão de competências legislativas, portanto).

A fragmentação e a dispersão do poder político favorecem decisivamente o enfraquecimento da capacidade do Estado de impor sua autoridade em matéria de políticas públicas, ou melhor, a governança, que será explicada logo abaixo, permitindo a criação de um espaço suplementar de participação do cidadão e o exercício de práticas democráticas, além do surgimento de instituições da sociedade civil. Também a oposição política tem mais margem de intervenção no processo de políticas públicas, isto em falar na possibilidade de adaptações locais à atuação administrativa, atendendo melhor as necessidades e interesses das populações (Gomes, 2003).

### **Privatização**

A privatização, aqui considerada como a venda de bens pertencentes ao Estado, geralmente relacionados à prestação direta de serviços públicos aos cidadãos, tem papel importante na reformulação das funções do Estado, na medida em que o Estado passa a ter função interventiva de natureza regulatória ou não-regulação.

### **Especialização**

Deu-se principalmente por duas formas: processo de agencificação ou estabelecimento de autoridades independentes, tendências que são reforçadas por normas ultra nacionais de regulação, que exigem o exercício independente das funções regulatórias. A diferença entre agências e autoridades independentes encontra-se principalmente no relacionamento com a administração central – a autoridade independente não se submete à supervisão ministerial (responsabilidade ministerial). Também as funções desempenhadas são diversas, cabendo à agência as funções operativas e técnicas, enquanto que a autoridade independente, via de regra, tem função regulatória jurídica. A especialização atende à necessidade de maior autonomia da Administração Pública em relação ao poder político. Registra-se, também, que ambos os modelos geram a fragmentação do sistema administrativo e a redução do poder central.

### **Redução do tamanho do Estado, da carga fiscal e das despesas públicas**

A pretensão de reduzir o número de ministérios, secretarias, diretorias e escritórios, enfim, a redução da estrutura estatal, tem o fito de redução das despesas públicas, como forma de gerar menos constrangimentos fiscais à sociedade, o que tende a promover desenvolvimento econômico. A globalização tornou mais rigorosos os padrões de competitividade, e as empresas dos mais diversos setores econômicos nacionais precisam investir em tecnologia, em expansão da estrutura, em incremento da produção e redução de custos. Outras medidas visando o corte de gastos e a eficiência na prestação dos serviços públicos também são comuns e são se verificam em todas as iniciativas de reforma administrativa.

A necessidade de aliviar a carga fiscal e reduzir as despesas públicas, a propósito, está na origem de praticamente todas as diretrizes descritas no presente tópico. Em última análise, procura-se aumentar a qualidade dos serviços com menor custo na prestação.

### **Reformas relativas a pessoal**

Especificamente quanto ao funcionalismo público, há quatro objetivos que, em geral, são perseguidos: maior flexibilidade no gerenciamento do pessoal; foco no resultado; empregados mais competentes e eficientes; e contenção do quantitativo de funcionários e de seus custos. Registram-se iniciativas de substituição de um estatuto específico para os servidores públicos, que passam a ser regidos por contratos de trabalho. Ou seja, o funcionalismo público deixa de ter um regime especial de “emprego”, aproximando-se do regime contratual dos empregados privados. No que respeita à alta burocracia, alude-se ao objetivo de conferir maior autonomia à administração em relação à política, no intuito de se alcançar eficiência e eficácia. Há iniciativas de separação, por exemplo, da competência de formulação e avaliação de políticas públicas, em relação à implementação (execução), mantendo-se com o corpo administrativo a segunda. Há também registro de medidas que geraram a redução da estabilidade na função, resultando o conseqüente e contraditório aumento do poder do dirigente político na indicação e manutenção do funcionário e, portanto, a maior vinculação entre sistema político e Administração Pública. É o que se verifica na Itália, segundo Cassese e Savino (2004). Sendo assim, a implantação de flexibilidade contratual, principalmente para os altos cargos da Administração Pública, pode comprometer a autonomia administrativa em relação à política.

Registram-se, também, iniciativas de remuneração dos servidores públicos, notadamente da alta burocracia, por meio de sistema de pagamento por resultados (remuneração com variáveis de *performance*), de modo a incentivar o aumento da produtividade.

### **Coordenação e nível ultra nacional**

A reforma dos mecanismos de coordenação visa eliminar a sobreposição de competências entre os diversos órgãos e autoridades que compõem o aparato estatal. A necessidade de coordenação da atuação dos organismos nacionais que atuam em nível comunitário, no caso dos Membros da União Europeia, está a exigir mais efetividade em tal iniciativa, na medida em que é preciso identificar-se com precisão qual o órgão ou autoridade nacional que tem a competência para tratar de determinado tema no tocante aos assuntos comunitários. Resulta daí a deficiência na capacidade do poder central de coordenação da atuação supranacional.

### **Reforma orçamental**

A idéia é que o orçamento deixe de ser apenas instrumento de controle e redução dos gastos públicos, passando a ter função adicional de incremento da *performance* da Administração Pública. É o que se designa como *super budgeting*, relacionado à avaliação de resultados e, portanto, mais de acordo com os processos de reforma administrativa. Há também iniciativas de reforma no tocante ao orçamento que promovem a separação das competências de planejamento e elaboração do orçamento, com definição das receitas pelos Ministros (função política), de um lado, e gerenciamento e aplicação dos recursos pela Administração Pública, de outro (função administrativa).

### **Participação e colaboração do cidadão e do servidor público**

A institucionalização de direitos associativos e de processos de participação e consulta, principalmente dos cidadãos, dos grupos sociais e econômicos, dos grupos de pressão, das corporações e do próprio corpo administrativo, na decisão política relativa à definição de políticas públicas está na base da já exposta *New Public Service* (Denhardt e Denhardt, 2003).

Tais iniciativas de reforma alcançam também a publicidade, a ampla divulgação e o acesso à informação pelos cidadãos, com definição de procedimentos para a solicitação e o atendimento a tais demandas apresentadas aos órgãos administrativos (dever de fundamentação e definição de prazos, por exemplo), além da previsão de comunicação ampla a respeito da instauração de procedimentos às partes interessadas, direito de revisão dos atos e apresentação de recursos e documentos. Com efeito, é pressuposto para a participação do cidadão na definição do interesse público o conhecimento amplo das políticas públicas que estão sendo gestadas pelo sistema político e pela administração. Inequivocamente, portanto, tais reformas relacionam-se também com a simplificação de procedimentos e da linguagem administrativa (*plain language*).

Difunde-se a visão de que os procedimentos têm a função de democratizar a atividade administrativa, tornando-se mecanismo por meio do qual o cidadão pode participar das decisões públicas que o afetam diretamente. Reforça-se, como resultado, a autonomia da administração

pública que, de acordo com o modelo de representação de interesses individuais, tem legitimidade para conduzir o processo e decidir.

Este tópico da agenda de modernização administrativa reveste-se de importância que se sobressai, a ponto de se falar num novo modelo de ação pública, a que o Professor João Salis Gomes designa como a governança, que abrange “um conjunto complexo de interações com instituições ou grupos, formando as instituições públicas a parte visível do iceberg”. Afirma, ainda, que “a governança integra assim novas formas interactivas de governo, nas quais os actores privados, as diferentes instituições públicas, os grupos de interesse e as comunidades de cidadãos, ou outros actores ainda, tomam parte na formulação das políticas” (Gomes, 2003). O papel do Estado modifica-se, enfraquecendo-se a ideia da imposição da vontade estatal aos demais atores sociais e compreendendo-se o Estado como agente promotor da cooperação nas relações público-privadas, para definição compartilhada do interesse público.

A principal mudança está no reconhecimento de que há forças e fatores que veiculam interesses específicos de segmentos sociais os mais diversos, passando o Estado a gerenciar a conflitualidade de tais interesses, atuando como árbitro e promovendo consensos. Anteriormente, desprezavam-se estas movimentações sociais realizadas a partir dos diversos e mais díspares interesses particulares, num processo natural de conflitualidade e interação, e que influenciavam a definição da política pública. A decisão política, assim, acabava sendo imposta aos demais atores pelo Estado.

### **Desregulação**

A lei é apenas um dos instrumentos ou técnicas de regulação. Daí falar-se em regulação na forma centralizada – regulação jurídica – e descentralizada. Este é um tópico das reformas administrativas. Este é um tópico importante no contexto das reformas administrativas. Talvez a área em que a desregulação mais prosperou seja a de pessoal, sendo diversas as experiências de eliminação de legislação específica com o estatuto do servidor público, garantias, estabilidade e política remuneratória.

A desregulação, ou reforma da regulação, será abordada mais detalhadamente no Capítulo 2, em virtude de ter sido considerada, para os fins da presente investigação, como diretriz reformista que impacta, direta e imediatamente, na atuação jurídica do Estado (a Advocacia de Estado).

### **Avaliação de resultados e definição de padrões para os serviços**

A prestação de contas baseada na regularidade do ato administrativo e na correta aplicação dos recursos (de acordo com propósitos autorizados) e a avaliação preventiva da legitimidade de tais atos vêm sendo substituída pela avaliação de resultados, que se dá *a posteriori*, e que pretende verificar o resultado da atividade administrativa, com referência a padrões de qualidade e de

prestação. Tais medidas decorreram da necessidade de verificação do grau de satisfação das necessidades dos cidadãos, qualitativa e quantitativamente, resultando daí também a chamada *Citizen Charter*, que impõe padrões para a prestação de serviços. Esta também é uma diretriz que será desenvolvida, especificamente, no Capítulo 2, dada a vinculação direta com o tema da dissertação.

#### **4. A Administração Pública no Brasil**

Ainda que o Brasil e demais países da América Latina, de modo geral, não sejam os protagonistas das diversas iniciativas de reforma do Estado, os movimentos narrados acima, ocorridos principalmente no âmbito dos membros da OCDE e União Europeia, alcançaram os países em desenvolvimento, de economia capitalista, em muitos casos por imposição de organismos internacionais, o que aconteceu no Brasil, nos anos 80 principalmente, com o FMI – Fundo Monetário Internacional. Assim, sob influxo desses movimentos globais, por trabalho e contribuição de gestores e estudiosos nacionais, o Brasil desenvolve, peculiarmente, suas reformas administrativas.

Desde a primeira década do século XX, registram-se as primeiras iniciativas de reforma do Estado brasileiro, e mais particularmente da administração pública federal, objeto do histórico exposto a seguir, registrando-se que o Brasil adota sistema federativo, subdividido no ente federal (União), Estados e Distrito Federal e Municípios, dotados de autonomia e competências próprias, previstas na Constituição Federal brasileira.

Em linhas gerais, apresenta-se a administração pública brasileira, sob o aspecto dos movimentos de reforma que marcaram seu processo de evolução<sup>6</sup>. Sem embargo das especificidades culturais, políticas, econômicas e históricas, pode-se dizer que o Brasil acompanha e sofre a influência dos movimentos e transformações acima expostos, de abrangência mundial, em termos de reformulação do Estado e de suas funções. A exposição se conclui com o plano de gestão do atual governo, após abordagem do marco inicial da reforma gerencial, que propõe implantar os paradigmas e diretrizes da *New Public Management* na administração pública federal.

##### **4.1 Reforma burocrática de 1936-1937**

Foi a primeira iniciativa de reforma da administração pública brasileira, que se deu na Era Vargas, sob a presidência do gaúcho Getúlio Vargas, que foi conduzida por Maurício Nabuco e Luís Simões Lopes (Bresser-Pereira, 1996). A nota característica da reforma de 1936 foi a ênfase na

---

<sup>6</sup> Opta-se por não abordar a reforma administrativa do Governo Collor, de 1992, primeiramente por conta da finalidade deste breve histórico, de contextualização da administração pública federal nos movimentos de reforma mundiais, permitindo conhecer, em linhas gerais, as condições que ensejaram a inserção de técnicas e princípios gerenciais na administração pública brasileira. Além disso, são destacadas as reformas que marcam a mudança de paradigmas, conforme registra Bresser-Pereira, no PDRAE. Para informações e estudos sobre o período Collor, especificamente, consulte-se o número especial da RAP, n. 1, 1990.

reforma dos meios, ou seja, nas atividades administrativas em geral, realizada sob as fontes inspiradoras da época, ou seja, o modelo taylorista/fayoliano/weberiano (Lustosa da Costa, 2008). Em verdade, tratou-se da aplicação de emergentes tecnologias gerenciais. O país sofria, então, com o patrimonialismo, originário das monarquias absolutistas, onde patrimônios público e privado se confundem. No Brasil, o Estado havia sido capturado por oligarquias locais. Por essa razão, a denominada Administração Pública Progressivista encontrou eco, propondo a implantação de um padrão ortodoxo de burocracia pública, identificado com o tipo ideal weberiano. O foco, portanto, foi o padrão burocrático ortodoxo e não propriamente o desenvolvimentismo. A reforma administrativa de 1936 marcou, portanto, o início, no país, do designado modelo da Administração Pública Tradicional.

Nota importante foi a criação do DASP – Departamento Administrativo do Serviço Público, em 1936<sup>7</sup>, com as funções de implementação das diretrizes voltadas para a profissionalização da gestão, supervisão da administração pública e de formação de administradores públicos de primeiro escalão, além da fixação do orçamento nacional (Vilhena *et al*, 2006). O DASP possibilitou a realização desta primeira reforma administrativa no país, com a efetiva implantação da administração pública burocrática, além da afirmação dos princípios centralizadores e hierárquicos da burocracia clássica. A rigor, em 1936 foi criado o Conselho Federal do Serviço Público Civil que, em 1938, transformou-se no pelo DASP (Bresser-Pereira, 1996). O DASP foi extinto em 1986, dando lugar à SEDAP - Secretaria de Administração Pública da Presidência da República.

Importante, ainda, o registro da participação decisiva da burocracia brasileira nesse processo de reforma e desenvolvimento nacional, como bem retrata Bresser-Pereira:

A burocracia pública brasileira, associada aos empresários industriais, foi, entre 1930 e 1986, parte integrantes da elite dirigente ou do pacto político nacional-desenvolvimentista que promoveu a industrialização brasileira. Ao mesmo tempo, envolveu-se profundamente na Reforma Burocrática de 1937. (Bresser-Pereira, 2007)

#### **4.2 Reforma de 1967**

O Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, institui e sintetiza a reforma administrativa de 1967, sendo incluída no conceito de “modernização administrativa”, que difere do conceito de reforma administrativa (Wahrlich, 1974 e 1984). Sob o comando de Amaral Peixoto, e a inspiração de Hélio Beltrão, que iria ser o pioneiro das novas ideias no Brasil, implantou-se a primeira reforma da administração gerencial no país. Nada obstante, entende-se que foi uma reforma meramente instrumental, de adequação de meios, buscando dotar o governo de um equipamento administrativo

---

<sup>7</sup> Por meio do Decreto-lei n.º 200, de 1967, tratado a seguir, o DASP passa a ser o Departamento Administrativo do Pessoal Civil, recebendo atribuições de administração de pessoal.

eficiente (Vilhena *at al*, 2006). Beltrão participou da reforma administrativa de 1967 e depois, como Ministro da Desburocratização, entre 1979 e 1983, transformou-se em um arauto das novas ideias.

Em 1967, no primeiro número da Revista de Administração Pública (RAP), Kleber Nascimento analisa as reformas administrativas, sob o enfoque estratégico adotado pelo Governo Federal. Segundo sua percepção, ambas as reformas, de 1936 e de 1967, tinham foco de ação em elementos formais; estratégia e orientação processualista; escopo de mudança globalista imediatista; estilo de influência impositivo; com orientação diagnóstica cognitivista; e estratégia e pré requisitos comportamentais (Nascimento, 1967:19). A reforma de 1967 incorporou certa dose de gradualismo e seletivismo na sua implementação, talvez em virtude de ter sido iniciada por governo revolucionário e transitório (Revolução de 64), diferentemente da reforma de 1937 (Estado Novo e governo ditatorial), e criou condições para uma maior interação entre os agentes de mudanças e lideranças organizacionais. Este segundo período de reforma – a partir de 1964 – é marcado pelo chamado “modelo de administração voltado para o desenvolvimento”, diferentemente do “modelo clássico”. A premissa era a substituição de funcionários estatutários, com estabilidade garantida, por celetistas, e a criação de entidades da administração pública indireta, responsáveis pela intervenção econômica do Estado (Lustosa da Costa, 2008). Essa intervenção direta do Estado na economia, por meio de empresas públicas, seguia a tendência do keynesianismo, à época, a partir dos efeitos devastadores na economia resultantes da crise de 1929. O Decreto-lei 200, de 1967, contém três acepções para a descentralização – descentralização para os demais entes federados (Estados e Municípios); descentralização para entidades da administração indireta; e da administração para o mercado (art. 10). A administração pública federal passa a ser regida pelos princípios do planejamento, coordenação, descentralização, delegação de competência e controle<sup>8</sup>.

Registra-se, também, que o referido decreto-lei faz referência aos Consultores Jurídicos, responsáveis pelo assessoramento de cada Ministro de Estado, no art. 29.<sup>9</sup> E ainda, são criados sistemas administrativos centrais, para gerenciamento e coordenação de atividades comuns a todos os órgãos (art. 30) – atividades de pessoal, orçamento, estatística, administração financeira,

---

<sup>8</sup> O art. 4.º do referido ato traz a estrutura organizacional da Administração Pública Federal, a partir de então: “Art. 4.º A Administração Federal compreende: I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios; II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

a) Autarquias; b) Empresas Públicas; c) Sociedades de Economia Mista.

Art. 5.º Para os fins desta lei, considera-se: I - Autarquia - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada; ...”

<sup>9</sup> Tais órgãos, a partir da Lei Complementar n.º 73, de 10 de fevereiro de 1993, passam a integrar a Advocacia-Geral da União, conforme se verá no capítulo II, que, juntamente com a Procuradoria-Geral Federal e a Procuradoria-Geral do Banco Central, compõem o sistema de advocacia de Estado da administração pública federal.

contabilidade e auditoria (Lustosa da Costa, 2008). A modernização administrativa fortaleceu uma trajetória de planejamento governamental, que se esboçava desde os anos 30 e promoveu o advento da era de ouro do planejamento, entre os anos 50 e 70. O Plano de Metas no Governo de Juscelino Kubitschek é exemplo desse período. Posteriormente, o planejamento governamental entra em declínio, quer pela crise do petróleo da década de 70 e crise de liquidez dos anos 80, quer pela intensa instabilidade macroeconômica nos anos 80 e 90, com uma sequência de planos de estabilização sem perspectiva de desenvolvimento a longo prazo (Vilhena *et al*, 2006). Em 18 de julho de 1979, ainda, o então Ministro da Desburocratização, Hélio Beltrão, definiu seu Programa Nacional de Desburocratização, como uma proposta política visando, através da administração pública, “retirar o usuário da condição colonial de súdito para investi-lo na de cidadão, destinatário de toda a atividade do Estado” (Beltrão, 1984: 11). Em 1980, instaura-se a crise, de tríplice natureza – crise de legitimidade do Estado autoritário, crise financeira e crise existencial, o que é bem retratado por Roberto Cavalcanti de Albuquerque, em 1995 (Lustosa da Costa, 2008).

#### **4.3 Reforma gerencial de 1995**

Em janeiro de 1995, com o início do governo Fernando Henrique Cardoso, a então Secretaria de Administração Federal – SAF (antes ainda, SEDAP) – transforma-se no Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado – MARE, chefiada por Luiz Carlos Bresser Pereira. Bresser capitaneou a formulação do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado – PDRAE, que dá impulso às reformas gerenciais no âmbito da administração pública federal brasileira. No PDRAE, Bresser distingue três tipos de administração pública: patrimonialista, burocrática e gerencial, esta última identificada com a reformulação do Estado Providência e o desenvolvimento de teorias como a *New Public Management*. Segundo o PDRAE:

A administração pública gerencial constitui um avanço e até um certo ponto um rompimento com a administração pública burocrática. Isto não significa, entretanto, que negue todos os seus princípios. Pelo contrário, a administração pública gerencial está apoiada na anterior, da qual conserva, embora flexibilizando, alguns dos seus princípios fundamentais, como a admissão segundo rígidos critérios de mérito, a existência de um sistema estruturado e universal de remuneração, as carreiras, a avaliação constante de desempenho, o treinamento sistemático. A diferença fundamental está na forma de controle, que deixa de basear-se nos processos para concentrar-se nos resultados, e não na rigorosa profissionalização da administração pública, que continua um princípio fundamental.

Na administração pública gerencial a estratégia volta-se (1) para a definição precisa dos objetivos que o administrador público deverá atingir em sua unidade, (2) para a garantia de autonomia do administrador na gestão dos recursos humanos, materiais e financeiros que

lhes forem colocados à disposição para que possa atingir os objetivos contratados, e (3) para o controle ou cobrança *a posteriori* dos resultados.

Adicionalmente, pratica-se a competição administrada no interior do próprio Estado, quando há a possibilidade de estabelecer concorrência entre unidades internas. No plano da estrutura organizacional, a descentralização e a redução dos níveis hierárquicos tornam-se essenciais. Em suma, afirma-se que a administração pública deve ser permeável à maior participação dos agentes privados e/ou das organizações da sociedade civil e deslocar a ênfase dos procedimentos (meios) para os resultados (fins).

*Management*, na língua portuguesa, significa “managerial”, no sentido de advir do meio empresarial, privado. Daí a designação *New Public Management*, ou Nova Gestão Pública, que é a designação mais corrente no Brasil. Simplificadamente, portanto, a designação “reforma gerencial”, está vinculada ao sentido de aplicação de técnicas, paradigmas e instrumental do setor privado, empresarial. A proposta contida no PDRAE espelhou a concepção de uma série de estratégias cuja configuração envolvia: (1) descentralização do ponto de vista político, transferindo-se recursos e atribuições para os níveis políticos, regionais e locais; (2) descentralização administrativa, através da delegação de autoridade para os administradores públicos transformados em “gerentes” crescentemente autônomos; (3) organizações com poucos níveis hierárquicos ao invés da piramidal; (4) pressuposto da confiança limitada e não da desconfiança; (5) controle por resultados, *a posteriori*, ao invés do controle rígido, passo a passo, dos processos administrativos; e (6) administração voltada para o atendimento do cidadão, ao invés de auto-referida (Bresser-Pereira, 1996:11). Somam-se ainda: a distinção das atividades do núcleo estratégico, que devem ser desenvolvidas por políticos e altos funcionários, e as atividades de serviços, que podem ser executadas por contratados externos; a separação entre a formulação de políticas públicas e a execução, notadamente por meio do processo de agencificação, conferindo-se maior autonomia para as atividades executivas exclusivas do Estado (as agências executivas)<sup>10</sup>; previsão das organizações sociais, tipo particular de organização pública não estatal, sem fins lucrativos; além da terceirização das atividades de apoio da administração pública ao setor privado (Bresser-Pereira, 1999). É importante destacar a dimensão cultural da reforma, a partir da proposta de substituição dos administradores públicos por novos gerentes, expressão cunhada por Bresser Pereira, pressupondo a mudança dos chamados valores burocráticos pelos gerenciais (Junquillo, 2004).

O Conselho Diretor do CLAD – Centro Latino-americano de Administração para o Desenvolvimento – aprovou documento, em 1998, que estabeleceu as bases da reforma gerencial na região, onde são destacadas as especificidades próprias da América Latina, notadamente em virtude

---

<sup>10</sup> A ANEEL foi a primeira agência reguladora instituída pelo Governo Fernando Henrique Cardoso, conforme será exposto no capítulo III.

da crise gravíssima do Estado. O documento aponta a necessidade de direcionar a estratégia de reforma considerando três questões essenciais: a consolidação da democracia, a retomada do crescimento econômico e a redução da desigualdade social. Enuncia, também, o objetivo central da reforma gerencial, que é o de “assegurar os mecanismos necessários para o aumento da eficácia, da eficiência e da efetividade da administração pública, além de criar novas condições que possibilitem uma relação mais democrática entre Estado e sociedade” (Marini, 2005).

A reforma gerencial resultou em alterações constitucionais com viés de reformulação do modelo do Estado brasileiro. Estas emendas constitucionais fizeram parte importante da agenda do país. As primeiras emendas foram aprovadas nos primeiros meses do novo governo, presidido pelo sociólogo Fernando Henrique Cardoso, e dispunha sobre a eliminação dos monopólios estatais no setor energético e de comunicações (Emendas Constitucionais 8, de 15 de agosto de 1995, e 9, de 09 de novembro de 1995). Paralelamente às citadas emendas, advieram reformas estruturais e institucionais nos citados setores, principalmente a partir da publicação da Lei de Concessões de Serviços Públicos – Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e Lei n.º 9.074, de 7 de julho de 1995, o que será exposto mais minuciosamente no capítulo III, relativo às transformações no setor elétrico<sup>11</sup>. Também as emendas com as reformas tributária, previdenciária e administrativa foram encaminhadas ao Congresso Nacional. A Emenda Constitucional n.º 19, de 04 de junho de 1998, implementou a reforma administrativa em nível constitucional, com foco principal na área de pessoal. As emendas relativas às reformas tributária e previdenciária não foram aprovadas (Bresser-Pereira, 1999).

O texto do PDRAE evidencia que a reforma gerencial não pretendia suprimir a burocracia, propondo, antes, a correção das disfunções burocráticas e mantendo o foco no interesse público. A discussão sobre a superação do modelo burocrático será melhor desenvolvida no capítulo II. Desde logo, porém, chama-se a atenção para o pressuposto do PDRAE de perda do referencial no interesse público pela administração burocrática, que teria se voltado para si mesma:

Neste último ponto, como em muitos outros (profissionalismo, impessoalidade, etc.), a administração pública gerencial não se diferencia da administração pública burocrática. Na burocracia pública clássica existe uma noção muito clara e forte do interesse público. A diferença, porém, está no entendimento do significado do interesse público, que não pode ser confundido com o interesse do próprio Estado. Para a administração pública burocrática, o interesse público é frequentemente identificado com a afirmação do poder do Estado. Ao atuarem sob este princípio, os administradores públicos terminam por direcionar uma parte substancial das atividades e dos recursos do Estado para o atendimento das necessidades da

---

<sup>11</sup> A reforma do setor elétrico, empreendida pelo governo, a partir de 1995, faz parte da designada “reforma gerencial”.

própria burocracia, identificada com o poder do Estado. O conteúdo das políticas públicas é relegado a um segundo plano. A administração pública gerencial nega essa visão do interesse público, relacionando-o com o interesse da coletividade e não com o do aparato do Estado.

A extinção do MARE no final de 1998, ou melhor, a sua fusão com o Ministério do Planejamento, passando a Ministério do Orçamento e Gestão, no segundo mandato do Presidente Fernando Henrique Cardoso (a partir de 1999), decorreu da incapacidade de promover mudanças institucionais num governo cuja prioridade era o ajuste fiscal. Além disso, a reforma enfrentava resistências tanto da parte dos órgãos de controle, que temiam a ampliação da autonomia dos executores de atividades-fim, quanto dos órgãos que sofreriam as transformações (Lustosa da Costa, 2008). Segundo Bresser (1999), o novo ministério teria a autoridade executiva necessária para dar seguimento à reforma. Além disso, tratava-se de esforço de integração dos principais instrumentos de gerenciamento governamental, quais sejam, planejamento, orçamento e gestão. Neste novo contexto, o planejamento governamental, com o lançamento do Plano Plurianual (PPA 2000-2003)<sup>12</sup>, mais conhecido como “Avança Brasil”, assumiu papel protagonista (Marini, 2002). O Programa “Brasil em Ação”, lançado em agosto de 1996, que constituiu a base para o Plano Plurianual 2000/2003 – “Avança Brasil”, inovou por impulsionar a descentralização e o acompanhamento institucional, elegendo-se 58 projetos e designando-se gerentes para cada um deles, pessoa referencial, acessível e responsável pela realização das metas definidas. Os gerentes do “Brasil em Ação” materializaram o sentido estratégico das ações do Governo, trabalhando com metas e sendo responsável por mobilizar recursos e formar parcerias entre os agentes públicos e privados envolvidos no empreendimento (Nassuno *et al*, 2001).

Considerando-se os objetivos da presente investigação, não se adentrará em considerações analíticas acerca dos pontos negativos da reforma de 1995. Em linhas gerais, registra-se que a ênfase foi nos meios, não nos fins. A reforma gerencial não logrou alinhar meios (reforma do aparelho do Estado) e fins, nem tampouco a nenhum projeto de desenvolvimento mais imediato. Em relação aos fins, o ideal do desenvolvimento é substituído pela necessidade pragmática (na linha do Consenso de Washington) de ajuste fiscal e estrutural do Estado para adequação aos imperativos do mercado globalizado<sup>13</sup>. Importante registrar, ainda, a proposta de mudança cultural, pretendendo dotar o “novo gerente” de um perfil de uso universal, capaz de atuar em qualquer organização pública brasileira,

---

<sup>12</sup> O PPA é uma lei e torna-se, portanto, um plano normativo para todo o setor público federal, no horizonte de quatro anos. O PPA 2000-2003, pela primeira vez, organizou todas as ações em 365 programas, referência para a formulação dos orçamentos anuais.

<sup>13</sup> O alinhamento ao Consenso de Washington e às condições impostas pelo FMI e pelo Banco Mundial, tais como a liberalização do mercado e a privatização, será bem evidenciada no capítulo III, em que se abordará especificamente as reformas no setor elétrico.

parecendo desconsiderar o fato de cada administração está enraizada numa cultura e numa sociedade (Chanlat, 2001 e Giddens, 1984):

Assim, não se pode falar de “administrador burocrático”, nem tampouco de sua antítese, o “novo gerente”, sem considerar as diversas formas de pensar, sentir e agir dos atores organizacionais, impregnadas de valores e significados, ou ainda, desconhecer as regras e recursos de uma dada estrutura social que condicionam e habilitam a ação humana. (Junquilha, 2004)

Pouco a pouco, a estabilidade econômica, a partir do Plano Real, foi permitindo o ressurgimento do planejamento governamental (Vilhena *et al*, 2006), caminho que se parece trilhar a partir de então. e que será bem exemplificado no capítulo 3, ao se abordar a reforma estrutural e institucional empreendida pelo Governo do sociólogo Fernando Henrique Cardoso, a partir de 1995.

#### **4.4 Plano de gestão pública do atual governo**

O primeiro movimento do governo petista, que se iniciou em janeiro de 2003, sob a presidência de Luiz Inácio Lula da Silva, foi o estabelecimento de um novo marco, de enfoque social, simbolizado pelo compromisso de enfrentamento do problema da fome, base para a construção de um novo modelo de desenvolvimento. Na construção da agenda política, nota-se a mescla de elementos da gestão anterior somados a novos temas. O PPA 2004-2007 – “Plano Brasil de Todos” – evidencia as prioridades estratégicas do novo governo: inclusão social e redução das desigualdades sociais (megaobjetivo de dimensão social); crescimento com geração de trabalho, emprego e renda, ambientalmente sustentável e redutor das desigualdades (megaobjetivo de dimensão econômica, regional e ambiental); e promoção e expansão da cidadania e fortalecimento da democracia (megaobjetivo de dimensão democrática). Na dimensão democrática, está prevista a implementação de uma nova gestão pública “ética, transparente, participativa, descentralizada, com controle social e orientada para o cidadão”. Registra-se a participação dos Fóruns de Participação Social, do Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social, além de Conferências Temáticas e de iniciativas autônomas de organizações sociais (MP, 2003). A expansão dos direitos sociais marca um período de fortalecimento do Estado:

No que se refere à **concepção**, a grande diferença reside na **integração** entre a política social e a política econômica, derivada do modelo de desenvolvimento adotado. O modelo realiza a integração entre, por um lado, a inclusão social e a redistribuição da renda e, por outro, os investimentos e o crescimento da renda e do emprego. A universalização dos direitos sociais básicos e a transmissão dos ganhos de produtividade aos salários estabelecem

a sinergia entre as políticas sociais e de investimento, promovendo o crescimento por meio da expansão do mercado de consumo popular.

A esse respeito, convém assinalar o exemplo fornecido pela ampliação dos direitos previdenciários, que aumentou a renda dos beneficiários e teve impacto notável na redução da pobreza. As transferências de renda realizadas por intermédio da previdência retiraram um enorme contingente de pessoas da situação de pobreza. Não fossem os benefícios previdenciários, a proporção de pobres, no Brasil, teria sido de 43% da população em 1999, ao invés dos 34% então observados (MP, 2003).

E ainda:

O Plano Plurianual 2004-2007 tem como objetivo central a ampliação da cobertura previdenciária, levando à inclusão social e ao fortalecimento da cidadania, atendendo aos milhões de trabalhadores brasileiros que estão fora do sistema e tendo como premissas básicas a garantia da regularidade dos pagamentos dos benefícios e a gestão quadripartite da Previdência Social.

O programa **Proteção Previdenciária** está, assim, orientado para a expansão da cobertura, atraindo mais trabalhadores para a formalização de vínculo junto à Previdência Social, mediante a disseminação de informações, a sensibilização da população brasileira e ações de conscientização para inscrição e permanência no sistema (MP, 2003).

Nos primeiros meses do novo governo, duas áreas assumiram desafios relevantes: o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, na formulação da política de gestão; e a Casa Civil, que integra a Presidência da República, focada na política regulatória e na unificação de políticas sociais. Em 2003, o Tribunal de Contas da União preparou relatório que evidenciava problemas na base de dados dos programas sociais do Governo Federal, nas áreas de educação, saúde, trabalho e serviços públicos (gás)<sup>14</sup>. Até o final de 2002, o Governo Federal tinha quatro programas assistencialistas sem nenhum mecanismo de integração (Gaetani, 2003). A criação do Conselho de Política Social, presidido pela Casa Civil, visava a equacionar tal problema. Quanto à gestão pública, buscou-se construir um plano específico, coordenado pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (Marini, 2005). Merece nota a diretriz do novo governo, nesse tema:

A melhor arma contra o desperdício e a corrupção é a consolidação de um Estado eficiente, ágil e controlado pelos cidadãos. O compromisso com a cidadania exigiu que a formulação

---

<sup>14</sup> Políticas de transferências de rendas condicionadas.

do PPA 2004-2007 fosse acompanhada por intensas consultas e debates com a sociedade civil organizada e com representações dos governos estaduais e municipais. Da mesma forma, a sociedade brasileira e os entes federados serão fortemente ouvidos no processo de implementação e avaliação do Plano. O caráter participativo deste PPA é uma fórmula de enriquecimento permanente do planejamento e da gestão das ações do Governo Federal, conferindo-lhes transparência e maior eficácia social. A ampliação da participação da sociedade nas escolhas de políticas públicas é uma das marcas diferenciais deste PPA (MP, 2003).

Primeiramente, em virtude do contingenciamento orçamentário, adotou-se programa de otimização, consubstanciado na seleção de programas prioritários e na revisão de processos, para redução de custos, de tempo de execução e aumento da qualidade. Além da diretriz de eficiência, destaca-se ainda a redução do *déficit* institucional, marcado pela ausência do Estado e pela incapacidade de assegurar direitos sociais e civis, além da transparência e da participação (Marini, 2005). Na percepção de Gaetani, nos primeiros meses do novo governo, passa a ocorrer a “policização”:

... o quadro da questão delineado pelo Governo do Partido dos Trabalhadores (PT) em relação à gestão pública é de “policização” (um anglicismo derivado da palavra *policy*, política pública em português), em oposição à “profissionalização” dos anos 80 durante o processo de redemocratização, e a gerencialização, durante o primeiro mandato de Fernando Henrique Cardoso. Por policização eu quero dizer uma ênfase na estruturação e no projeto de ações em termos de categorias de elaboração de políticas, dentro do contexto de uma perspectiva processual – como o caso dos esforços sendo realizados pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MP) (Gaetani, 2003).

Sem pretensão de validação científica das análises ora apresentadas, os relatos de experiências evidenciam que o novo modelo de gestão, a partir de 2003, não abandonou diretrizes e paradigmas da NPM, notadamente a eficiência, com a característica adicional de maior participação da sociedade civil, de organizações não governamentais e das corporações, inclusive para a formulação do orçamento<sup>15</sup>. A estratégia do governo atual, porém, nega a crise do Estado de forma explícita e propõe uma releitura, reposicionando o debate e reafirmando o Estado como viabilizador e

---

<sup>15</sup> Segundo Gaetani (2003), uma das decisões mais controversas do Governo Lula, em 2003, foi abrir debate público sobre o PPA, com a realização de vinte e sete audiências públicas. A proposta do MP foi discutida em vinte e sete eventos, com a participação dos governadores dos Estados e de organizações da sociedade civil, em iniciativa inédita no país.

potencializador de soluções. O Plano de Gestão Pública, assim, apresenta-se, não como reforma, mas como instrumento de consolidação do Estado; um meio para atingir determinados fins, com ênfase no desenvolvimento social e econômico sustentável. Outra diferença significativa em relação à reforma de 1995 é a ênfase no alinhamento estratégico, de modo que o Plano de Gestão Pública seja instrumento de realização do novo modelo de desenvolvimento. Em outras palavras, parece haver consciência da necessidade de que o plano de gestão esteja alinhado com as diretrizes e prioridades do PPA (Marini, 2005), uma das principais críticas em relação ao PDRAE.

## **5. Conclusão**

A partir desse quadro analítico da administração pública federal e dos movimentos, teorias e tendências de reforma administrativa e de modernização do Estado, notadamente nos países da OCDE, com contextualização e histórico da administração pública e das reformas no Brasil, pode-se aprofundar o estudo sobre as disfunções do modelo burocrático que possivelmente possam afetar mais particularmente a atividade da advocacia de Estado, na missão de conformação jurídico constitucional de políticas e programas públicos. Além disso, pode-se compreender melhor os impactos de iniciativas como a gestão por resultados e a reforma da regulação na atuação da advocacia de Estado. No capítulo a seguir, também, ficará mais claro como se estrutura a advocacia de Estado em nível federal no Brasil, suas competências e seu funcionamento.

## **CAPÍTULO II – REFERENCIAL TEÓRICO ESPECÍFICO: DISFUNÇÕES BUROCRÁTICAS, NOVAS DIRETRIZES E ADVOCACIA DE ESTADO BRASILEIRA EM NÍVEL FEDERAL**

### **1. Introdução**

Neste segundo capítulo, aborda-se referencial teórico mais relacionado com o tema da presente investigação, com enfoque nos aspectos que podem estar influenciando mudanças no papel da advocacia de Estado, com a finalidade de contextualização da pesquisa e indicação de sua pertinência e atualidade.

### **2. Burocracia, legitimidade racional legal e disfunções burocráticas**

Considerando que a nota característica das reformas ditas gerenciais é a superação do que se entende como modelo burocrático tradicional ou de seus excessos e disfunções, parece-nos necessário desenvolver melhor a teoria da burocracia e abordar a essência da administração pública, segundo Max Weber, que é a legitimação racional legal – a legalidade<sup>1</sup>. Sendo assim, se a legalidade é pressuposto insuperável do Estado Moderno e da administração pública, importa, no presente tópico, compreender no que consiste e em que grau o conceito pode ser reformulado para atender às demandas de modernização do Estado.

De fato, a legalidade é uma das dimensões do Estado Moderno, conforme exposto no primeiro capítulo, sendo comumente referida nos países de língua inglesa como *rule of law* (Zürn e Leibfried, 2005; e Lane, 2005)<sup>2</sup>. Por outro lado, a identificação da burocracia<sup>3</sup> com regras e regulação intensas é comum nas críticas sobre o modelo:

*Our thesis is simple. The kind of government that developed during the industrial era, with their sluggish, centralised bureaucracies, their preoccupation with the rules and regulations, and their hierarchical chains of command, no longer work very well. They accomplish great things in their time, but somewhere along the line they got away from us. They became*

---

<sup>1</sup> O presente trabalho não comporta aprofundamento sobre os tipos ideais de autoridade legítima. Faz-se breve nota, apenas, de que Max Weber classifica os tipos de autoridade em tradicional (oriunda das tradições e dos costumes, considerados imutáveis, e cuja obediência não se questiona), carismática (resulta das características de liderança que se formam no interior de determinado grupo, dada a receptividade do mesmo a determinadas qualidades idiossincráticas de um de seus elementos, que assume o comando sem formalidades) e, finalmente, a racional legal.

<sup>2</sup> O que se vê, em ambas as obras, é que a legalidade é considerada como o próprio Estado Democrático de Direito (*rule of law*, para além da *rule by law*). A questão é melhor detalhada no tópico 1.1 do primeiro capítulo e a seguir.

<sup>3</sup> A burocracia, aqui, tem o sentido de organização governamental constituída por um corpo de funcionários públicos com competências definidas.

*bloated, wasteful, ineffective. And when the world began to change, they failed to change with it. Hierarchical, centralized bureaucracies designed in the 1930s or 1940s simply do not function well in the rapidly changing, information-rich, knowledge-intensive society and economy of the 1990s* (Osborne e Gaebler, 1992).

A hipótese basilar da teoria de Weber é que os Estados Modernos fundamentam-se na autoridade racional legal (Lane, 2005). Princípio chave da administração pública é a noção de legalidade, no sentido de que as ações do governo e da burocracia baseiam-se em leis, conforme esclarecido acima. Segundo Lane (2005), a autoridade política é moderna ou racional, de acordo com Weber, quando a legitimação é baseada na crença de que é exercida de acordo com regras postas em leis. É nessa toada, de exercício da autoridade racional legal, que surge a burocracia, ideia desenvolvida por Max Weber, um dos pais da Sociologia, no final do século XIX e início do século XX. Segundo Weber, “a Administração burocrática significa, fundamentalmente, o exercício da dominação baseado no saber. Esse é o traço que a torna especificamente racional” (Weber, 1978).

O problema parece surgir quando se converte o tipo ideal burocrático de Weber em modelo de administração pública. Leonor Câmara (2008) alerta para o perigo dessa confusão de conceitos:

Atribuir ao tipo ideal de dominação burocrática características de modelo é operação que desconsidera todo o contexto teórico conceitual no qual foi construído e onde faz sentido, por isso entende-se ser uma verdadeira transmutação. Nominar o modelo de *weberiano*, entende-se, é atribuir ao autor intenção que ele não teve. Pode-se também aventar a possibilidade de que tal procedimento tende a não favorecer o entendimento dos pressupostos epistemológicos da obra de Weber, o contexto de sua produção e ainda a visualização das incongruências entre os contextos teóricos envolvidos. Há ainda que se considerar, conforme já expresso por Bendix (1996), a dimensão ideológica do fato de o tipo ideal ser confundido com a realidade, e vice-versa, assim como a generalização da experiência histórica.

Com efeito, o tipo ideal é uma formulação hipotética, cujas dimensões são variáveis verificáveis na organização, presentes em maior ou menor grau ou mesmo inexistentes. Também Gouldner questionou os usos correntes do modelo burocrático, sustentando que se trata de um tipo ideal no qual certas tendências de estruturas concretas são postas em evidência e que nem toda associação formal possuirá o conjunto das características incorporadas ao tipo ideal de burocracia (Gouldner, 1950). É o que sugeriu Udy (1959), quando propôs que as características do tipo ideal weberiano fossem reelaboradas como variáveis a fim de determinar suas inter relações empíricas. Weber enumerou uma série de características organizacionais que, presentes, configuram a forma burocrática da organização.

Dentre as dimensões do modelo burocrático que, segundo Hall, “têm servido como base para delineações subseqüentes da estrutura burocrática” (Hall, 1978), podem-se destacar, segundo a frequência e importância teórica: divisão do trabalho baseado na especialização funcional; hierarquia de cargos e autoridade; sistema de normas com direitos e deveres dos ocupantes dos cargos; sistema de procedimentos que orientam a atuação nos cargos; impessoalidade nas relações interpessoais; promoção e seleção segundo critérios de competência técnica; normas extensivas; separação entre administração e propriedade, dentre outras.

Guy B. Peters refere-se a seis princípios da administração pública tradicional, referindo-se a: 1. apolitização do serviço público e sua autonomia em relação ao poder político, com a noção de uma “neutral competence” (Kaufman, 1956); 2. hierarquia e definição clara de competências; 3. permanência e estabilidade; 4. serviço público institucionalizado, formado por um corpo técnico; 5. regramento interno rigoroso; e 6. igualdade de tratamento na distribuição de bens e serviços públicos a todos os cidadãos (Peters, 1996) <sup>4</sup>. Também Pollit e Bouckaert elencam o que designam por características do modelo burocrático: “*fixed spheres of competence, a defined hierarchy of offices; a clear distinction between public and private roles (and property) of the officials; specialization and expertise as the basis for action; full-time, career appointments for officials*”; e “*management by the application of a developing set of rules, knowledge of which was the special technical competence of the officials concerned*”, afastando o equívoco da superação do “modelo burocrático” na afirmação de que não existiu somente um tipo de regime administrativo, mas vários, e que reduzir o passado a um sistema único e singular é fazer injustiça em relação à variedade da história (Pollit e Bouckaert, 2004). Arrematam, ainda, falando que o modelo tradicional ou burocrático é uma “fantasia”, sem base na realidade:

*However, it is a long – and unjustified – leap from there to the idea that the governments of the industrialized world previously operated their public sectors as a Weberian-style*

---

<sup>4</sup> Também não há espaço para aprofundamento sobre o corpo de funcionários técnicos e estáveis, que é uma das dimensões do tipo ideal weberiano. Para se ter ideia do que propunha Weber, porém, transcreve-se trecho traduzido de sua obra: “No Estado moderno os únicos cargos para os quais não se exigem qualificações técnicas são os de ministro e presidente. O fato demonstra que são ‘funcionários’ apenas em sentido formal e não substantivamente, o mesmo se dando com o gerente ou presidente de uma grande empresa” (Weber, 1978, in Campos, Edmundo). E ainda: “A dominação burocrática significa socialmente: (1) a tendência de nivelamento através da possibilidade de recrutamento dos mais qualificados profissionalmente. (2) Tendência à plutocratização justificando uma formação profissional mais longa (durando o maior tempo possível — frequentemente até o final da trintena). (3) A dominação da impessoalidade formalista SINE IRA ET STUDIO, sem ódio e sem paixão, ou seja, sem “amor”, sem “entusiasmo”, submetida tão-somente à pressão do dever estrito. Sem consideração das pessoas, formalismo igual para todos, isto é, para todos os interessados que se encontrem na mesma situação de fato. Assim conduz sem ofício o funcionário ideal” (Weber, 1992:179-180).

*traditional bureaucracies, and are now able to move, without significant loss, to a new, modern type of organization which avoids all the problems of the past. As this book will continue to demonstrate, public sectors have not all come from the same place and are not all headed in the same direction. Modernization often involves loss as well as gains (Pollit e Bouckaert, 2004).*

Por outro lado, ainda que haja um grupo de críticos da burocracia, que propõem sua supressão, sobretudo o designado grupo dos *reinventors*, nos Estados Unidos, é fato que os políticos sempre reconhecerão que a eliminação da burocracia irá limitar diretamente o poder de ação do Estado e as políticas que suporta. A França, por exemplo, aumentou o tamanho de seu corpo administrativo em 25% nos últimos quinze anos (Suleiman, 2003). Em sistemas políticos centralizados, como Reino Unido e França, o papel da burocracia de estabelecer e manter o poder estatal é reconhecido (Pollit e Bouckaert, 2004). Além disso, a burocracia<sup>5</sup> é vista como um ator legítimo do Estado (Meier e Hill, 2005). Concluem os dois autores com um veredito final:

*In short, bureaucracy will continue to flourish in the twenty-first century for many of the same reasons that it has flourished in the last century, it facilitates the governance process in ways that other organizational forms does not. Challenges to bureaucracy will always be challenges at the margin, moving tasks from a public sector bureaucracy to a private sector one, for example. Underneath these cosmetic responses to reforms, however, one will still see Weberian bureaucracies continue to perform a myriad of tasks (Meier e Hill, 2005).*

Esclarecida a falsa questão sobre a superação do modelo burocrático, convém focalizar um pouco mais na autoridade racional legal e na própria legalidade. Já se disse que a autoridade racional legal é exercida a partir de normas abstratas e da obediência a uma organização formal e despersonalizada. O poder deriva da lei e é exercido em seus limites. Daí a importância da legalidade ou do Estado de Direito. A burocracia se baseia na dominação legal em virtude de estatuto, segundo Weber. A ideia básica é que qualquer direito pode ser criado e modificado mediante um estatuto sancionado corretamente quanto à forma. Obedece-se não à pessoa em virtude de seu direito próprio, mas à regra estatuída, que estabelece ao mesmo tempo a quem e em que medida se deve obedecer (Vasconcelos, 2004).

Considerando a premissa de que os Estados Modernos fundam-se na autoridade racional legal e que todo sistema de autoridade necessita de legitimidade, afirma-se que os Estados Modernos extraem legitimidade da noção de legalidade. Com efeito, as normas que compõem a base para a autoridade política devem ser institucionalizadas (ou formalizadas) numa constituição escrita (Lane,

---

<sup>5</sup> Como corpo técnico que compõe as organizações governamentais.

2005). Possivelmente a exposição mais clara sobre o princípio da legalidade nos sistemas de autoridade política seja encontrada em Hans Kelsen (Kelsen, 2000). Segundo ele, há uma norma básica superior, da qual deriva a validade de todas as demais normas inferiores. Assim, a norma inferior extrai fundamento de validade da norma imediatamente superior, numa hierarquia de normas – da Constituição Federal, passando às leis ordinárias, e chegando aos atos de regulamentação da lei e instruções internas das organizações administrativas. O modelo proposto por Kelsen não tem existência real, mas é uma interessante explicação sobre a noção da legalidade.

A respeito do conceito de legalidade, há um debate bastante complexo e interessante, mencionado por Jan-Erik Lane (2005). Lane propõe-se a investigar o que a autoridade racional legal envolve ou deve envolver no Estado Moderno – se apenas a legalidade estrita (*rule by law*) ou também a noção de democracia e de constituição (*rule of law*) – e propõe alargar a noção de autoridade racional legal (Lane, 2005)<sup>6</sup>. A questão principal é se a legitimação racional legal leva, necessariamente, a estados democráticos e constitucionais, sob a égide da *rule of law*. Considerando que a metade dos países no mundo não adere ao constitucionalismo, é evidente que a resposta é negativa. E conclui que regimes autoritários com base na autoridade legal racional têm sido encontrados em inúmeros países árabes e asiáticos. É nessa linha que Lane (2005) propõe os seguintes elementos do Estado Moderno, propondo expandir a noção estrita de legalidade de Weber: “*legality, rights, separation of powers, publicity and redress*” e “*legal review*”. Os direitos e garantias (*rights*) – do cidadão (direitos fundamentais), as competências e delegações dos órgãos e poderes políticos etc. – que devem ser reconhecidos pela ordem jurídica, são o segundo elemento. Há ainda o princípio da separação dos poderes, resultante da doutrina de Montesquieu, a publicidade dos atos do governante, a previsão de recurso para correção dos atos da administração pública, além do princípio do acesso ao Judiciário, como último guardião da ordem jurídica e constitucional (Lane, 2005)<sup>7</sup>.

Como dito, em síntese, a burocracia é uma forma de organização social que, particularmente desenvolvida na administração pública, é o meio para realizar-se, eficientemente, os propósitos políticos do governo, dada a racionalidade que a orienta, sob a égide da legalidade e tendo em conta as dimensões do Estado Moderno. O objetivo da burocracia, em última análise, é a eficiência. O que

---

<sup>6</sup> Do ponto de vista normativo, o Estado Democrático de Direito (*rule of law*) é a melhor solução, tendo sido recomendada fortemente por Kant, por exemplo (Lane, 2005). Os Estados Modernos deveriam agir em conformidade com o ordenamento jurídico, tendo seus poderes limitados pelas leis – “governo abaixo da lei”. O governo, assim, deveria agir com previsibilidade, imparcialidade e publicidade, como concebido por Kant (1996).

<sup>7</sup> A ênfase na legalidade justifica-se, no presente trabalho, em virtude de constituir a matéria prima da Advocacia de Estado. No Brasil, Advogados de Estado são participantes importantes do processo de formulação e implementação de políticas públicas, atuando juntamente com setores da administração pública e do governo e

se vê, porém, é que nem sempre as organizações burocráticas são eficientes. Esta é uma das razões pelas quais os paradigmas burocráticos vêm sendo questionados, principalmente a partir dos anos 80. Robert Merton (1968) fala em “disfunção”, para referir-se à conseqüência que se interpõe ao ajustamento, criando problemas na estrutura. Merton e Selznick, que constituíram o núcleo fundador da teoria organizacional de base sociológica nos Estados Unidos a partir dos anos 40, analisaram casos de radicalização e descontextualização dos objetivos e procedimentos burocráticos, que passam a ser objetivos em si, independentemente de sua finalidade, gerando altos níveis de ineficácia organizacional (Vasconcelos, 2004). A expressão disfunção burocrática, portanto, refere-se a problemas resultantes do funcionamento da organização burocrática. Sem dúvida, o excesso de formalismo na formulação e aplicação da lei – com desconexão das finalidades que legitimamente orientaram a produção jurídica (que é um processo complexo com participação de muitos atores) e perda de foco nos resultados da atuação governamental e administrativa –, pode ser estudada sob o viés da disfunção burocrática<sup>8</sup>. A questão específica da efetividade do direito é tema da Sociologia do Direito<sup>9</sup> (Guibentif, 1992). Considerando que a presente investigação, contudo, é voltada para a Ciência da Administração Pública, a atuação jurídica, de produção e aplicação do direito, é estudada sob o enfoque da gestão pública, considerando-se a Advocacia de Estado inserida na organização burocrática responsável pela formulação e implementação de políticas públicas. É nesse sentido que podem ser perquiridas as causas de tal disfunção. Com efeito, o corpo administrativo (a burocracia) é responsável pela implementação das políticas públicas. Na medida em que é instrumento de efetivação de políticas públicas definidas pelo governo, a excessiva autonomia e neutralidade desse corpo podem levar à desconexão da atuação administrativa em relação aos propósitos políticos e

---

zelandos pela conformação de programas de governo à Constituição Federal e legislação em geral, em todas as esferas da Federação brasileira: em nível federal, estadual e municipal.

<sup>8</sup> O PDRAE diagnostica: “Por outro lado, o controle - a garantia do poder do Estado - transforma-se na própria razão de ser do funcionário. Em conseqüência, o Estado volta-se para si mesmo, perdendo a noção de sua missão básica, que é servir à sociedade. A qualidade fundamental da administração pública burocrática é a efetividade no controle dos abusos; seu defeito, a ineficiência, a auto-referência, a incapacidade de voltar-se para o serviço aos cidadãos vistos como clientes. Este defeito, entretanto, não se revelou determinante na época do surgimento da administração pública burocrática porque os serviços do Estado eram muito reduzidos. O Estado limitava-se a manter a ordem e administrar a justiça, a garantir os contratos e a propriedade.”

<sup>9</sup> Segundo Pierrri Guibentif, “face à positivação do direito, é legítimo abordar a vida social enquanto relacionamento entre duas realidades heterogêneas: o jurídico e o social não jurídico. Segundo este modelo, as relações entre estas duas realidades devem ser reflectidas tendo em consideração tanto as correspondências – é óbvio que o custo aparelho de produção de direito positivo não subsistiria se não desempenhasse funções vitais nas nossas sociedades – como as indiferenças – a experiência imediata ensina-nos que, por importantes que sejam estas funções, o direito apenas parcialmente condiciona o nosso quotidiano. (...) Quando emergiu a sociologia do direito, enquanto disciplina autónoma, era basicamente motivada pela preocupação de captar melhor as manifestações de indiferença” (Guibentif, 1992).

legítimos em jogo. A propósito, Merton aborda especificamente o que refere como “devoção a regras” (Merton, 1968):

*... inadequacies in orientation which involve trained incapacity clearly derive from structural sources. The process may be briefly recapitulated. (1) An effective bureaucracy demands reliability of response and strict devotion to regulations. (2) Such devotion to the rules leads to their transformation into absolutes; they are no longer conceived as relative to a set of purposes. (3) This interferes with ready adaptation under special conditions not clearly envisaged by those who drew up the general rules. (4) Thus, the very elements which conduce toward efficiency in general produce inefficiency in specific instances. Full realization of the inadequacy is seldom attained by members of the group who have not divorced themselves from the meanings which the rules have for them. These rules in time become symbolic in cast, rather than strictly utilitarian.*

A discussão relativa ao papel da Advocacia de Estado e do próprio Direito Administrativo é evidenciada por MacLauchlan, referido em trabalho de Bertelli: *“One challenge lies with the government lawyer ‘to articulate legal advice and other legal services in terms that leave the ultimate choices with the responsible bureaucratic or political decision-makers”* (MacLauchlan, 1997).

A questão pode ser vista, também, sob o aspecto da atuação jurídica como política pública de regulação jurídico normativa (Gomes, 1998), sentido no qual está sujeita à avaliação, de acordo com as tendências gerencialistas de modernização do Estado. A avaliação de políticas públicas regulatórias normativas pode afigurar-se útil para amenizar ou combater as disfunções burocráticas acima expostas, nesse campo, conforme destaca o Prof. Salis Gomes (1998), mencionando trabalho de Derlien (1990):

*A importância conferida a partir da ideia do Estado liberal à legalidade das condutas, ‘criando uma teoria das formas jurídicas esvaziada de conteúdo e alheia aos fins da actividade administrativa’, contribuiu para que o Estado, excluída qualquer interacção com a sociedade civil (MONNIER), olhasse menos para o resultado das políticas públicas do que para o travejamento jurídico da sua actividade: ‘pensar em termos de programas (com objectivos definidos e projectos para os atingir) está fora do horizonte de quem se habituou a considerar as leis em princípio feitas para a eternidade (...) (DERLIEN).*

Valendo-se do reforço do Prof. Rui Machete (1991), Salis Gomes expõe que a administração pública portuguesa é exemplo da supremacia da legalidade, em detrimento dos resultados das políticas públicas, na medida em que o foco está no ato administrativo (tem papel central e é o

veículo normal do Poder Público). A ação é organizada por processos que terminam em atos administrativos, e não diretamente em função de resultados econômicos, sociais ou outros (Gomes, 1998)<sup>10</sup>. Por regulação jurídica entende-se, não apenas a lei, mas normações de qualquer gênero, como contratos, atos administrativos, sentenças, regulamentos, convenções coletivas de trabalho e acordos coletivos (Canotilho, 1991). Em última análise, ao se proceder à avaliação dos procedimentos legislativos e administrativos que constituem a regulação jurídica<sup>11</sup>, esta passa a ser, ela mesma, uma política pública, que seguirá métodos reportáveis à análise de políticas públicas e não ao Direito (Gomes, 1998). Não se pretendendo aprofundar a questão, importa destacar, por derradeiro, que a avaliação da regulação jurídica não é tarefa simples, dada a dificuldade de mensuração, sobretudo sob o critério da eficiência, da atividade normativa e legislativa (Gomes, 1998). A atividade jurídica do Estado e a legalidade serão abordadas, mais uma vez, no tópico 3.2, sob o enfoque mais específico da diretriz de gestão por resultados.

### **3. Diretrizes reformistas com repercussão imediata na atividade jurídica do Estado**

#### **3.1 A gestão por resultados e a avaliação na administração pública**

A partir da emergência da NPM<sup>12</sup>, principalmente nos anos 90, passou-se a falar em *public management policy*<sup>13</sup> para designar as recentes reformas nos países membros da OCDE no tocante à forma como as organizações públicas devem funcionar e os resultados que devem atingir. A expressão reflete a substituição da administração pública tradicional para algo como uma administração gerencial – *public management* (Jane, 2005). A avaliação da *performance* e a medição dos resultados da atuação administrativa e das políticas públicas são elementos centrais nas diversas iniciativas de reforma em muitos países (Pollit e Bouckaert, 2004). Prova da preocupação com os impactos da implementação das políticas públicas – *outcomes of implementation* – é a perspectiva iniciada por Pressman e Wildavsky, relativa a “*implementation gap*” – a distância entre os objetivos

---

<sup>10</sup> Complementando a ideia exposta por Rui Machete: “A preponderância de formalização, se aumentou a garantia dos cidadãos e o aperfeiçoamento do Estado de Direito, conduziu, em contrapartida, à segmentação das actividades e à sua excessiva autonomização em relação a acções complementares. Não raro há dactilógrafas capazes de escrever, mas não há máquinas ou vice-versa e, quando feitos os concursos, temos finalmente os funcionários, as máquinas já envelhecera. Os requisitos formais e probatórios requerem que o exercício do poder administrativo seja sempre documentado. O que não está escrito no processo não existe no mundo administrativo. As exigências de legalidade sobrelevam ao mérito da resolução cabal, atempada e eficaz das questões” (Machete, 1991). Ressalva-se, contudo, que notadamente a partir da entrada de Portugal na UE (em 1986), o país vem avançando muito na modernização da administração pública.

