

Tribunal de Contas da União
Instituto Serzedello Corrêa

REVISÃO TARIFÁRIA PERIÓDICA DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS DE DISTRIBUIÇÃO
DE ENERGIA ELÉTRICA – A QUESTÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

Maria do Amparo Coutinho

Brasília - DF
2004

MARIA DO AMPARO COUTINHO

Revisão Tarifária Periódica dos Contratos de Concessão de Serviços de Distribuição de Energia Elétrica – A Questão do Equilíbrio Econômico-Financeiro

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Controle Externo - Área de Regulação de Serviços Públicos Concedidos.

Orientador: Maurício de Albuquerque Wanderley

Brasília, DF

2004

Maria do Amparo Coutinho

REVISÃO TARIFÁRIA PERIÓDICA DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE
SERVIÇOS DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA –A QUESTÃO DO EQUILÍBRIO
ECONÔMICO-FINANCEIRO

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Controle Externo - Área Regulação de Serviços Públicos Concedidos, Curso de Pós-Graduação em Controle Externo, Instituto Serzedello Corrêa, Tribunal de Contas da União. Comissão julgadora composta por:

Maurício de Albuquerque Wanderley

Orientador

Gualter Ramalho Portella

Membro

Luiz Fernando Fauth

Membro

Brasília, DF, 28 de outubro de 2004

Agradecimentos especiais aos amigos Luciano, Marcelo e Maurício, pela idéia do presente trabalho e, principalmente, pela valiosas contribuições para sua efetivação.

RESUMO

As Leis n^os 8.987/95, 9.074/95 e 9.427/96 representam importante marco regulatório relativamente às concessões de serviços públicos, especialmente aos serviços de eletricidade. No setor de distribuição de energia elétrica, a Agência Nacional de Energia Elétrica, órgão regulador do setor, tem nesse novo contexto regulatório o grande desafio de executar uma política tarifária capaz de harmonizar os interesses de concessionários e consumidores. Para tanto, vem implementado um modelo de regulação por incentivos, que visa a, mediante procedimentos de revisão tarifária periódica, recompor o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de distribuição de energia elétrica e, simultaneamente, induzir à redução dos custos empresariais e ao compartilhamento de ganhos de produtividade com os consumidores. O novo modelo regulatório leva a uma mudança na concepção do princípio do equilíbrio econômico-financeiro. Em vez de nos atermos ao significado clássico do referido princípio, acolhido em nosso ordenamento jurídico, segundo as teorias desenvolvidas pelo Direito Francês, passamos a conceber o equilíbrio econômico-financeiro como uma relação dinâmica, restabelecida em determinados períodos de tempo, segundo os prazos de revisão tarifária previstos nos contratos de concessão, sem vinculação ao contrato inicial. O novo modelo regulatório e a mudança de paradigma dele resultante estão a merecer atenção por parte dos operadores do Direito, destacando-se, nesse sentido, a questão de sua validade jurídica, objeto do presente estudo.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	1
2 CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS	4
2.1 CONCEITOS E CARACTERÍSTICAS.....	4
2.1.1 Serviço público.....	4
2.1.2 Comparação: Contrato administrativo comum e contrato de concessão.....	8
3 ARCABOUÇO NORMATIVO.....	12
3.1 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL E LEGAL.....	12
3.2 DO SERVIÇO ADEQUADO E DA POLÍTICA TARIFÁRIA	14
3.3 DAS ATRIBUIÇÕES DO ÓRGÃO REGULADOR	19
3.4 DOS DIREITOS DOS USUÁRIOS	25
4 O PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS	28
4.1 EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO.....	28
4.2 PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO	31
4.3 TEORIA DAS ÁLEAS.....	35
4.3.1 Alteração unilateral do contrato	36
4.3.2 Fato do príncipe.....	37
4.3.3 Fato da Administração	39
4.3.4 Teoria da Imprevisão	41
4.4 O PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NA LEI Nº 8.987/95, SEGUNDO INTERPRETAÇÃO DA DOUTRINA TRADICIONAL.....	44
5 REVISÃO TARIFÁRIA PERIÓDICA NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA.....	48
5.1 REGULAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS.....	49
5.2 OS CONTRATOS.....	52
5.3 CONCEITOS E PRESSUPOSTOS UTILIZADOS PELA ANEEL NO PROCESSO DE REVISÃO TARIFÁRIA PERIÓDICA	56
5.4 REVISÕES PERIÓDICAS.....	58
5.4.1 Procedimento para o cálculo do reposicionamento tarifário.....	59
5.4.1.1 Seleção do ano-teste.....	60
5.4.1.2 Determinação da Receita Verificada.....	61
5.4.1.2.1 Receita de fornecimento.....	62

5.4.1.2.2	Receitas de Suprimento.....	62
5.4.1.2.3	Outras receitas	62
5.4.1.3	Determinação da Receita Requerida.....	62
5.4.1.3.1	Remuneração do capital	64
5.4.1.3.2	Base de remuneração.....	65
5.4.1.3.3	Taxa de retorno e estrutura de capital	67
5.4.1.3.4	Custo de capital próprio.....	68
5.4.1.3.5	Custo de capital de terceiros.....	71
5.4.1.3.6	Despesa operacional	72
5.4.1.3.7	Quota de reintegração.....	75
5.4.1.3.8	Encargos sobre tarifa.....	75
5.4.1.3.9	Compra de Energia Elétrica.....	76
5.4.1.4	Receitas das atividades extraconcessão.....	76
5.4.1.5	Reposicionamento Tarifário	78
5.4.1.6	O Fator X	79
5.4.1.6.1	Componente de produtividade do Fator X (Xe).....	82
5.4.1.6.2	Componente de qualidade do Fator X (Xc).....	83
5.4.1.6.3	Componente Xa do Fator X.....	84
5.5	SÍNTESE DO PROCESSO DE REVISÃO PERIÓDICA	86

6 REVISÃO TARIFÁRIA PERIÓDICA E PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO 88

6.1	ASPECTOS JURÍDICOS RELEVANTES DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NO REGIME DE PREÇOS MÁXIMOS.....	88
6.1.1	Regime remuneratório do custo do serviço.....	89
6.1.2	Regime remuneratório do serviço pelo preço – o modelo RPI-X.....	91
6.1.3	Resumo dos procedimentos de revisão tarifária periódica	92
6.1.4	Compatibilização do princípio do equilíbrio econômico-financeiro com a revisão periódica – aspectos polêmicos	94
6.1.4.1	A questão da eficiência empresarial.....	96
6.1.4.1.1	Da utilização de benchmarking.....	97
6.1.4.2	A questão da rentabilidade do negócio.....	103
6.1.4.2.1	Estrutura de capital.....	105
6.1.4.2.2	Custo de capital próprio.....	106
6.1.4.3	Receitas de atividades paralelas	108
6.1.4.4	O Fator X	110

7 CONCLUSÃO..... 118

8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 126

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo, inserto no âmbito do Direito Administrativo, versa sobre o novo modelo jurídico de regulação econômica, relativo à revisão tarifária periódica dos contratos de concessão dos serviços de distribuição de energia elétrica, implementado, no Brasil, pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, órgão regulador do setor elétrico.

Nosso enfoque principal é a análise do princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, à luz do novo modelo regulatório do setor elétrico. Tal princípio, especialmente no que respeita à intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro, é acolhido sem restrições no ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, como veremos no decorrer do trabalho, a revisão tarifária periódica dos contratos de concessão dos serviços de distribuição de energia elétrica impõe uma mudança de paradigma, decorrente da principal atribuição do órgão regulador, representante do Poder Público (concedente), que é a harmonização dos interesses de lucro do concessionário com os interesses dos usuários de receber o serviço adequado a um custo módico. Trata-se de conjugar o princípio da modicidade tarifária, previsto em lei, com a finalidade inerentemente lucrativa do concessionário, tendo como restrição o princípio do equilíbrio econômico-financeiro.

O novo modelo regulatório consagra o regime tarifário denominado regime de preços máximos, que visa a trazer para o ambiente monopolista em que atuam as distribuidoras de energia elétrica as condições de concorrência típicas do mercado competitivo, de modo que as empresas sejam eficientes e que essa eficiência se converta em modicidade tarifária, sob a forma de compartilhamento de ganhos de produtividade com os usuários.

A pergunta a que objetivamos responder é se o modelo de revisão tarifária periódica proposto pela ANEEL é juridicamente sustentável, uma vez que rompe com a teoria

clássica do princípio do equilíbrio econômico-financeiro, aceita pela doutrina e pela jurisprudência brasileira.

O modelo de revisão tarifária periódica ainda está em construção. A ANEEL iniciou a implementação desse modelo nos contratos firmados com as Centrais Elétricas do Espírito Santo S.A. –ESCELSA, em 1998 e 2001. Entre 2003 e 2006, a ANEEL terá aplicado o modelo de revisão tarifária periódica aos contratos firmados com 61 (sessenta e uma)¹ concessionárias distribuidoras, o que tem gerado muitas polêmicas, dadas as implicações sobre a rentabilidade das concessionárias e sobre a capacidade de investimento do setor elétrico.

Considerando que, no Brasil, o processo de revisão tarifária periódica é uma novidade em termos de regulação econômica, não tendo ainda sido objeto de exame acurado nem por parte da doutrina nem por parte do Poder Judiciário, entendemos ser extremamente relevante trazer o tema para o centro do debate, tendo em vista as implicações para os concessionários, como já mencionado, e, sobretudo, para os usuários dos serviços de distribuição de energia elétrica, supostos beneficiários do novo modelo regulatório que se apresenta.

Com vistas a atender ao objetivo a que nos propomos, estruturamos nosso trabalho de forma que, a partir do conceito e das características da concessão de serviços públicos, da legislação pertinente à matéria e do pensamento da doutrina acerca do princípio do equilíbrio econômico-financeiro, possamos apresentar o modelo de revisão tarifária desenvolvido pela ANEEL e discutir os aspectos polêmicos daí resultantes.

Assim, no Capítulo 2 apresentamos a visão doutrinária sobre a concessão de serviços públicos, com destaque para as principais características desse instituto e para as diferenças entre o contrato de concessão e o contrato administrativo comum.

¹ A ANEEL informa, na verdade, que aplicará os procedimentos de revisão tarifária às 64 (sessenta e quatro) distribuidoras atualmente existentes. Entretanto, 3 (três) dessas distribuidoras ainda não tiveram seus contratos de concessão assinados, não estando sujeitas, portanto, ao processo de revisão tarifária periódica. [AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – Disponível em: <[http:// www.aneel.gov.br](http://www.aneel.gov.br)> Acesso em 27/09/2004].

O capítulo seguinte refere-se ao arcabouço normativo construído a partir da Constituição Federal de 1988, que reflete a nova maneira de atuação estatal, ou seja, o Estado deixa de ser o prestador direto dos serviços públicos e passa a intervir indiretamente, por meio da delegação desses serviços aos particulares e de sua fiscalização e regulação pelas agências reguladoras. Evidentemente, destacaremos as principais normas relativas ao setor elétrico.

O Capítulo 4 trata do princípio do equilíbrio econômico-financeiro, com ênfase nas situações que autorizam sua aplicação aos contratos de concessão, tal como acolhido pela tradicional doutrina e jurisprudência.

Apresentamos, no Capítulo 5, um resumo dos processos de revisão tarifária periódica conduzidos pela ANEEL, a fim de propiciar ao leitor conhecer os procedimentos referentes a esse processo.

No Capítulo 6, cuidamos do modelo de revisão tarifária periódica implantado pela ANEEL e discutimos os pontos polêmicos concernentes à ruptura de paradigma representada por um nova visão do princípio do equilíbrio econômico-financeiro que exsurge desse modelo.

Enfim, de posse de todos esses subsídios, poderemos concluir acerca da validade jurídica do modelo, especialmente sobre a questão da intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro (Capítulo 7).

Ressaltamos, novamente, que o objeto de nosso estudo é, no Brasil, uma novidade em termos jurídico-econômicos, havendo escassez de bibliografia e inexistência de jurisprudência sobre a questão. Os métodos a serem adotados no processo de revisão tarifária periódica ainda não estão totalmente consolidados. Portanto, tendo em vista tal cenário, não há possibilidade de oferecermos respostas definitivas. Nosso desafio é instigarmos o debate, no que esperamos ser bem-sucedidos, dada a relevância do tema e suas implicações sobre as concessionárias e, principalmente, sobre os usuários dos serviços públicos.

2 CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Neste capítulo, apresentamos, inicialmente, o conceito de concessão de serviços públicos e as principais características desse instituto jurídico. Em seguida, destacamos os aspectos distintivos dos contratos de concessão em face dos contratos administrativos comuns.

2.1 Conceitos e características

2.1.1 Serviço público

O conceito de serviço público é, sob o ponto de vista doutrinário, ainda controverso, podendo assumir conotação mais ou menos restrita, de acordo com os aspectos que se pretende ressaltar: políticos, econômicos, sociológicos, legais etc. No campo do Direito Administrativo, tradicionalmente, define-se serviço público como as atividades de prestação voltadas a satisfazer as necessidades de interesse geral, de competência do Estado, em que impera um regime específico de Direito Público.²

No que se refere aos serviços públicos concedidos, nas palavras de Hely Lopes Meirelles, “[...] são todos aqueles que o particular executa em seu nome, por sua conta e risco, remunerados por tarifa, na forma regulamentar, mediante delegação contratual ou legal do Poder Público concedente. Serviço concedido é serviço do Poder Público, apenas executado pelo particular em razão da concessão”³.

² GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 41.

³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**, 20ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 337.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro formulou a seguinte definição para concessão de serviços públicos: “o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço”⁴.

Segundo a mesma autora, o contrato de concessão contém “duas idéias antitéticas”:

- a) “de um lado, a idéia de que o serviço público deve funcionar no interesse geral e sob a autoridade da Administração;
- b) de outro lado, a idéia de que uma empresa capitalista executa o serviço visando tirar o máximo de proveito possível”.

Partindo dessa concepção, a doutrina destaca as seguintes características básicas da concessão:

- Delegação do serviço público ao particular, sob condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Estado;
- Delegação contratual ou legal, realizada *intuitu personae*;
- Existência de cláusulas regulamentares no contrato;
- Sujeição do concessionário aos princípios norteadores da prestação de serviços públicos: continuidade, mutabilidade, igualdade dos usuários;
- Execução por conta e risco do concessionário, com a conseqüente remuneração pela exploração do serviço;
- Garantia do equilíbrio econômico-financeiro do contrato;
- Poder da Administração de dirigir e controlar a execução do serviço, o que inclui a possibilidade de retomada do serviço pelo Estado, se o concessionário deixar de cumprir as obrigações ou se houver interesse público em que o serviço seja executado pela Administração, mediante pagamento de indenização ao concessionário;
- Natureza pública dos bens da concessionária afetos à prestação do serviço;

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. 3ª ed. rev. e amp.. São Paulo: Atlas, 1999, p. 72.

- Existência de exclusividade, ou não, na concessão;
- Reversão dos bens alocados e vinculados à prestação do serviço, findo o prazo da concessão, ao poder concedente;
- Contrato firmado entre poder concedente e concessionário, cujos reflexos se fazem sentir sobre terceiros estranhos ao pacto, que são os usuários do serviço público.

Vale ressaltar que o regime jurídico da prestação dos serviços públicos é de natureza pública, ainda que o particular execute tais serviços de acordo com regras privadas. Assim, o contrato de concessão é ajuste de Direito Administrativo, bilateral, oneroso, comutativo e realizado *intuitu personae*. Há no contrato vantagens e encargos recíprocos, sendo fixadas as condições de prestação do serviço, com base no interesse coletivo e nas condições pessoais do executor do serviço concedido.

Desses aspectos da concessão decorre que existem dois tipos de cláusulas nos contratos. Há cláusulas de natureza regulamentar, que se referem à forma de execução do serviço, e aquelas de natureza eminentemente contratual, que dizem respeito à preservação do equilíbrio econômico-financeiro.

Além da diferença de que as primeiras são alteráveis unilateralmente pela Administração, enquanto as segundas não podem ser alteradas, destaca-se o fato de as cláusulas de natureza regulamentar terem apenas a aparência de cláusulas contratuais. Tais cláusulas concernem ao poder regulamentar da Administração de interferir na prestação do serviço e, embora constem do contrato, a este precedem.

