

DEVER FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO AMBIENTAL EM ÉPOCA DE CONSTITUCIONALISMO VERDE: O CASO DA ENERGIA

FUNDAMENTAL DUTY OF ENVIRONMENTAL PROTECTION ON THE GREEN CONSTITUTIONALISM: THE CASE OF ENERGY

Vanessa Audrey Alves *

Rodrigo Lucas Carneiro Santos **

RESUMO

A problemática que envolve o texto está em descobrir as relações entre o dever fundamental de proteção ambiental em uma época de constitucionalismo verde e um desenvolvimento tecnológico e competitivo do setor da energia que seja mais aberto aos pequenos atores econômicos. Com isso em mente, o objetivo geral do texto é elucidar a questão supramencionada, mostrando como o equilíbrio normativo constitucional abre um amplo leque de oportunidades para fortalecer a área energética. Para tanto, optou-se por se iniciar a escrita com a ideia e o significado jurídico dos deveres fundamentais, passando então por algumas considerações a respeito do equilíbrio normativo constitucional e das relações entre direitos e deveres, para depois entrar na parte dedicada ao constitucionalismo verde, ao dever fundamental de proteção ambiental e ao desenvolvimento energético.

PALAVRAS-CHAVE: Dever fundamental; Meio ambiente; Constitucionalismo verde; Concorrência; Energia.

ABSTRACT

The questions discussed into the text are related with the discovery the relationships between the fundamental duty of environmental protection in an era of green constitutionalism and the technological and competitive development of the sector of energy, this being more open to small economic players. With this in mind, the general purpose of the paper is to clarify the above issue, showing how the constitutional normative balance opens a wide range of opportunities to strengthen the sector of energy. To this objective, we chose to start writing about the idea and the legal significance of the fundamental duties, and then continue with some considerations regarding the constitutional normative balance and the relations between rights and duties, for then enter into the section devoted to green constitutionalism, fundamental duty of environmental protection and the development of the sector of energy.

KEYWORDS: Fundamental duty; Environment; Green constitutionalism; Competition; Energy.

* Graduada em Direito no Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. Currículo lattes: < <http://lattes.cnpq.br/5060132015930953>>. E-mail: vanessa_audrey@hotmail.com.

** Aluno especial do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (Mestrado em Direito Econômico) da Universidade Federal da Paraíba. Currículo lattes: < <http://lattes.cnpq.br/8194163745298928>>. E-mail: rodrigo.lucas@outlook.com.

1 INTRODUÇÃO

Ao buscar trabalhar o tema dos deveres fundamentais, a proposta deste artigo está em compreender a Constituição brasileira de 1988 – CF/88 – dentro de sua perspectiva solidária, enfatizando, portanto, uma característica normativa que permite que ela seja duradoura e que englobe também um direito-dever de proteção ambiental. Isso leva em consideração que é importante que haja um equilíbrio normativo no texto constitucional, revelando-se assim uma Lei Fundamental com direitos, mas também com deveres. Observe, todavia, que não se está apregoando uma ordem jurídica com deveres em excesso, até mesmo porque é no catálogo de direitos (e na efetividade dos mesmos) que se vê, consoante já ensinava Rudolf von Ihering, o desenvolvimento político e o idealismo de um povo.

Na prática social, a importância do tema também está relacionada com o futuro da vida humana civilizada e suas facilidades, tal como se conhece hoje, com os carros, aviões, eletrodomésticos, e tudo o mais que é indispensável à sociedade moderna, como o funcionamento de hospitais e escolas, refrigeração de alimentos e remédios, utilização de computadores pessoais, entre outras coisas, estas que estão intimamente relacionadas ao uso diário de energia.

Entretanto, não é somente sobre a teoria dos deveres fundamentais que se sustenta o presente artigo, mas é partir daí para lançar um olhar sobre como o dever fundamental de proteção ambiental abre perspectivas, em conjunto com o direito constitucional da concorrência, para o desenvolvimento do setor energético no Brasil. Isso porque a corrida contra a grave crise ambiental e de escassez energética é um fenômeno global, e que se agrava com a proximidade do fim das fontes fósseis de produção de energia, especialmente o petróleo e o carvão mineral, matérias-primas que hoje são a força motriz da economia mundial.

A partir dessa situação, será lançado um olhar para o Direito Constitucional e para o Direito da Concorrência, o que terá por objetivo apontar os benefícios advindos da concorrência no setor energético como meio para impulsionar e concretizar o desenvolvimento sustentável, além de promover a proteção ao meio ambiente, dever este previsto na CF/88.

Com esse direcionamento, verificar-se-á que apesar de uma natural grande dificuldade de entrada no mercado da energia, em muito devido aos altos investimentos iniciais necessários, ainda falta um adequado programa de incentivos à pesquisa científica com viés específico na área. Assim, a geração e distribuição de energia (sobretudo elétrica)

não opera seu máximo potencial de evolução por não contar com mais participantes na rede da economia, em um fenômeno que é conhecido como *network externalities* (efeitos externos de rede), teoria pela qual o nível de qualidade de produtos e/ou serviços está relacionado com a quantidade de participantes no mercado.

A problemática que envolve o texto está em descobrir as relações entre o dever fundamental de proteção ambiental em uma época de constitucionalismo verde e um desenvolvimento tecnológico e competitivo do setor da energia que seja mais aberto aos pequenos atores econômicos. Com isso em mente, o objetivo geral do texto é elucidar a questão supramencionada, mostrando como o equilíbrio normativo constitucional abre um amplo leque de oportunidades para fortalecer a área energética.

2 IDEIA E SIGNIFICADO JURÍDICO DOS DEVERES FUNDAMENTAIS

Nos países da América Latina que tiveram uma conturbada situação política na segunda metade do século XX, os povos enfrentaram diversos regimes militares decorrentes da bipolaridade da disputa de poder que vigorava na época da Guerra Fria, e, em certo sentido, isso fez com que debater acerca dos deveres¹ em uma época de redemocratização soasse como um verdadeiro crime ou pecado gravíssimo. As pessoas tinham acabado de sair de um tempo de grande repressão política, que tinha por característica uma desmesurada quantidade de deveres em relação ao pequeno número de direitos realmente efetivos. Todavia, com o passar dos anos, e a volta da discussão jurídica sobre cidadania² e solidariedade, volta à tona a conversa constitucional com os deveres fundamentais³.

Entretanto, é preciso entender que somente pode ser considerado um dever fundamental mediante a consagração expressa ou que seja implícita uma posição fundamental

¹ Sobre a ideia de dever jurídico, é possível encontrar uma definição inicial em De Plácido e Silva, quando ensina: “O dever jurídico, dependa ou não da vontade humana, estabelece sempre um *vinculum juris*, de que se gera a necessidade jurídica de ser cumprido aquilo a que se é obrigado”. Ver: SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Atualização de Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro, 2005, p. 455.

² Nesse sentido ver: LIMA, Francisco Gérson Marques de. Os deveres constitucionais: o cidadão responsável. BONAVIDES, Paulo (Org.); LIMA, Francisco Gérson Marques de (Org.); BEDÊ, Fayga Silveira (Org.). **Constituição e democracia**. Estudos em homenagem ao Prof. J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 178.

