

DESAFIOS DOS INVESTIDORES ESTRANGEIROS NO ACESSO DO SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO

CHALLENGES OF FOREIGN INVESTORS TO ACCESS THE POWER SECTOR IN BRAZIL

Luciene Machado* | luciene.machadoadv@gmail.com

Fernanda Torres Volpon** | fevolpon@uerj.br

*Pós-graduação em Direito Empresarial na Universidade Presbiteriana Mackenzie. Graduação em Direito na Universidade Municipal de São Caetano do Sul - USCS. Membro do Instituto Brasileiro de Estudos do Direito da Energia - IBDE.

**Doutoranda e Mestre em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Graduação pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Bolsista da CAPES. O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

Resumo

O presente trabalho consubstancia-se em abordar as mudanças ocorridas no setor elétrico brasileiro nas últimas décadas. O processo de transformação em busca de um mercado competitivo e obtenção de recursos para o desenvolvimento da infraestrutura se desenvolveu especialmente na década de 1990. Denota-se a importância do investimento estrangeiro para o desenvolvimento e fortalecimento do setor elétrico brasileiro. Contudo, verificou-se que os desafios dos investidores estrangeiros para promoção e proteção dos seus investimentos ainda estão presentes. Assim, o objetivo deste artigo é apresentar um panorama da reforma feita no setor e discutir os desafios que os investidores estrangeiros enfrentam para acessá-lo

Palavras-chave

investidores estrangeiros; direito da energia; direito regulatório; direito internacional; setor elétrico.

Abstract

The Brazilian energy sector suffered constantly changes during the past years. The process of transformation looked for a competitive market aiming funds to develop infrastructure in Brazil. Foreign investment is necessary to develop and strengthen the power sector, but the sector still present some challenges to be faced by the foreign investors. As consequence, some questions shall be raised in connection with the real effectiveness of mechanisms imposed to foreign investment at its entrance in the Brazilian power sector. Does the Brazilian legal framework provide legal certainty to the foreign investors interested in investing in the energy sector? The objective of this article is to provide an overview of reform made to the energy market and current hindrances to the investor's entry in such sector.

Keywords

foreign investors; energy law; regulatory law; international law; power sector.

Submetido: 21/12/2018 | Aceito: 08/01/2019



Introdução

Indubitavelmente, a energia é um setor estratégico para a economia de qualquer país.¹ Apesar da sua vitalidade consubstanciar-se em elemento de fácil absorção, o seu conceito não se configura como tarefa simples. Maria João Rolim define energia como “processo de transformação que envolve tecnologia e desdobramento econômico”.² Não muito distante, a definição utilizada por Suzana Tavares da Silva determina que “a energia é em regra definida como a capacidade de realizar trabalho ou de produzir calor, e constitui, normalmente, o resultado da queima de um combustível”.³ Assim, ambas as autoras entendem que a formação da energia depende da transformação da fonte primária (combustíveis fósseis ou fontes de energia renovável) em fontes secundárias como a energia elétrica.⁴

Dessa forma, cumpre destacar a distinção entre os conceitos “energia” e “eletricidade”. Como esclarece Maria João Rolim, “a primeira é forma originária, e a segunda é consequência da conversão da energia em corrente elétrica com repercussão econômica”.⁵

Tendo em vista o papel fundamental desempenhado na economia nacional, o setor energético requer não somente a atuação do poder público na sua regulação, como também depende da atração de investimentos público e privados, nacional e estrangeiros para o seu progresso econômico.

Depreende-se, dessa forma, que um processo regulatório adequado se torna essencial para atração dos investimentos estrangeiros no setor da eletricidade como segmento da infraestrutura. Trata-se de um fator de significativa relevância para o desenvolvimento econômico-social dos países, em especial, daqueles menos desenvolvidos.

Como o setor de energia no Brasil se encontra em constante desenvolvimento, “demanda-se empenho do Poder Público para implementar políticas que promovam, além do incremento da oferta do recurso, a possibilidade de adequação dessa oferta à demanda”⁶. Nesse contexto, inserem-se as medidas promotoras do investimento estrangeiro. As políticas determinadas pelo Poder Público devem procurar, de algum modo,

prover uma resposta às necessidades de agentes público e privados, assim como, da população.

Infelizmente, nem todas as políticas públicas brasileiras são favoráveis ao investidor estrangeiro. A hipótese deste trabalho é que nem todas as medidas promovem ou criam um ambiente atrativo para as empresas privadas estrangeiras investirem recursos e arrisquem sua reputação em determinados projetos.

Assim, trata-se de examinar criticamente o panorama atual que regula o acesso do investidor estrangeiro ao mercado elétrico, analisando se há criação de obstáculos para restringir (intencionalmente ou não) o acesso de estrangeiros ao setor.

No intuito de fazer esta análise, determinou-se relevante trazer um panorama histórico das principais modificações no setor elétrico, alimentado por fatores políticos e econômicos que influenciaram essas transformações. Na segunda seção, será feita uma análise da legislação nacional e dos requisitos exigidos aos investidores estrangeiros para acesso ao setor elétrico. Por fim, serão examinados os desafios enfrentados pelos investidores estrangeiros. Aplica-se a metodologia jurídico-dogmática, utilizando-se como marco teórico a construção feita pela autora Maria João Rolim de análise “sob a ótica do Direito Econômico os diversos aspectos jurídicos que envolvem a utilização da energia elétrica e o corrente processo de reestruturação do setor elétrico.”⁷

1. A ESTRUTURA DO SETOR ELÉTRICO – INÍCIO DO SÉCULO XX ATÉ A CRISE ENERGÉTICA EM 2001

No início do século XX, o setor elétrico brasileiro era formado, precipuamente, pelas companhias privadas Light and American & Foreign Power Co. (Amforp), cujas nacionalidades eram canadense e americana, respectivamente.⁸ Em virtude da ausência de uma legislação específica nesse setor, os serviços elétricos eram regulados por contratos privados⁹ entre empreendedores e o governo municipal, sendo que referidos contratos tinham como objeto principal a ocupação dos bens públicos e potenciais hidráulicos.

Com o advento da Constituição da República

Federativa do Brasil em 1934, um novo cenário para o setor elétrico brasileiro foi definido, uma vez que este diploma legal garantiu a centralização, pela União, da outorga de todos os seguimentos do setor de energia: geração, distribuição e transmissão.¹⁰

No mesmo ano, o Decreto nº 26.234/1934 mais conhecido como “Código de Águas” foi promulgado e este estabeleceu o prazo para concessões em trinta anos, podendo chegar a cinquenta anos, caso houvessem investimentos significativos pelos empreendedores.¹¹

O Código de Águas determinava o direito de autoridades públicas supervisionarem as empresas no setor elétrico com objetivo de verificar as atividades exercidas¹². Além disso, também estabelecia o critério para o processo simplificado para autorização ou concessão de exploração de usinas de energia hidráulica, entre outras medidas.¹³

Com advento do Decreto-Lei nº 852/1938, novas exigências passaram a ser adotadas especificamente no tocante à construção de linhas de transmissão e redes de distribuição, dado que referida norma estabeleceu a necessidade de autorização federal para tais obras e, em 1940, passou a ser exigida a autorização federal para construção de usinas hidroelétricas e usinas térmicas.¹⁴⁻¹⁵

No mesmo sentido que o Código de Águas, o Decreto-Lei N. 3.763/1941 estabeleceu que a supervisão deveria ser realizada pelas autoridades públicas, incluindo a supervisão no âmbito da contabilidade financeira. O objetivo dessa medida era garantir que os serviços disponibilizados à população seriam apropriados, que a tarifa de energia elétrica seria razoável e que as empresas apresentassem uma estabilidade financeira.¹⁶

A década de 1940 foi marcada pelo Governo Federal concentrando seu poder e intervenção na economia. Devido à alta demanda de energia elétrica ocasionada pela industrialização e pelo papel de interventor, o governo brasileiro também desempenhou o papel de empreendedor no setor elétrico.