As cláusulas contratuais propriamente ditas envolvem todos os fatores que afetam o equilíbrio econômico-financeiro da concessão. Tendo em vista que essas cláusulas têm o objetivo de resguardar os interesses do concessionário, só podem ser alteradas se mantida a condição de equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Vários princípios norteiam a prestação de serviço público, entre os quais destacamos⁵:

- Continuidade: considerando o caráter essencial e de interesse geral do serviço público, este deverá ser prestado sem interrupções, exceto em situações excepcionais, previstas em lei. Tal princípio está previsto no art. 6º da Lei nº 8.987, de 13/02/1995 (Lei de Concessões) e no art. 22 da Lei nº 8.078, de 11/9/1990 (Código de Defesa do Consumidor)⁶;
- Igualdade ou Uniformidade: é consequência do princípio da igualdade constante do art. 5º da Constituição Federal; a prestação de serviço deve ser igual para todos os que se encontram em situação equivalente; as situações de discriminação, quando existirem, devem ser justificadas, tendo em vista os casos concretos (por exemplo, o art. 13 da Lei nº 8.987/95 prevê a possibilidade de tarifas diferenciadas “em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários”);
- Universalidade: pode ser considerado uma manifestação do princípio da igualdade; significa que o serviço pode ser exigido e utilizado por todos que dele necessitem, sem que sejam excluídos usuários de baixa renda ou locais de baixa densidade populacional; esse princípio consta do art. 6º da Lei nº 8.987/95 e do art. 3º , IV da Lei nº 9.074, de 07/7/1995⁷;
- Mutabilidade: os serviços públicos devem ser adequados às necessidades coletivas e assim devem ser adaptados às mudanças de interesse da coletividade; esse princípio dá respaldo às prerrogativas da Administração sobre o serviço, especialmente a de poder modificar unilateralmente o contrato de concessão e de agir imperiosamente, no sentido de determinar o modo de prestação de serviço ao usuário; a Administração também pode alterar as condições iniciais do contrato (funcionamento, organização, modo de prestação do serviço, prazo e tarifas)⁸, desde que não afetem o equilíbrio econômico-financeiro, bem como pode exigir a prestação do serviço segundo as melhores condições técnicas existentes;
- Eficiência: por esse princípio, o concessionário deve alocar os recursos produtivos de forma a extrair a maior qualidade na prestação do serviço, ao menor custo possível (máxima qualidade do serviço com a mínima tarifa). O dever de eficiência está consagrado no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

⁵ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Op. cit., p. 45- 61.

⁶Lei nº 8.987, de 13/02/1995. “Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no artigo 175 da Constituição Federal [...]” DOU de 14/02/995, p. 1.917 e DOU de 28/9/1998, p.3.

⁷Lei 9.074, de 07/7/1995. “Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos [...]”. DOU de 08/7/1995, p. 10.125 e DOU de 28/9/1998, p.6.

⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 465.

2.1.2 Comparação: Contrato administrativo comum e contrato de concessão

Embora a concessão de serviço público seja considerada espécie de contrato administrativo, existem peculiaridades no contrato de concessão que o distinguem dos demais contratos, como veremos a seguir.

A concessão, na verdade, mais que um contrato, é uma relação jurídica complexa. É formada por um ato regulamentar do Estado, que fixa as condições de prestação dos serviços aos usuários; por um ato-condição, mediante o qual o concessionário expressa sua vontade de submeter-se à situação jurídica estabelecida objetivamente pelo Poder Público; e por um contrato propriamente dito, que garante o equilíbrio econômico-financeiro acordado, considerado, no âmbito do sistema jurídico brasileiro, unilateralmente imutável.⁹

Outro aspecto que distingue o contrato de concessão dos demais é seu caráter universal, ou seja, o objeto do contrato de concessão é a “exploração de atividade a ser prestada **universalmente** ao público em geral”¹⁰; além do mais, trata-se de prestação de serviço privativo do Poder Público que será desempenhado pelo particular “quando, como e enquanto conveniente ao interesse público”¹¹. Dado esse caráter de universalidade e de titularidade pública, a questão da modificação unilateral do contrato se faz presente com mais força nos contratos de concessão de serviços públicos. O Estado tem, por exemplo, o poder de exigir alterações nas condições de execução do serviço público fazendo que o concessionário incorpore inovações tecnológicas capazes de satisfazer os interesses da coletividade (serviço público que abranja o maior número possível de usuários, com a melhor qualidade e a menor tarifa).

Os demais contratos administrativos não envolvem a prestação direta de serviços públicos à coletividade, mas sim o atendimento de interesses específicos. Logo, a modificação unilateral dos contratos, apesar de possível, não é fator determinante do atendimento do objeto

⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 464.

¹⁰ Idem, p. 462.

contratual. O contrato administrativo comum (compras, alienações, serviços e obras) pode, em geral, ser executado nas condições originais em que foi pactuado, sem afetar o interesse público.

O prazo é outro aspecto distintivo entre contrato de concessão e contrato administrativo comum. Os contratos administrativos que acarretam despesas e necessitam estar suportados por créditos orçamentários devem estar adstritos à vigência dos respectivos créditos, nos termos do art. 57, *caput*, da Lei nº 8.666, de 21/6/1993 (Lei de Licitações e Contratos)¹². Os contratos de prestação de serviço executados de forma contínua, por sua vez, podem ter duração máxima de 60 (sessenta) meses, segundo estabelece o art. 57, II da referida lei.

Nos contratos de concessão a questão do prazo é fundamental, pois a rentabilidade do negócio e o valor da tarifa são altamente influenciados pela duração da concessão¹³. Os longos prazos de vigência, característicos dos contratos de concessão, justificam-se pela necessidade de permitir ao concessionário a amortização dos investimentos efetuados (principalmente quando a concessão é precedida de obra pública), com vistas a assegurar-lhe lucros sem sobrecarregar o usuário com tarifas elevadas¹⁴.

¹¹ *Idem*, p. 463.

¹² Lei 8.666, de 21 de janeiro de 1993. “Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública [...]” DOU de 22/6/1993, p. 8.269, e DOU de 6/7/1994, p. 10.149.

¹³ Celso Antônio Bandeira de Mello faz a seguinte observação a respeito do prazo da concessão, *in verbis*: “Ao contrário do que se poderia pensar, o prazo da concessão não é elemento contratual do ato. Compreende-se nas cláusulas regulamentares, pelo que o poder concedente pode, em razão de conveniência ou oportunidade – portanto, mesmo sem qualquer falta do concessionário -, extinguir a concessão a qualquer momento, sem com isto praticar qualquer ato ilícito. Uma vez que o serviço é prestado descentralizadamente por mera conveniência estatal e tendo em vista que nunca deixa de ser próprio do Estado (em razão de sua natureza pública), está em seu poder retomar-lhe o exercício. Concorre para esta inteligência a circunstância de que não há *interesse jurídico* do concessionário em manter o serviço em suas mãos. O que, *de direito*, aspira é o resguardo de sua pretensão *econômica*.(Op. cit., p. 474).

¹⁴Relativamente às concessões de distribuição de energia elétrica, o legislador considerou que o prazo máximo suficiente para amortizar os investimentos é de 30 (trinta) anos (art. 4º, § 3º da Lei nº 9.074, de 07/7/1995).

Depreende-se das considerações supra outra diferença: os contratos administrativos comuns, geralmente, acarretam desembolso de recursos públicos advindos de fontes orçamentárias, estando limitados à existência dos respectivos créditos. Já a concessão não requer alocação de recursos públicos, pois compete ao particular realizar os investimentos necessários, devendo receber a contraprestação pelos serviços prestados por meio das tarifas pagas pelos usuários.

A concessão tem caráter empresarial, em que há exploração de um serviço público pelo particular com vistas à obtenção de lucro. Ocorre que os concessionários estão sujeitos às regras do mercado, não sendo possível garantir uma determinada lucratividade do negócio ao se firmar o contrato de concessão. Os riscos do empreendimento são assumidos pelo particular, embora em determinadas situações o Estado seja induzido a se responsabilizar por eventuais perdas existentes ou a alterar as condições contratuais, como veremos adiante, de forma a não onerar excessivamente nem o concessionário nem o usuário.

No contrato administrativo comum, ao contrário, por se esgotar em curto período de tempo, é possível estimar com relativa precisão os encargos do contratante e a remuneração a que fará jus, sendo mínimos os riscos existentes (a não ser em contratos de empreitada de obra pública, de longa duração, em que em determinadas circunstâncias há alterações nas condições contratuais, com o fim de se restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro).

Para fins de nosso estudo, importa, entre as características e diferenças expostas, destacar na concessão de serviços públicos: a complexidade do ato; a preponderância do interesse público; a essencialidade do serviço prestado; a mutabilidade das condições de prestação do serviço; o longo prazo de duração com vistas a propiciar a amortização de investimentos e a atender o princípio da modicidade tarifária; a remuneração do concessionário, mediante tarifas pagas pelos usuários; e, enfim, o caráter empresarial da execução dos serviços concedidos, em que o empresário assume os riscos do negócio com o fim de auferir lucros.

Tais características demonstram o duplo aspecto da concessão: a de estar em execução um serviço público e de ser o concessionário uma empresa capitalista que tem por objetivo o lucro. Resulta daí a coexistência, na concessão, de cláusulas regulamentares, cuja finalidade é a garantia da prestação de serviço de forma mais adequada ao interesse público e de cláusulas contratuais, que têm por finalidade garantir o direito do concessionário ao equilíbrio econômico-financeiro.

3 ARCABOUÇO NORMATIVO

O objetivo deste capítulo é apresentar as principais disposições expressas no direito positivo brasileiro sobre as concessões de serviços públicos, com destaque para as normas regulamentadoras do setor elétrico.

3.1 Fundamento constitucional e legal

A concessão de serviços públicos tem sido objeto de normas constitucionais desde a Constituição Federal de 1934. Houve previsão de regulamentação legal da matéria na Constituição de 1946 (art. 151), o que se repetiu na Constituição de 1967, na Emenda Constitucional nº 1, de 1969 (art. 167) e na Constituição Federal em vigor (art. 175)¹⁵. A Constituição atual, no art. 175, estabelece que a prestação de serviços públicos “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação”. O parágrafo único desse artigo define os parâmetros que a lei disciplinadora da delegação dos serviços públicos deve observar, dispondo, *in verbis*:

“Art. 175. [...]

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II – os direitos dos usuários;

III – a política tarifária;

IV – a obrigação de manter serviço adequado.”

¹⁵ WALD, Arnold; MORAES, Luiz Rangel de; WALD, Alexandre de M. **O direito de parceria e a nova lei de concessões - análise das Leis 8.987/95 e 9.074/95**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1996, p.75.

Os serviços públicos de competência da União estão enumerados no art. 21, X, XI e XII da Constituição Federal; os de competência dos Estados constam do art. 25, §2º e os serviços públicos de competência dos Municípios estão indicados no art. 30, V.

A Lei nº 8.987, de 13/2/95, regulamenta o art. 175 da Constituição Federal, dispondo sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos. O art. 2º dessa lei define quem é poder concedente¹⁶, nos limites de competência estabelecidos pela Constituição, e quais as formas de delegação de serviço público ao particular – concessão de serviço público; concessão de serviço público precedida da execução de obra pública; permissão de serviço público¹⁷. O mesmo artigo, em seu inciso II, define a concessão de serviço público como “a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”.

As concessões de energia elétrica são disciplinadas basicamente pelas seguintes normas, além da Lei nº 8.987/95¹⁸:

¹⁶ Nos termos do inciso I do art. 2º da Lei nº 8.987/95, considera-se poder concedente: “a União, o Estado, O Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão”.

¹⁷ Segundo os incisos III e IV, respectivamente, do artigo 2º da Lei nº 8.987/95, temos que:

“III -- concessão de serviço público precedida da execução da obra pública: a construção total ou parcial, conservação, reforma, ampliação, melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;

IV – permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.”

¹⁸ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. A ANEEL e os serviços de energia elétrica. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p.329.

- Lei nº 9.074, de 7/7/1995¹⁹: estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões de serviços públicos;
- Decreto nº 1.717, de 24/11/1995: estabelece procedimentos para prorrogação das concessões dos serviços públicos de energia elétrica de que trata a Lei nº 9.074, de 07/7/1995;²⁰
- Lei nº 9.427, de 26/12/1996: institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica;²¹
- Decreto nº 2.335, de 06/10/1997: regulamenta a Lei nº 9.427/96 e aprova a estrutura regimental da ANEEL;²²
- Resolução ANEEL – 233, de 14/7/1998: aprova as normas sobre procedimentos para o funcionamento, a ordem dos trabalhos e os processos decisórios da Diretoria da ANEEL;²³
- Resolução ANEEL – 318, de 06/10/1998: disciplina os procedimentos que regulam a imposição de penalidades aos agentes delegados de instalações e serviços de energia elétrica.²⁴

3.2 Do Serviço Adequado e da Política Tarifária

O art. 6º da Lei nº 8.987/95 exige como pressuposto da concessão (ou da permissão) a prestação do serviço adequado, cuja definição constante do § 1º é a seguinte:

“Art. 6º. [...]”

1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.”

¹⁹ “Em sede infraconstitucional, até a edição da Lei nº 9.074/95, a disciplina fundamental da matéria compreendia o Código de Águas – Decreto 24.643, de 10 de julho de 1934, regulamentado pelo Decreto 41.109, de 26 de fevereiro de 1957, cujas disposições que conflitem com as da Lei 9.074/95 estão revogadas.”. (cf. WALD, Arnold. Op.cit., p. 184.).

Também: Ao lado destas duas Leis (8.987/95 e 9074/95), outros instrumentos normativos estão a reger o instituto da delegação da prestação de serviços públicos. As leis anteriores ao advento destas devem ser por elas reinterpretadas a fim de adequar-se às normas gerais. Naquilo que forem compatíveis, serão recepcionadas pelo novo arcabouço normativo nelas instituído. As normas contrárias às suas normas gerais, estão, conseqüentemente, derogadas. (cf. FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli . **A regulação do serviço público concedido**. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 39).

²⁰ DOU de 27/11/95, p.19276.

²¹ DOU de 27/12/1996, p. 28.653 e DOU de 28/9/1998, p. 9.

²² DOU de 07/10/1997, p. 22.377.

²³ DOU de 21/7/1998, v. 136, n. 136-E, Seção 1 e DOU de 21/8/1998, v. 136, n. 160-E, Seção 1.

²⁴ DOU de 07/10/1998, v.136, n.192-E, Seção 1, p. 24.

Para que haja prestação adequada dos serviços concedidos, a questão premente em política tarifária é conciliar os interesses da Administração, representados pela obrigação da Administração de atender às necessidades públicas, sem onerar excessivamente o usuário dos serviços e, ao mesmo tempo, assegurar os interesses do contratado, que tem por objetivo auferir um lucro, mediante a remuneração configurada em cláusulas econômicas e financeiras. Tal remuneração, assegurada no momento do ajuste, se dá basicamente por meio de tarifas, sendo admitidas também receitas provenientes de atividades paralelas (“receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados”²⁵).

Atendo-nos à legislação vigente, entre as atribuições do poder concedente, definidas no art. 29 da Lei 8.987/95, consta do inciso V: “homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma desta Lei, das normas pertinentes e do contrato”. Tal atribuição foi incumbida à ANEEL, em conformidade com o art. 3º da Lei nº 9.427/96.

A Lei nº 8.987/95, art. 9º, dispõe da seguinte maneira sobre a fixação de tarifas:

“Art. 9ª A tarifa do serviço público será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta lei, no edital e no contrato.

§1º A tarifa não será subordinada à legislação específica anterior e somente nos casos expressamente previstos em lei, sua cobrança poderá ser condicionada à existência de serviço público alternativo e gratuito para o usuário.

§2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico- financeiro.

§3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.

²⁵ O art. 11 da Lei nº 8.987/95 contém o seguinte dispositivo, *in verbis*:

“Art. 11 No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.”

§4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.”

Verifica-se no dispositivo transcrito que a Lei de Concessões reconhece expressamente o direito do concessionário ao equilíbrio econômico-financeiro, que é definido concomitantemente à fixação da tarifa e é preservado, durante a execução do contrato, por meio de mecanismos de reajuste e revisão tarifária. Tal lei, no entanto, é omissa quanto aos critérios a serem obedecidos na recomposição tarifária, com o intuito de preservar o equilíbrio econômico-financeiro.