³ Nesse sentido, importa colacionar o pensamento de Arthur Kaufmann, que diz: “Um dever, e portanto, também um dever jurídico, terá necessariamente, para ser um verdadeiro dever, que se fundamentar moralmente tendo em conta o seu efeito vinculante em face da consciência (não se está com isto a afirmar que o direito e a moral se identificam)”. Ver: KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Tradução de António Ulisses Cortês. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, p. 292.

da pessoa em relação à sociedade e ao Estado.⁴

Por deveres fundamentais não devem somente ser entendidos aqueles que são decorrentes dos próprios direitos, ou em outras palavras, a outra metade dos direitos, na medida em que quando surge o direito para uma determinada pessoa, na outra ponta da relação jurídica surgiria um dever correspondente, ao menos de respeitar o direito do outro. Também é isso. Todavia, dever fundamental representa muito mais. Trata-se verdadeiramente de uma categoria autônoma dentro do direito constitucional, que também tem suas conexões com os direitos fundamentais, até mesmo em virtude do princípio da unidade da Constituição, mas que é transcendente, visto que há deveres que não possuem direitos correspondentes.

No Brasil, a doutrina pouco tem se debruçado sobre a temática, ao menos em comparação com a profusão de textos que versam sobre direitos fundamentais. Talvez por ser uma matéria pouco palpitante dentro do Direito Constitucional. Tratar dos deveres e obrigações dos cidadãos, especialmente nos países ocidentais de forte tradição de ideais libertários, não é bem aceito, nem mesmo nos círculos jurídicos. Obviamente, não se está aqui a dizer que não há doutrina brasileira sobre deveres constitucionais/fundamentais, mas sim que sua abordagem ainda é bastante tímida frente aos avanços em sede de direitos fundamentais, e isso por si só justifica o presente artigo.

Isso posto, impende dizer que a Constituição de 1988 traz, em uma série de dispositivos, referências expressas a deveres constitucionais, tais como os artigos 144 (segurança pública como dever do Estado), 196 (Saúde como dever do Estado), 205 e 208 (dever do Estado com a educação), 217 (dever do Estado em fomentar práticas esportivas), 225 (dever fundamental de proteção ambiental), dentre outros, ou seja, existem diversos deveres conexos a direitos, bem como deveres constitucionais do Estado em relação ao indivíduo e à coletividade⁵. Porém, em que pese todos serem deveres constitucionais, somente alguns deles são deveres fundamentais, isso com base no próprio critério de legitimidade acima pontuado, os deveres fundamentais requerem uma participação ativa na vida pública⁶ e na busca pela transformação das estruturas sociais, do que pode ser exemplo o dever de defesa

⁴ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina: 2009, p. 64.

⁵ Sobre a extensão e os limites dos deveres constitucionais e dos deveres fundamentais, ver, por todos: MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. Los deberes fundamentales. **Doxa** – Cuadernos de Filosofía del Derecho, v.4, p. 329-341, 1987, p. 331 e ss.; ROIG, Rafael de Asis. **Deberes y obligaciones en la Constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

⁶ Com um opinativo forte sobre a importância dos deveres fundamentais na perspectiva de participação ativa do indivíduo na vida pública, ver: LIMA, Francisco Gérson Marques de. Os deveres constitucionais: o cidadão responsável. BONAVIDES, Paulo (Org.); LIMA, Francisco Gérson Marques de (Org.); BEDÊ, Fayga Silveira (Org.). **Constituição e democracia**. Estudos em homenagem ao Prof. J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 176 e 177.

da pátria (consubstancializado pelo dever de alistamento militar constante no artigo 143 da Constituição Federal), votar (artigo 14, §1º) e pagar impostos (dever fundamental implícito constante do Título VI - da Tributação e do Orçamento, Capítulo 1 – do Sistema Tributário Nacional, da Constituição brasileira).

Com efeito, Emerson Garcia⁷ observa que os deveres fundamentais trazem consigo a ideia de imposição constitucional aos cidadãos, podendo se caracterizar como a “manifestação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, indicando a necessidade de os cidadãos participarem ativamente da vida pública e de se empenharem, solidariamente, na transformação das estruturas sociais”. Porém, é necessário acrescentar, conjuntamente com Peces-Barba Martínez⁸, que os deveres são recíprocos entre os indivíduos e o Estado de Direito. Nesse sentido, ao Estado cabe proteger a pessoa humana e suas famílias de maneira completa, utilizando-se de todos os meios à disposição para que os indivíduos tenham um mínimo necessário a uma vida digna, o que por certo inclui efetivar direitos sociais e de solidariedade, como é o da proteção ambiental.

3 EQUILÍBRIO NORMATIVO CONSTITUCIONAL E AS RELAÇÕES ENTRE DIREITOS E DEVERES

O equilíbrio normativo constitucional depende de relações diretas e indiretas entre direitos e deveres constitucionais. Isso porque as Constituições, e assim também a CF/88, para serem duradouras e tidas como boas, devem ser voltadas para a cidadania e para a ideia de solidariedade, que são preceitos basilares da própria história constitucional dos países ocidentais. Nesse sentido, mister perceber que o que dá a tônica da legitimidade, para o tratamento com autonomia tanto dos direitos fundamentais quanto dos deveres fundamentais, é ver o ser humano tanto como ser livre e responsável quanto como um ser comunitário.

Observe que não se trata de utilizar os princípios fundamentais (e dentro deste capítulo, na Constituição brasileira, podem ser encontrados a cidadania, a soberania, a dignidade da pessoa humana) para resolver todas as relações jurídicas, sob pena de esvaziar o sentido deles. Nesse aspecto, Vieira de Andrade⁹ afirma que: “a liberdade dos homens não pode confundir-se com a justiça social ou com a democracia política, nem ser-lhes

⁷ GARCIA, Emerson. **Conflito entre normas constitucionais**. Esboço de uma teoria geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 152 e 153.

⁸ MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. Los deberes fundamentales. **Doxa** – Cuadernos de Filosofía del Derecho, v.4, p. 329-341, 1987.

⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 79.

sacrificada”. Isso significa que a doutrina dos deveres fundamentais não pode ser extremista e correr o risco de pender excessivamente ao ponto de ser apenas o contraponto dos direitos fundamentais, mas também não pode querer ressuscitar o direito tal como o era nos regimes totalitários, ou seja, transfigurar os deveres para uma situação que signifique opressão ao catálogo de direitos fundamentais.

A ordenação política democrática e pluralista envolve a construção constitucional de direitos e deveres em equilíbrio, não necessariamente em uma mesma posição jurídica (em que pese terem a mesma dignidade constitucional), mas sim em respeito às posições do outro como cidadão, tanto em relação aos direitos desse outro, quanto aos direitos de toda a coletividade.¹⁰

Contribui ainda para uma melhor compreensão da doutrina dos deveres fundamentais, entender que o constitucionalismo no Brasil (pós-ditadura militar) é de conquista de direitos fundamentais. Porém, como dito alhures, no plano jurídico, isso não reflete na subalternização dos deveres fundamentais aos direitos fundamentais. Corrobora esse pensamento o professor Jorge Miranda¹¹, ensinando que apesar de serem poucos os deveres fundamentais *stricto sensu*, ficam “imprejudicados os vastíssimos deveres nas relações das pessoas entre si. E não envolve desconsideração no plano ético, até porque a reivindicação de direitos bem pode fundar-se na necessidade ou na vontade de cumprimento de deveres”.

Acerca das relações entre direitos e deveres fundamentais e o equilíbrio normativo, o professor Francisco Rubio Llorente¹² afirma que a relação entre a proteção do direito e a imposição do dever é imediata, e mais, que a validade constitucional da norma que impõe um dever pode ser questionada, em relação ao fim por ela perseguido. Nesse sentido, complementa Álvaro Rodríguez Bereijo¹³ que a relação de poder que liga o Estado aos seus cidadãos envolve uma série de direitos e deveres que derivam, em última análise, da própria pertença do indivíduo à comunidade constitucional, e ainda de sua participação na vida estatal.