<sup>11</sup> A produção legislativa está inserida na regulação jurídica.

<sup>12</sup> *New Public Management*

<sup>13</sup> É a *re-engineering of government*.

formalmente definidos pelos formuladores da política pública e seus impactos reais (Pressman e Wildavsky, 1984).

A avaliação de *performance* não é nova na administração pública e desde o século XIX, por exemplo, há modelos de avaliação da *performance* de professores nos Estados Unidos e Reino Unido. Nas reformas ditas gerenciais, contudo, a partir dos anos 80 principalmente, o interesse na avaliação do setor público intensificou-se. A avaliação tem se tornado mais extensiva, com mais níveis e em mais campos. E também mais intensiva porque mais funções foram incluídas – não apenas o acompanhamento de políticas públicas, mas também a formulação, controle e ainda a *accountability* (Pollit e Bouckaert, 2004). A pressão pela definição de objetivos e padrões de avaliação nas atividades desenvolvidas pela burocracia introduz profundas mudanças nas organizações públicas, passando a critério para alocação de recursos e de recompensas individuais de servidores públicos (Carter, 1998). Outra diretriz central tem sido o alinhamento entre planejamento e gestão, favorecendo a intersetorialidade e a implementação da gestão voltada para os impactos e resultados planejados e esperados (Lustosa da Costa, 2007). A efetividade é outro eixo fundamental, na medida em que as políticas públicas cada vez mais têm seu desempenho avaliado pelos resultados efetivos que trazem aos cidadãos (exemplo de indicador de efetividade: reduzir a criminalidade, em contraposição a um indicador de eficiência: multiplicar presídios). Desse modo, para além da eficácia — constituída pela relação entre os produtos da ação governamental (os chamados *outputs*) e os insumos –, a ação efetiva é mensurada por indicadores de impacto<sup>14</sup>.

O desenvolvimento de um modelo de administração pública voltado para resultados passa pela compreensão do processo de produção de bens e serviços públicos e de implementação de políticas públicas. Com efeito, os insumos (*inputs*) são processados e transformam-se em atividades que geram um produto (bem ou serviço), os *outputs*. Estes produtos não costumam ser fins em si mesmos, na medida em que o foco central da política pública são os efeitos finais (*outcomes*), ou seja, os resultados da atuação governamental, que impactam a sociedade. Quanto mais os produtos forem a etapa final do processo, mais facilmente tendem a ser transferíveis para o setor privado. Há ainda quem sustente que uma última etapa seria, de fato, a garantia de um nível de confiança dos cidadãos no Estado (Bouckaert, 2005).<sup>15</sup> Indo além, propõe-se a construção de um elo também entre

---

<sup>14</sup> No Brasil, em nível federal, o PDRAE teve o importante papel de criar a ideia mobilizadora de uma administração voltada para resultados (Abrucio, 2007).

<sup>15</sup> Nesse mesmo texto, Bouckaert (2005) descreve os dois fossos que existiriam entre *inputs* e *outputs* e entre *outputs* e *outcomes*, na atuação administrativa e governamental: “*This results in a ‘First Grand Canyon’ in the public sector measurement system between outputs on the one side of the canyon, and a disrupted and distant, almost unreachable, but visible sequence of intermediate and ultimate effects and outcomes on the other side of the canyon. (...) One could say that even outcomes and effects are not an end in itself in the public sector. The ultimate ambition is to guarantee a functional level of trust by the members of a ‘res publica’ in the State, in all*

os resultados – *outputs* e *outcomes* – e as metas mobilizadoras (metas de desenvolvimento, que devem servir como elementos de convergência para os resultados intermediários relativos a programas, projetos e ações estruturadas) (Marini, 2004).

É nesse contexto de gestão governamental voltada para resultados de desenvolvimento que se desenvolvem concepções como a do governo em rede, ou governo matricial, que, tomado como forma de estrutura organizacional, representa uma alternativa às estruturas funcionais verticalizadas e hierarquizadas<sup>16</sup>. As redes não substituem as organizações piramidais nem são alternativas viáveis para todos os tipos de organizações e objetivos (Marini, 2004). A ação pública, cada vez mais, é vista como conjunto de ações coletivas que se concretizam em programas transversais, que implicam redes de atores heterogêneos, onde se fazem presentes procedimentos de negociação (Gomes, 2003).

A mudança de foco na administração pública – da centralidade do ato administrativo para programas de governo (políticas públicas) – é essencial neste processo<sup>17</sup>. O programa é um conjunto articulado de ações (relativas a investimentos, despesas correntes e outras ações não orçamentárias), para o alcance de um objetivo, concretizado em resultados (que são a solução para um problema ou o atendimento de uma demanda da sociedade) (Garces e Silveira, 2002). A política pública ganha papel de destaque<sup>18</sup>. Com efeito, compreender-se que as políticas públicas são implementadas a partir de decisões políticas relativas a um número de formas alternativas de produção de serviços e bens evidencia, a um, o equívoco de se entender que a implementação de políticas públicas é atividade apolítica ou meramente administrativa (Lane, 2005); e a dois, que estamos a falar de processo, do qual participam inúmeros atores (áreas setoriais de organizações públicas, setor privado e organizações sociais), no qual o foco são os impactos e resultados finais; daí as noções de eficiência, eficácia e, sobretudo, de efetividade das políticas públicas, cujos indicadores são construídos ao longo deste processo.

O tema em foco tem repercussão e vinculação direta com a atividade jurídica desenvolvida pela Advocacia de Estado e com o princípio da legalidade, sustentáculo do Estado Moderno:

---

*its institutions and organizations, but especially in its public institutions and organizations. Again, linking effects to trust is the ‘Second Grand Canyon’ in the public sector”* (Bouckaert, 2005).

<sup>16</sup> O aprofundamento do tema refoge ao objeto da investigação. Apenas para elucidar um pouco melhor, já concluindo este ponto, o governo matricial constitui-se de “arranjos multi organizacionais para resolver problemas que não podem ser abordados, ou abordados facilmente, através de uma única organização” (Agranoff & McGuire, 2001).

<sup>17</sup> O PPA do Governo Federal – “Avança Brasil” – e o Programa “Brasil em Ação”, referidos no capítulo 1, consistiram o cerne do modelo de gestão empreendedora que se pretendeu adotar depois do PDRAE (Lustosa da Costa *et al*, 2007).

<sup>18</sup> O estudo da política pública, nos anos 80, passou a ser tema central da administração pública, valendo-se de conceitos utilizados nas diversas ciências sociais. Desde o início, assim, destaca-se a interdisciplinariedade do estudo da política pública. Não por acaso houve maior resistência ao conceito em países da Europa continental,

A orientação com vista aos resultados e a eficácia pretendida pela nova gestão pública têm incidências sobre a concepção dos mecanismos de controlo e avaliação. Com a flexibilização das regulamentações burocráticas e a outorga duma responsabilidade operacional crescente a entidades administrativas descentralizadas e independentes, o controlo de legalidade das actividades tende a ser ultrapassado pelo dos seus *outputs* e *outcomes*.

...

Aspectos chaves da Administração do Estado Liberal – lei fundada na razão universal, ausência de interacção com a sociedade civil, papel central do acto administrativo como corpo da decisão final – têm resistido à mudança. É muito lentamente que vemos emergir os elementos característicos de um novo ordenamento – lei fundada na racionalidade técnico-económica, composição dos interesses públicos e privados em causa, papel central do procedimento. Só a partir do momento em que é feita a integração da lei na reflexão sobre políticas públicas, só a partir do momento em que a lei é vista como instrumento privilegiado para a realização de políticas públicas num Estado de direito, só a partir daí estão criadas as condições para o desenvolvimento cabal da avaliação de políticas públicas (Gomes, 2003).

A nova tendência não traz em si a ideia de desprezo ao direito, mas de concebê-lo como instrumento a serviço das políticas públicas e da gestão:

Nem poderia ser de outro modo, já que, num Estado de direito ‘não é concebível uma reforma administrativa sem modificação do quadro jurídico através do qual a administração se inscreve na realidade social e a ‘constitui’ como entidade actuante’ (Chevallier, 1989:299).

Na linha destas tendências, é possível indagar-se se a Advocacia de Estado – que participa dos processos de delineamento de programas, desenvolvimento de metas, elaboração de anteprojetos de leis orçamentárias e dos planos plurianuais (PPAs), dentre outras actividades relacionadas a planeamento, execução e avaliação de políticas públicas –, sofre os efeitos transformadores da administração pública, especificamente no tocante à gestão voltada para resultados. Em outro dizer, afigura-se-nos bastante útil e atual investigar o papel da Advocacia de Estado, no contexto de mudança do setor público de “uma cultura administrativa para uma cultura de gestão e duma cultura de mera aplicação das normas para uma cultura de avaliação de desempenho” (Gomes, 2003).

---

de tradição predominantemente legalista, nada obstante também o conceito tenha evoluído ao longo do tempo, deslocando-se o foco central e exclusivo na lei e originária do parlamento (Bilhim, 2008).

### 3.2 Reforma da regulação (“desregulação”)

Conforme exposto no primeiro capítulo, a partir dos anos 70, a eficiência do Estado e seu papel “beneficente” começam a ser questionados. Até então, cabia ao Estado corrigir as falhas de mercado, por meio de sua intervenção direta. A posse de certos meios de produção pelo Estado era considerada estratégica, porque lhe dava condições de planejar a estrutura econômica e proteger o interesse público contra os poderosos interesses privados (Antunes). Teóricos da escolha pública passaram a identificar falhas no setor público. As empresas estatais começaram a ser questionadas, porque não conseguiam atingir seus objetivos sociais, nem econômicos, por sua falta de responsabilização e por sua tendência a serem capturados por sindicatos e por políticos (Majone, 1996). O fracasso da experiência socialista de Mitterrand, na França, em 1981-1982, reforçou a ideia de que o redistributivismo keynesiano já não cabia mais para um país tão integrado nas economias europeia e mundial (Majone, 1999).

À medida que o Estado deixa de fornecer bens e serviços públicos – seja pela terceirização ou pela privatização, amplia-se a atuação por meio da regulação. Em outro dizer, o Estado assume, crescentemente, função reguladora, em substituição à produção direta de bens e serviços, estabelecendo a sua relação com o setor privado e a sociedade em geral, num quadro de governança (Gomes, 2003). É o que destaca Majone, um estudioso da regulação: “*the rise of the regulatory state reflects the policies of downsizing traditional public administration through New Public Management* (Majone, 1996). No Reino Unido, por exemplo, enfatiza-se o papel das agências reguladoras como controladoras das empresas fornecedoras de bens e serviços públicos (Lane, 2005).

No Brasil, com o PDRAE, o modelo organizacional adotado nesse processo foi o de agencificação – criação de agências reguladoras setoriais (espécies de autarquias especiais), que passam a desempenhar funções de concessão e fiscalização de atividades e direitos econômicos; elaboração de normas e condução de procedimentos com força legal; e julgamento e imposição de penalidades, além da interpretação de contratos e obrigações. No campo jurídico, essa multifuncionalidade é descrita como resultado da outorga de competência normativa sobre um dado setor. A ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica – surgiu neste contexto, tendo sido implantada em dezembro de 1997<sup>19</sup>.

A regulação é a forma de intervenção do Estado voltada para a correção de disfunções e desequilíbrios no campo social e econômico, de forma indireta, sobretudo por meio da produção de legislação e normas, ou seja, da regulação jurídica<sup>20</sup>. O núcleo da regulação relaciona-se sempre a

---

<sup>19</sup> Conforme se verá no capítulo III, a partir de 2002, com o novo governo, os limites da delegação e da autonomia das agências passaram a ser melhor definidos, bem assim a questão da separação entre formulação e execução de políticas públicas, o que é bastante expressivo no novo marco regulatório do setor elétrico.

<sup>20</sup> A qualidade da regulação jurídica é ponto comum na agenda de reformas da administração pública, identificando-se o problema da inflação legislativa: “... inflação legislativa identifica-se com excesso de produção normativa; no segundo sentido, significa excesso de regulação com a força de lei” (Gomes, 2000).

comando e controle – *command and control regulation (CAC regulation)* (Black, 2002). A definição mais estrita de regulação considera-a simplesmente como o conjunto de normas jurídicas provenientes do Estado<sup>21</sup>. Em concepção diversa, fala-se em “regulação descentralizada”, reforçando-se a ideia de que a regulação não é predominante ou exclusiva atividade do Estado (Black, 2002)<sup>22</sup>. Isso se traduz em reconhecer que os sistemas regulatórios existentes na sociedade são tão ou mais importantes que a regulação realizada pelo Estado (Nader e Nader, 1985)<sup>23</sup>. O conceito de regulação pode ser, em direito, definido sob duas óticas: dum ponto de vista externo, como um meio de determinar ou influenciar condutas mediante a difusão de modelos; e dum ponto de vista interno, como o conjunto de dispositivos que mantêm a coesão do direito como um sistema (Gomes, 1998).

Pode-se classificar a intervenção do Estado na economia, segundo as modernas teorias de política econômica, em três modalidades, sendo uma delas a regulação de mercados, além da redistribuição de renda (que tem cunho social) e a estabilização macroeconômica (Majone, 1999). São características de um “Estado regulador”: liberalização, privatização, desregulação e reformulação dos esquemas de bem estar característicos do Estado Providência. Paradoxalmente, há crescimento expressivo das políticas de regulação. Paradoxo apenas aparente porque o que aconteceu, de fato, não foi o desaparecimento da regulação estatal, mas sua transformação radical<sup>24</sup>. Esse processo é comumente chamado de desregulação, o que se deu apenas na fase inicial, transformando-se depois em reforma da regulação (Antunes). A alusão a um processo mais maduro de gestão da regulação, em que a abordagem sistêmica dos problemas ganha relevância, foi exposto pela OCDE, num comparativo entre “desregulação”, “reforma da regulação” e “gestão da regulação” (Antunes). Segundo a PUMA/OCDE, a característica da reforma da regulação é estar orientada para os resultados, mas limitada aos efeitos dos instrumentos reguladores; enquanto que a gestão da regulação estaria focada em resultados, tendo em conta os objetivos integrados das políticas (Antunes). A OCDE define a reforma da regulação em seus países membros segundo o conceito da “qualidade da regulação”:

*... based on a proactive role of government in establishing effective, market-oriented regulatory, competition, trade and investment regimes and institutions, as well as high*

---

<sup>21</sup> A regulação jurídica costuma ter prevalência em países que adotam a *Civil Law*, como o Brasil.

<sup>22</sup> “*Government does not have a monopoly on the exercise of power and control. Rather it is dispersed between social actors and between actors and the state*” (Black, 2002).

<sup>23</sup> O tema é complexo e não será desenvolvido no presente trabalho. O conceito de regulação e de direito, bem assim o relacionamento entre ambos, varia, a depender da adoção de concepção pluralista ou monista do Direito e, na mesma linha, da *decentred regulation* ou da *centred regulation* (Black, 2002). Considerando o objetivo da investigação, a abordagem da regulação produzida pelo Estado é suficiente e bastante, tanto mais por conta da adoção, no Brasil, do sistema da *Civil Law*.

<sup>24</sup> Daí a referência, no título do presente tópico – reforma da regulação, que se entende seja mais apropriado.

*standards of social and environmental protection. Deregulation is a subject of regulatory reform and refers to complete or partial elimination of regulation to improve economic performance* (OCDE, 2002).

A distinção é relevante:

A verdade é que, neste período, métodos tradicionais de regulação e de controle estavam ruindo sob a pressão de potentes forças tecnológicas, econômicas e ideológicas, e foram desmantelados ou radicalmente transformados. Isto é frequentemente chamado “desregulação”, mas o termo é enganador. O que se observa na prática não é um desmantelamento de toda a regulação governamental — uma volta a uma situação de *laissez-faire* que na realidade nunca existiu na Europa — mas, em vez disso, uma combinação de desregulação e nova regulação, possivelmente em um nível diferente de governança (Majone, 1999).

Tendências menos liberais, que atribuem ao Estado o papel central de regulação das atividades econômicas, de redistribuição e compensação social – dentre as quais a *New Public Service* e a Governança – sustentam que o mais adequado é a reforma da regulação, ou seja, a melhoria de sua qualidade, com ênfase na regulação jurídica, com simplificação da linguagem e dos procedimentos, a redução da legislação em vigor ou os processos de codificação, consolidação e republicação (Gomes, 2003). Um exemplo dessa transformação é a substituição de normas ambientais por cobrança pela poluição. Mantém-se alguma forma de regulação estatal (Majone, 1999). O problema da inflação normativa, bem abordado por Salis Gomes (2000), é consequência de vários fatores. O primeiro e mais evidente foi o desenvolvimento do Estado Providência, que exigiu uma multiplicação de normas para o competente enquadramento jurídico. A lei torna-se um instrumento operativo de transformação e de governo, visando a corrigir as distorções do mercado e impondo limites aos direitos individuais, em nome da igualdade formal e material. No plano das instituições comunitárias, a preocupação prioritária com a reforma da regulação levou o Parlamento Europeu a editar três resoluções buscando racionalizar e melhorar a qualidade da produção normativa no âmbito comunitário e dos países membros (Gomes, 2000). Segundo relatório da OCDE, um programa eficaz de reforma da regulação deve apresentar as seguintes características: ser apoiado por uma política explícita do alto escalão governamental; ser orientado e supervisionado por organismos centrais que tenham ligação com órgãos influentes no centro do governo; visar regulações existentes e futuras; visar à definição de custos de funcionamento e dos custos dinâmicos da regulação; aplicar método coerente em todo o conjunto da administração pública; e ser transparente (OCDE, 1997).

Uma das estratégias destacadas nesse processo de aperfeiçoamento da regulação é a análise de impacto da regulação, aspecto diretamente relacionado com a gestão por resultados e a avaliação de políticas públicas, conforme visto anteriormente (Gomes, 2000).

Conforme dito, dentre os inúmeros fatores para o desenvolvimento do Estado regulador está o fracasso da regulação por meio da propriedade de empresas estatais e, no âmbito dos países da UE, a europeização da formulação de políticas e da regulação, gerando um aumento, sem precedentes, dos Estados reguladores nacionais:

A importância da normatividade na CE é mostrada, em primeiro lugar, pelo crescimento quase exponencial, durante as três últimas décadas, do número de diretrizes e regulamentos produzidos pelas autoridades de Bruxelas a cada ano. Como resultado, até 1991, a CE estava introduzindo no corpo do direito francês mais regras do que as próprias autoridades nacionais: estima-se que hoje em dia somente 20% a 25% das normas legais aplicáveis na França sejam promulgadas pelo governo nacional sem qualquer consulta prévia a Bruxelas (*Conseil d'Etat*, 1993). No entanto, à medida que o programa de mercado único ultrapassou seu apogeu, o crescimento das diretrizes da CE/UE diminuiu seu ritmo e algumas foram retiradas em nome da subsidiariedade (Majone, 1999).

Majone (1999) expõe as diferenças entre o intitulado Estado positivo (interventor) e o novo Estado regulador (quadro 2.2).

### Quadro 1: Comparando dois modelos de governança

Modelos	Estado positivo	Estado regulador
<b>Itens comparados</b>		
<i>Funções principais</i>	Redistribuição, estabilização macroeconômica.	Corrigir falhas de mercado.
<i>Instrumentos</i>	Tributação (ou tomar fundos emprestados) e dispêndio.	Formulação de regras.
<i>Arena principal de conflito político</i>	Alocações orçamentárias.	Revisão e controle da formulação de regras.
<i>Instituições características</i>	Parlamento, departamentos ministeriais, empresas nacionalizadas, serviços de bem-estar social.	Comissões parlamentares, agências e comissões independentes, tribunais.
<i>Atores-chave</i>	Partidos políticos, funcionários públicos, grupos corporativos.	Movimentos em prol de questões singulares, reguladoras, peritos, juizes.
<i>Estilo de políticas</i>	Discrecionário.	Limitado por regras, legalista.
<i>Cultura de políticas</i>	Corporativista.	Pluralista.
<i>Responsabilização política</i>	Direta	Indireta

Quadro 2.1. Fonte: Majone, 1999

A crítica que se faz comumente é que o Estado não tem conhecimento suficiente para identificar as causas dos problemas e as soluções mais adequadas, realizando regulação inapropriada, prendendo-se à visão de que o Estado impõe políticas, unilateralmente, ao contrário das tendências mais recentes de participação e gerenciamento da conflitualidade de interesses particulares, a que se aludiu acima, e que são a base da *New Public Service* e da *Governance*. Como solução, propõem-se formas de conciliar representação democrática e independência das agências reguladoras (Majone, 1999):

Em conclusão, o problema normativo chave do Estado regulador é como a independência e a responsabilização democrática das agências podem se tornar valores complementares que se reforçam um ao outro e não valores antitéticos. Tentei mostrar que a independência e a responsabilização podem ser conciliadas por meio de uma combinação de mecanismos de controle, mais que por meio de supervisão exercida a partir de qualquer ponto determinado do sistema político, quais sejam objetivos estatutários claros e limitados para proporcionar normas de desempenho que não sejam ambíguas; exigências de fornecer razões para decisões e exigências em termos de transparência para facilitar o exame judicial e a participação pública; disposições relativas ao processo legal para assegurar a justiça entre os inevitáveis ganhadores e perdedores de decisões reguladoras; profissionalismo para resistir à interferência externa e para reduzir o risco de um uso arbitrário da discricção de que dispõem as agências. Quando um sistema desses, de controles múltiplos, funciona como deve, ninguém controla uma agência; no entanto, a agência está “sob controle” (Moe, 1987).

O que se vê é a tendência, crescente, de que a regulação, de modo geral, sobretudo a regulação jurídica, seja também objeto de avaliação, do ponto de vista dos custos, da eficácia e de seus impactos, sendo tratada como política pública que deve voltar-se para resultados (Gomes, 2000)<sup>25</sup> – resultados de desenvolvimento, na expressão de Marini (2004). O desafio à Advocacia de Estado brasileira, com competência para o assessoramento e consultoria jurídica aos governos e à administração pública, parece sinalizar para o acompanhamento dessa tendência de comunicação “dialógica” com os cidadãos, na base legal da atividade administrativa e na transformação de leis e

---

<sup>25</sup> “Sabemos que a avaliação é essencial para racionalizar o modo de elaboração e garantir a qualidade da regulação jurídica. Mas, nos critérios de avaliação, importa ter presente que a qualidade não se define apenas em função de determinadas características técnicas. Na medida em que a regulação jurídica é limite e instrumento de políticas públicas, a sua qualidade tem necessariamente como pontos de referência os valores que informam tais políticas” (Gomes, 2000).

regulamentos como quadro pré definido na criação interativa de normas adequadas às expectativas de qualidade dos cidadãos (Bouckaert, 1995)<sup>26</sup>.

#### **4. A advocacia de Estado brasileira em nível federal**

Na medida em que se propõe realizar estudo exploratório, sob enfoque sociológico e de gestão, da atividade jurídica desempenhada pelos advogados de Estado em nível federal, é relevante expor, sucintamente, o que fazem tais servidores públicos; a forma de seleção de tais profissionais e o regime jurídico que os rege; além da composição e das competências da Advocacia-Geral da União e seus órgãos vinculados.

A Advocacia-Geral da União foi instituída pela Constituição Federal de 1988, no art. 131, em seção intitulada “Da Advocacia Pública”, compondo, ao lado do Ministério Público, da Advocacia e da Defensoria Pública, o capítulo reservado às Funções Essenciais à Justiça. Em capítulo diverso encontram-se disciplinados o Poder Executivo (Presidente da República e Ministros de Estado), o Poder Legislativo (Congresso Nacional) e o Poder Judiciário (órgãos jurisdicionais). O referido art. 131 dispõe sobre a forma de ingresso de seus advogados nas categorias iniciais das carreiras da instituição e contém a competência da Advocacia-Geral da União:

Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

§ 1º - A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§ 2º - O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.

§ 3º - Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.

A Advocacia-Geral da União, portanto, é responsável pela defesa da União em juízo e também pela consultoria e assessoramento jurídicos ao Poder Executivo – Presidente da República,

---

<sup>26</sup> “O direito negociado, consensual, ajusta-se a uma “governança em rede”, cujas regras de conduta traduzem a emergência de um Estado mediador que procura dar estabilidade aos acordos auto-reguladores surgidos em múltiplos espaços onde se diluem as fronteiras entre público e privado. Pela qualidade deste direito “líquido”, pela sua definição em relação a valores, passa a reforma do Estado e a redefinição estratégica da gestão pública” (Gomes, 2000).

Vice-Presidente, seus Ministros de Estados e órgãos ministeriais<sup>27</sup>. Além disso, por intermédio dos órgãos vinculados à AGU – Procuradoria-Geral Federal e Procuradoria-Geral do Banco Central – responde também pela defesa judicial, consultoria e assessoramento jurídicos das autarquias e fundações públicas federais<sup>28</sup>. A organização e funcionamento da AGU constam da Lei Complementar n.º 73, de 10 de fevereiro de 2010. Cada ministério possui uma consultoria jurídica específica, que é órgão de execução da AGU na estrutura do ministério<sup>29</sup>. De fato, os consultores jurídicos e as consultorias jurídicas antecedem à criação da própria AGU, fazendo parte da estrutura dos ministérios pelo menos desde 1967 (no Decreto-Lei 200)<sup>30</sup>. No caso específico do Ministério de Minas e Energia, o Decreto 507, de 23 de abril de 1992, trata da Consultoria Jurídica como órgão de assistência direta e imediata ao Ministro. A Consultoria-Geral da União é o órgão de direção superior da AGU, da qual fazem parte todas as Consultorias Jurídicas (localizadas em Brasília) e Núcleos de Assessoramento Jurídicos (órgãos de consultoria dos órgãos ministeriais nos Estados). À Procuradoria-Geral da União, com suas Procuradorias, compete a representação judicial da União. O Banco Central do Brasil, que é uma autarquia federal, conta com a Procuradoria-Geral do Banco Central; as demais autarquias e fundações públicas são de competência da Procuradoria-Geral Federal (por suas Procuradorias Especializadas, localizadas na estrutura das autarquias, ou pelas Procuradorias Federais)<sup>31</sup>. Há carreiras específicas exercendo, ordinariamente, as atribuições em cada um destes órgãos: Advogados da União atuam nas Consultorias Jurídicas e Procuradorias da União; Procuradores do Banco Central atuam no Banco Central; Procuradores Federais atuam nas demais autarquias, inclusive agências reguladoras; e Procuradores da Fazenda Nacional atuam no Ministério da Fazenda (competência em assuntos tributários). Tais profissionais, portanto, são servidores

---

<sup>27</sup> Atualmente, o Poder Executivo está subdividido nos seguintes ministérios: Agricultura, Pecuária e Abastecimento; Cidades; Ciência e Tecnologia; Comunicações; Cultura; Defesa, Desenvolvimento Agrário; Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior; Desenvolvimento Social e Combate à Fome; Educação; Esporte; Fazenda; Integração Nacional; Justiça; Meio Ambiente; Minas e Energia; Pesca e Aquicultura; Planejamento, Orçamento e Gestão; Previdência Social; Relações Exteriores; Saúde; Trabalho e Emprego; Transportes; e Turismo.

<sup>28</sup> As autarquias são pessoas jurídicas de direito público, criadas por leis, que têm finalidades específicas relativas à execução de determinadas políticas públicas. As agências reguladoras são classificadas como autarquias especiais, por serem dotadas de maior autonomia.

<sup>29</sup> À exceção do Ministério da Fazenda, cuja consultoria é realizada pela própria Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, que já existia, anteriormente à criação da AGU. Ambos – Consultorias Jurídicas e Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – tornaram-se, posteriormente, órgãos de execução da AGU, com o advento da Lei Complementar 73, de 1993.

<sup>30</sup> A Consultoria Jurídica do Ministério de Minas e Energia, objeto específico da presente investigação, é anterior à criação da própria AGU.

<sup>31</sup> Veja-se a Lei 10.480, de 02 de julho de 2002.

públicos estáveis, regidos por regime jurídico específico, remunerados por subsídio<sup>32</sup> e com atuação exclusiva na AGU e seus órgãos vinculados.

No tocante à consultoria e assessoramento jurídicos, os advogados de Estado examinam minutas de atos e processos administrativos, buscando realizar o controle prévio de legalidade da atuação administrativa e governamental. Há análises obrigatórias e vinculantes, como nas hipóteses de editais de licitações e contratos<sup>33</sup>, e há pareceres meramente opinativos. O que se vê, portanto, é que a AGU participa diretamente da formulação e implementação de políticas públicas em nível federal, conformando-as do ponto de vista jurídico constitucional.

## **5. A investigação das transformações no papel da advocacia de Estado**

A partir desse quadro teórico, verifica-se a importância e a atualidade do estudo exploratório da atividade de consultoria e assessoramento jurídicos, desempenhados pelos advogados de Estado, sob o enfoque da gestão pública. Por meio da análise da atuação da Advocacia-Geral da União na etapa inicial de modelagem do leilão de concessão, para implantação de UHEs, pretende-se investigar: o que orienta o advogado de Estado nas manifestações jurídicas que produz; o conteúdo das notas e pareceres jurídicos; o que é considerado prioritário em tais análises jurídicas; a postura e o comportamento do advogado de Estado no desenvolvimento de políticas públicas e programas de governo; qual o papel da AGU ao longo desse processo; dentre outros aspectos. Diante dos novos paradigmas da administração pública, expostos acima, propõe-se conhecer a atuação desenvolvida

---

<sup>32</sup> O subsídio é a remuneração por parcela única (“O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI”, art. 39 § 4.º). As carreiras da AGU são obrigatoriamente remuneradas por subsídio, nos termos do art. 135 da Constituição Federal.

<sup>33</sup> A Lei de Licitações e Contratos – Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993 – no art. 38, parágrafo único, dispõe que “as minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração”. A Lei Complementar n.º 73/93 – Lei Orgânica da AGU – por sua vez, no art. 11, preceitua que às Consultorias Jurídicas compete: I - assessorar as autoridades indicadas no caput do artigo; II - exercer a coordenação dos órgãos jurídicos dos respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas; III - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e dos demais atos normativos a ser uniformemente seguida em suas áreas de atuação e coordenação quando não houver orientação normativa do Advogado-Geral da União; IV - elaborar estudos e preparar informações, por solicitação de autoridade indicada no caput deste artigo; V - assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados, e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua coordenação jurídica; VI - examinar, prévia e conclusivamente, no âmbito do Ministério, Secretaria e Estado-Maior das Forças Armadas: a) os textos de edital de licitação, como os dos respectivos contratos ou instrumentos congêneres, a serem publicados e celebrados; b) os atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade, ou decidir a dispensa, de licitação.”

pelo órgão que presta consultoria e assessoramento jurídicos junto ao Ministério de Minas e Energia que, conforme se verá no capítulo seguinte, é o órgão competente para definir as diretrizes e a sistemática do leilão de energia elétrica, de acordo com o novo modelo do setor elétrico. Perguntas de partida como: – o advogado de Estado, ao examinar determinado ato ou processo administrativo, tem em mente a política pública e os impactos planejados pelo governo?; – houve mudança na forma de participação do advogado de Estado, passando a acompanhar o desenvolvimento da política pública, *pari passu*, ao invés de realizar a análise meramente formal, *a posteriori*?; – a atuação do advogado de Estado passou a levar em conta a multidisciplinariedade presente no desenvolvimento das políticas públicas, em seu mister de conformá-la juridicamente, ou suas análises são restritas ao campo do direito?

Partindo do marco inicial da reforma gerencial no Brasil, será oportuno também investigar a participação dos órgãos da AGU no complexo processo que resultou no novo modelo regulatório do setor elétrico, de 2002, que de certa forma consolida o modelo de concessão para o setor privado, sob forte regulação estatal. Ainda que não sejam formuladas hipóteses iniciais, é importante registrar que o presente capítulo contém questões que irão direcionar a parte empírica da presente investigação, notadamente nas entrevistas, conforme melhor detalhado no capítulo 4. Além disso, tais questões podem tornar-se hipóteses de investigações futuras a respeito do papel da advocacia de Estado.

O próximo passo será apresentar a estrutura governamental responsável pelo setor elétrico no Brasil, inclusive a criação e implantação da agência reguladora responsável pela execução de tais políticas – a ANEEL, além de expor o que vem mudando no tocante à implantação de UHEs no país, notadamente as mudanças operadas a partir de 1995, com a crescente privatização do setor e o novo marco regulatório de 2002. Este é o objeto do próximo capítulo.

## **CAPÍTULO III – ESTRUTURA E FUNCIONAMENTO DO SETOR DE ENERGIA BRASILEIRO**

### **1. O setor de energia elétrica nacional e o contexto econômico e político em 1990**

No Brasil, os serviços de energia elétrica são realizados diretamente pela União ou são transferidos a terceiros, com delegação de competência pública (Loureiro, 2009)<sup>1</sup>. A Constituição Federal em vigor, de 1988, dispõe, no art. 21, inciso XII, “b”, que compete à União “explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão (...) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos”<sup>2</sup>. O art. 176, § 1.º, preceitua que o aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica somente poderá ocorrer por concessão ou permissão da União. A CF 88 também dispõe, no mesmo artigo, que a propriedade dos potenciais de energia hidráulica é distinta da propriedade do solo, pertencendo à União. As indústrias elétrica, do petróleo e do gás, para ficar apenas na área energética, desenvolvem-se com modelo de titularidade das atividades econômicas pelo Poder Público, no caso o Governo Federal brasileiro (a União), em regime de exclusividade jurídica<sup>3</sup>.

Por um longo período, a experiência brasileira com monopólio público na indústria elétrica operou bem, promovendo a expansão da capacidade de fornecimento de eletricidade em mais de 500%, desde 1973, segundo o Balanço Energético Nacional de 2004. O modelo, até então, era predominantemente de geradoras sob controle federal (União) e de distribuidoras sob controle estadual (Estados da Federação), à exceção de CESP, CEMIG, CELG e COPEL, que eram verticalmente integradas e tinham uma grande capacidade de geração instalada. Com efeito, cada Estado da Federação possuía pelo menos uma empresa de energia elétrica operando sobre uma área de concessão bem definida, que geralmente correspondia ao território do Estado. O Governo Federal controlava, também, toda a pesquisa e desenvolvimento de novos empreendimentos elétricos e o

---

<sup>1</sup> Considerando tratar-se de investigação na área da Ciência da Administração, não se adentrará em considerações sobre a natureza de tais atividades como serviço público, bastando registrar que se tratam de serviços de monopólio estatal, de execução delegável ao setor privado ou simplesmente sujeitos à prévia permissão ou autorização estatal (Girardi, 2003).

<sup>2</sup> Segundo Loureiro, “a Constituição não aferrou à indústria um regime jurídico de direito público, nos moldes do art. 175, embora tenha mantido o Estado como obrigado a prestar e oferecer os serviços de energia – por si ou por terceiros que lhe façam as vezes” (Loureiro, 2009).

<sup>3</sup> Quando o serviço é prestado por empresa estatal, entende-se que não há, juridicamente, uma concessão, sobretudo se for da mesma esfera do titular da competência, no caso, a União. A questão é controvertida e refoge ao escopo do presente trabalho, registrando-se apenas a posição majoritária no sentido de que as empresas estatais são manifestações da atuação direta da União, instrumentos de políticas públicas do titular do serviço, e o regime jurídico das empresas estatais federais é diverso daquele próprio das empresas privadas concessionárias (Loureiro e Rodrigues, 2007).

direito de autorizar concessões ou realizar por conta própria a expansão do sistema (Correia *et al*, 2006). Nessa realidade intervencionista do Estado no setor energético, considerava-se supérfluo e redundante manter controles estatais específicos sobre seu desempenho, ou seja, a atuação regulatória do Estado (Figueiredo, 2003). Também por essa razão, até 1995, não havia licitação organizada pelo Estado para justificar a prestação do seu serviço pela empresa estatal, diferentemente do que passa a ocorrer, sobretudo a partir de 2004, conforme detalhado adiante<sup>4</sup>. A concessão para exploração do serviço público de energia elétrica relativo ao aproveitamento de energia hidráulica era disciplinada pelo Código de Águas, Decreto n.º 24.643, de 10 de julho de 1934, com as alterações do Decreto-lei n.º 852, de 1938, e Decreto-lei n.º 3.763, de 1941. Previa o Código de Águas, com efeito, que as concessões seriam outorgadas por decreto do Presidente da República, referendado pelo Ministro da Agricultura. Tal competência poderia ser transferida aos Estados, nos termos do art. 191 do referido código, até a potência de 10.000 kilowatts (art. 193). As concessões para produção, transmissão e distribuição da energia hidroelétrica, para quaisquer fins, teriam prazo normal de 30 anos, podendo excepcionalmente chegar a até 50 anos<sup>5</sup>.

O Ministério de Minas e Energia (MME) é responsável pelos assuntos relacionados à exploração mineral e geração energética, desde a sua criação, em julho de 1960<sup>6</sup>. Foram incorporados ao MME órgãos então existentes, como o Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica (CNAEE)<sup>7</sup>, ficando vinculados ao ministério, ainda, a Companhia Vale do Rio Doce S.A (estatal, à época), a Petróleo Brasileiro S.A (Petrobrás) e a Companhia Hidrelétrica do São Francisco (Chesf). O Ministério de Minas e Energia tem como empresas vinculadas a Eletrobrás e a Petrobrás, que são de economia mista. A Eletrobrás, por sua vez, controla, as empresas Furnas Centrais Elétricas S.A., Chesf, Companhia de Geração Térmica de Energia Elétrica (CGTEE), Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. (Eletronorte), Eletrosul Centrais Elétricas S.A. (Eletrosul) e Eletrobrás Termonuclear S.A. (Eletronuclear).

---

<sup>4</sup> Tais considerações são importantes para explicar a menor participação do Ministério de Minas e Energia na fase inicial de modelagem da prestação do serviço público e geração de energia elétrica, nessa época, diferentemente do que ocorre mais recentemente, com o exemplo da UHE Jirau, dificultando a comparação de períodos diferentes, como inicialmente se planejava.

<sup>5</sup> A Eletrobrás só seria criada em 1961, pela Lei 3.890-A, de 25 de abril de 1961, valendo o registro de que o modelo de concessão delineado no Código de Águas, *a priori*, não pressupunha geração, distribuição e transmissão por empresas estatais.

<sup>6</sup> Lei 3.782, de 22 de julho de 1960. Anteriormente, os assuntos de minas e energia eram de competência do Ministério da Agricultura.

<sup>7</sup> O CNAEE foi criado em 1939, como órgão de consulta, orientação e controle quanto à utilização dos recursos hidráulicos e de energia elétrica, com jurisdição em todo o território nacional, e mais tarde também com atribuições executivas. Após a criação do DNAEE – Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica, no âmbito do MME, definiu-se, em 1968, que as competências do CNAEE seriam absorvidas por este último. O

O período áureo dos investimentos no setor elétrico deu-se de 1975 a 1990, com ligeira desaceleração nos anos de 1983 e 1984 (crise da dívida externa) e em 1989 e 1990. De 1977 a 1982, os recursos eram alocados em grandes obras de geração, como Itaipu e Tucuruí, e em obras caras e de baixo retorno (programa nuclear e as unidades de Balbina e Samuel). Na transmissão, concentraram-se investimentos nas linhas de Itaipu a São Paulo e de Tucuruí aos pólos industriais eletrointensivos, próximos a Belém e São Luís (Pêgo Filho *et al*, 2001).

Durante a década de 1980, porém, em virtude da redução drástica da capitalização do Governo brasileiro, a capacidade de financiar a expansão da oferta de eletricidade com capital próprio das empresas estatais esgotou-se. Em 1993, extinguiu-se o regime de remuneração garantida às concessionárias<sup>8</sup>. Paralelamente, houve a compressão das tarifas, como parte da política anti inflacionária adotada (Correia *et al*, 2006). Além disso, devido à existência de mecanismo de compensação de resultados financeiros, intra setorial, todos os excedentes tarifários eram repassados a outras empresas do setor, desestimulando a busca por ganhos de produtividade (Pires e Goldstein, 2001). Somado a tudo isso, ainda, registra-se a crescente exigência de prestação adequada de serviços públicos, em contraposição à existência de um ambiente de mercado sem competição, verticalizado e monopolista, portanto sem concorrência, como uma das causas da transformação inevitável no setor (Figueiredo, 2003).

Nessa toada, no início de 1990, foi instituído o Programa Nacional de Desestatização, reformulado em 1997. E ainda, no início da década de 90, houve a reinserção dos países em desenvolvimento ao mercado internacional, mediante intervenção do Fundo Monetário Internacional (FMI) e banco mundial, que condicionaram os empréstimos a reformas institucionais que implicassem na redução do Estado e de suas despesas orçamentárias. Diante desse quadro, muitos países em desenvolvimento na América Latina identificaram na privatização o caminho para viabilizar tais exigências (Correia *et al*, 2006). A partir do início de 1995, a reestruturação do setor elétrico foi acelerada, por conta da edição da Lei de Concessões de Serviços Públicos (Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995), que regulamentou a concessão de serviços públicos para investidores e a desestatização de empreendimentos anteriores<sup>9</sup>; e da Lei n.º 9.074, de 7 de julho de 1995.

## **2. Processo de reestruturação do setor: privatização e auto regulação**

Foi nesse contexto, assim, já evidenciado nos capítulos anteriores, de crise fiscal dos Estados e de tendência à liberalização de diversos mercados tradicionalmente ocupados por empresas estatais,

---

CNAEE foi extinto em 1969. Adiante, fala-se mais do DNAEE (informações extraídas do sítio eletrônico da ANEEL – [www.aneel.gov.br](http://www.aneel.gov.br)).

<sup>8</sup> Lei n.º 8.631, de 4 de março de 1993, ainda no Governo do Presidente Itamar Franco.

<sup>9</sup> A definição de concessão, extraída da citada lei, é a seguinte: “a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”.

que se deu a reforma do setor elétrico, balizada inicialmente pelas ideias do Consenso de Washington (Correia *et al*, 2006). A criação da ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica, a primeira agência reguladora do país, por meio da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, insere-se nesse processo. A ANEEL, dotada de autonomia patrimonial, administrativa e financeira (Figueiredo, 2003), tem competências regulatórias e fiscalizatórias, com prevalência das últimas, nos seus cinco anos iniciais de existência (Girardi, 2003). Anteriormente à implantação da ANEEL, a regulação do setor elétrico brasileiro competia a outros órgãos e entidades, notadamente o DNAEE – Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica (de 1980 a 1990), dentre outros, como o Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica – CNAEE e o próprio Ministério de Minas e Energia – MME. Foram muitos atos normativos editados pelo DNAEE, de natureza regulatória, sendo distintas as noções de regulação e de agência reguladora. Com efeito, no Brasil, uma agência reguladora consiste numa autarquia de natureza especial, que tem a finalidade específica de regular e fiscalizar determinada atividade econômica ou serviço público. O processo de agencificação, inaugurado nessa época, recebeu os influxos da contestação, em âmbito mundial, da eficiência e efetividade das ações do Estado. Parte considerável das atividades de elaboração e implementação das políticas nos sistemas políticos contemporâneos tem sido delegada a essas organizações, sob a premissa de que agências, instituídas com um único objetivo e com autonomia administrativa, permitirão que administradores públicos competentes realizem serviços públicos com mais qualidade, sinalizando “certo menosprezo à política e aos políticos no processo de governança” (Peters, 2008). No caso brasileiro, esse processo foi marcado pela ausência de uma política que orientasse a atuação das novas agências reguladoras, lacuna que acabou sendo ocupada, de forma anômala, pelas próprias agências, conforme constatação posterior do Tribunal de Contas da União, em relação à ANEEL e à ANP – Agência Nacional do Petróleo (Peci *et al*, 2008). No caso específico do setor energético, como consequência, tornou-se necessária a atuação efetiva do Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), instituído pela Lei n.º 9.478, de 1997, e efetivamente implantado em novembro de 2002 (Peci *et al*, 2008)<sup>10</sup>. A confusão de papéis e a indefinição com relação à instância responsável pela formulação das políticas públicas são destacadas pela doutrina:

... a formulação das políticas ficou prejudicada pela fragilidade das instâncias que seriam responsáveis por essa atividade, destacando-se principalmente os conselhos, os quais não

---

<sup>10</sup> Já no contexto da crise energética de 2001 e 2002, melhor detalhada a seguir. O CNPE é presidido pelo Ministro de Estado de Minas e Energia, e integrado pelo Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia; Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão; Ministro de Estado da Fazenda; Ministro de Estado do Meio Ambiente; Ministro de Estado do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior; Ministro Chefe da Casa Civil da Presidência da República; Ministro de Estado da Integração Nacional; Ministro de Estado da Agricultura, Pecuária e Abastecimento; um representante dos Estados e do Distrito Federal; um representante

dispunham de pessoal e condições adequadas para esse fim. Já as estruturas criadas para implementar essas políticas tiveram que exercer os dois papéis, visto que foram fortalecidas. As agências reguladoras, por exemplo, incorporaram funcionários qualificados e oriundos dos ministérios, somando-se a eles profissionais contratados como temporários. Apenas no governo Lula as agências começaram a receber servidores contratados por meio de concursos e, em tese, comprometidos com uma atividade exclusiva de Estado (Peci *et al*, 2008).

Com a publicação da Lei n.º 9.648, de 27 de maio de 1998, por sua vez, foram criados o Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS, o Mercado Atacadista de Energia Elétrica – MAE e a figura do agente de comercialização, com diretrizes inspiradas em experiências estrangeiras, como a auto regulação, ou seja, os próprios agentes integrantes do MAE deveriam elaborar as regras operacionais desse mercado de comercialização de energia elétrica<sup>11</sup>. O MAE foi “originalmente concebido como uma ‘bolsa’ para negociação de energia elétrica”, ou seja, um ambiente organizado para o processamento e a contabilização das operações de compra e venda de energia elétrica e para a liquidação financeira de operações praticadas no chamado mercado de curto prazo (Figueiredo, 2003). O MAE, contudo, apresentou inúmeros problemas, passando a ANEEL, a partir de 2001, a exercer a regulação, em substituição à auto regulação do mercado (Girardi, 2003), definitivamente subtraída com a Medida Provisória n.º 29, de 7 de fevereiro de 2002, convertida na Lei n.º 10.433, de 2002 (Figueiredo, 2003)<sup>12</sup>. Originariamente, cabia ao ONS determinar o nível de produção de cada usina e calcular o preço da energia negociada no mercado de curto prazo (Figueiredo, 2003), competências alteradas no novo modelo, a partir de 2004. Nessa mesma lei foi prevista a reestruturação, com vistas à privatização, das quatro grandes geradoras federais – Centrais Elétricas Brasileiras S/A. - Eletrobrás e de suas subsidiárias Centrais Elétricas do Sul do Brasil S/A. – Eletrosul, Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A – Eletronorte, Companhia Hidrelétrica do São Francisco – Chesf, e Furnas Centrais Elétricas S/A, mediante operações de cisão, fusão, incorporação, redução de capital, ou constituição de subsidiárias integrais, objetivo que acabou sendo abandonado. Dessas empresas, somente a Gerasul – empresa criada a partir da cisão da Eletrosul – foi privatizada, permanecendo mais de 70% da energia produzida no país, além da grande malha de transmissão, em poder de empresas estatais federais (Girardi, 2003). As distribuidoras estatais eram cronicamente inadimplentes (em função do sucateamento de suas finanças e da perda de eficiência ao

---

da sociedade civil especialista em energia; um representante de universidade brasileira, especialista em energia; o Presidente da EPE; e o Secretário Executivo do MME (composição ampliada pelo Decreto 3.520, de 2000).

<sup>11</sup> A entrevista com o advogado Guilherme Pereira Baggio, que consta dos anexos, traz informações e reflexões importantes sobre as alterações advindas da Lei 9.648.

<sup>12</sup> A seguir, falar-se-á da grave crise de oferta de energia elétrica, em 2001, a partir da qual foi criada a Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica – GCE, que reviu pontos da reforma em curso no setor, notadamente no tocante ao ambiente de auto regulação até então existente. Tais alterações aconteceram nesse contexto.

longo da década de 1980), inviabilizando o aporte de investimento da iniciativa privada na atividade de geração, sem garantias de recebimento por parte das distribuidoras (Carvalho, 2001). A solução foi acelerar a venda das distribuidoras federais e pressionar os Estados da Federação para fazerem o mesmo (Correia *et al*, 2006)<sup>13</sup>. Assim é que, gradualmente, os Estados passaram a incluir em seus respectivos programas de desestatização ativos das empresas de distribuição de energia (Pêgo Filho *et al*, 2001). Em 1999, ainda, o Ministério de Minas e Energia, num esforço de coordenação da atividade de planejamento da geração, da transmissão e da distribuição, constituiu o Comitê Coordenador do Planejamento da Expansão dos Sistemas Elétricos – CCPE, com composição exclusiva por integrantes de órgão do governo e de empresas estatais controladas pela União<sup>14</sup>.

A tônica do chamado novo modelo institucional do setor elétrico, implementado a partir de 1998, foi a competição entre os produtores e os comercializadores de energia elétrica e a regulação mínima necessária:

... traz como princípio a competição entre os produtores e os comercializadores de energia elétrica, atividades que deveriam ter somente a regulação necessária ao perfeito e harmônico desenvolvimento dessas atividades, ao contrário, as atividades de transmissão e de distribuição de energia continuam sendo reguladas em sua plenitude, inclusive com as respectivas tarifas homologadas pela ANEEL.

(...)

As bases conceituais no novo modelo do setor elétrico, que deve ser competitivo, tinham como premissa o exercício individualizado das atividades de geração, transmissão, distribuição e comercialização, devendo os concessionários desverticalizarem-se, criando empresas específicas para o exercício de cada atividade, assim proporcionando a livre e leal competição (Girardi, 2003).

Importante registrar a previsão dos “Contratos Iniciais”, como transição gradual para a livre comercialização de energia elétrica, consistente na imposição ao mercado da contratação de certos montantes obrigatórios de energia pelos agentes de geração e distribuição, até 2006. Assim, independentemente das reservas hidrológicas efetivamente existentes no lado da geração, os agentes de distribuição estavam assegurados quanto ao fornecimento contratado com base nos Contratos Iniciais. Acredita-se, assim, que a redução da demanda pode ter contribuído de forma decisiva para a

---

<sup>13</sup> Lembre-se que as atividades de transmissão e distribuição de energia elétrica caracterizam-se como monopólios naturais, sendo incabível a competição, razão pela qual resta ao Estado a condução direta da respectiva atividade ou a sua regulação, de forma a assegurar a adequada prestação do serviço em regime privado (Figueiredo, 2003).

<sup>14</sup> Portaria MME n° 150, de 10 de maio de 1999, alterada em 2000, pela Portaria MME n.º 323, de 30 de agosto de 2000.

redução dos investimentos em novos projetos de geração, acentuando-se o risco de ocorrência da crise de oferta, efetivamente ocorrida em 2001 (Figueiredo, 2003).

As diretrizes da reforma do setor elétrico foram as seguintes: separação funcional das atividades da indústria elétrica em geração, transmissão, distribuição e comercialização; liberalização dos agentes e criação de um mercado atacadista de energia elétrica; regulação dos serviços de transmissão e distribuição, garantindo-se livre acesso às redes de energia elétrica; identificação de distintas categorias de consumidores (Figueiredo, 2003); e criação de um operador independente do sistema (ONS) e de uma agência reguladora (ANEEL) (Correia *et al*, 2006). Para os mais críticos, a reforma do setor elétrico, empreendida a partir do final da década de 90, resultou em mercado liberalizado e sem planejamento integrado, com sucateamento da capacidade do Estado de monitorar a evolução do setor e de realizar o planejamento da expansão (Correia *et al*, 2006). E ainda: “deste modo, o resultado da liberalização, sem um sistema regulatório robusto, deve ser o aumento da volatilidade do preço e o crescimento do risco de crises setoriais e blecautes” (Correia *et al*, 2006). Os investimentos não aconteceram com o volume necessário e, paradoxalmente, a ampliação da capacidade instalada foi construída, em grande parte, pelas empresas estatais, diretamente ou por meio de parceria, inclusive com a Petrobrás. O resultado foi que os investimentos foram insuficientes para atender o crescimento da demanda (Correia *et al*, 2006). Na década de 90, os investimentos alcançaram apenas R\$ 19,5 bilhões, comparados aos R\$ 75,1 bilhões da década anterior. Como consequência, houve queda da taxa de expansão média da capacidade instalada que, na década de 90, foi de 3,3% contra 4,8% na década de 80. Entre 1995 e 2000, o crescimento médio da capacidade instalada do setor elétrico foi de 3,8% (Pêgo Filho *et al*, 2001). Finalmente, de acordo com a ANEEL, no período de 1995 a 2001, as tarifas médias de consumo cresceram mais de 106% - contra uma variação de 46% do Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPC-A) calculado pelo IBGE – e a relação entre o valor cobrado do consumidor residencial e do industrial elevou-se mais de 25% (Correia *et al*, 2006).

### 3. Crise de oferta de 2001

O primeiro movimento de reforma institucional e estrutural brasileira não foi concluído, devido a diversas falhas cruciais como limitações na revelação de preços; dificuldade de resposta a custos por parte dos pequenos consumidores; ausência de mecanismos de *hedge* e poder de mercado. Ademais, em consequência de especificidades da eletricidade e do mercado de energia elétrica, a oferta é pouco elástica nas proximidades de sua capacidade limite e elevações recorrentes de preço e volatilidade não podem ser evitadas em mercados com pouca capacidade ociosa (Correia *et al*, 2006). A indústria elétrica nacional, nesse contexto, permanecia em situação transitória e não programada, quando foi deflagrada a crise de oferta de 2001. Por outro lado, o consumo crescia, registrando-se taxa superior ao PIB (Produto Interno Bruto), há vinte anos, devido à expansão do mercado

consumidor residencial e comercial. Com o crescimento do PIB de 4,2% em 2000 e a perspectiva de se repetir a mesma taxa em 2001, evidenciou-se um sério desequilíbrio entre a capacidade de oferta de energia elétrica e a necessidade de consumo. Esse desequilíbrio aumentou o risco de racionamento, previsto desde 1999, que possui três causas gerais: longa e dessincronizada transição do modelo estatal para o modelo privado; aumento dos riscos regulatórios do novo modelo; e falta de articulação durante a concepção e na implementação das reformas dos setores elétrico, petróleo e gás natural (Pêgo Filho *et al*, 2001). É interessante rememorar as advertências que vinham sendo feitas, exemplificadas no artigo do então Coordenador do Programa de Planejamento Energético da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), publicado ainda no primeiro semestre de 2000:

A visão da gravidade da situação fez com que no documento elaborado por Luiz Pinguelli Rosa, Roberto Araújo, Mauricio Tiomno Tolmasquim e Sebastião Soares em agosto do ano passado alertassem:

"O acréscimo da capacidade de geração nos últimos 3 anos ultrapassou a média de 2000 MW anuais. Fosse o Brasil atendido por usinas termelétricas, observadas estes déficit de novas unidades, já estaríamos sob racionamento. Se não estamos é porque estamos consumindo hoje a energia guardada nos reservatórios para ser consumida em 2001. Essa maleabilidade, só um sistema hídrico como o brasileiro proporciona. Essa vantagem, entretanto, pode ser utilizada para esconder da sociedade a real situação de deterioração das reservas e da confiabilidade do sistema. O atual governo está se utilizando dessa situação para camuflar o desabastecimento que se torna cada dia mais provável. Essa política de utilização desses recursos é predatório e atende as necessidades do presente comprometendo o futuro". (...)

Além da lógica de operação de longo prazo, o sistema elétrico brasileiro se caracteriza por uma gestão integrada das usinas. Como o Brasil é um país de dimensões continentais, algumas bacias hidrográficas estão sob regimes pluviométricos diferentes. A gestão integrada das usinas permite obter uma maior disponibilidade de energia, através de um sistema cooperativo, onde as regiões que tenham em um determinado período do ano excesso de água fornecem energia para as regiões onde haja falta de água. (...)

Esta gestão integrada, aliás, é uma característica bem brasileira que quase o Brasil perdeu no início da Reforma do Setor Elétrico. A consultora inglesa, Coopers e Lybrand, contratada pelo governo brasileiro para introduzir um modelo competitivo no setor, em seu primeiro relatório, propõe a introdução de uma cópia exata do modelo inglês no Brasil, esquecendo que no Brasil a geração de origem hídrica supera 90% da capacidade instalada de geração, enquanto a Inglaterra é um país majoritariamente termelétrico.

Felizmente, os técnicos brasileiros, os quais tinham sido inicialmente afastados do processo, tiveram em certo momento acesso ao relatório e puderam alertar que o Brasil, ao abrir mão da gestão interligada de suas usinas, estaria perdendo o equivalente a 22% da energia disponível. Caso o Brasil tivesse adotado o modelo inicialmente proposto pelos consultores ingleses, estaria abrindo mão do equivalente a geração de uma Itaipu.

A gestão integrada das usinas foi preservada, substituindo-se apenas o GCOI (Grupo Coordenador da Operação Interligado) pelo ONS (Operador Nacional do Sistema). (...)

Em 1995, o governo decretou que a expansão da rede de transmissão, que era feita pelas estatais, deveria ser feita através de licitações. Contudo, a primeira licitação só veio a ocorrer ao final de 1999, sendo que só no 2º semestre de 2000 foi licitada a linha Ibiuna-Batéas, ligando São Paulo à Curitiba. Esta licitação foi ganha por Furnas, que teria condições de ter construído, antes, este empreendimento muito importante para o sistema elétrico” (Tolmasquim, 2000).

Em maio de 2001, o governo federal criou e instalou a Câmara de Gestão da Crise de Energia (GCE), com o objetivo de curto prazo de redução global do consumo em 20%, dentre outros objetivos de racionamento com percentual variável, nas diversas regiões do país, além de medidas de médio e longo prazo, visando a equacionar o problema da incapacidade de suprimento de energia elétrica, revelando a fragilidade do poder real da ANEEL (Correia *et al*, 2006).<sup>15</sup> Dentre as medidas, foi instituído o Encargo de Capacidade Emergencial (ECE), que ficou conhecido como “seguro-apagão”, além da construção de usinas termelétricas emergenciais. Em agosto de 2001, criou a Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial (CBEE)<sup>16</sup>. Em abril de 2002, por sua vez, promoveu-se a realização de um Acordo Geral do Setor, firmado pela Lei n.º 10.438, com reequilíbrio econômico financeiro nos contratos de concessão por meio de uma Recomposição Tarifária Extraordinária (RTE). Após a intervenção do governo por meio do BNDES, em dois momentos, as empresas recuperaram seus caixas e houve retomada do crescimento da demanda, principalmente a partir de 2004 (Correia *et al*, 2006). Concluindo-se, em apertada síntese, o que se vê é que a crise energética gerou impactos negativos sobre os resultados primários do setor público, com perda de arrecadação, e sobre a economia e a taxa de crescimento real do PIB, sem falar dos efeitos sociais (dentre eles o aumento da taxa de desemprego). De fato, a expansão do PIB nacional foi

---

<sup>15</sup> Inicialmente pela Medida Provisória n° 2.147, de 15.05.2001, e prevista em seguida na Medida Provisória n.º 2.148-1, de 22.05.2001. A GCE foi extinta em junho de 2002 e seus trabalhos foram transferidos para a GCSE – Câmara de Gestão do Setor Elétrico.

<sup>16</sup> Decreto n° 3.900, de 29 de agosto de 2001. Por meio da Medida Provisória n° 2.209, de 29 de agosto de 2001, autorizou-se a criação da CBEE, que foi extinta em 30 junho de 2006.

gravemente afetada, com crescimento de 1,31% em 2001 e 1,91% em 2002, bastante baixos em comparação ao percentual de 4,36%, calculado em 2000 (Correia *et al*, 2006).