Ainda no que diz respeito ao referido princípio na Lei de Concessões, merece comentários à parte o art. 10 da Lei nº 8.987/95:

“Art. 10. Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro”

A doutrina é assente em afirmar a má redação desse dispositivo. A crítica maior refere-se ao fato de a interpretação literal do artigo gerar o entendimento de que basta estarem sendo cumpridas as cláusulas escritas no instrumento contratual para que esteja garantido o equilíbrio econômico-financeiro. Do mesmo modo que o sentido jurídico de contrato é muito mais complexo que o de instrumento contratual, o sentido jurídico de condições contratuais é bem mais abrangente que o de condições escritas no instrumento contratual. Estar-se-ia desconsiderando os aspectos econômicos de que resulta o equilíbrio atinente a uma dada relação jurídica para se ater a aspectos meramente jurídico-formais. Logo, todas as condições do contrato podem estar sendo cumpridas e mesmo assim haver desequilíbrio econômico-financeiro, o que obrigaria a Administração, independente de cláusula expressa, a rever as tarifas ²⁶.

²⁶ BLANCHET, Luiz Alberto. **Concessão de serviços públicos**. 2ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2001, p. 68.

Depreende-se do artigo 9º da Lei nº 8.987/95 que a concessão de serviço público requer a realização do processo licitatório, devendo o julgamento da licitação obedecer aos critérios estabelecidos no art. 15, a seguir transcrito²⁷:

“Art. 15. No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios:

I – o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado;

II – a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão;

III – a combinação, dois a dois, dos critérios referidos nos incisos I, II e VII;

IV – melhor proposta técnica, com preço fixado no edital;

V – melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica

VI – melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica; ou

VII – melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas.”

O preço do serviço e os critérios e procedimentos para reajustes e revisões tarifárias devem constar expressamente do edital de licitação e do contrato de concessão, segundo previsto nos arts. 18, VIII, e 23, IV da Lei nº 8.987/95, abaixo transcritos:

“Art. 18 O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e normas gerais da legislação própria sobre licitação e contratos e conterà, especialmente:

[...]

VIII – os critérios de reajuste e revisão da tarifa;

[...]”

“Art. 23 . São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

[...]

IV – ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e revisão das tarifas;

[...]”

²⁷ Redação dada pelo art. 2º da Lei nº 9.648, de 27/05/1998.

Especificamente em relação ao setor elétrico, devem ser destacados os arts. 14 e 15 da Lei nº 9.427/96 que tratam da questão do serviço pelo preço:

“Art. 14. O regime econômico e financeiro da concessão de serviço público de energia elétrica, conforme estabelecido no respectivo contrato, compreende:

I – a contraprestação pela execução do serviço, paga pelo consumidor final com tarifas baseadas no **serviço pelo preço**, nos termos da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;

[...]

IV – apropriação de ganhos de eficiência empresarial e de competitividade;” [sem grifo no original]

“Art. 15 – Entende-se por **serviço pelo preço** o regime econômico-financeiro mediante o qual as tarifas máximas do serviço público de energia elétrica são fixadas:

I – no contrato de concessão ou permissão resultante de licitação pública, nos termos da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;

II – no contrato que prorogue a concessão existente, nas hipóteses admitidas na Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995;

III – no contrato de concessão celebrado em decorrência de desestatização, nos casos indicados no art. 27 da Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995;

IV – em ato específico da ANEEL, que autorize a aplicação de novos valores, resultantes de revisão ou de reajuste, nas condições do respectivo contrato”. [sem grifos no original]

Os dispositivos transcritos significam o rompimento com o critério de remuneração do concessionário pelo custo do serviço, até então vigente, e a passagem para o critério de fixação das tarifas pelo preço máximo definido na licitação; ou seja, o valor da tarifa que será cobrado dos usuários é o resultante da proposta vencedora da concorrência. A mudança de regime tarifário e as implicações daí decorrentes serão tratadas nos Capítulos 4 e 5.

Também é possível observar a preocupação do legislador com a modicidade tarifária ao dispor, no art.14, IV da Lei nº 9.427/96, acima transcrito, que haverá apropriação nas tarifas de ganhos de eficiência empresarial e da competitividade, nos termos dos contratos firmados. Ainda com vistas à observância do princípio da modicidade tarifária, a Lei de Concessões prevê a possibilidade de o poder concedente incluir no edital de licitação a faculdade de o concessionário

obter outras receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, devendo tais receitas serem consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato²⁸.

Existem atualmente 64 (sessenta e quatro) concessionárias operando no mercado. Embora vigorando o regime de tarifa pelo preço, não houve até o momento nenhuma licitação para a escolha da proposta de menor tarifa. O que ocorreu, na verdade, foi a adequação dos antigos contratos aos dispositivos da Lei nº 8.987/95, tendo sido as tarifas, no momento da prorrogação contratual, fixadas pelo agente regulador, com base nos custos das concessionárias e na remuneração considerada adequada.²⁹.

Além disso, houve as privatizações das duas empresas distribuidoras de energia elétrica de propriedade do governo federal: Centrais Elétricas do Espírito Santo – ESCELSA, em 11/7/1995³⁰, e LIGHT – Serviços de Eletricidade S.A., em 21/5/1996³¹. Concomitantemente à privatização das empresas, em consonância com a legislação em vigor, foram outorgadas novas concessões à ESCELSA e à LIGHT, cuja minuta do contrato de concessão, elaborada pelo extinto Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica - DNAEE, constou como parte integrante do edital de privatização, nos termos da Lei nº 9.074/95, arts. 27 e 28.

3.3 Das atribuições do órgão regulador

Os arts. 29 e 30, parágrafo único, da Lei nº 8.987/95 fixam as obrigações do poder concedente, quais sejam:

²⁸ Vale lembrar que a modicidade das tarifas ainda pode advir de subsídios governamentais, que também devem entrar no cômputo do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 483).

²⁹ AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Disponível em < <http://www.aneel.gov.br>>. Acesso em 26/7/2002

³⁰ BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL. Departamento de Relações Institucionais. **Programa Nacional de Desestatização –Relatório de atividades**. Rio de Janeiro, 1996, p.17.

“Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

- I – regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação;
- II – aplicar as penalidades regulamentares e contratuais;
- III – intervir na prestação do serviço, nos casos e condições previstos em lei;
- IV – extinguir a concessão, nos casos previstos nesta lei e na forma prevista no contrato;
- V – homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma desta Lei, das normas pertinentes e do contrato;
- VI – cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão;
- VII – zelar pela boa qualidade do serviço, receber, apurar e solucionar queixas e reclamações dos usuários, que serão cientificados, em até trinta dias, das providências tomadas;
- VIII – declarar de utilidade pública os bens necessários à execução do serviço ou obra pública, promovendo as desapropriações, diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;
- IX – declarar de necessidade ou utilidade pública, para fins de instituição de servidão administrativa, os bens necessários à execução do serviço ou obra pública, promovendo-a diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;
- X – estimular o aumento da qualidade, produtividade, preservação do meio ambiente e da conservação;
- XI – incentivar a competitividade; e
- XII – estimular a formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço.

Art. 30. [...]

Parágrafo único. A fiscalização do serviço será feita por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou por entidade com ele conveniada, e, periodicamente, conforme previsto em norma regulamentar, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários.”

³¹ BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL. Departamento de Relações Institucionais. Op. cit., 1997, p.30.

No setor de energia elétrica, as atribuições do poder concedente são exercidas pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, vinculada ao Ministério de Minas e Energia – MME, sucessora em todos os direitos e obrigações do Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica – DNAEE. Trata-se de uma autarquia especial, criada pela Lei nº 9.427/96, cujo objetivo é regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, de acordo com as políticas e diretrizes do Governo Federal (art. 2º)

Nos termos dos artigos citados, incumbe à ANEEL realizar as licitações para outorgas de concessões em conformidade com as seguintes normas: Lei nº 9.427/96; Lei nº 9.074/95; Lei nº 8.987/95; Lei nº 8.666/93. Em vista dos resultados das licitações, cabe à ANEEL celebrar e gerir os contratos de concessão, bem como exercer a fiscalização, diretamente ou mediante convênio, das concessões respectivas.

Destaca-se, entre os dispositivos da Lei nº 9.427/96, o art. 3º, alterado pela Lei nº 9.648/1998, art. 4º, referente às competências da ANEEL, quais sejam:

Art. 3º Além das incumbências prescritas nos arts. 29 e 30 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, aplicáveis aos serviços de energia elétrica, compete especialmente à ANEEL:

I - implementar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração da energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, expedindo os atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995;

II - promover as licitações destinadas à contratação de concessionárias de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos;

III - definir o aproveitamento ótimo de que tratam os §§ 2º e 3º do art. 5º da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995;

IV - celebrar e gerir os contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público, expedir as autorizações, bem como fiscalizar, diretamente ou mediante convênios com órgãos estaduais, as concessões e a prestação dos serviços de energia elétrica;

V - dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores;

VI - fixar os critérios para cálculo do preço de transporte de que trata o § 6º do art. 15 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, e arbitrar seus valores nos casos de negociação frustrada entre os agentes envolvidos;

VII - articular com o órgão regulador do setor de combustíveis fósseis e gás natural os critérios para fixação dos preços de transporte desses combustíveis, quando destinados à geração de energia elétrica, e para arbitramento de seus valores, nos casos de negociação frustrada entre os agentes envolvidos.

O Decreto nº 2.335/97, em seu Anexo I, que aprova a estrutura regimental da ANEEL, define no art. 3º as diretrizes e no art. 4º todas as competências desse órgão regulador, entre as quais destacamos:

“Art. 3º - A ANEEL orientará a execução de suas atividades finalísticas de forma a proporcionar condições favoráveis para que o desenvolvimento do mercado de energia elétrica ocorra com equilíbrio entre os agentes e em benefício da sociedade, observando as seguintes diretrizes:

- I) prevenção de eventuais conflitos, por meio de ações e canais que estabeleçam adequado relacionamento entre os agentes do setor de energia elétrica e demais agentes da sociedade;
- II) regulação e fiscalização realizadas com o caráter de simplicidade e pautadas na livre concorrência entre os agentes, no atendimento às necessidades dos consumidores e no pleno acesso aos serviços de energia elétrica;
- III) adoção de critérios que evitem práticas anticompetitivas e de impedimento a livre acesso aos sistemas elétricos;
- IV) criação de condições para a modicidade das tarifas, sem prejuízo da oferta e com ênfase na qualidade dos serviços de energia elétrica;
- V) criação de ambiente para o setor de energia elétrica que incentive o investimento, de forma que os concessionários, permissionários e autorizados tenham assegurada a viabilidade econômica e financeira, nos termos do respectivo contrato;
- VI) adoção de medidas efetivas que assegurem a oferta de energia elétrica a áreas de renda e densidade baixas, urbanas e rurais, de forma a promover o desenvolvimento econômico e social e a redução das desigualdades regionais;
- VII) educação e informação dos agentes e demais envolvidos sobre políticas, diretrizes e regulamentos do setor de energia elétrica;
- VIII) promoção de execução indireta, mediante convênio, de atividades para as quais os setores públicos estaduais estejam devidamente capacitados;
- IX) transparência e efetividade nas relações com a sociedade.”

“Art. 4º. À ANEEL compete:

[...]

II – incentivar a competição e supervisioná-la em todos os segmentos do setor de energia elétrica;

[...]

IV – regular os serviços de energia elétrica, expedindo os atos necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela legislação em vigor;

[...]

X – atuar, na forma da lei e do contrato, nos processos de definição e controle de preços e tarifas, homologando seus valores iniciais, reajustes e revisões, e criar mecanismos de acompanhamento de preços;

[...]

XIV – fiscalizar a prestação dos serviços e instalações de energia elétrica e aplicar as penalidades regulamentares e contratuais;

[...]

XVI – estimular a melhoria do serviço prestado e zelar, direta e indiretamente, pela sua boa qualidade, observado, no que couber, o disposto na legislação vigente de proteção e defesa do consumidor;

[...]

XVIII – estimular a organização e operacionalização dos conselhos de consumidores e comissões de fiscalização periódica compostas de representantes da ANEEL, do concessionário e dos usuários, criados pelas Leis nº 8.631, de 04/03/1993, e nº 8.987, de 13/02/1995;

[...].”

A finalidade da atividade eminentemente regulatória, de competência da ANEEL, é definida no art. 12 do Anexo I do Decreto nº 2.335/97, abaixo transcrito:

“Art. 12. A ação regulatória da ANEEL, de acordo com as diretrizes e competências estabelecidas neste Anexo, visará primordialmente à:

I – definição de padrões de qualidade, custo, atendimento e segurança dos serviços e instalações de energia elétrica compatíveis com as necessidades regionais;

II – atualização das condições de exploração dos serviços e instalações de energia elétrica, em decorrência das alterações verificadas na legislação específica e geral;

III – promoção do uso e da ampla oferta de energia elétrica de forma eficaz e eficiente, com foco na viabilidade técnica, econômica e ambiental das ações.”

Por intermédio da Resolução nº 233³², a Diretoria da ANEEL, em 1998, aprovou as Normas de Organização ANEEL-001 que “dispõem sobre os procedimentos para o funcionamento, a ordem dos trabalhos e os processos decisórios” da agência reguladora. Segundo essa norma, todos “os processo decisórios que impliquem efetiva afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico e dos consumidores, decorrente de ato administrativo ou de anteprojeto de lei proposto pela ANEEL,” deverão ser submetidos a audiência (arts. 13 a 19) e consulta públicas (arts.19 a 21).

A Resolução nº 233, da ANEEL, deu efetividade ao disposto no art. 21 do Anexo I do Decreto nº 2.335/97³³. As audiências públicas têm por objetivo colher, junto à sociedade, subsídios e informações sobre as matérias em exame na Agência, além da possibilitar aos interessados manifestarem-se verbalmente acerca dessas matérias. No processo de audiência pública há duas etapas: primeiro os participantes enviam suas sugestões por escrito, depois a ANEEL realiza debates abertos sobre o tema. As consultas públicas, por sua vez, são feitas para a Agência receber textos dos interessados.³⁴

³²DOU de 20/7/1998, Vol. 136, Número:136-E-Seção 1, republicado em 21/08/1998, p. 11, V. 136 n. 160-E.

³³ Referido dispositivo dispôs, *in verbis*:

“Art. 21. O processo decisório que implicar efetiva afetação de direitos de agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, decorrente de ato administrativo da Agência ou de anteprojeto de lei proposto pela ANEEL, será precedido de audiência pública com os objetivos de:

I – recolher subsídios e informações para o processo decisório da ANEEL;

II – propiciar aos agentes e consumidores a possibilidade de encaminhamento de seus pleitos, opiniões e sugestões;

III – identificar, da forma mais ampla possível, todos os aspectos relevantes à matéria objeto de audiência pública;

IV – dar publicidade à ação regulatória da ANEEL.”

³⁴ AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Disponível em <http://www.aneel.gov.br>> Acesso em 30/8/2002.

3.4 Dos direitos dos usuários

Os usuários de serviços públicos receberam tratamento especial na Lei nº 8.987/95, que, no art. 7º, lhes confere a condição de consumidores, garantindo-lhes a proteção especial do Código de Defesa do Consumidor. Referido artigo dispõe, *in verbis*:

“Art. 7º Sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários:

I – receber serviço adequado;

II – receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais e coletivos;

III – obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre os vários prestadores de serviço quando for o caso, observadas as normas do poder concedente; [Redação dada pela Lei nº 9.648, de 27/5/1999]

IV – comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço;

VI – contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos através dos quais lhes são prestados os serviços.”

O Decreto nº 2.335/97, Anexo I, art. 14, ao dispor sobre a atividade regulatória da ANEEL também ressalta a condição de consumidor, protegido em lei especial, conferida ao usuário de serviços públicos:

“Art. 14. As ações de proteção e defesa do consumidor de energia elétrica serão realizadas pela ANEEL, observado, no que couber, o disposto no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, aprovado pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, na Lei nº 8.987, de 1995, e no Decreto nº 2.181³⁵, de 20 de março de 1997”.

³⁵ Conforme ementa, o Decreto nº 2.181/97 “dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, revoga o Decreto 861, de 9 de julho de 1993 e dá outras providências” .