Os fins dos deveres fundamentais, portanto, estão diretamente relacionados à vida em

¹⁰ Nesse sentido, Peces-Barba Martínez explica que o exercício dos deveres fundamentais não está relacionado exclusivamente a outro cidadão como titular de um dado direito subjetivo, mas, de outra maneira, e como já foi acima exposto, o dever fundamental também alcança uma dimensão social geral, que beneficia todas as pessoas e à representação jurídica destas, que é o próprio Estado. Ver: MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. Los deberes fundamentales. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v.4, p. 329-341, 1987, p. 336 e 337.

¹¹ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: direitos fundamentais. 3ª ed. Coimbra, 2000, Tomo IV, p. 77.

¹² LLORENTE, Francisco Rubio. Los deberes constitucionales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, v.62, año 21, p. 11-56, Mayo/Agosto 2001, p. 18 e 19.

¹³ BEREIJO, Álvaro Rodríguez. El deber de contribuir como deber constitucional. Su significado jurídico. *Revista española de Derecho Financiero*, vol.125, p. 5-40, Enero-Marzo 2005, p. 20.

comunidade, e tem fortes relações com os direitos fundamentais. Isso pode ser mesmo verificado na Constituição brasileira, que em seu Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I – Dos direitos e deveres individuais e coletivos, aborda, ao mesmo tempo e local, direitos e deveres fundamentais. Entretanto, registre-se que não só existem direitos e deveres fundamentais neste capítulo, mas que, de outra forma, podem ser encontrados por toda a extensão do texto constitucional, como é exemplo o aqui trabalhado dever fundamental de proteção ambiental, que está posicionado no artigo 225 da CF/88.

No que se refere à relação entre direitos e deveres fundamentais, é de se dizer inicialmente que um funciona como limite do outro, como uma espécie de freios e contrapesos tão típica do direito constitucional. Isso impede a prevalência absoluta de direitos individuais, como também impede que os direitos da comunidade passem por cima do indivíduo comum. Além disso, em algumas situações, as relações entre eles são tão fortes que há uma dificuldade em separá-los, sob pena de não se entender o real alcance da disposição constitucional, como é o caso do dever fundamental de proteção do meio ambiente, que se mistura com o direito fundamental correlativo, de sorte que alguns autores¹⁴ veem a necessidade de uma conformação legislativa para esclarecer quais são os deveres e quais são os direitos, visando uma maior efetividade da Lei Fundamental.

Assim, o equilíbrio normativo constitucional depende de uma série de fatores, inclusive das relações conflituosas entre os próprios deveres fundamentais, demonstrando-se uma boa e efetiva relação entre direitos e deveres fundamentais, assim como entre deveres fundamentais e princípios fundamentais, e as próprias relações entre os deveres fundamentais, como essenciais para se ter uma Constituição duradoura e verdadeiramente democrática.

4 DIREITO-DEVER FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO AMBIENTAL

Para começar a discorrer acerca do dever fundamental de proteção ambiental, é preciso dizer que este pertence àquela categoria de deveres fundamentais não autônomos, ou seja, que possui uma ligação direta com um direito fundamental, qual seja, o direito das presentes e futuras gerações¹⁵ a um meio ambiente equilibrado e conservado em sua máxima

¹⁴ Por todos: GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. O cidadão responsável e o dever fundamental de proteção ambiental. In: COUTINHO, Ana Luisa Celino (Org.); BASSO, Ana Paula (Org.); CECATO, Maria Áurea Baroni (Org.); FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer (Org.). **Direito, cidadania e desenvolvimento**. Florianópolis: Conceito, 2012, p. 398.

¹⁵ GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. O cidadão responsável e o dever fundamental de proteção ambiental. In: COUTINHO, Ana Luisa Celino (Org.); BASSO, Ana Paula (Org.); CECATO, Maria Áurea Baroni (Org.);

medida.¹⁶ Trata-se então de um direito-dever de proteção inserido na CF/88 em seu artigo 225. É a consagração em nível máximo do equilíbrio normativo constitucional tratado no item anterior.

Essa ideia de inserção de um dever constitucional de caráter fundamental para a proteção do meio ambiente se deve ao desenvolvimento acelerado do processo de industrialização das economias globalizadas, bem como com a consequente deterioração do meio ambiente ocasionado pelo aumento dos níveis de consumo e da poluição.¹⁷

O advento do Estado Democrático de Direito, que hoje é um Estado socioambiental, alterou o compromisso constitucional para um que prevê que o ambiente equilibrado deve estar atrelado à concretização de direitos sociais, econômicos e culturais. Nesse tipo de Estado deve haver um ajustamento da atividade econômica em prol da efetivação dos princípios constitucionais, projetando o desenvolvimento econômico e social de forma ambientalmente correta e sustentável. Segundo Vasco Pereira da Silva¹⁸ é indiscutível a necessidade de se tratar ecologia como problema da sociedade ou como questão política.

O direito ao desenvolvimento deve sempre observar a questão ambiental, até porque o direito-dever de proteção ambiental é tema de importância singular na CF/88, que nos termos do artigo 170, *caput*, e inciso VI, estabelece que a ordem econômica tem por desígnio garantir a todos uma vida digna, baseada nos ditames da justiça social, observados, dentre outros princípios, o da defesa do meio ambiente. Percebe-se que a partir daí surge uma forte conexão entre o direito-dever ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado e as questões inerentes ao desenvolvimento nacional e humano.

Ressalte-se que desenvolvimento sustentável e humano não significa uma parada no processo de crescimento econômico.¹⁹ O ecólogo indiano Raman Sukumar *apud* Diegues²⁰ ensina que “qualquer plano grandioso de conservação da vida selvagem sem se levar em conta

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer (Org.). **Direito, cidadania e desenvolvimento**. Florianópolis: Conceito, 2012, p. 395.

¹⁶ KRELL, Andreas Joachim. Comentário ao artigo 225. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 2082.

¹⁷ Nesse mesmo sentido, analisando a situação da perspectiva da Constituição espanhola, ver: CALLEJÓN, Francisco Balaguer (Coord.). **Manual de Derecho Constitucional**. Derechos y libertades fundamentales. Deberes constitucionales y principios rectores. Instituciones y órganos constitucionales. Vol.2. 5ª ed. Madrid: Tecnos, 2010, p. 448.

¹⁸ SILVA, Vasco Pereira da. **Verde cor de direito**. Lições de direito do ambiente. Coimbra: Almedina, 2005, p. 17.

¹⁹ ALVES, Vanessa Audrey; SANTOS, Rodrigo Lucas Carneiro. Desenvolvimento energético versus direito dos grupos indígenas: ponderações constitucionais. In: 33º Encontro Nacional dos Estudantes de Direito - ENED 2012, 2012, João Pessoa. **Direitos humanos e modelo de desenvolvimento econômico**. Crato, CE: Fundação Araripe, 2012, p. 7.

²⁰ DIEGUES, Antonio Carlos. **Etnoconservação: novos rumos para a proteção da natureza nos trópicos**. 2ª ed. São Paulo: Hucitec – NUPAUB/USP, 2000, p. 81.

adequadamente os interesses humanos deverá fracassar”. A atual macropolítica econômica tenta favorecer as ações que promovam o crescimento de longo prazo e sustentável, de maneira que a conservação não acabe com o consumo, pois o consumo move a economia tal como esta hoje está configurada.

5 CONSTITUCIONALISMO VERDE E ECONOMIA SUSTENTÁVEL

O dever fundamental de proteção ambiental também está diretamente correlacionado ao crescimento econômico do país, devendo-se, em se tratando de desenvolvimento energético, utilizar ao máximo novas formas de geração de energia, sempre menos poluentes.