#### **4. Novo modelo do setor elétrico: a contra-reforma regulatória**

Após uma década de reformas no setor elétrico, a expectativa de expansão da oferta com ganhos de qualidade na prestação dos serviços de fornecimento, segurança de suprimento e redução tarifária não se concretizaram (Correia *et al*, 2006). A partir de 2003, no primeiro mandato do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, constatando-se os excessos da postura pró-mercado, a débil capacidade de ampliação da oferta exclusivamente por meio da liberalização e as lições aprendidas com a crise energética de 2001, iniciaram-se estudos no sentido de implementação de um modelo com bases mais firmes em regulação e intervenção estatal e com retomada do planejamento centralizado da expansão do sistema. Em 2004, por meio das Leis n.ºs 10.847 e 10.848, de março deste ano<sup>17</sup>, e seus respectivos decretos, inaugurou-se novo modelo para o setor elétrico, focado na maximização da segurança do suprimento de energia elétrica; na eficiência econômica, expressa pelo princípio da modicidade tarifária; e pela universalização do acesso. No tocante ao primeiro aspecto, priorizaram-se a suspensão da privatização das geradoras, de modo a concentrar os recursos disponíveis na expansão da oferta; o estímulo à criação de um mercado de contratos de longo prazo; a criação do Comitê de Monitoramento de Setor Elétrico (CMSE), para acompanhamento das condições de oferta e demanda do sistema; a exigência prévia de licenças ambientais para se permitir a participação de um novo empreendimento no processo de licitação (evitando-se futuras complicações legais e atrasos nas obras); e a retomada do planejamento setorial integrado e centralizado pelo Estado, com a criação da Empresa de Pesquisa Energética (EPE). O CMSE tem a função de acompanhar e avaliar permanentemente a continuidade e a segurança do suprimento eletroenergético em todo o território nacional. A EPE, por sua vez, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, tem por finalidade prestar serviços na área de estudos e pesquisas destinadas a subsidiar o planejamento do setor energético.

De modo a implementar tarifas módicas, foi prevista a compra de energia elétrica por meio de leilões públicos, também em relação à energia nova, reduzindo o risco de financiamento de obras de novos empreendimentos. Diferenciando-se os leilões para aquisição de energia de empreendimentos existentes e leilões de energia de novos empreendimentos, pretende-se reduzir significativamente o risco de investimentos dos geradores, que iniciam o empreendimento com fluxo garantido de receitas e com capacidade de viabilizar financiamento mais barato, pela vinculação dos

---

<sup>17</sup> As leis resultaram da conversão das Medidas Provisórias 144 e 145, de dezembro de 2003. A primeira autoriza a criação da Empresa de Pesquisa Energética – EPE; a segunda, dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, altera as Leis 5.655, de 1971, 8.631, de 1993, 9.074, de 1995, 9.427, de 1996, 9.478, de 1997, 9.648, de 1998, 9.991, de 2000, 10.438, de 2002, dentre outras providências.

recebíveis como garantia junto às instituições financeiras (Correia *et al*, 2006). Registre-se essa significativa modificação da sistemática da concessão de uso de bem público, em relação ao modelo anterior a 2004. Com efeito, passaram a se realizar leilões de compra de energia elétrica, sagrando-se vencedor o proponente que oferte lance com o menor valor de tarifa pelo serviço de energia (art. 15 da Lei 8.987, de 1995, com a alteração promovida pela Lei 9.648, de 1998). Antes disso, o critério primordial dos leilões era a melhor oferta pelo valor da concessão. E finalmente, visando à ampliação do acesso, o Governo Federal instituiu o Programa “Luz para Todos”. No novo modelo, o mercado de energia elétrica é dividido em dois ambientes – Ambiente de Contratação Regulada (ACR), voltado para consumidores cativos; e Ambiente de Contratação Livre (ACL), para consumidores livres. Foram excluídas do Programa Nacional de Desestatização as empresas estatais de geração, transmissão e distribuição, cuja alienação estava prevista na Lei n.º 9.648, de 1998<sup>18</sup>. Além disso, o Mercado Atacadista de Energia Elétrica (MAE) foi substituído pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE). O atual modelo institucional incorpora a existência de um período de transição, com o gradual desenvolvimento de um mercado desregulado e crescimento da participação dos investidores privados na atividade de geração. A despeito dos preços do mercado regulado estarem reconhecidamente baixos, cresce o interesse no mercado livre, refletindo ganhos de competitividade dentro da atividade de geração e entre produtores e distribuidores. A expansão do mercado livre, sem dúvida, evidencia que a queda no preço da energia é resultado de instituições mais sólidas, instrumentos regulatórios mais claros e uma conjuntura favorável de excesso de energia. Há necessidade de alguns ajustes, relacionados à definição mais clara das competências regulatórias das diferentes agências reguladoras e a lacunas nas legislações que tratam de gás natural e sistemas isolados; e ainda existem conflitos de competência entre diferentes órgãos e entidades da administração direta e indireta (Correia *et al*, 2006).

Relativamente aos novos empreendimentos de geração e aos contratos de concessão de energia elétrica, objeto específico da presente investigação, registra-se que o novo modelo prevê o seguinte: os contratos de concessão não poderão mais ser prorrogados, indefinidamente, enquanto os serviços estiverem sendo prestados nas condições estabelecidas no instrumento e de acordo com a legislação em vigor; compete ao Poder Concedente, ou seja, à União, elaborar o plano de outorgas, definir as diretrizes para os procedimentos licitatórios e promover as licitações destinadas à contratação de

---

<sup>18</sup> Lei n.º 10.848, de 2004: “Art. 31. Fica revogado o art. 5.º da Lei no 9.648, de 27 de maio de 1998, assegurados os direitos constituídos durante sua vigência, em especial as atividades autorizadas em seus incisos II e IV. § 1º Ficam excluídas do Programa Nacional de Desestatização - PND a empresa Centrais Elétricas Brasileiras S/A - Eletrobrás e suas controladas: Furnas Centrais Elétricas S/A, Companhia Hidro Elétrica do São Francisco - Chesf, Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A - Eletronorte e Empresa Transmissora de Energia Elétrica do Sul do Brasil S/A – Eletrosul e a Companhia de Geração Térmica de Energia Elétrica – CGTEE”.

concessionários de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos, com delegação à ANEEL para operacionalização dos procedimentos licitatórios respectivos; compete também ao Poder Concedente celebrar os contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público e expedir atos autorizativos, facultando-se delegação à ANEEL; a contratação regulada, mediante licitação, será formalizada por meio de contratos bilaterais denominados Contrato de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado – CCEAR; para a energia elétrica proveniente de novos empreendimentos de geração, tais contratos bilaterais poderão prever entrega com início no 3.º ou no 5.º ano após a licitação e prazo de suprimento de no mínimo 15 (quinze) e no máximo 35 (trinta e cinco) anos; as concessões de geração de energia elétrica, contratadas a partir da Medida Provisória n.º 144, de 11 de dezembro de 2003, terão o prazo necessário à amortização dos investimentos, limitado a 35 (trinta e cinco) anos, contado da data da assinatura do imprescindível contrato; no processo de licitação pública de geração, as instalações de transmissão de uso exclusivo das usinas a serem licitadas devem ser consideradas como parte dos projetos de geração, não podendo os seus custos serem cobertos pela tarifa de transmissão; no edital de licitação para novos empreendimentos de geração elétrica, poderá constar percentual mínimo de energia elétrica a ser destinada ao mercado regulado, podendo a energia remanescente ser destinada ao consumo próprio ou à comercialização para contratação livre<sup>19</sup>; cabe ao CNPE sugerir a adoção de medidas necessárias para garantir o atendimento à demanda nacional de energia elétrica, considerando o planejamento de longo, médio e curto prazos, podendo indicar empreendimentos que devam ter prioridade de licitação e implantação, tendo em vista seu caráter estratégico e de interesse público, de forma que tais projetos venham assegurar a otimização do binômio modicidade tarifária e confiabilidade do Sistema Elétrico. Por outro lado, não houve mudança em relação à previsão de concessão, mediante licitação, do aproveitamento de potenciais hidráulicos de potência superior a 1.000 kW, destinado à execução de serviço público, nos termos da Lei n.º 9.074, de 7 de julho de 1995, que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos. A modelagem do leilão de compra de energia elétrica proveniente da Usina Hidrelétrica de Jirau, no Estado de Rondônia, com outorga da concessão de uso de bem público, para aproveitamento hidráulico, foi inteiramente concebida pelo MME dentro das regras do novo modelo do setor elétrico<sup>20</sup>.

Para reforçar a relevância estratégica da geração de energia elétrica proveniente de usinas hidrelétricas, é importante registrar que o Plano Plurianual de 2004 a 2007, base para as leis orçamentárias anuais, dá destaque à hidroeletricidade:

---

<sup>19</sup> Informações extraídas da Lei 10.848, de 2004.

<sup>20</sup> A UHE Jirau será objeto de aprofundamento no capítulo seguinte, nas entrevistas e na análise documental.

“A imensa vantagem comparativa da hidroeletricidade faz com que o planejamento setorial a eleja como absoluta prioridade. As usinas hidrelétricas contribuirão com 74,5% do acréscimo, as termelétricas com 16,7% e as usinas eólicas com 8,8%. Os investimentos estimados em geração para o período são de 27,9 bilhões de reais.

O longo prazo de maturação dos investimentos do setor exige também que um considerável conjunto de obras seja iniciado no período para a provisão de capacidade posterior ao quadriênio. As novas usinas corresponderão à adição de 25,9 mil MW, nas quais as hidrelétricas contribuirão com 97,3%; as termelétricas, com 2,6; e as eólicas, com 8,9%. O investimento estimado em geração, para o período, é de R\$ 27,9 bilhões, valor que não inclui os gastos incorridos antes de 2004 com os projetos em andamento no período 2004-2007, nem os gastos posteriores a 2007 com as obras a serem iniciadas neste PPA (MP, 2003).

Por derradeiro, o Plano Decenal de Expansão de Energia (PDE-2019) evidencia que a geração de eletricidade terá fonte prevalente em usinas hidrelétricas, no percentual significativo de 69,85% (sessenta e nove vírgula oitenta e cinco por cento). As hidrelétricas, portanto, são imprescindíveis para a expansão da capacidade energética, planejando-se aumento de 40% (quarenta por cento) da capacidade instalada, até 2019<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> Para informações mais detalhadas sobre a indústria elétrica, com abordagem de aspectos técnicos, físicos e econômicos, consulte-se Loureiro, Luiz Gustavo Kaercher (2008), “Introdução ao regime jurídico da indústria elétrica - premissas gerais”, *Revista do Direito (Santa Cruz do Sul)*, v. 28, p. 143-191.

## **CAPÍTULO IV - AVALIAÇÃO EMPÍRICA DA ATIVIDADE JURÍDICA DO ESTADO: METODOLOGIA DA INVESTIGAÇÃO E RECOLHA DE DADOS**

### **1. Introdução**

O desafio de conhecer a atuação da advocacia de Estado, nas etapas iniciais de concessão e outorga de aproveitamentos hidrelétricos, exigiu, como atividades preparatórias, alguns meses de estudo teórico acerca do setor de energia elétrica; pesquisa bibliográfica; consulta à farta legislação e regulamentação do setor; pesquisa de campo, principalmente junto ao Ministério de Minas e Energia; pesquisa em sítios eletrônicos, notadamente do próprio Ministério de Minas e Energia, ANEEL, EPE e outros órgãos governamentais com competência no setor elétrico e energético; além de conversas preliminares com profissionais da área, principalmente por intermédio da Consultoria Jurídica do Ministério de Minas e Energia. Tudo com o objetivo de contextualização acerca do funcionamento do órgão e do seu relacionamento intergovernamental; identificação de agentes que pudessem contribuir; e compreensão do caminho a seguir nas entrevistas e pesquisas documentais.

O resultado está sintetizado nas entrevistas abaixo, que se tornaram a fonte principal de pesquisa. Considerando as naturais limitações de tempo e de extensão do presente trabalho, concluiu-se que as entrevistas contêm informações riquíssimas, fornecidas por pessoas que atuam no setor de energia elétrica, sobre o funcionamento do setor; sobre os leilões de comercialização de energia; e sobre o papel da AGU nisso tudo. São dados que contêm sinalizações e indicações significativas e, ao fim e ao cabo, permitem-nos conhecer a atuação da AGU, no contexto específico do setor elétrico brasileiro.

### **2. Metodologia, recolha e análise de dados**

Com a finalidade de análise da atividade de consultoria e assessoramento jurídico, no contexto da administração pública e dos movimentos de modernização do Estado, elegeu-se a modelagem do leilão de comercialização de energia elétrica e outorga de aproveitamento hidrelétrico (implantação de usinas hidrelétricas e geração de energia elétrica) como área de estudo dessa interface com o órgão da AGU. Ou seja, pretende-se estudar o fenômeno jurídico, do ponto de vista da Ciência da Administração e da Política Pública. Nesse ponto da dissertação, já se sabe que, no âmbito do Governo Federal, há um corpo de advogados, servidores públicos concursados e estáveis, cuja instituição tem competência privativa para essa atividade. A abordagem do fenômeno jurídico em exame, ora proposta – a atividade desenvolvida pelo advogado de Estado na conformação jurídica constitucional de políticas públicas do Governo Federal brasileiro – não é comum, razão pela qual se opta pelo estudo exploratório, com enfoque qualitativo, em modelo de pesquisa não experimental. Ademais, a revisão de literatura revela que há ideias vagamente relacionadas com o problema específico de estudo (Sampieri *et al*, 2006), sobretudo no âmbito da produção científica

brasileira. O ponto inicial, portanto, é a constatação de que a atividade desenvolvida pelos advogados de Estado é pouco conhecida sob o enfoque dos processos de trabalho, da avaliação de *performance* e dos impactos na formulação e implementação de políticas públicas. Por meio da coleta de informações, junto aos agentes públicos e advogados que participam do desenvolvimento de projetos de implantação de usinas hidrelétricas, no âmbito do Ministério de Minas e Energia, pretende-se contribuir para a exploração do tema. A pergunta de partida é se a advocacia de Estado, no papel de oferecer sustentabilidade jurídica às políticas públicas e projetos de governo, vem sofrendo transformações, sobretudo na forma e no conteúdo de sua participação, sob o influxo dos novos paradigmas da administração pública gerencial – NPM, NPS e outras escolas. A ênfase, no presente estudo, são as diretrizes da gestão por resultado e da reforma da regulação, mais diretamente relacionados com a atividade desenvolvida pela advocacia de Estado.

No projeto inicial, planejava-se utilizar abordagem comparativa da atuação da advocacia de Estado em dois empreendimentos distintos, desenvolvidos em períodos diversos, relativamente ao contexto da administração pública brasileira (antes e depois da reforma gerencial no Brasil). Já no início das pesquisas de campo e teóricas, verificaram-se dificuldades operacionais nessa comparação, porque os agentes públicos contatados, que se dispuseram a colaborar, não tiveram participação em projetos anteriores a 1995. Além disso, o modelo anterior era bastante diverso, na medida em que, até 1995, não havia leilão para concessão. A participação das empresas estatais, notadamente do Grupo Eletrobrás, era predominante, no planejamento, na concepção e na implantação desses empreendimentos, até então. Sendo assim, dada a complexidade de todo o processo, que sofreu grandes modificações, conforme exposto no Capítulo 3, não haveria fase análoga, anteriormente a 1995, com a participação do Ministério de Minas e Energia. Conforme destacou um dos entrevistados, a *expertise* burocrática não residia no Ministério, até então (Tiago B. Correia, a seguir). Nem tampouco a Advocacia-Geral da União estava estruturada, organicamente, antes disso. Daí as adequações necessárias, de modo a aproveitar o conhecimento e a experiência dos agentes públicos e advogados privados envolvidos em episódios mais recentes, como o desenvolvimento do novo modelo do setor elétrico e dos projetos estruturantes de Santo Antônio, Jirau e Belo Monte. Além disso, como se disse, focou-se na etapa que exige maior participação do Ministério de Minas e Energia - etapa de modelagem do leilão de concessão (esta também foi uma adaptação, em virtude da complexidade do processo todo).

Outra adaptação relevante foi a aposta nas entrevistas como principal fonte de informações e dados. Com efeito, no projeto inicial, imaginava-se que a pesquisa documental teria grande importância, de modo a conhecer a forma de atuação do órgão de consultoria e assessoramento jurídico. Já no início das pesquisas de campo, porém, verificou-se que a relevância da atuação, em tais projetos, não pode ser aferida exclusivamente por meio da análise das notas e pareceres jurídicos exarados pelos advogados. As manifestações jurídicas (pareceres e notas jurídicas), pelo menos em

projetos estratégicos e de maior dimensão, não são elementos centrais, apesar de absolutamente imprescindíveis e relevantes. Em outras palavras, verificou-se que as notas e pareceres jurídicos exarados pela Consultoria Jurídica não alcançam toda a atuação do órgão na concepção e formatação dos leilões de compra de energia elétrica e uso de aproveitamento hidráulico. Há uma complexa e interativa participação, que vai muito além da manifestação formal, juntamente com os demais órgãos do Ministério, na tomada de decisões e na elaboração de portarias, resoluções, decretos, projetos, defesas, peças e pareceres. Essa constatação, se de um lado exigiu adaptação na atividade de recolha de dados, merece, por si só, reflexão, de acordo com o propósito do presente trabalho, na medida em que a formalidade dos pareceres, repise-se, não alcança a magnitude da atuação, consistente em inúmeras tarefas e compromissos, reuniões e discussões. O que se viu, desde logo, portanto, é que a Consultoria do Ministério de Minas e Energia vive o dia a dia do MME, participa do desenvolvimento de projetos e, conforme nos revelou a atual Consultora Jurídica, Ticiania Freitas de Sousa, acaba participando de definições de mérito das políticas.

Os períodos foram especificados, de início, tendo como marco a reforma gerencial no Brasil, em nível federal, de 1995. Ao longo da fase de recolha de dados, ao se conhecer mais profundamente aspectos do setor de geração de energia e os marcos regulatórios sucessivos, com ênfase no novo modelo do setor elétrico, de 2004, o marco temporal inicial fixado foi reformulado, mais de acordo com a realidade do setor elétrico. Assim, entendeu-se que o foco num projeto de UHE posterior a 2004 atenderia melhor aos objetivos da pesquisa, na linha do que foi exposto no capítulo anterior.

Obteve-se cópia de documentação reunida pela Consultoria Jurídica do MME, relativa à Usina Hidrelétrica de Jirau, que integra o Complexo Hidroelétrico e Hidroviário do Rio Madeira, Estado de Rondônia, maior projeto do Plano de Aceleração Econômica, que inclui a construção, também, da UHE de Santo Antônio. O Complexo do Rio Madeira situa-se na Amazonia e é projeto âncora da Iniciativa de Integração da Infra-estrutura Sul-americana (IIRSA). Dada a oportunidade de consultar documentos e manifestações jurídicas de um único empreendimento, licitado em 2008 (recentíssimo), organizadamente à disposição da pesquisadora, a UHE Jirau tornou-se empreendimento referencial, juntamente com Santo Antônio e Belo Monte. Analisando-se as notas e pareceres jurídicos, atentou-se para a abordagem de aspectos relacionados aos impactos e benefícios da política pública e do projeto desenvolvido, para além de aspectos formais – como competência do órgão ou autoridade para a prática do ato, e observância da lei e do regulamento para procedimentos, fundamentos e requisitos. A definição das diretrizes e sistemáticas para o leilão de contratação de concessionária para construção da Usina Hidrelétrica de Jirau é da competência do Ministério de Minas e Energia, Poder Concedente, nos termos da Lei n.º 9.427, de 1996 (art. 3.º), com a redação dada pela Lei n.º 10.848, de 2004. Trata-se de projeto estruturante, com prioridade na licitação e implantação. A modelagem do leilão de compra de energia elétrica, com outorga da concessão de uso de bem público, para aproveitamento hidráulico, foi inteiramente concebida pelo MME dentro das

regras do novo modelo do setor elétrico. Por delegação do ministério, à Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL coube promover o procedimento licitatório, de acordo com as diretrizes emanadas do Ministério de Minas e Energia. Assim, por meio da Portaria n.º 36, de 12 de fevereiro de 2008, o Ministro de Estado de Minas e Energia aprovou as diretrizes para o Leilão de Compra de Energia Elétrica Proveniente da Usina Hidrelétrica Jirau, publicado no Diário Oficial da União de 13.02.2008, cuja minuta foi submetida formalmente à apreciação da Consultoria Jurídica do Ministério de Minas e Energia, que exarou a NOTA CONJUR/MME N.º 37/2008, por encaminhamento da Assessoria Econômica. Também a minuta da Resolução n.º 1, de 11 de fevereiro de 2008, do CNPE, cujo Presidente é o Ministro de Minas e Energia, publicada no Diário Oficial da União de 15.02.2008, que indica o Aproveitamento Hidrelétrico de Jirau como projeto de geração com prioridade de licitação e implantação e define pontos obrigatórios para o edital de leilão, foi objeto de apreciação formal pela referida Consultoria Jurídica (PARECER CONJUR/MME N.º 44/2008)<sup>1</sup>. E ainda, a minuta da Portaria n.º 114, de 20 de março de 2008, do MME, publicada no Diário Oficial da União de 24.03.2008, que aprovou a sistemática para o leilão em exame, nos termos do seu Anexo, objeto de NOTA CONJUR/MME; e a minuta do decreto que outorga à empresa Energia Sustentável do Brasil S.A concessão de uso de bem público para exploração do potencial de energia hidráulica da UHE Jirau, de 12 de agosto de 2008, publicado no Diário Oficial da União de 13.8.2008, apreciada formalmente pela Consultoria Jurídica por meio do PARECER CONJUR/MME N.º 322/2008.

Da análise das manifestações jurídicas produzidas para a UHE Jirau, destacam-se trechos que revelam atenção a questões relativas ao impacto e importância estratégica do empreendimento, ou seja, aspectos relativos ao mérito, à segurança e à confiabilidade da geração de energia elétrica, para além do exame de aspectos de natureza formal, como a competência e a forma dos atos e procedimentos. A NOTA CONJUR/MME N.º 37/2008, por exemplo, consigna o seguinte:

“...

18. A grandiosidade, seja financeira, técnica ou estratégica, que envolve a implantação deste projeto, assim como a garantia de tarifas módicas e confiabilidade de fornecimento ao consumidor, requer por parte do governo precauções e condicionantes que justificam a exigência da formação de uma Sociedade de Propósito Específico pelo vencedor da licitação, preferencialmente sob a forma de Sociedade Anônima, um limite na composição acionária dos consórcios a serem compostos e o atendimento a alguns padrões de governança corporativa exigidos no Novo Mercado da Bolsa de Valores de São Paulo”.

---

<sup>1</sup> Ver-se-á, na parte relativa às entrevistas, que a participação da Consultoria Jurídica na elaboração desta resolução do CNPE foi bastante além do parecer jurídico.

O economista do MME, Tiago B. Correia, em entrevista transcrita a seguir (entrevista 03), faz referência a esse trabalho, desenvolvido conjuntamente com a Consultoria Jurídica, onde foram concebidas diretrizes e condicionantes à participação dos consórcios no leilão, de acordo com padrões de governança corporativa exigidos no Novo Mercado da Bovespa.

Destaca-se, também, o trecho do PARECER CONJUR/MME N.º 44/2008:

“...

4. Fica caracterizada a importância e a prioridade das grandes Usinas Hidrelétricas da Amazonia para o atendimento ao Sistema Elétrico após 2011, em particular as que já dispõem de estudos de engenharia e ambientais desenvolvidos, de forma que possam ser consideradas para o atendimento ao mercado após aquele ano. As Usinas que se enquadram nesta situação são as de Jirau e Santo Antônio, no Rio Madeira, e Belo Monte, no Rio Xingu.

5. Dentro da ótica do planejamento e levando em consideração as incertezas no período, a decisão de implantar as Usinas de Jirau, Santo Antônio e Belo Monte, quase que simultaneamente, com seus cronogramas mínimos, é uma solução robusta, no que diz respeito à garantia do atendimento ao mercado, havendo inclusive a necessidade de incorporar simultaneamente outras usinas geradoras de menor porte para assegurar o pleno atendimento ao mercado, no período de 2011 a 2016.”

Vale a referência, por derradeiro, à NOTA TÉCNICA CONJUNTA N.º 001/SEE-SPE-ASSEC-CONJUR, que contou com a participação de advogada da União da Consultoria Jurídica do MME, elaborada com a finalidade de informar à Assessoria Parlamentar do ministério o posicionamento das áreas técnicas e da Conjur sobre a conveniência e oportunidade de aprovação da Proposta de Fiscalização e Controle n.º 47/2008 da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados. Destacam-se: a elaboração conjunta por diversos órgãos do Ministério de Minas e Energia, dentre eles a Consultoria Jurídica que, sendo órgão de execução da Advocacia-Geral da União, integra a estrutura organizacional do MME; a participação da Conjur MME na elaboração de ato que, legalmente, não exige a obrigatória manifestação de órgão de assessoria jurídica; e o detalhamento de questões técnicas e políticas, em abordagem multidisciplinar que ultrapassa o âmbito jurídico. Do mencionado trabalho, destaca-se trecho ilustrativo:

“28. Uma vez demonstrada a possibilidade, inclusive com previsão explícita em Edital, de a ANEEL autorizar alterações nas características técnicas e no projeto base de aproveitamentos hidrelétricos licitados, bem como a conveniência em se adotar sempre a melhor solução

técnica, ainda que ela seja proposta após a licitação, é preciso analisar a importância estratégica da UHE Jirau.

29. De fato, a simples dimensão da UHE Jirau com 3.300 MW de potência instalada e 1.975,30 MW médios de garantia física denotam a importância singular desse projeto para a segurança do suprimento de energia elétrica ao mercado brasileiro e para a modicidade de preços e tarifas, visto que seu efeito sobre a definição do Custo Marginal de Operação – CMO do sistema elétrico poderá ser percebido a partir do ano que vem.”

Constatou-se, porém, conforme dito acima, que a análise documental não é suficiente para se apreender a extensão da atuação da Consultoria Jurídica nesses projetos. Com efeito, o conteúdo das entrevistas, apresentado a seguir, somado à análise dos documentos acima, oferece melhor noção do que fazem e como atuam os advogados nessa área. Avançando-se para a etapa de realização das entrevistas, foram selecionadas algumas áreas e profissionais, dentro e fora do MME. Considerando a abordagem pouco comum da atividade de consultoria e assessoramento jurídico, realizada no contexto de desenvolvimento de um projeto de investimento elevadíssimo e de altíssimo grau de complexidade e especificidade, as entrevistas iniciavam-se sempre com breve esclarecimento sobre o objeto de investigação e o enfoque da gestão, conforme registrado na primeira entrevista, com o advogado e ex-Consultor Jurídico do MME, Guilherme Baggio.

De modo a aproveitar a experiência dos entrevistados, optou-se por entrevista qualitativa aberta, a par da existência de um roteiro prévio, a indicar as diretrizes dos questionamentos apresentados ao longo da conversação. Com efeito, considerando que os agentes públicos e advogados entrevistados participaram do desenvolvimento de projetos diversos, em períodos diversos, tornou-se oportuno elastecer um pouco o tema das entrevistas, para aproveitar a experiência e a vivência destes profissionais do setor público de energia. Percebeu-se, também, que era importante adentrar no universo de interesse e especialização do entrevistado para, aos poucos, direcionar a entrevista para os pontos mais específicos de interesse da entrevistadora. Não é por outra razão que a atuação do órgão de consultoria e assessoramento jurídico é abordada com mais ênfase ao final das seis entrevistas, a partir da conexão com experiências relatadas pelos próprios entrevistados. Evitaram-se, também, questões muito diretas, para não constranger ou sugerir o entrevistado. Procurou-se obter informações sobre o entrevistado no início de todas as entrevistas (contexto), razão pela qual a conversação estendeu-se um pouco mais<sup>2</sup>. Registra-se que, anteriormente à entrevista gravada com a Consultora Jurídica do Ministério de Minas e Energia (entrevista 04), já havia acontecido um primeiro encontro, de cerca de 2 horas (não gravado), ainda

---

<sup>2</sup> Duração das entrevistas, sucessivamente, de 01 a 06:1 hora e 49 minutos; 1 hora e 14 minutos; 1 hora e 10 minutos; 25 minutos; 34 minutos; e 44 minutos.

na fase preparatória, donde se colheram informações relevantes para o prosseguimento dos estudos e que serviram de subsídio para as entrevistas, em seguida. Todas as entrevistas foram gravadas e posteriormente degravadas e revisadas, com aperfeiçoamentos meramente gramaticais, de modo a tornar a linguagem oral, de característica coloquial, em texto escrito e inteligível. Não houve alteração de conteúdo dos registros orais. Anteriormente à realização das entrevistas gravadas, identificaram-se as questões que seriam colocadas, ao longo da entrevista, de acordo com a oportunidade e o conhecimento do entrevistado, de modo a alcançar o escopo do presente trabalho de pesquisa, sintetizadas a seguir: 1. Na modelagem do leilão de compra de energia elétrica, nos projetos estruturantes e em outros, como vem se dando a participação do órgão de consultoria e assessoramento jurídico? Quais as fases e procedimentos que contam com a participação da Consultoria Jurídica do Ministério de Minas e Energia? 2. Há consultas informais, por e-mail, telefone ou pessoalmente, aos advogados da Consultoria Jurídica do Ministério de Minas e Energia? 3. As manifestações jurídicas exaradas pelo órgão de consultoria e assessoramento jurídico tratam, prevalentemente, de questões de natureza formal, como competência, forma dos atos, procedimento previsto em lei etc? Ou os impactos e benefícios do projeto são avaliados também, ou seja, adentram em aspectos de mérito da política pública? 4. Quais as situações concretas em que a participação da Consultoria Jurídica foi além das hipóteses legais em que é obrigatório o parecer jurídico prévio, tais como para minutas de editais e contratos e dispensa de licitação? 5. A Consultoria Jurídica participa das reuniões prévias de discussão ou a rotina mais comum é de encaminhamento do processo, para análise formal e a posteriori dos atos normativos, editais, contratos e outras deliberações? 6. A Consultoria Jurídica acompanha as áreas técnicas e políticas às reuniões, sessões no Congresso Nacional e audiências e reuniões públicas? 7. Os atos normativos (desde anteprojetos de leis a minutas de portarias e decretos) são elaborados em conjunto com a Consultoria Jurídica? 8. Há trânsito e diálogo das áreas técnicas com os Advogados? Os Advogados envolvem-se em discussões técnicas ou limitam-se estritamente à análise jurídica e constitucional? 9. Há outras características e perfis recomendáveis para melhor atuação da Consultoria Jurídica?

As entrevistas são as unidades de análise da pesquisa qualitativa. Seguem, transcritas integralmente, a seguir:

## **ENTREVISTA 01**

**Entrevistado: GUILHERME PEREIRA BAGGIO, ex-Consultor Jurídico do Ministério de Minas e Energia (atua como advogado, atualmente, sócio da Kaercher e Baggio).**

**Data: 08.07.2010**

*Tania Patricia: Para contextualizá-lo, acho importante lhe falar um pouco do que me trouxe aqui. Estou fazendo Mestrado em Administração Pública e, desde o início, pensei em investigar um tema relacionado à minha realidade profissional – o meio jurídico – sob o enfoque da administração.*

*Estou estudando a atuação jurídica consultiva, realizada no âmbito das Consultorias Jurídicas dos Ministérios, sob o enfoque da gestão, dos movimentos de modernização da administração pública. A área de geração hidrelétrica foi escolhida, por se tratar de questão absolutamente estratégica para o desenvolvimento do país. Não trabalho nem trabalhei no Ministério de Minas e Energia. Por isso, o primeiro passo é aprender sobre o setor.*

*Tania Patricia: O senhor foi Consultor Jurídico do Ministério de Minas e Energia?*

BAGGIO: Eu estive no Ministério, de janeiro de 2003 a junho de 2008. Mas primeiramente, fui Assessor da Ministra Dilma Roussef. Depois, tornei-me Consultor Jurídico. Foi o período do desenvolvimento do novo modelo do setor elétrico. Eu auxiliei a então Ministra na elaboração do novo modelo, sobretudo nas questões jurídicas. Tínhamos um grupo forte, vinculado à Consultoria Jurídica, mas que trabalhava fora do dia a dia da Consultoria, exclusivamente dedicado ao novo modelo. *TP: O senhor foi para a Consultoria Jurídica em que ano?*

BAGGIO: 2007.

*TP: Fez esse trabalho todo de desenvolvimento do novo modelo como Assessor Especial da então Ministra de Minas e Energia?*

BAGGIO: Isso.

*TP: Deve ter sido interessantíssimo.*

BAGGIO: Foi.

*TP: O que o senhor pode nos falar sobre esse trabalho?*

BAGGIO: Foi muito bom. Foi um período de muita liberdade e de consolidação.

*TP: As leis são de 2004. Você participou desde o começo?*

BAGGIO: Sim. Desde o início. Aliás, estou me dedicando a escrever sobre todo este processo. Penso num livro com o relato de como tudo isso aconteceu. Foi um trabalho muito interessante. Chama-se de novo modelo, mas na verdade não houve uma ruptura, não foi uma mudança absoluta de tudo o que vigorava, até então. Foi uma mudança muito grande no modelo de comercialização de energia. O restante tratou mais de uma mudança de tratamento administrativo e institucional, com a criação de órgãos, melhoria da governança corporativa. Isso tudo também está no contexto do novo modelo, todo esse processo.

*TP: O senhor afirma que não houve ruptura, mas, antes do novo modelo, não havia leilão de compra de energia, havia o leilão da concessão do uso de bem público.*

BAGGIO: O que eu chamo de ruptura? Examinemos os anos 90. O que tínhamos? Depois da Constituição, nos anos 90, tivemos as grandes reformas institucionais, com início em 93, em alguns setores, inclusive no setor elétrico, houve o que chamamos de equalização tarifária e o início do fim da tarifa pelo custo. No setor de portos, houve a abertura. Foi o primeiro grande setor que se abriu à iniciativa privada para exploração das atividades públicas, reguladas. O setor de portos, para mim, é um exemplo fantástico, porque houve descentralização e abertura à iniciativa privada. No setor

elétrico, começou em 93. A grande ruptura se dá a partir de 95, com a publicação da Lei Geral de Concessões (Lei 8.987) e da medida provisória, publicada no dia imediatamente seguinte, que foi convertida na Lei 9.074. Ali se tem a grande ruptura, com o início da abertura, da privatização e a possibilidade da venda de empresas estatais; a criação da figura do produtor independente de energia, que é o sujeito que produz a energia e vende, por sua conta e risco. Houve também a criação do consumidor livre de energia, desde que atenda a determinadas condições e características técnicas, com a possibilidade de comprar energia de um produtor independente ou de qualquer outro agente vendedor. Surge a figura do comercializador de energia. A grande ruptura começa em 95 e segue em 98, com a publicação da Lei 9.648. Nesse momento, tivemos a abertura do mercado e a criação do mercado livre, do antigo MAE (Mercado Atacadista de Energia Elétrica), do ONS (Operador Nacional do Sistema Elétrico) e a instituição das bases do que seria a reforma institucional do setor elétrico. Tanto que, depois dessa lei, foram promovidas as privatizações. Algumas privatizações foram anteriores à essa lei, por conta da medida provisória, que acho que é de 97, depois convertida na 9.648. É nesse período que se promoveu a privatização da Gerasul, que hoje é a Tractebel, uma das maiores empresas de energia do Brasil. São Paulo também promoveu uma série de privatizações, dentre elas a da Eletropaulo, que depois se tornou a AES; a Duke Energy, dentre outras. A Copel foi dividida em cinco empresas, estava pronta para ser privatizada, mas sempre foi uma empresa foi muito eficiente. Aí nós tivemos o racionamento, entre as primeiras reformas e a reforma do novo modelo. O racionamento mostrou que havia muitos equívocos e o novo modelo veio para corrigi-los. A desverticalização é um dos aspectos mais importantes do novo modelo. Até 1995, a estrutura do setor elétrico sempre foi feita por empresas estaduais e, onde os Estados da Federação eram fracos, não tinham condições de investir, a União tinha suas empresas estatais, principalmente para geração. Então, por exemplo, a Eletrobrás e a Eletrosul não estão no Paraná, porque a Copel sempre foi forte. Então, não precisou a União ir para lá. Já no Estado de Santa Catarina, a Celesc nunca foi muito forte em geração. Então, a Eletrosul se instalou lá. Furnas, sediada no Rio de Janeiro, produzia energia em usinas ao longo de todo o Brasil, com maior foco na região sudeste; Chesf no Nordeste. A União e suas estatais, assim, atuavam de forma complementar. O modelo era de verticalização.

*TP: O que é a verticalização?*

BAGGIO: Significa que as empresas produziam, transportavam e distribuíam a energia. A Copel é um exemplo clássico. A própria Copel tinha, e tem ainda, geração para atender o seu próprio mercado consumidor. Era uma empresa auto suficiente. O Brasil todo era mais ou menos assim, mas havia trocas de energia. A partir do final da década de 70, início dos anos 80, criou-se um modelo brasileiro, predominantemente hidrelétrico, a partir da constatação da engenharia brasileira de que o Brasil tem inúmeros reservatórios, de norte a sul, e que poderiam ser melhor aproveitadas as complementariedades dessas fontes. Aí começou a surgir a figura do Sistema Interligado Nacional (SIN). Até então, todas as empresas atuavam em todas as fases – geração, transmissão e distribuição.

A partir dos anos 90, iniciou-se a segmentação, com a existência de empresa de geração, que produz e vende energia; da empresa de transmissão, que transmite energia, eleva a tensão para o transporte, e depois reduz, para distribuição; e da empresa de distribuição, que distribui até o consumidor. Tendo isso em mente, buscou-se criar um mercado, para compra, venda e revenda. A Lei 9.648 tem dispositivo no sentido da segmentação. Com efeito, toda contratação de energia vai ser realizada sem considerar a contratação do transporte, ou seja, verticaliza-se. Paralelamente, surgiram os consumidores livres e os produtores independentes. O que se queria era criar um mercado, desenvolver um mercado. O que é um mercado? É a concorrência, é compra e venda. Quem é que vende? Quem produz e quem comercializa. Quem compra? Todos passam a assinar com essa rede aqui para ter transporte. O que trazia a abertura comercial? A abertura do mercado exigiu a criação de uma agência reguladora, a ANEEL, em 1997, para regular a atividade comercial, a atividade econômica, de um serviço reservado à União. A comercialização, portanto, passou a ser livre. O que o novo modelo fez? Manteve basicamente isso. Mas o Estado passou a administrar a contratação de energia, criando o ambiente de contratação regulada (ACR). Entre outros problemas de segurança e de governança, houve um problema seriíssimo no MAE, que nunca conseguiu operar. O MAE foi criado em 98 e previa-se o início das operações em 2000. E ele não conseguia iniciar as operações, tinham liminares, o grupo não se acertava. Não se acreditava muito no mercado. Houve até intervenção da ANEEL no MAE.

*TP: Mas se o MAE não funcionou, como se comercializava energia?*

BAGGIO: Naquela época, ficava tudo trancado, as transações ficavam lá. O MAE é um mercado de energia em que as transações são marginais. Vou lhe dar um exemplo prático: uma empresa geradora faz um contrato com determinada distribuidora. A geradora, contudo, não decide quando e quanto vai gerar, porque a competência é da ONS. Por sua vez, a demanda de energia, pela distribuidora, depende dos seus consumidores. Então, estas são duas variáveis que não se controlam. Nem o gerador nem o distribuidor. De forma bem simplista, a diferença entre o que se produziu e entre o que se consumiu é comercializado no MAE, no mercado de curto prazo. Para isso serve o MAE: um mercado de diferenças. Não é para toda contratação. Pelo contrário, o MAE pesquisa e contabiliza pouco o mercado.

*TP: O MAE não existe mais?*

BAGGIO: Foi sucedido pela CCEE (Câmara de Comercialização de Energia).

*TP: A CCEE tem o mesmo papel hoje?*

BAGGIO: Tem mais ou menos o mesmo papel. Ela foi fortalecida, foi acrescida de algumas competências, porque ela de certa forma administra os contratos de energia dos leilões. A CCEE faz tudo que o MAE fazia, além de administrar os contratos resultantes dos leilões (os CCEAR). Porque, no novo modelo, todas as geradoras comercializam com todas as distribuidoras. Isso é tipicamente do

novo modelo. Os conceitos principais, contudo, foram mantidos: produção independente, mercado livre, consumidor livre, operador de sistema. As estatais, embora estatais, atuam nesse mercado.

*TP: Agora, a ideia do governo FHC (Fernando Henrique Cardoso, Presidente da República até 2002), parece-me, era privatizar tudo. Nessa linha, não existiriam mais as empresas estatais, que atuam na geração?*

BAGGIO: A ideia era privatizar, era o Estado se afastar da atuação direta. As estatais, hoje, são fundamentais para qualquer grande empreendimento, têm um papel mais que ativo. Sem elas, não se imagina a viabilidade de empreendimentos como Jirau, Santo Antônio e Belo Monte. Mas é importante destacar que o modelo atual não traz nenhum benefício para as estatais. As estatais estão nesse processo, de forma muito ativa, mais pelo porte do que pelo que representam nas relações com o modelo. Mas elas não têm nenhuma prerrogativa especial. A Eletrobrás entra, de certa forma, não exclusivamente pelo lucro, mas não tem nenhum benefício especial, não há um financiamento especial à estatal. Ela entra pelo *know how*, pela credibilidade, enfim, que apresenta ao mercado.

*TP: O que o senhor pode nos dizer desse trabalho que foi desenvolvido? O senhor entrou em 2003, com a Ministra?*

BAGGIO: Como lhe disse, entrei no Ministério em 2003, juntamente com a então Ministra Dilma. O Presidente Lula assumiu e tinha o objetivo, de certa forma, de reformar o setor elétrico. Em 2001, houve o racionamento, que se estendeu até meados de 2002. Quando o Presidente Lula entrou, o setor elétrico estava destruído; as estruturas estavam todas endividadas; os investimentos estavam parados; não havia segurança no fornecimento, nem em relação ao dia seguinte. Em fevereiro de 2003, a Ministra Dilma Rousseff publicou uma portaria, criando Grupo de Trabalho com o objetivo de assessorar o Ministério na formulação de modelo para reforma institucional do setor elétrico. A referida portaria possibilitou que especialistas em matéria de energia e representantes de entidades participassem da realização desse trabalho. O primeiro trabalho discutido foi publicado em junho ou julho daquele ano – Proposta de Modelo Institucional para o Setor Elétrico, seguida de resolução do CNPE (Conselho Nacional de Política Energética), que aprovava as diretrizes da reforma, ou seja, as diretrizes desse novo modelo. A partir dessa aprovação do CNPE, determinou-se que o Ministério de Minas elaborasse as normas, detalhasse as diretrizes e as submetesse novamente ao CNPE. Então, foi a partir daí que nós começamos a trabalhar mais.

*TP: Hoje a Copel só distribui?*

BAGGIO: Não, faz tudo. A Copel hoje tem a Copel Geração, a Copel Transmissão, a Copel Distribuição e hoje tem a Copel Comercialização. E participa desse mercado, porque não pode vender para si mesma. A Copel tem que participar do leilão para comprar energia e também comercializa a energia produzida, por meio de leilão. A Copel Distribuidora vai como compradora; a Copel Geradora vai como vendedora.

*TP: Após a publicação da resolução do CNPE, é que o MME, efetivamente, passou a trabalhar no novo modelo?*

BAGGIO: Foi aí que se iniciou a atuação mais jurídica, porque até então não estávamos participando, diretamente, das discussões. Apenas acompanhávamos, algumas vezes. Era mais político, técnico-político do que jurídico. Então, o jurídico não participou dessas discussões. O jurídico entrou mesmo após essa resolução. Foi quando nós recebemos as diretrizes jurídicas da Ministra Dilma, que foram muito claras. Primeiramente, a matéria teria que ser passível de encaminhamento por medida provisória. Não seria possível propor emendas constitucionais. Segundo ponto, a Ministra nos solicitou alterações pontuais. Tínhamos a ideia de fazer um sistema, um código, para consolidar o setor elétrico, que é um setor extremamente complexo e distribuído em órgãos. A legislação do setor vai desde o Código de Águas até essas medidas provisórias, de dois meses atrás. Não tem mágica no setor elétrico. Quando eu tenho uma tarifa muito elevada, o consumidor reclama; quando tem uma tarifa muito baixa, é o empreendedor que não está disposto a perder. Então, é um setor que tem interesses contraditórios e vive sempre em tensão. Foi nesse contexto que tivemos que fazer a reforma no setor. A última premissa foi preservar os contratos realizados com base no regime anterior. A partir disso, nós começamos a trabalhar com várias técnicas, na discussão de como construir esse novo arranjo institucional e regulatório.

*TP: Quem era o Consultor Jurídico na época?*

BAGGIO: Erenice Guerra. Ela participou muito, mas a Consultoria Jurídica não se inseriu, institucionalmente, porque havia o dia a dia do Ministério para administrar.

*TP: O senhor já conhecia o setor elétrico?*

BAGGIO: Sim. Eu sou advogado de uma empresa no Rio Grande do Sul, entrei lá em 98. Inclusive, na época, em 2002, fiz minha dissertação de Mestrado e utilizei o tema da energia. Então, vim para Brasília. A Ministra me chamou e disse que queria auxílio para fazer a reforma no setor.

*TP: Foi lá que o senhor conheceu a Ministra Dilma Rousseff?*

BAGGIO: Foi sim. Ela era Secretária de Energia.

*TP: E desde o começo, esse trabalho foi realizado por este grupo vinculado diretamente ao Gabinete da Ministra?*

BAGGIO: Exatamente. O trabalho não terminou ali, ele começou ali. Em dezembro de 2003, o CNPE aprovou, então, o que seria o detalhamento das diretrizes, as medidas completas que seriam tomadas e as medidas provisórias. Uma que tratava das questões regulatórias; e a outra, que criava a EPE (Empresa de Planejamento Energético).

*TP: Isso levou quanto tempo?*

BAGGIO: Isso levou de 11 de dezembro de 2003 até a publicação da lei, em 15 de março. Depois disso, começamos a trabalhar no decreto.

*TP: Nessa fase de elaboração das medidas provisórias e, depois, do decreto, havia uma negociação política paralela?*

BAGGIO: Havia, sim. O setor chamou associações, porque ao invés de discutir com empresas, o MME discutiu com os segmentos. Então o que a Ministra? Convidava as entidades, apresentava as propostas e os agentes discutiam, internamente, nas associações, para que as entidades tivessem um posicionamento a apresentar ao Ministério. Isso foi muito positivo.

*TP: Isso foi nessa etapa de elaboração?*

BAGGIO: Foi a partir de setembro de 2003, até a publicação do último decreto. A Ministra Dilma sempre teve o cuidado de discutir de forma transparente com os agentes, com as associações, para que o modelo tivesse viabilidade de implementação. Quando se faz uma reforma dessa, em um setor que não pode parar, precisa se construir legitimidade e viabilidade técnica e política; precisa haver um certo grau de aprovação e consistência; precisa haver certa afinidade com os agentes do setor.

*TP: Isso é muito importante, é moderníssimo. É governança genuína.*

BAGGIO: O modelo, de certa forma, não foi questionado, era um modelo em que os agentes aceitavam as decisões, aceitavam as normas e as cumpriam. O mercado livre explodiu, cresceu demais. Os investidores acreditavam no modelo. Tanto foi assim que os leilões todos que foram promovidos tiveram sucesso. Houve uma interação muito grande, não só no setor de energia, mas uma interação com o meio ambiente. O Ministério de Minas e Energia, com auxílio da Casa Civil e da Presidência da República, solicitou que o Governo adotasse medidas.

*TP: E o curioso é que se fala tanto na necessidade de uma agência reguladora forte e com plena autonomia para se conferir segurança e credibilidade ao investidor privado.*

BAGGIO: Essa é uma questão interessante. O modelo tem várias frentes. Tem as questões regulatórias, mas também tem as questões institucionais. Nas atividades de Governo, foi definido que o Ministério de Minas, com auxílio da EPE, focasse no planejamento, na definição das fontes que atenderiam as demandas. O que é isso? É política governamental, é política pura. Foram fortalecidas as competências do Governo para atuar nesse segmento. Os leilões sinalizam, dão direção para um determinado segmento de geração. Mas é o Governo que dita a política. É o CNPE, é o Ministério de Minas e Energia. Mas não foi só. Logrou-se fortalecer, dentro desse contexto institucional, a execução das atividades pelo ONS. O ONS, hoje, é o agente que decide quem vai gerar energia no Brasil e por qual preço. O ONS é uma associação de duas agências. Tem autorização para executar essas atividades de interesse público. Antes do novo modelo, a ONS era eminentemente controlada por outra empresa, com muitos interesses em jogo.

*TP: Hoje não é controlada por outra empresa?*

BAGGIO: Não. As atividades técnicas da ONS, centrais, são decididas exclusivamente pela diretoria colegiada.

*TP: Explique-me como a ONS define o preço, se, de acordo com o novo modelo, há leilão pelo menor preço?*

BAGGIO: Preço de curto prazo. Aquele resíduo de que lhe falei, resíduo de contratos por mercado. Preço de Liquidação das Diferenças Contratuais.

*TP: O senhor acha que, nessa época, a Consultoria não participou, institucionalmente, da formulação do novo modelo, por uma questão simples de falta de estrutura e de corpo jurídico preparado para dar conta da execução diária e corriqueira das competências do Ministério, ou por que, efetivamente, a Ministra e o Secretário Executivo não viam na Consultoria Jurídica, no órgão, a capacidade institucional para fazer o trabalho, ou seja, desenvolver os atos legislativos do novo modelo?*

BAGGIO: Não. Porque realmente precisava ter todo esse trabalho, quase uma dedicação exclusiva. Foi fundamental. A Consultoria do Ministério, quando eu cheguei lá, como Consultor Jurídico, não atuava na regulação. O Ministério não tinha uma atuação regulatória, não tinha sido estruturado para fazer isso. A Consultoria Jurídica, então, não estava preparada para dar esse atendimento, não conhecia o setor elétrico. A Consultoria era muito mais forte no setor de mineração do que no setor de petróleo e gás. Eu cheguei lá e essas questões todas que enfrentávamos continuaram comigo. Chamei a equipe da CCEE para ir ao Ministério e dar curso, dar aula e explicar o que é a CCEE. Então, fomos a ONS para entender como é feita a operação, um negócio extraordinário, lindo de ver. Os advogados da AGU conhecem Direito Administrativo. É preciso conhecer a vida como ela é. Porque, para aplicar o direito, tem que entender como a vida funciona, como funciona o setor elétrico. Hoje, a Agência Nacional, a ANEEL, tem uma política muito interessante de formação de seus procuradores. É preciso mergulhar na área de atuação do Ministério.

*TP: A Consultoria Jurídica tem o que se chama de dupla vinculação. É um órgão de execução da AGU, mas está na estrutura organizacional do Ministério respectivo. Existe um grupo de advogados da União e procuradores que entende que a dupla vinculação é ruim e propõem que a Consultoria Jurídica seja vinculada exclusivamente à AGU. O atual Ministro da AGU tem uma visão diferente, de aproximação da Consultoria Jurídica do órgão assessorado. Quando o senhor chegou à Consultoria Jurídica, como era o relacionamento com as áreas técnicas?*

BAGGIO: Era um pouco formal, um pouco distante. Faziam questão de manter a distância. Tem muito advogado que não gosta do risco, que evita o contato.

*TP: Quando o senhor tornou-se Consultor Jurídico, quantos advogados compunham a equipe da Conjur MME?*

BAGGIO: Quinze, eu acho, não me recordo bem. Chegou muito advogado competente, turma jovem e muito dinâmica. Muitas questões que iam para a Consultoria, ou que passavam de forma muito formal pela consultoria, passei a resolver diretamente. Toda a estrutura de leilões, portarias, alguns

decretos não passavam pela Consultoria. Foi por decorrência das circunstâncias, não foi por falta de confiança.

*TP: Com relação a Santo Antônio e Jirau, houve participação?*

BAGGIO: Todos os leilões envolvem discussão jurídica. Os administradores nunca fizeram nada sem o aval jurídico. Na época, era o Ministro Nelson. A gente tinha uma afinidade pessoal e também profissional, e o Ministério tinha uma equipe muito boa. Todas as discussões eram feitas com a Consultoria Jurídica. Então, de certa forma, a Consultoria participou ativamente dos processos.

*TP: Na Casa Civil, houve participação da Consultoria Jurídica também, no fechamento do texto das medidas provisórias e, depois, do decreto?*

BAGGIO: Os textos eram fechados no Ministério de Minas e Energia. Na Casa Civil, havia questões mais específicas, naquele período.

*TP: E isso tudo foi discutido nessa fase de definição de diretrizes?*

BAGGIO: Isso, exatamente.

*TP: Para Santo Antônio e Jirau, houve audiência pública?*

BAGGIO: Sim.

*TP: Os Ministros participavam também?*

BAGGIO: Não. O processo de audiência pública está relacionado ao tempo de licença ambiental. A equipe do MME não atuava nessa área. Até porque o Ministério tem área específica de relacionamento com o Meio Ambiente.

*TP: Para terminarmos, pergunto sobre a possibilidade de utilizar os contratos de venda de energia como garantia para viabilizar a obra.*

BAGGIO: Esse mecanismo não é exclusivo de Santo Antônio e Jirau; está previsto no novo modelo. O projeto é a própria garantia. O concessionário não dá o projeto em garantia; dá os próprios ativos em garantia (os contratos de comercialização de energia).

Convém registrar as seguintes observações a respeito da **entrevista 01**: o entrevistado, advogado atuante na área de energia e portos, aborda todos os pontos propostos, com tranquilidade, revelando segurança e conhecimento. É interessante o relato que fez sobre sua participação, como Assessor Especial da então Ministra de Minas e Energia, na elaboração do novo modelo do setor elétrico, consubstanciado em duas medidas provisórias, posteriormente convertidas em lei. Trata-se, sem dúvida, de atividade essencialmente jurídica, de enorme relevância, que não contou com a participação formal nem decisiva do órgão de consultoria e assessoramento jurídico do MME. Isso aconteceu em 2003, quando a AGU começava a ter advogados da União em número suficiente para colocar nas Consultorias Jurídicas dos Ministérios. Em setembro de 2003, foi dada posse a cerca de 300 (trezentos) novos advogados da União, que foram lotados em muitos órgãos em Brasília, e também nas Consultorias Jurídicas. O entrevistado destacou, também, que a elaboração do novo

modelo exigiu esforços concentrados. Segundo ele, não seria possível atribuir esta responsabilidade à Consultoria Jurídica, responsável por inúmeras outras atividades, dentro do ministério. Não se deve desprezar a decisão da Ministra de coordenar a equipe constituída dentro de seu gabinete. Por vezes, o titular da Pasta decide centralizar mais os processos e acompanhar mais de perto o desenvolvimento dos trabalhos. Nesse sentido, vale o destaque à informação de que a Ministra conduziu, pessoalmente, as tratativas necessárias para o detalhamento do novo modelo. É inegável, porém, que o próprio entrevistado, ao tornar-se Consultor Jurídico, em 2007, atraiu para o órgão de consultoria e assessoramento jurídico as tarefas pelas quais respondia, quando estava no gabinete da Ministra, chamando a atenção para um aspecto que volta a ser tratado na entrevista 06 – credibilidade e confiança como elementos essenciais à atuação mais efetiva do órgão de consultoria e assessoramento jurídico.

## **ENTREVISTA 02**

**Entrevistado: RICARDO ALBERTO SUASSUNA DE MEDEIROS, Diretor de Outorgas de Concessões, Permissões e Autorizações do Ministério de Minas e Energia**

**Data: 08.07.2010**

*Tania Patricia: Qual a sua formação?*

SUASSUNA: Minha formação básica é engenharia elétrica, com mestrado e pós-graduação em outras áreas. Tenho pós-graduação em economia, mestrado em engenharia e MBA em gestão empresarial e finanças. Sou funcionário da Chesf (*Companhia Hidro Elétrica do São Francisco*), em Recife, que é similar a Furnas, uma subsidiária da Eletrobrás.

*TP: O senhor já trabalhava nessa área há muito tempo?*

SUASSUNA: Não, nessa área não. Bem, comecei trabalhando na Universidade Federal do Mato Grosso. Depois eu fui para a Chesf, para trabalhar na área de telecomunicações e controle de processos. Depois, migrei para a área de análise de sistemas. Em seguida, me tornei diretor financeiro de uma empresa do grupo Telebrás. Depois, pedi licença não remunerada e fui para a iniciativa privada, como diretor de suporte, que era administrativo, financeiro e TI, ou seja, tudo que não era telecomunicações. Fui ainda superintendente adjunto da SUDENE. A experiência profissional seguinte foi como presidente da Agência de Águas, agência regulatória da Paraíba, na fase de implantação. Depois fui para uma empresa que a Eletrobrás tinha constituído em parceria com a AES, a Eletronet. Voltei, ainda, para a nova SUDENE, na época ADENE, como diretor. Depois, retornei à Chesf e, finalmente, vim para o Ministério de Minas e Energia, como assessor do ministério.

*TP: Hoje o senhor é Diretor do Departamento de Outorgas de Concessões, Permissões e Autorizações. O que faz o departamento?*

SUASSUNA: O departamento tem duas funções, basicamente. Uma função, pode-se dizer, regimental, que é a parte de gestão, pelo ministério, das concessões de serviços públicos e das autorizações que decorrem de leilões. A outra é a função regulatória. Como a função regulatória permeia toda a área de energia – o setor de energia elétrica é um setor fortemente regulado – essa área é um pouco difusa nas organizações. Algumas organizações preferem ter uma área que trate de regulação e outras adotam a segunda opção, de regulação distribuída nas áreas, conforme as competências. Ambos os modelos têm vantagens e desvantagens. Quando se dilui, talvez se tenha mais especialidade técnica, um conhecimento específico para cada assunto. Por outro lado, a organização não tem nenhuma área particularmente responsável por regulação, o que torna a atividade regulatória difusa. E a regulação pode trazer impactos muito profundos. Hoje existe, inclusive, um movimento no Brasil, no governo, coordenado principalmente pela Casa Civil, de se “regular a regulação”, ou seja, para toda a alteração regulatória que se pretenda fazer, realiza-se uma análise do seu impacto na sociedade. Tanto o impacto sobre o ponto de vista econômico, como o impacto do ponto de vista tecnológico, de restrições que são impostas ou benefícios. No modelo americano, há um procedimento previsto para toda e qualquer norma regulatória. Para qualquer alteração, quer seja de lei até uma norma setorial, adota-se o seguinte procedimento: qualquer medida que possa causar impacto, para a sociedade, superior a cem milhões de dólares, é tratado em instância superior, em área equivalente à nossa Casa Civil, da Presidência da República. Essa área faz a análise desses impactos maiores. Não se trata só de energia. Por exemplo, suponha-se a determinação por autoridade pública de que as farmácias não possam mais vender sabonete. Qual o impacto que essa medida traria, no contexto da sociedade? Porque, no fim das contas, toda a regulação se traduz em um impacto econômico. Tudo se traduz num reflexo econômico. Dentro do Ministério de Minas e Energia, essa área é difusa, mas na medida em que determinado setor mostra resultado, atrai certas atividades e competências. No nosso caso, esse é um ônus muito grande, em termos de trabalho. A área regulatória demanda muito tempo, por conta da complexidade. Como disse, o serviço de energia elétrica é um serviço regulado. Ele pode ser um serviço público ou não. Em sendo um serviço público, o artigo 175 da Constituição diz que compete à União prestá-lo, diretamente ou por meio de concessão ou permissão. O que é concessão e o que é permissão? O serviço público é feito por concessão ou permissão. Os outros serviços de energia elétrica têm autorização. Não se pode colocar uma linha de transmissão sem pedir ao Poder Público. Ou seja, todo serviço tem que ser outorgado. Há outorga de concessão, de permissão ou de autorização. Serviços públicos são por concessão ou permissão. Serviços não públicos exigem apenas autorização. Então, por exemplo, o que caracteriza um serviço público? Os serviços públicos são, digamos assim, serviços essenciais, onde os bens e os direitos associados são necessários à continuidade da prestação dos serviços. Imagine-se uma linha de transmissão que faça parte do sistema brasileiro. Não posso dizer que se tenha um bem privado. Trata-se de bem da União. Mesmo que não fosse, seria um bem reversível, ao final daquela

concessão. Pode-se separar o serviço de energia elétrica em três blocos, que seriam: geração, transmissão e distribuição. O que separa a distribuição da transmissão, porque são todas redes elétricas, é que transmissão compreende instalações com classe de tensão igual ou acima de 230 kV. Abaixo disso, é distribuição. Transmissão é quando se fala de rede básica, maior ou igual a 230 kV. Por analogia, transmissão são as artérias e veias. A distribuição, por sua vez, são os vasos capilares. A geração se divide em três categorias. A primeira delas são as concessões, que estão normalmente associadas a hidroelétricas, porque o potencial hidroelétrico é um bem da União. Então, sua utilização para fins econômicos só é possível por meio de uma cessão onerosa. O bem é a queda d'água. Para o seu uso, você tem a concessão. Para ter concessão, só pode ser por meio de licitação. O leilão de compra de energia tem duas funções: licitar a concessão e a compra de energia. O leilão é um mecanismo econômico muito eficiente para se descobrir preços.