A Lei nº 8.078/90, por sua vez, é explícita em assegurar proteção e defesa ao usuário de serviços públicos, o que se observa tanto no art. 4º, que enumera princípios a serem observados na Política Nacional de Relações de Consumo, quanto no art. 6º, que trata dos direitos básicos do consumidor. Tais artigos contêm as seguintes disposições:

“Art. 4º. A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem com a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

[...]

VII – racionalização e melhoria dos serviços públicos;

[...]”

“Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

[...]

X – a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.”

Por fim, o Código de Defesa do Consumidor coloca sob proteção os usuários dos serviços públicos quando fixa responsabilidades por vício do produto ou do serviço. Nos termos do art. 22, “os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”. Tais pessoas jurídicas serão responsabilizadas pelo descumprimento de suas obrigações, tendo o dever de reparar os danos eventualmente causados (art. 22, parágrafo único).

Cabe ressaltar que os diplomas legais surgidos na esteira do art. 175 da Constituição Federal em vigor visaram conferir à delegação de serviços públicos um tratamento legislativo sistematizado, pois até o surgimento da Lei nº 8.987/95 a matéria era tratada por meio de dispositivos insertos em leis esparsas.

Além de representarem uma estrutura normativa sistematizada, que fundamenta os principais instrumentos de delegação de serviço público, as Leis nº 8.987/95 e 9.074/95 possuem o mérito de fixar conceitos, cujo tratamento até então era meramente doutrinário e

jurisprudencial (como, por exemplo, se verifica nos arts. 2º e 6º da Lei nº 8.987/95, transcritos no corpo deste capítulo), embora alguns conceitos permaneçam indeterminados (como o de modicidade tarifária, por exemplo).

Destaca-se como objetivo básico da Lei nº 8.987/95 a criação de condições para o pleno atendimento aos usuários de serviços públicos, por meio do recebimento de serviço adequado, nos termos definidos na mencionada lei. A efetivação desse objetivo tem como pressuposto a perfeita observância aos direitos dos usuários, o que inclui o cumprimento do disposto no Código de Defesa do Consumidor, bem como a formulação de política tarifária, cuja finalidade é garantir o equilíbrio econômico-financeiro das concessões, atendido o princípio da modicidade tarifária.

Conforme se verifica da leitura dos dispositivos transcritos, a legislação que regulamenta especificamente o instituto da concessão de serviços de energia elétrica, em consonância com as normas gerais, revela como finalidade precípua do legislador a harmonização dos interesses dos concessionários com os dos consumidores, sempre tendo em vista a prestação do serviço adequado, o que implica acesso a serviços eficientes, ao menor custo possível (modicidade tarifária).

Toda a evolução verificada no disciplinamento das delegações, que implica a reestruturação dos serviços públicos, significa um novo Direito Administrativo brasileiro, principalmente no que se refere à regulação dos serviços públicos concedidos. A questão das revisões tarifárias periódicas nos contratos de concessão de distribuição de energia elétrica, conduzidas pela ANEEL, objeto do presente estudo, portanto, devem ser analisadas sob o novo contexto que se apresenta.

4 O PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Neste capítulo, apresentamos, de forma sintética, a evolução e o significado do princípio do equilíbrio econômico-financeiro, segundo os principais administrativistas brasileiros. Além disso, expomos as situações reconhecidas por nossos doutrinadores como ensejadoras da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, destacando tais situações na Lei nº 8.987/1995.

4.1 Evolução do princípio do equilíbrio econômico-financeiro

Segundo nos ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro, toda a teoria do equilíbrio econômico-financeiro (ou equação econômico-financeira) desenvolveu-se a partir dos contratos de concessão de serviço público, que se constituíram na primeira modalidade de contrato administrativo historicamente existente³⁶.

Originalmente, inexistia a idéia de equilíbrio econômico-financeiro. Aplicavam-se à concessão os princípios *pacta sunt servanda* (os contratos devem ser cumpridos) e *lex inter partes* (o contrato é lei entre as partes), oriundos do direito privado; conseqüentemente, era inerente ao contrato de concessão a idéia de que o concessionário executava o serviço em seu próprio nome e por sua conta e risco.

A expressão “por sua conta e risco” tinha um significado bem mais abrangente do que se entende atualmente, pois deveria o concessionário gerir a concessão de serviços públicos como um negócio qualquer, sem dispor de proteção especial em decorrência de estar executando um serviço público.

³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **O equilíbrio econômico-financeiro e o controle das agências reguladoras**. Brasília: TCU, 2002, p. 55.

Ainda segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro, esse entendimento, contudo, foi se modificando ao longo do tempo, de modo que, aos poucos, desenvolveu-se a idéia de que o contrato de concessão, por ter por objeto a execução de um serviço público e ter como finalidade atender o interesse geral, deve ser essencialmente mutável e flexível, de modo a assegurar a continuidade na prestação do serviço.³⁷

Destaca a mencionada autora que o primeiro acórdão nesse sentido foi proferido em 1910, pelo Conselho de Estado da França, em que se firmou o entendimento de que deveria haver “**honesto equilíbrio** entre o que se concede ao concessionário e o que dele se exige”³⁸.

A jurisprudência do Conselho de Estado francês foi se aperfeiçoando a partir do mencionado aresto, tendo surgido uma série de teorias, acolhidas por diversos países, inclusive o Brasil, que passaram a defender, em circunstâncias determinadas, a mutabilidade do contrato, especialmente das cláusulas financeiras, com vistas a permitir a continuidade do contrato.

Como já ressaltamos no primeiro capítulo, a mutabilidade do contrato administrativo é, hoje em dia, uma de suas características essenciais, de que resulta o direito do contratado à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. Prova disso é a utilização das teorias do fato do príncipe e do fato da Administração, da teoria da imprevisão, da que reconhece o poder de alteração unilateral do contrato pela Administração, como fundamento para as modificações contratuais.

Referidas teorias foram todas construções jurisprudenciais. A doutrina brasileira adotou as teorias criadas no Direito francês e a nossa jurisprudência incorporou-as.³⁹ A primeira lei de abrangência geral e nacional que tornou o princípio do equilíbrio econômico-financeiro um direito

³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. 3ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 1999, p. 92.

³⁸ Op. cit., p. 92.

³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **O equilíbrio econômico-financeiro e o controle das agências reguladoras**. Brasília: TCU, 2002. p. 56.

positivo do concessionário foi o Decreto-Lei nº 2.300, de 21/11/86, nos termos mais ou menos semelhantes aos que constam da Lei nº 8.666, de 21/6/1993⁴⁰.

Relativamente ao fundamento constitucional para a garantia do equilíbrio econômico-financeiro, Maria Sylvia Zanella di Pietro destaca as diferenças entre as disposições da Constituição Federal de 1967 e as da Constituição de 1988. A Constituição de 1967, no art. 167, obrigava o poder concedente a fixar tarifas que assegurassem ao concessionário a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão do serviço e o equilíbrio econômico e financeiro do contrato⁴¹.

A Constituição de 1988 não contém norma sobre tarifa, remetendo à lei ordinária a tarefa de dispor sobre política tarifária, conforme se observa no art. 175, parágrafo único, III. Não há, na Lei Maior, nenhuma referência à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. Alguns autores entendem que o art. 37, XXI supre essa lacuna, embora se refira aos contratos de obras, serviços, compras e alienações, que serão contratados mediante cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, “mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei”. Para

⁴⁰ Tanto o Decreto-Lei nº 2.300/86 quanto a Lei nº 8.666/93, que revogou referido Decreto-Lei, instituíram normas sobre licitações e contratos na Administração Pública Federal. Sobre o equilíbrio econômico-financeiro, o art. 65, II, da Lei nº 8.666/93 assim dispõe:

“Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

(...)

II – por acordo das partes:

(...)

d) para restabelecer a relação que as partes inicialmente pactuaram entre os encargos e as condições do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e .”

⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 1999, p. 99.

essa corrente doutrinária, a aplicação do referido dispositivo constitucional às concessões de serviços públicos se faz por analogia⁴².

Em sede infraconstitucional, conforme vimos no capítulo anterior, ao tratarmos do art. 9º da Lei nº 8.987/95, não foram estabelecidos critérios de reajuste ou revisão contratual. Há apenas referência à política tarifária, embora de forma lacunosa. Todavia, constam da Lei de Concessões normas expressas sobre a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

4.2 Princípio do equilíbrio econômico-financeiro

Os tradicionais doutrinadores do Direito Administrativo nos oferecem as seguintes definições para equilíbrio econômico-financeiro :

“[...] é a relação de igualdade formada, de um lado, pelas obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste e, de outro lado, pela compensação econômica que lhe corresponderá”⁴³.

“[...] constitui a relação que se estabelece no momento da celebração do contrato, entre o encargo assumido pelo concessionário e a remuneração que lhe assegura a Administração por via do contrato”⁴⁴.

“[...] a relação que as partes estabelecem, inicialmente, no ajuste, entre os encargos do contratante e a retribuição da Administração, para a justa remuneração de seu objetivo”⁴⁵.

“A expressão indica uma espécie de ‘relação’ entre encargos e retribuições gerada para as partes. Significa que os encargos correspondem (equivalem, são iguais) às retribuições. A expressão equilíbrio esclarece que o conjunto dos encargos é a contrapartida do conjunto de retribuições, de molde a caracterizar uma equação”⁴⁶.

⁴² Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 487; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 99; JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 149,

⁴³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 418.

⁴⁴ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Op.cit., p. 92.

⁴⁵ WALD, Arnold. Do direito adquirido à equação econômico-Financeira nos contratos administrativos. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo: Editora NDJ Ltda, nº 1, 1998, p. 4.

⁴⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessão de serviços públicos**. São Paulo: Dialética, 1993, p.145.

Toda a doutrina tradicional é pacífica em afirmar a intangibilidade da equação econômico-financeira, como verificamos nos exemplos a seguir:

“A equação econômico-financeira é intangível. Vezes a basto têm os autores encarecido este aspecto. Apostilas deste teor podem ser colhidas aos racimos”⁴⁷.

“[...] é a relação estabelecida inicialmente pelas partes entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração do objeto do ajuste. Essa relação encargo-retribuição deve ser mantida durante toda a execução do contrato, a fim de que o contratado não venha a sofrer indevida redução nos lucros normais do empreendimento”⁴⁸.

“[...] significa a proporção entre os encargos do contratado e a sua remuneração, proporção esta fixada no momento da celebração do contrato; diz respeito às chamadas cláusulas contratuais, terminologia redundante, classicamente usada para designar as cláusulas referentes sobretudo à remuneração do contratado; [...] O direito ao equilíbrio econômico-financeiro assegura ao particular contratado a manutenção daquela proporção durante toda a vigência do contrato.”⁴⁹

“[...] garantia de que, quaisquer que sejam as alterações advindas de determinações da Administração ou de fatores estranhos à relação jurídica estabelecida, mas que tenham impacto extraordinário sobre ela, fará jus sempre ao restabelecimento da equação financeira inicialmente fixada no contrato”⁵⁰.

Como se vê nos exemplos transcritos, a relação original estabelecida entre as obrigações assumidas pelo contratante e as compensações econômicas correspondentes não mais poderá ser alterada durante a execução contratual, o que se constitui em princípio regulador do contrato administrativo, segundo toda a doutrina tradicional. Essa intangibilidade abrange apenas os efeitos patrimoniais do contrato.

Conforme ressaltamos anteriormente, o contrato de concessão contém, de um lado, a idéia da supremacia do interesse público; do outro, a idéia de a concessão ser executada por

⁴⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 418.

⁴⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p.199.

⁴⁹ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 253.

⁵⁰ AZEVEDO, Eurico de A. e ALENCAR, Maria Lúcia de A.. **Concessão de serviços públicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 39.

um empresário capitalista que tem como objetivo o lucro. Em consequência dessa dicotomia (interesse público x interesse privado), surge o direito ao equilíbrio econômico-financeiro, estabelecido por ocasião da execução contratual, o que se configura em ponto de distinção entre os contratos administrativos e os contratos comuns de direito privado.

Assim, em princípio, embora a Lei nº 8.987/95 diga que o concessionário prestará o serviço por sua conta e risco, trata-se de um risco mitigado em decorrência da proteção representada pela garantia do equilíbrio econômico-financeiro. Isso porque há que se conciliar princípios inerentes ao direito privado, quais sejam, o *pacta sunt servanda* (os contratos devem ser cumpridos) e *lex inter partes* (o contrato é lei entre as partes), que estão embutidos na idéia de que o concessionário deve executar a concessão em seu nome e por sua conta e risco, com princípios atinentes ao direito público, abaixo indicados⁵¹, que comportam a idéia de flexibilidade do contrato administrativo, com vistas à adequada prestação do serviço público e ao atingimento dos interesses da coletividade:

- princípio da equidade, que impede que uma das partes experimente locupletamento ilícito em detrimento da outra;
- princípio da razoabilidade, que exige proporção entre o custo e o benefício;
- princípio da continuidade do contrato administrativo, que determina a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro indispensável para assegurar a continuidade do contrato;
- princípio da indisponibilidade do interesse público, pois, se o contrato é necessário para atender a alguma necessidade imperiosa da Administração, a esta incumbe assegurar sua continuidade, recompondo o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Há de se ressaltar também, em vista dos princípios acima referidos, que o princípio do equilíbrio econômico-financeiro abrange os dois lados da relação jurídica, de forma que a Administração está garantida contra eventos que acarretem ganhos extraordinários e imprevisíveis ao concessionário. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “[...] o contratante não pode buscar

⁵¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 93.

qualquer proveito econômico adicional excedente ao equilíbrio originalmente tratado – isto é – não previsto que seja auferível em detrimento e às expensas da Administração⁵².

O dever de observância ao princípio do equilíbrio econômico-financeiro é característica de todos os contratos, regidos por normas de direito público ou privado. Os particulares, contudo, têm liberdade para estabelecer os termos da equivalência, enquanto a Administração deve zelar para que sempre haja correspondência entre o valor do objeto contratual e o valor da contraprestação. Isso porque estão em jogo os interesses dos usuários, que não são parte do contrato, mas que pagam ao concessionário os serviços prestados.

Portanto, é preciso haver equilíbrio entre a obrigação do concessionário e a tarifa a ser paga pelo usuário, sendo o equilíbrio econômico-financeiro, nas palavras de Marçal Justen Filho, “um atributo do contrato administrativo”. Segundo o mesmo autor, a equivalência entre encargos e retribuições precede a celebração do contrato, estabelecendo-se, na verdade, durante o procedimento licitatório, no momento em que é selecionada a proposta vencedora, segundo as condições fixadas no edital. A celebração do contrato de concessão é apenas o aperfeiçoamento da equação econômico-financeira⁵³

A composição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato inclui, além da tarifa, outras fontes de receita previstas no instrumento convocatório e no contrato⁵⁴. Também é possível a outorga de subsídio ao concessionário, desde que haja previsão anterior à concorrência e todos os licitantes tenham acesso⁵⁵. Uma vez rompido esse equilíbrio, sua recomposição ocorrerá

⁵² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 424.

⁵³ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 150.

⁵⁴ O art. 11 da Lei nº 8.987/95 dispõe, *in verbis*: “Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade de tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.”

⁵⁵ Conforme a interpretação, *a contrario sensu*, do art. 17, da Lei nº 8.987/95: “Considerar-se-á desclassificada a proposta de entidade estatal alheia à esfera político-administrativa do poder concedente que, para sua viabilização necessite de vantagens ou subsídios que não estejam previamente autorizados em lei ou à disposição de todos os concorrentes.”

por meio de reajuste e revisão tarifária, alteração de prazo da concessão ou qualquer compensação financeira.

4.3 Teoria das áleas

A questão para a doutrina tradicional é identificar quando há rompimento do equilíbrio e quais as situações que autorizam a alteração das tarifas com o fim de recompor a equação econômico- financeira. Para tanto, o Direito francês desenvolveu a Teoria das Áleas, adotada no Brasil (com particularidades), que consiste no estudo das causas que abalam a equação inicial do contrato e que permitem distinguir os riscos a serem cobertos pelo poder concedente daqueles a serem suportados pelos concessionários.