O Decreto-Lei n. 8.031/1945 representou o

período de intervenção, concedendo autorização para a criação e construção da Companhia Hidro Elétrica do São Francisco (CHESF) em 1945¹⁷. O referido decreto também realizou o desmembramento entre geração e distribuição de energia, cuja responsabilidade pela construção de usinas e linhas de transmissão passou a ser da União e os Estados-membros responsáveis pela distribuição. Importante esclarecer que há exceções, dado que empresas como Cemig, CESP, Copel e CEEE são geradoras de energia construídas pelos Estados-membros de suas respectivas localizações: Minas Gerais, São Paulo, Paraná e Rio Grande do Sul.

O domínio pelo Estado na expansão do setor elétrico brasileiro consolidou-se com a criação da Eletrobrás, em 1962¹⁸, uma vez que esta empresa concentrou atividades como planejamento, financiamento e expansão da oferta¹⁹. Este modelo surtiu efeitos positivos, com a significativa elevação da oferta de energia elétrica.²⁰

Todavia, após vinte anos, uma grave crise assolou o setor elétrico. Esta crise foi desencadeada pela extinção de impostos e utilização de tarifas, tal fato resultou na cessação do financiamento do setor elétrico, fazendo com que o Estado ficasse impossibilitado de investir e proporcionar o crescimento necessário.²¹

Até o início da década de 1990 o modelo de monopólio estatal era presente, todavia, devido às mudanças ocorridas na década de 1980 e a crise financeira enfrentada em diversas áreas da economia fizeram com que este modelo se apresentasse frágil e ineficiente diante das demandas sociais e econômicas.

À época, o papel do Estado passou a ser questionado, dado que para impulsionar novamente a economia era preciso que o Estado intervisse em menor escala na atividade econômica, especialmente nas atividades relacionadas à prestação de serviços públicos de energia elétrica.

Neste sentido, visando melhorias na economia como um todo, foi introduzido no mercado elétrico o regime competitivo²², fazendo com que empresas componentes deste segmento aumentassem sua eficiência. Com isto, entendeu-se necessário que algumas empresas estatais deve-

riam ser privatizadas, reduzindo seu poder de mercado e introduzindo o regime competitivo. Após a crise de 1980, o governo brasileiro decidiu reformar o setor elétrico. No início dos anos 1990, o Governo Federal concedeu um incentivo aos Estados para privatizar as empresas públicas, especialmente, os distribuidores de energia elétrica, objetivando obter recursos financeiros e estabelecer um sistema competitivo para o setor elétrico.²³

Em 1995, publicou-se a Lei nº 8.987 definindo as regras gerais para nortear a prestação dos serviços públicos, assim como os direitos e obrigações dos concessionários de serviço público e usuários, além de regular os reajustes e revisões tarifárias necessários para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das concessões.²⁴

Ainda, no mesmo ano, a Lei nº 9.074/1995 trouxe importantes modificações para o setor elétrico, uma vez que criou figuras importantes para continuar impulsionando a competitividade. Assim, surgiram o Produtor Independente de Energia (PIE)²⁵ e o Consumidor Livre, sendo que a grande alteração no cenário foi a permissão para que ambos negociassem o valor da energia elétrica produzida pelo PIE.²⁶

Passados alguns anos e observada a ineficiência de toda modificação até então realizada no setor elétrico, no início do segundo trimestre de 2001 foi verificado que a maior fonte de geração de energia elétrica, ou seja, os reservatórios estavam abaixo de 40% do nível de capacidade de armazenamento, e um racionamento de energia elétrica era inevitável.²⁷

Assim, em 01 de junho de 2001 o governo decretou racionamento de energia elétrica em todo País, com exceção da região Sul²⁸. Diante deste cenário, o governo determinou cotas de consumo (ou seja, residências e indústrias deveriam utilizar determinada quantidade mensal de energia), aumentou as tarifas incidentes sobre a energia elétrica, e ainda, propôs o pagamento de bônus para os usuários que economizassem energia durante a fase do racionamento.

Apenas em Fevereiro de 2002 o Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS)²⁹ determinou que o racionamento fosse encerrado, e após a análise econômico-financeira de todo o período

em que a energia foi racionada verificou-se que este fato impactou negativamente a produção industrial.³⁰

Considerando que à época a legislação sobre a matéria era vaga e por vezes conflitante, não definindo claramente direitos e obrigações de cada agente do setor elétrico, a principal consequência era o afastamento de investidores privados, que por falta de segurança não celebravam negócios jurídicos com empresas do setor elétrico.

A crise levou ao recuo de diversos investidores privados do setor elétrico brasileiro³¹, levando a criação de um novo sistema com órgãos capazes de guiar e supervisionar as atividades desse setor.

Esse movimento foi essencial para a reestruturação, desenvolvimento e operação do setor elétrico. Com objetivo de endereçar as mudanças necessárias, criou-se o Ministério de Minas e Energia - MME, responsável pela criação e implementação das políticas no setor elétrico. A Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL)³² também foi criada com a responsabilidade pela regulação e supervisão das atividades desenvolvidas pelos agentes de geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia.

Atualmente, o mercado elétrico é dividido em dois ambientes, a saber: “Ambiente de Contratação Regulada” e “Ambiente de Contratação Livre”.

No Ambiente de Contratação Regulada, a compra de eletricidade se dá através de leilões em que as concessionárias ou permissionárias de serviço público realizam em atendimento às exigências da Lei nº 10.848/2004³³. Mencionados leilões são realizados pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE) e pela ANEEL, caso em aqueles participantes do leilão que forem declarados vencedores do certame deverão firmar com a concessionária ou permissionária de serviço público um contrato público registrado.³⁴

Por outro lado, no Ambiente de Contratação Livre os geradores, comercializadores e consumidores livres e especiais podem estabelecer as quantidades de energia, preço e demais condições de fornecimento de forma discricionária.

A segregação entre “Ambiente de Contratação Regulada” e “Ambiente de Contratação Livre” resultou da segmentação do setor elétrico brasileiro, processo que promoveu a instauração do regime competitivo, assim como manteve os segmentos de distribuição e transmissão regulados.

2. OS REQUISITOS PARA ACESSO DO INVESTIDOR ESTRANGEIRO NO SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO

O principal objetivo das diversas reformas implementadas no setor elétrico brasileiro consistiu em instituir um mercado competitivo e atrair mais investimentos para financiar o setor e desenvolver a infraestrutura.

O novo modelo regulatório buscava um mecanismo liberal com menos intervenção estatal, autorizando a geração e a distribuição dos serviços elétricos a serem executados pelos agentes privados. Com essa autorização, as empresas públicas foram privatizadas, consolidando um novo paradigma do setor privado como investidor do setor elétrico.