*TP: O senhor poderia nos falar sobre as diferenças relativamente ao que se aplicava, anteriormente a 2004, e a partir do novo modelo do setor elétrico, no tocante à sistemática dos leilões?*

SUASSUNA: No modelo anterior, licitava-se a concessão. A ideia era tornar o mercado mais livre. Então, tinha um aproveitamento hidrelétrico que o Poder Público oferecia pelo maior valor ofertado, conferindo autonomia ao concessionário para utilizá-lo.

*TP: E a diferença entre tarifa e preço?*

SUASSUNA: Quando o mercado diz quanto é, não é tarifa, é preço. Tarifa é quando o Poder Público impõe o valor. Pode-se até dizer que tarifa é um preço regulado. O preço, por sua vez, resulta do mercado. Veja bem. Como estou dizendo, temos as atividades de geração, transmissão e distribuição. O que faz você tomar uma decisão de ser preço ou tarifa? Para ter preço, tem que haver mecanismos de formação do preço, que quem forma é o mercado. É aquela velha história da curva de demanda e oferta. Isso só funciona se você tiver oferta e demanda, se você tiver competição. Existem alguns serviços, algumas atividades econômicas, que têm características interessantíssimas. Elas são chamadas de monopólio natural.

*TP: É o caso da transmissão?*

SUASSUNA: O monopólio natural é uma atividade econômica em que a máxima eficiência é obtida com a prestação do serviço por um único fornecedor. Nesses casos, a competição não favorece. Imagine o que é ter três redes de distribuição de água na cidade? Isso não é interessante. Haverá muito investimento, o que vai gerar preços absurdos. Imagine-se ter quatro ou cinco rodovias entre duas cidades, para gerar competição? Isso não traz benefícios econômicos. Então, a transmissão e a distribuição são monopólios naturais, situação em que há preços regulados. Nesses casos, eu tenho tarifa. A geração não. A geração pode ter número de geradores indefinido; quanto mais, melhor.

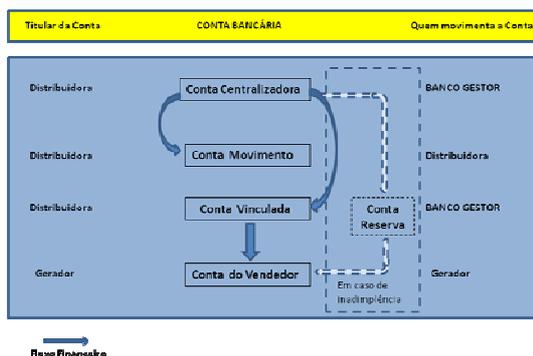
*TP: Isso independentemente do modelo anterior a 2004 ou do atual?*

SUASSUNA: Independentemente. Agora, o que mudou do modelo anterior para cá? Um grande problema que se tinha era que, em razão da indústria de energia elétrica exigir investimentos de longa

duração, longa maturação, então, havia dificuldade para financiar esses empreendimentos. São investimentos de valores muito altos e de prazo de maturação muito longo. Então, a grande diferença de lá para cá foi a seguinte: a partir do novo modelo, passaram a existir contratos de baixo risco, e com isso, viabilizou-se a expansão da geração, por meio de contratos de longo prazo e de baixo risco. Por que são de baixo risco? Porque quem contrata não é uma única empresa. Normalmente, em todo leilão, o gerador vende para 40, 50 distribuidoras. Se uma das distribuidoras tem problemas de caixa, não deixa de pagar só a um gerador, porque a inadimplência é dividida entre todos os geradores. Então, o sistema financeiro classifica esse contrato como de baixíssimo risco. Esse contrato dá garantias para financiamentos com bases muito mais competitivas do que se fossem lastreados em garantias reais de um empreendedor.

*TP: Então o consórcio vencedor sai do leilão com contratos com todas as distribuidoras, é isso? Por um valor previamente definido?*

SUASSUNA: Exatamente. Por um valor definido, resultado do lance vencedor no leilão. O outro aspecto, veja bem. Toda distribuidora que participa dos leilões de comercialização de energia tem, no banco, uma conta-centralizadora (conta-arrecadação), uma conta-movimento, de livre movimentação pela empresa, e uma conta vinculada. O que acontece? Parte do dinheiro que a distribuidora arrecada dos consumidores de energia elétrica entra na conta-centralizadora. Quem movimenta esta conta não é a distribuidora, é o Banco Gestor, responsável pela centralização e administração do fluxo de recursos da conta-centralizadora, conta vinculada e da conta reserva, na forma prevista no Contrato de Constituição de Garantia de Pagamento Via Vinculação de Receita (CCG). Então, o banco faz o seguinte: retira dinheiro dessa conta e transfere para a conta-vinculada, que serve para pagar ao gerador os compromissos decorrentes da venda de energia, constantes dos contratos CCEAR (Contrato de compra e venda de energia elétrica, celebrado no Ambiente de Contratação Regulada – ACR). Quem movimenta a conta vinculada é o Banco Gestor. Os recursos restantes na conta-centralizadora são transferidos pelo Banco Gestor para a conta-movimento da distribuidora. Então, a conta-vinculada tem preferência sobre a conta-movimento. O Banco Gestor é um banco comercial: Banco do Brasil, Bradesco, Itaú. Normalmente é o Bradesco. A mesma coisa com o gerador. Quando o Banco (BNDES) financia o gerador, recebe como garantia os CCEAR's e exige vinculação das receitas decorrentes destes contratos, para pagamento do financiamento. A distribuidora, no primeiro caso, controla a conta, mas dá poderes ao Banco Gestor para administrar os recursos, com transferência preferencial para as contas dos geradores.



Quadro 4.1 – Esquema fornecido pelo Entrevistado.

*TP: E o departamento, o que ele faz, nisso tudo?*

SUASSUNA: Vou explicar usando um exemplo. Imagine que se pretenda implantar uma usina termelétrica no sul para exportar energia para o Uruguai. Isso, vamos assim dizer, é o problema. Como viabilizar isso? Cabe ao departamento dizer quais são, do ponto de vista regulatório, ou seja, do marco regulatório, as alternativas, com o devido respaldo legal. É possível fazer isso ou não posso? Há impedimento ou não? Mesmo que não haja impedimento, há comando legal para fazer? Quero dizer, a administração pública só pode fazer o que está previsto na lei. Caso contrário, pode ser feito por uma medida provisória? Pode, mas se editar uma medida provisória, alterar a lei, criará a possibilidade de atender a outros países. Isto é de interesse público? Caso contrário, existirá outro caminho? Existe: firmar um acordo internacional, um tratado, onde se pode estabelecer algo específico com o Uruguai. Então, essa análise, esse caminho, quem o constrói é o departamento. Mais adiante, quais são, vamos assim dizer, as restrições e as premissas para essa geração? Vai estar interligada ao sistema (*no SIN*) ou não? Ou vai ser conectada por meio de uma linha de transmissão expressa? Então, o departamento promove os estudos e faz recomendações.

*TP: O departamento participa das discussões e dos estudos que precedem o leilão de energia? Quando o governo decide que vai abrir um leilão, o departamento planeja e executa tudo isso?*

SUASSUNA: Não é só o departamento. O departamento tem o seu papel nessa história. Mas há vários outros atores, no caso do leilão, porque o leilão é algo que já está estruturado. A formulação do leilão é diferenciada, porque ele já está regulamentado. A não ser que se trate de um novo tipo de leilão, aí o departamento entra, sim.

*TP: O senhor estava no departamento quando aconteceu o primeiro leilão de projeto estruturante?*

SUASSUNA: Quando cheguei aqui, já tinha ocorrido o leilão de Santo Antônio. Tornei-me diretor em 2008. Mas cheguei no Ministério em 2006. Por coincidência, no primeiro leilão estruturante, eu não estava na Assessoria do Ministro, e participei dessa questão dentro de um grupo, que foi viabilizar o leilão de Santo Antônio, que foi o primeiro leilão de projeto estruturante. O leilão de geração, sob o novo modelo, vem sendo realizado desde 2004. Por que existe essa questão do leilão estruturante? No leilão, tenho que ter competição, isso é uma premissa. Segundo, são realizados leilões todos os anos, para atender ao crescimento do mercado das distribuidoras. Nem todo ano se tem projeto estruturante. Um projeto estruturante, qualificado como tal dadas as suas características, propicia condições favoráveis na relação custo/benefício, para se fornecer energia em um preço bem aquém de outras fontes e a preços bastante inferiores em comparação com outras hidrelétricas menores. Então, não é possível que esse projeto de geração entre em competição com outras fontes ou com outras hidrelétricas. Por isso se faz o leilão exclusivo para esse empreendimento.

*TP: O governo reconhece que é um projeto estratégico, fundamental?*

SUASSUNA: Exatamente. O governo quer esse projeto. Veja o seguinte: nós temos hoje, no Brasil, cerca de 105 mil megawatts em usinas, entre hidrelétricas, térmicas, eólicas, nucleares. Desse total, cerca de 70% são hidrelétricas. No entanto, em termos de geração, 80% da energia é de fonte hidráulica. A hidroeletricidade tem uma grande vantagem, que consiste na possibilidade de reservar água no reservatório. É um diferencial comparativo do Brasil. Temos rios que estão em bacias hidrográficas com regimes hidrológicos diferentes. Então, ao longo do ano, quando uma bacia hidrográfica se encontra no período de afluência, no período úmido, outras bacias estão no período seco. Por isso, a hidroeletricidade no Brasil é estratégica para o setor de energia elétrica e para a economia. E esses grandes aproveitamentos contribuem imensamente. Um parêntesis: na minha opinião, com a postura atual da sociedade em relação às hidrelétricas, o Brasil comete um grande equívoco, um erro irreparável. Não se consegue mais construir hidrelétricas com reservatórios. Nem Santo Antônio, nem Jirau, nem Belo Monte.

*TP: Por conta de restrição ambiental?*

SUASSUNA: É, pode-se dizer. Isso significa que, do ponto de vista ambiental, há o impedimento e não tem jeito. Na hora que se coloca a restrição a novas hidrelétricas com reservatórios, serão necessárias usinas térmicas, lançando CO<sub>2</sub> na atmosfera. Quando você olha, isoladamente, a questão de uma hidrelétrica, ela vai ocupar determinada área com tantos hectares de mata, é verdade. Visto de forma isolada, eu concordo com a restrição. Se você olhar isso sob o ponto de vista do interesse nacional, por outro lado, vamos ter que gerar energia elétrica. Não vai se construir o reservatório, não vai ocupar aquela área de mata, tudo bem. O que é que é pior, do ponto de vista ambiental, ocupar aquela área de mata ou lançar CO<sub>2</sub> na atmosfera?

*TP: Mas o governo tem conseguido, não é?*

SUASSUNA: Não. Nenhum desses projetos estruturantes tem reservatório. O que é reservatório? É o seguinte, você tem duas formas de construir uma hidrelétrica. Imagine a queda do rio. Você vai levantar aqui a parede. Então, nas usinas com reservatório, levantam-se as paredes até determinada altura e pode-se operar com a água desde um nível mínimo. A queda d'água passa na turbina, que gira o gerador. Ao invés de usar energia para ele rodar, você roda e ele gera energia. Então, quando se constrói a barragem no rio, vai alagar. Quanto maior a barragem, maior a área alagada. Outra alternativa é fazer a barragem num nível suficiente para que essa água dê volume à queda e o restante da água passe pelo vertedouro. A água fica o tempo todo passando por ali. Isso é o que se denomina de usina a fio d'água, onde toda água que aflui à barragem, sai instantaneamente. Esse reservatório não armazena água. É uma usina a fio d'água. Na outra, não se deixa a água verter. Guarda-se tudo. Só verte quando tem cheia, para não transbordar; aí você abre comportas e tudo.

*TP: Esse é o modelo em que não se tem reservatório?*

SUASSUNA: Sim. Não tem reservatório, é a fio d'água. Esse outro não. Você barra o rio e libera a água, tem um compromisso de manter a vazão mínima no rio, mas o que afluir de água mais do que

essa vazão mínima, reserva-se para o período seco. No caso de usina a fio d'água, depende simplesmente da afluência do rio.

*TP: Essa questão específica a que você se referiu há pouco, a construção de termelétrica no Uruguai. O departamento tem que analisar o marco regulatório, ver se pode ou não pode; ver o que pode. Há muita participação da área jurídica, da Consultoria, na formulação e na discussão?*

SUASSUNA: Não. Não é porque não queremos. Há uma participação informal, porque o departamento busca dialogar com a Consultoria Jurídica. Mas nem sempre há disponibilidade dos advogados para participar, creio que por uma questão de princípio. Argumentam conosco que não é possível analisar e emitir um parecer se a consultoria jurídica tiver participado da construção da tese, do projeto, enfim. Eu acho que o advogado da União quer se resguardar o direito de opinar livremente, de ter a liberdade de ser contra depois. Ele não quer assumir um compromisso de participar de uma discussão a ponto de que ele não tenha direito depois de rejeitar.

*TP: Como se isso pudesse comprometer a isenção do advogado, depois?*

SUASSUNA: Eu acho que é por aí. Essa é a situação fática. Agora, na prática, como diretor do departamento, quando estamos discutindo algo, procuramos a Consultoria Jurídica, ligo lá, convidamos para participar, seja com um advogado ou com outro.

*TP: Informalmente?*

SUASSUNA: Informalmente.

*TP: E o senhor convida para participar da reunião?*

SUASSUNA: Sempre convido e digo que nós não precisamos de parecer jurídico, porque são questões estruturais. Na realidade, quando a gente faz um trabalho aqui, e se identifica a necessidade de uma portaria, o processo sai daqui com a minuta de portaria, toda estruturada, parágrafo por parágrafo, inciso por inciso. Se for decreto, já sai com a exposição de motivos. Às vezes, temos algumas dúvidas jurídicas e legais que nos exigem recorrer formalmente à Conjur. Habitua-se ao trato de questões legais, ainda que não seja da nossa competência específica. E aí, com essa área regulatória, cria-se algo meio difuso. Dia desses, recebi um parecer meio grosseiro de uma advogada, colocando nesses termos: “o departamento extrapolou as suas competências na hora em que quis fazer interpretação jurídica”. Na realidade, tratava-se de trabalho nosso para buscar, nos arquivos do Senado, um parecer de um Senador Relator no processo de conversão de medida provisória em lei, porque, na lei, ficou dúvida. A medida provisória tinha um parágrafo que dava uma amplitude. Durante o trâmite do projeto, foi inserido um parágrafo, colocando um pouco mais de amplitude ao comando legal. A questão era a seguinte: isso que foi colocado se aplica a todo o sistema brasileiro ou só aos sistemas isolados? Com a redação final, ficava a dúvida. Aquela história da vírgula. Aí eu digo: “bom, então vamos ver quem colocou isso e qual a justificativa”. E o que o advogado me disse é que interpretação jurídica é competência exclusiva dos advogados da União.

TP: Não entendi. Seria competência do advogado da União o quê? Você não poderia ter ido descobrir quem é que fez essa inclusão no texto da medida provisória?

SUASSUNA: Não, porque a advogada entendeu que, na hora que eu fui dizer que o dispositivo aplicava-se somente a sistemas isolados, estava fazendo interpretação jurídica.

TP: Você colocou isso em uma nota e mandou para a Consultoria?

SUASSUNA: Tudo o que se constrói aqui no departamento tem que ter o parecer técnico e o parecer jurídico. Até mesmo uma resposta do ministério a uma indagação ou consulta de qualquer interessado, de forma que aquilo não gere direitos indevidos. Trata-se de questão mais complexa. Qual seria a função da consultoria jurídica, do ponto de vista de fazer uma análise de uma proposição técnica? É simplesmente sobre a questão da legalidade, da possibilidade legal. Bem, isso não pode ser feito no arcabouço legal vigente. Essa era, a princípio, a única atribuição de uma consultoria jurídica: opinar sobre a legalidade da composição. No entanto, no *modus operandi*, existe outra questão, existe o interesse público, o interesse da administração. Então, o parecer jurídico pode servir para impedir algo que venha contra o interesse público. Posso chegar aqui e dar o seguinte comando: “precisamos impedir isso aqui” ou “precisamos viabilizar isso aqui”. Então, você pode construir um caminho ou outro, tanto do ponto de vista técnico, quanto do ponto de vista jurídico. Então, para você construir esses caminhos, tem que participar das discussões. Aí eu concordo, em grau, gênero e número com você. Se você não participar, não tem como fazer a avaliação de mérito. A Consultoria Jurídica é chamada para reuniões e sempre nos atende. Esse não é o problema. O que estou dizendo é o seguinte: vamos fazer um trabalho. Esse trabalho é que a consultoria jurídica não se sente confortável em acompanhá-lo ou emitir opiniões. Mas a equipe de advogados costuma ser bem participativa. Por exemplo, o Ministro constituiu um grupo de trabalho para estudar questão de uma concessionária de distribuição, em que a ANEEL recomendou a caducidade – extinção da concessão por inadimplência da concessionária. E há também a possibilidade de se vender essa concessão, transferi-la para um outro grupo que tenha a capacidade técnica e econômica. Então, o Ministro constituiu um grupo com representantes da Secretaria de Planejamento, da Secretaria de Energia Elétrica, da Assessoria Econômica e da Consultoria Jurídica, para analisar e propor todas as medidas necessárias a serem tomadas e as alternativas. Na realidade, quando se discorre sobre a extinção da concessão de energia elétrica, vê-se que falta muito a ser regulamentado. E há outra questão, que é a necessidade de se alterar a legislação, porque, na realidade, você tem a lei de concessão, que trata de serviços públicos de uma maneira ampla, e disciplina pouco sobre energia elétrica. Depois, você tem a Lei 9.074, que instrumentalizou um pouco mais. Mas essa parte de extinção da concessão ficou meio esdrúxula na lei. Há detalhes operacionais que precisam ser previstos. Qual o CNPJ que vai ser utilizado para a União assumir a prestação do serviço. De onde virão os recursos financeiros para contratar os serviços de limpeza, para manutenção e consertos na residência do consumidor, por exemplo? Falta operacionalidade. Hoje, é declarada a caducidade. Agora, os efeitos dessa caducidade

só vão acontecer daqui a um ano. É aquela história: “com boa vontade, dá para fazer isso”. Mas também se pode dizer: “não! Declarou a caducidade, está extinta”. Então, essa construção, no diálogo, nós fazemos. Agora, quando se chama para escrever, “vamos pegar isso aqui”, “vê aqui o que aconteceu”. A resposta é “não, não posso fazer isso”.

*TP: Isso não passaria pela definição do que é competência de consultoria jurídica e o que é assessoramento jurídico?*

SUASSUNA: Saindo do ambiente do ministério, vou lhe falar sobre outros órgãos. Há órgãos que têm procuradorias federais, da administração indireta ou autarquias, por exemplo. Não no setor de eletricidade. Nas empresas estatais, na realidade, o departamento jurídico é constituído por funcionários da própria empresa. Nos órgãos, a procuradoria federal não se reporta diretamente ao administrador. O que acontece: você tem o administrador, o administrador tem autonomia, e você tem uma procuradoria, que você consulta. A procuradoria tem o direito de errar ao emitir sua opinião e o administrador, não, porque é responsabilizado por seus atos e decisões. Por que eu digo isso? Por uma razão muito simples. A resposta mais simples e a que gasta menos energia é o não. Essa é a minha visão como administrador. Isso não acontece com a consultoria jurídica do ministério. Quando a consultoria jurídica diz sim, normalmente esse ato vai ser submetido a outras instâncias. Há formalidades para determinados procedimentos. Então, o sim da consultoria jurídica, para mim, é diferente de uma procuradoria. Quando a consultoria jurídica diz sim, eu acho que esse sim da consultoria, em função da formalidade, do trâmite que se tem que cumprir, legitima-se ao longo do processo. Na realidade, você tem uma maior interação no processo. Isso faz com que o processo fique mais transparente. Uma procuradoria, uma consultoria, aquela unidade, como um todo, é liberada e tem uma postura proativa, de "vamos buscar solução". Um outro assunto interessante é a unidade organizacional. Os instrumentos que você tem hoje não impedem nem contribuem para que a consultoria jurídica de uma determinada entidade da administração pública tenha uma postura proativa ou não. Isso pode até ser criado como uma cultura local. É importante sempre estar remanejando, substituindo os consultores e advogados de um ministério para outro. Sob um aspecto isso pode ser interessante, mas há o problema da falta de especialização. Na área jurídica, com mais ênfase do que em outras áreas, não existe visão de que precisam ser capacitados em gestão e organização. Há preocupação no aprofundamento do Direito, mas não é raro que os advogados se tornem pessoas de difícil relacionamento. Creio que a conclusão é que a gestão organizacional precisa melhorar.

A respeito da entrevista com este experiente engenheiro, que atua como Diretor do Departamento de Outorga de Concessões, Permissões e Autorizações, do MME, destaca-se a participação, quando Assessor do Ministro, no grupo de trabalho constituído para a concepção do primeiro leilão de projeto estruturante, para a UHE de Santo Antônio, em 2007. A atual Consultora

Jurídica do MME, Ticiania Freitas de Sousa, também nos falou sobre este grupo, indicando as portarias de constituição e designação. Não houve designação formal de representante da Consultoria Jurídica. Na Portaria nº 312, de 21 de dezembro de 2006, foi criado, no âmbito da Comissão Especial dos Leilões de Energia Elétrica – CELEE, o Grupo de Assessoramento de Projetos Estruturantes. Anteriormente, por ocasião da Portaria nº 79, de 23 de março de 2006, constituiu-se Grupo de Assessoramento Especial à citada comissão, sem participação de representante da Conjur. Guilherme Pereira Baggio, entrevistado anteriormente, participou dos dois grupos, ainda como Assessor Especial do Ministro. Apenas em 2007 tornou-se Consultor Jurídico. Também a atual Consultora Jurídica (entrevista 04) consta como integrante do primeiro GT, quando era Assessora do Ministro. O que se pode investigar, mais profundamente, é se a participação destes profissionais é decorrência exclusiva da reconhecida *expertise* e da credibilidade que construíram, ou se pesou também, como fator de escolha, o fato de atuarem como Assessores do Ministro, ou seja, próxima e diretamente com o titular da Pasta. Sem dúvida, quando se constata que a elaboração do novo marco regulatório do setor de mineração e do pré-sal, o primeiro ainda em desenvolvimento, contam com a participação formal e efetiva da Consultoria Jurídica do MME, tem-se bons indicativos para a resposta.

Suassuna aborda, também, as limitações que são impostas por alguns advogados, ao participarem destes grupos, sob designação formal. No caso específico, menciona Grupo de Trabalho que conta com participação formal de representante da Consultoria Jurídica, o que, por si, é revelador de avanços, dada a situação relatada acima. Em poucos anos, é possível verificar que há mudanças no Ministério, em relação à participação do órgão de consultoria e assessoramento. Por outro lado, o Diretor do Departamento de Outorgas aponta dificuldades e impasses no tocante à colaboração do integrante da Conjur, que participa e discute, mas não quer se comprometer, oficialmente, com as conclusões e posições do grupo. Cogita-se que a razão dessa postura seja a necessidade de se reservar o direito de pronunciamento formal, com ressalvas, mais adiante, tendo em vista que haverá, sempre, encaminhamento formal à Consultoria Jurídica. Na entrevista 06, com o Advogado-Geral da União, Ministro Luís Inácio Lucena Adams, reflete-se um pouco sobre estas questões, que podem estar relacionadas com a função da advocacia de Estado: função de controle *versus* função de assessoramento jurídico. O advogado que fiscaliza e controla, *a priori*, necessita de isenção em relação ao que avalia. O advogado que presta assessoramento jurídico, por outro lado, envolve-se e compromete-se com a solução jurídica e política construída, ao longo do processo. As perguntas que ficam são: há, de fato, o papel de controle, a ser exercido pela advocacia pública, nestas situações? Há situações em que se impõe a função de controle e há situações para o assessoramento jurídico? Como conciliar estes papéis?

### **ENTREVISTA 03**

**Entrevistado: TIAGO B. CORREIA, Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental, economista, da Assessoria Econômica do Ministério de Minas e Energia**

**Data: 8.7.2010**

*Tania Patricia: Qual a sua formação?*

CORREIA: Eu sou economista, bacharel em economia e tenho mestrado em Planejamento dos Sistemas Energéticos, que é uma área interdisciplinar.

*TP: O senhor está no Ministério desde quando?*

CORREIA: Desde setembro de 2004, no Ministério. Agora, quando eu estava na Unicamp, fazendo o mestrado, eu já fazia consultoria para o Ministério, desde março. Então, no novo modelo, participei como consultor no desenho, e principalmente do primeiro do leilão. No primeiro leilão, eu já trabalhava na equipe que o desenhou. A lei é de março de 2004 e o decreto é de julho. No processo da lei para o decreto, eu já estava participando, como consultor. E aí depois, em setembro, eu fui contratado para vir trabalhar no Ministério.

*TP: Então o senhor trabalhou com o Baggio?*

CORREIA: O Baggio, na época, não era da Consultoria Jurídica; era Assessor Especial da Ministra. A equipe que construiu o modelo foi Baggio, Miranda, Ricardo Homrich e Mauricio Tolmasquim. Havia também uma professora da FGV, que era consultora também, indicada pela Fazenda, que depois foi diretora da ANEEL, e o professor da Unicamp, que era o nosso orientador. O nosso professor, na verdade, era o consultor. Eu trabalhava na equipe dele.

*TP: O senhor veio para Brasília, nessa época?*

CORREIA: Trabalhava em São Paulo. Quem vinha mais era o professor. Participei de algumas reuniões em Brasília, umas quatro, e por fim, me contrataram.

*TP: O senhor participou da elaboração da minutas das medidas provisórias que resultaram no novo modelo?*

CORREIA: Não. As medidas provisórias foram baseadas no Programa do PT (Partido dos Trabalhadores). Ildo Sauer publicou, na época da campanha, juntamente com Tolmasquim, documento em que constavam as linhas gerais do novo modelo do setor elétrico. Então, idéias como a dos dois ambientes de contratação – regulada e livre; da modicidade tarifária e do leilão pelo menor preço, e não mais pelo ágio – já estavam pré definidas. Essas e outras idéias já constavam. O detalhamento, por sua vez, foi feito por todo o setor, ao longo de 2003. A Ministra foi muito elogiada pela condução desse processo. As medidas provisórias foram publicadas no final de 2003; foram muito robustas e agradaram. Tanto que foram pouquíssimo alteradas, quando de sua conversão, no Congresso Nacional.

*TP: O consultor com quem o senhor trabalhou chegou a integrar o grupo de trabalho designado para a missão?*

CORREIA: Não. Ele era professor da Unicamp. Não participou do desenho. O trabalho de que lhe falei é de 2002, um relatório técnico, que contém 60% do novo modelo. A partir daí, o detalhamento foi construído juntamente com o setor, no início do novo mandato presidencial. Nessa época, eu já estava fazendo o mestrado. A Elbia, que escreveu o artigo comigo (*artigo sobre a trajetória das reformas institucionais no setor elétrico, na Revista Economia, em 2006*), também participou da elaboração do novo modelo; hoje, é diretora da ANEEL. Na modelagem da sistemática do primeiro leilão estruturante, eu participei, trabalhei na equipe, porque são situações mais recentes. Na época, houve, inclusive, contratação de um consultor na Inglaterra. O modelo escolhido foi da Unicamp. A partir daí, aconteceram alterações nas diretrizes, que são feitas dentro da Assessoria Econômica, com o apoio da EPE. No Leilão de Santo Antônio, a grande inovação saiu daqui. Foi a definição da forma de participação da Eletrobrás. Qual era o problema de Santo Antônio? Furnas tinha feito um contrato de desenvolvimento de projeto com a Odebrecht (*grande construtora brasileira*) e detinha uma série de informações privilegiadas. Como essas informações são normalmente protegidas por contratos de confidencialidade, Furnas, subsidiária do Grupo Eletrobrás, estatal, estava impedida de participar de licitações, ou de compartilhar estas informações, e isso inviabilizaria a competição. A solução foi uma subsidiária competir com a outra. Se a Eletrobrás entra de um lado, é um elefante indo para um lado da balança. Ia acabar com a competitividade do outro lado. Então, decidimos que Furnas poderia se valer das informações que detinha, mas outras subsidiárias da Eletrobrás teriam tempo para realizar os estudos necessários e participar. Fizemos uma série de workshops, divulgando o projeto, que foi otimizado pela EPE. Foi a Eletrobrás concorrendo com a própria Eletrobrás. Na prática, os três consórcios concorrentes tinham participação de uma das subsidiárias da Eletrobrás: Chesf, Eletrosul e Furnas. Do ponto de vista da empresa estatal, pode até não ter sido a melhor saída, mas do ponto de vista da sociedade, foi o melhor. Trabalhamos com o apoio da Secretaria de Direito Econômico, do Ministério da Justiça, porque estávamos tratando de viabilização de competição, razão pela qual a SDE autorizou. O CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica também. Isso foi em 2007. A ANEEL posicionou-se contra. O leilão de Santo Antônio foi em dezembro de 2007.

*TP: Sobre esse episódio da definição a respeito da participação da Eletrobrás no leilão, o que o senhor pode nos falar sobre a participação da Consultoria Jurídica?*

CORREIA: Houve. Na época era o Baggio. Esse leilão é bem diferente dos outros. Os outros leilões costumam ter etapas que se iniciam com rodadas uniformes e depois tem uma rodada discriminatória. Na verdade, cada leilão, a depender de seus objetivos, tem uma sistemática diversa. O resultado maior é sempre garantir o preço mínimo, sem risco de inexecução, com segurança. Nos leilões, fazemos a rodada uniforme, em que todos os participantes têm oportunidade de testar e verificar o valor da energia elétrica. Então, num leilão normal, há vários projetos comercializando um item, energia elétrica. Esse é o item homogêneo, onde, o que interessa, é o valor da energia. Depois, uma

rodada discriminatória, fase na qual cada um faz uma proposta de venda. E o leilão acaba. Quando se licita uma UHE, como Jirau, o produto não é energia, mas o uso do bem público. Aí, não há homogeneidade, porque cada produto, ou projeto, é bem específico, com montantes bem diferenciados. Nessas situações, a sistemática é toda diferente, muito semelhante às licitações de transmissão e muito parecida com a primeira fase de licitação de UHE, mas comuns que particularidades. Uma delas eram exigências de governança. Com efeito, para se ganhar uma licitação, não basta oferecer o menor preço; esse é o critério, mas é necessário atingir metas de governança que são exigidas. Todas essas metas de governança foram desenhadas com a Consultoria Jurídica. Consultamos o que havia de melhor no mercado da Bovespa e editamos o ato normativo que nos daria o suporte jurídico para as exigências, uma resolução do CNPE. Então, para todo projeto indicado, há uma resolução do CNPE, que o classifica como estruturante e que estabelece condições especiais. Uma destas condições específicas é a formação de Sociedade de Propósito Específico, e não consórcio.

*TP: Tive oportunidade de analisar a resolução de Jirau. São todas mais ou menos naquela linha?*

CORREIA: Todas naquele estilo. Aí restringe a participação de sócios com interesses específicos. Por exemplo, no caso de Jirau e Santo Antônio, o interesse específico era no produtor de equipamentos, porque eram muitas turbinas e pouca obra de engenharia. No caso de Belo Monte, fomos mais rigorosos com a área de Engenharia Civil. Então, em linhas gerais, o que se fez foi restringir muito a participação de grupos ou empresas desses setores, para não termos problema de governança. A nossa preocupação é que os projetos fossem implementados, não ficassem parados, situação muito comum nas licitações no período de 1995 a 2002. Vários projetos atrasaram. Passamos a estabelecer acordos, exigindo determinadas cláusulas. Por exemplo, a estatal entra, mas minoritária na composição. Uma série de requisitos, condições e exigências que foram incluídas. Tudo para diminuir, ao máximo, o risco de falha na execução do projeto. Ou seja, nossa preocupação não é apenas com o preço. Definimos uma sistemática que vai forçar o preço para baixo, o mais baixo possível. Para se ter ideia, o preço inicialmente estimado chegou em R\$ 147,00, o kWh. A EPE recomendou baixar para R\$ 121,00. O TCU, por sua vez, baixou para R\$ 119,00. E o resultado do leilão foi R\$ 70, para a UHE de Santo Antônio. Toda a estrutura de fiscalização não foi suficiente para capturar o preço real. E isso só foi feito porque a sistemática do leilão era tal que, ou o participante propunha o preço que podia chegar ou corria o risco de perder.

*TP: E Santo Antônio não tem a rodada uniforme?*

CORREIA: Não. É direto. O preço de venda foi R\$ 78,87, em Santo Antônio. Em Jirau, foi 71,37. Agora, o preço teto de Jirau foi R\$ 90,00 e o preço teto de Santo Antônio foi R\$ 120,00.

*TP: Então essa parte toda das metas de governança, a resolução do CNPE foi tudo pensado pela Assessoria Econômica, com a participação da Consultoria Jurídica, com redação conjunta?*

CORREIA: Sim, essa parte é.

*TP: Quanto às diretrizes e sistemáticas, previstas nas resoluções do CNPE também?*

CORREIA: É um pouco diferente. As diretrizes e sistemática são redigidas aqui, na Assessoria Econômica, e a Consultoria dá um parecer sobre a legalidade e regularidade.

*TP: Mas, nesse caso, trata-se de uma participação mais formal?*

CORREIA: Não. Mais formal não. A equipe da Consultoria Jurídica ajuda muito. Mas, como se trata de uma rotina, havendo padronização, os erros não se repetem mais. A Conjur orienta uma vez e adotamos as recomendações.

*TP: Quanto à concepção dos leilões em projetos estruturantes, o que o senhor pode nos falar daquele grupo de trabalho que foi constituído, no âmbito do Ministério?*

CORREIA: Na época, existia um grupo formal, que era uma comissão de leilões. Apenas no começo. Hoje é mais informal.

*TP: Mas deve ter tido uma participação importante no primeiro?*

CORREIA: Na época, nós redigíamos as propostas e minutas e esta comissão de leilões discutia com o Secretário Executivo, que decidia. Atualmente, estas decisões estão mais concentradas no próprio Ministro. Quando redigimos e encaminhamos para a Consultoria Jurídica, o Ministro costuma orientar-se pelo parecer jurídico. No leilão de energia, desse ano, fizemos um leilão específico para fonte hídrica. Pouco comum.

*TP: Eu imaginava que o Departamento de Outorgas de Concessões tivesse participação nessa fase.*

CORREIA: O Departamento de Outorgas entra depois. Vou lhe falar dessa cadeia de decisão. A Secretaria de Planejamento homologa as usinas, ou seja, diz às demais áreas quantas usinas hidrelétricas há para licitar em determinado ano. As usinas vão sendo liberadas pela SPE e, via portaria, solicitamos que as distribuidoras declarem a demanda necessária. Se a demanda declarada for suficientemente atendida por essas usinas, eu só faço um leilão hídrico. Se forem necessárias outras fontes, convidamos empreendedores privados para se habilitarem na EPE, que recebe e examina a viabilidade de geração energética dos projetos. Os pontos mais relevantes são a existência de licença prévia ambiental e se há condições de conexão à rede. É necessário um parecer de acesso, concluindo que o projeto tem condição de ser recebido pela rede. Com esse parecer, o empreendedor é habilitado, deposita-se a garantia financeira da ANEEL e participa-se do leilão. A SPE oferece, basicamente, só usinas; o restante, quem vai oferecer, é o próprio mercado. E o DOC só entra depois. Feito o leilão, o DOC organiza toda a parte de assinatura de contrato e recebimento da outorga.

*TP: E não participa da concepção?*

CORREIA: Formalmente não. No caso de leilão de eólicas, o Diretor do Departamento de Outorgas, Ricardo Suassuna, ajudou-se muito a montar o contrato, mas informalmente. Não faz parte das competências ordinárias a participação no leilão.

*TP: Bem, voltando ao nosso tema, segundo o que o senhor nos falou, a participação da Consultoria Jurídica costuma se dar de forma bastante informal?*

CORREIA: Há participação formal. O processo do leilão exige, ordinariamente, duas notas – uma nota técnica da Assessoria Econômica e um parecer jurídico da Conjur. São os dois atos formais das duas áreas. Sem isso, não sai nenhum ato normativo acerca de leilão, nem portaria nem diretrizes nem sistemática. As duas áreas que cuidam de leilão são a Consultoria Jurídica e a Assessoria Econômica.

*TP: Previamente à elaboração destas notas, há muita discussão e tratativas entre as áreas?*

CORREIA: Não. Por decreto, já sabemos os leilões que devem acontecer (A menos 5, A menos 3, enfim). A Secretaria de Planejamento manifesta-se e informa que precisa de reserva. Então, no leilão de reserva, quem dá a demanda é o Governo. Quem define a demanda é o Planejamento. Nos outros leilões, quem dá a demanda são as distribuidoras. Então, por exemplo, este ano, nós publicamos uma portaria em fevereiro, solicitando às distribuidoras a declaração da necessidade de compra. Trata-se de obrigação do Ministério, porque o decreto determina a realização de leilão, anualmente. Isso tudo já é uma rotina, a cada ano. Não há questões controvertidas a resolver. As discussões são, por exemplo, sobre fontes novas, eólica por exemplo. Nesse caso, sai a portaria de diretrizes para a ANEEL fazer o contrato, que vai para consulta pública; recebemos as contribuições, discutimos com a ANEEL e o contrato sai. Nessa situação, a Consultoria Jurídica participa. Nesse ano houve um contrato novo; no ano passado, também. Para o primeiro leilão, era natural que houvesse muito a discutir. Foram meses. Retornando um pouco à questão dos preços de energia, nesses leilões estruturantes, veja que são muito parecidos. Os projetos são diferentes, mas o resultado final é muito parecido, em termos de custo da energia. O custo do equipamento é muito diferente, mas a relação de potência e energia fez com que os preços fossem muito parecidos. Santo Antônio e Jirau são projetos quase idênticos. Belo Monte é um projeto que não tem nada haver com os dois primeiros, mas sabíamos que o preço era próximo, em virtude da relação de investimento. Quando calculamos o preço teto, fazemos a análise fluxo de caixa, de todo o investimento.

*TP: Um aspecto que me chamou muita atenção no novo modelo é a sistemática do leilão de compra de energia e outorga de bem público, mesmo nos estruturantes. Não há um projeto básico do empreendimento.*

CORREIA: O que nós licitamos, na verdade, é o uso do bem público. A licitação é essa, não é de obra pública. Não foi rápido convencer as pessoas do setor que não havia um projeto básico, que qualquer concorrente poderia propor o aproveitamento da geração de energia hidrelétrica, da forma que entendesse. No leilão de gerenciamento simples, isso fica muito evidente, porque as etapas são separadas: na primeira, ganha-se o direito à participação; na segunda, disputa-se o contrato. O direito de participação desaparece se não for vencedor na segunda fase. Bem, no contrato por UHE, o que se disputa é preço. No contrato de termelétrica, é a disponibilidade. O sistema brasileiro gera centralizadamente. Então, sempre se gera da fonte com menor preço. O custo da fonte hidrelétrica é

sempre mais baixo. Por isso, são despachadas primeiramente. Paga-se a termelétrica para que se mantenha funcionando, com disponibilidade de energia. O ICB tem a ver com tudo isso.

*TP: No desenvolvimento destas questões complexas, técnica e economicamente, que envolvem a participação da Consultoria Jurídica, é necessário explicar como tudo isso funciona para os advogados da Consultoria Jurídica?*

CORREIA: É, sim. A Consultoria Jurídica do MME tem poucos advogados com disposição e vontade efetiva de se especializar na área de energia, cujo estudo deve ir além da legislação energética. Isso todos dominam. O que é necessário é entender a linguagem técnica – MWh (megawatt-hora), disponibilidade, quantidade. Porque a lei é extremamente interpretativa, aquelas várias histórias de hermenêutica e, para se chegar ao que é de interesse público, por vezes, é necessário realizar interpretações extremamente arrojadas da lei e do decreto, sem cometer ilegalidade. Quando existem duas interpretações possíveis, escolhe-se aquela que atende melhor ao interesse público. Isso só é possível quando se tem um advogado que entende muito do setor elétrico. Há uma Portaria, número 42, de 2007, que levou três anos para ser editada. Esse foi um trabalho realizado em efetiva parceria entre a Assessoria Econômica e a Consultoria Jurídica. Baggio era o Consultor Jurídico, à época. Do que se tratou? A lei do Real restringe o reajuste, que deve ser anual, permitindo o uso do câmbio somente para produtos importados. Mas nós trabalhamos com *commodities* do setor elétrico e não compramos gás para fornecimento fixo. Compramos disponibilidade de gás. Então, na prática, não sei quando vou comprar gás, sendo inútil fixar preço e reajuste anual. Se eu precisar do gás em outubro, o produto pode estar custando 100. Mas se eu precisar em janeiro, pode custar 50. Então, nós precisávamos saber quanto vale o gás para poder decidir se eu vou usar aquela térmica ou não. Então, todo mês, é preciso verificar o preço do gás e dizer se a opção será hidrelétrica ou térmica. E aí o que acontecia? Havia o reajuste anual, que depois retroagia; uma conta gráfica autorizada por portaria do Ministério da Fazenda, que nos levava a tomar a decisão errada, acreditando que o preço era baixo. Mas se pagava caro e o preço era repassado para o consumidor. O que nós fizemos? Decidimos não comprar mais gás; decidimos celebrar um contrato de opção, ou seja, paga-se um valor prêmio fixo a Petrobrás, que é reajustado, uma vez por ano, pelo IPCA. Toda vez, porém, que eu for usar essa opção, exerço a opção a preço de mercado à vista. Quanto é que está valendo o gás, hoje, no mercado? Há como saber, porque esse preço é público, é negociado em várias bolsas de mercadoria. Para conseguirmos aprovar esta portaria junto à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, foi necessário um advogado que entendesse de mercado de futuros e de *commodities*; que saiba que o contrato de opção não é um contrato normal. Conseguimos, depois de muitos meses discutindo com a Consultoria Jurídica, aprová-la. Houve nota técnica da Assessoria Econômica e parecer da Conjur. O parecer jurídico tem 90% da nota técnica da Assessoria Econômica. Há um aspecto muito interessante sobre esta portaria, que permitiu o contrato de disponibilidade, que até então não existia. O instrumento estava previsto em

lei, mas era inviável. Todos os contratos feitos antes disso, entraram em conflito; há contencioso na ANEEL pedindo reequilíbrio. Esta portaria é realmente uma história de sucesso.

*TP: Fico imaginando se a Assessoria Econômica tivesse optado por elaborar a minuta e encaminhar formal e posteriormente para a Conjur.*

CORREIA: Isso não é bem como nós trabalhamos. Em geral, conversamos previamente com a Conjur, informamos o que precisamos. E a Consultoria Jurídica nos aponta a forma de fazer, com respaldo jurídico. O processo é encaminhado com uma minuta anexa, mas para não induzir a Conjur ao erro, primeiramente conversamos antes. Às vezes, o advogado liga Veja, a propósito, a formação dos profissionais aqui. Eu fiz mestrado em energia. João trabalhava na ANP (Agência Nacional do Petróleo). Os economistas daqui, da mesma forma. Têm que entender de lei de potências econômicas, por exemplo. Tem que ser um economista do setor.

*TP: Interessante isso. São necessários, então, economistas e advogados fortemente especializados no setor?*

CORREIA: Cada detalhe aqui são milhões. Um real reduzido nos cálculos é exatamente igual a 8.760 vezes a garantia fixa, o que equivale a R\$ 13 milhões. Num único leilão, baixamos de 120 para 68 (R\$ 576 milhões, ano, de economia, num único leilão). Bem, voltando ao assunto, acho que a parte mais relevante da Consultoria Jurídica, no que diz respeito a leilão, é no momento da edição dos decretos, alteração de decreto de reserva, alteração do Decreto 5.163. Aí a importância da Consultoria é maior. A portaria é muito mais instrumental, sucinto, simples. Os atos normativos são resolução do CNPE, em que a participação deles é muito forte, e também em decreto. Em portaria é menor. A portaria é rotina. Tivemos que fazer, agora, uma portaria para sistemas isolados. Nesse caso, a Consultoria ajudou muito.

*TP: A propósito, você fez mestrado em energia. Você acha que um advogado também deve fazer?*

CORREIA: Esse mestrado que eu fiz, particularmente, é interdisciplinar. Tem muito advogado que faz. Agora, não é imprescindível. Se um advogado vier pra cá disposto a aprender, em seis meses, já está entendendo do setor. O problema maior é segurar o advogado aqui no Ministério. Pretensão de ficar no Ministério. Porque a maioria dos advogados que vem para cá não permanecem muito tempo.

*TP: A Consultoria Jurídica tem papel fundamental ao subsidiar a atuação das Procuradorias, em ações judiciais. Caso não houvesse a Consultoria Jurídica, com especialização na matéria e contato direto com os órgãos dos Ministérios, a defesa poderia ficar comprometida?*

CORREIA: O que acontece? No contencioso, tem os advogados que vão ao Tribunal. A Consultoria Jurídica tem o papel muito forte na defesa das ações. Quando as ações chegam lá, a Consultoria Jurídica prepara-se e fornecemos os argumentos técnicos. Normalmente, todas as áreas respondem juntas. O Ministério, capitaneado pela Consultoria Jurídica, organiza a documentação e envia para o advogado que vai fazer a defesa em juízo.

Na entrevista com o economista Tiago B. Correia, do MME, fica claro, em inúmeros episódios, o papel da Assessoria Econômica e da Consultoria Jurídica de agentes criativos e inovadores, formuladores de soluções jurídico interpretativas e técnico econômicas de fundamental importância para o sucesso dos projetos estruturantes. Na concepção do contrato de disponibilidade para as termelétricas, o entrevistado aborda a inefetividade e insuficiência da aplicação das disposições regulatórias existentes sobre o tema, que geraram inúmeros conflitos junto à ANEEL, para reequilíbrio dos contratos. Foram necessários interpretação jurídica arrojada e conhecimento técnico e econômico do setor para se chegar ao atual mecanismo de remuneração da energia elétrica resultante das usinas térmicas. Em outro ponto, mencionou a interpretação jurídica específica que Consultoria Jurídica e Assessoria Econômica realizaram, relativamente à Lei do Plano Real<sup>3</sup>, para aplicação aos contratos com as termelétricas, relativamente ao preço do gás. Sem dúvida, os relatos apresentados são evidências objetivas de atuação do órgão de consultoria e assessoramento jurídico voltada para os resultados e impactos de projetos, programas e políticas públicas de interesse do Ministério de Minas e Energia.

#### **ENTREVISTA 04**

**Entrevistada: TICIANA FREITAS DE SOUSA, Consultora Jurídica do Ministério de Minas e Energia.**

**Data: 11.08.2010**

*Tania Patricia: A senhora está no Ministério de Minas e Energia desde quando? Qual sua formação?*

TICIANA: Desde 2005. Sou bacharel em Direito e advogada inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil. Comecei na Secretaria de Planejamento e Desenvolvimento Energético (SPE), dentro do Departamento de Outorgas, Concessão, Permissão e Autorização.

*TP: Juntamente com o Suassuna?*

TICIANA: Eu era assessora do antecessor dele. De lá, eu vim para a Consultoria Jurídica, em novembro de 2007, como Assessora. Em novembro do ano passado, tornei-me Assessora Especial do Ministro, na Secretaria Executiva; e agora, em 15 de abril deste ano, fui nomeada como Consultora Jurídica.

*TP: Na Consultoria Jurídica, a senhora teve participação no desenvolvimento dos projetos estruturantes?*

TICIANA: Foi um pouco aqui e um pouco na Secretaria de Planejamento, porque o novo modelo foi implantado por meio da medida provisória de 2003, convertida em lei em 2004. Eu cheguei aqui em 2005. Então, toda a preparação do primeiro leilão de energia nova, A-5 (A menos 5), dos

---

<sup>3</sup> Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995.

empreendimentos hidrelétricos e da parte de licenças, eu me envolvi, mas ainda na Secretaria de Planejamento.

*TP: A senhora participou do desenvolvimento do novo modelo?*

TICIANA: Não. Guilherme Baggio foi diretamente responsável. Eu estava na Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial (CBEE), na época do desenvolvimento do novo modelo. Cheguei lá em 2003 e saí em dezembro de 2004. Em janeiro, vim para o MME.

*TP: A senhora sempre trabalhou nessa área?*

TICIANA: Desde 1998. Trabalhei numa distribuidora de energia, 1998 a 2003, no Ceará, a COELCE. Em 2003 e 2004, na CBEE, e 2005, no MME, até hoje.

*TP: É preciso conhecer muito a área de energia para trabalhar nela?*

TICIANA: É uma área altamente regulada. Pode-se dizer que não há nada, no setor de energia elétrica, em que não haja regras escritas, o que exige muita especialização. Quando eu cheguei no Ministério, em 2005, a preocupação maior era implementar o que estava disposto na lei e no decreto, do novo modelo do setor elétrico. A preocupação maior era fazer o primeiro leilão de energia nova. Tínhamos o novo modelo e precisávamos implementá-lo. O primeiro leilão de energia nova foi o A-5 (A menos 5), que foi um projeto grandioso do Ministério.

*TP: Foi o primeiro leilão de energia nova? E os projetos estruturantes?*

TICIANA: Foi o primeiro leilão de energia nova, o A-5. Não foi o primeiro leilão depois da implantação do novo modelo. Nesse leilão, foram sete empreendimentos hidrelétricos. Foi o primeiro de energia nova, como disse. Mas esse leilão, especificamente, não é estruturante, porque, para ser estruturante, tem que passar pelo CNPE, onde são apontados os empreendimentos que têm prioridade de licitação e implantação. Não é esse caso. Esse é um aproveitamento que o MME tinha disponível, na época, com licença ambiental prévia já concedida.

*TP: O novo modelo passou a exigir licença prévia?*

TICIANA: No decreto, está disposto que, onde for cabível, será exigido licenciamento ambiental prévio, na fase de edital. Para impedir o que aconteceu anteriormente: uma imensa lista de projetos, de períodos anteriores, que não saíram do papel, porque não tiveram licença ambiental. Na medida em que o novo modelo trouxe também a obrigação de entrega da energia, a partir de cinco anos (leilão A menos 5) ou três anos (A menos 3), após a licitação, a empresa ou consórcio não podia correr o risco de não concluir a implantação por falta de licença ambiental. De fato, o Ministério conta com a energia, para atender a demanda das distribuidoras, e precisa haver segurança na geração. Fica difícil planejar o setor sem o licenciamento prévio ambiental.

*TP: Tudo isso envolve concepção jurídica? É um trabalho jurídico pesado não é?*

TICIANA: A área jurídica acaba envolvida desde o começo, desde as primeiras etapas. Acompanha as reuniões, mesmo as reuniões eminentemente técnicas ou de mérito e conveniência, que resulta na decisão administrativa discricionária. Mesmo nessas etapas a Consultoria Jurídica participa.

*TP: Quando a senhora se refere à área jurídica fala, especificamente, da Consultoria Jurídica, certo?*

TICIANA: Hoje, é a Consultoria Jurídica. Já há algum tempo, esse trabalho é acompanhado pela Consultoria. Diria, com convicção, que desde 2006 a Conjur participa diretamente.

*TP: A Consultoria Jurídica participa de todo o desenvolvimento do projeto. A senhora entende que deve ser assim?*

TICIANA: Acho, sim. Desde que eu estou na Consultoria Jurídica, acompanha-se o tempo todo. É um acompanhamento bastante diligente. Desde o começo, a Conjur analisa todo o processo e participa de todas as reuniões. Quando chegam aqui, formalmente, as minutas dos atos, lavramos o parecer, mas já conhecemos o assunto. A nossa participação, de fato, acaba nos levando a participar das discussões sobre mérito; transcende um pouco a análise estritamente jurídica. Acaba-se fazendo ponderações de mérito mesmo, de conveniência desses atos, juntamente com as áreas técnicas, em virtude desse acompanhamento próximo.

*TP: Pode-se dizer que a análise jurídica exige a participação e o conhecimento do mérito dos projetos e políticas? Nesse sentido, é tênue a separação entre o jurídico e os demais aspectos?*

TICIANA: A Consultoria Jurídica participa, inclusive, dessa análise de mérito mesmo, de conveniência. Somos ouvidos e pode-se dizer que as posições da Conjur são levadas em conta. Não se trata de manifestação meramente formal, não.

*TP: Isso quer dizer que a elaboração do parecer não é a atuação principal e mais relevante?*

TICIANA: Não. Atua-se em todas as fases.

*TP: O que a senhora pode nos relatar, para ilustrar bem a participação da Conjur, com relação ao leilão de projetos estruturantes? É possível sintetizar como foi a atuação da Conjur?*

TICIANA: O leilão da Usina de Jirau é de 2007. Santo Antônio, 2008. 2009 não teve. 2010, foi Belo Monte. Em 2007 eu já estava aqui. Como lhe disse, havia um grupo especial, constituído para tratar dos assuntos relativos aos projetos estruturantes. São aquelas portarias que lhe mandei. Participei, pessoalmente, desse grupo, como integrante da Secretaria de Planejamento Energético – SPE. Não me recordo se houve representante da Consultoria Jurídica, formalmente, no grupo. Logo depois, contudo, eu vim para a Consultoria Jurídica. Guilherme Baggio estava assumindo a Consultoria. Ele sempre atuou muito, inclusive participou da concepção do modelo, propriamente. Aí o que é que aconteceu também? No primeiro projeto estruturante, tivemos que desenvolver o conteúdo da resolução do CNPE. Era a primeira vez que seria utilizado esse recurso, previsto na Lei 9.478, no sentido de que é atribuição do CNPE indicar os empreendimentos com prioridade de licitação. Então, até em função da necessidade de minutar a resolução, houve participação muito ativa da Conjur, já nessa primeira etapa. Veja você que a resolução envolvia muitas questões técnicas e econômicas, além das questões de conveniência mesmo. Daniela Marques, advogada da União aqui na Consultoria Jurídica, teve uma participação muito ativa nisso, sobretudo porque vieram os primeiros

questionamentos judiciais, relativos à defesa da concorrência e à licitação. Na SPE, eu participava mais dando suporte de legislação de setor de energia elétrica. A Consultoria Jurídica deu um suporte muito grande, inclusive em interação com o Ministério da Justiça, nesse aspecto de defesa da concorrência. Posteriormente, houve a confecção do edital de leilão. Todos os leilões de empreendimentos estruturantes foram muito questionados, judicialmente. Então, nessa fase preparatória, desde a coordenação do leilão, propriamente, até a publicação do edital, houve questionamentos judiciais e necessidade de elaboração de justificativas e respostas. E a Consultoria atua muito ativamente. Nesses três leilões – Jirau, Santo Antônio e Belo Monte, que são os três empreendimentos estruturantes (os três que passaram pelo crivo do CNPE, como prioritários), não me recordo de um ato que tenha sido publicado sem a atuação conjunta da Consultoria Jurídica. E não se trata de mera atuação formal, para manifestação sobre a estrita legalidade e competência da autoridade. Toda fase, desde o começo, todo mérito e todas as questões envolvidas foram acompanhadas.

*TP: Talvez seja por isso que a Consultoria do Ministério de Minas e Energia se destaca tanto. Há uma cultura diferente aqui.*

TICIANA: Quando as minutas dos atos vêm para cá, formalmente, já chegam “redondas”, porque houve nossa participação, na discussão e elaboração, via de regra, desde o começo. Há participação na discussão do próprio mérito. Acompanhamos tudo, na Conjur. Além disso, conhecemos bem o ministério e suas atividades, na área de petróleo e gás, energia, mineração. Não ficamos no trivial. Sentamo-nos à mesa, discutimos com os técnicos e nossas considerações são pertinentes e relevantes.

*TP: A senhora vê alguma dificuldade em desenvolver novos especialistas entre os advogados da União que chegam à Conjur?*

TICIANA: Vejamos. Depende um pouco da área de atuação. Na área de mineração, o Ministério pretende modificar o marco regulatório. Como o decreto e o Código de Mineração são muito antigos, da década de 60, dentre as três áreas – de energia elétrica, setor de gás e mineração, considero a de mais fácil integração e atuação, justamente porque temos um marco. Então, acredito que seja um pouco mais tranquilo envolver-se nessa atividade finalística do Ministério. A área de petróleo e gás é mais regulada e há muita legislação esparsa. Há mais normas, é uma área mais complexa. Na área de energia elétrica, há leis sem sistematização. Apenas para dar uma ideia, na área de energia elétrica, há dez leis, cada uma modificando cinquenta vezes a outra. Não há sistematização. Desse grupo de advogados que chegou agora, aqueles que se dedicaram às respectivas áreas, em cerca de seis a oito meses, já têm conhecimento excelente. O mais difícil é a área de energia elétrica, por conta da amplitude e da não sistematização das normas. Mesmo assim, pode-se adquirir especialidade na área de energia elétrica também. Por outro lado, o Ministério trabalha muito na área de geração e muito pouco nas áreas de distribuição e de transmissão, que é outro universo. O universo da distribuição é tarifa, Resolução 456 (da ANEEL) e defesa do consumidor. O MME atua mais na etapa de geração,

porque somos responsáveis pelas diretrizes e sistemática dos leilões, e somos responsáveis também pelo atendimento da demanda nacional, pelo planejamento da geração. Temos foco prioritário na área de geração. O Ministério atua pouco na transmissão e na distribuição.

*TP: Os leilões são modelados aqui?*

TICIANA: A ANEEL é responsável pela realização do leilão, consoante a sistemática e as diretrizes indicadas pelo Ministério de Minas e Energia. Para todo leilão, edita-se, previamente, uma portaria do Ministério, onde constam a data e o tipo de leilão; tipo de contrato; data de início da entrega da energia; duração da concessão; prazo para habilitação técnica dos concorrentes; dentre outros. Todas essas diretrizes são do Ministério.

*TP: Ao Ministério compete o planejamento da área?*

TICIANA: Há a secretaria que faz o planejamento da área de energia elétrica no Brasil (SPE). Todo ano, colhe-se informação dos agentes a respeito da demanda de energia para os próximos anos, de acordo com o decreto. Por sua vez, em cada leilão, o Ministério questiona as distribuidoras sobre quanto precisarão de energia. Aqui no Ministério, dimensionamos a demanda, o que precisa ser atendido em determinado leilão e a perspectiva de geração com que podemos contar.

*TP: A ANEEL não participa dessas fases?*

TICIANA: A ANEEL acompanha, mas não atua. O Ministério faz a portaria com as diretrizes do leilão. A ANEEL confecciona o edital, realiza o leilão, executa as diretrizes do MME, fiscaliza e acompanha o cumprimento do contrato. Depois, encaminha tudo para o Ministério de Minas e Energia. A ANEEL é responsável pela fiscalização do setor, dos empreendimentos; é gestora dos contratos também da área de energia.

*TP: Então, pode-se dizer que o Ministério é formulador de política pública e a ANEEL é executora, ou seja, é uma agência reguladora com papel bem delimitado?*

TICIANA: A ANEEL tem competências prevalentemente técnicas: atua na fiscalização e na regulação do setor, de acordo com diretrizes do Governo Federal. Evidentemente, na elaboração e no planejamento, o Ministério interage com a ANEEL, e há um bom relacionamento. Antes do novo modelo, a ANEEL concebia os leilões.