De forma resumida, a doutrina entende haver dois tipos de áleas a que estão sujeitos os concessionários – ordinárias e extraordinárias – que de algum modo podem ser identificadas na Lei de Concessões. As ordinárias dizem respeito aos riscos do negócio, decorrentes de alterações nas condições de mercado, sendo eventos previsíveis e que devem ser suportados pelos concessionários. Celso Antônio Bandeira de Mello expressa o seguinte sobre tais áleas:

“Os riscos que o concessionário deve suportar sozinho abrangem, além dos prejuízos que lhe resultem por atuar canhestamente, com ineficiência ou imperícia, aqueles outros derivados de eventual estimativa inexata quanto à captação ou manutenção da clientela de possíveis usuários, bem como, no caso de fontes alternativas de receita, os que advenham de uma frustrada expectativa no que concerne aos proveitos extraíveis de tais negócios.”⁵⁶.

⁵⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit. p., 488.

O equilíbrio econômico-financeiro do contrato é, nesse contexto, preservado por mecanismos de revisão da remuneração, que devem estar expressos no edital e no contrato, segundo o disposto no art. 9º, *caput* e § 2º da Lei nº 8.987/95⁵⁷.

As outras são áleas extraordinárias, que dizem respeito a riscos imprevisíveis, que não podem ser evitados ou imputados aos concessionários. Tais perdas devem ser suportadas pelo poder concedente e autorizam a revisão das cláusulas financeiras com vistas à recomposição do equilíbrio desfeito. A recomposição tarifária baseia-se, nesse caso, na teoria da imprevisão (álea econômica) e nas teorias do fato do príncipe, do fato da administração e do poder de a Administração alterar unilateralmente o contrato.

4.3.1 *Alteração unilateral do contrato*

A alteração unilateral do contrato constitui-se em poder da Administração de impor ao particular a alteração do contrato administrativo, com o fim de se adequar ao interesse público, acarretando, com isso, o agravamento da situação econômica do contratado.⁵⁸

Em caso de alteração unilateral do contrato pelo poder concedente, é responsabilidade da Administração restabelecer o equilíbrio voluntariamente rompido. O art. 9º, § 4º, da Lei nº 8.987/95 expressa essa obrigação quando determina que “em havendo alteração unilateral do contrato que afete seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração”. Também o art. 18, inciso VII, ao mencionar os itens a serem incluídos no edital de licitação, dispõe: “os direitos e obrigações do poder concedente e da concessionária em relação a alterações e expansões a serem realizadas no futuro, para garantir a continuidade da prestação do serviço”. Por sua vez, o art. 23, inciso V, prevê, como

⁵⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello observa: “Com efeito, entende-se como excluída da álea ordinária (isto é, dos riscos que o concessionário deve suportar) a variação nos preços dos insumos componentes da tarifa, pois esta intelecção é a que se coaduna com a proteção ampla decorrente dos precitados arts. 9º, § 2º, 18, III e 23, IV, impositivos de revisão e/ou reajuste” (Op. cit., p. 487.)

⁵⁸ Idem, p.420.

cláusula essencial do contrato de concessão, a relativa “aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações”⁵⁹.

4.3.2 *Fato do príncipe*

Segundo Maria Sylvia Zanella de Pietro, há divergências doutrinárias sobre a conceituação de fato do príncipe. Nas palavras da autora, “[...] para uns, abrange o **poder de alteração unilateral** e também as **medidas de ordem geral, não relacionadas diretamente com o contrato, mas que nele repercutem, provocando desequilíbrio econômico-financeiro em detrimento do contratado**. Para outros, o fato do príncipe corresponde apenas a essa segunda hipótese. Cite-se o exemplo de um tributo que incida sobre matérias-primas necessárias ao cumprimento do contrato; ou medida de ordem geral que dificulte a importação dessas matérias-primas”⁶⁰.

A mencionada autora filia-se à segunda corrente em vista da diversidade de fundamentos para a responsabilidade do Estado. “No caso de alteração unilateral de cláusulas contratuais, a responsabilidade decorre do próprio contrato, ou seja, da cláusula exorbitante que confere essa prerrogativa à Administração; trata-se de **responsabilidade contratual**”. E prossegue: “No caso de medida geral, que atinja o contrato apenas reflexamente, a responsabilidade é extracontratual; o dever de recompor o equilíbrio econômico do contrato repousa na mesma idéia de equidade que serve de fundamento à teoria da **responsabilidade objetiva** do Estado”⁶¹.

⁵⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. Op.cit., p.94.

⁶⁰ Idem, p. 95.

⁶¹ Idem, p.95

Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, observa⁶²:

“O fato do príncipe não é um comportamento ilegítimo. Outrossim, não representa o uso de competências extraídas da qualidade jurídica de contratante, mas também não se constitui em inadimplência ou falta contratual. É o meneio de uma competência pública cuja utilização repercute diretamente sobre o contrato, onerando, destarte, o particular. Seria o caso, e.g., da decisão oficial de alterar o salário mínimo, afetando, assim, decisivamente, o custo de limpeza dos edifícios públicos contratados com empresas especializadas neste mister.

É certo que este agravo patrimonial não libera, como diz Benoit, o contratado de executar as obrigações avençadas com o Poder Público, mas investe-o no poder de obter reparação integral do prejuízo sofrido em decorrência do fato que lhe agravou os encargos.”

Em relação especificamente à concessão, afirma Celso Antônio Bandeira de Mello⁶³:

“De acordo com a teoria do fato do príncipe, o poder concedente deverá indenizar integralmente o concessionário, quando, por ato seu, agravar a equação econômico-financeira da concessão em detrimento do concessionário, salvo se a medida gravosa corresponder a ônus imposto aos administrados em geral cuja repercussão não atinja direta ou especificamente as prestações do concessionário.”

É consenso que, na ocorrência do fato do príncipe, a Administração responde integralmente pelo restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, em vista dos prejuízos causados ao concessionário. O art. 9º, § 3º, da Lei nº 8.987/95 prevê, de forma implícita, hipótese de aplicação da teoria do fato do príncipe. Tal dispositivo determina que “ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso”.

⁶² **Curso de Direito Administrativo**. Op.cit., p. 421.

⁶³ *Idem*, p. 486.

Ressalte-se, contudo, que qualquer outra situação que se caracterize como fato do príncipe autorizará a revisão das cláusulas financeiras do contrato, com base em princípios de equidade e, ainda, pela aplicação subsidiária da norma contida no art. 65, inciso II, alínea d, da Lei nº 8.666/93, de que consta expressa referência ao fato do príncipe como determinante de alteração contratual por acordo das partes, para restabelecer o equilíbrio inicial.⁶⁴

4.3.3 Fato da Administração

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, o fato da Administração refere-se a “agravos econômicos resultantes da inadimplência da Administração contratante, isto é de uma violação contratual”⁶⁵. Maria Sylvia Zanella di Pietro, por sua vez, esclarece a diferença entre fato da Administração e fato do príncipe: “ [...] o primeiro relaciona-se diretamente com o contrato, o segundo é praticado pela autoridade, não como ‘parte’ no contrato, mas como autoridade pública que, como tal, acaba por praticar um ato que, reflexamente, repercute sobre o contrato”⁶⁶. Em resumo, o fato da Administração significa a conduta ou o comportamento da Administração que, como parte contratual, impossibilite a execução do contrato ou provoque seu desequilíbrio econômico-financeiro.

⁶⁴ O artigo da Lei nº 8.666/93, em referência, assim dispõe:

“Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

(...)

II – por acordo das partes:

(...)

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou **fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.** [grifo não consta do original]

⁶⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 10ª ed. rev. amp. e atual.. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 422.

⁶⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 3ª ed. rev. amp.. São Paulo: Atlas, 1999, p. 95.

Segundo a mencionada autora, o fato da Administração pode acarretar uma suspensão da execução do contrato ou a paralisação definitiva da execução. Daí que contratado pode se recusar ao seu cumprimento, sem que esteja sujeito às sanções administrativas que, em outras circunstâncias, seriam cabíveis. Pode haver, ainda, desequilíbrio econômico-financeiro, o que dá ao contratado o direito de recomposição.⁶⁷

Hely Lopes Meirelles cita como exemplos de fato da Administração: “quando a Administração deixa de entregar o local da obra ou do serviço, ou não providencia as desapropriações necessárias, ou não expede a tempo as competentes ordens de serviço, ou pratica qualquer ato impediendo dos trabalhos a cargo da outra parte”.⁶⁸

De acordo com Maria Sylvia Zanella di Pietro, é comum a equiparação entre o fato da Administração e a força maior. Ambas as hipóteses derivam da ocorrência de um fato atual, imprevisível e inevitável. A diferença é que na força maior esse fato é alheio à vontade das partes e no fato da Administração é imputável a esta. Mais, a força maior impossibilita a execução do contrato, não cabendo sanção às partes, enquanto o fato da Administração, por provocar a paralisação temporária ou definitiva, induz a Administração a responder pelos prejuízos sofridos pelo contratado.⁶⁹

No caso de qualquer fato da Administração, o concessionário poderá pleitear a rescisão contratual, sem interromper, porém, a prestação do serviço. Isso é o que determina o art. 39 da Lei nº 8.987/95: “O contrato de concessão poderá ser rescindido por iniciativa da concessionária, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente, mediante ação judicial especialmente intentada para esse fim”. Nos termos do parágrafo único, “na hipótese prevista no *caput* deste artigo, os serviços prestados pela concessionária não poderão ser interrompidos ou paralisados, até a decisão judicial transitada em julgado”.

⁶⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 96.

⁶⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 20ª ed. atual. .São Paulo: Malheiros, 1995, p.223.

⁶⁹ Op. cit., p. 95.

4.3.4 Teoria da Imprevisão

Nas palavras de Maria Sylvia Zanella di Pietro, “a **álea econômica** que dá margem à aplicação da **teoria da imprevisão** pode ser definida como todo acontecimento externo ao contrato, estranho à vontade das partes, imprevisível e inevitável, que causa um desequilíbrio econômico-financeiro muito grande, tornando a execução do contrato excessivamente onerosa para o contratado”⁷⁰.

Destaca-se ainda a definição de Celso Antônio Bandeira de Mello⁷¹:

“Agravos econômicos sofridos *em razão de fatos imprevisíveis produzidos por força alheia às pessoas contratantes* e que convulsionam gravemente a economia do contrato. Seria o caso, por exemplo, de acentuada elevação do preço de matérias-primas, causada por desequilíbrios econômicos, etc. É a ‘teoria da imprevisão’, por via da qual, modernamente se retoma o vetusto princípio da cláusula *rebus sic stantibus*. Entre nós, a teoria da imprevisão é perfeitamente acolhida como forma de restaurar as previsões, consagradas na equação econômico-financeira.”

A cláusula *rebus sic stantibus* está implícita em todos os contratos de prestações sucessivas e implica que o acordo não permanece em vigor se as coisas não permanecerem como eram no momento da celebração do contrato.

No Brasil, há divergências sobre a aplicação da teoria da imprevisão. Afirma Maria Sylvia Zanella di Pietro⁷²:

“[...] se de um lado, a ocorrência de circunstâncias excepcionais não libera o particular da obrigação de dar cumprimento ao contrato, por outro lado não é justo que ele responda sozinho pelos prejuízos sofridos. Para evitar a interrupção do contrato, a Administração vem em seu auxílio, participando também do acréscimo de encargos. A teoria da imprevisão autoriza a Administração a rever as cláusulas

⁷⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 98.

⁷¹Op. cit., p. 421.

⁷² Op. cit., p. 99.

financeiras do contrato, para restabelecer seu equilíbrio econômico-financeiro. Essa revisão o particular só pode pleitear quando der continuidade à execução do contrato; tal como é aplicada no direito francês, em que foi elaborada a teoria da imprevisão nos contratos administrativos, a compensação financeira pela Administração nunca será integral, porque não cobre o total do déficit financeiro do co-contratante; reparte-se o prejuízo para restabelecer o equilíbrio econômico do contrato. Essa repartição do prejuízo justifica-se pelo fato de a álea econômica (ao contrário da álea administrativa) não ser imputável a nenhuma das partes.”

A autora em destaque entende que o ordenamento jurídico brasileiro acolheu a teoria da imprevisão sem modificações, tal como formulada no Direito francês, onde o Poder Público dever arcar parcialmente com os prejuízos resultantes de eventos imprevisíveis, aos quais os contratantes não tenham dado causa, e que provoquem desequilíbrio substancial na equação econômico-financeira, tornando a prestação do serviço pelo concessionário extremamente gravosa (embora não impossível).

Posição discordante é a de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem as teorias francesas devem ser adaptadas ao Direito brasileiro. Segundo o autor, nosso Direito Positivo “[...] orientou-se de modo a oferecer ao concessionário uma garantia mais ampla do que lhe é dispensada na França”⁷³.

Prosseguindo neste raciocínio, continua o autor⁷⁴:

“Entre nós, todavia, a noção de álea ordinária – ou seja, do prejuízo que o concessionário deve suportar – é mais restrita, de sorte que se beneficia de uma proteção maior. De outro lado, no que se refere à álea econômica, quando invocável a teoria da imprevisão, o resguardo do concessionário é completo, e não apenas parcial, como no Direito Francês.

Em suma: no Brasil a noção de equilíbrio econômico-financeiro da concessão e da proteção que se lhe deve conferir é mais generosa para o concessionário”.

⁷³ Op. cit., p.487-488.

⁷⁴ Op. cit., p. 487.

Importa ressaltar que são requisitos para restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, pela aplicação da teoria da imprevisão, que o fato seja:

- imprevisível ou justificavelmente não previsto quanto a sua ocorrência ou quanto as suas conseqüências ;
- estranho à vontade das partes;
- inevitável;
- causa de profunda onerosidade no cumprimento do contrato.

A doutrina é pacífica ao afirmar que, no caso do fato gravoso ser previsível e de conseqüências calculáveis, deverá ser suportado pelo contratado, pois se enquadrará como álea econômica ordinária. À mesma conclusão se chega quando o particular puder evitar o prejuízo. Apenas se o desequilíbrio for profundo, a ponto de tornar excessivamente onerosa a execução para o contratado, há de ser aplicada a teoria da imprevisão. Nas áleas ordinárias ainda se incluem prejuízos pequenos, decorrentes de má previsão ou de flutuações no mercado, logo, não suportáveis pela Administração. Por fim, o fato deve ser estranho à vontade das partes.

A Lei nº 8.987/95 nada dispõe acerca da aplicação da teoria da imprevisão ou do fato da Administração, casos em que serão aplicados, subsidiariamente, as normas constantes do art. 65, II, d e §§ 5º e 6º da Lei nº 8.666/93.

O entendimento da doutrina tradicional, em suma, é o seguinte: o concessionário, ao firmar o contrato, assume o empreendimento por sua conta e risco (Lei nº 8.987/95, art. 2º, II), sujeitando-se, portanto, a lucros mais ou menos elevados e até mesmo a prejuízos eventuais. Não é dever da Administração garantir a margem de lucro do concessionário durante a vigência do contrato, cabendo-lhe apenas rever as cláusulas financeiras quando ocorrer álea econômica causadora de desequilíbrio econômico-financeiro excepcional. Além do mais, tal proteção só se

justifica porque o vínculo existente entre o concessionário e a Administração se consubstancia em interesse público⁷⁵.

4.4 O princípio do equilíbrio econômico-financeiro na Lei nº 8.987/95, segundo interpretação da doutrina tradicional

Com base no princípio do equilíbrio econômico-financeiro, havendo fatores que causem o desbalanceamento na relação entre encargos e retribuições do concessionário, deve-se recompor a equação. Para isso, utilizam-se dois instrumentos: reajuste e revisão, que, embora na Lei nº 8.987/95 não recebam tratamento diferenciado, possuem significados distintos.

O reajuste pode ser definido, segundo Luiz Alberto Blanchet, como correspondente “aos acréscimos resultantes das variações dos preços dos insumos necessários à prestação do serviço, verificados dentro da periodicidade prevista no contrato de concessão, calculando-se-o mediante aplicação de fórmula que também deverá estar prevista no mesmo contrato”⁷⁶.

Celso Antônio Bandeira de Mello destaca:⁷⁷

“[...] o reajuste configura hipótese em que a tarifa substancialmente não muda; altera-se, apenas, o preço que a exprime. Como persistem os mesmos fatores inicialmente levados em conta, a tarifa é apenas atualizada, a fim de acompanhar a variação normal do preço dos insumos, sem que lhe agreguem acréscimos, pois não há elementos novos interferentes com ela”.

⁷⁵ Adotam esse entendimento, por exemplo: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 488/489; JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de serviços públicos**. São Paulo: Dialética, 1993, p. 67; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. São Paulo: Editora Atlas, 1999, p. 101.