Assim, antes de quaisquer delongas sobre o assunto, importa compreender a acepção dada a palavra “desenvolvimento” no presente texto constitucional. O professor Eros Roberto Grau²¹ ressalta que os princípios que orientam a CF/88 são mutáveis no tempo, no espaço e culturalmente, e isso se pode constatar na própria evolução histórica das constituições brasileiras, que mostram que o texto constitucional deve ser vivo, no sentido de estar em consonância com a sua época e realidade.

Nas Constituições anteriores à de 1988, o crescimento econômico estava acima de quaisquer apreensões outras, seja com o meio ambiente ou até outras questões sociais. Acerca disso, Celso Furtado²² preleciona que a inquietação com o desenvolvimento costumava se centrar em investimentos e no puro crescimento econômico, sem se ater às necessidades fundamentais da coletividade. Assim, a preocupação era meramente quantitativa e visava um constante aumento do Produto Interno Bruto (PIB), porém deixava de lado os problemas socioambientais.

Na CF/88 é possível constatar uma inclinação do constituinte originário em busca de um equilíbrio normativo constitucional que possa levar a um desenvolvimento nacional mais equilibrado. Nesse sentido, o artigo 174 da Lei Fundamental, em seu parágrafo 1º, dispõe que: “a lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento”. Tal preceito normativo é decorrente de um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, que está posto no artigo 3º, inciso II, da CF/88. Com isso,

²¹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. Interpretação e crítica. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 324.

²² FURTADO, Celso. **O mito do desenvolvimento econômico**. São Paulo: Paz e Terra S/A, 1994, p. 94 e 95.

importa lembrar o pensamento de Friedrich Müller²³, para quem no Estado Democrático de Direito não se pode abrir mão da maior materialização possível do texto constitucional, pois os objetivos da República foram listados com o intuito de transformar e melhorar o quadro social e político.

Nesse contexto, e indo ao encontro da ideia posta neste trabalho, a CF/88 aponta a livre iniciativa e concorrência como ideias principiológicas voltadas à consecução dos objetivos elencados na própria Lei Suprema, nomeadamente a valorização do trabalho humano, a justiça social e um meio ambiente equilibrado.

Dessa forma, a ordem democrática centrada no texto constitucional leva a pensar o direito como tendo também uma função econômica e social, na medida em que caberia a este orientar, regular e realizar os objetivos elencados em seu texto a partir dos subsídios que lhe são dados pelo programa da norma. Ou seja, a interpretação das disposições acerca da concorrência será econômica, social e prática.²⁴ Nessa mesma linha de raciocínio, Juarez Freitas²⁵ aponta que a abordagem mais eficaz dos princípios e das regras não será aquela unidirecional, mas aquela que pretenda unir o desenvolvimento em suas diversas dimensões.

O direcionamento constitucional da matéria está no sentido de que a proteção da concorrência deve ser feita para melhorar o potencial da economia nacional frente aos desafios da nova era que se vive, com todos os seus problemas ambientais existentes.

A busca desregrada pelo crescimento econômico, fundada nos lucros, na lógica do mercado e no consumismo vem levando a humanidade a um grande colapso social e ambiental. Nas palavras de José Rubens Morato Leite²⁶: “O modo de vida humano não consegue abandonar a ideia de que o ambiente é, de alguma forma, servil”. Dessa forma, constata-se que a natureza sempre foi vista como um meio propiciador de lucros e destituída de qualquer valor essencial ao bem-estar da sociedade.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, José Afonso da Silva²⁷ critica os modelos de desenvolvimento que foram cultivados no Brasil, edificados sob o pensamento de que os

²³ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho no direito constitucional**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 36.

²⁴ No mesmo sentido, ver: GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. Interpretação e crítica. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 120; MULLER, Friedrich. Op. Cit., p. 26; NEVES, A. Castanheira. **A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia**: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. Coimbra, 2003, p. 57 e 58.

²⁵ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 1ª ed. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p.319.

²⁶ LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Org.); LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 159.

²⁷ SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 25.

países pobres não deveriam se preocupar com proteção ambiental. Indo além nessa mesma perspectiva, Juarez Freitas²⁸ conclui pela necessidade de uma mudança nos paradigmas de estudo, saindo do paradigma decadente (o da insaciabilidade compulsiva, que preza pelo crescimento econômico como fim em si mesmo e da preservação com o meio ambiente como preocupação adiável) para entrar no moderno paradigma emergente (o da sustentabilidade).

A consequência desse imediatismo econômico, com exagerada exploração dos recursos e necessidade de lucros a curto prazo, fica claro nos ensinamentos de Alier²⁹, quando diz: “O lucro está no presente e os custos localizam-se no futuro”. Corroborando esse pensamento, Sarlet e Fensterseifer³⁰ ensinam que do ponto de vista ecológico, as ações humanas e suas consequências se mostram cumulativas e cogitadas para o futuro. Diante dessa realidade, Varela Gonçalves³¹ ressalta a necessidade da conservação do meio ambiente por todos, uma vez que a degradação ambiental se mostra tão avançada que o Estado precisa de ajuda para amenizar esse quadro.

Existem dois valores que estão expressos na CF/88, em se tratando de desenvolvimento econômico sustentável, que precisam ser analisados sob a ótica da otimização e concretização máxima dos preceitos constitucionais. São eles: desenvolvimento socioeconômico e proteção do meio ambiente. Apesar de estarem aparentemente em conflito, o constituinte os instituiu sob a concepção dos postulados da razoabilidade/proporcionalidade, que devem levar a uma melhora na promoção do bem-estar e qualidade de vida dos cidadãos³². A esta fusão entre os dois valores constitucionais retromencionados se dá o nome de desenvolvimento sustentável.³³

²⁸ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao Futuro**. 1ª ed. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 79.

²⁹ ALIER, Joan Martínez. **O ecologismo dos pobres: conflitos ambientais e linguagens de valoração**. Tradução de Maurício Waldman. São Paulo: Contexto, 2009, p. 118.

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental: estudos sobre a Constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 32.

³¹ GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. O cidadão responsável e o dever fundamental de proteção ambiental. In: COUTINHO, Ana Luisa Celino (Org.); BASSO, Ana Paula (Org.); CECATO, Maria Áurea Baroni (Org.); FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer (Org.). **Direito, cidadania e desenvolvimento**. Florianópolis: Conceito, 2012.

³² Seguindo o entendimento de proteção do meio ambiente como corolário de uma solidariedade constitucional que funde valores, ver: FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 1ª ed. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 41, onde se lê: “A *responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar físico, psíquico e espiritual, em consonância homeostática com o bem de todos*”.

³³ E essa é uma ideia já defendida por renomados constitucionalistas, tais como o alemão: HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução (da 20ª edição alemã) do Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 31 e 33. Ademais, no tange à ideia

O princípio constitucional do desenvolvimento sustentável³⁴ (que faz parte dessa nova perspectiva de uma constituição verde ou de um esverdear constitucional) estabelece a necessidade de otimização de todos os preceitos, sujeitando-se o crescimento econômico a uma forte preocupação social e ecológica. Posto que, como ressalta Juarez Freitas³⁵, o único desenvolvimento que interessa é o correlacionado à sustentabilidade. Trata-se aqui do desenvolvimento duradouro, equilibrado e homeostático.

Segundo Canotilho³⁶, a consolidação dos preceitos constitucionais ambientais dependerá dos administradores públicos e privados operarem de forma a colocar o meio ambiente como fim das suas decisões e, não como meio. Assim, a economia deve se amoldar às necessidades de um Estado constitucional ecológico e de uma democracia empenhada na causa da sustentabilidade.