Pode-se observar, nesta entrevista, mais um relato de participação ativa da Consultoria Jurídica, na concepção do primeiro leilão de projeto estruturante, de 2007 (UHE Santo Antônio), notadamente para elaboração da minuta da resolução do CNPE, que confere prioridade de licitação ao empreendimento de geração. Para os demais – UHE Jirau e UHE Belo Monte – as resoluções do CNPE tiveram praticamente o mesmo conteúdo. A Resolução nº 1, de 11 de fevereiro de 2008, que indica a Usina Hidrelétrica denominada UHE Jirau, como projeto de geração com prioridade de licitação, tem disposições que tratam de exigências que deveriam constar do edital do leilão, tais como a constituição de uma Sociedade de Propósito Específico – SPE, no caso do vencedor da

licitação ser consórcio, Fundo de Participação em Investimentos ou empresa estrangeira; limitações à participação acionária conjunta de fornecedores e construtores; possibilidade de ingresso de sócios estratégicos na composição acionária da SPE; exigência de que a SPE atenda a padrões de governança corporativa exigidos no Novo Mercado da Bovespa, tais como transparência na gestão, quórum qualificado para decisões estratégicas, oferta pública de ações, dentre outras obrigações. Constam do referido ato normativo, também, informações sobre a integração da UHE Jirau ao Submercado Sudeste/Centro-Oeste, com conexão à Rede Básica na Subestação coletora de Porto Velho, Rondônia. Vê-se que os dispositivos tratam de questões relativas a área econômica e empresarial, sendo necessário conciliar conhecimentos de Direito Empresarial e de Economia e Mercado de Ações, além de aspectos técnicos relativos ao setor de energia e de usinas hidrelétricas. Sem dúvida, conforme registrou Tiago B. Correia, nosso terceiro entrevistado, é necessário que o advogado e o economista conheçam e dominem os temas, numa atuação interdisciplinar.

## **ENTREVISTA 05**

**Entrevistado: PEDRO MARCELO DITTRICH, Subchefe Adjunto para Assuntos Jurídicos da Casa Civil, Presidência da República**

**Data: 16.08.2010**

A Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil, órgão da Presidência da República, é o órgão responsável pela análise final da legalidade e constitucionalidade dos atos normativos e de anteprojetos de leis encaminhados pelo Governo Federal.

*Tania Patricia: Qual a sua formação?*

**PEDRO:** Sou formado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em Direito; antes disso, engenharia elétrica. Em 2003, eu vim para Brasília. Estava indo para São Paulo, fazendo mestrado em Direito Comercial e surgiu o convite de vir para Brasília, para a Consultoria Jurídica do Ministério de Minas e Energia. Em 2005, quando a Ministra Dilma foi para a Casa Civil, eu vim para a Subchefia para Assuntos Jurídicos, o jurídico daqui, que acabou sendo dividido em três partes: primeiramente, havia a área econômica, a social e a de infra-estrutura. Em virtude da grande demanda na área da energia, especificamente energia elétrica, gás e petróleo, acabamos separando a área de energia das outras áreas de infra-estrutura, transporte, telecomunicações. Ficou uma área só de energia, que é a que eu coordeno aqui na Subchefia.

*TP: No Ministério de Minas e Energia, o senhor teve oportunidade de participar diretamente do desenvolvimento do novo modelo do setor elétrico?*

**PEDRO:** Não tão profundamente quanto o Baggio (*Guilherme Baggio, que era Assessor da Ministra, à época, e depois se tornou Consultor Jurídico, nosso primeiro entrevistado; anotação nossa*). Baggio foi o redator do novo modelo. Eu participava, mas não tão profundamente. Em 2005, eu vim para cá para cuidar dessa área de energia e também da área das estatais.

*TP: Então, quando o senhor veio para a Subchefia, não havia uma área exclusiva de energia?*

PEDRO: Era mais amplo, quando cheguei gostaria de cuidar da área de energia, porque era uma área que eu já vinha trabalhando. Eu comecei a cuidar de toda a área de infra-estrutura. Mas havia muitas demandas na área de energia, até pela própria afinidade da ministra com a área energética, tema do qual ela cuidava pessoalmente. Como lhe disse, acabei ficando responsável pela área da energia. Ainda atuo na área de transporte, telecomunicações também, mas essas outras áreas foram passando para o núcleo econômico.

*TP: Estar na Subchefia, cuidando das questões relacionadas à energia, e conhecendo as pessoas no Ministério de Minas e Energia ajuda muito, não é?*

PEDRO: Já conhecia todo mundo, tinha vindo originalmente de lá. O papel da Casa Civil é dar a última opinião antes de o Presidente assinar e encaminhar os atos: decretos, projetos de leis, medidas provisórias. Todos os atos passam por duas subchefias, a SAJ e a SAG (*Subchefia para Assuntos Jurídicos e Subchefia para Assuntos Governamentais; anotação nossa*). A SAG cuida das questões de mérito. A última opinião jurídica somos nós que damos; cuidamos não só da parte formal, como da parte material, se está de acordo, se é constitucional ou não. Fazemos a última análise de constitucionalidade, de legalidade, no caso de decretos, e analisamos também se há unidade dos temas.

*TP: Pedro, como isso funciona? A SAJ começa a se envolver desde a elaboração do ato? Ou apenas a posteriori?*

PEDRO: Depende, cada caso é um caso. Por exemplo, o Pré-Sal foi coordenado pela Casa Civil. Passamos meses dentro de uma sala igual a essa, coordenando a redação. O texto nasceu aqui na Casa Civil, com todos os ministérios envolvidos. Por outro lado, alguns atos já vêm praticamente prontos. Fazemos uma análise, verificamos se todos os ministérios envolvidos manifestaram-se. Se não participaram, por um motivo ou por outro, buscamos ouvir esses ministérios, pedir a opinião e discutir a redação que chega aqui.

*TP: Vejo que a SAJ tem também um papel que, em certo aspecto, envolve ação política, ou não?*

PEDRO: Tem. O papel da Casa Civil é esse, de coordenar todos os Ministérios. Coordena-se para não haver conflitos de posições entre os Ministérios, e essa atuação tem, sim, um viés político. Esses dias, recebemos universitários para explicar como a SAJ funcionava. Trata-se de um programa que objetiva apresentar o Governo para universitários do Brasil todo. Bem, estávamos explicando justamente essa divisão que existe: tem a SAG, que opina sobre o mérito, e a SAJ, que opina sobre aspectos jurídicos. Um dos estudantes, então, perguntou se era possível dar opinião jurídica sem entrar no mérito. De fato, não há como analisar juridicamente sem analisar o mérito, ou conhecer profundamente, sem se envolver na matéria, conhecer o que está por trás. O papel da Casa Civil é esse: nós fazemos a análise e, dependendo do projeto, ajudamos a construir, desde o início ou não. Nosso papel é esse, ajudar os Ministérios também a construir os atos normativos.

*TP: Pedro, no tocante a Jirau, Santo Antônio e Belo Monte, esses projetos estruturantes, isso tudo também foi discutido, no âmbito da Casa Civil e da SAJ?*

PEDRO: Foi, em alguma medida. Por exemplo, vou lhe dar o exemplo de Belo Monte. Havia uma grande discussão sobre qual seria o modelo, cada um com uma opinião: o MME com uma opinião, a ANEEL com outra, o IBAMA abordava questões ambientais, que sempre são sensíveis. De uma forma ou de outra, isso acaba vindo para a Casa Civil, justamente para fazer esse papel de coordenar os órgãos para chegar a uma posição de Governo. Esses projetos acabam passando por aqui, para coordenação pelo Ministro da Casa Civil, em relação aos outros Ministros.

*TP: Ainda que não se discuta um decreto ou um anteprojeto de lei?*

PEDRO: Que é o caso do Belo Monte. Todos esses grandes projetos estruturantes têm uma resolução do CNPE. O CNPE é um conselho de Ministros e de pessoas da sociedade civil, onde se determina qual é o projeto estruturante. O CNPE é um órgão colegiado de assessoramento do Presidente. Assim, toda resolução do CNPE é enviada ao Presidente, para aprovação. Como cabe ao Presidente aprovar, necessariamente passa pela SAJ. É um ato que tem a mesma característica, natureza e força jurídica de um decreto, porque vincula a administração, cuidando de diretrizes. Por exemplo, no caso do biodiesel, a questão do percentual da mistura com o diesel. O CNPE determina e o Presidente aprova. É quase como uma regulação de lei.

*TP: Os advogados da consultoria me disseram que a resolução do CNPE é elaborada com a participação deles.*

PEDRO: Necessariamente, porque o Ministro de Minas e Energia é o Presidente do CNPE. Então, há duas formas de fazer a resolução: ou o Conselho delibera previamente, ou, em caso de urgência, o próprio Ministro-Presidente pode fazer uma resolução *ad referendum* dos demais integrantes. É o mesmo procedimento: o Ministro-Presidente faz a resolução, manda para a Casa Civil, que avalia e propõe modificações, se for o caso, para posterior aprovação pelo Presidente. Nesse caso, também não há um decreto, ou uma lei específica, tratando desses empreendimentos, mas tudo acaba passando por aqui, seja na resolução, seja na discussão dos modelos. Como é um projeto de grande importância, o próprio Ministro da Casa Civil costuma participar.

*TP: O que o senhor pode nos falar da atuação da Consultoria do MME na elaboração desses atos? Como tem sido? Eles participam destas reuniões na Casa Civil?*

PEDRO: Participam. Fazemos uma reunião com os Ministérios interessados e os chamamos, para que nos expliquem com detalhamento, porque geralmente as disposições e motivos não explicam tudo.

*TP: Antes mesmo do encaminhamento formal?*

PEDRO: Depende do caso. Por exemplo, se o MME nos chama para colher opinião com antecedência, a SAJ intervém com antecedência. Às vezes, pela abrangência do assunto, somos chamados, até para acelerar o procedimento. Por vezes, o MME manda diretamente o ato, para

análise e, dependendo do que vai ser feito, agenda-se uma reunião e fazemos esse trabalho conjuntamente com eles.

*TP: Sempre é uma participação muito ativa? No caso da resolução da Jirau, por exemplo, foi elaborada em conjunto – assessoria econômica e consultoria jurídica.* PEDRO: Isso tem que acontecer. Isso é um problema, por vezes. Por exemplo, pretende-se criar uma agência, mas não houve tratativas prévias com o Ministério do Planejamento. O ideal é que isto seja conversado de antemão. Mas nem sempre tem espaço para conversar sobre todos os aspectos e isso acaba chegando aqui na Casa Civil. Nós coordenamos, então, o trabalho, e resolvemos possíveis divergências.

*TP: Particularmente no tocante à forma de atuação da Consultoria Jurídica do MME, tenho ouvido testemunhos de participação muito ativa. Mas isso nem sempre é a regra nos órgãos de consultoria e assessoramento jurídico.*

PEDRO: Ainda há colegas que não se dispõem a discutir antes. Acho que isso é um problema. No caso da Consultoria, pelo menos, nós sempre trabalhamos assim. O advogado tem que participar do desenvolvimento da solução. Por isso a Conjur tem que estar engajada no processo. A postura muito formal atrapalha. O advogado tem que estar presente, ajudando a construir o projeto. Às vezes, são necessários advogados de várias áreas de especialização. Em Minas e Energia, o advogado é especializado em energia e não tem obrigação de ser um grande especialista em Direito Tributário ou Direito Ambiental, por exemplo. Por isso tem que se conversar. A capacidade de articulação é fundamental.

*TP: Uma das inovações do novo modelo do setor elétrico é a exigência de licença prévia ambiental, que permitiu melhor planejamento da expansão energética. O que o senhor pode nos falar sobre esse aspecto?*

PEDRO: Foi para acelerar o processo. O que acontecia é que se leiloava a concessão do aproveitamento hidroelétrico e, lá na frente, havia atraso, porque o empreendimento não tinha licença. Essa situação atrasava o projeto. A ideia foi justamente tirar esse gargalo, além do aspecto do planejamento. Esse é um dos pontos fortes do novo modelo: a questão do planejamento robusto pelo Governo Federal. Esta questão é relevante.

*TP: O diálogo entre área técnica e área jurídica é difícil?*

PEDRO: Acho que não é um problema. Se os dois lados estiverem abertos a esse diálogo, não há problema. Durante o tempo que vivenciei no ministério, nunca houve qualquer problema. Sempre houve muito diálogo da Consultoria Jurídica com as áreas técnicas, que buscavam nossa assessoria. Por outro lado, sempre que era necessário, buscávamos a área técnica. Sempre houve diálogo. O advogado tem que se dispor a resolver o problema. Poucas vezes a Consultoria Jurídica concluiu que não havia alternativa. Eu testemunhei apenas uma situação. Sempre se ofereceram outras alternativas. A Consultoria Jurídica tem que dialogar, e os Ministérios têm que dialogar fortemente entre si,

também. Por vezes, fica mais difícil, porque o Ministério A tem uma opinião oposta do Ministério B, conflito que precisará ser administrado.

*TP: Há algum episódio mais específico que o senhor poderia nos relatar sobre a participação da Consultoria Jurídica do MME?*

**PEDRO:** Temos vários, diariamente. O Núcleo de Energia da SAJ envolve todo o Ministério. Vários aspectos que envolvem a Consultoria Jurídica, não só na área de energia elétrica, mas também na área do petróleo. Exemplificativamente, publicou-se recentemente a regulamentação dos sistemas isolados. Fizemos reuniões aqui com o Ministério da Fazenda, com ANEEL e a Eletrobrás, que é a empresa estatal que controla as distribuidoras do sistema isolado. Diariamente, estávamos reunidos com a área jurídica e com as áreas técnicas.

*TP: A área de energia exige especialização?*

**PEDRO DITTRICH:** Exige, sim, porque é altamente complexo.

*TP: Ao longo da minha pesquisa para o Mestrado, tenho visto que se constroem carreiras na área de energia.*

**PEDRO:** É difícil avaliar-se o que é mais ou menos complexo. Cada área tem suas complexidades, mas a área de energia elétrica, de fato, é muito complexa. Despende-se muito tempo para entender o setor.

*TP: Como conciliar a peculiaridade da AGU, em que os advogados podem remover-se de um órgão a outro, em Brasília e fora, com a necessidade de especialização, como requisito para boa atuação na Consultoria Jurídica? É comum, atualmente, o receio dos Consultores Jurídicos dos Ministérios a respeito dessa questão. Precisam investir na formação do advogado, mas não há garantia de que o profissional permaneça no órgão, porque se trata de uma carreira de abrangência nacional e transversal, dentro da Administração Pública Federal.*

**PEDRO:** Sem dúvida é um problema. Investem-se vários anos naquele profissional, que se especializa no setor, e depois há sua remoção para outra localidade ou órgão, cuja atuação não tem qualquer relação com a área de especialização. Gastou-se com a formação do advogado.

*Ao final, após a interrupção da gravação, a conversa prosseguiu por mais alguns minutos e o entrevistado manifestou a opinião de que a oxigenação do setor público por profissionais do setor privado parece-lhe importante, inclusive na área jurídica, revelando que compreende que o assunto é polêmico, mas que acredita que o dinamismo da atuação governamental recomenda essa oxigenação.*

A partir das informações colhidas nas entrevistas, identificou-se a necessidade de ouvir a Casa Civil, sobretudo a Subchefia para Assuntos Jurídicos, órgão jurídico ao qual compete a análise final de constitucionalidade e legalidade dos atos encaminhados ao Presidente da República. Como

expôs o próprio entrevistado, a Casa Civil tem papel de coordenação, entre os Ministérios, dos projetos e políticas públicas. Foi ainda mais interessante ouvi-lo, porque sua experiência profissional anterior foi no próprio Ministério de Minas e Energia, na Consultoria Jurídica, podendo compartilhar conosco a sua visão, a partir do MME e de fora. O Adjunto pôde nos falar sobre a participação da Consultoria Jurídica nestas discussões, junto à Casa Civil, para fechamento dos textos. Destaca-se a exposição sobre a linha tênue que separa a atividade de consultoria e assessoramento jurídico de definições de mérito, resultando no envolvimento do advogado nas discussões sobre o conteúdo, em si, de projetos e políticas: “não há como analisar juridicamente sem analisar o mérito, ou conhecer profundamente, sem se envolver na matéria, conhecer o que está por trás”, foi o que disse. Esta afirmação merece reflexão: será possível ao advogado de Estado manter uma postura mais distanciada e isenta, na medida em que a análise jurídica acerca da legalidade e da constitucionalidade exige o conhecimento e o envolvimento na elaboração do texto normativo e, em última análise, do próprio projeto? O entrevistado arremata: “o advogado tem que participar do desenvolvimento da solução. Por isso a Conjur tem que estar engajada no processo. A postura muito formal atrapalha. O advogado tem que estar presente, ajudando a construir o projeto.”

## **ENTREVISTA 06**

**Entrevistado: Ministro Luís Inácio Lucena Adams, Advogado-Geral da União**

**Data: 06.09.2010**

*Tania Patricia: Ministro, recentemente, o senhor participou da solenidade de assinatura da concessão da Usina de Belo Monte. O presidente chegou a registrar que a atuação da Advocacia-Geral da União foi fundamental para viabilizar o leilão e a concessão. O que o senhor pode nos dizer sobre a atuação da AGU no desenvolvimento de projetos estruturantes, como Belo Monte, Santo Antônio e Jirau?*

MINISTRO ADAMS: Na minha visão, temos que entender qual a vocação da AGU. A AGU, segundo a Constituição Federal, tem função de assessoramento do Poder Executivo e de representação judicial e extrajudicial da União. Essa dupla função decorre de uma separação, que existia no modelo brasileiro, até a Constituição de 88, e que ainda é adotado em vários países, como em Portugal, por exemplo, em que a atividade de representação judicial está localizada no Ministério Público, excetuando a atividade de consultoria jurídica e de assessoramento, que sempre foi fragmentária, no âmbito da administração pública federal brasileira. Somente com a Advocacia-Geral da União a atividade consultiva tornou-se sistêmica e orgânica. Em países como o Uruguai, por exemplo, é uma atividade fragmentária dentro do Estado, e não orgânica. A partir de 88, a atividade de assessoramento jurídico adquire um sentido orgânico e uma capilaridade, em todo o Estado Brasileiro. Isso é muito importante, porque a atividade consultiva vocaciona a AGU para um papel associado à governança do Estado. Quando eu falo em governança, não estou falando apenas de

políticas públicas, mas de atos de Governo. Essa vocação da advocacia pública, esta identidade, faz com que a AGU tenha função legitimadora, mediante conformação dos atos à legalidade, somada à função de defesa, que sustenta os atos perante o Judiciário e eu diria, também, perante a sociedade. Então, essa função é absolutamente distinta daquela função do acusador e do fiscal da lei, que restou ao Ministério Público. Então, nós temos, de um lado, uma organização, que é a AGU, vocacionada para a sustentação e conformação das políticas públicas, também dos assuntos da administração pública e atos administrativos; e de outro, o Ministério Público, que tem a função de acompanhamento, fiscalização e impugnação dos atos da Administração e do Governo.

*TP: O que o senhor pode nos dizer sobre a função de controle que se atribui à Advocacia-Geral da União? O senhor acha que essa resulta da nossa origem institucional, derivada do Ministério Público Federal?*

MINISTRO ADAMS: Creio que se possa dizer que esse entendimento tem relação com a percepção de importância. A ideia de controle traz um senso de poder, em primeiro lugar. Quem controla, determina. Existe quem pretende à função de controle um papel mais relevante do que quem assessora. É uma visão errada, parece-me, de poder. Segundo, eu diria que é uma percepção de benefícios. Exatamente porque a Advocacia Pública, em nível federal, como organização, teve que se reinventar. A AGU vem se consolidando, dentro do Estado, desde 88, porque não existia, até então, como organização. Esse reinventar-se leva tempo e, evidentemente, o Ministério Público, na verdade, cumpria essa função, até 88. Essa função, de defesa do Estado Brasileiro, foi retirada do Ministério Público, remanescendo a de acusador geral, de agente fiscal e de agente de acusação. O Ministério Público caminhou nessa trilha e foi adiante; vocacionou-se nisso. Mas o Ministério Público não teve que se reinventar, apenas se especializar. Então, de um lado, tem-se uma Instituição que já goza de prestígio; e de outro, uma Instituição jovem, que está sendo construída. E terceiro, dentro da Instituição, esse reinventar-se é algo muito incerto. E normalmente, tende-se a trilhar por caminhos já conhecidos, e o que precisamos é construir um caminho novo, dentro do Estado. E esse caminho novo é difícil, porque nós “perdemos” um certo sentido de independência que possuem alguns órgãos. Mas essa perda é, digamos assim, compatível com a formação de um Estado Republicano. Nós, como órgão, como corporação, não ditamos políticas públicas; não ditamos os atos da administração. Nós apoiamos e orientamos os atos da administração, conformamos os atos da administração à legalidade. Esse procedimento é propositivo e opinativo, mas vem carregado de legitimidade técnica e moral. Essa dimensão de apoio, de suporte jurídico, do ponto de vista de percepção geral, aparentemente é menos relevante que a função de controle. Parece melhor essa última postura, porque aparentemente há mais força no “não faça” do que no “pode fazer de determinada maneira”. E na verdade, é substancialmente diferente, porque o “não faça” é terminativo, é a opção pelo não. Por sua vez, o “faça dessa forma” é opinativo, não determinativo, mas é desbravador, porque estabelece soluções e caminhos; viabiliza as políticas pretendidas. Nenhum

Governo – Governo Médici, Governo Geisel, Governo Figueiredo, Governo Sarney, Governo Collor, Governo Fernando Henrique, Governo Lula – conformou-se em preservar o *status quo* normativo e legal. Em certa medida, todo Governo tensiona com o *status quo*. Em outras palavras, todo Governo busca soluções, busca caminhos que sejam do melhor interesse da sociedade, do ponto de vista dele, evidentemente. E isso implica alteração legislativa, normativa e até constitucional. O Governo, em seu papel, busca resolver problemas e necessidade de defende determinadas soluções. À sociedade surgem novos desafios. Hoje, por exemplo, fala-se de banda larga, que é uma tecnologia que não existia, há dez anos. Hoje, este é um conceito em construção. Evidentemente, a legislação não tratava disso, nem tampouco a Constituição foi elaborada com vista nessa inovação tecnológica. Digamos que o papel do advogado público, ao ser um agente que viabiliza os espaços legais, possíveis, para esse desbravamento, faz com que se torne uma peça essencial na política republicana, porque ele acaba sendo um agente criativo. Um agente, digamos assim, capaz de produzir soluções atuais, com o instrumental em vigor, não concebido para determinadas soluções. Essas questões são da advocacia, aí está um ponto essencial, mesmo sendo uma advocacia opinativa, e não de controle, sendo uma advocacia propositiva, sugestiva, acaba sendo mais fundamental para o Estado, porque, na verdade, constrói o direito. O Direito, como é dado pela nossa sociedade, não é um Direito posto, no sentido de que eu tenha a lei, que é clara e objetiva e que tudo se resolve pelo preceito da lei. É um Direito em construção constante; um Direito em que o papel do intérprete possui um maior destaque, de tal forma que a interpretação jurídica ganha um sentido normativo tão grande que o próprio Supremo Tribunal Federal, quando interpreta uma lei, em conformidade com a Constituição, não está dizendo nada além de que "as demais interpretações são inconstitucionais". Ou seja, está declarando, por meio da ação direta de inconstitucionalidade, como determinada interpretação de lei é conforme e adequada à Constituição. Em outras palavras, ainda, o STF confere conteúdo normativo a um texto de lei e a um dispositivo constitucional. Perceba que esta atividade de definição do conteúdo interpretativo não é exercido só pelo Supremo; é exercido por nós também, na advocacia pública. Nós podemos e devemos exercê-lo e a Lei Complementar 73, de 1993, diz claramente isso: cabe ao Advogado-Geral da União fixar a interpretação da Constituição Federal e da lei. A Instituição pode dar uma interpretação conforme à Constituição. E essa interpretação é uma dinâmica que nós também podemos exercer. Nós fazemos isso em vários momentos, inclusive alterando orientações. O que transparece aqui é que isso, transplantado para a atividade administrativa e governamental, acaba tendo um papel inestimável para a realização da política pública, porque ela tem, na advocacia pública, um agente legitimador, que busca as conformidades e constrói caminhos; e de outro, um agente defensor, no exercício do contraditório judicial. O exercício do direito de contradição é essencial à democracia, que oferece a todos o direito de opinião, criticar, falar, publicar no jornal. Agora, esse movimento essencial se estabelece por meio do direito de resposta, pelo poder de contradição a esta afirmação. É nesta dinâmica que, em última análise, é a dinâmica de um Estado

Democrático, que compete à AGU defender os atos governamentais, ou seja, permitir que, em um debate público, seja judicializado ou não judicializado, os elementos de defesa, de legitimação daquele ato, sejam apresentados à sociedade, de forma que aquele que julga possa exercer um juízo pleno. Nós somos, em essência, a fala do Estado, a fala do Governo, a fala da administração, a fala da Governança. Nós temos que exercer esta fala.

*TP: Ministro, como fazer isso, eu concordo plenamente. A seleção do tema foi para tentar questionar um pouco e ter um olhar crítico sobre esta cultura que temos hoje. Mas como fazer isso, por exemplo, como vou fazer esse papel se eu não conhecer efetivamente aspectos técnicos, econômicos, financeiros, orçamentários que envolvem um projeto, uma política pública? Isso exige que eu tenha uma postura multidisciplinar?*

MINISTRO ADAMS: Sem dúvida. Não é possível falar de Direito Societário se não se conhecer minimamente como funciona uma empresa, do ponto de vista organizacional. Eu posso até falar, mas essa fala vai ser limitada e, muitas vezes, não estará de acordo com a dinâmica da realidade societária, que é bem complexa: é uma realidade econômica, administrativa, organizacional, de recursos humanos. É muito mais complexa, é uma realidade de governança. No caso de Belo Monte, o advogado que fala sobre Belo Monte, não lhe basta só conceber a lei em tese; tem que compreender a lei na sua efetividade, ou seja, as suas repercussões que aquelas interpretações geram nos fatos, e aí, buscando, nos fatos, a legitimação da solução proposta. É fundamental que o fato ofereça também elementos de legitimação para as opções que são escolhidas. Não é eliminar o Direito em face do pragmatismo dos fatos. É compreender que nesta tensão é que se produz o bom Direito, o direito de pacificação e o direito da realização. Não é por outro motivo, por exemplo, que o Supremo Tribunal Federal fez uma modulação, em determinado julgamento. A modulação relaciona-se à possibilidade do STF proferir decisões a respeito de inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, sem retroação, e é aplicável, segundo a lei, no controle concentrado de constitucionalidade. Veja, porém, que a primeira vez que o STF modulou não foi em ação de controle concentrado, mas de controle difuso, num caso em que o Supremo reconheceu que uma alteração da composição parlamentar municipal era inconstitucional. Se o Supremo reconhecesse a inconstitucionalidade, sem modulação, as repercussões daquela decisão seriam absurdas, já que alcançariam situações já realizadas, orçamentos e leis aprovados. Todas elas seriam declaradas inconstitucionais, por decorrência da inconstitucionalidade da composição parlamentar que as aprovou. O STF, então, resolveu fazer uma interpretação compreensiva da norma. O fato é um elemento de legitimação da decisão, ou o contrário. A decisão do Supremo, por mais correta que fosse, do ponto de vista jurídico, seria inaplicável. O Direito tem que ser aplicável. Eu não posso pensar em uma norma sem aplicação ou de cuja aplicação decorra um fato totalmente desestruturado. O Direito não existe para produzir conflitos, o Direito existe para produzir pacificação. O Direito é um sistema de regulação de condutas, cuja meta final é buscar um certo grau de equilíbrio. Então, a solução do Supremo foi

neste sentido. A dinâmica de solução e do debate normativo em relação a possíveis visões que vão além da área jurídica, estritamente falando, ou seja, da leitura da lei ou da Constituição, para compreender os fatos, é algo evidentemente necessário. De novo remeto ao exemplo do Supremo: as audiências públicas que o Tribunal vem realizando para tratar de questões constitucionais. O que existe de peculiar aqui? É que na audiência pública – ao contrário dos julgamentos, em que a fala é só do advogado – falam todos: o cientista, o representante da sociedade, o representante das comunidades envolvidas, o antropólogo, o físico, o médico. Não é só o advogado que fala. Com essas múltiplas falas, o Supremo compreende melhor o fato e chega a uma interpretação possível.

*TP: Talvez seja a compreensão mais ampla de que o Direito deve ser instrumento de regulação da sociedade, das relações sociais e econômicas?*

MINISTRO ADAMS: Creio que o Direito seja a forma que a sociedade busca para regular a sua realidade, os seus conflitos. Evidentemente, o Direito em si pode produzir conflitos, mas o destino final é a pacificação, é o equilíbrio, a equidade, com vistas a distensionar. Evidentemente, podem haver normas injustas. Nos Estados Unidos, por exemplo, houve atos executivos que extrapolaram, podendo-se citar Roosevelt, que instituiu campos de concentração para os japoneses, que acabaram declarados inconstitucionais pela Suprema Corte. Assim também o *apartheid* negro nos Estados Unidos. Então assim, evidentemente, algumas normas têm um certo foro de legitimidade, para determinado contexto histórico, mas não conseguem exercer a vocação do Direito, pelo menos no Estado Democrático, porque são tantas vozes com direito à manifestação, que se trata de vocação destinada à busca de um equilíbrio. Não é por menos que Montesquieu propõe, quando fala da separação dos poderes, a conciliação entre as funções, e não a cisão. Todos os poderes deverão caminhar juntos. A advocacia pública vocaliza inúmeras falas: os quilombolas, os índios, meio ambiente, desenvolvimento, energia, indústria, consumidor, instituições financeiras, todas com expressões, dentro do Estado e do Governo.

*TP: Isso é muito moderno na governança do Estado, não é?*

MINISTRO ADAMS: Isso é moderno. Dentro do Estado, temos o negro, o índio, a indústria de desenvolvimento, cultura, reforma agrária. E a AGU, nesse contexto tão múltiplo, tão contraditório, tão complexo, é um agente de conciliação, até porque o Direito assim precisa sê-lo. Essa é a lógica. Se a fala é tão diversificada, a única forma do direito se expressar é por meio da presença destes operadores jurídicos ao lado desta multiplicidade de agentes. Eventualmente, a AGU poderá ser obrigada a arbitrar. Pode ser obrigada a impor uma decisão. E por isso é tão importante que a AGU preserve esta capilaridade, que não se afaste destes agentes; muito pelo contrário: que consiga refletir e sustentar o posicionamento destes agentes, sob pena de a AGU não ser identificada como uma instância legitimadora e conciliadora. O controle se afasta e o assessor se aproxima. É esse o conceito que eu proponho. O poder de aconselhar é mais forte quando associado a uma legitimidade moral e técnica que tornam a orientação efetiva. Porque, de um lado, o advogado determina, pretende

comandar; no outro, quer se ouvido. Em ambas as situações, dirige-se a quem tem o poder de decisão – o administrador, o governante, o Presidente da República. No primeiro caso, busco uma aproximação com o administrador, no outro, pretendo determinar aquele agente. E as respostas são diferentes. Eu vejo que esse primeiro espaço é muito mais significativo; menos aparente, mas mais sofisticado, mais qualificado e sutil, porque, neste caso, é necessária a compreensão do problema que o agente me apresenta. No controle, não se exige esta preocupação.

*TP: Ministro, há diferenças, então, entre a postura do advogado controlador e a postura do advogado viabilizador, digamos assim?*

MINISTRO ADAMS: É totalmente diversa. Essa é a lógica do relacionamento. O controle não é uma realidade de aproximação e de interação, é impositiva. O controle destaca-se do administrador, não se identifica com o administrador; tem paradigmas, referências de trabalho diferentes do administrador. O controle trabalha com diretrizes próprias. Para o controle, o resultado, pelo menos não o resultado planejado pelo administrador e pelo governante, não é o mais relevante. Exemplificativamente, o controle decide: “fecha a empresa”, “não prossiga a obra”. O resultado desse “não” tem pressuposto próprio, não necessariamente associado às necessidades da sociedade. É difícil compatibilizar esses dois movimentos. O que me parece é que, nesse ponto, o assessor, que opina e comunica, tem maior capacidade de compreender as necessidades também e, ao mesmo tempo, trabalhar com a perspectiva da conformidade. Não é sucumbir ao “senhor fato”, não é disso que estamos falando. Não se trata de confundir as razões dos fatos com as razões do príncipe ou as razões do Estado. Estamos falando de estabelecer uma condição positiva e resolver positivamente. A institucionalidade é preparada para o que é e para o que foi, e não para o será, porque o futuro é muito mais complexo. Não conseguimos antecipar o que se apresentará. Apenas se especula o futuro. É só ver aí os prognósticos dos economistas. A rigor, a confirmação do futuro sempre é uma surpresa. Nós trabalhamos com o que é, com a lei e com as necessidades, ou seja, onde precisamos chegar. Agora, se eu fizer isso, o que acontece? É constitucional ou inconstitucional? Essa é sempre uma pergunta difícil. Agora, a rigor, o que nós buscamos produzir é, a partir das referências atuais, sustentações de legitimação para o futuro, procurando estabelecer, com razoabilidade, a melhor conformação daquele ato, para o que é e está. Estou naturalmente falando de políticas de tensão, de mudança. Isso tem que ser preservado. Essas escolhas do administrador têm que ser preservadas.

*TP: Perguntei ao um ex-Assessor Especial e depois Consultor Jurídico do Ministério de Minas e Energia, que participou diretamente do desenvolvimento do novo modelo do setor elétrico, juntamente com a Ministra Dilma, o motivo pelo qual a Consultoria Jurídica, na época, teve uma participação mais formal, menos central. Respondeu-me que poderia ser porque não havia um corpo jurídico preparado para a tarefa, com especialidade em regulação no setor elétrico, que o próprio ministério não tinha foco na regulação do setor de energia, até então Diferentemente, no caso*

*recente do Pré-Sal, houve a participação fundamental, decisiva, da Conjur. Foi um espaço conquistado, em poucos anos.*

MINISTRO ADAMS: Vou lhe dar outro exemplo. Quando eu era Consultor Jurídico do Ministério do Planejamento, o Haddad era Assessor Especial do Ministro da Educação e preparou a primeira minuta do projeto de lei da PPP. Ele nos chamou; nós nos reunimos, começamos a trabalhar e desenvolvemos todo o projeto. Desde o encaminhamento pelo Ministério do Planejamento, participei diretamente da interlocução junto ao Congresso Nacional e junto à base do Governo. Esse foi um movimento do qual a Consultoria Jurídica do Ministério do Planejamento participou diretamente. O que acontece é que isso depende, também, de um certo exercício. Muitos agentes não são vocacionados a esse tipo de desenvolvimento, outros mais, outros menos. Mas a Instituição tem que ter essa vocação e acho que vem tendo, até porque está assumindo incumbência nova, que é a de conciliar esses conflitos, dirimi-los, para além do âmbito estritamente jurídico, alcançando o mérito também. Sob esse aspecto, creio que estejamos recebendo apoio mais intenso do Governo. Do outro lado, também tem que compreender que o papel de conformidade jurídica não é a decisão em si. A decisão é resultante de uma multiplicidade de fatores, de necessidades materiais, estratégicas, de planejamento, de limitações de meios. Essa complexidade é que se traduz numa opção, na política. E a conformidade jurídica é um desses elementos. Não é "a" solução, nem a solução central. Toda questão jurídica pode ser relevante, se os instrumentos se tornarem adequados. Grande parte da legitimidade política tem a ver com a sua legitimidade fática, material, ou seja, o momento em que a política é adotada, em determinada circunstância, pode ser lida como constitucional e, em outro, inconstitucional. O mesmo evento pode ter duas leituras totalmente diferentes. Como se diz: "o homem é o homem e suas circunstâncias". As circunstâncias definem também o homem. Como se diz também: "o homem faz história, não nas condições que escolheu". O elemento legitimador, isso ficou bem patente na decisão do STF a que me referi antes, é que, ao longo do tempo, já é visível o resultado material dessa transição. Portanto, esta visibilidade também legitimou a opção da administração por aquele resultado, além de permitir, não exclusivamente, compreender o conteúdo da conformidade constitucional.

A entrevista com o Ministro Chefe da Advocacia-Geral da União, Luís Inácio Lucena Adams, sintetiza, de certa forma, as reflexões e indagações que a Advocacia Pública têm presentes, a respeito do seu papel na governança e, em última análise, aborda, com o viés de sociologia do Estado e da administração pública, as questões postas na presente investigação. Em última análise, o Advogado-Geral da União aborda o próprio Direito em face do dinamismo das relações, ao falar do binômio tensão-pacificação, que envolvem o Direito e a realidade social e política. Segundo ele, o advogado público deve ser o agente criativo, por meio de interpretações jurídicas inovadoras, que legitima e dá suporte às iniciativas governamentais, cuja tendência natural é tensionar em face do

*status quo* normativo. O Ministro ao sustentar que a AGU tem função legitimadora, de conformação e sustentação de políticas públicas, e que é necessário que a Instituição consolide-se nessa vocação. É incisivo, também, em diferenciar a função de assessoramento jurídico, que compete à AGU, das funções de controle e fiscalização, com destaque ao Ministério Público. E, finalmente, afirma a importância do advogado conhecer a realidade sobre a qual se manifesta, numa atuação jurídica aberta à interdisciplinariedade.

É importante registrar que o foco na atuação jurídica em projetos estruturantes de geração energética pode ter levado a resultados diferentes daqueles que obteríamos caso nos debruçássemos sobre a atuação corriqueira e ordinária, relativa, por exemplo, a aquisições e contratações ordinárias e questões de pessoal. Não nos cabe justificar as razões dessa suspeita, sendo conveniente, apenas, por questão de necessário rigor científico, apresentar esta ressalva. Sendo assim, obviamente, o quadro ora exposto não pode ser estendido a outros Ministérios, órgãos e áreas de atuação. Em outras palavras, não há posições conclusivas a partir desse estudo exploratório; há reflexões sobre as perguntas de partida, que foram aprofundadas. O resultado é um conjunto sinalizações e indicativos importantes para futuras investigações sobre o papel da advocacia de Estado na governança.

### **3. Considerações Finais**

Considerando a abordagem pouco usual da atividade jurídica de consultoria e assessoramento e a decorrente necessidade de contextualização dos agentes públicos e demais profissionais que colaboraram para o desenvolvimento da pesquisa, somadas à limitação de tempo e de escopo do presente trabalho, acredita-se que foi possível apresentar um quadro real, ainda que parcial, sobre a atuação da advocacia pública consultiva em projetos de geração energética. Foram ouvidos, em síntese, integrantes e ex-integrantes da Consultoria Jurídica do Ministério de Minas e Energia; ex-Assessores Especiais do Ministro de Minas e Energia; representantes de dois departamentos do Ministério – Assessoria Econômica e Departamento de Outorgas de Concessões, Permissões e Autorizações; um Adjunto da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil, órgão da Presidência da República; e, finalmente, o titular da Advocacia-Geral da União. Dessa forma, pretendeu-se apresentar as impressões e opiniões de agentes envolvidos na política energética e na atuação da AGU, a partir de posições diversas, dentro e fora da Consultoria Jurídica e do próprio MME. Além disso, conforme dito acima, pareceu-nos essencial utilizar o instrumento de entrevista não estruturada, de modo a conhecer a área específica de atuação e de interesse do entrevistado e, a partir disso, de forma natural, adentrar em questionamentos relativos à atuação do órgão de consultoria e assessoramento. Pelo que pude vivenciar, teria sido frustrante utilizar perguntas diretas, abordando imediatamente os temas do nosso interesse. Apesar do maior tempo despendido, sem dúvida houve maior naturalidade e menos constrangimento nas respostas. Do ponto de vista da entrevistadora, creio que tenha havido sinceridade e naturalidade por parte dos entrevistados que, em raros momentos, sentiram-se avaliados ou correccionados. Esse foi, deste o começo, o receio que tivemos,

considerando a suscetibilidade do meio governamental e político. Creio que conseguimos afastá-lo, gerando um clima de confiança, absolutamente imprescindível para a investigação. Por outro lado, esse cuidado e diligência, por parte da pesquisadora, impossibilitaram a oitiva de um número maior de pessoas, de outras entidades, como a ANEEL, a EPE e a Eletrobrás.

## **CONCLUSÃO**

O desenvolvimento teórico e empírico do tema proposto confirma a pertinência e a atualidade da investigação sobre a atuação e o papel da advocacia de Estado, em nível federal – a Advocacia-Geral da União, inserida que está na administração pública federal, como partícipe da formulação e implementação de projetos e políticas públicas do governo federal. Ao longo do desenvolvimento do trabalho, buscou-se apresentar as instituições e suas competências, contextualizando a investigação no cenário político institucional brasileiro, particularmente no setor altamente regulado de geração de energia elétrica. Dada a complexidade e altíssima especialização do setor, além da abordagem pouco usual da advocacia de Estado, examinada sob o enfoque da gestão pública e dos movimentos de modernização e reformulação do Estado, entendeu-se necessário expor com maior minudência a parte teórica especificamente relacionada com a problemática relacionada ao tema, o setor elétrico e a organização e funcionamento da Advocacia-Geral da União – o que foi feito nos três primeiros capítulos. O segundo capítulo – com o referencial teórico específico – como se disse, prestou-se à contextualização da problemática que envolve o tema em investigação. Como estudo exploratório, acerca de assunto e enfoque pouquíssimo estudados no âmbito da Ciência da Administração e da Política Pública, houve preocupação contínua e diligência constante com a condução do trabalho. Creio que o resultado final, que culminou com a parte empírica, altamente focada nas entrevistas abertas, seja satisfatório.

O presente trabalho abre oportunidades e alternativas de pesquisa futura, podendo-se desenvolver hipóteses a serem testadas, na linha do embasamento teórico apresentado no capítulo 2, e a partir do aprofundamento das perguntas de partida. Em verdade, ao final da parte empírica, exposta no capítulo 4, pode-se cogitar da formulação de hipóteses, para trabalhos futuros, a partir desse referencial teórico específico exposto no segundo capítulo. Com efeito, será possível investigar, no futuro, se as causas do excesso de formalismo na área de atuação de consultoria e assessoramento estão relacionadas à problemática das disfunções burocráticas; ou aos excessos na compreensão e aplicação do princípio da legalidade no Estado Democrático de Direito. Creio que o presente trabalho tenha contribuído nesse sentido, contendo indicativos e sinalizações objetivas para investigações futuras.

De outro turno, acredita-se que o presente trabalho contribui para que se realizem, em futuro próximo, investigações de enfoque misto – quantitativo e qualitativo, a respeito da atuação da advocacia pública, o que nos parece imprescindível. Sem dúvida, é necessário que as Ciências da Administração e da Política Pública voltem-se para o estudo dessa atividade, que ganhou organicidade e corpo de servidores próprio, a partir da Constituição Federal de 1988, conforme destacou o Advogado-Geral da União. Somente assim será possível inserir-se a atividade de consultoria e assessoramento, em sua condição de partícipe fundamental na viabilização e conformação jurídico constitucional de políticas públicas, em iniciativas de modernização da gestão

pública. É preciso, primeiramente, conhecer as particularidades dessa atuação, sob pena de se proporem medidas superficiais, transplantadas de outras realidades ou de setores públicos ou privados com características e natureza diversas. Sem dúvida, é necessário aprofundar a investigação sobre as transformações que se operam na advocacia pública, por repercussão indireta ou direta de iniciativas como a gestão por resultados e a avaliação de políticas públicas. É preciso desbravar a advocacia pública, sua lógica e cultura organizacional – esse mundo tão desconhecido e estranho aos gestores e à racionalidade da gestão pública –, para que possa acompanhar o processo de modernização do Estado e da gestão pública. Em última análise, valendo-se das palavras do Advogado-Geral da União, é necessário que a Advocacia-Geral da União consolide o seu papel na governança do Estado.

**Fontes<sup>4</sup>**  
**(Legislação Brasileira)**

Constituição Federal Brasileira, de 5 de outubro de 1988.

Resolução n.º 1, de 11 de fevereiro de 2008, do Conselho Nacional de Política Energética.

Decreto n.º 24.643, de 10 de julho de 1934 (Código de Águas), com as alterações promovidas pelo Decreto-lei n.º 852, de 1938, e Decreto-lei n.º 3.763, de 1941.

Decreto-lei n.º 852, 11 de novembro de 1938.

Decreto-lei n.º 3.763, 25 de outubro de 1941.

Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967.

Decreto n.º 507, de 23 de abril de 1992.

Decreto n.º 3.900, de 29 de agosto de 2001.

Decreto n.º 5.163, de 30 de julho de 2004.

Lei Complementar n.º 73, de 10 de fevereiro de 1993.

Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

Lei n.º 9.069 (Lei do Plano Real), de 29 de junho de 1995.

Lei n.º 9.074, de 7 de julho de 1995.

Lei n.º 9.427, de 26 de dezembro de 1996.

Lei n.º 9.478, de 6 de agosto de 1997.

Lei n.º 9.648, de 27 de maio de 1998.

Lei n.º 10.433, de 24 de abril de 2002 (revogada pela Lei n.º 10.848, de 2004).

Lei n.º 10.438, 26 de abril de 2002.

Lei n.º 10.847, de 15 de março de 2004.

Lei n.º 10.848, de 15 de março de 2004.

Medida Provisória n.º 2.147, de 15 de maio de 2001.

Medida Provisória n.º 2.148-1, de 22 de maio de 2005.

Medida Provisória n.º 2.209, de 29 de agosto de 2001.

Medida Provisória n.º 29, de 7 de fevereiro de 2002, convertida na Lei n.º 10.433, de 2002.

Medida Provisória n.º 144, de 11 de dezembro de 2003, convertida na Lei n.º 10.848, de 2004.

Medida Provisória n.º 145, de 11 de dezembro de 2003, convertida na Lei n.º 10.847, de 2004.

Portaria n.º 150, de 10 de maio de 1999, do Ministério de Minas e Energia.

Portaria n.º 323, de 30 de agosto de 2000, do Ministério de Minas e Energia.

Portaria n.º 218, de 5 de maio de 2005, do Ministério de Minas e Energia.

Portaria n.º 51, de 7 de fevereiro de 2006, do Ministério de Minas e Energia.

Portaria n.º 79, de 23 de março de 2006, do Ministério de Minas e Energia.

Portaria n.º 252, de 21 de setembro de 2006, do Ministério de Minas e Energia.

Portaria n.º 312, de 21 de dezembro de 2006, do Ministério de Minas e Energia.

---

<sup>4</sup> Todos os atos são publicados no Diário Oficial da União brasileiro, disponível no sítio eletrônico [www.in.gov.br](http://www.in.gov.br). Além disso, podem ser acessados pelo sítio eletrônico oficial da Presidência da República brasileira: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br).

Portaria nº 42, de 1º de março de 2007, do Ministério de Minas e Energia.

Portaria nº 36, de 12 de fevereiro de 2008, do Ministério de Minas e Energia.

Portaria nº 114, de 20 de março de 2008, do Ministério de Minas e Energia.

Portaria nº 448, de 17 de dezembro de 2008, do Ministério de Minas e Energia.

## Referências Bibliográficas

- Abrucio, Fernando Luiz (1996), *Reforma do Estado e Experiência Internacional*, Brasília, ENAP, mimeo.
- Abrucio, Fernando Luiz (2007), “Trajetória recente da gestão pública brasileira: um balanço crítico e uma renovação da agenda de reformas”, *Revista de Administração Pública*, ed. especial comemorativa 1967-2007, FGV.
- Agranoff, R. e M. McGuire (2001), “Big questions in public networks management research”, *Journal of Public Administration Research and Theory*, 11, 3.
- Andrade, Rogério Emilio de (org.) (2003), *Regulação Pública da Economia no Brasil*, Campinas, Edicamp.
- Antunes, Eugénio (no prelo), *Gestão Pública*, Lisboa, ISCTE IUL.
- Barbalet, J. M. (1989), *A Cidadania*, Lisboa, Editorial Estampa.
- Beltrão, Hélio (1984), *Centralização e Liberdade*, Rio de Janeiro, Record.
- Bertelli, Anthony M. (2005), “Public management and the law”, in Ferlie, Ewan; Laurence E. Lynn Jr. e Christopher Pollitt (eds.) (2005), *The Oxford Handbook of Public Management*, Oxford University Press, Oxford.
- Bilhim, João (2000), *Ciência da Administração*, Lisboa, Universidade Aberta.
- Bilhim, João (2008), “Políticas públicas e agenda política”, *Revista de Ciências Sociais e Políticas*, 2.
- Black, Julia (2002), *Critical Reflections on Regulation*, Londres, London School of Economics and Political Science.
- Bouckaert, Geert (2005), “Technical and cultural perspectives on good governance”, apresentada em *The 2<sup>nd</sup> China-Europe Senior Forum on “Perspective on Good Governance*, Beijing, 13th-15 th September, 2005.
- Bresser-Pereira, Luiz Carlos (1996), “Da administração pública burocrática à gerencial”, *Revista do Serviço Público*, ano 47, vol. 120, 1, jan-abril/1996.
- Bresser-Pereira, Luiz Carlos, e Peter Kevin Spink (orgs.) (1998), *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas.
- Bresser-Pereira, Luiz Carlos (1999), “Reflexões sobre a reforma gerencial brasileira de 1995”, *Revista do Serviço Público*, ano 50, 4, out-dez/1999.
- Bresser-Pereira (2007), “Burocracia pública e reforma gerencial”, *Revista do Serviço Público*, ed. especial, vol. 58, 2, abril-jun/2007.
- Bouckaert, Geert (1995), “Concluding reflections”, in Pollitt, Christopher e Geert Bouckaert (ed.), *Quality Improvement in European Public Services – Concepts, cases and commentary*, London, SAGE Publications.
- Bouckaert, Geert (2005), “Technical and Cultural Perspectives on Good Governance”, trabalho apresentado no *2<sup>th</sup> China-Europe Senior Forum on “Perspective on Good Governance”*, Beijing, 13-15 set./2005.
- Bucci, Maria Paula Dallari (org.) (2006), *Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico*, São Paulo Saraiva.
- Câmara, Leonor Moreira (2008), “Do modelo weberiano de burocracia ao tipo ideal de dominação legal: observações de caráter teórico-metodológico pertinentes a Estudos Organizacionais”, in Oliveira, Luiz Guilherme de (ed.) (2008), *Série Textos de Discussão*, Programa de Pós-Graduação em Administração, vol. 2.

- Campos, Edmundo (1978), “Introdução”, in Campos, Edmundo (org.) (1978), *Sociologia da Burocracia*, 4. ed., Rio de Janeiro, Zahar Editores.
- Campos, Edmundo (org.) (1978), *Sociologia da Burocracia*, 4. ed., Rio de Janeiro, Zahar Editores.
- Canotilho, José Joaquim Gomes (1991), “Os impulsos modernos para uma teoria da legislação”, *Legislação – Cadernos de Ciência da Legislação*, INA, 1, abril-jun/1991.
- Carter, N. (1998), “On the performance of performance indicators”, in Kesler, M.C., P. Lascumbes, M. Setbon e J.-C. Thoenig (eds.) (1998), *Évaluation des Politiques Publiques*, Paris, L’Harmattan.
- Carvalho, Marco Antonio de Sousa (2001), “Privatização, dívida e déficit públicos no Brasil”, *Texto para Discussão*, 847, Rio de Janeiro, IPEA.
- Cassese, Sabino e Mario Savino (2004), “Accountable governance and administrative reform in Europe”, apresentada no *6th Global Forum Paper: Global Economy*, s.l.
- Cavalcanti de Albuquerque, Roberto (1995), “Reconstrução e reforma do Estado”, in Velloso, João Paulo dos Reis e Roberto Cavalcanti de Albuquerque, Roberto (orgs.) (1995), *Governabilidade e Reformas*, Rio de Janeiro, José Olympio.
- Chevallier, Jacques (1989), “Changement politique et droit administrative”, *Les Usagers Sociaux du Droit*, Paris, Presses Universitaires de France.
- CLAD (1998), “Uma nova gestão pública para América Latina”, out/1998.
- Correia, Tiago B.; Elbia Melo; Agnes M. da Costa e Adriano J. da Silva (2006), “Trajetória das reformas institucionais da indústria elétrica brasileira e novas perspectivas de mercado”, *Revista Economia*, vol. 7, 3, set-dez/2006.
- Consultoria Jurídica do Ministério de Minas e Energia (2008), NOTA CONJURMME N° 222/2008, mimeo.
- Consultoria Jurídica do Ministério de Minas e Energia (2008), PARECER CONJURMME N.º 44/2008, mimeo.
- Consultoria Jurídica do Ministério de Minas e Energia (2008), PARECER CONJURMME N.º 322/2008, mimeo.
- Corte-Real, Isabel (s.a), *Os serviços públicos na Europa: síntese de tendências e modelos*, s.l, s.n.
- deLeon, Linda e Robert B. Denhardt (2000), “The political theory of reinvention”, *Public Administration Review*, 60.
- Delorenzo Neto, A. (1980), *Sociologia Aplicada à Administração*, 7. ed, São Paulo, Atlas.
- Denhardt, Robert B., e Janet Denhardt (2003), *The New Public Service*, Nova York, M. E. Sharp.
- Denhardt, Robert B., e Janet Denhardt (2003), “The New Public Service: an approach to reform”, *International Review of Public Administration*, vol. 8, 1.
- Derlien, Hans-Ulrich (1990), “Genesis and structure of evaluation efforts in comparative perspective”, in Rist, Ray C. (ed.) (1990), *Program Evaluation and the Management of Government: patterns and prospects across eight nations*, New Brunswick e Londres, Transaction Publishers.
- Empresa de Pesquisa Energética – EPE (2009), Plano Decenal de Expansão de Energia – PDE-2019, (online), disponível em: <http://www.epe.gov.br/PDEE/Forms/EPEEstudo.aspx>.
- Esping-Andersen, Gosta (2002), *Why We Need a New Welfare State*, Oxford, University Press Eurostat.
- Ferlie, Ewan; Laurence E. Lynn Jr. e Christopher Pollitt (2005), *The Oxford Handbook of Public Management*, Oxford, Oxford University Press.

- Ferraz, David (2008), *A Alta Administração Pública no Contexto da Evolução dos Modelos de Estado e de Administração*, Oeiras, Instituto Nacional de Administração.
- Figueiredo, Luiz (2003), “A regulação do setor elétrico”, in Andrade, Rogério Emilio de (org.) (2003), *Regulação Pública da Economia no Brasil*, Campinas, Edicamp.
- Flora, Peter e Jens Alber (1984), “Modernization, democratization and the development of Welfare States in Western Europe”, in Flora, Peter e Arnold Heidenheimer (orgs.) (1984), *The Development of Welfare States in Europe and America*, Londres, Transaction Publishers.
- Frederickson, H. G. (1996), “Comparing the Reinventing Government Movement with the New Public Administration”, *Public Administration Review*, vol. 56, 3, maio-jun/1996.
- Fukuyama, Francis (2006), *A Construção de Estados*, Lisboa, Gradiva.
- Gaetani, Francisco (2003), “As iniciativas de políticas de gestão pública do governo Lula”, *Res Pvblica*, 3, novembro/2003 (texto preparado para ser apresentado no VIII Congresso do CLAD, trad. Patrícia David e Cláudio Vaz Torres).
- Garces, Ariel e José Paulo Silveira (2002), “Gestão pública orientada para resultados no Brasil”, *Revista do Serviço Público*, ano 53, 4, out-dez/2002.
- Giauque, David (2003), “New public management and organizational regulation: the liberal bureaucracy”, *International Review of Administrative Sciences*, vol. 69, 4, SAGE Publications.
- Guibentif, Pierri (1992), “A aplicação do direito redescoberta pela sociologia jurídica”, *Sociologia – Problemas e Práticas*, 12.
- Guibentif, Pierri (1993), “A produção do direito: crítica de um conceito na fronteira entre a sociologia do direito e ciência da legislação”, *Legislação – Cadernos de Ciência da Legislação*, INA, 7, abril-jun/1993.
- Girardi, Cláudio (2003), “Regulação da energia elétrica: uma visão prática”, in Andrade, Rogério Emilio de (org.) (2003), *Regulação Pública da Economia no Brasil*, Campinas, Edicamp.
- Gouldner, Alvin (1950), *Studies in Leadership*, New York, Harper and Bros.
- Gomes, João Salis (1998), “A perspectiva jurídica na avaliação de políticas públicas”, *Acta Geral do 1.º Encontro INA: A avaliação na Administração Pública*, INA, 23-24 março/1998.
- Gomes, João A. Salis (2000), “Qualidade da regulação jurídica e redefinição estratégica da gestão pública”, *Revista de Administração Local*, 179, set-out/2000.
- Gomes, João A. Salis (2003), “Avaliação de políticas públicas e a governabilidade”, in Mozzicafreddo, Juan; e João Salis Gomes (orgs.) (2003), *Ética e Administração*, Oeiras, Celta Editora.
- Gomes, João A. Salis (2007), “O conceito de interesse público no contexto da gestão pública contemporânea”, in Mozzicafreddo, Juan; João Salis Gomes e João S. Batista (org.) (2007), *Interesse Público, Estado e Administração*, Lisboa, Celta Editora.
- Gouldner, Alvin (1950), *Studies in Leadership*, Nova York, Harper and Bros.
- Hall, Richard H. (1978), “O conceito de burocracia: uma contribuição empírica”, in Campos, Edmundo (1978), *Sociologia da Burocracia*, Rio de Janeiro, Zahar Editores.
- Junquilha, Gerson Silva (2004), “Nem ‘burocrata’ nem ‘novo gerente’: o ‘caboclo’ e os desafios do Plano Diretor da Reforma do Estado no Brasil do Real”, *Revista de Administração Pública*, vol. 1, 38, jan-fev/2004.
- Kant, Immanuel (1996), *The Metaphysics of Morals*, in Gregor, Mary J. (ed.), Cambridge, Cambridge University Press.

- Kaufman, Herbert (1956), “Emerging conflicts in the doctrines of public administration”, *The American Political Science Review*, 50.
- Kelsen, Hans (2000), *Teoria Pura do Direito*, São Paulo, Martins Fontes.
- Loureiro, Luiz Gustavo Kaercher e Rodrigues, Itiberê de Oliveira Castellano (2007), “Que papel cabe às empresas estatais no setor elétrico brasileiro? Uma perspectiva de direito constitucional”, trabalho apresentado no *II Seminário Internacional: reestruturação e regulação do setor de energia elétrica e gás natural*, promovido pela GESEL/UFRJ, Rio de Janeiro, 13 e 14 de setembro de 2007, (online), disponível em: <http://www.nuca.ie.ufrj.br/gesel/eventos/seminariointernacional/2007/artigos/pdf/luizgustavokaercherloureiroquepapelcabeasempresas.pdf>.
- Loureiro, Luiz Gustavo Kaercher (2008), “Introdução ao regime jurídico da indústria elétrica - premissas gerais”, *Revista do Direito (Santa Cruz do Sul)*, v. 28, p. 143-191.
- Loureiro, Luiz Gustavo Kaercher (2009), *Constituição, Energia e Setor Elétrico*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor.
- Lustosa da Costa (1998), “Programa de estudos e pesquisas em reforma do estado e governança: a reforma do estado e as organizações sociais”, *Revista de Administração Pública*, Fundação Getúlio Vargas, v. 32, 5, p. 209-213.
- Lustosa da Costa, Frederico e Maria Cecília Landim (2007), “Gestão Pública nos Governos Subnacionais do Brasil: avanços, omissões e perspectivas”, trabalho apresentado no *XII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma Del Estado y la Administración Pública*, Sto. Domingo, Rep. Dominicana, 30 out.-2 nov./2007.
- Lustosa da Costa, Frederico (2008), “História das reformas administrativas no Brasil: narrativas, teorizações e representações”, *Revista do Serviço Público*, vol. 59, 3, jul-set/2008.
- Lustosa da Costa, Frederico (2008), “Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas”, *Revista de Administração Pública*, Fundação Getúlio Vargas, v. 425, p. 829-874, set-out/2008.
- Machete, Rui (1991), *Estudos de Direito Público e Ciência Política*, Lisboa, Fundação Oliveira Martins.
- MacLauchlan, H. W. (1997), “Public Service Law and the New Public Management”, in Taggart, Michael (1997), *The Province of Administrative Law*, Oxford, Hart Publishing.
- Madison, James (1961), “Federalist paper n.º 51”, in Rossiter, Clinton (ed.), *The Federalist Papers*, New York, Mentor.
- Majone, Giandomenico (1996), *Regulating Europe*, New York, Routledge.
- Majone, Giandomenico (1999), “Do estado positivo ao estado regulador: causas e conseqüências de mudanças no modo de governança”, traduzido por René Loncan, *Revista do Serviço Público*, ano 50, 1, jan-mar/1999.
- Marini, Caio (1996), “Crise e reforma do Estado: uma questão de cidadania e valorização do servidor público”, *Revista do Serviço Público*, ano 47, volume 120, 3, set-dez/1996.
- Marini, Caio (2002), “O contexto contemporâneo da administração pública na América Latina”, *Revista do Serviço Público*, ano 53, 4, out-dez/2002.
- Marini, Caio e Humberto Martins (2004), “Um governo matricial: estruturas em rede para geração de resultados de desenvolvimento”, trabalho apresentado no *IX Congresso Internacional do CLAD sobre a Reforma do Estado e da Administração Pública*, Madri, Espanha, 2-5 novembro/2004.