⁷⁶ BLANCHET, Luiz Alberto. **Concessão de serviços públicos**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 1999, p.66.

⁷⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 182.

A fórmula do reajuste deve obrigatoriamente constar da minuta de contrato de concessão que integrará o edital.

Quanto à revisão, Luiz Alberto Blanchet nos ensina:

“A revisão, embora possa derivar-se também de oscilações nos preços dos insumos, não se subordina a uma periodicidade contratualmente prevista, pois ocorre somente quando tal oscilação é imprevisível. A revisão pode também resultar de outros fatores que venham a afetar a equação econômico-financeira do contrato de concessão, tal como ocorre com os demais contratos administrativos, desde que o motivo do desequilíbrio econômico-financeiro seja superveniente à apresentação da proposta, não provocado, imprevisível e inevitável pela parte interessada na revisão, geral e objetiva (de tal natureza que atingiria da mesma forma o contrato qualquer que fosse o concessionário), e gerador de extraordinária onerosidade para uma das partes (eventuais perdas ordinárias não excessivas compensam-se com ganhos que também acabam se verificando no transcorrer da vigência contratual)”⁷⁸.

Aludido autor ressalta ainda que o art. 9º da Lei nº 8.987/95 autoriza a revisão quando outros fatores, além de oscilação inflacionária ou deflacionária nos preços dos insumos, provocam desequilíbrio, tais como: alteração unilateral do contrato por parte do poder concedente (§ 2º), fato do príncipe (§3º) e fato da Administração.

No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello⁷⁹:

“[...] na revisão das tarifas, *dada a irrupção de encargos excedentes dos originais*, a tarifa *efetivamente muda*, não apenas em sua expressão numérica, mas *também na qualificação do próprio valor* que lhe deve corresponder para que seja mantido o equilíbrio inicial entre os encargos dantes previstos e a correspondente retribuição.

Isto ocorre, apenas, quando o serviço concedido vier a sofrer o impacto dos fatores *supervenientes* a serem considerados. Tem lugar, pois, quando sobrevierem eventos, contratualmente previstos ou não, por força dos quais venha a operar-se a ruptura do equilíbrio inicial.”

⁷⁸ BLANCHET, Luiz Alberto. Op. cit., p. 66.

⁷⁹ Op. cit., p. 482.

Segundo o mesmo autor, tais fatores são decorrentes de⁸⁰:

“[...] (a) alteração unilateral do contrato (hipótese do art.9º, §4º); (b) da superveniência de medidas de alcance geral expedidas pelo Poder Público sem relação com sua qualidade de concedente (fato do príncipe [...])e que agravam a equação inicial (como a elevação de tributos a que se refere o §3º do art. 9º), ou (c) ocorrências derivadas de eventos imprevisíveis que convulsionem a economia contratual (teoria da imprevisão e teoria das sujeições imprevistas, [...]).”

A definição de reajuste e revisão, bem como a interpretação da Lei nº 8.987/95, especialmente do art. 9º, sobre os fatores que autorizam o reajuste e a revisão tarifária, são uniformes em todos os autores que escreveram sobre concessão de serviços públicos. De uma forma ou de outra encontramos esses mesmos conceitos em toda a doutrina, de que são exemplos: Marçal Justen Filho⁸¹, Maria Sylvia Zanella di Pietro⁸², Toshio Mukai⁸³.

Em suma, o Direito brasileiro acolheu a teoria das áleas oriunda do Direito francês, adaptando-a à nossa realidade. Desse modo, a doutrina reconhece o direito à revisão tarifária quando ocorrerem fatos relacionados a áleas administrativas (alteração unilateral do contrato, fato da Administração ou fato do príncipe) e econômica (teoria da imprevisão) que provoquem a ruptura no equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Em se tratando de álea econômica, o desequilíbrio deve ser resultante de fatores imprevisíveis ou de difícil previsão, que causem excessiva onerosidade na prestação dos serviços e aos quais o concessionário não tenha dado causa. Se o concessionário comprova, entretanto, que houve rompimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o poder concedente não pode se abster de recompor a tarifa do concessionário ou de lhe compensar as perdas por outros meios.

⁸⁰ Op.cit., p. 483.

⁸¹ **Concessão de serviços públicos**. Op. cit., p. 150-151.

⁸² **Parcerias na Administração Pública**. Op.cit., p. 93-101.

⁸³ **Concessões, permissões e privatizações de serviços públicos**. 3ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1998, p.30-32.

Em vista do exposto, como não poderia deixar de ser, os contratos de concessão de distribuição de energia elétrica contêm cláusula de revisão extraordinária, desencadeada a pedido do concessionário, caso se verifiquem os fatores acima referidos.

5 REVISÃO TARIFÁRIA PERIÓDICA NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA

O presente capítulo tem por objetivo apresentar o processo de revisão tarifária periódica dos contratos de concessão dos serviços de distribuição de energia elétrica. Com vistas a entendermos o significado do modelo de revisão tarifária periódica, convém, preliminarmente, nos determos, de forma sucinta, sobre regulação de serviços públicos, seu conceito e importância.

O mercado de distribuição de energia elétrica compõe-se de 64 (sessenta e quatro) concessionárias (21 estatais e 43 privadas), espalhadas em todo o território nacional. As concessionárias atendem 47 (quarenta e sete milhões) de unidades consumidoras, das quais 85% (oitenta e cinco por cento) são consumidores residenciais⁸⁴.

A partir das experiências realizadas nas Centrais Elétricas do Espírito Santo - ESCELSA, em 1998 e em 2001, a ANEEL desenvolveu, no âmbito de sua competência regulatória, um modelo de revisão tarifária periódica que está sendo aplicado a todos os contratos de concessão de serviços de distribuição de energia elétrica.

De acordo com os prazos estipulados nos respectivos contratos, a partir das datas em que foram celebrados, foram realizadas 17 (dezessete) revisões em 2003; estão previstas

⁸⁴ AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br>>. Acesso em: 27/9/2004.

27 (vinte e sete) revisões em 2004; 16(dezesseis), em 2005; 1 (uma) em 2006, e (três) revisões em data a ser definida.⁸⁵

5.1 Regulação de serviços públicos

Do mesmo modo que há várias definições de serviço público, também há várias conceituações de regulação, segundo os diferentes momentos e sistemas jurídicos que se apresentam.

Pedro Henrique Poli de Figueiredo nos oferece um conceito bastante didático, qual seja:

“[...] podemos definir regulação como sendo a atividade desempenhada por pessoa jurídica de direito público consistente no disciplinamento, na regulamentação, na fiscalização e no controle do serviço prestado por outro ente da Administração Pública ou por concessionário, permissionário ou autorizatário do serviço público, à luz dos poderes que lhe tenham sido atribuídos por lei para a busca da adequação daquele serviço, do respeito às regras fixadoras da política tarifária, da harmonização, do equilíbrio e da composição dos interesses envolvidos na prestação deste serviço, bem como da aplicação de penalidades pela inobservância das regras condutoras da sua execução”.

A regulação econômica é fundamental para garantir a liberdade de mercado, uma vez que visa preservar a competição econômica, inibindo os monopólios. No setor de distribuição de energia elétrica⁸⁶, o monopólio natural⁸⁷ é uma característica própria da atividade de distribuição.

⁸⁵ Quanto às concessionárias cujas datas de revisão tarifária periódica ainda não foram definidas, cabe ressaltar que ainda não há contratos de concessão de serviços de distribuição assinados. As seguintes concessionárias estão nessa situação: Companhia Energética do Amazonas – CEAM; Companhia Energética de Roraima – CER; e Companhia de Eletricidade do Amapá – CEA [AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br>>. Acesso em: 27/9/2004].

⁸⁶ Entre as atividades inerentes ao setor elétrico, geração, transmissão, distribuição e comercialização, temos que a geração e a comercialização são atividades competitivas, enquanto a transmissão e a distribuição são monopólios naturais.

⁸⁷ Kennet Train conceitua monopólio natural da seguinte maneira: “um monopólio natural surge quando a estrutura de custos de produção do setor considerado faz com que o mercado seja atendido com menores preços por uma empresa ao invés de mais de uma.” (*Apud* BENJÓ. **Fundamentos da economia da regulação**. Rio de Janeiro: Thex Editora, 1999, p. 68.).

Nessa situação específica, onde não há campo para a concorrência, é premente a necessidade de regulação econômica.

Segundo Isaac Benjó, objetivo da regulação econômica é⁸⁸:

“[...] buscar garantir os retornos sociais desejáveis quando a competição torna-se inexecutável. A função regulatória é maximizar o benefício resultante das concessões buscando:

- para os concessionários, a garantia de mecanismos adequados e estáveis de definição e formas de reajustes tarifários, assim como a garantia da proteção do capital investido;
- para os consumidores, a proteção contra abusos que a prática do monopólio natural desregulamentado permitiria.”

Continua o citado autor⁸⁹:

“O desafio regulatório é criar mecanismos de motivação de lucro, que sejam consistentes com os retornos (*outcome*) pretendidos pelo regulador. A ação eficaz regulatória consiste em estabelecer critérios nos quais o retorno social desejado seja obtido pelo máximo lucro da empresa, de tal forma que esta possa escolher voluntariamente o padrão pretendido pelo regulador.”

Segundo destacam Pires e Piccinini (1998), em um regime de monopólio natural, a regulação tarifária é extremamente complexa em razão do elevado grau de assimetria de informações em favor das empresas, o que aumenta os riscos de abusos de poder de monopólio. “Neste ambiente”, prosseguem os autores referidos, “a tarifação enfrenta o desafio de resolver as

⁸⁸ BENJÓ. **Fundamentos da economia da regulação**. Rio de Janeiro: Thex Editora, 1999, p. 69.

⁸⁹ Idem, p. 69.

tensões entre as eficiências alocativa, distributiva e produtiva, além de introduzir mecanismos de indução à eficiência dinâmica.”⁹⁰

A ANEEL, no corpo da Nota Técnica nº 095/2004/SRE/ANEEL, de 26 de abril de 2004⁹¹, destaca, por sua vez, que “a missão essencial do Regulador de um serviço com características de monopólio natural (como é o caso da distribuição de energia elétrica) é garantir que sejam respeitados os direitos dos clientes cativos e dos prestadores do serviço que atuam com eficiência e prudência”. Ainda nos termos da mencionada nota técnica, “são competências e obrigações fundamentais do Regulador, entre outras: i) determinar quais são as tarifas justas; ii) evitar que se produzam situações de abuso de posição dominante, derivada de situação de monopólio; iii) verificar se os níveis de qualidade do serviço efetivamente recebido pelos consumidores são os estabelecidos na legislação aplicável.”⁹²

Importa ressaltar que a regulação pública é atividade administrativa que se enquadra como exercício regular de poder de polícia. Mediante a utilização de poderes regulamentares, pode o órgão regulador exigir a adequação dos serviços prestados. Dada a diversidade de fatores que afetam a exploração dos serviços públicos, é preciso que haja permanente disciplinamento, de modo a se cobrar do concessionário a adaptação a novas técnicas surgidas e às necessidades dos usuários dos serviços públicos.

⁹⁰ PIRES, José Cláudio Linhares e PICCININI, Maurício Serrão. **Mecanismos de regulação tarifária do setor elétrico: a experiência internacional e o caso brasileiro**. Textos para Discussão nº 64. Rio de Janeiro, julho-1998, p.7. Nas palavras dos citados autores, “o conceito de *eficiência produtiva* é entendido como utilização da planta instalada, pelo produtor, com máximo rendimento e menor custo, dada a estrutura de mercado. A eficiência distributiva pode ser definida como a capacidade de redução, pela concorrência ou pela regulação, da apropriação de excedentes econômicos por parte do produtor. A *eficiência alocativa*, por sua vez, é a situação na qual se realiza o maior volume de transações econômicas, gerando a maior renda agregada possível. (...) a *eficiência dinâmica* é um conceito que considera o mercado como ambiente seletivo, ou seja, com a capacidade de selecionar inovações de produto e de processo que resultem em redução futura de custos e preços e em melhoria da qualidade dos produtos (...)”.

⁹¹ AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br>>. Acesso em: 27/9/2004.

⁹² Idem.

Em relação à política tarifária, é extremamente relevante o papel do ente regulador, pois a ele cabe a fixação de parâmetros que se coadunem com a legislação quanto ao estabelecimento e manutenção de tarifas, bem como em relação à preservação dessa política.

Um dos maiores desafios da atividade regulatória é justamente garantir o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão simultaneamente à garantia da modicidade tarifária para os usuários de serviços públicos, tendo para isso que observar as normas sobre política tarifária, ajustando-as à realidade econômica do país.

Nesse contexto, a revisão e o reajuste de tarifas são instrumentos de que se vale o ente regulador para atingir seus objetivos. A revisão tarifária periódica constitui-se em principal instrumento do novo regime tarifário – regime de preços máximos (*price cap*), mediante o qual se visa a assegurar que parte dos ganhos de eficiência empresarial se converta em modicidade de tarifa.

Entendido o sentido da regulação econômica, passamos a seguir à apresentação das revisões tarifárias periódicas tais como levadas a efeito pela ANEEL, sob o arcabouço regulatório de preços máximos.

5.2 Os contratos

A revisão tarifária periódica está prevista em todos os contratos de concessão para distribuição de energia elétrica, na cláusula que trata das tarifas aplicáveis na prestação dos serviços - Cláusula Sétima dos contratos⁹³. Para cada concessionária, foi fixado um cronograma de

⁹³ O Contrato de Concessão nº 001/95, firmado em 17/7/1995, com as Centrais Elétricas do Espírito Santo – ESCELSA, em que a União foi representada pelo Ministério de Minas e Energia – MME e pelo extinto Departamento Nacional de Águas e Energia – DNAAE é diferente dos demais. As disposições contratuais sobre reajuste, revisão e manutenção do equilíbrio econômico-financeiro contam da Cláusula Nona. Entretanto, não foram definidos nessa cláusula os critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão dos contratos, conforme preceituam os arts. 18 e 23 da Lei nº 8.987/1995. A sistemática de reajustes das tarifas de fornecimento de energia elétrica da ESCELSA, em 2002 e 2003, somente veio a ser estabelecida em 2001, quando da segunda revisão tarifária periódica, mediante Resolução nº 321, de 06/8/2001, da ANEEL.

revisão. Vale ressaltar que os contratos também prevêem reajustes anuais nos intervalos entre as revisões.

No momento da assinatura do contrato, as concessionárias reconheceram que as tarifas fixadas naquela data eram suficientes para a prestação adequada dos serviços e para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro (Segunda Subcláusula). Ficou também estabelecido nos contratos que as concessionárias poderiam cobrar tarifas inferiores às estabelecidas, desde que não requeressem compensações posteriores (Primeira Subcláusula).

Para efeitos de reajuste tarifário, a receita das concessionárias foi dividida em duas parcelas, discriminadas na Quinta Subcláusula da Cláusula Sétima⁹⁴:

“Parcela A: parcela da receita correspondente aos seguintes custos: cota da Reserva Global de Reversão – RGR; cotas da Conta de Consumo de Combustíveis - CCC; encargos da compensação financeira pela exploração de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica; valores relativos à fiscalização dos serviços concedidos; compra de energia; e encargos de acesso aos sistemas de transmissão e distribuição de energia elétrica para revenda.

Parcela B: valor remanescente da receita da CONCESSIONÁRIA, excluído o ICMS, após a dedução da Parcela A”.