Destarte, importa ainda ressaltar que o direito-dever de proteção ambiental não deve ser encarado como um entrave ao desenvolvimento, mas sim como o mandamento de associação e unificação de perspectivas diversas, pois descuidar do ambiente significa descuidar não apenas de uma prosperidade econômica equilibrada, mas também da manutenção da sociedade tal como ela é atualmente.³⁷ Ensina Diegues³⁸ que o que se propõe não é um regresso ao estado de natureza, mas uma mudança na interação do homem com esta, de forma a alterar a atual tendência de relações destrutivas. Este novo modelo de desenvolvimento para o século XXI, harmonizando e priorizando as dimensões econômica, social e ambiental, surge para solucionar o embaraço entre crescimento econômico e redução da pobreza, de um lado, e preservação ambiental de outro. Sustenta-se que estes não são objetivos excludentes.

Mais do que uma promessa de um mundo melhor, o constitucionalismo verde,

de desenvolvimento sustentável, é preciso ver as lições de: SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 26 e 27.

³⁴ Para estudar as ideias precursoras do que hoje se denomina “desenvolvimento sustentável”, ver: DIEGUES, Antonio Carlos. **O mito moderno da natureza intocada**. 5 ed. São Paulo: Hucitec; Núcleo de Apoio à Pesquisa sobre Populações Humanas e Áreas Úmidas Brasileiras, USP, 2004, p. 29. Para fins suplementares, acrescenta-se uma definição adicional de desenvolvimento sustentável, constante do livro: AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. **Direito ambiental esquematizado**. 2ª ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense/Método, 2011, p. 45, onde se lê: “*Este princípio decorre de uma ponderação que deverá ser feita casuisticamente entre o direito fundamental ao desenvolvimento econômico e o direito à preservação ambiental, à luz do Princípio da Proporcionalidade*”.

³⁵ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 1ª ed. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 50.

³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional ambiental português e da União Europeia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Org.); LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.25.

³⁷ Nesse sentido: FRIEDMAN, Thomas L. **Quente, plano e lotado: os desafios e oportunidades de um novo mundo**. Tradução Paulo Afonso. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010, p. 15.

³⁸ DIEGUES, Antonio Carlos. Op. Cit., p. 29.

portanto, é um compromisso de melhorar a qualidade de vida atual e também das gerações que estão por vir. E isso requer ações comissivas e mudanças de comportamento de todas as pessoas, sejam elas públicas ou privadas.

6 DESENVOLVIMENTO ENERGÉTICO NO CONSTITUCIONALISMO VERDE

É inquestionável que as sociedades a nível mundial necessitam de uma cada vez maior geração de energia para mover suas economias e aumentar os índices de crescimento econômico e até de desenvolvimento humano. É nesse sentido que Friedman³⁹ conclui que os problemas que afligem os países pobres, no setor energético, são decorrentes da inexistência de estratégia e da falta de empresas públicas e governos que funcionem eficientemente para resolver o que ele denominou de problemas estruturais que achatam o mundo e excluem aqueles pouco ou não competitivos.

Sem uma fonte de energia confiável e eficiente que forneça energia de forma satisfatória ao cidadão, a vida de todos é afetada de forma negativa, tamanha a indispensabilidade desta no dia-a-dia. Lembrando que, ainda no dizer de Friedman⁴⁰, atualmente o acesso à energia é tão fundamental quanto o direito ao ar e à água, não podendo ser olvidado pelos planejadores incumbidos de promover o crescimento econômico. E conclui o autor norte-americano⁴¹ advertindo que “a pobreza energética não apenas mantém as pessoas mais vulneráveis mergulhadas no atraso, como também nos priva a todos de suas contribuições em potencial”.

Em relação ao mercado de energia elétrica, percebe-se que existe uma situação real na qual há perda de eficiência, utilização de fontes energéticas do passado, linhas de transmissão a muito não atualizadas, tudo o que vem a ocasionar uma perda potencial no bem estar da população, posto que inexistente apoio em grau suficiente para motivar as grandes e pequenas empresas à um esforço de pesquisa e desenvolvimento (P&D).

Ainda no que tange ao mercado brasileiro da energia, a despeito dos altos custos de entrada que somente permitem que poucas empresas atuem no setor, falta uma maior coordenação governamental para inclusão de novos jovens pesquisadores e empreendedores na busca por soluções de mobilidade elétrica.

A força normativa do CF/88, em se tratando da liberdade de concorrência do artigo

³⁹ FRIEDMAN, Thomas L. **Quente, plano e lotado**: os desafios e oportunidades de um novo mundo. Tradução Paulo Afonso. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010, p. 250 e 251.

⁴⁰ Ibidem, p. 255.

⁴¹ Ibidem, p. 253.

170, inciso IV, não está sendo concretizada, ao menos no que tange ao setor da energia elétrica. Teoricamente, liberdade de concorrência consiste em liberdade para estar e se movimentar no mercado, adentrar no mercado e ter a garantia de atuação em condições de igualdade, sem que isso seja obliterado por gigantes econômicos que usem de meios desleais e/ou abusem do seu poder econômico.⁴²

A própria construção desse ambiente concorrencial no Brasil, no qual estejam garantidas as condições que estimulem a inovação, é de uma importância estratégica para o desenvolvimento sustentável e qualitativo. Com a dificuldade dos custos de entrada, cabe ao governo estimular a criação de uma rede de pequenas e médias empresas focadas em pesquisa e desenvolvimento de novas tecnologias energéticas, e que garantam ao mesmo tempo maior disponibilidade de empregos, elevação da renda de parcela da população, efetivação do direito-dever de proteção ambiental e o advento de novas “ilhas” de desenvolvimento tecnológico.⁴³

Nessa linha de raciocínio, o economista indiano Amartya Sen⁴⁴ ensina que “as liberdades não são apenas os fins primordiais do desenvolvimento, mas também os meios principais”. Isso para dizer que a liberdade, como um dos principais meios para o desenvolvimento, precisa ser preservada e cuidada pelo povo e pelo Estado, e está claro que, em questões econômicas e energéticas, isso é de primeira necessidade. A utilização máxima do potencial empresarial local combinado com investimentos estrangeiros, políticas fiscais rígidas (porém indutivas) e facilidade ao crédito, são poderosos ingredientes para o sucesso de qualquer país, sobretudo daqueles em desenvolvimento.

A escassez de energia produz muitos efeitos negativos. No dizer de Alves e Santos⁴⁵, sem o acesso adequado à energia elétrica (entenda como confiável e de preço razoável), os países pobres ficam à mercê do subdesenvolvimento, marginalizados pela

⁴² Nesse sentido estão os ensinamentos de: BOMFIM, Diego. **Tributação e livre concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 177; CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 1.072; MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 1.819; SILVA, Mário Manuel Coelho da. **Pressuposto e objeto da concorrência desleal**. Coimbra: dissertação do Curso Complementar de Ciências-Jurídicas policopiada, 1965, p. 15 e 16.

⁴³ Ver: BRUNA, Sérgio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 145; MARTINEZ, Ana Paula. Controle de concentrações econômicas no Brasil: passado, presente e futuro. **Revista do IBRAC**, São Paulo, v.18, p.11-57, 2010, p. 56 e 57; SILVA, Miguel Moura e. **O abuso de posição dominante na nova economia**. Coimbra: Almedina, 2010, p. 18.

⁴⁴ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 25.