- Marini, Caio (2005), “Aspectos contemporâneos do debate sobre reforma da administração pública no Brasil: a agenda herdada e as novas perspectivas”, *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE*, 1, março-abril-maio/2005, (online), disponível em: <http://www.direitodoestado.com>.
- Marshall, T. H. (1965), *Class, Citizenship, and Social Development*, Garden City, Anchor Books.
- Martins, Humberto Martins (2001), “Post liberal State reform: the emerging paradigm and the Brazilian experience”, apresentado no *Congresso do CLAD*, Buenos Aires.
- Meier, Kenneth J. e Gregory C. Hill (2005), “Bureaucracy in the twenty-first century”, in Ferlie, Ewan; Laurence E. Lynn Jr. e Christopher Pollitt (2005), *The Oxford Handbook of Public Management*, Oxford, Oxford University Press.
- Merton, Robert K. (1968), *Social Theory and Social Structure*, New York, Free Press.
- Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado – MARE (1995), *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*, Brasília, Imprensa Nacional
- Ministério de Minas e Energia (2009), *Balanço Energético Nacional*, (online), disponível em: [https://ben.epe.gov.br/downloads/Resultados\\_Pre\\_BEN\\_2009.pdf](https://ben.epe.gov.br/downloads/Resultados_Pre_BEN_2009.pdf).
- Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (2003), *Plano plurianual 2004-2007: Mensagem Presidencial*, Secretaria de Planejamento e Investimentos Estratégicos, Brasília.
- Moe, Terry (1987), “Interests, institutions and positive theory: the politics of the NLRB”, *Studies in American Political Development*, 2.
- Mozzicafreddo, Juan e João Salis Gomes (orgs.) (2001), *Administração e Política: Perspectivas de Reforma da Administração Pública na Europa e nos Estados Unidos*, Oeiras, Celta Editora.
- Mozzicafreddo, Juan (2000), *Estado-Providência e Cidadania em Portugal*, 2.<sup>a</sup> ed., Oeiras, Celta Editora.
- Mozzicafreddo, Juan; João Salis Gomes e João S. Batista (org.) (2007), *Interesse Público, Estado e Administração*, Lisboa, Celta Editora.
- Mozzicafreddo, Juan (2001), “Modernização da administração pública e poder político”, in Mozzicafreddo, Juan e João Salis Gomes (orgs.) (2001), *Administração e Política: Perspectivas de Reforma da Administração Pública na Europa e nos Estados Unidos*, Oeiras, Celta Editora.
- Mozzicafreddo, Juan (2007), “Interesse Público e Funções do Estado: Dinâmica Conflitual de Mudança”, in Mozzicafreddo, Juan e João S. Gomes (orgs.) (2007), *Interesse Público, Estado e Administração*, Oeiras, Celta Editora.
- Nader, L. e C. Nader (1985), “A wide angle on regulation: an anthropological perspective”, in Noll, R. (ed.) (1985), *Regulatory Policy and the Social Sciences*, Berkeley, University of California Press.
- Nascimento, Kleber (1967), “Reflexões sobre estratégia de reforma administrativa: a experiência federal brasileira”, *Revista da Administração Pública*, n. 1.
- Nassuno, Mariana et al (2001), “A Experiência Gerencial no Brasil em Ação: pesquisa ENAP”, *Revista do Serviço Público*, ano 52, 1.
- OCDE (1997), *La Qualité de la Réglementation et la Réforme du Secteur Public*, OCDE, (online), disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/46/31/2766192.pdf>.
- OCDE (1999), *Rôle et Fonctions de l'État et Réforme de la Gestion Publique – Document de Synthèse*, (online), disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/36/32/32482747.pdf>.

- OCDE (2002), *Regulatory Reform in OECD Countries: Good governance and performance markets*, OCDE, abril, (online), disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/51/61/1940516.pdf>.
- Osborne, David e Ted Gaebler (1992), *Reinventing Government: how the entrepreneurial spirit is transforming the public sector*, Reading, MA, Addison-Wesley.
- Osborne, David e Ted Gaebler (1994), *Reinventando o Governo: como o espírito empreendedor está transformando o setor público*, trad. Sérgio Bath e Ewandro Magalhães Junior, Brasília, MH Comunicação.
- Peci, Alketa; Octavio Penna Pieranti e Silvia Rodrigues (2008), “Governança e New Public Management: convergências e contradições no contexto brasileiro”, *Organizações & Sociedade*, v. 15, 46, jul-set/2008.
- Pêgo Filho, Bolívar *et al* (2001), “Impactos fiscais da crise de energia elétrica: 2001 e 2002”, *Texto para Discussão*, 816, IPEA, agosto/2001.
- Peters, B. Guy (1996), *The Future of the Governing: four emerging models*, Studies in Government and Public Policy, Lawrence, University Press of Kansas.
- Peters, Guy e John Pierre (1998), “Governance without government? Rethinking public administration”, *Journal of Public Administration Research and Theory*, 8, 2.
- Peters, B. Guy (1997), “Policy Transfers Between Governments: the case of administrative reforms”, *West European Politics*, vol. 20, 4.
- Peters, B. Guy (2008), “Os dois futuros do ato de governar: processos de descentralização e recentralização no ato de governar”, *Revista do Serviço Público*, vol. 59, 3, jul-set/2008.
- Pires, J. C. L. e A. Goldstein (2001), “Agências reguladoras brasileiras: avaliação e desafios”, *Revista do BNDES*, vol. 8, n. 16.
- Pollitt, Christopher e Geert Bouckaert (2002), “Avaliando reformas da gestão pública: uma perspectiva internacional”, *Revista do Serviço Público*, 53, 3, jul-set/2002.
- Pollitt, Christopher e Geert Bouckaert (2004), *Public Management Reform: a comparative analysis*, 2. ed., Oxford, Oxford University Press.
- Prats I Catalá, Joan (2006), “Veinte años de modernización administrativa em los países de la OCDE: lecciones aprendidas”, Projeto de Modernización del Estado, apresentado no *Seminário Internacional sobre Modernización del Estado*, Buenos Aires.
- Pressmann, J. e A. Wildavsky (1984), *Implementation*, 3. ed., Berkeley, CA, University of California Press.
- Rosenbloom, David e Robert S. Kravchuk (2005), *Public Administration: understanding management, politics and law in the Public Sector*, 6. ed., New York, McGraw Hill International.
- Samier, Eugenie (2005), “Toward a Weberian Public Administration: the infinite web of history, values, and authority in the administrative mentalities”, *Halduskatuur*, vol. 6.
- Sampieri, Roberto Hernández, Carlos Fernández Collado e Pilar Baptista Lucio (2006), *Metodologia de Pesquisa*, trad. Fátima Conceição Murad, Melissa Kassner e Sheila Clara Dystyler Ladeira, 3. ed., São Paulo, McGraw-Hill.
- Secchi, Leonardo (2009), “Modelos organizacionais e reformas da administração pública”, *Revista de Administração Pública*, vol. 43, 2, março-abril/2009.
- SEGES/MP (2003), *Gestão Pública para um Brasil de Todos*, Ministério do Planejamento, Brasília (versão preliminar).
- Suleiman, Ezra N. (2003), *Dismantling Democratic States*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press.

- Udy Jr., Stanley H. (1959), “Bureaucracy and Rationality”, in *Weber’s Organization Theory: an empirical study*, American Sociological Review, XXIV, dez/1959.
- The Council of the European Union, *Document 14.011/2000*, SOC 462 (Annex).
- Tolmasquim, Mauricio (2000), “As origens da crise energética brasileira”, *Ambiente & Sociedade*, 6-7, jan-jun/2000, (online), disponível em: <http://www.scielo.br>.
- União Europeia, Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais (2003), *World Public Sector Report 2003: e-Government at the crossroads*, New York.
- Vasconcelos, Flávio Carvalho (2004), “Racionalidade, autoridade e burocracia: as bases da definição de um tipo organizacional pós-burocrático”, *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, vol. 38, 2, mar-abr/2004.
- Vilhena, Renata, Humberto Falcão Martins e Caio Marini (2006), “Introdução”, in Vilhena, Renata, Humberto Falcão Martins; Caio Marini e Tadeu Barreto Guimarães (orgs.) (2006), *O Choque de Gestão em Minas Gerais*, Belo Horizonte, Editora UFMG.
- Vilhena, Renata, Humberto Falcão Martins, Caio Marini e Tadeu Barreto Guimarães (orgs.) (2006), *O Choque de Gestão em Minas Gerais*, Belo Horizonte, UFMG.
- Wahrlich, Beatriz Marques de Souza (1974), “Reforma administrativa federal brasileira: passado e presente”, *Revista de Administração Pública*, v. 8, 2, abril-jun/1974.
- Wahrlich, Beatriz Marques de Souza (1984), “A reforma administrativa no Brasil: experiência anterior, situação atual e perspectivas – uma apreciação geral”, *Revista de Administração Pública*, v. 18, 1, jan-mar/1984.
- Weber, Max (1978), “Os fundamentos da organização burocrática: uma construção do tipo ideal”, in Campos, Edmundo (org.) (1978), *Sociologia da Burocracia*, 4.a ed., Rio de Janeiro, Zahar Editores, traduzido de “The Essentials of Bureaucratic Organization: an Ideal-Type Construction”, in Merton, Robert K. (1963), *Reader in Bureacracy*, Glencoe, Illinois, Free Press.
- Weber, Max (1992), *Economía y Sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica.
- Zimmermann, Márcio (2006), “Um choque de planejamento no setor elétrico”, *Revista Custo Brasil*, ano 1, 5, out-nov/2006.
- Zürn, Michael e Stephan Leibfried (2005), “A new perspective of the State”, in Zürn, Michael e Stephan Leibfried (2005), *Transformations of the State*, Cambridge, Cambridge University Press.

## **ANEXOS**



MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA  
CONSULTORIA JURÍDICA

**NOTA CONJUR/MME Nº 37/2008.**

**Interessado:** Assessoria Econômica.

**Assunto:** Minuta de Portaria aprovando as diretrizes para o Leilão de Compra de Energia Elétrica Proveniente da Usina Hidrelétrica de Jirau, localizada no Estado de Rondônia, considerado novo empreendimento de geração de energia elétrica.

A Assessoria Econômica encaminha a esta Consultoria Jurídica, para conhecimento e providências, a Nota Técnica nº 0102/ASSEC/MME, de 1º de fevereiro de 2008, a qual versa sobre a *Resolução do Conselho Nacional de Política Energética com o enquadramento do AHE Jirau como projeto estruturante e diretrizes para o leilão de compra de energia elétrica proveniente do mesmo.*

2. Estas diretrizes, por sua vez, são publicadas por meio de Portaria Ministerial, a qual aprova as diretrizes para o Leilão de Compra de Energia Elétrica Proveniente da Usina Hidrelétrica Jirau. Este Leilão é aquele previsto no art. 1º da Portaria MME nº 28, de 24 de janeiro de 2008, a ser promovido, direta ou indiretamente, pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL.

3. A Nota Técnica da Assessoria Econômica faz constar diretrizes e apontamentos que deverão estar no corpo da Portaria a ser publicada. Desta forma, os termos da minuta são os seguintes:

*“O MINISTRO DE ESTADO DE MINAS E ENERGIA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 87, parágrafo único, inciso II, da Constituição, e tendo em vista o disposto nos arts. 18, 19 e 20 do Decreto nº 5.163, de 30 de julho de 2004, resolve:*

*Art. 1º Aprovar as diretrizes para o Leilão de Compra de Energia Elétrica Proveniente da Usina Hidrelétrica Jirau, de que trata o art. 1º da Portaria MME nº 28, de 24 de janeiro de 2008, a ser promovido, direta ou indiretamente, pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL.*

*Parágrafo único. O Leilão previsto no caput deverá ser realizado no dia 9 de maio de 2008, em ambiente fechado, e seus atos de negociação deverão ser realizados em plataforma operacional a ser disponibilizada em Rede Privada de Computadores.*

*Art. 2º Caberá à ANEEL elaborar o Edital e o respectivo Contrato de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado - CCEAR, bem como adotar as medidas necessárias para a promoção do Leilão de que trata o art. 1º, nos quais deverão estar previsto o seguinte:*

*I - a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, nos termos do art. 18-A da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;*

*II - a entrada em operação comercial das Unidades Geradoras do empreendimento a ser licitado poderá ocorrer durante os anos subseqüentes ao início da entrega da energia contratada, ficando assegurada a contratação de toda a parcela da garantia física proveniente do respectivo empreendimento ao Ambiente de Contratação Regulada - ACR, durante todo o período de motorização da Usina;*

*III - aplicação de penalidades no caso da não entrada em operação comercial de todas as Unidades Geradoras nas datas previstas no cronograma do empreendimento constante do Edital, podendo tais penalidades atingir a redução proporcional da garantia física do empreendimento e até mesmo a caducidade da concessão;*

*IV - as obrigações de entrega de energia elétrica, disciplinadas no CCEAR, deverão ser compatíveis com o cronograma de entrada em operação comercial das Unidades Geradoras do empreendimento;*

*V - não será imputado ao vencedor da licitação os custos relativos à eventual construção de obras de navegabilidade;*

*VI - assegurar o direito de participação de entidades de previdência complementar;*

*VII - assegurar que o Poder Concedente autorizará a assunção do controle da concessionária por seus financiadores para promover sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços, nos termos do § 2º do art. 27 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; e*

*VIII - os valores de Taxa Equivalente de Indisponibilidade Forçada - TEIF e de Indisponibilidade Programada - IP, acordados entre o Ministério de Minas e Energia - MME, a Empresa de Pesquisa Energética - EPE e a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL.*

*Parágrafo único. A aplicação de penalidades prevista no inciso III do caput consiste, além daquelas regulamentadas pela ANEEL, na redução de garantia física equivalente à da 1ª Unidade Geradora, para cada uma das Unidades Geradoras que não entrar em operação comercial após a entrada da última Unidade Geradora que agregue garantia física à UHE Jirau.*

*Art. 3º Deverá ser constituída, antes da outorga da concessão para uso de bem público do aproveitamento referido no art. 1º, uma Sociedade de Propósito Específico - SPE, preferencialmente sob a forma de Sociedade Anônima - S.A., no caso do vencedor da licitação ser consórcio, Fundo de Investimentos, empresa estrangeira ou entidade de previdência complementar, entre outros.*

*§ 1º A participação acionária direta conjunta de fornecedores e construtores não será superior a:*

*a) quarenta por cento no consórcio participante do Leilão; e*

*b) vinte por cento na Sociedade de Propósito Específico.*

*§ 2º Poderá, a critério exclusivo do vencedor da licitação, haver o ingresso de sócios estratégicos, incluindo, entre outros, entidades de previdência complementar e Empresa Estatal, na composição acionária da SPE, mediante prévia autorização da ANEEL.*

*§ 3º A SPE de que trata o caput deverá atender, no mínimo, aos seguintes padrões de governança corporativa exigidos no Novo Mercado da Bolsa de Valores de São Paulo - BOVESPA:*

*I - transparência na gestão da SPE;*

*II - quórum qualificado para decisões estratégicas, inclusive para celebração de contratos ou de transações envolvendo a SPE e suas partes relacionadas, entendidas como:*

*a) qualquer acionista ou quotista com mais de cinco por cento do capital social da SPE;*

*b) quaisquer administradores da companhia efetivos ou suplentes, bem como seus respectivos cônjuges e parentes até o 4º grau; e*

*c) quaisquer sociedades controladas, controladoras, coligadas ou sob controle comum de qualquer das pessoas indicadas nas alíneas acima;*

*III - vedação da estipulação de direito de veto em favor dos fornecedores e construtores envolvidos no empreendimento;*

*IV - indicação de conselheiros proporcionalmente à participação social da SPE com pelo menos vinte por cento de conselheiros independentes;*

*V - impedimento de voto em situações de conflito de interesses por parte dos acionistas controladores; e*

*VI - quando constituída na forma de Sociedade Anônima, manter compromisso de:*

*a) que os acionistas integralizem apenas ações ordinárias;*

*b) realizar oferta pública de ações; e*

*c) garantir aos acionistas minoritários a venda conjunta, em caso de alienação do controle da companhia, pelo mesmo preço por ação oferecido aos acionistas controladores ("tag along" de cem por cento).*

*Art. 4º O disposto nesta Portaria fica condicionado à deliberação do Conselho Nacional de Política Energética – CNPE e aprovação do Excelentíssimo Senhor Presidente da República da indicação da UHE Jirau como projeto de geração com prioridade de licitação.*

*(...)"*

4. No que tange ao aspecto jurídico da minuta de Portaria, cumpre-nos informar que a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, com a redação dada pela Lei nº 10.848, de 2004, prevê:

*“Art. 3º Além das atribuições previstas nos incisos II, III, V, VI, VII, X, XI e XII do art. 29 e no art. 30 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, de outras incumbências expressamente previstas em lei e observado o disposto no § 1º, compete à ANEEL: (grifou-se)*

(...)

*II - promover, mediante delegação, com base no plano de outorgas e diretrizes aprovadas pelo Poder Concedente, os procedimentos licitatórios para a contratação de concessionárias e permissionárias de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos; (grifou-se)*

(...)

*Art. 3º-A Além das competências previstas nos incisos IV, VIII e IX do art. 29 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, aplicáveis aos serviços de energia elétrica, compete ao Poder Concedente: (grifou-se)*

*I - elaborar o plano de outorgas, definir as diretrizes para os procedimentos licitatórios e promover as licitações destinadas à contratação de concessionários de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos; (grifou-se)*

(...)

*§ 1º No exercício das competências referidas no inciso IV do art. 29 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e das competências referidas nos incisos I e II do caput deste artigo, o Poder Concedente ouvirá previamente a ANEEL.*

*§ 2º No exercício das competências referidas no inciso I do caput deste artigo, o Poder Concedente delegará à ANEEL a operacionalização dos procedimentos licitatórios.*

(...)”

5. Também o Decreto nº 5.163, de 2004, prevê:

*“Art. 19. A ANEEL promoverá, direta ou indiretamente, licitação na modalidade de leilão, para a contratação de energia elétrica pelos agentes de distribuição do SIN, observando as diretrizes fixadas pelo Ministério de Minas e Energia, que contemplarão os montantes por modalidade contratual de energia a serem licitados, prevista no art. 28.*

(...)

*Art. 20. Os editais dos leilões previstos no art. 19 serão elaborados pela ANEEL, observadas as normas gerais de licitações e de concessões e as diretrizes do Ministério de Minas e Energia, e conterão, no que couber, o seguinte:*

(...)"

6. O art. 3º da Lei nº 9.427, de 1996, ao determinar que compete à ANEEL promover os procedimentos licitatórios para a contratação de concessionárias e permissionárias de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos, ressalva que tal competência deve ser exercida com observância às diretrizes aprovadas pelo Poder Concedente.

7. Além disso, o art. 3º-A, do mesmo diploma legal, prevê que compete ao Poder Concedente, no caso o Ministério de Minas e Energia, definir as diretrizes para os procedimentos licitatórios e promover as licitações destinadas à contratação de concessionários de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos.

8. Corroborando com o disposto na Lei nº 9.427, de 1996, com a redação dada pela Lei nº 10.848, de 2004, está o disposto no art. 19 do Decreto nº 5.163, de 2004, que prevê que nos leilões a serem promovidos pela ANEEL deverão ser observadas as diretrizes fixadas pelo Ministério de Minas e Energia.

9. Assim sendo, tem-se que o a fundamentação jurídica para a edição da minuta de Portaria em análise encontra-se na Lei nº 9.427, de 1996, com a redação dada pela Lei nº 10.848, de 2004, subsidiada pelo Decreto nº 5.163, de 2004. A Lei é taxativa ao determinar que cabe ao Ministério definir as diretrizes para os procedimentos licitatórios.

10. Ainda, o próprio § 11 do art. 2º da Lei nº 10.848, de 2004, prevê que deverá ser observado o disposto no art. 3º-A da Lei nº 9.427, de 1996:

"Art. 2º (...)

*§ 11. As licitações para contratação de energia elétrica de que trata este artigo serão reguladas e realizadas pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, observado o disposto no art. 3º-A da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, com a redação dada por esta Lei, que poderá promovê-las diretamente ou por intermédio da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE".*  
(grifou-se)

11. Ante à legislação suscitada, depreende-se que é necessário e imprescindível o mandamento contido na minuta para que a ANEEL promova o Leilão de Compra de Energia Elétrica Proveniente da Usina Hidrelétrica de Jirau. A agência é competente para a execução do processo licitatório, mas não poderá agir sem a expressa conveniência e de acordo com as diretrizes emanadas pelo Poder Concedente, no caso, o Ministério de Minas e Energia.

12. Assim, não há qualquer dúvida quanto à competência do Ministério de Minas e Energia para editar a minuta de Portaria encaminhada para análise, tendo em vista sua obrigação de definir as diretrizes para os procedimentos licitatórios.

13. A peculiaridade observada na minuta de Portaria ora analisada é a menção ao inciso VI do art. 2º da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, incluído pela Lei nº 10.848/2004. Tal dispositivo trata dos projetos “estruturantes”, como vulgarmente são denominados. Transcreve-se a norma, *ipsis litteris*:

*“Art. 2º Fica criado o Conselho Nacional de Política Energética - CNPE, vinculado à Presidência da República e presidido pelo Ministro de Estado de Minas e Energia, com a atribuição de propor ao Presidente da República políticas nacionais e medidas específicas destinadas a:*

(...)

*VI - sugerir a adoção de medidas necessárias para garantir o atendimento à demanda nacional de energia elétrica, considerando o planejamento de longo, médio e curto prazos, podendo indicar empreendimentos que devam ter prioridade de licitação e implantação, tendo em vista seu caráter estratégico e de interesse público, de forma que tais projetos venham assegurar a otimização do binômio modicidade tarifária e confiabilidade do Sistema Elétrico.”*

14. Uma vez caracterizado o empreendimento como necessário para garantir o atendimento à demanda nacional de energia elétrica no longo, médio ou curto prazo, terá prioridade de licitação e implantação, o que, na prática, garante características únicas e especiais ao processo de licitação.

15. Desta forma, foi publicado no Diário Oficial da União o Decreto nº 6.210, de 18 de setembro de 2007, que altera dispositivos do Decreto nº 5.163/2004, a fim de implementar as características necessárias a essa prioridade de licitação, dentre outras providências.

16. Destacam-se, portanto, as seguintes regras introduzidas pelo Decreto nº 6.210/2007: (i) permite a entrada das unidades geradores do empreendimento durante os anos subsequentes ao início da entrega da energia contratada; (ii) assegura a contratação de toda a parcela da garantia física da respectiva usina que tiver sido vendida ao Ambiente de Contratação Regulada; (iii) assegura a contratação da energia para os anos subsequentes ao primeiro ano da entrega da energia proporcionalmente aos montantes declarados para o respectivo leilão; (iv) garante o repasse integral dos respectivos valores de aquisição aos consumidores finais; e (v) permite a aplicação do mecanismo de compensação de sobras e déficits de energia para estes empreendimentos novos.

17. Além destas, na minuta que se comenta também há estas particularidades: (i) na licitação do empreendimento propriamente dito, qual seja, da UHE Jirau, com a consequente energia que lhe é associada; (ii) a exclusividade da licitação deste empreendimento, não sendo permitida a participação de outras usinas; e, por fim, (iv) a vinculação da validade da Portaria à deliberação do CNPE quanto ao enquadramento da UHE Jirau como empreendimento que deve ter prioridade de licitação, em consonância com o mandamento legal.

18. A grandiosidade, seja financeira, técnica ou estratégica, que envolve a implantação deste projeto, assim como a garantia de tarifas módicas e confiabilidade de fornecimento ao consumidor, requer por parte do governo precauções e condicionantes que justificam a exigência da formação de uma Sociedade de Propósito Específico pelo vencedor da licitação, preferencialmente sob a forma de Sociedade Anônima, um limite na composição acionária dos consórcios a serem compostos e o atendimento a alguns padrões de governança corporativa exigidos no Novo Mercado da Bolsa de Valores de São Paulo.



MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA  
CONSULTORIA JURÍDICA

**NOTA CONJUR/MME Nº 50/2008.**

**Interessado:** Assessoria Econômica.

**Assunto:** Declaração de Necessidades de compra, a partir de 2013, para o Leilão de Compra de Energia Elétrica Proveniente da Usina Hidrelétrica Jirau.

A Assessoria Econômica encaminha a esta Consultoria Jurídica a Nota Técnica nº 2802/ASSECC/MME, de 28 de fevereiro de 2008, a qual versa sobre a *Publicação de Portaria sobre a declaração de necessidades de compra de energia para o Leilão de Compra de Energia Elétrica Proveniente da Usina Hidrelétrica Jirau.*

2. A Portaria MME nº 28, de 24 de janeiro de 2008, a qual expressa que a ANEEL deverá promover, direta ou indiretamente o Leilão de Compra de Energia Elétrica Proveniente da Usina Hidrelétrica de Jirau, dispõe em seu art. 3º que:

*"Art. 3º. O MME disciplinará, oportunamente, a forma e as condições para a apresentação da declaração de necessidades dos agentes de distribuição".*

3. A Nota Técnica da Assessoria Econômica faz constar diretrizes e apontamentos para a apresentação da declaração de necessidades, as quais deverão estar no corpo da Portaria. Desta forma, deve estabelecer a minuta de portaria o seguinte:

*"a. O prazo para declaração das mencionadas necessidades de compra se encerrará em 10 de março de 2008;*

*b. A forma e as condições para essa declaração serão disponibilizadas no sítio do MME na Rede Mundial de Computadores;*

*c. As declarações de necessidades serão irrevogáveis e irretroatáveis e servirão para posterior celebração dos Contratos de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado – CCEARs;*

*d. As declarações de necessidades deverão contemplar os volumes de energia elétrica para atendimento à totalidade do mercado do respectivo agente de distribuição com início da entrega da energia em 2013;*

*e. Os agentes de distribuição de energia elétrica atualmente localizados nos sistemas isolados que tenham previsão de integrarem o Sistema Interligado Brasileiro-SIN em 2013 poderão apresentar a declaração de necessidades."*

4. No que tange ao aspecto jurídico da minuta de Portaria, cumpre-nos informar que a Lei 10.848, de 15 de março de 2004, prevê no art. 3º o seguinte:

*“Art. 3º O Poder Concedente homologará a quantidade de energia elétrica a ser contratada para o atendimento de todas as necessidades do mercado nacional, bem como a relação dos novos empreendimentos de geração que integrarão, a título de referência, o processo licitatório de contratação de energia.”*

5. O Poder Concedente, no caso, este Ministério de Minas e Energia, deve homologar qual a quantidade de energia que será contratada nos leilões de compra de energia elétrica proveniente de empreendimentos novos ou existentes<sup>1</sup>. Para tanto, necessita que os agentes de distribuição declarem qual o montante de energia será necessário para atender seus mercados nos horizontes de um, três ou cinco anos<sup>2</sup>.

6. Desta forma, o Decreto nº 5.163, de 30 de julho de 2004, ao regulamentar a Lei nº 10.848/2004 e, em especial ao que pertine as declarações, expressa que, *verbis*:

*“Art. 18. Sem prejuízo da obrigação referida no art. 17, todos os agentes de distribuição, a partir de 1º de janeiro de 2006, em até sessenta dias antes da data prevista para a realização de cada um dos leilões de que trata o art. 19, deverão apresentar declaração ao Ministério de Minas e Energia, definindo os montantes a serem contratados para recebimento da energia elétrica no centro de gravidade de seus submercados e atendimento à totalidade de suas cargas.”*

*§ 1º Os agentes de distribuição deverão especificar os montantes necessários ao atendimento de seus consumidores potencialmente livres nas declarações relativas aos leilões de que trata o inciso II do § 1º do art. 19.*

*§ 2º Os agentes de distribuição, excepcionalmente para os leilões de que tratam os arts. 19 e 25, a serem promovidos no período de 26 de julho a 31 de dezembro de 2005, deverão apresentar declaração ao Ministério de Minas e Energia, conforme prazos e condições estabelecidos em Portaria do Ministro de Estado de Minas e Energia, definindo os montantes de energia elétrica a serem contratados em cada ano do período de 2006 até 2010, e especificando, inclusive, as parcelas relativas aos consumidores potencialmente livres.*

*§ 3º Ocorrendo o disposto no § 5º e no inciso II do § 6º do art. 19, os montantes contratados de energia elétrica serão considerados nas declarações de necessidades dos anos subsequentes.*

*§ 4º Fica garantida a neutralidade do agente de distribuição comprador, nos volumes superiores à sua declaração, com relação ao repasse dos custos de aquisição às tarifas dos consumidores finais.”*

7. Assim sendo, tem-se que a fundamentação jurídica para a edição da minuta de Portaria em análise encontra-se na Lei nº 10.848/2004, bem como no Decreto nº 5163/2004. É

<sup>1</sup> Segundo a Lei nº 10.848/2004, os processos licitatórios necessários para garantir o atendimento à totalidade dos mercados das distribuidoras deverão contemplar tratamento para energia elétrica proveniente de empreendimentos de geração existentes e novos (art. 2º, § 5º).

<sup>2</sup> Por sua vez, o Decreto nº 5163/2004 disciplina que os leilões de compra de energia elétrica serão promovidos nos anos “A - 5” e “A - 3”, para energia elétrica proveniente de novo empreendimento de geração; e no ano “A - 1”, para energia elétrica proveniente de empreendimento de geração existente (art. 19, § 1º).

literal a determinação do Decreto de que os agentes devem apresentar a declaração de necessidade, para cada leilão, em até 60 (sessenta) dias antes da data prevista para sua realização. O prazo de 60 (sessenta) dias justifica, inclusive, que a entrega das declarações ocorra até 10 de março de 2008 (art. 1º, *caput*, da minuta), tendo em vista que o Leilão está marcado para 9 de maio de 2008, conforme §1º do art. 1º da Portaria MME nº 28, de 24 de janeiro de 2008<sup>3</sup>.

8. Quanto à diretriz da Assessoria Econômica para que agentes distribuidores localizados nos sistemas isolados também possam apresentar declaração para o Leilão da UHE Jirau, observa-se que não lhes poderia ser imputada a obrigação de declarar sua demanda porque tal obrigação, decorrente da Lei nº 10.848/2004, vale apenas para aquelas que se encontram no Sistema Interligado Nacional. Veja a redação do art. 2º da mencionada Lei:

*“Art. 2º As concessionárias, as permissionárias e as autorizadas de serviço público de distribuição de energia elétrica do Sistema Interligado Nacional – SIN deverão garantir o atendimento à totalidade de seu mercado, mediante contratação regulada, por meio de licitação, conforme regulamento, o qual, observadas as diretrizes estabelecidas nos parágrafos deste artigo, disporá sobre:*

*(...)”*

9. Porém, como existe previsão para interligação destes sistemas nos próximos anos, o que fará com que as distribuidoras lá localizadas passem a ter a obrigação de garantir o atendimento à totalidade de seu mercado, é prudente a permissão explícita na letra “e” do item 3 da Nota ASSEC, de declararem suas necessidades de compra de energia para o ano de 2013.

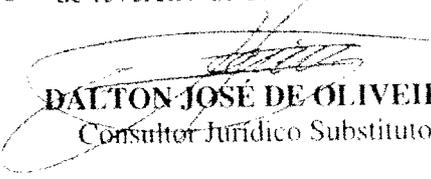
10. Sendo assim, conclui esta Consultoria Jurídica que não há óbice de natureza jurídica ou formal à emissão da minuta de Portaria apresentada, assim como não há qualquer dúvida quanto à competência do Ministério de Minas e Energia para editá-la, tendo em vista as razões e normas acima expostas.

Brasília, 28 de fevereiro de 2008.

  
**TICIANA FREITAS DE SOUSA**  
Assessora

De acordo. Restitua-se à Assessoria Econômica.

Brasília, 28 de fevereiro de 2008.

  
**DALTON JOSÉ DE OLIVEIRA**  
Consultor Jurídico Substituto

<sup>3</sup> Portaria MME nº 28/2008:

Art. 1º A Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, deverá promover, direta ou indiretamente, Leilão de Compra de Energia Elétrica Proveniente da Usina Jirau, localizada no Estado do Rondônia, considerado novo empreendimento de geração de energia elétrica, conforme dispõe o inciso VI do art. 2º da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997.  
§1º O Leilão, previsto no caput, deverá ser realizado no dia 9 de maio de 2008. (...)



MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA  
CONSULTORIA JURÍDICA

**PARECER CONJUR/MME Nº 44/2008.**

**Interessado:** Assessoria Econômica.

**Assunto:** Resolução do Conselho Nacional de Política Energética que indica a Usina Hidrelétrica denominada UHE Jirau, localizada no Rio Madeira, no Estado de Rondônia, como projeto de geração com prioridade de licitação.

A Assessoria Econômica encaminha a esta Consultoria Jurídica, para conhecimento e providências, a Nota Técnica nº 0102/ASSEC/MME, de 1º de fevereiro de 2008, a qual versa sobre a *Resolução do Conselho Nacional de Política Energética com o enquadramento do AHE Jirau como projeto estruturante e diretrizes para o leilão de compra de energia elétrica proveniente do mesmo.*

2. A Nota Técnica da Assessoria Econômica faz constar diretrizes e apontamentos que deverão estar no corpo da Resolução a ser publicada. Desta forma, os termos da minuta são os seguintes:

*O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA ENERGÉTICA - CNPE, no uso das atribuições que lhe conferem o art. 2º da Lei nº 9.478, de 6 agosto de 1997, o inciso I do art. 1º do Decreto nº 3.520, de 21 de junho de 2000, o parágrafo único do art. 15 do Regimento Interno do CNPE, aprovado pela Resolução nº 17, de 16 de dezembro de 2002, e considerando:*

*o disposto no inciso VI do art. 2º da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997; e*

*que o Aproveitamento Hidrelétrico Jirau, localizado no Rio Madeira, no Estado de Rondônia, tem caráter estratégico e de interesse público, resolve:*

*Art. 1º Indicar o Aproveitamento Hidrelétrico de Jirau, localizado no Rio Madeira, no Estado de Rondônia, como projeto de geração com prioridade de licitação e implantação, na forma prevista no inciso VI do art. 2º da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997.*

*Art. 2º Para efeitos de comercialização e autoprodução de energia elétrica, a Usina Hidrelétrica denominada UHE Jirau integrará o Submercado Sudeste/Centro-Oeste, assegurada sua conexão à Rede Básica na Subestação coletora de Porto Velho, Rondônia.*

*Art. 3º O Ministério de Minas e Energia - MME deverá assegurar que o Leilão das Linhas de Transmissão da Subestação coletora de Porto Velho às demais instalações do Sistema Interligado Nacional - SIN, necessárias para escoar a energia da UHE Jirau, será realizado antes do início da construção desta Usina.*

*Art. 4º Fica assegurado que custos relativos à eventual construção de obras de navegabilidade não serão imputados ao vencedor da licitação de que trata esta Resolução.*

*Art. 5º O Edital do Leilão de Compra de Energia Elétrica proveniente da Usina Hidrelétrica denominada UHE Jirau deverá prever o seguinte:*

*I - a constituição de uma Sociedade de Propósito Específico - SPE no caso do vencedor da licitação ser consórcio, Fundo de Participação em Investimentos ou empresa estrangeira;*

*II - a participação acionária conjunta de fornecedores e construtores não será superior a:*

*a) quarenta por cento no consórcio participante do Leilão; e*

*b) vinte por cento na Sociedade de Propósito Específico;*

*III - possibilidade, a critério exclusivo do vencedor da licitação, de ingresso de sócios estratégicos na composição acionária da SPE; e*

*IV - estabelecer que a exposição do agente vendedor no mercado de curto prazo estará limitado ao valor máximo vigente do Preço de Liquidação de Diferenças, calculado periodicamente pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, levando-se em conta os custos variáveis de operação dos empreendimentos termelétricos disponíveis para o despacho centralizado, na forma do art. 57 do Decreto nº 5.163, de 30 de julho de 2004.*

*Parágrafo único. A SPE de que trata o inciso I deste artigo deverá atender, no mínimo, aos seguintes padrões de governança corporativa exigidos no Novo Mercado da Bolsa de Valores de São Paulo - BOVESPA:*

*I - transparência na gestão da SPE;*

*II - quórum qualificado para decisões estratégicas, inclusive para celebração de contratos ou de transações envolvendo a SPE e suas partes relacionadas, entendidas como:*

*a) qualquer acionista ou quotista com mais de cinco por cento do capital social da SPE;*

*b) quaisquer administradores da companhia efetivos ou suplentes, bem como seus respectivos cônjuges e parentes até o 4º grau; e*

*c) quaisquer sociedades controladas, controladoras, coligadas ou sob controle comum de qualquer das pessoas indicadas nas letras acima;*

*III - vedação da estipulação de direito de veto em favor dos fornecedores e construtores envolvidos no empreendimento;*

*IV - indicação de conselheiros proporcionalmente à participação social da SPE com pelo menos vinte por cento de conselheiros independentes;*

*V - impedimento de voto em situações de conflito de interesses por parte dos acionistas controladores; e*

*VI - se constituída na forma de sociedade anônima, manter compromisso de:*

*a) os acionistas de integralizarem apenas ações ordinárias;*

*b) realizar oferta pública de ações; e*

*c) garantir aos acionistas minoritários, em caso de alienação do controle da companhia, preço de venda das suas ações igual aos dos acionistas controladores (tag along de cem por cento).*

*Art. 6º Caberá ao Ministério de Minas e Energia, juntamente com o Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM, praticar todos os atos necessários à desoneração da área a ser afetada com a exploração do potencial hidráulico do empreendimento de que trata o art. 1º desta Resolução, podendo, inclusive, bloquear a área e extinguir os títulos minerários que sobre ela incidam. (...)"*

3. Com o devido respaldo técnico, informa a Assessoria Econômica que o Plano Decenal de Expansão aponta um cenário em que, para o período de 2011 a 2016, ocorrerá um incremento anual médio de 3.500 MW médios, na projeção de referência do mercado de energia elétrica. Assim, novas obras de geração, preenchendo este montante anual, deverão ser incorporadas ao Sistema Interligado Nacional - SIN, de forma a atender ao mercado previsto, dentro dos critérios de suprimento adotados pelo planejamento do setor elétrico.

4. Fica caracterizada a importância e a prioridade das grandes Usinas Hidrelétricas da Amazônia para o atendimento ao Sistema Elétrico após 2011, em particular, as que já dispõem de estudos de engenharia e ambientais desenvolvidos, de forma que possam ser consideradas para o atendimento ao mercado após aquele ano. As Usinas que se enquadram nesta situação são as de Jirau e Santo Antônio, no Rio Madeira, e Belo Monte, no Rio Xingu.

5. Dentro da ótica do planejamento e levando em consideração as incertezas no período, a decisão de implantar as Usinas de Jirau, Santo Antônio e Belo Monte, quase que simultaneamente, com seus cronogramas mínimos, é uma solução robusta, no que diz respeito à garantia do atendimento ao mercado, havendo inclusive a necessidade de incorporar simultaneamente outras usinas geradoras de menor porte para assegurar o pleno atendimento ao mercado, no período de 2011 a 2016.

6. A usina hidrelétrica de Jirau irá agregar cerca de 2.180 MW médios de energia assegurada, parcela sem dúvida expressiva porém ainda consideravelmente inferior ao acréscimo anual de 3.500 MW médios de que o país necessita. Há, portanto, necessidade de uma ação institucional de governo que se desdobre, no presente momento, nos aspectos de planejamento setorial fundamental para a sua implementação.

7. Desta forma, indicou-se, primeiramente, a Usina Hidrelétrica Santo Antonio para que tivesse prioridade de licitação, pelos motivos acima expostos, com vistas a garantir o adequado abastecimento de energia. Tal indicação foi feita pela Resolução CNPE nº 4, de 28 de setembro de 2007.

8. No momento, a necessidade é de se indicar a outra Usina para que tenha prioridade de licitação, conforme indicado no item 4 acima, qual seja, a UHE Jirau.

9. O respaldo legal para tanto é dado pela Lei nº 9.478, de 06 de agosto de 1997, que institui o Conselho Nacional de Política Energética - CNPE e lhe confere a atribuição de propor ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, dentre outras práticas, a seguinte, explicitada em seu art. 2º:

*"Art. 2º Fica criado o Conselho Nacional de Política Energética - CNPE, vinculado à Presidência da República e presidido pelo Ministro de Estado de*

*Minas e Energia, com a atribuição de propor ao Presidente da República políticas nacionais e medidas específicas destinadas a:*

.....  
*VI - sugerir a adoção de medidas necessárias para garantir o atendimento à demanda nacional de energia elétrica, considerando o planejamento de longo, médio e curto prazos, podendo indicar empreendimentos que devam ter prioridade de licitação e implantação, tendo em vista seu caráter estratégico e de interesse público, de forma que tais projetos venham assegurar a otimização do binômio modicidade tarifária e confiabilidade do Sistema Elétrico.*

10. A estrutura e funcionamento do CNPE estão dispostos no Decreto nº 3.520, de 21 de junho de 2000, que reza o seguinte, *verbis*:

*“Art. 1º O Conselho Nacional de Política Energética - CNPE, criado pela Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, é órgão de assessoramento do Presidente da República para a formulação de políticas e diretrizes de energia, destinadas a:*

*I - promover o aproveitamento racional dos recursos energéticos do País, em conformidade com o disposto na legislação aplicável e com os seguintes princípios:*

.....  
*Art. 2º Integram o CNPE:*

*I - o Ministro de Estado de Minas e Energia, que o presidirá;*

.....  
*§ 3º São atribuições do Presidente do CNPE:*

.....  
*III - encaminhar ao Presidente da República as propostas aprovadas pelo Conselho.”*

11. A cumulação destes artigos citados assegura a competência normativa para o CNPE indicar empreendimento que deve ter prioridade de licitação e implantação, por meio de seu Presidente, que pode deliberar *ad referendum* do Conselho, nos casos de relevância e urgência (parágrafo único do art. 15 da Resolução CNPE nº 17, de 16 de dezembro de 2002, que aprova o Regimento Interno do Conselho)

12. Por seu turno, esta licitação no setor de energia têm regramentos próprios dispostos em normas específicas, dentre as quais cita-se a Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, regulamentada pelo Decreto nº 5.163/2004, o qual esmiúça as regras gerais para a comercialização de energia elétrica, os leilões de energia propriamente ditos, suas respectivas outorgas e outros elementos relacionados ao processo de licitação.

13. A prioridade de licitação e implantação de um empreendimento lhe confere peculiaridades não previstas nestas regras gerais sedimentadas pelo Decreto nº 5.163/2004, sendo necessária, portanto, a adequação pertinente para que a atribuição confiada ao CNPE possa se concretizar.

14. Desta forma, foi publicado no Diário Oficial da União o Decreto nº 6.210, de 18 de setembro de 2007, que altera dispositivos do Decreto nº 5.163/2004, a fim de implementar as características necessárias à essa prioridade de licitação, dentre outras providências.

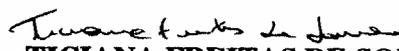
15. Destacam-se, portanto, as seguintes regras introduzidas pelo Decreto nº 6.210/2007: (i) permite a entrada das unidades geradores do empreendimento durante os anos subsequentes ao início da entrega da energia contratada; (ii) assegura a contratação de toda a parcela da garantia física da respectiva usina que tiver sido vendida ao Ambiente de Contratação Regulada; (iii) assegura a contratação da energia para os anos subsequentes ao primeiro ano da entrega da energia proporcionalmente aos montantes declarados para o respectivo leilão; (iv) garante o repasse integral dos respectivos valores de aquisição aos consumidores finais; e (v) permite a aplicação do mecanismo de compensação de sobras e déficits de energia para estes empreendimentos novos.

16. A grandiosidade, seja financeira, técnica ou estratégica, que envolve a implantação deste projeto, assim como a garantia de tarifas módicas e confiabilidade de fornecimento ao consumidor, requer por parte do governo precauções e condicionantes que justificam a exigência da formação da uma Sociedade de Propósito Específico pelo vencedor da licitação, preferencialmente sob a forma de Sociedade Anônima, um limite na composição acionária dos consórcios a serem compostos e o atendimento a alguns padrões de governança corporativa exigidos no Novo Mercado da Bolsa de Valores de São Paulo.

17. Com vistas a assegurar a plena e perfeita implantação do empreendimento, resta ao Ministério de Minas e Energia, juntamente com o Departamento Nacional de Produção Mineral, praticar os atos necessários à desoneração da área afetada, ou que venha a ser, pela construção e operação da Usina Hidrelétrica Santo Antonio.

18. Por tudo o que foi exposto, tem-se que a minuta de Resolução enviada está jurídica e formalmente adequada, porque em plena conformidade com a Lei nº 9.478/1997 e Decreto nº 3.520/2000, podendo ser encaminhados à superior apreciação do Senhor Ministro de Estado, Interino, de Minas e Energia, Presidente do Conselho Nacional de Política Energética, para assinatura e posterior encaminhamento ao Senhor Presidente da República.

Brasília, 8 de fevereiro de 2008.

  
**TICIANA FREITAS DE SOUSA**  
Assessora

De acordo. Restitua-se à Assessoria Econômica, com as anexas minutas de Resolução CNPE e de Exposição de Motivos.

Brasília, 8 de fevereiro de 2008

  
**GUILHERME FERREIRA BAGGIO**  
Consultor Jurídico

48000.000784/2008

EM Nº 00004/MME

Brasília, 11 de fevereiro de 2008.

Excelentíssimo Senhor Presidente da República,

1. Submeto à elevada consideração de Vossa Excelência proposição no sentido de que seja destinada à Usina Hidrelétrica denominada Jirau, localizada no Rio Madeira, Estado de Rondônia, a necessária prioridade de licitação e implantação, tendo em vista seu caráter estratégico e de interesse público, com base na Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, conforme demonstrado adiante.
2. O Plano Decenal de Expansão aponta um cenário que haverá incremento anual de 3.500 MW médio, no período de 2011 a 2016, na projeção de referência do mercado de energia elétrica. Assim, novas obras de geração, preenchendo este montante anual, deverão ser incorporadas ao Sistema Interligado Nacional - SIN, de forma a atender ao mercado previsto, dentro dos critérios de suprimento adotados pelo planejamento do setor elétrico.
3. Fica caracterizada a importância e a prioridade das grandes Usinas Hidrelétricas da Amazônia para o atendimento ao Sistema Elétrico após 2011, em particular, as que já dispõem de estudos de engenharia e ambientais desenvolvidos, que possam atender ao mercado após aquele ano. As Usinas que se enquadram nesta situação são as de Jirau e Santo Antônio, no Rio Madeira, e Belo Monte, no Rio Xingu.
4. De acordo com a visão do planejamento setorial, que considera as necessidades essenciais a serem atendidas no que tange à geração de energia elétrica, fica evidente que a decisão de implantar as Usinas de Jirau, Santo Antônio e Belo Monte, quase que simultaneamente e com seus cronogramas mínimos, é uma solução robusta no que diz respeito à garantia do atendimento ao mercado, havendo, inclusive, a necessidade de construir concomitantemente outras Usinas Geradoras de menor porte para assegurar o pleno atendimento ao mercado, no período de 2011 a 2016.
5. A Usina Hidrelétrica de Jirau irá agregar cerca de 2.180 MW médios de energia assegurada, parcela sem dúvida expressiva porém, ainda, consideravelmente inferior ao acréscimo anual de 3.500 MW médios de que o país necessita. Há, portanto, premência de ação institucional de governo que se desdobre, no presente momento, nos aspectos de planejamento setorial e sócio ambiental fundamentais para a sua implementação.
6. Dessa forma, mostra-se imprescindível indicar que a UHE Jirau tenha prioridade de licitação, com vistas a garantir o adequado abastecimento de energia elétrica ao mercado nacional.





MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA  
CONSULTORIA JURÍDICA

NOTA CONJUR/MME Nº 067 /2008.

**Referência:** Documento nº 48610.000089/2008-00.

**Interessados:** Consórcio Estreito Energia – CESTE.

**Assunto:** Requerimento de intervenção processual da União em processos de desapropriação de imóveis necessários à implantação do Aproveitamento Hidrelétrico Estreito (AHE Estreito).

Trata-se de requerimento oriundo do consórcio em epígrafe, o qual requer a intervenção da União em processos de desapropriação de imóveis envolvidos na implementação do AHE Estreito, nos Municípios de Estreito e Carolina, no Estado do Maranhão, e Aguaimópolis, Palmeiras do Tocantins, Darcinópolis, Filadélfia, Goiatins, Babaçulândia, Palmeirante, Barra de Ouro, Itapiratins e Tupiratins, no Estado de Tocantins.

02. Em breve síntese, alega o Consórcio Estreito Energia – CESTE que a intervenção da União nos referidos processos de desapropriação, na qualidade de assistente, é imprescindível para a conclusão da implantação do empreendimento no prazo estipulado no Poder Concedente.

03. Com a aludida intervenção, operar-se-ia o deslocamento da competência para a Justiça Federal. Segundo o CESTE, tal ato tornaria o procedimento mais célere, pois a Justiça Federal teria melhor estrutura e mais experiência com processos desta natureza.

04. Em seqüência, colacionou o CESTE alguns julgados, que supostamente implicariam na necessidade de intervenção da União, tão-somente pelo fato de ser Poder Concedente.

05. Ademais, afirma-se que o AHE Estreito é de importância estratégica para o país, destacando os graves prejuízos à sociedade que decorreriam de sua não viabilização no prazo previsto.

06. Em complemento, aduz-se que o Poder Concedente, no contrato de concessão, obriga-se a fornecer ao concessionário os instrumentos necessários à sua atuação.

07. De início, devem ser afastados vários argumentos elencados pelo requerente, por meio de uma simples constatação: o fato de a União ser o Poder Concedente não implica, por si só, na necessidade de intervenção processual da União nos mencionados processos, nem tampouco no deslocamento da competência para a Justiça Comum Federal.

08. Afinal, ainda que se trate de empreendimento de geração de energia elétrica, é papel do concessionário levar a cabo todas as medidas imprescindíveis à aquisição ou

desapropriação dos imóveis necessários à implementação do empreendimento. Tais processos de desapropriação, quando necessário, devem tramitar na Justiça Comum Estadual, e as deficiências da estrutura do Judiciário Estadual devem ser combatidas com os meios processuais do ordenamento em vigor. O concessionário, ao participar do leilão, sopesou as dificuldades da empreitada e, analisando seus custos e riscos, comprometeu-se a finalizar o empreendimento na data prevista pelo Poder Concedente. Destarte, eventual descumprimento dos prazos acertados sujeitá-lo-á às sanções contratuais, sem que possa o CESTE arvorar-se em quaisquer dificuldades para a aquisição dos imóveis ou outros óbices.

09. Nesse contexto, vale frisar que o papel da União/Agência Nacional de Energia Elétrica, no que tange às desapropriações, limita-se a emitir a declaração de utilidade pública, consoante se extrai do art. 10 da Lei nº 9.074, de 8 de dezembro de 1995, com redação dada pela Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998:

*“Art. 10. Cabe à Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, declarar a utilidade pública, para fins de desapropriação ou instituição de servidão administrativa, das áreas necessárias à implantação de instalações de concessionários, permissionários e autorizados de energia elétrica.” (grifos nossos)*

10. Bem por isso, cabe aqui assentarmos, como regra geral, uma **primeira premissa**: a União não possui interesse em participar nos processos de desapropriação de imóveis em empreendimentos de geração de energia elétrica.

11. Não obstante, não se está aqui a dizer que a regra acima não possui exceções. Em casos excepcionais, a União pode entender existente interesse em intervir em uma ou mais desapropriações de imóveis relacionados à geração de energia elétrica.

12. Como exemplos de situações cujas particularidades parecem justificar um especial interesse da União, podemos citar: a) empreendimentos incluídos no Plano de Aceleração do Crescimento – PAC, cuja relevância para a sociedade não se limita a interesses energéticos, sendo manifestos seus desdobramentos econômicos e sociais; b) projetos estruturantes, assim definidos pelo Conselho Nacional de Política Energética – CNPE, na forma do art. 2º, VI<sup>1</sup>, da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, com a redação dada pela Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004; c) empreendimentos em que seja possível a antecipação da implementação do empreendimento, possibilitando o início da operação comercial de um dado empreendimento em data anterior à que se obrigou o concessionário; d) situações de insuficiência de geração de energia elétrica, com evidente prejuízo aos consumidores e à sociedade; e) outras situações em que a União entender conveniente a intervenção, com vistas a atender ao bem da coletividade.

<sup>1</sup> “Art. 2º Fica criado o Conselho Nacional de Política Energética - CNPE, vinculado à Presidência da República e presidido pelo Ministro de Estado de Minas e Energia, com a atribuição de propor ao Presidente da República políticas nacionais e medidas específicas destinadas a: (...) VI - sugerir a adoção de medidas necessárias para garantir o atendimento à demanda nacional de energia elétrica, considerando o planejamento de longo, médio e curto prazos, podendo indicar empreendimentos que devam ter prioridade de licitação e implantação, tendo em vista seu caráter estratégico e de interesse público, de forma que tais projetos venham assegurar a otimização do binômio modicidade tarifária e confiabilidade do Sistema Elétrico. (...)”

13. Cabe, então, estabelecermos uma **segunda premissa**: é possível à União, de forma excepcional, reconhecer presentes razões que justifiquem a sua intervenção em processos de desapropriação de imóveis necessários a um dado empreendimento de geração de energia elétrica.
14. Veja-se que, ainda que a União manifeste-se favoravelmente à sua intervenção nos multicitados processos, subsistem em sua integralidade as obrigações do concessionário junto ao Poder Concedente. No caso em tela, por exemplo, o CESTE analisou os prazos estipulados previamente ao Leilão e apresentou proposta para o cumprimento de datas e condições, considerando para tal todas as etapas necessárias à implementação do projeto, inclusive a desapropriação dos imóveis necessários ao empreendimento em questão.
15. Em suma: os riscos do empreendimento, com ou sem a intervenção da União em juízo, permanecem com o concessionário.
16. Expostas tais premissas, cabe analisarmos se o caso em comento possui características que autorizem, em caráter excepcional, a intervenção judicial da União em processos de desapropriação.
17. De fato, a Usina Hidrelétrica de Estreito, no Rio Tocantins, com potência instalada mínima de 1.087 MW, é um dos 9 (nove) projetos de geração de energia elétrica na Região Norte que já se encontravam em implantação<sup>2</sup> na época de divulgação do PAC e que foram incluídos no referido programa. Além dessas usinas, outras 7 (sete), apenas previstas<sup>3</sup> àquela época, foram incluídas no PAC.<sup>4</sup>
18. Ademais, o PAC prevê a entrada em operação do AHE Estreito em 2010. Trata-se, vale frisar, de antecipação da operação comercial do empreendimento, que estava inicialmente prevista para 2012 (vide Contrato de Concessão ANEEL nº 092/2002).
19. Bem se vê que o interesse da União não se limita a que o concessionário cumpra os prazos por ele assumidos. Com vistas a assegurar uma maior segurança ao Sistema Interligado Nacional – SIN, a União reconheceu a importância em antecipar a operação do AHE Estreito, fato este que, aliado à sua inclusão no PAC, justifica a intervenção da União nos processos em questão.
20. Por fim, deve-se frisar que cabe à Secretaria de Energia Elétrica manifestar-se sobre a questão, apontando se acolhe os argumentos acima expendidos ou, ao inverso, se reputa inexistirem razões que justifiquem a intervenção da União, de forma excepcional, nos processos de desapropriação em comento.

<sup>2</sup> PAC, Região Norte, Usinas em Implantação: UHE Estreito - Rio Tocantins - 1.087 MW - operação em 2010; UHE São Salvador - Rio Tocantins - 243 MW - operação em 2009; UHE Rondon II - Rio Comemoração - 73,5 MW - operação em 2008; PROINFA - 6 PCH's - 102 MW.

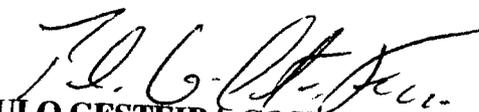
<sup>3</sup> PAC, Região Norte, Usinas Previstas: UHE Santo Antônio - Rio Madeira - 3.150 MW; UHE Jirau - Rio Madeira - 3.300 MW; UHE Belo Monte - Rio Xingu - 5.681 MW; UHE Serra Quebrada - Rio Tocantins - 1.328 MW; UHE Tupiratins - Rio Tocantins - 620 MW; UHE Tocantins - Rio Tocantins - 480 MW; UHE Novo Acordo - Rio do Sono - 160 MW.

<sup>4</sup> Dados do Plano de Aceleração do Crescimento – PAC, 2007/2010, Material para Imprensa, disponível em <http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2007/01/22/materia.2007-01-22.1909859633/view>, acessado em 25 de março de 2008.

21. Pelo exposto, com base nas razões lançadas nesta manifestação, sugere-se a remessa dos autos à Secretaria de Energia Elétrica do Ministério de Minas e Energia, para que esta se manifeste sobre o interesse da União em intervir nos processos de desapropriação relacionados à implementação do AHE Estreito. Destaque-se que, no entendimento desta Consultoria, o projeto da Usina Hidrelétrica de Estreito, por suas particularidades - inclusão no PAC e previsão de antecipação do início da operação comercial para 2010 -, possui justificativa idônea a embasar a referida intervenção nos mencionados processos de desapropriação, que se dará em caráter excepcional e sem desonerar a concessionária das obrigações por ela assumidas.

À consideração do Senhor Consultor Jurídico.

Brasília, 25 de março de 2008.

  
**PAULO GESTEIRA COSTA FILHO**  
Advogado da União

De acordo. Encaminhem-se os autos à Secretaria de Energia Elétrica do Ministério de Minas e Energia para a adoção das medidas que entender pertinentes.

Brasília, 25 de março de 2008.

  
**GUILHERME PEREIRA BAGGIO**  
Consultor Jurídico



MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA  
CONSULTORIA JURÍDICA

**NOTA CONJUR/MME Nº /2008.**

**Interessado:** Assessoria Econômica.

**Assunto:** Aprovação da sistemática para o Leilão de Compra de Energia Elétrica Proveniente da Usina Hidrelétrica de Jirau, localizada no Estado de Rondônia, considerado novo empreendimento de geração de energia elétrica.

A Assessoria Econômica encaminha a esta Consultoria Jurídica, para análise, a Nota Técnica nº 1703/ASSEC/MME, de 17 de março de 2008, minuta de Portaria aprovando a sistemática para o Leilão de Compra de Energia Elétrica Proveniente da Usina Hidrelétrica de Jirau, localizada no Estado de Rondônia, considerado novo empreendimento de geração de energia elétrica.

2. Este Leilão é aquele de que trata a Portaria MME nº 28, de 24 de janeiro de 2008, a qual estabelece, em seu art. 1º, que *a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL deverá promover, direta ou indiretamente, Leilão de Compra de Energia Elétrica Proveniente da Usina Hidrelétrica Jirau, localizada no Estado de Rondônia, considerando novo empreendimento de geração de energia elétrica, conforme dispõe o inciso VI do art. 2º da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997.*

3. Esta mesma Portaria, no art. 2º, dispõe que caberá a ANEEL elaborar o Edital nos termos de Portaria a ser publicada pelo MME contendo as diretrizes para o respectivo Leilão.

4. Por sua vez, a Portaria MME nº 36, de 12 de fevereiro de 2008, aprova as diretrizes para o Leilão de Compra de Energia Elétrica Proveniente da Usina Hidrelétrica Jirau, condicionando a validade da Portaria à aprovação pelo Conselho Nacional de Política Energética – CNPE da UHE Jirau como preto de geração com prioridade de licitação. Isto foi feito com a publicação da Resolução nº 01, de 11 de fevereiro de 2008.

5. No que se refere à sistemática, também diretriz para realização do Leilão em comento, a Assessoria Econômica sugere *a utilização da mesma sistemática empregada no Leilão da UHE Santo Antônio, primeiro projeto a ser indicado para prioridade de licitação pelo CNPE.*

6. A título de esclarecimento, informa-se que a sistemática utilizada para o Leilão da UHE Santo Antônio foi objeto de consulta pública, nos termos da Portaria MME nº 248, de 24 de agosto de 2007. Após consolidação das contribuições, foi publicada a Portaria MME nº 295, de 25 de outubro de 2007, que aprovou a sistemática para o Leilão da UHE Santo Antônio.