O reajuste é calculado por meio da aplicação sobre as tarifas homologadas na “Data de Referência Anterior”(reajuste ou revisão anterior) da seguinte fórmula, definida na Sexta Subcláusula dos contratos:

$$IRT = \frac{VPA_1 + VPB_0 * (IVI \pm X)}{RA_0}$$

onde:

“VPA₁ – Valor da Parcela A referido na Subcláusula anterior, considerando-se as

⁹⁴ A transcrição foi extraída do Contrato de Concessão nº 162/98 – ANEEL – METROPOLITANA, relativo à concessionária Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo S.A. [AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br>. Acesso em: 27/9/2004].

condições vigentes na data de reajuste em processamento e a energia comprada em função do “Mercado de Referência”, aqui entendido como mercado de energia garantida da CONCESSIONÁRIA, nos doze meses anteriores ao reajuste em processamento;

RA_0 – Receita Anual, calculada considerando-se as tarifas homologadas na “Data de Referência Anterior” e o “Mercado de Referência”, não incluindo o ICMS [Imposto sobre Circulação de Serviços e Mercadorias];

VPB_0 – Valor da Parcela B, referida na Subcláusula, considerando-se as condições vigentes na ‘Data de Referência Anterior’, e o ‘Mercado de Referência’, calculado da seguinte forma:

$$VPB_0 = RA_0 \cdot VPA_0$$

onde:

VPA_0 - Valor da Parcela A referida na Subcláusula anterior, considerando-se as condições vigentes na ‘Data de Referência Anterior’ e a energia comprada em função do ‘Mercado de Referência’;

IVI – número índice obtido pela divisão dos índices do IGPM da Fundação Getúlio Vargas, ou do índice que vier a sucedê-lo, do mês anterior à data do reajuste em processamento e o do mês anterior à ‘Data de Referência Anterior’. Na hipótese de não haver um índice sucedâneo, o PODER CONCEDENTE estabelecerá novo índice a ser adotado; e

X – número índice definido pela ANEEL (...), a ser subtraído ou acrescido ao IVI [nos reajustes anuais].”

A revisão tarifária periódica está prevista na Sétima e Oitava Subcláusulas da Cláusula Sétima dos contratos, a seguir transcritas⁹⁵:

“Sétima Subcláusula – A ANEEL, de acordo com o cronograma apresentado nesta subcláusula, procederá às revisões dos valores das tarifas de comercialização de

⁹⁵ As subcláusulas transcritas referem-se ao Contrato de Concessão nº 162/98 para distribuição de Energia Elétrica, que celebram a União e a Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo S.A. Tais subcláusulas constam de todos os contratos de concessão de serviços de distribuição, com exceção do contrato firmado com as Centrais Elétricas do Espírito Santo S.A. – ESCELSA. Vale ressaltar que nos contratos firmados com a Light Serviços de Eletricidade S.A. e com a Companhia de Eletricidade do Estado do Rio de Janeiro – CERJ, o texto transcrito consta da Cláusula Sétima – Quinta e Sexta Subcláusulas; no contrato firmado com a Companhia de Eletricidade do Estado da Bahia – COELBA, o normativo referido está na Sexta e Sétima Subcláusulas. Já no contrato celebrado com a Elektro – Eletricidade e Serviços S.A., o texto consta da Cláusula Oitava – Sétima e Oitava Subcláusulas. [AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br>> Acesso em 04/10/2004].

energia, alterando-os para mais ou para menos, considerando as alterações na estrutura de custos e de mercado da CONCESSIONÁRIA, os níveis de tarifas observados em empresas similares no contexto nacional e internacional, os estímulos à eficiência e à modicidade das tarifas. Estas revisões obedecerão ao seguinte cronograma: a primeira revisão será procedida um ano após o quarto reajuste anual concedido, conforme previsto na Terceira Subcláusula; a partir desta primeira revisão, as subseqüentes serão realizadas a cada 4 (quatro) anos.

Oitava Subcláusula – No processo de revisão das tarifas, estabelecido na subcláusula anterior, a ANEEL estabelecerá os valores de X, que deverá ser subtraído ou acrescido do IVI ou seu substituto, nos reajustes anuais subseqüentes, conforme descrito na Subcláusula Sexta desta cláusula. Para os primeiros 4 (quatro) reajustes anuais, o valor de X será zero.”

Além das revisões tarifárias periódicas, as Subcláusulas Nova, Décima e Décima-Sexta dos contratos prevêem revisões tarifárias extraordinárias, passíveis de serem solicitadas a qualquer tempo pelas concessionárias, como visto a seguir⁹⁶:

“Nona Subcláusula – Sem prejuízo dos reajustes e revisões a que se referem as subcláusulas anteriores desta Cláusula, caso hajam alterações significativas nos custos da CONCESSIONÁRIA, incluindo as modificações de tarifas de compras de energia elétrica e encargos de acesso aos sistemas de transmissão e distribuição de energia elétrica que possam ser aprovadas pela ANEEL durante o período, por solicitação desta, devidamente comprovada, a ANEEL poderá, a qualquer tempo, proceder à revisão das tarifas, visando manter o equilíbrio econômico-financeiro deste Contrato.

Décima Subcláusula – No atendimento do disposto no § 3º do art. 9º da Lei nº 8.987/95, ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, a alteração ou a extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a assinatura deste Contrato, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão das tarifas, para mais ou para menos, conforme o caso.

Décima-Sexta Subcláusula – Havendo alteração unilateral do Contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, a ANEEL deverá restabelecê-lo, a partir da data alteração mediante comprovação da CONCESSIONÁRIA.”

Deve-se destacar, nos contratos, a possibilidade de as concessionárias auferirem receitas extraconcessão, que deverão ser consideradas nas revisões tarifárias periódicas, de modo a

⁹⁶ Idem

contribuírem para a modicidade tarifária. Tais receitas estão previstas na Cláusula Primeira, Quinta Subcláusula dos contratos⁹⁷, a seguir transcrita:

“CLÁUSULA PRIMEIRA – OBJETO DO CONTRATO

(...)

Quinta Subcláusula – A CONCESSIONÁRIA aceita que a exploração dos serviços de energia elétrica que lhe é outorgada deverá ser realizada como função de utilidade pública prioritária, comprometendo-se a somente exercer outra atividade empresarial mediante prévia comunicação à ANEEL e desde que as receitas auferidas, que deverão ser contabilizadas em separado, sejam parcialmente destinadas a favorecer a modicidade das tarifas do serviço de energia elétrica, que será considerada nas revisões de que trata a Sétima Subcláusula da Cláusula Sétima deste Contrato.”

A forma como as receitas extraconcessão contribuirão para a modicidade das tarifas (ou seja, se será considerado um percentual das receitas ou do lucro) não é definida nem na Lei de Concessões nem no contrato, o que tem gerado interpretações divergentes entre a ANEEL e os concessionários, assim como entre os doutrinadores que estudam a questão. Tal problema, aliás, envolve todos os contratos de concessão.

5.3 Conceitos e pressupostos utilizados pela ANEEL no processo de revisão tarifária periódica

Segundo a ANEEL, “a tarifa de energia elétrica aplicada aos consumidores finais regulados⁹⁸ representa a síntese de todos os custos incorridos ao longo da cadeia produtiva da

97 A Cláusula Primeira, Subcláusula Quarta, do Contrato de Concessão Nº 001/95 prevê a possibilidade de o concessionário auferir receitas alternativas, complementares ou acessórias, desde que associadas às atividades de prestação de serviços de energia elétrica, e de que tais receitas sejam computadas para fins de aferição do equilíbrio econômico-financeiro.

98 Consumidores regulados são os que não se enquadram no conceito de consumidores livres, que segundo a legislação atual são aqueles com carga igual ou maior que 10MW, atendidos em tensão igual ou superior a 69kV, ou com carga igual ou maior a 3 MW, atendidos em qualquer tensão. (Resolução ANEEL Nº 249/98, art.3º-AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Disponível em:< <http://www.aneel.gov.br>> Acesso em:11/9/2002).

indústria de energia: geração, transmissão, distribuição e comercialização.”⁹⁹ O valor da tarifa deve ser suficiente para preservar o equilíbrio econômico-financeiro das concessionárias e assegurar a modicidade de tarifas. Tal valor deve cobrir os custos de operação e manutenção, remunerar o capital prudentemente investido de forma justa e estimular a continuidade do serviço, mantendo-se a qualidade desejada.¹⁰⁰

O trecho a seguir transcrito, extraído da Nota Técnica nº 095/2004-SRE/ANEEL resume bem o papel do regulador na fixação de tarifas:

“Para determinar as tarifas justas que devem pagar os clientes do serviço monopolista de distribuição de energia elétrica, o Regulador deve levar em consideração que as tarifas são formadas por dois componentes fundamentais: i) **custos operacionais** vinculados à operação e manutenção dos ativos necessários para a prestação do serviço, gestão comercial dos clientes, direção e administração da empresa; e ii) **remuneração dos ativos** efetivamente necessários para a prestação do serviço, com os níveis de qualidade exigidos na legislação aplicável, de modo a assegurar a sustentabilidade econômica do negócio. O Regulador estará cumprindo com suas atribuições e obrigações essenciais na medida em que as tarifas que determine contemplem custos operacionais que atendam critérios de eficiência e remuneração dos ativos efetivamente necessários para prestar o serviços com a qualidade exigida, considerando um retorno adequado às características do negócio.”

Conforme já mencionado, a fixação das tarifas pelo órgão regulador, após a publicação da Lei nº 8.987/95, não mais ocorreu em regime de custo do serviço, mas sim pelo regime do serviço pelo preço (*price cap*), que pode ser conceituado como procedimento de definição de tarifas que considera basicamente um teto para os preços médios da concessionária. As tarifas são atualizadas periodicamente em função da evolução de um índice de preços ao consumidor, reduzido de uma parcela que reflete ganhos de produtividade e aumentado em razão do

⁹⁹ AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Disponível em:< <http://www.aneel.gov.br>> .Acesso em: 12/7/2002.

¹⁰⁰ AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Disponível em:< <http://www.aneel.gov.br>> .Acesso em: 12/7/2002.

repassse (parcial ou integral) de aumento de custos não gerenciáveis e não capturados pelo indexador.¹⁰¹

Nesse conceito está a essência da revisão tarifária periódica.

5.4 Revisões periódicas

Os primeiros processos de revisão tarifária periódica conduzidos pela ANEEL, sob o regime de regulação por incentivos, envolveram a ESCELSA, em 1998 e em 2001, conforme estabelecido no contrato. Em ambos os casos, a ANEEL dividiu o processo de revisão em dois subprocessos: o **reposicionamento tarifário** e a **determinação do Fator X**. O primeiro visou restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro, enquanto o segundo teve a finalidade de compartilhar com o consumidor os ganhos de produtividade obtidos pela empresa.

O procedimento para o cálculo do reposicionamento tarifário foi essencialmente o mesmo tanto na primeira quanto na segunda revisão periódica, com algumas variações em etapas. Já a determinação do Fator X foi bastante diferente em cada revisão: na primeira o valor foi negociado entre a ANEEL e a ESCELSA e na segunda foi obtido por meio de procedimento analítico.

Nesses dois processos, em uma fase prévia à revisão, foram realizadas fiscalizações econômicas e financeiras para levantamento e validação dos dados contábeis da empresa, considerando determinado período de tempo, que serviram de base para as projeções efetuadas. Em seguida, houve uma fase de análise e discussões, envolvendo a ANEEL, os consultores contratados e a concessionária, a partir da qual foram elaboradas as propostas iniciais de reposicionamento tarifário.

Após tornar pública a proposta de reposicionamento tarifário, a ANEEL realizou audiência pública para colher informações e opiniões dos diferentes agentes interessados no

¹⁰¹ AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Superintendência de Regulação Econômica. **Nota Técnica nº**

processo. Finalmente, ocorreu a segunda etapa de análise, com vistas a rever o reposicionamento proposto, à luz dos novos dados apresentados. O último procedimento foi a decisão da diretoria da ANEEL, homologando os novos valores da tarifa, conforme a estrutura tarifária definida (consumidores residenciais e industriais, segundo classes de consumo).

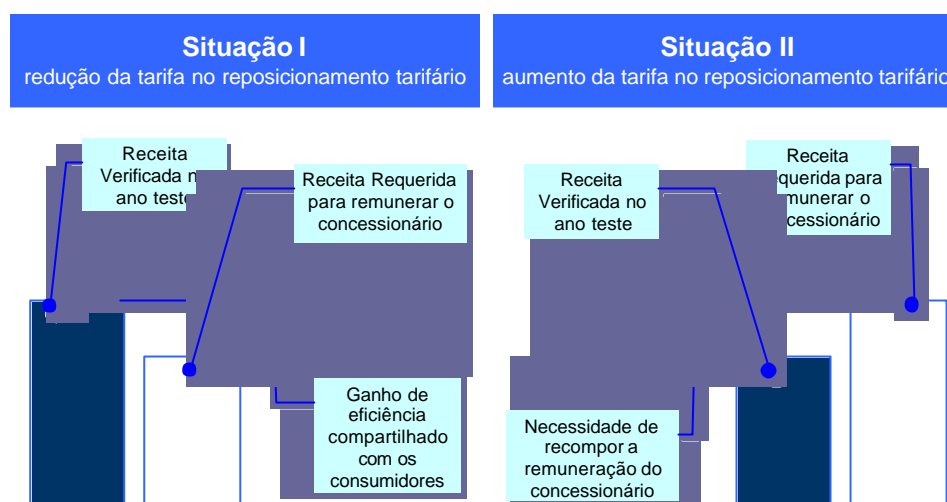
A partir de 2003, a ANEEL alterou significativamente o método de revisão tarifária periódica. Na etapa do reposicionamento tarifário, a ANEEL introduziu o conceito de “empresa de referência” e alterou a estimativa do custo de capital; na etapa de definição do Fator X, desenvolveu novo método de estimativa desse valor. A seguir, explicitaremos esses pontos.

5.4.1 Procedimento para o cálculo do reposicionamento tarifário

Em linhas gerais, o cálculo do reposicionamento tarifário consiste em comparar uma **receita requerida** — suficiente para remunerar as despesas de operação e manutenção, os investimentos prudentes e o capital aplicado para a prestação dos serviços de energia elétrica aos usuários da concessão — com uma **receita verificada** (ou projetada) em um período representativo de 12 (doze) meses – ano teste. O reposicionamento tarifário é dado pelo coeficiente que, aplicado sobre a tarifa média da concessão, iguala tais receitas.

Quando a diferença entre a **receita verificada** e a **receita requerida** é positiva, ou seja, a receita calculada para o ano-teste é maior do que a receita necessária para remunerar o investimento do empreendedor, o reposicionamento se dá pela redução da tarifa (conforme demonstrado na situação I da Figura 1). Se ocorrer o contrário, a tarifa é elevada a fim de reequilibrar os ganhos do investidor (conforme demonstrado na situação II da Figura 1).

Figura 1 - esquema do reposicionamento tarifário



O cerne do reposicionamento tarifário, portanto, é a determinação da **receita verificada** (ou de referência) e da **receita requerida**, bem como o cálculo da diferença entre essas variáveis, ambas com referência ao **ano-teste**.

5.4.1.1 Seleção do ano-teste

O ano-teste é o período escolhido como base para as apurações ou projeções a serem feitas. Nas duas primeiras revisões, a ANEEL utilizou um ano-teste histórico, ou seja, os custos reais da empresa foram aferidos no período de 12 (doze) meses anterior à revisão tarifária¹⁰². Na primeira revisão, foi utilizado o período de abril de 1997 a março de 1998, e na segunda, o período de agosto de 2000 a julho de 2001, em função da disponibilidade de dados e de questões particulares, discutidas em cada caso.

A abordagem do ano-teste histórico tem como vantagem a facilidade de implementação. Entretanto, mudanças nos cenários macroeconômicos, setorial ou empresarial, podem acarretar divergências expressivas (para mais ou para menos) entre a receita apurada e aquela efetivamente necessária para cobrir os custos de operação da concessão. Por essa razão, as

receitas históricas apuradas deverão estar sujeitas a ajustes que considerem mudanças previsíveis e mensuráveis para o período futuro¹⁰³.

A partir das revisões tarifárias realizadas em 2003, a ANEEL passou a utilizar o ano-teste futuro, que compreende os 12 (doze) meses imediatamente posteriores à data da revisão em curso. Visou-se com isso proporcionar à concessionária um fluxo de receitas condizente com seus custos econômicos, no período subsequente ao da revisão.

5.4.1.2 Determinação da Receita Verificada

A receita verificada no ano-teste é determinada a partir da receita operacional líquida dos impostos que incidem sobre o faturamento (PIS, PASEP, COFINS e ICMS). Deve-se observar que, dos componentes da receita operacional, a receita de fornecimento de energia — vendas diretas aos consumidores finais — é afetada pelos preços e deve ser ajustada aos níveis tarifários vigentes a todo o mercado.

Na Tabela 1 é apresentado o procedimento de cálculo da receita verificada no ano-teste:

Tabela 1 - cálculo da receita verificada no ano-teste.