Os últimos eventos na regulação do setor elétrico brasileiro demonstraram ser favoráveis aos investidores estrangeiros. O governo federal promoveu eventos para anunciar que antigas restrições para o acesso ao setor elétrico brasileiro foram removidas.³⁵

O então Ministro das Minas e Energia, Eduardo Braga, anunciou em outubro de 2015 que o governo brasileiro havia retirado as barreiras ao investidor estrangeiro no setor elétrico brasileiro. Eduardo Braga também reafirmou que a segurança jurídica permanece como um dos principais comprometimentos da política pública brasileira e que o sistema atual de tarifas é bastante favorável.³⁶

Assim, o objetivo desta seção é examinar os requisitos necessários para o acesso do investidor estrangeiro no setor elétrico brasileiro. As opções de investimento incluem o comércio de eletricidade e a participação em leilões para geração e transmissão de energia elétrica. Esses investimentos são materializados a partir dos contratos de concessão com a característica de investimentos a longo-prazo, equacionando os

riscos e lucros do investimento.³⁷

Assim sendo, os requisitos a serem analisados neste trabalho se referem ao investimento estrangeiro direto (IED), espécie de investimento caracterizado por ser de longo-prazo, com transferência de um considerável volume financeiro, intenção de obter lucro por um longo período e autonomia para gerência do projeto.³⁸

Configuram-se aplicáveis outros elementos para caracterização do IED, como também o controle e o gerenciamento da pessoa jurídica, com interferência nas atividades administrativas da empresa.³⁹

A geração de eletricidade pode envolver fontes tradicionais de energia ou fontes renováveis.⁴⁰⁻⁴¹ A promoção do investimento no setor energético pode ter dois lados como o investimento direto feito pelo governo na infraestrutura ou pelos atores privados, através da outorga de concessão. O artigo 176 da Constituição Federal de 1988 dispõe que o monopólio da exploração das jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica são de propriedade da União.⁴²

De acordo com a legislação brasileira, qualquer concessão, permissão ou autorização para explorar serviços ou instalações de energia elétrica ou energia hidráulica deve observar as disposições da Lei N. 8.987/95, que determinam o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal. Deve-se observar, ainda, a Lei N. 9.074/2004, que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos.⁴³

O processo de leilão para geração e transmissão de eletricidade é organizado pela ANEEL,⁴⁴ observando a aplicação da legislação nacional (Lei n. 10.848/2004 e Decreto-Lei n. 5.163/2004).

O primeiro aspecto de preocupação do investidor estrangeiro é abertura da economia nacional para o capital estrangeiro, assim como a segurança jurídica das transações. No caso do Brasil, alguns setores da economia ainda não estão abertos a pessoas jurídicas com controle estrangeiro. O “critério de controle” é um mecanismo utilizado pelo regulador nacional para restringir

a participação de empresas estrangeiras em setores do mercado brasileiro.⁴⁵

Em relação à nacionalidade dos atores privados, a reforma da Constituição Federal Brasileira ocorreu em 1995, conforme disposto abaixo:

“§ 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o “caput” deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.”⁴⁶

Após a Emenda Constitucional n. 6 de 1995, as pessoas jurídicas incorporadas pelas leis brasileiras com sede no território nacional com controle estrangeiro⁴⁷ passaram a ser autorizadas a configurar como concessionárias ou permissionárias no setor energético. Dessa forma, as empresas com controle estrangeiro que queiram investir no setor elétrico brasileiro podem fazê-lo a partir de autorização governamental ou incorporando uma filial ou subsidiária no Brasil.

No âmbito do leilão realizado pela ANEEL, como o Leilão n. 01/2016 para geração de energia elétrica⁴⁸, as empresas estrangeiras são autorizadas a participar do leilão desde que criem uma sociedade de propósito específico (SPE) incorporada pelas leis brasileiras.⁴⁹

O mesmo requisito foi incluído no edital n. 02/2015 - ANEEL para geração de energia renovável⁵⁰ e do edital n. 06/2014 para geração de energia hidráulica, solar, eólica e termal.⁵¹

O edital de leilão n. 13/2015 - ANEEL estabeleceu, ainda, que o leilão para a construção de linhas de transmissão de energia elétrica, empresas estrangeiras poderiam competir individualmente sem necessidade de criar uma SPE.⁵²

Nesse caso, as empresas estrangeiras teriam que demonstrar, através da documentação necessária, capacidade legal e apontar os representantes autorizados da empresa no Brasil. Outro requisito interessante está relacionado aos leilões em que há consórcios participantes. No caso de um

consórcio ser formado por empresas brasileiras e estrangeiras, o consórcio deve ser mandatoriamente liderado por uma empresa brasileira.⁵³

3. ANÁLISE CRÍTICA DOS DESAFIOS PARA O INVESTIDOR ESTRANGEIRO ACESSAR O MERCADO ELÉTRICO BRASILEIRO

Objetiva-se, assim, analisar criticamente quais requisitos impostos aos investidores estrangeiros no setor elétrico se configuram como obstáculos para o acesso e manutenção do investimento a longo-prazo. Como mencionado anteriormente, o foco da nossa análise se limita aos investimentos estrangeiros direto no setor elétrico brasileiro, assim o investimento de portfólio e outros setores da economia não foram analisados.

Diante dos requisitos apresentados na seção anterior, entendemos que o requisito imposto às empresas estrangeiras para que venham a constituir uma SPE como condição para participar dos leilões de energia elétrica configura um desafio aos investidores estrangeiros.

Pode-se destacar outros desafios no mercado brasileiro como a insegurança jurídica⁵⁴, instabilidade política e falta de transparência, entre outros⁵⁵. É preciso debater sobre uma transformação no sistema jurídico além de apenas aditar a legislação atual. Esses desafios acabam por reduzir a atratividade do mercado elétrico brasileiro aos investidores estrangeiros, impactando a habilidade do governo em obter recursos financeiros para investimento na infraestrutura.

Em termos de limites impostos ao investimento estrangeiro em setores específicos da economia, existem dois tipos de restrições - aquelas que limitam a participação de empresas estrangeiras no exercício de atividades em setores estratégicos da economia e as que impõem restrição à participação de indivíduos estrangeiros no quadro societário de empresas brasileiras.⁵⁶

As restrições impostas pelo legislador nacional baseiam-se no protecionismo dos interesses nacionais e proteção de determinados setores da economia que são considerados essenciais e/ou estratégicos.⁵⁷

Por um lado, comunicação setores é um setor que ainda sofre com esse tipo de restrição. Por outro lado, os setores de óleo e gás, aviação e o setor energético são exemplos de setores que passaram a permitir maior flexibilidade na participação de estrangeiros.

O mesmo não ocorre com o setor de comunicação. A Constituição Federal de 1988 determina que a propriedade de qualquer empresa no setor de comunicação deve ser restrita aos indivíduos brasileiros ou empresas brasileiras com sede no Brasil:

“Art. 222. A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País”.