7. Algumas alterações foram introduzidas na minuta de Portaria enviada, com relação àquela publicada para o Leilão da UHE Santo Antônio, apenas para efeito estético, não representando modificação substancial em seu conteúdo.

8. No que tange ao aspecto jurídico da minuta de Portaria, cumpre informar que a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, com a redação dada pela Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, prevê:

*“Art. 3º Além das atribuições previstas nos incisos II, III, V, VI, VII, X, XI e XII do art. 29 e no art. 30 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, de outras incumbências expressamente previstas em lei e observado o disposto no § 1º, compete à ANEEL: (grifou-se)*

(...)

*II - promover, mediante delegação, com base no plano de outorgas e diretrizes aprovadas pelo Poder Concedente, os procedimentos licitatórios para a contratação de concessionárias e permissionárias de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos; (grifou-se)*

(...)

*Art. 3º-A Além das competências previstas nos incisos IV, VIII e IX do art. 29 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, aplicáveis aos serviços de energia elétrica, compete ao Poder Concedente: (grifou-se)*

*I - elaborar o plano de outorgas, definir as diretrizes para os procedimentos licitatórios e promover as licitações destinadas à contratação de concessionários de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos; (grifou-se)*

(...)

*§ 1º No exercício das competências referidas no inciso IV do art. 29 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e das competências referidas nos incisos I e II do caput deste artigo, o Poder Concedente ouvirá previamente a ANEEL.*

*§ 2º No exercício das competências referidas no inciso I do caput deste artigo, o Poder Concedente delegará à ANEEL a operacionalização dos procedimentos licitatórios.*

(...)

9. O Decreto nº 5.163/2004, ao disciplinar a Lei nº 10.848/2004, dispõe que, *verbis*:

*“Art. 19. A ANEEL promoverá, direta ou indiretamente, licitação na modalidade de leilão, para a contratação de energia elétrica pelos agentes de distribuição do SIN, observando as diretrizes fixadas pelo Ministério de Minas e Energia, que contemplarão os montantes por modalidade contratual de energia a serem licitados, prevista no art. 28.*

(...)

*Art. 20. Os editais dos leilões previstos no art. 19 serão elaborados pela ANEEL, observadas as normas gerais de licitações e de concessões e as diretrizes do Ministério de Minas e Energia, e conterão, no que couber, o seguinte:*

(...)"

10. O art. 3º da Lei nº 9.427, de 1996, ao determinar que compete à ANEEL promover os procedimentos licitatórios para a contratação de concessionárias e permissionárias de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos, ressalva que tal competência deve ser exercida com observância às diretrizes aprovadas pelo Poder Concedente.

11. Além disso, o art. 3º-A, do mesmo diploma legal, prevê que compete ao Poder Concedente, no caso o Ministério de Minas e Energia, definir as diretrizes para os procedimentos licitatórios e promover as licitações destinadas à contratação de concessionários de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos.

12. Corroborando com o disposto na Lei nº 9.427, de 1996, com a redação dada pela Lei nº 10.848, de 2004, está o disposto no art. 19 do Decreto nº 5.163, de 2004, que prevê que nos leilões a serem promovidos pela ANEEL deverão ser observadas as diretrizes fixadas pelo Ministério de Minas e Energia.

13. Assim sendo, tem-se que o a fundamentação jurídica para a edição da minuta de Portaria em análise encontra-se na Lei nº 9.427, de 1996, com a redação dada pela Lei nº 10.848, de 2004, subsidiada pelo Decreto nº 5.163, de 2004. A Lei é taxativa ao determinar que cabe ao Ministério definir as diretrizes para os procedimentos licitatórios.

14. Ainda, o próprio § 11 do art. 2º da Lei nº 10.848, de 2004, prevê que deverá ser observado o disposto no art. 3º-A da Lei nº 9.427, de 1996:

"Art. 2º (...)

*§ 11. As licitações para contratação de energia elétrica de que trata este artigo serão reguladas e realizadas pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, observado o disposto no art. 3º-A da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, com a redação dada por esta Lei, que poderá promovê-las diretamente ou por intermédio da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE".*  
(grifou-se)

15. Dentre estas diretrizes está a sistemática para a realização do leilão, a qual deverá constar do Edital, segundo prescreve o art. 20 do Decreto 5.163/2004, *in verbis*:

*"Art. 20. Os editais dos leilões previstos no art. 19 serão elaborados pela ANEEL, observadas as normas gerais de licitações e de concessões e as diretrizes do Ministério de Minas e Energia, e conterão, no que couber, o seguinte:*

(...)

*VI - diretrizes relativas à sistemática dos leilões;*

(...)"

16. Ante todo o exposto, não há qualquer dúvida quanto à competência do Ministério de Minas e Energia para editar a minuta que aprova a sistemática para o Leilão de Compra de Energia Elétrica Proveniente da Usina Hidrelétrica Jirau, localizada no Estado de Rondônia.

Brasília, de março de 2008.

**TICIANA FREITAS DE SOUSA**  
Assessora

De acordo. Restitua-se a Assessoria Econômica.

Brasília, de março de 2008.

**GUILHERME PEREIRA BAGGIO**  
Consultor Jurídico



MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA  
CONSULTORIA JURÍDICA

**NOTA CONJUR/MME Nº 095/2008.**

**Interessado:** Secretaria de Energia Elétrica.

**Assunto:** Retificação ou ratificação à Declaração de Necessidades de compra, a partir de 2013, para o Leilão de Compra de Energia Elétrica Proveniente da Usina Hidrelétrica Jirau.

A Secretaria de Energia Elétrica, por meio do seu Departamento de Gestão do Setor Elétrico, encaminha a esta Consultoria Jurídica a Nota Técnica nº 006/DGSE, de 23 de abril de 2008, a qual versa sobre a *Substituição de declarações de Necessidade de Compra de Energia Elétrica para o leilão da Usina de Jirau*.

2. Em breve síntese, a Nota Técnica do Departamento de Gestão do Setor Elétrico expõe que houve divergências nos critérios que as distribuidoras utilizaram para apresentarem suas Declarações de Necessidade de Compra de Energia Elétrica, de acordo com a Portaria MME nº 83, de 3 de março de 2008, motivo pelo qual propõe a emissão de nova Portaria que preveja oportunidade para que os agentes retifiquem – ou ratifiquem, se for o caso – estas Declarações de Necessidade.

3. Para melhor ilustrar o assunto, se esclarece, a seguir, o contexto em que a Nota Técnica minuta de portaria é proposta.

4. A Portaria MME nº 28, de 24 de janeiro de 2008, expressa que a ANEEL deverá promover, direta ou indiretamente o Leilão de Compra de Energia Elétrica Proveniente da Usina Hidrelétrica de Jirau, indicada pelo Conselho Nacional de Política Energética – CNPE como projeto que tem prioridade de licitação e implantação (termos da Resolução CNPE nº 1, de 11 de fevereiro de 2008). Dentre as disposições da Portaria nº 28/2008, ficou explícito o seguinte, *verbis*:

“Art. 3º. O MME disciplinará, oportunamente, a forma e as condições para a apresentação da declaração de necessidades dos agentes de distribuição”.

5. Neste diapasão, foi publicada a Portaria MME nº 83, de 3 de março de 2008, a qual expôs as regras para a apresentação das declarações de necessidades pelos agentes de distribuição que participarão Leilão de Compra de Energia Elétrica Proveniente da Usina Hidrelétrica de Jirau. Veja sua redação, *ipsis litteris*:

“Art. 1º Os agentes de distribuição deverão apresentar, até 10 de março de 2008, Declaração de Necessidades de compra de energia elétrica, na forma e

*condições a serem disponibilizadas no sítio do Ministério de Minas e Energia - [www.mme.gov.br](http://www.mme.gov.br), na Rede Mundial de Computadores, para o Leilão de Compra de Energia Elétrica Proveniente da Usina Hidrelétrica Jirau, de acordo com o disposto no art. 1º, § 1º, da Portaria MME nº 28, de 24 de janeiro de 2008, cujo início de entrega da energia deverá ocorrer no ano de 2013.*

*Art. 2º A Declaração de Necessidades a ser apresentada pelos agentes de distribuição será considerada irrevogável e irretroatável, bem como servirá para posterior celebração dos Contratos de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado - CCEARs.*

*Parágrafo único. A referida Declaração deverá contemplar os volumes de energia elétrica para atendimento à totalidade do mercado do respectivo agente de distribuição, a partir de 2013.*

*Art. 3º Os agentes de distribuição de energia elétrica dos Sistemas Isolados, que tenham a previsão de integrar o Sistema Interligado Nacional - SIN até o ano de 2013, poderão apresentar a Declaração de Necessidades de compra de energia elétrica, para o Leilão de Compra de Energia Elétrica Proveniente da Usina Hidrelétrica Jirau, também até 10 de março de 2008."*

6. Acontece que o Departamento de Gestão do Setor Elétrico apontou, na sua Nota Técnica nº 006/2008, que não houve um procedimento padrão das empresas na definição dos valores declarados como necessidade de compra para atendimento ao mercado. Ademais, manifestou, nos próprios termos da Nota, que:

*"(...) Algumas distribuidoras claramente manifestaram que estavam incluindo em sua "Declaração de Necessidades", montantes relativos à desconstrução de energia existente que deverá ocorrer em 2013.*

*Outras não manifestaram esse procedimento, mas o efetivaram em seus cálculos. Houve também, empresas que procederam de forma correta, não incluindo a parcela de energia existente em um leilão de energia nova.*

*Assim, verificou-se que a soma do montante declarado por todas as participantes apresentava-se com excesso de demanda, indicando um crescimento de mercado da ordem de 8,4% em relação ao ano de 2012, contrariando a informação anual prestada pelas mesmas empresas para a EPE, conforme determina a legislação, onde o crescimento indicado para o ano de 2013 ficou na faixa dos 4,1%.*

*Dessa forma, não houve isonomia nos procedimentos adotados pelos agentes de distribuição, o que significaria diferentes condições de mercado para o leilão.*

*Nessa oportunidade ficará enfatizado que essa nova declaração valerá a partir do ano de 2013, sendo que para o leilão A-5 será utilizada a mesma declaração, apenas abatido o resultado do leilão de Jirau.*

(...)"

7. Assim, em virtude das incongruências apontadas na Nota Técnica, propõe emissão de portaria que preveja oportunidade para que os agentes retifiquem as informações constantes das Declarações de Necessidades apresentadas em decorrência do comando do art. 1º da Portaria MME nº 83/2008 ou, se não for de seu desejo, que as ratifiquem. Veja o que dispõe a minuta apresentada:

*"Art. 1ª Os agentes de distribuição deverão apresentar, até o dia 29 de abril de 2008, na forma e condições a ser disponibilizada no sítio do Ministério de Minas e Energia – "[www.mme.gov.br](http://www.mme.gov.br)", na Rede Mundial de Computadores, ratificação ou retificação à Declaração de Necessidades de compra de energia elétrica, a partir do ano de 2013, apresentada em atendimento à Portaria MME nº 83, de 3 de março de 2008, devendo ser observado o disposto no art. 40 do Decreto nº 5.163, de 30 de julho de 2004.*

*Art. 2ª A ratificação ou retificação de que trata o art. 1ª desta Portaria será considerada para a definição da demanda de consumo de energia elétrica, a partir de 2013, para o Leilão de Compra de Energia Elétrica Proveniente de Novos Empreendimentos de Geração denominado "A-5" de que trata a Portaria MME nº 331 de 4 de dezembro de 2007."*

8. Primeiramente, cumpre informar que a disciplina para a apresentação das Declarações de Necessidades pelos agentes de distribuição encontra respaldo na Lei 10.848, de 15 de março de 2004, que em seu art. 3º reza o seguinte:

*"Art. 3ª O Poder Concedente homologará a quantidade de energia elétrica a ser contratada para o atendimento de todas as necessidades do mercado nacional, bem como a relação dos novos empreendimentos de geração que integrarão, a título de referência, o processo licitatório de contratação de energia."*

9. O Poder Concedente, no caso, este Ministério de Minas e Energia, deve homologar qual a quantidade de energia que será contratada nos leilões de compra de energia elétrica proveniente de empreendimentos novos ou existentes<sup>1</sup>. Para tanto, necessita que os agentes de distribuição declarem qual o montante de energia será necessário para atender seus mercados nos horizontes de um, três ou cinco anos<sup>2</sup>.

10. Desta forma, o Decreto nº 5.163, de 30 de julho de 2004, ao regulamentar a Lei nº 10.848/2004 e, em especial ao que pertine a estas declarações, expressa que, *verbis*:

*"Art. 18. Sem prejuízo da obrigação referida no art. 17, todos os agentes de distribuição, a partir de 1º de janeiro de 2006, em até sessenta dias antes da data prevista para a realização de cada um dos leilões de que trata o art. 19,*

<sup>1</sup> Segundo a Lei nº 10.848/2004, os processos licitatórios necessários para garantir o atendimento à totalidade dos mercados das distribuidoras deverão contemplar tratamento para energia elétrica proveniente de empreendimentos de geração existentes e novos (art. 2º, § 5º).

<sup>2</sup> Por sua vez, o Decreto nº 5163/2004 disciplina que os leilões de compra de energia elétrica serão promovidos nos anos "A - 5" e "A - 3", para energia elétrica proveniente de novo empreendimento de geração; e no ano "A - 1", para energia elétrica proveniente de empreendimento de geração existente (art. 19, § 1º).

deverão apresentar declaração ao Ministério de Minas e Energia, definindo os montantes a serem contratados para recebimento da energia elétrica no centro de gravidade de seus submercados e atendimento à totalidade de suas cargas.

§ 1º Os agentes de distribuição deverão especificar os montantes necessários ao atendimento de seus consumidores potencialmente livres nas declarações relativas aos leilões de que trata o inciso II do § 1º do art. 19.

§ 2º Os agentes de distribuição, excepcionalmente para os leilões de que tratam os arts. 19 e 25, a serem promovidos no período de 26 de julho a 31 de dezembro de 2005, deverão apresentar declaração ao Ministério de Minas e Energia, conforme prazos e condições estabelecidos em Portaria do Ministro de Estado de Minas e Energia, definindo os montantes de energia elétrica a serem contratados em cada ano do período de 2006 até 2010, e especificando, inclusive, as parcelas relativas aos consumidores potencialmente livres.

§ 3º Ocorrendo o disposto no § 5º e no inciso II do § 6º do art. 19, os montantes contratados de energia elétrica serão considerados nas declarações de necessidades dos anos subsequentes.

§ 4º Fica garantida a neutralidade do agente de distribuição comprador, nos volumes superiores à sua declaração, com relação ao repasse dos custos de aquisição às tarifas dos consumidores finais.”

11. Assim sendo, tem-se que a fundamentação jurídica para a edição da Portaria que solicita a Declaração de Necessidades dos agentes de distribuição encontra-se na Lei nº 10.848/2004, bem como no Decreto nº 5163/2004.

12. Pois bem, esta Declaração de Necessidade já foi apresentada, porém ponderações de caráter técnico justificam, por parte do Poder Concedente, a concessão de novo prazo para que os agentes, se assim lhes convier, apresentem retificação. Pois veja:

a) é responsabilidade do Poder Concedente, com base nestas Declarações, homologar a quantidade de energia a ser contratada para o atendimento da demanda nacional, sendo que qualquer insegurança na veracidade destas informações pode frustrar as expectativas de atendimento ao mercado ou provocar uma sobrecontratação; e

b) a informação incluída na minuta de Portaria de que estas Declarações servirão também para o Leilão de Compra de Energia Elétrica Proveniente de Novos Empreendimentos de Geração denominado “A-5” – não mais só para o Leilão da UHE Jirau – indica ao Poder Concedente o dever de apontar novo prazo para que os agentes ponderem as informações anteriormente enviadas ao Ministério de Minas e Energia. Agregar nova informação e não conceder oportunidade para que o agente reveja suas Declarações poderia ensejar questionamentos por parte das distribuidoras.

13. No que tange à letra “b” acima exposta, lembra-se, que a Portaria MME nº 293, de 22 de outubro de 2007, ao aprovar as diretrizes para o Leilão de Compra de Energia Elétrica proveniente da UHE São Antônio, dispôs que a demanda de consumo de energia elétrica a ser atendida pela geração da UHE Santo Antônio seria definida a partir das

Declarações de Necessidades de compra de energia elétrica já apresentadas, naquela oportunidade, para o Leilão denominado "A-5" daquele ano (aquele de que trata a Portaria MME nº 305, de 19 de dezembro de 2006), não tendo sido objeto de nenhum questionamento por parte dos agentes.

14. Ademais, deve-se observar que, como as Declarações são atos próprios das Distribuidoras e os dados ali constantes são de sua inteira responsabilidade, a minuta ora enviada também propõe às distribuidoras que apenas ratifiquem as informações de suas Declarações. Os agentes não são obrigados a redeclararem suas necessidades, não apresentando a minuta, por parte do Poder Concedente, qualquer ingerência sobre o ato do agente.

15. Sendo assim, conclui esta Consultoria Jurídica que não há óbice de natureza jurídica ou formal à emissão da minuta de Portaria apresentada, assim como não há qualquer dúvida quanto à competência do Ministério de Minas e Energia para editá-la, tendo em vista as razões e normas acima expostas.

Brasília, 23 de abril de 2008.

  
**TICIANA FREITAS DE SOUSA**  
Assessora

De acordo. Restitua-se à Secretaria de Energia Elétrica.

Brasília, 23 de abril de 2008.

  
**GUILHERME PEREIRA BAGGIO**  
Consultor Jurídico



MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA  
CONSULTORIA JURÍDICA

**NOTA CONJUR /MME nº 098/2008.**

**Interessado:** Assessoria Econômica.

**Assunto:** Leilão da Usina Hidrelétrica de Jirau -  
Recomendação Tribunal de Contas da União -  
Restituição ao Ministério da Saúde de custos  
havidos na elaboração do Plano de Ação para o  
Controle da Malária - Não inclusão no Edital de  
licitação.

O Tribunal de Contas da União – TCU, nos autos do processo nº 002.098/2008-0, aprovou em plenário Acórdão com diversas recomendações para o leilão nº 005/2008, destinado à contratação de energia proveniente do Complexo do Rio Madeira, mediante construção da Usina Hidrelétrica de Jirau.

02. Dentre as recomendações, estava a de a Secretaria de Vigilância em Saúde do Ministério da Saúde avaliar a necessidade de ressarcimento junto ao empreendedor pelos custos havidos na elaboração do Plano de Ação para o Controle da Malária.

03. Referida recomendação, baseou-se no art. 5º, II, da Portaria nº 47 do Ministério da Saúde, que menciona ser de responsabilidade do empreendedor a realização do Plano de Ação para o Controle da Malária.

04. Sobre o assunto, é importante ressaltar que o empreendedor encaminhou parte dos estudos relativo ao Controle da Malária junto com o EIA/RIMA, e que comprometeu-se em entregar o restante na fase de elaboração do Projeto Básico Ambiental, que ocorre após a emissão da Licença Prévia.

05. Apesar do comprometimento do empreendedor em entregar tempestivamente o Plano completo, o Ministério da Saúde em parceria com a FUNASA, LACEN/RO e Secretaria Municipal de Saúde de Porto Velho, optou por aprofundar os estudos já iniciados pelo empreendedor e formulou documento contendo as diretrizes técnicas para elaboração do Plano de Ação de Controle da Malária.

06. Sendo assim, entendeu-se não se tratar de uma obrigatoriedade a inclusão no Edital do Leilão de mecanismo prevendo o ressarcimento ao Ministério da Saúde dos custos havidos na elaboração dos estudos, tendo em vista que eles já haviam sido iniciados pelo empreendedor.

07. Outrossim, o Edital de Licitação da UHE Jirau foi elaborado nos moldes da sistemática adotada na realização do Leilão da UHE Santo Antônio, onde também não se

incluiu qualquer tipo de mecanismo prevendo ressarcimento ao Ministério da Saúde pelos custos havidos na elaboração do Plano de Ação para o Controle da Malária.

08. Concluo, portanto, que a determinação proferida no Acórdão do TCU não se tratava de uma obrigatoriedade, mas sim, de uma sugestão para que os órgãos envolvidos no processo avaliassem se era necessária e oportuna a inclusão de tal mecanismo no Edital de Licitação da UHE Jirau.

À consideração superior.

Brasília, 25 de ABRIL de 2008.

  
**DOUGLAS FRANZONI RODRIGUES**  
Assistente

De acordo. Encaminhe-se à Assessoria Econômica.

Brasília, 25 de ABRIL de 2008.

  
**GUILHERME PEREIRA BAGGIO**  
Consultor Jurídico



MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA  
CONSULTORIA JURÍDICA

NOTA CONJUR/MME Nº 304/2008.

**Interessado:** Assessoria Econômica.

**Assunto:** Alteração da Portaria MME nº 28, de 24 de janeiro de 2008, que posterga a data para realização do Leilão da UHE Jirau.

A Assessoria Econômica encaminha a esta Consultoria Jurídica, para análise e considerações, a Nota Técnica nº 2904/ASSEC/MME, de 29 de abril de 2008, que trata da alteração da data de realização do Leilão de Compra de Energia Elétrica Proveniente da UHE Jirau, definida pela Portaria MME nº 28, de 24 de janeiro de 2008.

2. A Assessoria Econômica se manifesta favoravelmente ao adiamento da data de realização do Leilão da UHE Jirau, pelos motivos expostos em sua Nota Técnica e cujos trechos a seguir são expostos, *ipsis litteris*:

*“De acordo com o Cronograma Estimado de Eventos do Leilão de Compra de Energia Elétrica Proveniente da Usina Hidrelétrica Jirau publicado pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, 30 de abril de 2008 é a data limite para que os proponentes interessados na licitação aportem as garantias financeiras de participação.*

*2. Esta data é essencial para o sucesso do leilão, pois representa o momento de definição real do número de participantes que estarão habilitados para participarem do processo competitivo.*

(...)

*5. Sendo assim, a Comissão de Leilões identificou a probabilidade elevada de que apenas dois grupos de agentes estariam em condições de realizar os aportes de garantia financeira até o dia 30 de abril e gostaria de obter subsídios sobre a conveniência de alteração da data do Leilão de Jirau, dada a expectativa de que um ou dois grupos adicionais possam alcançar as condições necessárias para o aporte de garantias num curto intervalo de tempo.*

6. A resposta a esta pergunta, entretanto, depende de dois fatores:

a. A análise dos possíveis efeitos do adiamento na data estabelecida para o aporte de garantias financeiras de proposta sobre as demais etapas do cronograma de realização do Leilão e, principalmente, sobre o cronograma de entrada em operação comercial das unidades geradoras da UHE Jirau;

b. A avaliação das barreiras identificadas para a organização dos consórcios proponentes e o conseqüente aporte de garantias financeiras.

Dito isto, a Assessoria Econômica – ASSEC do MME, na condição de membro da Comissão de Leilões, ressalta que a alteração da data de aporte de garantias financeiras, que é de responsabilidade da ANEEL, deve ser acompanhada do adiamento do Leilão. Isto é necessário para que os prazos originais para a publicação da lista de proponentes e de compradoras aptas a participarem do leilão e para o treinamento dos agentes na sistemática do leilão sejam mantidos.

8. Este adiamento, caso não se trate de uma prorrogação muito grande, pode ser absorvido normalmente pelos investidores sem que seja necessária uma alteração no cronograma de entrada em operação comercial das unidades geradoras da UHE Jirau.

9. Por outro lado, as barreiras identificadas pelo MME são todas conjunturais e dizem mais respeito a aspectos empresariais dos grupos envolvidos do que a questões estruturais como as enfrentadas no Leilão de Santo Antônio.

10. Sendo assim, verifica-se a expectativa de que um adiamento pequeno (entre 10 e 20 dias) seria suficiente para que novos proponentes sejam viabilizados. Uma alteração de data desta monta não modifica o cronograma de entrada em operação da UHE Jirau e possibilita uma vantagem intangível para os consumidores, na medida que representa uma maior competição.

(...)

3. Pois bem, conforme se comprovará adiante, as diretrizes referentes à data para realização do leilão compete ao Ministério de Minas e Energia, a saber.

4. No que tange ao aspecto jurídico da minuta de Portaria, cumpre informar que a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, com a redação dada pela Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, no que se refere à competência para estabelecer diretrizes para os leilões de energia, prevê:

*“Art. 3º Além das atribuições previstas nos incisos II, III, V, VI, VII, X, XI e XII do art. 29 e no art. 30 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, de outras incumbências expressamente previstas em lei e observado o disposto no § 1º, compete à ANEEL: (grifou-se)*

(...)

*II - promover, mediante delegação, com base no plano de outorgas e diretrizes aprovadas pelo Poder Concedente, os procedimentos licitatórios para a contratação de concessionárias e permissionárias de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos; (grifou-se)*

(...)

*Art. 3º-A Além das competências previstas nos incisos IV, VIII e IX do art. 29 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, aplicáveis aos serviços de energia elétrica, compete ao Poder Concedente: (grifou-se)*

*I - elaborar o plano de outorgas, definir as diretrizes para os procedimentos licitatórios e promover as licitações destinadas à contratação de concessionários de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos; (grifou-se)*

(...)

*§ 1º No exercício das competências referidas no inciso IV do art. 29 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e das competências referidas nos incisos I e II do caput deste artigo, o Poder Concedente ouvirá previamente a ANEEL.*

*§ 2º No exercício das competências referidas no inciso I do caput deste artigo, o Poder Concedente delegará à ANEEL a operacionalização dos procedimentos licitatórios.*

(...)"

5. Também o Decreto nº 5.163, de 2004, prevê:

*"Art. 19. A ANEEL promoverá, direta ou indiretamente, licitação na modalidade de leilão, para a contratação de energia elétrica pelos agentes de distribuição do SIN, observando as diretrizes fixadas pelo Ministério de Minas e Energia, que contemplarão os montantes por modalidade contratual de energia a serem licitados, prevista no art. 28.*

(...)

*Art. 20. Os editais dos leilões previstos no art. 19 serão elaborados pela ANEEL, observadas as normas gerais de licitações e de concessões e as diretrizes do Ministério de Minas e Energia, e conterão, no que couber, o seguinte:*

(...)"

6. A art. 3º-A, da Lei nº 9.427/1996, prevê que compete ao Poder Concedente, no caso o Ministério de Minas e Energia, definir as diretrizes para os procedimentos licitatórios e promover as licitações destinadas à contratação de concessionários de serviço público para produção de energia elétrica.

7. Assim sendo, tem-se que o a fundamentação jurídica para a edição da minuta de Portaria em análise encontra-se na Lei nº 9.427, de 1996, com a redação dada pela Lei nº 10.848, de 2004, subsidiada pelo Decreto nº 5.163, de 2004. A Lei é taxativa ao determinar que cabe ao Poder Concedente, no caso, ao Ministério de Minas e Energia, definir as diretrizes para os procedimentos licitatórios.

8. Ainda, o próprio § 11 do art. 2º da Lei nº 10.848, de 2004, prevê que deverá ser observado o disposto no art. 3º-A da Lei nº 9.427, de 1996:

“Art. 2º (...).

*§ 11. As licitações para contratação de energia elétrica de que trata este artigo serão reguladas e realizadas pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, observado o disposto no art. 3º-A da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, com a redação dada por esta Lei, que poderá promovê-las diretamente ou por intermédio da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE”. (grifou-se)*

9. Dentre estas diretrizes está prever quais leilões serão realizados; se a energia começará a ser entregue no ano posterior ao da licitação, ou se no terceiro ou quinto ano após o leilão; qual a modalidade dos Contratos de Comercialização de Energia Elétrica no Ambiente Regulado - CCEAR; quais os prazos dos CCEAR; definir a sistemática para a realização do leilão; e definir qual a data de realização do leilão.

10. Uma vez manifestado o interesse do Poder Concedente – Ministério de Minas e Energia – em alterar a datas para realização do leilão, e averiguando-se que esta alteração não arcará com nenhum ônus para a administração, não há óbice algum à alteração pretendida, posto que é de sua competência. Ademais, a Assessoria Econômica justifica tecnicamente o porquê desta alteração.

11. Tendo em vista a competência deste Ministério para definir as diretrizes para os leilões, inclusive indicando sua data, lhe cabe também alterá-la. Quanto à minuta apresentada, algumas modificações na redação foram introduzidas, apenas para efeito estético.

12. Ante todo o exposto, não há qualquer óbice jurídico ou formal quanto à competência do Ministério de Minas e Energia para editar a minuta em comento, tendo em vista sua obrigação de definir as diretrizes para os procedimentos licitatórios, inclusive quanto à data de realização do Leilão da UHE Jirau.

Brasília, 29 de abril de 2008.

  
**TICIANA FREITAS DE SOUSA**  
Assessora

De acordo. Restitua-se a Assessoria Econômica.

Brasília, 29 de abril de 2008.

  
**GUILHERME PEREIRA BAGGIO**  
Consultor Jurídico



**MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA  
ASSESSORIA ECONÔMICA**

**ASSUNTO**

Publicação de Portaria alterando a data de realização do Leilão de Compra de Energia Elétrica proveniente da UHE Jirau, definida pela Portaria MME nº 28, de 24 de janeiro de 2008.

De acordo com o Cronograma Estimado de Eventos do Leilão de Compra de Energia Elétrica Proveniente da Usina Hidrelétrica Jirau publicado pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, 30 de abril de 2008 é a data limite para que os proponentes interessados na licitação aportem as garantias financeiras de participação.

2. Esta data é essencial para o sucesso do leilão, pois representa o momento de definição real do número de participantes que estarão habilitados para participarem do processo competitivo.

3. Por esta razão, o Ministério de Minas e Energia – MME, por meio do próprio Gabinete do Ministro e das demais unidades administrativas participantes da Comissão de Leilões, realiza um acompanhamento atento junto às instituições financeiras, empresas privadas, públicas e de economia mista para identificar a evolução da formação de consórcios de proponentes e quais as dificuldades encontradas por estes no atendimento da data limite para depósitos de garantias financeiras.

4. Esta postura é adequada ao interesse público, uma vez que permite que os obstáculos ao ingresso de novos competidores sejam removidos, maximizando a competição e permitindo que o preço justo da energia elétrica seja revelado. Foi justamente este procedimento que permitiu que o Governo Federal impedisse o fechamento de mercado de equipamentos elétricos e hidro-mecânicos no Leilão de Compra de Energia Elétrica Proveniente da Usina Hidrelétrica Santo Antônio, realizado em dezembro de 2007, contribuindo positivamente para a redução da tarifa final de energia elétrica.

5. Sendo assim, a Comissão de Leilões identificou a probabilidade elevada de que apenas dois grupos de agentes estariam em condições de realizar os aportes de garantia financeira até o dia 30 de abril e gostaria de obter subsídios sobre a conveniência de alteração da data do Leilão de Jirau, dada a expectativa de que um ou dois grupos adicionais possam alcançar as condições necessárias para o aporte de garantias num curto intervalo de tempo.

6. A resposta a esta pergunta, entretanto, depende de dois fatores:

a. A análise dos possíveis efeitos do adiamento na data estabelecida para o aporte de garantias financeiras de proposta sobre as demais etapas do cronograma de realização do Leilão e, principalmente, sobre o cronograma de entrada em operação comercial das unidades geradoras da UHE Jirau;

b. A avaliação das barreiras identificadas para a organização dos consórcios proponentes e o conseqüente aporte de garantias financeiras.

PORTARIA Nº , DE DE DE 2008.

**O MINISTRO DE ESTADO DE MINAS E ENERGIA**, no uso das atribuições que lhe confere o art. 87, parágrafo único, incisos II e IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto nos arts. 19 e 20 do Decreto nº 5.163, de 30 de julho de 2004, resolve:

Art. 1º O § 1º do art. 1º da Portaria MME nº 28, de 24 de janeiro de 2008, passa a vigorar com a seguinte redação:

“§ 1º O Leilão, previsto no **caput**, deverá ser realizado no dia 16 de maio de 2008.” (NR)

Art. 2º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

**EDISON LOBÃO**



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO  
MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA  
CONSULTORIA JURÍDICA

NOTA CONJUR/MME Nº 222 /2008.

**Referência:** Documento sem número

**Interessado:** Assessoria Parlamentar do Ministério de Minas e Energia.

**Assunto:** Proposta de Fiscalização e Controle nº 47/2008.

O Senhor Consultor Jurídico solicitou a elaboração de breve manifestação deste órgão, com vistas a subsidiar a atuação da Assessoria Parlamentar do Ministério de Minas e Energia junto ao Congresso Nacional, em relação à Proposta de Fiscalização e Controle – PFC nº 47/2008.

2. A título introdutório, registra-se que a Proposta de Fiscalização e Controle nº 47/2008 tem por objetivo verificar o fiel cumprimento, por parte da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, das cláusulas constantes do edital referente ao leilão de compra de energia elétrica proveniente da UHE Jirau, no estado de Rondônia.
3. A referida proposta é relatada pelo Deputado Duarte Nogueira e tem por Autor o Deputado Bruno Araújo, que fundamenta seu pedido numa suposta violação das regras do procedimento licitatório aplicável à concessão de uso de bem público, como o que foi objeto do leilão nº 05/2008, promovido pela ANEEL.
4. Como se depreende do relatório, a conclusão do autor da proposta se baseia na declaração do consórcio vencedor da licitação para o aproveitamento hidrelétrico de Jirau, no rio Madeira, em entrevista coletiva após o leilão, na sede da ANEEL e na presença das autoridades do setor elétrico, de que o lance de R\$ 71,40 só foi possível porque mudará a localização da usina para outro sítio totalmente diferente do previsto no edital. O documento ora analisado acrescenta, ainda, que:
  - a. Em face de a proposta vencedora diferir do aproveitamento ótimo definido pela ANEEL no edital e por ser leilão incondicional, foram feridas a isonomia e a regra legal definida e assumida pelos participantes do leilão; e
  - b. Diferentemente do sugerido pelo Consórcio Suez, não se trata de uma mudança de eixo e, sim, de um novo empreendimento que não foi considerado na fase dos Estudos de Inventário, nem no Estudo de Viabilidade.
5. Por fim, o Autor aduz que pretende que a futura fiscalização evite “prejuízos crescentes ao meio ambiente e a população em geral, bem como à credibilidade dos leilões de energia e do próprio marco regulatório do setor elétrico”.

6. O Relator da proposta, por sua vez, elaborou voto favorável à sua implementação, por acreditar que esta se enquadra na área de competência da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle e por considerar haver oportunidade e conveniência na medida.
7. Sendo assim, o Relator propõe o seguinte plano de execução da proposta de fiscalização:
- a. Realização de reuniões de audiências públicas com autoridades envolvidas com a licitação tais como: a Ministra Chefe da Casa Civil, Dilma Rousseff, o Ministro das Minas e Energia, Edison Lobão, o Diretor-Geral da ANEEL, Dr. Jerson Kelman, o Diretor - Presidente da Agência Nacional de Águas - ANA, José Machado, o Presidente do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, Roberto Messias Franco, representantes das empresas que constituem o consórcio vencedor, Consórcio Energia Sustentável do Brasil: Suez Energy South América Participações Ltda., Camargo Corrêa Investimentos em Infra-Estrutura S/A, Eletrosul - Centrais Elétricas S/A e Companhia Hidro Elétrica do São Francisco - CHESF, assim como de representantes do consórcio vencido, Consórcio Jirau Energia: Odebrecht Investimentos em Infra-estrutura Ltda., Construtora Norberto Odebrecht S/A, Andrade Gutierrez Participações S/A, CEMIG Geração e Transmissão S/A, Furnas Centrais Elétricas S/A e Fundo de Inv. em Participações Amazônia Energia II;
  - b. Solicitação ao Tribunal de Contas da União de todos os trabalhos fiscalizatórios relativos ao tema objeto da PFC, bem como providências ou informações previstas no art. 71, IV e VII, da Constituição Federal;
  - c. Apresentação, discussão e votação do relatório final da PFC; e
  - d. Encaminhamento dos resultados e conclusões da PFC, nos termos do art. 37 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.
8. A respeito da questão, é importante esclarecer que o conceito de inventário hidrelétrico está intimamente relacionado à definição de aproveitamento ótimo, contida no §3º do art. 5º da lei nº. 9.074, de 07.07.1995, que estabelece normas para a outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos, assim redigido: *“todo potencial definido em sua concepção global pelo melhor eixo do barramento, arranjo físico geral, níveis d’água operativos, reservatório e potência, integrante da alternativa escolhida para divisão de quedas de uma bacia hidrográfica”*.
9. A competência para determinar o aproveitamento ótimo do potencial de energia hidráulica foi atribuída, inicialmente, à ANEEL, por meio do artigo 3º, III, lei nº 9.427, de 26.12.1996, e reforçada, posteriormente, pelo decreto nº 2.335, de 26.10.1997, que constituiu a Agência, no inciso XXVI, do art. 4º, do Anexo I.
10. Posteriormente, a lei nº 10.847, de 15.03.2004, criou a Empresa de Pesquisa Energética - EPE com a finalidade prestar serviços na área de estudos e pesquisas destinadas a subsidiar o planejamento do setor energético (art. 2º) e atribuiu àquela empresa a competência para identificar e quantificar os potenciais de recursos energéticos, bem como realizar estudos para a determinação dos aproveitamentos ótimos dos potenciais hi-

dráulicos, estudos de impacto social, viabilidade técnico-econômica e socioambiental para os empreendimentos de energia elétrica e de fontes renováveis (art. 4º).

12. O leilão de compra de energia elétrica proveniente da UHE Jirau foi regido pelo edital ANEEL nº 005/2008, que estabelece como objeto do leilão a compra de energia elétrica proveniente da Usina Hidrelétrica Jirau – UHE Jirau, no rio Madeira, localizada no estado de Rondônia, indicada como projeto de geração com prioridade de licitação e implantação, por seu caráter estratégico e de interesse público, nos termos do inciso VI do art. 2º da lei nº. 9.478, de 06.08.1997, conforme resolução CNPE nº. 01, de 11.02.2008.
13. Adicionalmente, de acordo com a subcláusula 1.2 do Edital, as características técnicas da UHE Jirau são aquelas definidas em seu Anexo II, que, por sua vez, incluem a definição e a localização do aproveitamento do potencial hidráulico com potência instalada de, no mínimo, 3.300 MW.
14. Em relação às condições de participação, a cláusula 3 estabelece que:
- 3.1 A participação no LEILÃO implica o conhecimento e a aceitação expressa e incondicional, pelas PROPONENTES e pelas COMPRADORAS, dos termos e condições estabelecidas neste Edital e seus Anexos, bem como das normas legais e regulamentares que disciplinam a outorga e a exploração de Usinas Hidrelétricas, a produção e a comercialização de energia elétrica.*
15. Dentre as regras que os participantes do leilão declararam conhecimento e aceitação tácita, para efeitos da Proposta de Fiscalização e Controle nº 47/2008, merecem destaque as definidas na Cláusula 12, que trata das condições da outorga de concessão que resultará do Leilão, especialmente as subcláusulas 12.9.4, 12.9.7 e 12.9.9, que indicam a possibilidade de alterações nas características técnicas do aproveitamento hidrelétrico e no projeto básico, inclusive àquelas relacionadas com a alteração da localização do empreendimento e com o número e tipo de máquinas e turbinas utilizadas.
16. Não obstante, para o exercício das faculdades acima apontadas, faz-se necessário que as alterações pretendidas sejam submetidas à anuência prévia da ANEEL e do IBAMA e somente autorizadas após a outorga da concessão de uso do bem público, consoante disposto no edital ANEEL nº 005/2008. Ou seja, os interesses dos consumidores e da sociedade serão plenamente respeitados, dado que o vencedor do certame já se encontra comprometido com a construção integral do empreendimento, de acordo com as condições iniciais do edital, antes mesmo de solicitar qualquer alteração nas características técnicas do aproveitamento hidrelétrico licitado.
17. Ademais, proclamado o resultado final do certame, o objeto será adjudicado ao vencedor nas condições por ele ofertadas, de acordo com a cláusula 4ª do edital. Além disso, o vencedor deverá recolher garantia de fiel cumprimento junto à ANEEL, no valor de R\$ 650.000.000,00 (seiscentos e cinquenta milhões de reais), com vistas a garantir o cumprimento das obrigações previstas no Contrato de Concessão e nos Contratos de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado – CCEAR decorrentes do leilão, conforme as características técnicas originais.

18. É importante, ainda, ressaltar que o leilão em questão contou com acompanhamento integral do Tribunal de Contas da União – TCU, que também já se pronunciou sobre a pretensão do Consórcio vencedor de alterar características técnicas do empreendimento. Ademais, a ANEEL e o IBAMA analisam, cuidadosamente, a questão, em suas respectivas esferas de competência.

19. De fato, em função de representações movidas pelo Partido Democratas e pelo Deputado Federal Carlos Willian do PTC/MG, o Tribunal de Contas da União – TCU, aprovou o Acórdão nº 1476/2008 – TCU – PLENÁRIO, de 30.07.2008, posicionando-se sobre cada um dos questionamentos das referidas representações e concluindo, ao final, que:

*Não se vislumbra, em princípio, irregularidades ou ilegitimidades no pleito do Consórcio vencedor, restando à ANEEL proceder objetivamente a suas análises de modo que sejam atendidos os critérios editalícios quanto à possibilidade de alteração das características técnicas do empreendimento.*

20. Com o intuito de analisar e organizar algumas discussões de ordem técnica e legal sobre a mudança do eixo do barramento em relação à concepção definida nos Estudos de Viabilidade da Usina de Jirau, a ANEEL elaborou a nota técnica nº 188/2008-SGH/ANEEL, de 02.09.2008, em que considerou que a análise do órgão responsável para a concessão da licença prévia ambiental – LP, condicionante legal para a licitação, assim como o desenvolvimento do projeto básico são de responsabilidade direta do vencedor do processo de licitação, concluindo, ao final, sobre a admissibilidade, em tese, das alterações pretendidas e condicionando a decisão final a respeito do assunto à análise completa do projeto básico.

21. Por seu turno, com o objetivo geral de complementar os estudos necessários para uma adequada avaliação da modificação do eixo da UHE Jirau, o IBAMA emitiu a nota técnica nº 07/2008, de 08.10.2008, ocasião em que se posiciona sobre as considerações, revisões e estudos complementares necessários, que deverão ser apresentadas pela Energia Sustentável do Brasil – ESBR. No que tange à análise ambiental da modificação das características técnicas originais da UHE Jirau, o IBAMA não se manifestou contrariamente, mas apenas indicou, na referida nota técnica, a necessidade de revisões e análises detalhadas, o que denota que em nenhum momento a questão ambiental foi negligenciada.

22. Depreende-se, portanto, que as competências legalmente instituídas para definir os eixos de barramento e o aproveitamento ótimo dos potenciais previstos para a bacia do Rio Madeira, bem como para autorizar eventuais alterações no projeto básico da UHE Jirau cingem-se à ANEEL e à EPE, competindo, outrossim, ao IBAMA, propor medidas mitigatórias e compensatórias ou impor condicionantes no âmbito do processo de licenciamento ambiental, decorrentes das análises empreendidas, conforme as normas vigentes, sendo certo que todos os órgãos envolvidos, conforme demonstrado, estão examinando a pretensão do Consórcio vencedor de proceder a alterações no projeto da UHE Jirau.

23. Deve-se reforçar, ainda, que o decreto nº 4.261, de 06.06.2002, em seu art. 1º, dispõe que *compete ao Ministério de Minas e Energia zelar pelo equilíbrio conjuntural e estrutural entre a oferta e a demanda de energia elétrica no País* e que a UHE Jirau é empreendimento de suma importância para o equilíbrio entre oferta e demanda de energia elétrica no país, cuja entrada em operação na data prevista é imprescindível no planejamento do setor elétrico nacional.
24. Finalmente, é necessário frisar que a necessidade e a conveniência de alterações nas características técnicas de aproveitamentos hidrelétricos licitados são relativamente comuns e decorrem principalmente do aprofundamento das análises econômicas e financeiras do projeto e da descoberta de características físicas e geológicas não identificadas nos estudos preliminares.
25. Destarte, embora a atuação fiscalizadora da Câmara dos Deputados seja um dos pilares da organização democrática do Estado Brasileiro, no caso particular da Proposta de Fiscalização e Controle nº 47/2008, observa-se que o objeto de análise proposto, qual seja, a possibilidade prevista em edital de alteração de características técnicas de aproveitamentos hidrelétricos licitados, já foi exaustivamente estudada e debatida pela sociedade, pela ANEEL, pelo IBAMA e pelos órgãos de controle, com destacada atuação do Tribunal de Contas da União, órgão auxiliar do Congresso Nacional na atividade de controle externo da União.
26. Registro, por derradeiro, que a presente nota contou com a imprescindível colaboração dos seguintes profissionais: ÁLVARO JOSÉ C. A. DE SANTANA (SPE), CLÁUDIO EVANGELISTA DE CARVALHO (SEE), DANIELA FERREIRA MARQUES (Advogada da União – CONJUR/MME) e TIAGO DE BARROS CORREIA (ASSEC).

À consideração superior.

Brasília, 06 de Novembro de 2008.

  
**GABRIELA DA SILVA BRANDÃO**  
Advogada da União

De acordo. Encaminhe-se à Assessoria Parlamentar da Pasta, com as considerações supra.

Brasília, 10 de NOVEMBRO de 2008.

  
**MAURO HENRIQUE MOREIRA SOUSA**  
Advogado da União  
Consultor Jurídico



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO  
MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA  
CONSULTORIA JURÍDICA  
**PARECER CONJUR/MME Nº 322/2008.**

**Referência:** Processo nº 48500.004505/2008-02.

**Interessado:** Secretaria de Planejamento e Desenvolvimento Energético.

**Assunto:** Análise de Minuta de Decreto que outorga concessão para exploração de potencial hidráulico, por meio da Usina Hidrelétrica Jirau, e respectivo Contrato de Concessão de Uso de Bem Público.

**Ementa:** Obediência às Leis nº 8.987/1995, nº 9.074/1995, nº 9.427/1996 e nº 10.848/2004; ao Decreto nº 5.163/2004 e ao Edital de Leilão nº 05/2008-ANEEL. Não há óbice de natureza jurídica ou formal à emissão do Decreto – e seus anexo – pelo Excelentíssimo Senhor Presidente de República que outorga à Energia Sustentável do Brasil S.A a concessão para explorar o potencial de energia hidráulica, por meio da Usina Hidrelétrica Jirau. Minuta do Contrato de Concessão encontra-se juridicamente perfeita

A Secretaria de Planejamento e Desenvolvimento Energética – SPE, por meio do Memorando nº 280/2008/SPE/MME, de 04 de agosto de 2008, solicita desta Consultoria Jurídica providências acerca do processo nº 48500.004505/2008-02 (autos em apenso), que trata do Decreto de outorga para concessão de potencial hidráulico, por meio da Usina Hidrelétrica Jirau, bem como trata do respectivo Contrato de Concessão de Uso de Bem Público de Geração de Energia Elétrica, a ser celebrado entre a União e a empresa Energia Sustentável do Brasil S.A.

2. O Processo foi remetido a este Ministério de Minas e Energia, em 30 de julho de 2008, pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, via Ofício n. 140/2008-CEL/ANEEL (fls. 1321), com vistas à outorga de concessão, acompanhado da minuta do Contrato de Concessão para implantação da UHE Jirau, objeto do Leilão n. 05/2008, realizado em 19 de maio de 2008.

3. O processo foi submetido à Secretaria de Planejamento e Desenvolvimento Energético, para análise técnica. Como resultado, o seu Departamento de Outorgas de Concessões, Permissões e Autorizações emitiu a Nota Técnica nº 42/DOC/SPE/MME, de 4 de agosto de 2008, também juntada ao processo, a qual afirma, em sua Conclusão, que “a minuta do Contrato de Concessão encaminhada pela Agência para o empreendimento em questão atende às exigências de caráter técnico, ressalvadas as alterações recomendadas e introduzidas por este Departamento.” Por fim, sugere que a minuta de Contrato de Concessão e o Decreto de outorga – e seus anexos – sejam encaminhadas à CONJUR para análise jurídica.

4. Delineados os principais fatos que culminaram com o encaminhamento do Processo nº 48500.004505/2008-02 a esta Consultoria, passa-se à análise jurídica das minutas apresentadas.

#### LEILÃO DE ENERGIA Nº 005/2008 E A COMPETÊNCIA DA ANEEL PARA REALIZÁ-LO

5. As minutas de Decreto de outorga e de Contrato de Concessão são oriundas do Leilão de Compra de Energia Elétrica nº 005/2008, realizado pela Agência Reguladora. Assim, primeiramente, cabe destacar as normas que respaldam a realização deste Leilão e a competência da ANEEL para realizá-lo.

6. A Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, introduziu no Setor Elétrico Brasileiro a regra de que as concessionárias de serviço público de distribuição de energia elétrica do Sistema Interligado Nacional – SIN deverão garantir o atendimento à totalidade de seus mercados mediante contratação regulada, por meio de licitação. Este comando é encontrado no art. 2º, *caput*, da referida Lei. Esse mesmo artigo, dentre seus parágrafos, indica que estas licitações serão reguladas e realizadas pela ANEEL, direta ou indiretamente. Veja sua redação:

*“Art. 2º As concessionárias, as permissionárias e as autorizadas de serviço público de distribuição de energia elétrica do Sistema Interligado Nacional – SIN deverão garantir o atendimento à totalidade de seu mercado, mediante contratação regulada, por meio de licitação, conforme regulamento, o qual, observadas as diretrizes estabelecidas nos parágrafos deste artigo, disporá sobre:*

*(...)*

*§ 11. As licitações para contratação de energia elétrica de que trata este artigo serão reguladas e realizadas pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, observado o disposto no art. 3º-A da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, com a redação dada por esta Lei, que poderá promovê-las diretamente ou por intermédio da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE.*

*(...)”*

7. Este mesmo art. 2º, nos §§ 5º e 6º, dispõe que estas licitações contemplarão tratamento para energia proveniente de novos empreendimentos, assim como conceitua este tipo de empreendimento, *verbis*:

*“Art. 2º (...)*

*§ 5º Os processos licitatórios necessários para o atendimento ao disposto neste artigo deverão contemplar, dentre outros, tratamento para:*

*I - energia elétrica proveniente de empreendimentos de geração existentes;*

*(...)*

*§ 6º Entendem-se como novos empreendimentos de geração aqueles que até o início do processo licitatório para a expansão em curso:*

*I - não sejam detentores de outorga de concessão, permissão ou autorização;  
ou*

*(...)"*

8. O Decreto nº 5.163, de 30 de julho de 2004, veio para regulamentar a comercialização de energia elétrica e o processo de outorga de concessões e de autorizações, além de dar outras providências. Este Decreto introduz regras gerais para contratação de energia elétrica, entre elas uma que replica o descrito na Lei nº 10.848/2004 para dispor que a ANEEL realizará os leilões de energia. O art. 19, *caput*, assim estabelece:

*"Art. 19. A ANEEL promoverá, direta ou indiretamente, licitação na modalidade de leilão, para a contratação de energia elétrica pelos agentes de distribuição do SIN, observando as diretrizes fixadas pelo Ministério de Minas e Energia, que contemplarão os montantes por modalidade contratual de energia a serem licitados, prevista no art. 28.*

9. Comentam-se três regras inseridas no artigo acima transcrito: a modalidade de licitação escolhida foi o leilão; ANEEL é competente para realizar os leilões de energia (esta competência é decorrente de Lei, a seguir comentada); os leilões serão realizados pela ANEEL, porém após aprovação de diretrizes fixadas por este Ministério, via Portaria.

10. A competência da ANEEL para promover o leilão foi esculpida na Lei nº 10.848, de 2004, ao modificar o art. 3º e introduzir o art. 3º-A na Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, que informa, *ipsis litteris*:

*"Art. 3º Além das atribuições previstas nos incisos II, III, V, VI, VII, X, XI e XII do art. 29 e no art. 30 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, de outras incumbências expressamente previstas em lei e observado o disposto no § 1º, compete à ANEEL:*

*(...)*

*II - promover, mediante delegação, com base no plano de outorgas e diretrizes aprovadas pelo Poder Concedente, os procedimentos licitatórios para a contratação de concessionárias e permissionárias de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos;*

*(...)*

*Art. 3º-A Além das competências previstas nos incisos IV, VIII e IX do art. 29 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, aplicáveis aos serviços de energia elétrica, compete ao Poder Concedente:*

I - elaborar o plano de outorgas, definir as diretrizes para os procedimentos licitatórios e promover as licitações destinadas à contratação de concessionários de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos;

(...)

§ 2º No exercício das competências referidas no inciso I do caput deste artigo, o Poder Concedente delegará à ANEEL a operacionalização dos procedimentos licitatórios.

(...)”

11. A despeito da competência da ANEEL para promover os leilões de energia, as diretrizes para tanto deverão ser emanadas pelo Poder Concedente, ou seja, pelo Ministério de Minas e Energia. No presente caso, foram editadas as seguintes Portarias pelo MME sobre o referido Leilão:

a) Portaria MME nº 28, de 24 de janeiro de 2008, a qual dispôs que a ANEEL deveria realizar o Leilão de Compra de Energia Elétrica proveniente da Usina Hidrelétrica Jirau, e que este deveria ocorrer no dia 19 de maio de 2008 (Redação dada pela Portaria MME nº 162, de 29 de abril de 2008;

b) Portaria MME nº 36, de 12 de fevereiro de 2008, que aprovou as diretrizes para o Leilão de Compra de Energia Elétrica proveniente da Usina Hidrelétrica Jirau;

c) Portaria MME SPE nº 13, de 18 de março de 2008, que definiu os valores de garantia física da UHE Jirau, por máquina; e

d) Portaria MME nº 114, de 20 de março de 2008, que aprovou a sistemática para o Leilão de Compra de Energia Elétrica proveniente da Usina Hidrelétrica Jirau, conforme o seu Anexo.

12. Assim, o permissivo legal para a realização do Leilão nº 005/2008 foi encontrado na Lei nº 10.848/2004, regulamentado pelo Decreto nº 5.163/2004, além de que o devido respaldo para a realização do leilão em comento pela ANEEL foi encontrado nas Leis nº 10.848/2004 e 9.427/1998.

#### CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA ENERGÉTICA - CNPE

13. A Portaria MME nº 28, de 24 de janeiro de 2008, ao dispor que a ANEEL deveria realizar o Leilão de Compra de Energia Elétrica proveniente da Usina Hidrelétrica Jirau, também dispôs que o conteúdo da Portaria ficaria condicionado à deliberação do Conselho Nacional de Política Energética – CNPE e aprovação do Excelentíssimo Senhor Presidente da República.

14. Com efeito, a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, ao disciplinar sobre tal Conselho, assim dispôs:

*Art. 2º Fica criado o Conselho Nacional de Política Energética - CNPE, vinculado à Presidência da República e presidido pelo Ministro de Estado de Minas e Energia, com a atribuição de propor ao Presidente da República políticas nacionais e medidas específicas destinadas a:*

(...)

*VI - sugerir a adoção de medidas necessárias para garantir o atendimento à demanda nacional de energia elétrica, considerando o planejamento de longo, médio e curto prazos, podendo indicar empreendimentos que devam ter prioridade de licitação e implantação, tendo em vista seu caráter estratégico e de interesse público, de forma que tais projetos venham assegurar a otimização do binômio modicidade tarifária e confiabilidade do Sistema Elétrico.”*

15. Com o devido respaldo técnico e jurídico, foi publicada a Resolução CNPE nº 1, de 11 de fevereiro de 2008, que indicou a UHE ~~Santo Antônio~~ como projeto de geração com prioridade de licitação, além de definir algumas diretrizes para o respectivo Leilão.

#### GARANTIA FÍSICA

16. No que concerne à garantia física de um empreendimento geração, tem-se a esclarecer que o aspecto jurídico desta definição encontra respaldo na implantação do Novo Modelo do Setor Elétrico, com a publicação da Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, e do Decreto nº 5.163, de 30 de julho de 2004. Por estes instrumentos, passou a ser competência do Ministério de Minas e Energia definir a garantia física de energia e potência dos empreendimentos, bem como, disciplinar sua forma de cálculo, de acordo com os critérios de garantia de suprimento.

17. A legislação citada assim preconiza:

Lei nº 10.848/2004:

“Art. 1º (...).

§ 7º Com vistas em assegurar o adequado equilíbrio entre confiabilidade de fornecimento e modicidade de tarifas e preços, o Conselho Nacional de Política Energética – CNPE proporá critérios gerais de garantia de suprimento, a serem considerados no cálculo das energias asseguradas e em outros respaldos físicos para a contratação de energia elétrica, incluindo importação.

(...)”

Resolução nº 1/2004, do CNPE:

“Art. 1º Estabelecer que o critério geral de garantia de suprimento seja baseado no risco explícito da insuficiência da oferta de energia nesse sistema, o qual deverá se considerado:

(...)

*II – no cálculo das garantias físicas de energia e potência de um empreendimento de geração de energia elétrica.*

*Art. 2º Estabelecer que o risco de insuficiência da oferta de energia elétrica no sistema Interligado Nacional não poderá exceder a 5% (cinco por cento) em cada um dos subsistemas que o compõem.”*

Decreto nº 5.163/2004:

“Art. 2º (...)

*§ 1º O lastro para a venda de que trata o inciso I do caput será constituído pela garantia física proporcionada por empreendimento de geração próprio ou de terceiros, neste caso, mediante contratos de compra de energia ou de potência.*

*§ 2º A garantia física de energia e potência de um empreendimento de geração, a ser definida pelo Ministério de Minas e Energia e constante do contrato de concessão ou ato de autorização, corresponderá às quantidades máximas de energia e potência elétricas associadas ao empreendimento, incluindo importação, que poderão ser utilizadas para comprovação de atendimento de carga ou comercialização por meio de contratos.*

(...)

*Art. 4º O Conselho Nacional de Política Energética - CNPE deverá propor critérios gerais de garantia de suprimento, com vistas a assegurar o adequado equilíbrio entre confiabilidade de fornecimento e modicidade de tarifas e preços.*

*§ 1º O Ministério de Minas e Energia, mediante critérios de garantia de suprimento propostos pelo CNPE, disciplinará a forma de cálculo da garantia física dos empreendimentos de geração, a ser efetuado pela Empresa de Pesquisa Energética - EPE, mediante critérios gerais de garantia de suprimento.” (sublinhou-se)*

18. Pela legislação acima transcrita, observa-se que cabe ao Ministério de Minas e Energia disciplinar a respeito da garantia física, definindo-a para os empreendimentos de geração. No mais, a EPE tem competência explícita para efetuar o cálculo destes valores.

19. A respeito, informa o Departamento de Outorgas que “a Portaria da Secretaria de Planejamento e Desenvolvimento Energético do Ministério de Minas e Energia – SPE/MME nº 13, de 18 de março de 2008 (págs. 12 e 13), republicada no DOU de 10 de abril de 2008, definiu a garantia física da usina no valor de 1.975,3 MW médios e a potência de 3.300 MW (págs. 25 e 26)”, em cumprimento ao que ordena a legislação pertinente.

## PARTICIPAÇÃO DO CONSÓRCIO ENERGIA SUSTENTÁVEL DO BRASIL NO LEILÃO E A FORMAÇÃO DA SPE

20. O Consórcio Energia Sustentável do Brasil – CESB (fls. 242) apresentou documentos para a Inscrição no Leilão, conforme o Edital de Leilão nº 005/2008, item 6 e seguintes. Na oportunidade, apresentou Compromisso de Constituição de Consórcio e de Constituição de Sociedade de Propósito Específico (fls. 252).

21. Em 14 de maio de 2008, por meio do Comunicado Relevante nº 4 (fls. 532), a ANEEL divulgou que o Consórcio Energia Sustentável do Brasil estava apto para participar do Leilão.

22. O leilão se realizou no dia 19 de maio de 2008. Conforme Termo de Ratificação de Lance (fls. 538), o CESB ofertou o menor lance no Leilão, no valor de R\$ 71,40/MWh, sendo que 70% da energia contratada destina-se ao Ambiente de Contratação Regulada e 30% ao Ambiente de Contratação Livre, de acordo com o permissivo encontrado no Decreto nº 5.163/2004, a ver:

*“Art. 12*

*(...)*

*§ 3º No caso de empreendimentos hidrelétricos, a EPE poderá propor ao Ministério de Minas e Energia percentual mínimo de energia elétrica a serem destinadas à contratação no ACR*

*(...).”*

23. O Consórcio apresentou os Documentos de Habilitação (fls. 540), conforme Edital, item 10 e seguintes. Em 20 de junho de 2008, a Comissão Especial de Licitação da ANEEL concluiu pela Habilitação do Consórcio Energia Sustentável do Brasil no Leilão nº 005/2008 (fls. 1044). O Resultado de Homologação e Adjudicação foi publicado no Diário Oficial da União, de 23 de julho de 2008 (fls. 1064), Seção 3, fls. 405, adjudicando o objeto do Leilão nº 005/2008 ao CESB.