⁴⁵ ALVES, Vanessa Audrey; SANTOS, Rodrigo Lucas Carneiro. Desenvolvimento energético versus direito dos grupos indígenas: ponderações constitucionais. In: 33º Encontro Nacional dos Estudantes de Direito - ENED 2012, 2012, João Pessoa. **Direitos humanos e modelo de desenvolvimento econômico**. Crato, CE: Fundação Araripe, 2012, p. 8.

pobreza e submetidos à séria instabilidade social.

Diante desse quadro acima descrito, é preciso compreender as conexões entre o desenvolvimento energético e a sustentabilidade. Nesse sentido, Juarez Freitas⁴⁶ ressalta que a importância da “aproximação do cenário de autonomia energética com os investimentos contínuos (públicos e privados) nas energias renováveis e na geração de milhões de empregos verdes”.

Acontece que o setor de geração e comercialização de energia é dominado por “monopólios” de empresas que dispõem de grande poderio econômico para realizar os investimentos de entrada no mercado, de que ficam excluídas as pequenas e médias empresas, e milhares de engenheiros e cientistas que poderiam, com algum investimento, pensar soluções para o problema energético. Esse quadro desfavorece a evolução e a implantação de novas tecnologias de geração e distribuição de energia advinda de fontes consideradas limpas ou renováveis, tais como a eólica, solar, dos mares e biomassa. Com isso, sem os positivos ‘problemas’ concorrenciais, todo o segmento anda a passos muito lentos, o que desfavorece o consumidor e também o direito-dever fundamental de proteção ambiental.

Viver no século XXI é conviver com desafios novos, inclusive no setor da energia. Friedman⁴⁷, em seu livro “Quente, Plano e Lotado”, cita o que, na ótica dele, são os cinco grandes problemas mundiais, quais sejam: demanda e oferta de energia, ditadura do petróleo, mudanças climáticas, pobreza energética e perda de biodiversidade. Outra questão importante, segundo os ensinamentos de Suzana Tavares⁴⁸, e que é um dos pontos que mais precisam ser incentivados, é a *mobilidade elétrica*, que fará com que seja possível equalizar as demandas tanto nos horários de pico quanto nos horários em que a rede é subutilizada. Contudo, isso torna ainda mais necessária a alocação de recursos para pesquisa e desenvolvimento, especialmente de meios de transporte elétricos que possam ser atrelados à rede e que, por sua própria energia de movimentação mecânica, possam colaborar para aumentar a oferta de energia e reduzir custos.

Como dito alhures, a questão energética merece atenção não só pela sua importância econômica e social, como também pelas consequências ambientais advindas da escolha das matrizes energéticas. A incessante busca pelo crescimento econômico, durante toda a história, acabou deixando a preocupação com o ecossistema de lado, e a consequência disso se colhe

⁴⁶ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 1ª ed. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p.144.

⁴⁷ FRIEDMAN, Thomas L. **Quente, plano e lotado**: os desafios e oportunidades de um novo mundo. Tradução Paulo Afonso. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010, p. 101.

⁴⁸ SILVA, Suzana Tavares da. **Direito da energia**. Coimbra, 2011, p. 135.

na forma de graves danos ambientais. A pesquisa sobre a reinvenção das formas de geração de energia certamente veio para transformar o século XXI, destacando-se a maior criatividade na geração de energia sustentável e no melhor aproveitamento dos recursos naturais.

Apostar em novos métodos de geração de energia para ultrapassar os problemas de mudança climática, promover o desenvolvimento econômico sustentável e a segurança energética traz diversos benefícios. O relatório “Governança da Eficiência Energética”, da *International Energy Agency*⁴⁹, lista algumas delas: (a) Fornece a energia a preços mais acessíveis para os consumidores; (b) Reduz a intensidade energética; (c) Aumenta a competitividade econômica industrial e nacional; (d) Reduz os custos de produção; (e) Reduz as importações de energia; (f) Reduz a demanda interna para maximizar as exportações; (g) Aumenta a confiabilidade; (h) Controla o crescimento da demanda energética; (i) Reduz a poluição local e em interiores.

O mundo presencia uma nova era energética. A escolha das fontes de energia renováveis e a criação e aprimoramento de tecnologias inovadoras são requisitos fundamentais para uma política energética sustentável. Há uma necessidade de desenvolver a economia por meio de inovações constantes e muita criatividade, sem descurar do meio ambiente. Nesse ponto, a concorrência se mostra uma forma bastante eficaz de alcançar esses objetivos, e a CF/88 (na forma de seus constituintes) compreendeu bem a questão, atrelando a ordem econômica baseada na livre concorrência à defesa do meio ambiente como um direito-dever fundamental.

7 CONCORRÊNCIA NO SETOR DE ENERGIA: OS EFEITOS DE REDE E A EFICIÊNCIA DINÂMICA

Conforme amplamente exposto, o setor de geração de energia é uma das principais áreas que precisam evoluir para gerar benefícios socioambientais. Atualmente, no Brasil, o que se vê é uma série de “monopólios” na geração, transmissão e comercialização de energia elétrica, com apenas algumas grandes empresas repartindo entre si fatias do território nacional, em uma série de mercados relevantes que padecem pela dificuldade de entrada⁵⁰.

⁴⁹ INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. **Governança da eficiência energética**. Disponível em: <<http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=36738091>>. Acesso em: 29/09/2012.

⁵⁰ Nesse sentido, importante colacionar a observação constante do livro: SILVA, Suzana Tavares da. **Direito da energia**. Coimbra, 2011, p. 125, onde se lê: “*uma das ineficiências de qualquer mercado eléctrico reside precisamente na necessidade de manter unidades de produção ociosas, que apenas garantem a segurança do abastecimento, mas que não são eficientes do ponto de vista da exploração regular ou normal do sistema*”.

E aqui não se desconsidera que os atuais contratos de concessão de distribuição de energia elétrica contenham cláusulas específicas afirmando que não há direito de exclusividade relativamente aos consumidores.⁵¹ E os demais contratos estão no mesmo sentido, qual seja, o de inexistência de exclusividade. Entretanto, como o investimento de entrada no mercado de energia é elevado, o que acontece é que na prática somente existe uma única empresa concessionária que domina o mercado sem concorrência.

Esse “monopólio” decorre da falta de políticas de financiamento por parte dos bancos de investimento estatais, de modo a alocar recursos nas pequenas e médias empresas, para que elas possam realizar pesquisa e desenvolvimento de novas matrizes energéticas, auxiliando-as assim a transformar suas ideias em projetos viáveis, que posteriormente poderão ser conectados a uma rede inteligente de compra e venda de energia elétrica limpa e renovável. Além disso, deve haver uma política de concessão de incentivos tributários específicos para esse fim, e que conte com ampla divulgação.

Afirmar que o setor de geração de energia estaria mais de acordo com os ditames constitucionais de proteção ao meio ambiente se fosse mais aberto à concorrência envolve analisar os efeitos externos de rede, ou seja, as externalidades e a eficiência dinâmica.

Segundo Miguel Moura e Silva⁵², os efeitos de rede (*network effects*) acontecem quando, por exemplo, há uma pluralidade de fornecedores de um mesmo nicho de produtos em um mesmo mercado relevante, e a qualidade desse produto irá aumentar quanto maior for o número de participantes no mercado, uma vez que surgirá a necessidade de ser cada vez melhor, mais verde e mais barato para que os consumidores escolham a empresa A e não a empresa B.

Os efeitos são tanto pecuniários quanto tecnológicos, vez que tanto se gera dinheiro para aqueles que inovarem primeiro, quanto se aumenta o nível de investimento em pesquisa e desenvolvimento de novas tecnologias, no caso, aplicadas ao mercado da energia.