No caso de pessoas jurídicas, estas devem apresentar um quadro societário composto com pelo menos 70% das ações ou das ações com direito de voto de titularidade direta ou indireta de indivíduos brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, os quais devem exercer a gestão das atividades e estabelecer o conteúdo da programação.⁵⁸

No setor de aviação, o transporte doméstico está estritamente reservado às empresas brasileiras, como dispõe o “Art. 216. Os serviços aéreos de transporte público doméstico são reservados às pessoas jurídicas brasileiras.”⁵⁹

Os estrangeiros podiam participar em apenas 20% das ações votantes de uma pessoa jurídica brasileira. No entanto, esse cenário acabou de mudar. Em 2016, a Câmara aprovou uma Medida Provisória aprovando 100% do capital estrangeiro com direito a voto em empresas aéreas.⁶⁰ No mês de dezembro de 2018, o presidente Michel Temer assinou a Medida Provisória n. 863⁶¹ que revogou o artigo 181 do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7.565/1986). A Medida Provisória n. 863:

Revoga exigências previstas no Código Brasileiro de Aeronáutica para concessão de serviços aéreos públicos, dentre as quais destacam-se: (a) que 80% do capital com direito a voto seja pertencente a brasileiros; (b) que a direção seja confiada exclusivamente a bra-

sileiros; (c) que as ações com direito a voto sejam nominativas na hipótese em que a empresa for constituída sob a forma de sociedade anônima; e (d) que os atos constitutivos e modificações dependam de prévia autorização da autoridade aeronáutica.⁶²

Desse modo, o novo artigo 181 do Código Brasileiro de Aeronáutica passa a vigorar com nova redação “Art. 181. A concessão ou a autorização somente será concedida a pessoa jurídica constituída sob as leis brasileiras, com sede e administração no País.”⁶³ Com essa medida provisória, desde que a empresa seja brasileira, não importando a origem do capital, ela poderá ser concessionária de serviços aéreos públicos.

No caso do setor de óleo e gás, o artigo 177 determina que se trata de monopólio da União a pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos. Com a Emenda Constitucional n. 9 de 1995, alterou-se o parágrafo primeiro do artigo 177 da Constituição Federal, em que se passou a permitir que “a União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei”.

As autoras Laís Almada e Virgínia Parente descrevem essas alterações: “*These provision were amended to maintain the Union’s monopoly over oil and gas, but, at the same time, to allow International Oil Companies to act in Brazil*”.⁶⁴ Pode-se dizer que a Emenda Constitucional n. 9 de 1995 teve um significativo impacto e reorientou o sistema jurídico de exploração de óleo e gás no Brasil.

Essa mudança de paradigma também ocorreu no setor energético com o advento da Emenda Constitucional n. 6 de 1995 que alterou a redação do artigo 176, §1º da Constituição Federal:

§ 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o “caput” deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou

terras indígenas.

A nova redação excluiu o trecho da redação anterior que dizia “por brasileiros ou empresa brasileira de capital nacional” e passou a determinar que o requisito seria “por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País”.⁶⁵

Além do desafio imposto aos investidores estrangeiros que devem criar uma sociedade de propósito específico para participar dos leilões no setor elétrico, existem outras questões que também impõem desafios. Um exemplo seria a existência de um critério de desempate em licitações, dando preferência aos bens e serviços produzidos no País ou produzidos ou prestados por empresas brasileiras (artigo 3º, §2º, II e III da Lei 8.666/93).

É verdade que com a nova redação do artigo 3º, §2º, I da Lei 8.666/93 dada pela Lei n. 12.349 de 2010, exclui-se o critério de desempate determinado pelos bens ou serviços “produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional”, na mesma linha das outras alterações constitucionais mencionadas anteriormente.

No entanto, continua a se beneficiar a produção nacional em detrimento dos estrangeiros, demonstrando certo protecionismo estatal prejudica a própria economia brasileira.

Na opinião de Patrícia Baptista, o modelo de licitação e a legislação aplicável não permitem a atração de investimento que o governo brasileiro deseja⁶⁶. A razão para isso é que os contratos de concessão com o Estado brasileiro são tão favoráveis ao Estado e o judiciário brasileiro é tão paternalista e protetivo que o resultado é uma relação de prejuízo financeiro para o investidor estrangeiro. Um exemplo de tal paternalismo consiste na inobservância do direito da empresa privada requerer a rescisão contratual no momento em que o ente público atrasa o pagamento da prestação por um período igual ou maior que 90 dias, conforme disposto no artigo 78, XV da Lei n. 8.666/93.⁶⁷

Para tanto, a consequência desse fenômeno consiste em um ambiente não-atrativo para o investidor estrangeiro e uma falta de interesse de investidores estrangeiros nos processos licitatórios

apresentados pelo governo brasileiro, levando a escassez de recursos financeiros para desenvolver o setor elétrico.

Um exemplo do desinteresse de investidores estrangeiros em procedimentos licitatórios ocorreu na contratação de geração de energia para as Olimpíadas no Rio de Janeiro. A Aggreko, referência como geradora de energia em grandes eventos, se retirou da licitação de fornecimento para a Olimpíadas do Rio de Janeiro de 2016 -

A geradora de energia para grandes eventos Aggreko se retirou da licitação de fornecimento para a Olimpíada do Rio de Janeiro no próximo ano, disse nesta segunda-feira à Reuters o Comitê Rio 2016, em um duro golpe aos organizadores à medida que correm contra o tempo para garantir eletricidade para o maior evento esportivo do mundo.⁶⁸

Em conclusão, entendemos que as autoridades públicas brasileiras deveriam se preocupar em endereçar as necessidades dos agentes privados, em especial, os investidores estrangeiros para aprimorar um ambiente mais benéfico ao investimento.

Previsões legais que apresentem consistência e coerência para a promoção e proteção do investimento estrangeiro em território nacional por um prazo longo são vitais para o desenvolvimento da infraestrutura, especialmente, em países em desenvolvimento.

A governança pública brasileira deve formar uma agenda dinâmica, eficiente e duradoura para atrair recursos para o desenvolvimento dos setores da economia, em especial, o elétrico.

Destaca-se, por fim, que envidar esforços por eficiência e efetividade não é sinônimo de um sistema de desregulação, já que “*regulations which encourage market dynamism, innovation and competitiveness improve economic performance*”.⁶⁹

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante a relevância do setor elétrico para a economia brasileira, deve-se concentrar a governança pública em gerenciar de maneira equilibrada as necessidades do Estado e a atração de investimentos externos para o desenvolvimento coe-

rente deste setor.

A partir de uma perspectiva histórica apresentada na primeira seção deste artigo, verificamos diversos eventos que modificaram o cenário legislativo e regulatório do setor elétrico brasileiro.

O marco da criação do Código de Águas, a edição do sistema de licitações através da Lei 8.666/93, a instituição de um sistema de concessões e permissões de serviços públicos no setor energético com o advento da Lei n. 9.074/95 e a segmentação do setor elétrico em geração, transmissão e distribuição. Todos esses eventos buscaram o desenvolvimento e aprimoramento do setor elétrico brasileiro, criando um ambiente de competitividade com redução da intervenção estatal, promovendo a participação dos agentes privados, inclusive dos investidores estrangeiros, como fonte de financiamento.

Inobstante todas as mencionadas modificações, os requisitos ainda impostos aos investidores estrangeiros, como aqueles inseridos nos editais de leilão, permanecem e consubstanciam até hoje uma forma de barreira à atração dos investimentos. Adicionalmente, existem questões presentes no Brasil como insegurança jurídica, instabilidade política, ausência de transparência e burocracia que são obstrutivas para o acesso do investidor ao mercado brasileiro. Após uma análise crítica feita neste trabalho, conclui-se pela necessária reformulação do sistema regulatório a fim de eliminar esses tipos de obstáculos, permitindo um acesso maior do investidor estrangeiro ao setor elétrico.

As autoridades públicas devem usar a regulação para promover eficiência, adequando a boa governança ao setor de infraestrutura, permitindo um ambiente favorável de investimento duradouro aos agentes privados. O Brasil precisa eliminar questões importantes que desencadeiam um resultado de risco e restringem o acesso de investimentos a setores tão importantes da nossa economia.