24. Uma vez sagrada vencedora do certame, nos termos do próprio Edital, O CESB faz jus à outorga de Concessão, mediante Decreto, conforme se verá adiante.

25. Acontece que o Edital impõe ao vencedor da licitação, caso seja consórcio, a obrigação de constituir uma Sociedade de Propósito Específico – SPE para receber a outorga de concessão. É o que consta nos itens adiante transcritos:

*“2.4 Deverão necessariamente constituir uma Sociedade de Propósito Específico - SPE, preferencialmente sob a forma de Sociedade Anônima – S.A., para receber a outorga de Concessão, as seguintes PROPONENTES:*

*(...)*

*2.4.4 Consórcios.*

(...)

*2.7 Para as PROPONENTES que constituírem uma SPE, a outorga de concessão será emitida em nome desta.”*

26. Neste contexto, a ANEEL, por meio do despacho nº 2.758, de 25 de julho de 2008 (fls. 1319), informou que os documentos de constituição da SPE Energia Sustentável do Brasil S.A. foram analisados e estão em conformidade com o Edital do Leilão. Desta forma, em respeito aos itens constantes do Edital, é em nome da SPE que a outorga deve ser emitida, assim como a SPE deverá firmar o Contrato de Concessão.

#### OUTORGA DE CONCESSÃO

27. O Edital nº 005/2008, acerca de outorga de concessão, expressa o seguinte:

*“1.4 Este LEILÃO dará origem a uma outorga de Concessão de Uso de Bem Público para exploração da usina em regime de PRODUÇÃO INDEPENDENTE DE ENERGIA ELÉTRICA - PIE, a ser emitida mediante Decreto.*

(...)

*4.2.16.1 Será publicado no DOU Decreto para a outorga de Concessão, objetivando a implantação e exploração da UHE Jirau.*

(...)

*12.7. Este LEILÃO dará origem a uma outorga de Concessão para a empresa isoladamente ou SPE estabelecer-se como PIE, sendo o comércio e produção da energia elétrica por sua conta e risco.*

(...)

*12.7.2 A outorga de Concessão, emitida mediante Decreto, implicará também obrigação incondicional por parte da VENCEDORA, ou correlata SPE, de assinatura de Contrato de Concessão.”*

28. O respaldo legal para tanto se encontra na Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, que ao dispor sobre o regime de concessões para potencial hidráulico ensina que:

*“Art. 5º São objeto de concessão, mediante licitação:*

(...)

*II - o aproveitamento de potenciais hidráulicos de potência superior a 1.000 kW, destinados à produção independente de energia elétrica;*

(...)”

29. Por sua vez, o Decreto nº 2.003, de 10 de setembro de 1996, que regulamenta a produção de energia elétrica por produtor independente, reza, no art. 4º, que:

*“Art. 3º Dependem de concessão de uso de bem público, precedida de licitação:*

*I - o aproveitamento de potencial hidráulico de potência superior a 1.000 kW, por produtor independente;*

(...)

30. Por fim, o próprio Decreto nº 5.163/2004, sobre outorga de concessões, revela que:

*“Art. 60. Atendidas as disposições legais, aos vencedores das licitações que oferecerem energia proveniente de novos empreendimentos de geração, conforme definido em edital, serão outorgadas:*

*I - concessões, sempre a título oneroso, para geração de energia elétrica sob regime:*

(...)

*b) de uso de bem público, no caso de autoprodução ou produção independente; ou*

(...)”

31. Portanto, o ato de outorga apropriado para o vencedor do certame, por tratar-se de usina hidrelétrica, é a concessão de uso de bem público, para exploração da energia sob regime de produção independente de energia, conforme declarado pelo próprio empreendedor no já citado Termo de Ratificação de Lance e conforme disciplina o próprio Edital. Observa-se que o expediente adequado para se outorgar concessão é o Decreto Presidencial que ora se encaminha para análise.

#### CONTRATO DE CONCESSÃO

32. A Lei nº 9.074/1995, dispõe no art. 13 que *“o aproveitamento de potencial hidráulico, para fins de produção independente, dar-se-á mediante contrato de concessão de uso de bem público, na forma desta Lei.”*

33. O mencionado Decreto nº 2.003/1996, a respeito leciona que:

*“Art. 11.A concessão para aproveitamento de potencial hidráulico será formalizada mediante Contrato de Concessão de Uso de Bem Público.”*

34. O instrumento convocatório da licitação, em atendimento à legislação citada, ordena ao vencedor do certame o seguinte:

*“1.4.1 A outorga será consolidada mediante assinatura do Contrato de Concessão de Uso de Bem Público para geração de energia elétrica, a ser*

*celebrado entre o PODER CONCEDENTE e a Concessionária, com prazo de 35 (trinta e cinco) anos, contado da data de sua assinatura, cuja minuta encontra-se no Anexo IV deste Edital.*

(...)

*4.2.16.2 Será assinado o respectivo Contrato de Concessão de Uso de Bem Público pelo PODER CONCEDENTE e pela VENCEDORA, regulando a concessão para implantação e exploração do empreendimento, conforme minuta constante do Anexo IV deste Edital.*

(...)

*12.7.2 A outorga de Concessão, emitida mediante Decreto, implicará também obrigação incondicional por parte da VENCEDORA, ou correlata SPE, de assinatura de Contrato de Concessão.*

*12.7.3 A VENCEDORA, ou correlata SPE, será convocada para comparecer perante o MME, em prazo a ser definido pelo próprio MME, para assinar o Contrato de Concessão.*

*12.8 A Concessão decorrente deste LEILÃO terá prazo de vigência de 35 (trinta e cinco) anos, contados da data da assinatura do Contrato de Concessão.”*

35. No tocante à competência para assinar o Contrato de Concessão, esta se encontra na Lei nº 9.427/1996, com a inclusão do art. 3º-A pela Lei nº 10.848/2004, que impõe:

*“ Art. 3º-A Além das competências previstas nos incisos IV, VIII e IX do art. 29 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, aplicáveis aos serviços de energia elétrica, compete ao Poder Concedente:*

(...)

*II - celebrar os contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público e expedir atos autorizativos.*

(...)”

36. Desta forma, o embasamento para a assinatura do Contrato de Concessão pelo Ministério de Minas e Energia foi encontrado na Lei e no respectivo Edital de Leilão nº 005/2008.

#### MINUTAS DE DECRETO E DE CONTRATO DE CONCESSÃO

37. No que pertine à minuta de Decreto que outorga concessão para exploração de potencial hidráulico, localizado no Rio Madeira, Estado de Rondônia, por meio da UHE Jirau, assim como seus Anexos, elaborados pelo Departamento de Outorga de Concessões,

Permissões e Autorizações - DOC, tem-se que estão apropriados à legislação que cuida da matéria e ao Edital do Leilão nº 005/2008, não existindo óbice jurídico ou formal à sua emissão pelo Senhor Presidente da República. Apenas algumas modificações de caráter ortográfico ou de estilo foram introduzidos.

38. A título de esclarecimento, a minuta de Contrato de Concessão é parte integrante do Edital de Leilão nº 005/2008-ANEEL, como Anexo IV, portanto seus termos não podem ser modificados. Os dados técnicos, abaixo indicados e na minuta constantes, foram averiguados pelo DOC, e conferidos pela CONJUR, reputando-se corretos:

*“13. O cronograma do empreendimento apresentado pelo empreendedor (págs. 1305 a 1307 e 1311 a 1314) e os valores das garantias físicas de energia durante o período de motorização do empreendimento indicados na minuta de Contrato de Concessão encaminhada pela ANEEL, estão de acordo com o Edital de Leilão nº 005/2008-ANEEL.*

*14. A descrição das instalações de transmissão de interesse restrito indicadas na minuta de Contrato de Concessão encaminhada pela ANEEL foi conferida e está de acordo com o Apêndice D ao Anexo II do Edital de Leilão nº 005/2008-ANEEL (págs. 96 a 105).”*

39. Quanto ao valor a ser pago pelo Uso do Bem Público, estabelece o Edital o seguinte:

*12.9.1 A Concessionária recolherá à União, como pagamento pelo Uso de Bem Público - UBP, o valor anual de R\$ 7.873.150,74 (sete milhões e oitocentos e setenta e três mil e cento e cinquenta reais e setenta e quatro centavos) estabelecido para a UHE Jirau, calculado segundo metodologia constante do Anexo V - INSTRUMENTOS E PARÂMETROS DO LEILÃO DA UHE JIRAU, deste Edital.*

*12.9.2 O início do pagamento dar-se-á a partir da operação comercial da 1ª unidade geradora da UHE Jirau, atestada pela Fiscalização da ANEEL, ou a partir do início da entrega da energia objeto de CCEAR (Contrato de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado), o que ocorrer primeiro, até o término da concessão.*

*12.9.3 O valor do UBP será atualizado anualmente ou com a periodicidade que a legislação permitir, tomando por base a variação do IPCA, ou, em caso de sua extinção, do índice definido pela ANEEL para sucedê-lo, de acordo com o disposto na minuta de Contrato de Concessão.”*

40. Tal orientação é replicada na minuta de contrato de concessão anexada ao Edital (Cláusula Sexta – Pagamento pelo Uso do Bem Público). Contudo, na folha 12 dos Esclarecimentos ao Edital e Anexos do Leilão nº 05/2008 (fls. 198 e 199), o Questionamento 29 indaga que o pagamento pelo UBP não é a partir da vigência do CCEAR, mas a partir da entrega da energia objeto do CCEAR. Ao acatar o Questionamento, esclareceu a Agência Reguladora que:

*“De acordo. O questionamento é procedente, conforme art. 20 da Lei nº 11.488/2008. Com vistas a corrigir erro material, na cláusula 6ª da Minuta do Contrato de Concessão, onde se lê: (...), leia-se “O início do pagamento dar-se-á a partir da operação comercial da 1ª unidade geradora da UHE, atestada pela Fiscalização da ANEEL, ou a partir do início da entrega da energia objeto de CCEAR (Contrato de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado) o que ocorrer primeiro, até o 35º ano da concessão, inclusive”*”

41. A este respeito, o Departamento de Outorgas informa em sua Nota Técnica que o texto referente a UBP foi modificado, de acordo com os Esclarecimento do Edital. Também em virtude dos Esclarecimentos nº 38 e 39, houve alteração na redação da minuta do contrato de concessão (Cláusula Terceira, Subcláusula Quinta e Cláusula Sétima, Subcláusula Décima Terceira). Quanto a estas alterações verificadas em virtude dos Esclarecimentos, não se vê óbice algum, já que são parte integrante do Edital. Ao menos é o que consta do parágrafo quinto do Preâmbulo do Edital nº 005/2008, que informa *os esclarecimentos publicados sob forma de Adendos ou de COMUNICADOS RELEVANTES passarão a fazer parte integrante deste Edital (os esclarecimentos divulgados pela CEL, em forma de Adendos ou de COMUNICADOS RELEVANTES, estarão disponíveis para conhecimento geral na Internet no site: <http://www.aneel.gov.br> (Espaço do Empreendedor / Editais de Geração).*

42. A minuta de Contrato de Concessão apresenta alteração quanto ao disposto no Edital, conforme indicam os itens 18 e 19 da Nota Técnica do DOC. Porém, estas mudanças foram materializadas no sentido de tornar mais clara sua redação, não gerando nova obrigação para o concessionário. Desta forma, não vemos óbice às mudanças sugeridas. No mais, algumas alterações foram feitas na minuta do Contrato de Concessão quanto à remissão à outras Cláusulas, para adequá-las, além de outras de cunho gramatical.

43. Segundo informação da ANEEL no Ofício nº 140/2008-CEL/ANEEL, a Energia Sustentável do Brasil S.A deverá apresentar ainda Garantia de Fiel Cumprimento e Atestado de Adequabilidade e Viabilidade do Programa de Seguros de Riscos Operacionais e de Riscos de Engenharia e Declaração de Experiência a ser expedida pela instituição seguradora que analisou o Programa de Seguros. A Agência informa que encaminha a esta Pasta as respectivas cópias.

44. Ressalte-se que o aporte da Garantia de Fiel Cumprimento é condição indispensável para a assinatura do Contrato de Concessão e dos CCEAR decorrentes do Leilão (item 4.2.15.4 do Edital). Quanto aos outros documentos, estes são imprescindíveis para a assinatura do Contrato de Concessão. Senão, veja:

*12.6 A VENCEDORA deverá apresentar, para a assinatura do Contrato de Concessão, Atestado de Adequabilidade e Viabilidade do Programa de Seguros de Riscos Operacionais e de Riscos de Engenharia e Declaração de Experiência a ser expedida pela instituição seguradora que analisou o Programa de Seguros apresentado pela VENCEDORA.*

*12.6.1 O Atestado deve vir acompanhado de Declaração de Experiência da instituição seguradora, comprovando que a seguradora possui experiência*

*comprovada na montagem de programas de seguros de riscos operacionais e de riscos de engenharia, com indicação dos programas de seguros de riscos operacionais e de engenharia de que tenha participado.”*

46. Em 1º de agosto de 2008, a Agência envia ao MME o Ofício nº 2008-CEL-ANEEL, em complementação àquele anteriormente enviado, encaminhando Atestado de Adequabilidade e Viabilidade do Programa de Seguros de Riscos Operacionais e de Riscos de Engenharia e Declaração de Experiência expedida pela Sul América Companhia Nacional de Seguros, instituição que analisou o Programa de Seguros da Empresa Energia Sustentável do Brasil S.A.

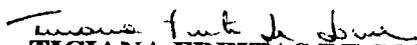
47. Relativamente à Garantia de Fiel Cumprimento, informa que esta está programada para o dia 04 de agosto. Portanto, até que seja apresentada tal Garantia, fica condicionada a assinatura do contrato de concessão que ora se analisa à apresentação desta.

48. Por fim, caso a minuta de contrato de concessão seja assinada a partir do dia 12 de agosto de 2008 (data que expira o prazo de validade da Certidão de Regularidade do FGTS – CRF), deverá o Administrado certificar-se que foi reposta Certidão válida, na ocasião de sua assinatura.

49. Por tudo o que foi exposto, conclui-se não haver qualquer óbice de natureza jurídica ou formal à emissão do Decreto – e seus anexo – pelo Excelentíssimo Senhor Presidente de República que outorga à Energia Sustentável do Brasil S.A a concessão para explorar o potencial de energia hidráulica, por meio da Usina Hidrelétrica Jirau, bem como a minuta do Contrato de Concessão encontra-se juridicamente perfeita. Porém, sua assinatura pelo Senhor Ministro de Estado de Minas e Energia está condicionada ao atendimento ao disposto nos itens 47 e 48 supra.

*Sub censura.*

Brasília, 06 de agosto de 2008.

  
**TICIANA FREITAS DE SOUSA**  
Assessora

De acordo. Encaminhe-se à Secretaria de Planejamento e Desenvolvimento Energético deste Ministério. Sugere-se posterior encaminhamento à Casa Civil da Presidência da República, para assinatura do Decreto de Concessão.

Brasília, 06 de agosto de 2008.

  
**MAURO HENRIQUE MOREIRA SOUSA**  
Advogado da União  
Consultor Jurídico

EM nº /MME

Brasília, de de 2008.

Excelentíssimo Senhor Presidente da República,

Submeto à elevada consideração de Vossa Excelência projeto de Decreto que tem por objetivo outorgar à empresa Energia Sustentável do Brasil S.A. concessão de uso de bem público para exploração de potencial hidráulico, por meio da Usina Hidrelétrica Jirau e instalações de transmissão de interesse restrito da central geradora, em trecho do Rio Madeira, Município de Porto Velho, Estado de Rondônia.

2. A Usina Hidrelétrica Jirau terá uma potência mínima a ser instalada de 3.300 MW e a energia elétrica produzida será comercializada na condição de produtor independente, nos termos dos arts. 12, 15 e 16 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, regulamentada pelo Decreto nº 2.003, de 10 de setembro de 1996.

3. O empreendimento foi objeto de licitação pública, na modalidade de Leilão, conforme Edital nº 005/2008-ANEEL, em conformidade com as Leis 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 nº 10.848, de 15 de março de 2004, e com os Decretos nº 2.003, de 10 de setembro de 1996, e nº 5.163, de 30 de julho de 2004, cumprindo, também, os ditames da Portaria MME nº 114, de 20 de março de 2008, relativa à Sistemática do Leilão de Compra de Energia Elétrica Proveniente da Usina Hidrelétrica Jirau.

4. Dessa forma, sagrou-se vencedora a empresa Energia Sustentável do Brasil S.A., cuja proposta atendeu aos requisitos relativos à qualificação técnica, jurídica, de regularidade fiscal e econômico-financeira, cujo resultado foi publicado no Diário Oficial da União, Seção 3, páginas 404 e 405, de 23 de julho de 2008, estando, portanto, apta a receber a outorga da concessão, bem como firmar o respectivo Contrato de Concessão com a União Federal, por intermédio do Ministério de Minas e Energia - MME.

5. Ademais, cumpre-me esclarecer que o assunto foi devidamente examinado pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL e pelo MME, concluindo pela pertinência da proposta de outorga de concessão de uso de bem público e instalações de transmissão de interesse restrito da Usina Hidrelétrica Jirau.

6. Essas são, Senhor Presidente, as considerações a respeito do projeto de Decreto que ora elevo à superior apreciação de Vossa Excelência.

Respeitosamente,

**EDISON LOBÃO**  
Ministro de Estado de Minas e Energia

ANEXO À EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DO MINISTÉRIO  
DE MINAS E ENERGIA Nº \_\_\_\_\_, DE \_\_\_\_ / \_\_\_\_ /2008.

**1. Síntese do problema ou da situação que reclama providências:**

Necessidade de outorga de concessão de uso de bem público para exploração de potencial hidráulico, por meio da Usina Hidrelétrica Jirau, em trecho do Rio Madeira, Município de Porto Velho, Estado de Rondônia.

**2. Soluções e providências contidas no ato normativo ou na medida proposta:**

Projeto de Decreto de outorga de concessão de uso de bem público para exploração de potencial hidráulico à empresa Energia Sustentável do Brasil S.A., na condição de Produtor Independente de Energia, vencedora do Leilão nº 005/2008-ANEEL.

**3. Alternativas existentes às medidas propostas:**

Não se aplica.

**4. Custos:**

Não se aplica.

**5. Razões que justificam a urgência** (a ser preenchido somente se o ato proposto for medida provisória ou projeto de lei que deva tramitar em regime de urgência):

Não se aplica.

**6. Impacto sobre o meio ambiente** (sempre que o ato ou medida proposta possa vir a tê-lo):

A empresa concessionária cumprirá as exigências de proteção ao meio ambiente, de acordo com os termos da Licença Prévia nº 251/2007, emitida pelo IBAMA, em 09/07/2007.

**7. Alterações propostas** (a ser preenchido somente no caso de alteração de Medidas Provisórias):

Texto atual	Texto proposto
Não se aplica.	Não se aplica.

**8. Síntese do parecer do órgão jurídico:**

A Consultoria Jurídica do MME opinou pela expedição de Decreto.  
Responsável pelo parecer: MAURO HENRIQUE MOREIRA SOUSA - Advogado da União e Consultor Jurídico do MME.

DECRETO DE DE DE 2008.

Outorga à empresa Energia Sustentável do Brasil S.A. concessão de uso de bem público para exploração do potencial de energia hidráulica, denominada Usina Hidrelétrica Jirau, em trecho do Rio Madeira, no Estado de Rondônia, e dá outras providências.

**O PRESIDENTE DA REPÚBLICA**, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto nas Leis nºs 9.074, de 7 de julho de 1995, 10.848, de 15 de março de 2004, nos Decretos nºs 2.003, de 10 de setembro de 1996, 5.163, de 30 de julho de 2004, e o que consta do Processo nº 48500.004505/2008-02,

**D E C R E T A :**

Art. 1º Fica outorgada à empresa Energia Sustentável do Brasil S.A. concessão de uso de bem público para geração de energia elétrica, com vistas à exploração de potencial de energia hidráulica, por meio da Usina Hidrelétrica Jirau, e as respectivas instalações de transmissão de interesse restrito da central geradora, em trecho do Rio Madeira, Município de Porto Velho, Estado de Rondônia.

Parágrafo único. A energia elétrica produzida será comercializada pela Concessionária, tendo em vista a sua condição de produtor independente, nos termos das Leis nºs 9.074, de 7 de julho de 1995, e 10.848, de 15 de março de 2004, e dos Decretos nºs 2.003, de 10 de setembro de 1996, e 5.163, de 30 de julho de 2004.

Art. 2º A concessão de que trata este Decreto vigorará pelo prazo de trinta e cinco anos, contados da data de assinatura do respectivo Contrato de Concessão de Uso de Bem Público.

Parágrafo único. O contrato deverá ser assinado no prazo estipulado pelo Ministério de Minas e Energia, sob pena de ineficácia da concessão outorgada por este Decreto.

Art. 3º A Concessionária deverá implantar instalações de transmissão de interesse restrito à Usina Hidrelétrica Jirau, sendo-lhe facultada a aquisição negociada das respectivas servidões, mesmo que em terrenos de domínio público e faixas de domínio de vias públicas, com sujeição aos regulamentos administrativos.

Art. 4º Os bens e instalações utilizados para a produção de energia elétrica na Usina referida no art. 1º somente poderão ser removidos, cedidos, transferidos ou alienados mediante prévia e expressa autorização da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL.

DECRETO DE DE DE 2008.

Outorga à empresa Energia Sustentável do Brasil S.A. concessão de uso de bem público para exploração do potencial de energia hidráulica, denominada Usina Hidrelétrica Jirau, em trecho do Rio Madeira, no Estado de Rondônia, e dá outras providências.

**O PRESIDENTE DA REPÚBLICA**, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto nas Leis nºs 9.074, de 7 de julho de 1995, 10.848, de 15 de março de 2004, nos Decretos nºs 2.003, de 10 de setembro de 1996, 5.163, de 30 de julho de 2004, e o que consta do Processo nº 48500.004505/2008-02,

**DECRETA :**

Art. 1º Fica outorgada à empresa Energia Sustentável do Brasil S.A. concessão de uso de bem público para geração de energia elétrica, com vistas à exploração de potencial de energia hidráulica, por meio da Usina Hidrelétrica Jirau, e as respectivas instalações de transmissão de interesse restrito da central geradora, em trecho do Rio Madeira, Município de Porto Velho, Estado de Rondônia.

Parágrafo único. A energia elétrica produzida será comercializada pela Concessionária, tendo em vista a sua condição de produtor independente, nos termos das Leis nºs 9.074, de 7 de julho de 1995, e 10.848, de 15 de março de 2004, e dos Decretos nºs 2.003, de 10 de setembro de 1996, e 5.163, de 30 de julho de 2004.

Art. 2º A concessão de que trata este Decreto vigorará pelo prazo de trinta e cinco anos, contados da data de assinatura do respectivo Contrato de Concessão de Uso de Bem Público.

Parágrafo único. O contrato deverá ser assinado no prazo estipulado pelo Ministério de Minas e Energia, sob pena de ineficácia da concessão outorgada por este Decreto.

Art. 3º A Concessionária deverá implantar instalações de transmissão de interesse restrito à Usina Hidrelétrica Jirau, sendo-lhe facultada a aquisição negociada das respectivas servidões, mesmo que em terrenos de domínio público e faixas de domínio de vias públicas, com sujeição aos regulamentos administrativos.

Art. 4º Os bens e instalações utilizados para a produção de energia elétrica na Usina referida no art. 1º somente poderão ser removidos, cedidos, transferidos ou alienados mediante prévia e expressa autorização da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL.

Decreto de                    de                    de 2008 - fl. 2

Parágrafo único. Findo o prazo da concessão, os bens e instalações vinculados à exploração da Usina Hidrelétrica Jirau e das instalações de transmissão de interesse restrito da central geradora passarão a integrar o patrimônio da União, garantida a indenização daqueles ainda não amortizados, na forma da legislação em vigor.

Art. 5º A Concessionária fica obrigada a satisfazer as exigências de proteção ao meio ambiente, de controle de cheias, gestão do reservatório e respectivas áreas de proteção, e demais prescrições acauteladoras do uso da água, previstas no art. 143 do Código de Águas e na legislação subsequente.

Art. 6º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília,                    de                    de 2008; 187º da Independência e 120º da República.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO  
MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA  
CONSULTORIA JURÍDICA

**PARECER CONJUR/MME Nº 596 /2008.**

- Referência:** Processo nº 48000.002589/2008-72.
- Interessado:** Energia Sustentável do Brasil S.A.
- Assunto:** Requerimento de habilitação no Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento da Infra-Estrutura – REIDI.
- Ementa:** Solicitação de enquadramento no REIDI. UHE Jirau. Manifestação da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL favorável à aprovação no REIDI. Enquadramento no art. 3º, II, da Portaria MME nº 319, de 26 de setembro de 2008. Edição de Portaria Ministerial aprovando o projeto no REIDI.

Senhor Consultor Jurídico,

1. Trata-se do exame de pleito oriundo do interessado em epígrafe, formulado junto à Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, no qual se requer a aprovação da Usina Hidrelétrica (UHE) Jirau no âmbito do Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento da Infra-Estrutura – REIDI.

***I - Fundamento legal do REIDI.***

2. A Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, instituiu o Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento da Infra-Estrutura – REIDI, com o fito de conceder benefícios fiscais a pessoas jurídicas que tenham projeto aprovado para implantação de obras de infra-estrutura nos setores de transportes, portos, energia, saneamento básico e irrigação.

3. Regulamentando a sobredita Lei, o Decreto nº 6.144, de 3 de julho de 2007, com a redação dada pelo Decreto nº 6.167, de 24 de julho de 2007, em seu art. 6º, estabeleceu:

***“Art. 6º O Ministério responsável pelo setor favorecido deverá definir, em portaria, os projetos que se enquadram nas disposições do art. 5º.***

***§ 1º Para efeitos do caput:***

***I - os Ministérios deverão analisar se os custos do projeto foram estimados levando-se em conta a suspensão prevista no art. 2º, inclusive para cálculo de***

PORTARIA Nº , DE DE DE 2008.

**O MINISTRO DE ESTADO DE MINAS E ENERGIA**, no uso das atribuições que lhe confere o art. 87, parágrafo único, incisos II e IV, da Constituição, tendo em vista o disposto no art. 6º do Decreto nº 6.144, de 3 de julho de 2007, e no art. 2º § 3º da Portaria MME nº 319, de 26 de setembro de 2008, resolve:

Art. 1º Aprovar o enquadramento da Usina Hidrelétrica denominada UHE Jirau, de titularidade da empresa Energia Sustentável do Brasil S.A., inscrita no CNPJ/MF sob o nº 09.029.666/0001-47, no Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento da Infra-Estrutura - REIDI, conforme descrito no Anexo I da presente Portaria.

Art. 2º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

**EDISON LOBÃO**

**ANEXO I**

<b>Nome</b>	UHE Jirau.
<b>Tipo</b>	Usina Hidrelétrica - UHE.
<b>Ato Autorizativo</b>	Decreto Presidencial, sem número, de 12 de agosto de 2008, publicado no Diário Oficial da União de 13 de agosto de 2008.
<b>Pessoa Jurídica Titular</b>	Energia Sustentável do Brasil S.A.
<b>CNPJ</b>	09.029.666/0001-47.
<b>Localização</b>	Município de Porto Velho, Estado de Rondônia.
<b>Potência Instalada</b>	3.300 MW.
<b>Enquadramento</b>	Art. 3º, inciso II, da Portaria MME nº 319, de 26 de setembro de 2008.
<b>Documentos de que trata o § 8º do art. 6º do Decreto nº 6.144, de 3 de julho de 2007</b>	Apresentados.
<b>Identificação do Processo</b>	ANEEL nº 48500.004505/2008-02 e MME nº 48000.002589/2008-72.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO  
MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA  
CONSULTORIA JURÍDICA

NOTA CONJUR/MME Nº 186/2009.

Referência: Documento nº 48040.000086/2009

Interessado: Secretaria-Executiva do Ministério de Minas e Energia.

Assunto: Solicitação de manifestação jurídica quanto à suspensão de autorização concedida pela SEDAM/RO à UHE Jirau.

Senhor Consultor Jurídico,

Trata-se de consulta formulada pela Secretaria-Executiva do Ministério de Minas e Energia a respeito da legalidade da suspensão da autorização concedida pelo órgão responsável pela administração da Floresta Estadual de Rendimento Sustentado – FERS – Rio Vermelho A à implantação da UHE Jirau, o que poderia impactar o processo de licenciamento ambiental do referido empreendimento de geração de energia elétrica.

2. Foram, assim, encaminhados a esta Consultoria Jurídica a documentação em posse da Secretaria-Executiva da Pasta com relação ao licenciamento ambiental do empreendimento, cópia de parecer jurídico elaborado pela equipe do professor Édis Milaré e nota informativa elaborada pelo Núcleo Estratégico de Gestão Socioambiental do Ministério de Minas e Energia.

3. Insta registrar, inicialmente, que a evolução do empreendimento em questão é acompanhada constantemente por este órgão de execução da Advocacia-Geral da União, seja no âmbito do Ministério de Minas e Energia, mediante a participação em reuniões relativas ao grupo especial que acompanha, administrativamente, as obras (GEPAC Jirau), seja no âmbito da Advocacia-Geral da União, em sede administrativa (GEPAC/AGU) e judicial, com a prestação de informações e envio dos documentos necessários para atuação em feitos judiciais em defesa da União.

4. Assim, cumpre ressaltar que, embora à situação em epígrafe esta Consultoria Jurídica poderia aplicar o mesmo entendimento já proferido anteriormente com relação à UHE Baixo Iguaçu, na informação CONJUR/MME nº 213/2008 (cópia anexa), a questão prescinde de análise jurídica neste momento.

958

5. Isto porque, inicialmente, o empreendedor já providenciou parecer jurídico emitido por profissionais de renome para embasar eventuais pretensões judiciais com relação à suspensão da autorização concedida pelo órgão estadual, não competindo a este órgão de execução da Advocacia-Geral da União fornecer-lhe mais elementos para executar ações inerentes à atividade empresarial por ele desempenhada.

6. Não obstante, a situação em comento não exigiu intervenção da União, uma vez que, aparentemente, a questão foi solucionada em âmbito administrativo. Outrossim, a legalidade – ou não – do ato submetido ao exame desta Consultoria Jurídica foi submetida à Procuradoria Federal junto ao IBAMA, para análise e manifestação, órgão competente para o assessoramento jurídico do órgão ambiental responsável pelo licenciamento ambiental do empreendimento.

7. E, neste sentido, importa registrar que, consultando a página do IBAMA junto à rede mundial de computadores, verificou-se que a licença de instalação do empreendimento foi concedida pelo IBAMA, consoante documentos em anexo, e que o empreendimento em referência tem sido constantemente fiscalizado pelo órgão ambiental, ações que indicam que o órgão jurídico competente não vislumbrou óbices à emissão da licença ambiental para a UHE Jirau.

8. Diante do exposto, vislumbra-se que a consulta em tela perdeu seu objeto. Sugiro, portanto, que os documentos sejam arquivados junto à biblioteca desta Consultoria Jurídica, junto com os demais documentos relativos à UHE Jirau, para facilitar eventuais consultas futuras com vistas a subsidiar a atuação da União com relação ao empreendimento em comento.

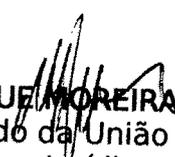
À consideração superior.

Brasília, 02 de dezembro de 2009.

  
GABRIELA DA SILVA BRANDÃO  
Advogada da União

De acordo. Arquite-se, conforme sugerido.

Brasília, 02 de dezembro de 2009.

  
MAURO HENRIQUE MOREIRA SOUSA  
Advogado da União  
Consultor Jurídico



**MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA**

**ASSUNTO**  
**Proposta de Fiscalização e Controle nº 47/2008 da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados**

**1. OBJETIVO**

Informar à Assessoria Parlamentar – ASPAR do Ministério de Minas e Energia – MME sobre o posicionamento das áreas técnicas e da Consultoria Jurídica sobre a conveniência e oportunidade de aprovação da Proposta de Fiscalização e Controle nº 47/2008 da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados.

**2. INTRODUÇÃO**

2. A Proposta de Fiscalização e Controle nº 47/2008 tem por objetivo verificar o fiel cumprimento, por parte da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, das cláusulas constantes do Edital referente ao Leilão de Compra de Energia Elétrica proveniente da UHE Jirau, no Estado de Rondônia.

3. A referida proposta é relatada pelo Deputado Duarte Nogueira e tem por Autor o Deputado Bruno Araújo, que fundamenta seu pedido numa suposta violação das regras do procedimento licitatório aplicável à concessão de uso de bem público, como o que foi objeto do Leilão 05/2008, promovido pela ANEEL.

4. Como se depreende do relatório, a conclusão do autor da proposta se baseia na declaração do consórcio vencedor da licitação para o aproveitamento hidrelétrico de Jirau, no rio Madeira, em entrevista coletiva após o leilão, na sede da ANEEL e na presença das autoridades do setor elétrico, de que o lance de R\$ 71,40 só foi possível porque mudou a localização da Usina para outro sítio totalmente diferente do previsto no edital. O documento ora analisado acrescenta ainda que:

- a. Em face de a proposta vencedora diferir do aproveitamento ótimo definido pela ANEEL no Edital e por ser leilão incondicional, foram feridas a isonomia e a regra legal definida e assumida pelos participantes do leilão; e
- b. Diferentemente do sugerido pelo Consórcio Suez, não se trata de uma mudança de eixo e, sim, de um novo empreendimento que não foi considerado na fase dos Estudos de Inventário, nem no Estudo de Viabilidade.

5. Sendo assim, o Autor pede que, com essa fiscalização, sejam evitados “prejuízos crescentes ao meio ambiente e a população em geral, bem como à credibilidade dos leilões de energia e do próprio marco regulatório do setor elétrico”.

6. O Relator da proposta, por sua vez, elaborou voto favorável a implementação da mesma, por acreditar que esta se enquadra dentro da área de competência da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle e possui oportunidade e conveniência.

7. Sendo assim, o Relator propõe o seguinte plano de execução da proposta de fiscalização:

- a. Realização de reuniões de audiências públicas com autoridades envolvidas com a licitação tais como: a Ministra Chefe da Casa Civil, Dilma Rousseff, o Ministro das Minas e Energia, Edison Lobão, o Diretor-Geral da ANEEL, Dr. Jerson Kelman, o Diretor - Presidente da Agência Nacional de Águas - ANA, José Machado, o Presidente do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, Roberto Messias Franco, representantes das empresas que constituem o consórcio vencedor, Consórcio Energia Sustentável do Brasil: Suez Energy South América Participações Ltda., Camargo Corrêa Investimentos em Infra-Estrutura S/A, Eletrosul – Centrais Elétricas S/A e Companhia Hidro Elétrica do São Francisco – CHESF, assim como de representantes do consórcio vencido, Consórcio Jirau Energia: Odebrecht Investimentos em Infra-estrutura Ltda., Construtora Norberto Odebrecht S/A, Andrade Gutierrez Participações S/A, CEMIG Geração e Transmissão S/A, Furnas Centrais Elétricas S/A e Fundo de Inv. e Participações Amazônia Energia II;
- b. Solicitação ao Tribunal de Contas da União de todos os trabalhos fiscalizatórios relativos ao tema objeto desta PFC, bem como providências ou informações previstas no art. 71, IV e VII, da Constituição Federal;
- c. Apresentação, discussão e votação do relatório final desta PFC; e
- d. Encaminhamento dos resultados e conclusões desta PFC nos termos do art. 37 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

**3. DO EDITAL E DAS CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS DA UHE JIRAU**

8. O Leilão de Compra de Energia Elétrica Proveniente da UHE Jirau foi regido pelo Edital ANEEL nº 005/2008, que estabelece como objeto do leilão a Compra de Energia Elétrica Proveniente da Usina Hidrelétrica Jirau – UHE Jirau, no rio Madeira, localizada no Estado de Rondônia, indicada como projeto de geração com prioridade de licitação e implantação, por seu caráter estratégico e de interesse público, nos termos do inciso VI do art. 2º da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, conforme Resolução CNPE nº. 1 de 11 de fevereiro, de 2008.

9. Adicionalmente, de acordo com a sub-cláusula 1.2 do Edital, as características técnicas da UHE Jirau são aquelas definidas em seu Anexo II, que por sua vez incluem a definição e a localização do aproveitamento do potencial hidráulico com potência instalada de, no mínimo, 3.300 MW, conforme o reproduzido a seguir:

**"ANEXO II - CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS E INFORMAÇÕES BÁSICAS PARA A EXPLORAÇÃO DA USINA HIDRELÉTRICA**

A exploração da Usina Hidrelétrica, pela Concessionária, será realizada em conformidade com a legislação em vigor e de acordo com as condições estabelecidas no Contrato de Concessão, cuja minuta acompanha e integra este Edital.

A seguir, são apresentadas as informações básicas referentes às características técnicas e de operação da UHE Jirau.

**1 Definição e localização**

1.1. O empreendimento, definido como aproveitamento ótimo nos termos do § 2º do art. 5º da Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995, está localizado conforme a descrição abaixo:

Empreendimento	Rio	Localização Municípios/Estados	Coordenadas	Municípios Beneficiados
UHE Jirau	Madeira	Porto Velho (RO)	9°19'52'' S 64°44'04'' W	Porto Velho (RO)

**3. Elementos Característicos**

3.1. Os Projetos Básico e Executivo da Usina Hidrelétrica Jirau deverão obedecer aos elementos estruturantes dos estudos de inventário e viabilidade, relacionados aos aspectos técnicos do aproveitamento hidroenergético e às condições essenciais de segurança do empreendimento:

Empreendimento	Reservatório (m)		Capacidade Mínima Instalada (MW)	Vertedouro Descarga de projeto TR=10.000 anos (m3/s)
	NA Max.	NA Min.		
UHE Jirau	92	90	3.300,00	82,600

3.3. As características acima listadas devem ser respeitadas pela Concessionária e eventuais alterações dependerão de prévia anuência da ANEEL."

10. Em relação às condições de participação, a Cláusula 3 estabelece que:

"3.1 A participação no LEILÃO implica o conhecimento e a aceitação expressa e incondicional, pelas PROPONENTES e pelas COMPRADORAS, dos termos e condições estabelecidas neste Edital e seus Anexos, bem como das normas legais e regulamentares que disciplinam a outorga e a exploração de Usinas Hidrelétricas, a produção e a comercialização de energia elétrica."

11. Dentre as regras que os participantes do Leilão declararam conhecimento e aceitação tácita, para efeitos da Proposta de Fiscalização e Controle nº 47/2008, merece destaque as definidas na Cláusula 12, que trata das condições da outorga de concessão que resultará do Leilão, especialmente as reproduzidas abaixo:

12.9.4 Será de responsabilidade exclusiva da Concessionária a construção integral do empreendimento, de acordo com as condições deste Edital e da respectiva Concessão, observados os estudos e projetos aprovados, cabendo-lhe, para isso, captar os recursos financeiros necessários, executar as obras e realizar a operação das instalações, seguindo orientações e solicitações de despacho do ONS, quando for o caso.

12.9.7 Alterações nas características técnicas da UHE Jirau somente poderão ocorrer após a outorga da concessão, por solicitação da Concessionária ou da Administração Pública. (grifo nosso)

12.9.8 As alterações, inclusive quanto ao número de unidades geradoras e/ou quanto às instalações de conexão, deverão ser submetidas previamente à avaliação e anuência da ANEEL, que poderá atender ao pleito, desde que satisfeitas as seguintes condições:

12.9.8.1 Que as alterações nas instalações de conexão, quando solicitadas pela Concessionária, não impliquem custo adicional para o sistema de transmissão ou distribuição;

12.9.8.2 Que não se altere a capacidade instalada mínima prevista na respectiva outorga de Concessão;

12.9.8.3 Que as alterações nas instalações de conexão, quando de interesse sistêmico e solicitadas pelo ONS, não impliquem custo adicional para a Concessionária.

12.9.8.4 Sejam recalculadas as GARANTIAS FÍSICAS parciais e a total do empreendimento;

12.9.8.5 A alteração em questão não implique perda energética, devendo ser mantida, no mínimo, a GARANTIA FÍSICA e a potência associada do empreendimento habilitado;

12.9.8.6 Que esteja em conformidade com o licenciamento ambiental e com a Declaração de Reserva de Disponibilidade Hídrica - RDH.

12.9.9 O projeto básico poderá adotar, por solicitação da Concessionária ou da Administração Pública, soluções diversas das escolhidas na fase de estudo de viabilidade. Nessa hipótese as alterações deverão ser submetidas previamente à avaliação e anuência da ANEEL, que poderá atender ao pleito desde que satisfeitas as seguintes condições: (grifo nosso).

12.9.9.1 As alterações nas instalações de conexão, quando solicitadas pela Concessionária, não podem causar custo adicional para o sistema de transmissão ou distribuição;

12.9.9.2 As alterações nas instalações de conexão, quando de interesse sistêmico e solicitadas pelo ONS, não podem causar custo adicional para a Concessionária.

12.9.9.3 As alterações no tipo e/ou número de turbinas não podem diminuir a energia garantida e a potência da usina, nem tampouco agravar os impactos socioambientais previstos nos estudos já apresentados ao IBAMA, notadamente no que diz respeito: (a) à área do reservatório; (b) ao comportamento hidrodinâmico do reservatório; (c) à

*regra de operação, respeitadas as condições definidas pela ANA; (d) à dinâmica de sedimentos; (e) aos impactos na descida de larvas e juvenis da ictiofauna; (f) aos impactos na subida dos espécimes adultos da ictiofauna; (g) aos impactos a jusante."*

12. Sendo assim, a leitura detalhada do Edital ANEEL 005/2008, especialmente das subcláusulas 12.9.7 e 12.9.9, não deixa dúvida acerca da possibilidade de alterações nas características técnicas do aproveitamento hidrelétrico e no projeto básico, inclusive àquelas relacionadas com a alteração da localização do empreendimento e com o número e tipo de máquinas e turbinas utilizadas. Por essa razão, **não há que se falar, no presente caso, em violação das regras do edital, muito menos em vulneração ao princípio da isonomia**, em virtude da faculdade exercida pelo consórcio vencedor também ter sido disponibilizada aos demais licitantes, mediante o preenchimento de certas exigências.

13. Isso porque, para o exercício da faculdade acima apontada, mister se faz que as alterações pretendidas sejam submetidas à anuência prévia da ANEEL e do IBAMA e somente autorizadas após a outorga da concessão de uso do bem público. Ou seja, os interesses dos consumidores e da sociedade serão plenamente respeitados, dado que o vencedor do certame já se encontra comprometido com a construção integral do empreendimento, de acordo com as condições iniciais do Edital, antes mesmo de solicitar qualquer alteração nas características técnicas do aproveitamento hidrelétrico licitado.

14. Mais do que isso, de acordo com a Cláusula 4ª do Edital, proclamado o resultado final do certame, o objeto será adjudicado ao vencedor nas condições por ela ofertadas. Além disso, o vencedor deverá recolher Garantia de Fiel Cumprimento na ANEEL no valor de R\$ 650,00 milhões, com vistas a garantir o cumprimento das obrigações previstas no Contrato de Concessão e nos Contratos de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado – CCEAR decorrentes do LEILÃO, conforme as características técnicas originais.

15. Finalmente, é importante notar que a necessidade e a conveniência de alterações nas características técnicas de aproveitamentos hidrelétricos licitados são relativamente comuns e decorre principalmente do aprofundamento das análises econômicas e financeiras do projeto e da descoberta de características físicas e geológicas não identificadas nos estudos preliminares. Sendo assim, a peculiaridade da alteração na localização do eixo da barragem mencionada pelo vencedor na entrevista coletiva após o leilão é a distância de cerca de 10 km, que, na verdade, explica-se plenamente pela pequena declividade do rio Madeira no trecho de construção do empreendimento.

**4. DA CONVENIÊNCIA E DA OPORTUNIDADE**

16. Conforme demonstrado pela análise do Edital 005/2008, a ANEEL pode autorizar alterações nas características técnicas e no projeto básico de aproveitamentos hidrelétricos licitados. Entretanto tal autorização só pode ocorrer depois que todos os direitos dos consumidores e da sociedade (expressos no Contrato de Concessão e no CCEAR, respectivamente) sejam assegurados e após a análise detalhada dos impactos técnicos e socioambientais.

17. Adicionalmente, é preciso notar que a análise da ANEEL e dos demais órgãos competentes não é mera formalidade e, portanto, deve considerar a conveniência e a oportunidade de aprovação de eventuais alterações nas características técnicas. Neste sentido, é interessante resumir as conclusões dos estudos e dos pareceres já realizados pelo Tribunal de Contas da União – TCU, pela ANEEL e pelo IBAMA.

18. De fato, em função de representações movidas pelo Partido Democratas e pelo Deputado Federal Carlos Willian do PTC/MG, o Tribunal de Contas da União – TCU, aprovou o Acórdão nº 1476/2008 – TCU – PLENÁRIO, de 30 de julho de 2008, posicionando-se sobre cada um dos questionamentos das referidas representações:

*"(a) Imutabilidade do 'Aproveitamento Ótimo'*

*60. Pela análise do edital e da minuta de contrato do Leilão no 005/2008 ANEEL, verificou-se que não há rigidez absoluta quanto à alteração das características técnicas ou a adoção de soluções diversas daquelas contidas nos estudos de viabilidade.*

*b) Alteração Substancial das Condições Efetivas da Proposta*

*61. As características da proposta do Consórcio vencedor dão conta de uma redução significativa nos custos e nos prazos, contribuindo assim para um lance reduzido (R\$71,40/MWh) em relação ao teto máximo estipulado para o Leilão (R\$91,00/MWh), com deságio de 21%. Desde que não haja comprometimento das licenças e autorizações já exaradas e de características técnicas que serão examinadas pela ANEEL, entende-se que essa redução é bem-vinda e se coaduna com os princípios da modicidade tarifária e da proposta mais vantajosa para a administração.*

*c) Ilegitimidades da Alteração Pretendida*

*62. Nesse item, as representações demandam contra as possíveis alterações no edital. Após análise do edital e da minuta de contrato, verifica-se que a proposta formulada pelo Consórcio vencedor não ofende aos comandos editais.*

*e) Anuência prévia por parte da ANEEL e do IBAMA das alterações das características técnicas do empreendimento.*

*65. O edital é claro quando afirma que quaisquer propostas de alteração das características técnicas e a adoção de soluções diversas dos estudos de viabilidade devem ser efetuadas após a assinatura do contrato."*

19. De forma mais contundente, assim se posiciona sobre o conceito de aproveitamento ótimo:

*"Ora, se a própria localização é uma característica técnica do empreendimento, não se vislumbra que seu dado não possa ser revisito, pois o*

*que está sendo leiloado conforme o Edital, ou seja, o objeto do Leilão, é a Compra de Energia Elétrica Proveniente da Usina Hidrelétrica de Jirau e não a obra em si. Nessa esteira, o ato que definiu os pontos de melhor repartição de quedas (aproveitamento ótimo) pode ser revisito a qualquer momento pelo poder concedente, a pedido ou não, exatamente por se tratar de um aspecto técnico que não é absoluto, podendo apresentar inúmeras alternativas que se mostrarão boas ou ruins quando confrontadas com critérios técnicos de custos, impactos ambientais, energéticos, etc.”*

20. Conclui ainda o Acórdão 1476/2008 – TCU – PLENÁRIO:

*“Não se vislumbra, em princípio, irregularidades ou ilegitimidades no pleito do Consórcio vencedor; restando à ANEEL proceder objetivamente a suas análises de modo que sejam atendidos os critérios editalícios quanto à possibilidade de alteração das características técnicas do empreendimento.”*

21. Visando analisar e organizar algumas discussões de ordem técnica e legal sobre a mudança do eixo do barramento em relação à concepção definida nos Estudos de Viabilidade da Usina de Jirau, a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL elaborou a Nota Técnica nº 188/2008-SGH/ANEEL de 02 de setembro de 2008.

22. Na elaboração do referido documento, a ANEEL considerou que os estudos de viabilidade subsidiaram a realização de audiências públicas para a apresentação do projeto à sociedade, bem como a análise do órgão responsável para a concessão da licença prévia ambiental – LP, condicionante legal para a licitação e que o desenvolvimento do projeto básico é de responsabilidade direta do vencedor do processo de licitação, tendo as seguintes considerações:

*“40. Segundo esses contornos técnico-institucionais, na fase de projeto básico não existe, de fato, impedimento a mudanças nas concepções aprovadas na etapa de viabilidade, sendo até desejável que se façam todas as otimizações possíveis, desde que respeitados os chamados “elementos estruturantes” da concessão, como já se discutiu antes, e que não se afetem outros aproveitamentos na bacia.*

*41. Na verdade, essas otimizações são absolutamente frequentes e constituem a razão de ser dos esforços de engenharia mobilizados no detalhamento do projeto básico, executivo, construção e operação da Usina. Naturalmente, não são comuns alterações tão significativas quanto aquelas consideradas para a UHE Jirau, mas, vale reprimir, não há impedimentos para que sejam feitas, desde que se assegurem o aproveitamento ótimo do potencial hidráulico e que se respeitem todas as possíveis restrições de outros empreendimentos a montante ou a jusante e as exigências ambientais e de uso dos recursos hídricos.*

*42. De fato, além da consistência técnica e adequação dos novos estudos, a verificação do efetivo respeito às condições acima constitui um dos balizadores da análise e aprovação do projeto básico pela ANEEL, imperativo para que se possa avançar na implantação da obra. Obviamente, todos os demais aspectos do projeto serão também avaliados, a partir da análise de toda a documentação técnica exigida.*

*43. No momento, o projeto da UHE Jirau ainda está em fase de análise pela SGH. Não cabe, então, qualquer análise mais abrangente e aprofundada da concepção divulgada pelo vencedor da licitação. Entretanto, a partir dos argumentos aqui discutidos, já se pode perfeitamente ratificar, em tese, a validade das mudanças propostas, condicionando sua efetiva aprovação à análise completa do projeto básico.*

*44. Além disso tudo, deve-se lembrar que a implantação desses aproveitamentos está submetida a um rigoroso e efetivo processo de controle social representado pelas exigências de licenciamento ambiental para as diferentes etapas do processo: a Licença Prévia – LP, na fase de viabilidade (condicionante da licitação do empreendimento), a Licença de Instalação – LI (que condiciona o início das obras) e a Licença de Operação – LO (que condiciona o enchimento do reservatório e o início da operação da Usina).”*

23. Concluindo que:

*“47. Diante dos fatos e dos elementos analisados no presente documento, conclui-se que mudanças sobre concepções técnicas dos estudos de viabilidade são, em princípio, perfeitamente aceitáveis na etapa de projeto básico, desde que mantenham os elementos estruturantes do aproveitamento do potencial hidráulico. Tais elementos congregam potência mínima instalada, níveis de operação do reservatório, capacidade mínima dos órgãos extravasores e outras possíveis condicionantes adicionais estabelecidas no processo de licenciamento ambiental ou declaração de reserva de disponibilidade hídrica.*

*48. Particularmente, no caso da UHE Jirau, as mudanças consideradas são mais profundas e abrangentes do que os casos mais usuais, configurando um deslocamento total do sítio de barramento e, naturalmente, de outros elementos do arranjo técnico do aproveitamento. Em vista disso, entende-se que, a priori, o que se pode afirmar é a admissibilidade “em tese” de tais alterações, condicionando a decisão final à análise completa e detalhada do correspondente projeto básico.”*

24. Com o objetivo geral de complementar os estudos necessários para uma adequada avaliação da modificação do eixo da UHE Jirau, o IBAMA, emitiu a Nota Técnica Nº 07/2008, de 08 de outubro de 2008, na qual se posiciona acerca das considerações, revisões e estudos complementares necessários, os quais devem ser apresentadas pela Energia Sustentável do Brasil – ESBR, no que diz respeito ao:

- a. Meio físico;
- b. Qualidade da água;
- c. Ictiofauna;
- d. Fauna terrestre e
- e. Sócio economia.

25. Da análise ambiental da modificação das características técnicas originais da UHE Jirau, a Nota Técnica Nº 07/2008 conclui:

*"5.1 Conforme observado nesta Nota Técnica, a modificação do local do eixo da barragem da UHE Jirau para a Ilha do Padre é um dos fatores que repercute no grau de impacto do empreendimento. A quantificação deste grau de impacto e a realização de uma avaliação comparativa de impactos ambientais entre os eixos propostos (EPE e ESBR), tendo como base a avaliação realizada na fase de licenciamento prévio (EIA/RIMA), deverão ser os objetivos dos estudos complementares."*

*5.2 No entanto, a avaliação comparativa deve ser realizada segundo critérios similares e sempre com embasamento técnico compatível com a complexidade do empreendimento. (grifo nosso)*

*5.3 Portanto, vis-à-vis ao estudo comparativo, a todas as alterações do projeto assim como as revisões e novas identificações de impactos, solicita-se, para efeito comparativo, realizar e apresentar uma revisão completa e detalhada, sistematizada e embasada tecnicamente, de todos os impactos de ambos os empreendimentos assim como a comparação entre os Planos, Programas, Medidas Mitigadoras e de Controle consignados no Estudo de Impacto Ambiental e nos demais documentos técnicos com os propostos pela ESBR."*

26. Tendo em vista as exigências do IBAMA, depreende-se que em nenhum momento a questão ambiental foi negligenciada.

27. Além das considerações já referidas, é necessário frisar a importância da UHE Jirau para o equilíbrio entre oferta e demanda de energia elétrica no país, cuja entrada em operação na data prevista é imprescindível no planejamento do setor elétrico nacional.

## 5. DO RISCO DA DEMORA

28. Uma vez demonstrada a possibilidade, inclusive com previsão explícita em Edital, de a ANEEL autorizar alterações nas características técnicas e no projeto base de aproveitamentos hidrelétricos licitados, bem como a conveniência em se adotar sempre a

melhor solução técnica, ainda que ela seja proposta após a licitação, é preciso analisar a importância estratégica da UHE Jirau.

29. De fato, a simples dimensão da UHE Jirau com 3.300 MW de potência instalada e 1.975,30 MW médios de garantia física denotam a importância singular desse projeto para a segurança do suprimento de energia elétrica ao mercado brasileiro e para a modicidade de preços e tarifas, visto que seu efeito sobre a definição do Custo Marginal de Operação – CMO do sistema elétrico poderá ser percebido a partir do ano que vem.

30. A manutenção da discussão sobre a possibilidade de se autorizar ou não propostas de alteração, ainda que radical, nas características técnicas de aproveitamentos hidrelétricos licitados, após esta ter sido pacificada no setor elétrico, tem como único efeito criar uma insegurança regulatória sobre novos investidores, inflando os riscos e prejuízos que, na verdade, queriam ser evitados.

## 6. CONCLUSÃO

31. Por tudo o que foi exposto acima, as diferentes áreas técnicas do MME acreditam que o processo de licitação da UHE Jirau, bem como a solicitação de alteração de suas características técnicas têm sido conduzidas pela ANEEL dentro da normalidade institucional do setor elétrico brasileiro.

32. Neste sentido, embora a atuação fiscalizadora da Câmara dos Deputados seja um dos pilares da organização democrática do Estado Brasileiro, no caso particular da Proposta de Fiscalização e Controle nº 47/2008, o MME acredita que o objeto de análise proposto: a possibilidade prevista em edital de alteração de características técnicas de aproveitamentos hidrelétricos licitados já foi exaustivamente estudada e debatida pela sociedade, pela ANEEL, pelo IBAMA e pelos órgãos de controle. Além disso, é marcante o fato de que, em todos esses fóruns, a conclusão foi de que eventuais alterações nas características técnicas e no projeto base são possíveis e, muitas vezes, bem vindas.

33. Particularmente no caso da UHE Jirau, mesmo considerando que as mudanças consideradas pelo vencedor são mais profundas e abrangentes do que ocorre nos casos mais usuais, é preciso notar que alterações nas características técnicas e no projeto básico são elementos comuns e usuais do setor elétrico brasileiro. De fato, os leilões de compra realizados pelo Poder Concedente têm por objeto a compra de energia elétrica e não a contratação da obra em si.

34. Deste modo, o MME entende que permitir que alterações propostas pelo vencedor sejam analisadas e eventualmente autorizadas não produz qualquer prejuízo à sociedade, ao meio-ambiente ou à credibilidade dos leilões de energia elétrica. Muito pelo contrário, tais prejuízos só se materializariam se a implementação do projeto fosse postergada pela contínua e infundável discussão sobre um tema já pacificado dentro do setor elétrico brasileiro.

35. Vale ainda reiterar que, em face da existência de previsão editalícia expressamente admitindo a possibilidade de a ANEEL autorizar alterações nas características técnicas e no projeto base de aproveitamentos hidrelétricos licitados, não há que se falar em qualquer desrespeito às normas de regência do Leilão 05/2008, muito menos em inobservância do princípio da isonomia.
36. Sendo assim, solicita-se que a ASPAR do MME transmita o entendimento deste Ministério aos Deputados da base de sustentação do Governo Federal integrantes da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle, de modo que a Proposta de Fiscalização e Controle nº 47/2008 não seja aprovada.

Brasília, 24 de outubro de 2008.

**ALVARO JOSE C. A. DE SANTANA**  
Secretaria de Planejamento e Desenvolvimento Energético

**DANIELA FERREIRA MARQUES**  
Consultoria Jurídica

**CLAUDIO EVANGELISTA DE CARVALHO**  
Secretaria de Energia Elétrica

**TIAGO DE BARROS CORREIA**  
Assessoria Econômica

## Curriculum Vitae

<b>Informação pessoal</b>		
Apelido(s) / Nome(s) próprio(s)	<b>Tania Patricia Tania Patricia de Lara Vaz</b>	
Morada(s)	SQN 212 Bloco I ap. 106 70864-090 Brasília (Brasil)	
Telefone(s)	+556135228557	Telemóvel   +556181829189
Endereço(s) de correio electrónico	tania.vaz@agu.gov.br	
Nacionalidade	brasileira	
Sexo	Feminino	
<b>Emprego pretendido / Área funcional</b>	<b>Advocacia Pública</b>	
<b>Experiência profissional</b>		
Datas	07/02/2000 →	
Função ou cargo ocupado	Advogada da União	
Principais actividades e responsabilidades	Atua na defesa judicial e extrajudicial da União (Governo Brasileiro) e consultoria e assessoramento jurídico dos órgãos da Administração Pública Federal Direta.	
Nome e morada do empregador	Advocacia-Geral da União SIG Quadra 6 Lote 800, 70610460 Brasília (Brasil)	
Tipo de empresa ou sector	Instituição Pública	
<b>Educação e formação</b>		
Datas	01/01/1992 - 31/12/1996	
Designação da qualificação atribuída	Bacharel em Direito	
Nome e tipo da organização de ensino ou formação	Universidade Federal do Paraná (universidade pública) Praça Santos Andrade, 80000000 Curitiba (Brasil)	

Nível segundo a  
classificação  
nacional ou  
internacional

Datas

Designação da  
qualificação  
atribuída

Principais  
disciplinas/comp  
etências  
profissionais

Nome e tipo da  
organização de  
ensino ou  
formação

Nível segundo a  
classificação  
nacional ou  
internacional

**Aptidões e  
competências  
pessoais**

Primeira língua

Outra(s) língua(s)

Auto-avaliação

*Nível europeu (\*)*

**Inglês**

**Italiano**

Graduação

01/01/1999 - 31/12/2000

Especialista em Direito Tributário

Direito Tributário Brasileiro

Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos (instituição privada)  
80000000 Curitiba (Brasil)

Pós-Graduação *lato sensu*

**Português**

Compreensão				Conversaço				Escrita	
Compreensão oral		Leitura		Interacção oral		Produção oral			
B1	Utilizador independente	B2	Utilizador independente	A2	Utilizador básico	A2	Utilizador básico	B1	Utilizador independente
A1	Utilizador básico	A2	Utilizador básico	A2	Utilizador básico	A1	Utilizador básico	A2	Utilizador básico

(\*) [\*Nível do Quadro Europeu Comum de Referência \(CECR\)\*](#)