E é assim porque democracia, desenvolvimento sustentável e mercado devem andar constantemente juntos, de mãos dadas, na dinâmica e velocidade com que ocorrem as mudanças nesse começo de novo milênio.

⁵¹ Nesse sentido, o leitor que desejar se aprofundar na temática poderá consultar os contratos que estão disponíveis no site da ANEEL: <<http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/contrato/contrato.cfm?idramo=3>>. Acesso em: 18.7.2013. Dentre esses contratos, aponta-se a cláusula primeira, subcláusula 3 do Contrato de Concessão de Distribuição no 019/ 2001 - ANEEL - SAELPA, que dispõe: “*Respeitados os contratos de fornecimento vigentes, a concessão regulada neste Contrato não confere à CONCESSIONÁRIA direito de exclusividade relativamente aos consumidores de energia elétrica que, por força da Lei nº 9.074, de 1995, possam adquirir energia elétrica de outro fornecedor*”.

⁵² SILVA, Miguel Moura e. **O abuso de posição dominante na nova economia**. Coimbra: Almedina, 2010, p. 447 e ss.

O desafio dos governos brasileiros é o de diminuir a carga burocrática, que por muitas vezes emperra a máquina estatal, e modernizar e organizar a indústria energética pátria, tarefa para a qual a política antitruste, levada à frente pelo Ministério da Justiça e pelo CADE, em muito pode auxiliar. A promoção da eficiência com o foco voltado para o incentivo a acordos e práticas concertadas, tanto verticais quanto horizontais, tanto quanto a dura repressão aos abusos de posição dominante e concorrência desleais, são alguns dos objetivos de tais órgãos.⁵³ Porém, somente isso não resolve o problema. Há urgência na concessão de incentivos fiscais e também na abertura de linhas de financiamento de baixo custo, para que os pequenos e médios empreendedores possam se estabelecer no mercado tecnológico.

É importante ter em conta que dominar os mercados energéticos nacionais por si só não seria ruim ou configuraria alguma espécie de abuso do poder econômico (e daí violação ao princípio da livre concorrência). O objetivo das empresas que se lançam em competição é justamente ganhar a confiança dos consumidores e conquistar um espaço grande o suficiente para potencializar cada vez mais os seus lucros, o que fatalmente implicará na diminuição do espaço para as outras empresas que não disponha da mesma eficiência. Isso é legal desde que seja feito por meio de uma concorrência legítima, usando de meios permitidos. Todavia, como no setor de geração e distribuição de energia não há concorrência real, isso leva a uma situação de ineficiência econômica gerada pelo próprio Estado desde o início.⁵⁴

A atividade competitiva em si tem o condão de gerar diversos benefícios aos padrões de eficiência econômica do país, na medida em que faz valer o princípio da proteção do consumidor, baixando preços e aumentando a qualidade dos bens e serviços ofertados, além de outros benefícios, tais como a renovação tecnológica do parque industrial, o fomento às pesquisas, o aumento do salário real do trabalhador, a qualificação profissional, entre outras.⁵⁵ Em se tratando dos benefícios no setor energético, observamos que a concorrência além dos melhores preços para os consumidores como já citado, busca fontes verdes de energia mais limpas e renováveis, implantação de novas tecnologias de transmissão que sejam mais eficientes no transporte etc.

Atualmente, o cenário concorrencial geral no Brasil é positivo, e isso se deve a uma série de reformas institucionais e fiscais do passado, que reduziram empecilhos e

⁵³ Nesse sentido: GOMES, José Luís Caramelo. **Lições de direito da concorrência**. Coimbra: Almedina, 2010, p. 189; SALGADO, Lucia Helena. **A economia política da ação antitruste**. São Paulo: Singular, 1997, p. 160.

⁵⁴ Sobre essa matéria, ver: FILHO, Carlo Barbieri. **Disciplina jurídica da concorrência: abuso do poder econômico**. São Paulo: Editora Resenha Tributária, 1984, p. 116; GOMES, José Luís Caramelo. *Op.Cit.*, p. 171.

⁵⁵ Ver: FILHO, Carlo Barbieri. *Op. Cit.*, p. 122; GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste: o combate aos cartéis**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 163.

potencializaram o acesso ao crédito e a confiança do investidor estrangeiro.⁵⁶ Foi um avanço, mas ainda é preciso mais para concorrer entre nações desenvolvidas e gigantes emergentes. Abrir os mercados energéticos é uma medida primordial para incentivar a descoberta e o desenvolvimento de novas fontes de energia. Não obstante, competição não quer dizer falta de cooperação entre os participantes do mercado, sendo que é também preciso que todas as empresas cooperem entre si para se complementar e fortalecer o mercado como um todo.⁵⁷

Quando a concorrência está equilibrada, sem que, por exemplo, setores estejam sendo manipulados por grandes *players* que dificultam a entrada ou expansão dos outros empresários do ramo, todo o país cresce, pois em um mercado em que impera a livre iniciativa conjugada com a livre concorrência, dar-se o aperfeiçoamento das instituições políticas e sociais e isso culmina com mais seriedade e grandes melhorias nos serviços oferecidos pelas empresas privadas.

É justamente nesse contexto que a frase do professor Carlo Barbieri Filho⁵⁸ se encaixa perfeitamente: “Em defesa da livre iniciativa: nada que restringe a concorrência é salutar para o mercado e para os objetivos nacionais”. Faltando minimamente financiamento e incentivos fiscais, não há possibilidade de trazer novos pequenos atores ao setor energético. Com isso, resta muito prejudicado os avanços para a efetivação da força normativa do direito-dever de proteção ambiental no caso da energia.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É imperioso que se faça uma síntese das principais conclusões, tudo para auxiliar a melhor compreensão quanto às reflexões aqui traçadas. Vejamos:

a) A construção do Estado Democrático de Direito, fundado na cidadania e na solidariedade, requer a atribuição de responsabilidades para todos e para cada um dos indivíduos que fazem parte da comunidade constitucional, e tais responsabilidades refletem em um conjunto de deveres constitucionais e fundamentais, sem descuidar ou oprimir o catálogo de direitos fundamentais, que é reflexo do desenvolvimento político-social da sociedade.

⁵⁶ No mesmo sentido: MARTINEZ, Ana Paula. Controle de concentrações econômicas no Brasil: passado, presente e futuro. **Revista do IBRAC**, São Paulo, v.18, p.11-57, 2010.

⁵⁷ FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. **Paradigmas inconclusos**: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados. Coimbra, 2007, p. 500..

⁵⁸ FILHO, Carlo Barbieri. **Disciplina jurídica da concorrência**: abuso do poder econômico. São Paulo: Editora Resenha Tributária, 1984, p. 133.

b) O fundamento jurídico dos deveres fundamentais exige uma consagração expressa ou implícita no texto constitucional, manifestando-se como uma verdadeira posição fundamental do indivíduo em relação à comunidade política. Impende destacar que o fato de ser admitido um dever fundamental implícito não significa que o catálogo de deveres seja, de qualquer forma, aberto. Não é possível assim uma cláusula de deverosidade social.

c) As relações entre direitos e deveres fundamentais são profundas, podendo se revelar como limite uns dos outros; quanto como direitos que somente tem razão de ser quando relacionados a deveres (e vice-versa); e ainda há aqueles deveres fundamentais que são instrumentos de realização de outros deveres.

d) A CF/88 somente poderá ser tida como equilibrada normativamente se misturar direitos e deveres fundamentais, sempre ancorados nas ideias de solidariedade que permeiam todo o texto. Um catálogo de deveres fundamentais representa mesmo aquele sentido comunitário do Estado. Observe que apesar do princípio da unidade da Constituição, é necessário dar autonomia tanto aos direitos fundamentais quanto aos deveres fundamentais, sendo que ambos têm como destinatários as pessoas individualmente e também toda a coletividade (a exemplo do dever fundamental de proteção do ambiente).