Bibliografia

ALMADA, Laís P.; PARENTE, Virgínia. Oil & Gas Industry in Brazil: A brief history and legal framework. *Panorama of Brazilian Law*. Vol 1, No 1, 2013, p. 223-252.

ANEEL. Editais de Geração. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/geracao4>. Acesso em 14 dez. 2018.

_____. Leilão nº 06/2014 - Processo nº 48500.002119/2014-16. Disponível em: http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/editais_geracao/documentos/EDITAL_Leilao_A-5_2014_republicacao_20len_.pdf. Acesso em 14 dez. 2018.

_____. Leilão nº 02/2015 - Processo nº 48500.005812/2014-41. Disponível em: http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/editais_geracao/documentos/EDITAL%20LFA%202015_.pdf. Acesso em 05 dez. 2018.

_____. Leilão nº 13/2015 - Processo nº 48500.000333/2015-19. Disponível em: http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audien-cia/arquivo/2015/080/documento/edital_leilao_13_2015_abertura_ap.pdf. Acesso em 10 dez. 2018.

_____. Leilão nº 01/2016 - Processo nº 48500.004029/2015-41. Disponível em: http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audien-cia/arquivo/2015/079/documento/edital_leilao_a-5_2016.pdf. Acesso em 10 dez. 2018.

_____. Leilão nº 02/2016 - Processo nº 48500.003092/2014-89 e 48500.003437/2015-85. Disponível em: http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/editais_geracao/documentos/Edital_leilao_02-2016_sistemas_isolados_vf.pdf. Acesso em 12 dez. 2018.

ARAÚJO, João Lizardo. A Questão do Investimento no Setor Elétrico Brasileiro: Reforma e Crise. Disponível em: <http://www.anpec.org.br/encontro2001/artigos/200104187.pdf>. Acesso em 08 dez. 2018..

BAPTISTA, Patricia. Governança Pública e Aperfeiçoamento Institucional da Administração Pública: Características fundamentais e perspectivas para a atuação do poder público de forma a atrair investimentos estrangeiros. In: *Simpósio Estadual de Investimentos*. Rio de Janeiro: Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro, I, 2016.

BNDES. Privatização no Brasil. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/>

sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/pnd/Priv_Gov.PDF. Acesso em 12 dez. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Decreto nº 24.643/1934 de 10 de julho 1934. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24643-10-julho-1934-498122-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 05 dez. 2018.

_____. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 12 dez. 2018.

_____. Constituição da República Federativa dos Estados Unidos do Brasil de 16 de Julho de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em 07 dez. 2018.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 07 dez. 2018.

_____. Decreto-Lei Nº 852, de 11 de novembro de 1938. Mantém, com modificações, o decreto n. 24.643, de 10 de julho de 1934 e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del0852.htm. Acesso em 07 dez. 2018.

_____. Decreto-Lei Nº 2.627, de 26 de setembro de 1940. Dispõe sobre as sociedades por ações. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2627.htm. Acesso em 08 dez. 2018.

_____. Decreto-Lei nº 3.763/1941 Consolida disposições sobre águas e energia elétrica, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del3763.htm#art144c. Acesso em 08 dez. 2018.

_____. Decreto-Lei Nº 4.657 de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm. Acesso em 14 dez. 2018.

_____. Decreto 5.163/2004. Regulamenta a

comercialização de energia elétrica, o processo de outorga de concessões e de autorizações de geração de energia elétrica, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5163.HTM. Acesso em 08 dez. 2018.

_____. Decreto-Lei nº 8.031 de 03 de outubro de 1945. Autoriza a organização da Companhia Hidro Elétrica do São Francisco. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del8031.htm. Acesso em 08 dez. 2018.

_____. Emenda Constitucional no. 6 de 15 de agosto de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc06.htm#art1. Acesso em 10 dez. 2018.

_____. Emenda Constitucional no. 9 de 09 de novembro de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/emc/emc09.htm. Acesso em 10 dez. 2018.

_____. Lei Nº 3.890-A, de 25 de abril de 1961. Autoriza a União a constituir a empresa Centrais Elétricas Brasileiras S. A. - ELETROBRÁS, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3890Acons.htm. Acesso em 10 dez. 2018.

_____. Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm. Acesso em 10 dez. 2018.

_____. Lei Nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7565.htm. Acesso em 10 dez. 2018.

_____. Lei Nº 8.422/1992. Dispõe sobre a organização de ministérios e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8422.htm. Acesso em 12 dez. 2018.

_____. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: [Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás e Energia, v. 5, n.1, p. 114-129, 2018](http://www.</p></div><div data-bbox=)

planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del8031.htm. Acesso em 12 dez. 2018.

_____. Lei Nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm. Acesso em 10 dez. 2018.

_____. Lei Nº 9.074, de 7 de julho de 1995. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9074cons.htm. Acesso em 10 dez. 2018.

_____. Lei Nº 10.848 de 15 de março de 2004. Dispõe sobre a comercialização de energia elétrica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.848.htm. Acesso em 10 dez. 2018.

_____. Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013. Dispõe sobre as concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, sobre a redução dos encargos setoriais e sobre a modicidade tarifária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/L12783.htm. Acesso em 11 dez. 2018.

_____. Medida provisória nº 714, de 1º de março de 2016. Extingue o Adicional de Tarifa Aeroportuária e altera a Lei nº 5.862, de 12 de dezembro de 1972, e a Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Mpv/mpv714.htm#art4. Acesso em 11 dez. 2018.

_____. Ministério de Minas e Energia. Disponível em: http://www.mme.gov.br/web/guest/pagina-inicial/manchete/-/asset_publisher/neRB8QmDsbU0/content/setor-eletrico-brasileiro-esta-aberto-a-investimentos-estrangeiros=-e-sem-restricoes-diz-braga;jsessionid=148F3A851FC66A0C0AEAA8D601BE0195.srv154. Acesso em 11 dez. 2018.

CAMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/TRANSPORTE-E-TRANSITO/>

511051-CAMARA-APROVA-MP-QUE-PERMITTE-100-DE-CAPITAL-ESTRANGEIRO-EM-EMPRESAS-AEREAS.html. Acesso em 11 dez. 2018.

CCEE. Disponível em: <https://www.ccee.org.br>. Acesso em 11 dez. 2018.

CALDAS, Geraldo Pereira. Concessões de serviços públicos de energia elétrica. 2a ed., Curitiba. Juruá, 2011

COSTA, José Augusto Fontoura. Direito internacional do investimento estrangeiro. Curitiba: Juruá, 2010.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. Direito Internacional Privado. Rio de Janeiro: Forense, 12 ed. Rev. atual. e ampl., 2016.

DOLINGER, Jacob. Sociedade de Economia Mista - Subsidiária no Exterior - Autorização Legislativa. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 203, p. 346-357.

DOLZER, Rudolph; SCHREUER, Christoph. Principles of International Investment Law. Oxford: Oxford University Press, 2. ed., 2012.

GALLO, Fabiano; LOBIANCO, Eduardo L. Electricity regulation in Brazil: overview. Disponível em: <http://us.practicallaw.com/8-545-7207?q=campos+mello>. Acesso em 05 dez. 2018.

GANIM, Antonio. Setor elétrico brasileiro: aspectos regulamentares, tributários e contábeis. Brasília: Canal Energia: Synergia, 2009.

KAERCHER Loureiro, Luiz Gustavo. A Indústria Elétrica e o Código de Águas. Porto Alegre: Fabris, 2007.

LEAL-ARCAS, Rafael; FILIES, Andrew; ABU GOSH, Ehab S. International Energy Governance: Selected Legal Issues. Cheltenham: Edward Elegg, 2014.

MOODY'S INVESTORS SERVICE. Moody's rebaixa rating do Brasil para Baa3 de Baa2; perspectiva é alterada para estável, 11 ago. 2015. Disponível em: https://www.moody.com/research/Moodys-rebaixa-rating-do-Brasil-para-Baa3-de-Baa2-perspectiva-PR_332264?lang=pt&cy=bra. Acesso em

07 dez. 2018.

OCDE. Policy Framework For Investment User's Toolkit: Chapter 10. Public Governance. Disponível em: <http://www.oecd.org/investment/toolkit/policyareas/publicgovernance/41890394.pdf>. Acesso em 05 dez. 2018.

PRADO, Thiago G. F. Políticas públicas e programas de desenvolvimento energético com foco em energias renováveis no Brasil: do planejamento setorial de infraestrutura em energia às perspectivas de mudanças globais para o acesso e uso de recursos energéticos. 2014. 256 f. Tese (Doutorado em Engenharia Elétrica) – Faculdade de Tecnologia, Universidade de Brasília, 2014.

REUTERS. Geradora de energia Aggreko se retira de licitação para Jogos Rio 2016. Disponível em: <http://br.reuters.com/article/sportsNews/idBRKBN0TX1WU20151214>. Acesso em 14 dez. 2018.

RIBEIRO, Marilda. Direito do Petróleo. Rio de Janeiro: Renovar, 3ª ed. rev., atual. e ampl, 2014.

ROLIM, Maria J. Pereira. Direito Econômico da Energia Elétrica. Rio de Janeiro: Forense, 1ª ed., 2002.

SORNARAJAH, M. The International Law on Foreign Investment. 3rd ed., New York: Cambridge University Press, 2010.

TIBURCIO, Carmen. Private International Law in Brazil: A brief overview. Panorama of Brazilian Law, vol. 1, n. 1, 2013, p. 11-37.

TIBURCIO, Carmen. Disciplina Legal da Pessoa Jurídica à Luz do Direito Internacional Brasileiro. Revista Semestral de Direito Empresarial, n. 8, 2011, p. 175-204.

TOLMASQUIM. Maurício T. Novo Modelo do Setor Elétrico Brasileiro. Rio de Janeiro: Synergia, 2ª ed., 2011.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. Disponível em: <https://www.transparency.org/cpi2015/>. Acesso em 14 dez. 2018.

Referências

- 1 LEAL-ARCAS, Rafael; FILIES, Andrew; ABU GOSH, Ehab S. *International Energy Governance: Selected Legal Issues*. Cheltenham: Edward Elgar, 2014, p. 15.
- 2 ROLIM, MARIA J. PEREIRA. *Direito Econômico da Energia Elétrica*. Rio de Janeiro: Forense, 1ª ed., 2002, p. 98.
- 3 SILVA, Suzana Tavares da. *Direito da Energia*. Coimbra Editora, 1ª ed., 2011, p. 13.
- 4 ROLIM, Maria J. Pereira. *Direito Econômico da Energia Elétrica*. Rio de Janeiro: Forense, 1ª ed., 2002, p. 98 e SILVA, Suzana Tavares da. *Direito da Energia*. Coimbra Editora, 1ª ed., 2011, p. 13.
- 5 ROLIM, Maria J. Pereira. *Direito Econômico da Energia Elétrica*. Rio de Janeiro: Forense, 1ª ed., 2002, p. 99.
- 6 ROLIM, Maria J. Pereira. *Direito Econômico da Energia Elétrica*. Rio de Janeiro: Forense, 1ª ed., 2002, p. 105.
- 7 ROLIM, Maria J. Pereira. *Direito Econômico da Energia Elétrica*. Rio de Janeiro: Forense, 1ª ed., 2002, p. 5
- 8 TOLMASQUIM. Maurício T. *Novo Modelo do Setor Elétrico Brasileiro*. Rio de Janeiro: Synergia, 2ª ed., 2011, p. 3.
- 9 Segundo Luiz Gustavo Loureiro Kaercher, os empreendedores podem ser definidos como empresas que ocupavam as propriedades públicas. No caso do setor elétrico, os empreendedores ocupavam rios, que eram caracterizados como bens públicos. Essas empresas exploravam o potencial elétrico dos rios para gerar eletricidade que era vendida pelos governos municipais através de contratos. KAERCHER Loureiro, Luiz Gustavo. *A Indústria Elétrica e o Código de Águas*. Porto Alegre: Fabris, 2007, p. 27.
- 10 Art. 119 da Constituição da República Federativa do Brasil em 1934 prevê que “O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, bem como das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, depende de autorização ou concessão federal, na forma da lei”. BRASIL. Constituição da República Federativa dos Estados Unidos do Brasil de 16 de Julho de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em 07 dez. 2018.
- 11 Art. 157 do Decreto-lei n. 24.642/1934 prevê que “As concessões, para produção, transmissão e distribuição da energia hydro-electrica, para quaesquer fins, serão dadas pelo prazo normal de 30 annos. Paragrapho unico. Excepcionalmente, si as obras e installações, pelo seu vulto, não comportarem amortização do capital no prazo estipulado neste artigo, com o fornecimento de energia por preço razoável, ao consumidor, a juízo do Governo, ouvidos os órgãos technicos e administrativos competentes, a concessão poderá ser outorgada por prazo superior, não excedente, porém, em hypothese alguma, de 50 annos.”. BRASIL. Câmara dos Deputados. Decreto nº 24.643 de 10 de julho 1934. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24643-10-julho-1934-498122-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 08 dez. 2018.
- 12 Art. 144 do Decreto-lei n. 24.642/1934 prevê que “O Serviço de Águas do Departamento Nacional de Produção Mineral do Ministério da Agricultura, é o órgão competente do Governo Federal para: c) fiscalizar a produção, a transmissão, a transformação e a distribuição de energia hidro-elétrica”. BRASIL. Câmara dos Deputados. Decreto nº 24.643 de 10 de julho 1934 (Redação dada pelo Decreto-lei nº 3.763, de 25.10.1941) Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24643-10-julho-1934-498122-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 08 dez. 2018.
- 13 Art. 140 do Decreto-lei n. 24.642/1934 prevê que “São considerados de utilidade pública e dependem de concessão. a) os aproveitamentos de quedas d’agua e outras fontes de energia hidráulica de potência superior a 150 kws. Seja qual for a sua aplicação. b) os aproveitamentos que se destinam a serviços de utilidade publica federal, estadual ou municipal ou ao comércio de energia seja qual for a potência”. BRASIL. Câmara dos Deputados. Decreto nº 24.643 de 10 de julho 1934. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24643-10-julho-1934-498122-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 08 dez. 2018.
- 14 BRASIL. Câmara dos Deputados. Decreto nº 24.643 de 10 de julho 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del0852.htm. Acesso em 10 dez. 2018.
- 15 GANIM, Antonio. *Setor elétrico brasileiro: aspectos regulamentares, tributários e contábeis*. Rio de Janeiro: Canal Energia: Synergia, 2009. p. 41.
- 16 Art. 178: “No desempenho das atribuições que lhe são conferidas, a Divisão de Aguas do Departamento Nacional da Produção Mineral fiscalizará a produção, a transmissão, a transformação e a distribuição de energia hidro-elétrica, com o triplice objetivo de: a) assegurar serviço adequado; b) fixar tarifas razoáveis; c) garantir a estabilidade financeira das empresas. Parágrafo único. Para a realização de tais fins, exercerá a fiscalização da contabilidade das empresas”. BRASIL. Decreto-Lei nº 3.763/1941 Consolida disposições sobre águas e energia elétrica, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del3763.htm#art144c. Acesso em 10 dez. 2018.
- 17 “Fica o Ministério da Agricultura autorizado a organizar uma sociedade por ações, com sede e foro na cidade do Rio de Janeiro, destinada a realizar o aproveitamento industrial progressivo da energia hidráulica do Rio São Francisco. Parágrafo único. Na organização da Sociedade, que se denominará Companhia Hidro Elétrica do São Francisco, observar-se-ão as normas constantes dos Estatutos anexos ao presente decreto-lei”. BRASIL Decreto-Lei nº 8.031 de 03 de outubro de 1945. Autoriza a organização da Companhia Hidro Elétrica do São Francisco. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del8031.htm. Acesso em 10 dez. 2018.
- 18 Eletrobrás was created by the Decree-Law nº 3.890-A/1961. BRASIL. Decreto Lei Nº 3.890-A/1961. Autoriza a União a constituir a empresa Centrais Elétricas Brasileiras S. A. - ELETROBRÁS, e dá outras pro-