e) É preciso que o setor de energia elétrica favoreça a inovação, a sustentabilidade e a melhoria do bem-estar geral dos consumidores. Registre-se, todavia, que a situação do mercado interno de energia do Brasil não é das piores, visto que a principal matriz é constituída por hidrelétricas, que são fontes energéticas limpas. Hoje as grandes empresas brasileiras, graças às diversas reformas implantadas e já anteriormente mencionadas, tem acesso a linhas de financiamento e, aos poucos, também a mão-de-obra qualificada para modernizar sua produção. Todavia, o que se coloca aqui é a necessidade de avançar esse sistema de financiamento, através dos bancos de investimento estatais, para que pequenas e médias empresas possam entrar no mercado da energia, auxiliando a pesquisa e o desenvolvimento de novas matrizes energéticas. Além disso, são necessários incentivos fiscais para esses pequenos empreendedores e pesquisadores do setor da energia.

f) Com a facilitação da entrada no setor para que novas empresas possam entrar no mercado e competir em condições de igualdade, certamente muitos benefícios advirão do fato, a começar por melhores preços para os consumidores; aumento da velocidade da implantação de novas

tecnologias de transmissão, com menor perda durante o transporte; utilização de novas fontes verdes de energia, ou seja, fontes limpas e renováveis, com menor prejuízo ao meio ambiente, tudo de acordo com o previsto no direito-dever fundamental de proteção ambiental do artigo 225 da CF/88.

g) No Estado Democrático de Direito todos os indivíduos, ao mesmo tempo em que possuem um direito fundamental a um meio ambiente equilibrado, possuem também, juntamente com o Estado, um dever fundamental de proteção do meio ambiente. Isso indica que a promoção da sustentabilidade é um direito/dever de todos e de cada um, dos cidadãos, das empresas e do governo. Porém, para tornar possível que cientistas-cidadãos e as pequenas e médias empresas cumpram o dever fundamental de proteção ambiental na seara energética, é preciso que o Estado disponibilize primeiramente os meios através dos quais essas pessoas possam efetivamente ajudar.

h) A liberdade de concorrência é um princípio constitucional que veio favorecer a iniciativa privada, mas sem deturpar os grandes objetivos elencados no Texto Maior. A livre competição é um caminho necessário para que se possa paulatinamente dotar este país de uma infraestrutura moderna e de empresas vanguardistas, assegurando um desenvolvimento econômico sustentável.

REFERÊNCIAS

ALIER, Joan Martínez. **O ecologismo dos pobres**: conflitos ambientais e linguagens de valoração. Tradução de Maurício Waldman. São Paulo: Contexto, 2009.

ALVES, Vanessa Audrey; SANTOS, Rodrigo Lucas Carneiro. Desenvolvimento energético versus direito dos grupos indígenas: ponderações constitucionais. In: 33º Encontro Nacional dos Estudantes de Direito - ENED 2012, 2012, João Pessoa. **Direitos humanos e modelo de desenvolvimento econômico**. Crato, CE: Fundação Araripe, 2012.

AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. **Direito ambiental esquematizado**. 2ª ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense/Método, 2011.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2001.

BEREJO, Álvaro Rodríguez. El deber de contribuir como deber constitucional. Su significado jurídico. **Revista española de Derecho Financiero**, vol.125, p. 5-40, Enero-Marzo 2005.

BOMFIM, Diego. **Tributação e livre concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL**: <<http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/contrato/contrato.cfm?idramo=3>>. Acesso em: 18.7.2013.

BRUNA, Sérgio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer (Coord.). **Manual de Derecho Constitucional**. Derechos y libertades fundamentales. Deberes constitucionales y principios rectores. Instituciones y órganos constitucionales. Vol.2. 5ª ed. Madrid: Tecnos, 2010.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional ambiental português e da União Europeia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Org.); LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIEGUES, Antonio Carlos. **Etnoconservação: novos rumos para a proteção da natureza nos trópicos**. 2ª ed. São Paulo: Hucitec – NUPAUB/USP, 2000.

_____. **O mito moderno da natureza intocada**. 5 ed. São Paulo: Hucitec; Núcleo de Apoio à Pesquisa sobre Populações Humanas e Áreas Úmidas Brasileiras, USP, 2004.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. **Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados**. Coimbra, 2007.

FILHO, Carlo Barbieri. **Disciplina jurídica da concorrência: abuso do poder econômico**. São Paulo: Editora Resenha Tributária, 1984.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 1ª ed. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FRIEDMAN, Thomas L. **Quente, plano e lotado: os desafios e oportunidades de um novo mundo**. Tradução Paulo Afonso. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

FURTADO, Celso. **O mito do desenvolvimento econômico**. São Paulo: Paz e Terra S/A, 1994.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**: o combate aos cartéis. São Paulo: Saraiva, 2009.

GARCIA, Emerson. **Conflito entre normas constitucionais**. Esboço de uma teoria geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. O cidadão responsável e o dever fundamental de proteção ambiental. In: COUTINHO, Ana Luisa Celino (Org.); BASSO, Ana Paula (Org.); CECATO, Maria Áurea Baroni (Org.); FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer (Org.). **Direito, cidadania e desenvolvimento**. Florianópolis: Conceito, 2012.

GOMES, José Luís Caramelo. **Lições de direito da concorrência**. Coimbra: Almedina, 2010.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. Interpretação e crítica. São Paulo: Malheiros, 2004.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução (da 20ª edição alemã) do Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. **Governança da eficiência energética**. Disponível em: <<http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=36738091>>. Acesso em: 29/09/2012.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Tradução de António Ulisses Cortês. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.

KRELL, Andreas Joachim. Comentário ao artigo 225. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Org.); LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. Os deveres constitucionais: o cidadão responsável. BONAVIDES, Paulo (Org.); LIMA, Francisco Gérson Marques de (Org.); BEDÊ, Fayga Silveira (Org.). **Constituição e democracia**. Estudos em homenagem ao Prof. J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006.

LLORENTE, Francisco Rubio. Los deberes constitucionales. **Revista Española de Derecho Constitucional**, v.62, año 21, p. 11-56, Mayo/Agosto 2001.

MARTINEZ, Ana Paula. **Controle de concentrações econômicas no Brasil**: passado, presente e futuro. Revista do IBRAC, São Paulo, v.18, p.11-57, 2010.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. Los deberes fundamentales. **Doxa** – Cuadernos de Filosofía del Derecho, v.4, p. 329-341, 1987.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: direitos fundamentais. 3ª ed. Coimbra, 2000, Tomo IV.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho no direito constitucional**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina: 2009.

NEVES, A. Castanheira. **A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia**: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. Coimbra, 2003.

ROIG, Rafael de Asis. **Deberes y obligaciones en la Constitucion**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

SALGADO, Lucia Helena. **A economia política da ação antitruste**. São Paulo: Singular, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**: estudos sobre a Constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Atualização de Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Mário Manuel Coelho da. **Pressuposto e objeto da concorrência desleal**. Coimbra: dissertação do Curso Complementar de Ciências-Jurídicas policopiada, 1965.

SILVA, Miguel Moura e. **O abuso de posição dominante na nova economia**. Coimbra: Almedina, 2010.

SILVA, Suzana Tavares da. **Direito da energia**. Coimbra, 2011.

SILVA, Vasco Pereira da. **Verde cor de direito**. Lições de direito do ambiente. Coimbra: Almedina, 2005.