- vidências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3890Acons.htm Acesso em 11 dez. 2018.
- 19 TOLMASQUIM. Maurício T. Novo Modelo do Setor Elétrico Brasileiro. Rio de Janeiro: Synergia; Empresa de Pesquisa Energética (EPE); Brasília, 2011. p. 5.
- 20 CALDAS, Geraldo P. Concessões de serviços públicos de energia elétrica. Curitiba: Juruá. 2a ed., 2011. p. 44.
- 21 TOLMASQUIM. Maurício T. Novo Modelo do Setor Elétrico Brasileiro. Rio de Janeiro: Synergia, 2a ed., 2011, p. 5.
- 22 TOLMASQUIM. Maurício T. Novo Modelo do Setor Elétrico Brasileiro. Rio de Janeiro: Synergia, 2a ed., 2011, p. 6.
- 23 Light, CPFL, Cerj, Enersul, Cemat, Coelba, Celce são exemplos de distribuidores de energia elétrica que foram privatizadas no início dos anos 1990. Disponível em: http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/pnd/Priv_Gov.PDF. Acesso em 08 dez. 2018.
- 24 BRASIL. Lei Nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm. Acesso em 08 dez. 2018..
- 25 Art. 11 da Lei No. 9.074/95 estabeleceu a criação do Produtor Independente de Energia (PIE), que consiste em uma empresa concessionária ou autorizatória para geração de energia elétrica e comercialização do todo ou parte da eletricidade. “Considera-se produtor independente de energia elétrica a pessoa jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebam concessão ou autorização do poder concedente, para produzir energia elétrica destinada ao comércio de toda ou parte da energia produzida, por sua conta e risco. Parágrafo único. O Produtor Independente de energia elétrica estará sujeito às regras de comercialização regulada ou livre, atendido ao disposto nesta Lei, na legislação em vigor e no contrato de concessão ou no ato de autorização, sendo-lhe assegurado o direito de acesso à rede das concessionárias e permissionárias do serviço público de distribuição e das concessionárias do serviço público de transmissão”. BRASIL. Lei Nº 9.074, de 7 de julho de 1995. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9074cons.htm. Acesso em 08 dez. 2018.
- 26 BRASIL. Lei Nº 9.074, de 7 de julho de 1995. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9074cons.htm. Acesso em 08 dez. 2018.
- 27 TOLMASQUIM. Maurício T. Novo Modelo do Setor Elétrico Brasileiro. Rio de Janeiro: Synergia, 2a ed., 2011, p. 14.
- 28 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/resolu%C3%A7%C3%A3o/RES04-01.htm Acesso em 11 dez. 2018.
- 29 “The basic role of the ONS is to co-ordinate and monitor generation and transmission operations in the national interconnected system (Sistema Interligado Nacional (SIN)), subject to regulation and supervision by ANEEL. Its institutional mission is to ensure users of the SIN of the continuity, quality and cost-efficient supply of electric energy. It also proposes expansions of the network and reinforcement of existing systems to be considered in planning extensions of transmission systems as well as rules for operating transmission installations in the SIN grid, subject to approval by ANEEL”. GALLO, Fabiano; LOBIANCO, Eduardo L. Electricity regulation in Brazil: overview. Disponível em: <http://us.practicallaw.com/8-545-7207?q=campos+mello>. Acesso em 02 dez. 2018.
- 30 Disponível em: http://www.ons.org.br/sala_imprensa/informativos_comunicado_racionamento.htm. Acesso em 12 dez. 2018.
- 31 TOLMASQUIM. Maurício T. Novo Modelo do Setor Elétrico Brasileiro. Rio de Janeiro: Synergia, 2a ed., 2011, p. 19.
- 32 ANEEL. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9427cons.htm. Acesso em 11 dez. 2018.
- 33 BRASIL. Lei nº 10.848/2004. Dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, altera as Leis nºs 5.655, de 20 de maio de 1971, 8.631, de 4 de março de 1993, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 9.478, de 6 de agosto de 1997, 9.648, de 27 de maio de 1998, 9.991, de 24 de julho de 2000, 10.438, de 26 de abril de 2002, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.848.htm. Acesso em 18 dez. 2018.
- 34 CCEE. Disponível em: <https://www.ccee.org.br>. Acesso em 09 dez. 2018.
- 35 BRASIL. Decreto n. 5.163/2004. Regulamenta a comercialização de energia elétrica, o processo de outorga de concessões e de autorizações de geração de energia elétrica, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5163.HTM. Acesso em 09 dez. 2018.
- 36 BRASIL. Ministério de Minas e Energia. Disponível em: http://www.mme.gov.br/web/guest/pagina-inicial/manchetel/-/asset_publisher/neRB8QmDsbU0/content/setor-eletrico-brasileiro-esta-aberto-a-investimentos--estrangeiros-e-sem-restricoes-diz-braga;jsessionid=148F3A851FC66A0C0AEAA8D601BE0195.srv154. Acesso em Acesso em 09 dez. 2018.
- 37 BRASIL. Lei Nº 9.074, de 7 de julho de 1995. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9074cons.htm. Acesso em 09 dez. 2018.
- BRASIL. Lei Nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013. Dispõe sobre as concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, sobre a redução dos encargos setoriais e sobre a modicidade tarifária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/L12783.htm Acesso em 09 dez. 2018.
- 38 “Economic science often assumes that a direct investment involves (a) the transfer of funds, (b) a longer term project, (c) the purpose of regular income, (d) the participation of the person transferring the funds, at least to some

- extent, in the management of the project, and (e) a business risk. These elements distinguish foreign direct investment from a portfolio investment (no element of personal management), from an ordinary transaction for purposes of sale of a good or a service (no management, no continuous flow of income), and from a short-term financial transaction". DOLZER, Rudolph; SCHREUER, Christoph. Principles of International Investment Law. Oxford: Oxford University Press, 2nd ed., 2012, p. 60.
- 39 COSTA, José Augusto Fontoura. Direito internacional do investimento estrangeiro. Curitiba: Juruá, 2010, p. 36.
- 40 PRADO, Thiago G. F. Políticas públicas e programas de desenvolvimento energético com foco em energias renováveis no Brasil: do planejamento setorial de infraestrutura em energia às perspectivas de mudanças globais para o acesso e uso de recursos energéticos. 2014. 256 f. Tese (Doutorado em Engenharia Elétrica) – Faculdade de Tecnologia, Universidade de Brasília, 2014, p. 2.
- 41 . REN 21. Renewables 2015 Global Status Report. 2015, p. 81-82. Disponível em: http://www.ren21.net/wp-content/uploads/2015/07/REN12-GSR2015-Onlinebook_low1.pdf. Acesso em 10 dez. 2018.
- 42 PRADO, Thiago G. F. Políticas públicas e programas de desenvolvimento energético com foco em energias renováveis no Brasil: do planejamento setorial de infraestrutura em energia às perspectivas de mudanças globais para o acesso e uso de recursos energéticos. 2014. 256 f. Tese (Doutorado em Engenharia Elétrica) – Faculdade de Tecnologia, Universidade de Brasília, 2014, p. 5.
- 43 BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 12 dez. 2018.
- 44 "As contratações, outorgas e prorrogações de que trata este artigo poderão ser feitas a título oneroso em favor da União". BRASIL. Lei Nº 9.074, de 7 de julho de 1995. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9074cons.htm. Acesso em 08 dez. 2018.
- 45 ANEEL. Editais de Geração. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/geracao4>. Acesso em 10 dez. 2018.
- 46 DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. Direito Internacional Privado. Rio de Janeiro: Forense, 12a ed. Rev. atual. e ampl., 2016, p. 261.
- 47 Art. 1º da Emenda Constitucional no. 6 de 15 de agosto de 1995. BRASIL. Emenda Constitucional no. 6 de 15 de agosto de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc06.htm#art1. Acesso em 11 dez. 2018.
- 48 DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. Direito Internacional Privado. Rio de Janeiro: Forense, 12a ed. Rev. atual. e ampl., 2016, p. 186.
- 49 ANEEL. Leilão nº 01/2016 - Processo nº 48500.004029/2015-41. Disponível em: http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2015/079/documento/edital_leilao_a-5_2016.pdf. Acesso em 14 dez. 2018.
- 50 ANEEL. Leilão nº 01/2016 - Processo nº 48500.004029/2015-41. Disponível em: http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2015/079/documento/edital_leilao_a-5_2016.pdf. Acesso em 14 dez. 2018, p. 6.
- 51 ANEEL. Leilão nº 02/2015 - Processo nº 48500.005812/2014-41. Disponível em: http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/editais_geracao/documentos/EDITAL%20LFA%202015_.pdf. Acesso em 14 dez. 2018, p. 6.
- 52 ANEEL. Leilão nº 06/2014 - Processo nº 48500.002119/2014-16. Disponível em: http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/editais_geracao/documentos/EDITAL_Leilao_A-5_2014_republicacao_20len_.pdf. Acesso em 08 dez. 2018, p. 6-7.
- 53 ANEEL. Leilão nº 13/2015 - Processo nº 48500.000333/2015-19 Disponível em: http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2015/080/documento/edital_leilao_13_2015_abertura_ap.pdf. Acesso em 08 dez. 2018, p. 6.
- 54 "Nos consórcios formados entre pessoas jurídicas de direito privado brasileiras e estrangeiras, a liderança do consórcio caberá, sempre, à pessoa jurídica de direito privado brasileira." ANEEL. Leilão nº 13/2015 - Processo nº 48500.000333/2015-19 Disponível em: http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2015/080/documento/edital_leilao_13_2015_abertura_ap.pdf. Acesso em 08 dez. 2018, p. 7.
- 55 ANEEL. Leilão nº 06/2014 - Processo nº 48500.002119/2014-16. Disponível em: http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/editais_geracao/documentos/EDITAL_Leilao_A-5_2014_republicacao_20len_.pdf. Acesso em 08 dez. 2018, p. 7.
- 56 "Regulatory clarity and certainty are valued by businesses and citizens". OECD. Policy Framework For Investment User's Toolkit: Chapter 10. Public Governance. Disponível em: <http://www.oecd.org/investment/toolkit/policyareas/publicgovernance/41890394.pdf>. Acesso em 15 dez. 2018, p. 2.
- 57 João Araujo list several policies that may hinder investments such as issues with tariff policies, characteristics of ARAUJO, João Lizardo. A Questão do Investimento no Setor Elétrico Brasileiro: Reforma e Crise. Disponível em: < <http://www.anpec.org.br/encontro2001/artigos/200104187.pdf>>. Acesso em 15 dez. 2018, p. 10-11.
- 58 TIBURCIO, Carmen. Disciplina Legal da Pessoa Jurídica à Luz do Direito Internacional Brasileiro. Revista Semestral de Direito Empresarial, n. 8, 2011, p. 175-204, p.184.
- 59 TIBURCIO, Carmen. Disciplina Legal da Pessoa Jurídica à Luz do Direito Internacional Brasileiro. Revista Semestral de Direito Empresarial, n. 8, 2011, p. 175-204, p.185.
- 60 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil DE 1988. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 08 dez. 2018.
- 61 BRASIL. Lei Nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7565.htm Acesso em 08 dez. 2018..
- 62 The aviation sector is one example of the restriction of foreign capital in the corporations exploring

activities in sensitive sector of Brazilian economy. Recently, the parliament approved the participation of 100% of foreign capital in the ordinary shares of Brazilian corporations. CAMARA DOS DEPUTADOS. <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/TRANSPORTE-E-TRANSITO/511051-CAMARA-APROVA-MP-QUE-PERMITE-100-DE-CAPITAL-ESTRANGEIRO-EM-EMPRESAS-AEREAS.html>. Acesso em 08 dez. 2018.

61

62 BRASIL. Medida Provisória nº 863, de 2018. Abertura do setor aéreo ao capital estrangeiro. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/134935>. Acesso em 15 dez. 2018

63 BRASIL. Texto Medida Provisória nº 863, de 2018. Abertura do setor aéreo ao capital estrangeiro. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7895921&ts=1544815629048&disposition=inline>. Acesso em 15 dez. 2018

64 ALMADA, Laís P; PARENTE, Virgínia. Oil & Gas Industry in Brazil: A brief history and legal framework. *Panorama of Brazilian Law*, vol. 1, n. 1, 2013, p. 223-252, p. 227.

65 BRASIL. Emenda Constitucional no. 6 de 15 de agosto de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc06.htm#art1. Acesso em 10 dez. 2018.

66 BAPTISTA, Patricia. Governança Pública e Aperfeiçoamento Institucional da Administração Pública: Características fundamentais e perspectivas para a atuação do poder público de forma a atrair investimentos estrangeiros. In: *Simpósio Estadual de Investimentos*. Rio de Janeiro: Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro, I, 2016.

67 BRASIL. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del8031.htm. Acesso em 16 dez. 2018.

68 REUTERS. Geradora de energia Aggreko se retira de licitação para Jogos Rio 2016. Disponível em: <http://br.reuters.com/article/sportsNews/idBRKBN-0TX1WU20151214>. Acesso em 11 dez. 2018.

69 OECD. Policy Framework For Investment User's Toolkit: Chapter 10. Public Governance. Disponível em: <http://www.oecd.org/investment/toolkit/policyareas/publicgovernance/41890394.pdf>. Acesso em 14 dez. 2018. p. 4.