Conta	
(1)	Receita Operacional
	Fornecimento de Energia Elétrica – Faturado
	Fornecimento de Energia Elétrica - Não Faturada
	Suprimento de Energia Elétrica – Faturado
	Suprimento de Energia Elétrica - Curto Prazo
	Outras Receitas
	Ajustes e Adicionais Específicos
(2)	Deduções
	I.C.M.S. sobre Energia Elétrica

¹⁰² O ano-teste histórico pode ter como referência o ano civil, o ano fiscal ou a utilização dos 12 meses mais recentes.

¹⁰³ AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Superintendência de Regulação Econômica. **Nota Técnica nº 025/2000-SRE/ANEEL**. Brasília, 2000, p.7.

PIS/COFINS

Outros

(3) Receita Verificada (1 - 2)

5.4.1.2.1 *Receita de fornecimento*¹⁰⁴

Essas receitas correspondem às vendas diretas aos consumidores finais. É calculada pela aplicação das tarifas de fornecimento vigentes no ano-teste.

5.4.1.2.2 *Receitas de Suprimento*¹⁰⁵

Tais receitas correspondem às vendas diretas a outras concessionárias e são calculadas pela aplicação das tarifas de contrato vigentes sobre o mercado de referência do ano-teste.

5.4.1.2.3 *Outras receitas*¹⁰⁶

Incluem-se entre outras receitas as oriundas do uso do sistema de transmissão, de distribuição, de serviços taxados, de renda de prestação de serviços, de arrendamento e de aluguéis.

5.4.1.3 **Determinação da Receita Requerida**

A receita requerida deve ser suficiente para remunerar o capital prudentemente investido, bem como deve cobrir os custos operacionais eficientes do empreendimento. No capital investido, devem ser consideradas, de forma distinta, os retornos sobre o capital próprio e de

¹⁰⁴ Cf. **Nota Técnica nº 73/2001-SRE/ANEEL**. Op. cit., p. 13-14; e **Nota Técnica nº97/2001-SRE/ANEEL**. Op. cit., p. 18.

¹⁰⁵ Cf. **Nota Técnica nº 73/2001-SRE/ANEEL**. Op. cit., p. 13-14; e **Nota Técnica nº97/2001-SRE/ANEEL**. Op. cit., p. 18.

¹⁰⁶ Idem.

terceiros. Nos custos operacionais, serão levadas em conta as parcelas de despesas operacionais, quotas de reintegração e os encargos sobre as tarifas, descontado o resultado não operacional.¹⁰⁷

Na figura 2 é apresentada a decomposição esquemática da receita requerida e na Tabela 2 o procedimento analítico para o seu cálculo.

figura 2 - Decomposição da Receita Requerida.

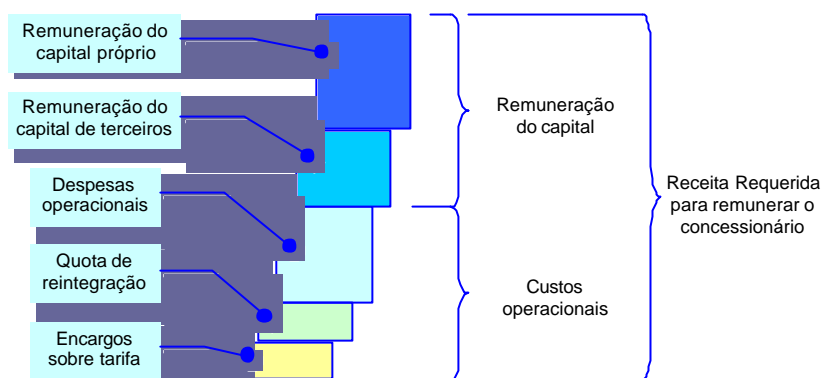


Tabela 2 - cálculo da Receita Requerida.

Conta	
(1) Custos operacionais	
Despesas operacionais	
Quota de reintegração	
Encargos sobre tarifa	
(Resultado não operacional)	
(2) Remuneração do capital	
Retorno sobre o capital de terceiros	
Lucro/Prejuízo antes do I.R.	
(3) Receita Requerida (1 + 2)	

O significado das variáveis envolvidas na determinação da Receita Requerida será descrito a seguir.

¹⁰⁷ Cf. Nota Técnica nº 73/2001-SRE/ANEEL. Op. cit., p. 04-13; e Nota Técnica nº97/2001-SRE/ANEEL. Op. cit., p. 04-16.

5.4.1.3.1 Remuneração do capital¹⁰⁸

A remuneração sobre o capital investido que será incluída nas tarifas, no momento da revisão, resulta da aplicação de uma taxa de retorno considerada adequada à atividade de distribuição de energia elétrica no Brasil sobre uma base, que é o investimento passível de remuneração.

A remuneração total sobre o capital investido (Rm) é a soma das remunerações sobre o capital próprio (Rm_E) e sobre o capital de terceiros (Rm_D), conforme visto na equação (1). Essas duas últimas parcelas são obtidas pela ponderação da base de remuneração (Br), de acordo com as taxas de retorno do capital próprio e do capital de terceiros e da estrutura de capital da concessionária, conforme as equações (2) e (3).

$$(1) \quad Rm = Rm_E + Rm_D$$

As parcelas relativas às remunerações do capital próprio e do capital de terceiros são assim definidas:

$$(2) \quad Rm_E = Br \cdot R_E \cdot Eq$$

$$(3) \quad Rm_D = Br \cdot R_D \cdot Db \cdot (1 - t)$$

Onde:

- Eq - Capital próprio sobre o capital total do empreendimento;
- Db - Capital de terceiros sobre o capital total do empreendimento;
- $R_{E,real}$ - Taxa de retorno real sobre o capital próprio;
- $R_{D,real}$ - Taxa de retorno real sobre o capital de terceiros;
- t - Alíquota de imposto de renda e contribuição social.
- Br = base de remuneração

A receita necessária para cobrir as remunerações de capital próprio e de terceiros deve também levar em conta o pagamento do Imposto de Renda e da Contribuição Social. Portanto, a remuneração total antes do IR e CS (Rm_{AI}) pode ser calculada a partir da seguinte expressão:

¹⁰⁸ Cf. Nota Técnica nº 95/2004-SRE/ANEEL. Op. cit., p. 29-30

$$(4) \quad Rm_{AI} = \frac{Rm_E + Rm_D}{(1 - t)}$$

5.4.1.3.2 Base de remuneração¹⁰⁹

Deve-se sempre ter em mente que o retorno do empreendimento está associado à remuneração do capital investido. Essa remuneração, por seu turno, depende do binômio **taxa de retorno** vezes **capital investido**, tal como demonstrado nas equações (1), (2) e (3). Pode-se dizer, portanto, que o critério adotado para determinar a base de capital é um fator crítico na determinação da remuneração do investimento e, conseqüentemente, no cálculo do reposicionamento tarifário.

A definição de qual parcela do investimento será considerada na base de remuneração é extremamente relevante para o investidor, pois vai afetar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, além de ser determinante para novos investimentos no setor.

Essa definição também é importante para o consumidor, uma vez que se for tomado como referência investimentos supervalorizados, haverá um aumento proporcional nos preços cobrados do consumidor. Do mesmo modo, se os investimentos forem avaliados de forma insuficiente, haverá desestímulo a novos investimentos, o que acarreta aumento do custo de capital, levando o consumidor, no longo prazo, a pagar tarifas maiores.¹¹⁰

Em síntese, a base de remuneração tomada como referência nos processos de revisão tarifária periódica deve proporcionar a manutenção dos investimentos realizados e estimular novos investimentos, por meio de uma remuneração justa¹¹¹, ou seja, que permita retornos compatíveis com o que o mercado espera para o setor.

¹⁰⁹ Cf. **Nota Técnica nº 73/2001-SRE/ANEEL**. Op. cit., p. 05; e **Nota Técnica nº97/2001-SRE/ANEEL**. Op. cit., p.05-07.

¹¹⁰ Cf. **Nota Técnica nº 097/2001**. Op. cit., p.5.

¹¹¹ Interessante destacar trecho de trabalho publicado por Luiz Gustavo Kaercher Loureiro, sobre remuneração justa e tarifas módicas:

Tradicionalmente, o setor elétrico brasileiro utiliza como base de cálculo para o retorno da remuneração o chamado **investimento imobilizado em serviço**, que são os ativos dedicados ao fornecimento do serviço para os clientes na área da concessão.¹¹²

O método e os critérios para a definição da base de remuneração de ativos para fins de revisão tarifária periódica estão disciplinados na Resolução nº 493, de 03/ 9/1992¹¹³, da ANEEL.

O art. 3º, §§ 1º e 2º, da referida resolução determina que a revisão tarifária periódica será considerado o conjunto de ativos imobilizados em serviço, ali definidos, mediante procedimento de avaliação de ativos, pelo método do custo de reposição, cujo objetivo é expressar monetariamente o ativo pelo custo de substituí-lo por outro em idênticas condições de uso.

Segundo consta da Nota Técnica nº 095/2004-SRE/ANEEL¹¹⁴, “o conceito chave da Resolução nº 493/2002 é refletir apenas os **investimentos prudentes** na definição das tarifas dos consumidores”. Tais investimentos são os requeridos para que a concessionária seja capaz de prestar o serviço de distribuição, de acordo com as condições do contrato de concessão (manutenção de níveis de qualidade), “avaliados a ‘preços de mercado e ‘adaptados’ através dos índices de aproveitamento definidos na referida Resolução”.

“ [...]‘modicidade tarifária’ e ‘justa remuneração’ são, também, por sua vez, conceitos abertos que comportam interpretação, e, de conseqüência, certa dose de discricionariedade administrativa. Vários ângulos – mais ou menos relacionados com o serviço *in concreto* – podem ser utilizados para aferi-los, tais como capacidade contributiva do tomador do serviço, situação específica do serviço, propostas dos candidatos ao serviço etc.” (**Considerações jurídicas sobre os aspectos econômicos dos contratos de concessão de distribuição de energia elétrica**. Revista Jurídica. Nº 276, out., 2000, p.33)

¹¹² Cf. **Nota Técnica nº 073/2001**.Op. cit., p.5.

¹¹³ Publicada no Diário Oficial da União de 4/9/2002, Vol. 139, Nº 171- Seção 1, p. 41,

¹¹⁴ AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Disponível em:< <http://www.aneel.gov.br>> .Acesso em: 04/10/2004.

O estudo de reavaliação de ativos para a definição da base de remuneração deve ser realizado por avaliadores credenciados pelo órgão regulador, conforme consta do Anexo I à Resolução nº 493/2002. Caso a concessionária não proceda à avaliação de seus ativos e ao encaminhamento das informações à ANEEL, o parágrafo único, do art. 4º, da resolução mencionada determina que caberá ao regulador arbitrar a base de remuneração a ser considerada na revisão tarifária em processamento.

5.4.1.3.3 Taxa de retorno e estrutura de capital¹¹⁵

A taxa de retorno a ser adotada para efeito da determinação da receita de equilíbrio depende dos custos do capital de terceiros, do capital próprio e, finalmente da estrutura de capital da empresa, que pode ser a estrutura real apurada nos demonstrativos contábeis ou uma **estrutura de capital alvo** — *benchmark* — arbitrada pela ANEEL.

Em todas as revisões realizadas, a ANEEL utilizou a estrutura de capital- alvo para a taxa de retorno e estrutura de capital. Isso significa que a estrutura de capital considerada não foi a da empresa, mas uma estrutura média de empresas do setor. Para calcular a taxa de retorno, a ANEEL utiliza o método do Custo Médio Ponderado de Capital (WACC), incluindo os efeitos dos impostos sobre a renda.

De posse dessas variáveis é possível determinar a taxa de retorno global requerida para o investimento com base no custo médio ponderado de capital.

$$(5) \quad WACC = Eq \cdot R_{E_{real}} + Db \cdot R_{D_{real}} \cdot (1 - t)$$

Onde:

- $WACC$ - Custo médio ponderado de capital;
- Eq - Capital próprio sobre o capital total do empreendimento;
- Db - Capital de terceiros sobre o capital total do empreendimento;
- $R_{E_{real}}$ - Taxa de retorno real sobre o capital próprio;
- $R_{D_{real}}$ - Taxa de retorno real sobre o capital de terceiros;
- t - Alíquota de imposto de renda e contribuição social.

¹¹⁵ Cf. Nota Técnica nº 95/2004-SRE/ANEEL. Op. cit., p. 27-28

5.4.1.3.4 Custo de capital próprio¹¹⁶

A estimativa do custo de capital próprio é feita pela ANEEL com base no Modelo de Precificação de Ativos de Capital (conhecido como CAPM, sigla, em inglês, de *Capital Asset Pricing Model*). Esse método de precificação de ativos procura refletir o custo médio das diversas alternativas de financiamento (capital próprio ou capital de terceiros) que estão à disposição das concessionárias. O objetivo é obter uma retorno suficiente para compensar os riscos de investimento em determinado negócio.

A ANEEL, nas revisões periódicas, adota o modelo CAPM aplicado aos mercados de capitais da economia norte-americana, onde há grande liquidez e ativos com diversos prazos de recebimento dos seus fluxos de caixa e, por premissa, sem risco. O modelo padrão é então adaptado para incorporar outros prêmios de risco relativos especificamente à situação brasileira: prêmio de risco país, prêmio de risco cambial e prêmio de risco regulatório adicional. O modelo CAPM EUA a ser utilizado pode, assim, ser descrito pela expressão:

$$\bar{r}_i = r_f + b_i [\bar{r}_M - r_f]$$

A expressão “ ’ ” significa dados do mercado dos EUA.

O beta (β) na expressão acima está alavancado pela estrutura de capital da empresa i do setor distribuição de energia elétrica dos EUA. Para torná-lo aplicável às condições brasileiras, é preciso, inicialmente, desalavancá-lo pela estrutura de capital da empresa, calculando-se então a média, denominada de beta médio desalavancado EUA e representada por b_u . Posteriormente, esse valor deve ser realavancado pela estrutura de capital ótima das empresas brasileiras, chegando-se ao b que reflete os riscos do negócio e financeiro brasileiros. Ao CAPM EUA (com b) adicionam-se os prêmio de risco Brasil (r_B), o prêmio de risco cambial (r_X) e o prêmio de risco regulatório (r_R). A expressão do custo de capital próprio torna-se então:

¹¹⁶ Cf. Nota Técnica nº 095/2004 – SRE/ANEEL. Op. cit., p. 22-26.

$$r_p = r_f + \mathbf{b} [\bar{r}_M - r_f] + r_R + r_B + r_X$$

A taxa livre de risco é definida em princípio, como o rendimento de um bônus do governo dos EUA com vencimento próximo de 30 anos. No entanto, para fins de comparação entre dois fluxos de caixa, mais importante que a data de vencimento dos fluxos de caixa é a *duration*¹¹⁷ desses fluxos.

Por sua vez, o beta¹¹⁸ reflete os diversos tipos de risco: o do negócio e o financeiro. O risco do negócio pode ser conceituado como o grau de incerteza em relação à projeção do retorno sobre o ativo total concernente ao negócio, que não pode ser eliminado por diversificação. O risco financeiro é o risco adicional devido ao uso de capital de terceiros no financiamento do projeto, ou seja, o risco somado ao projeto devido à alavancagem financeira.

O risco país visa capturar todas as barreiras à integração dos mercados financeiros: custos de transação, custos de informação, controle de capitais, leis sobre tributação que discriminam por país de residência e o risco de futuros controles cambiais. O risco de moratória ou de inadimplência não está incluído no risco país, porque interessa ao investidor o risco de inadimplência da empresa tomadora do empréstimo, e não o risco de inadimplência do país onde a empresa se localiza.

O prêmio de risco país é definido como a diferença entre o prêmio de risco soberano do Brasil e o prêmio de risco de crédito do Brasil. Por sua vez, o prêmio de risco soberano é o *spread* que um título de renda fixa do governo brasileiro denominado em dólares paga

¹¹⁷ *Duration* é o indicador utilizado para medir a sensibilidade de títulos à variação da taxa de juros. Quanto maior a *duration* de um título, maior a sensibilidade de seu preço [Nota Técnica nº 095/2004 – SRE/ANEEL, Op. cit., p. 23].

¹¹⁸ O beta (β), que significa o risco sistemático da ação, representa o coeficiente de correlação entre a variação de um investimento em um ação (ou setor específico) e o retorno médio do mercado acionário. Esse índice “é uma constante que mede a suscetibilidade do retorno de um ativo às variações do mercado e, portanto, o risco não diversificável do ativo” [PINDICK, Robert S., Rubinfeld, Daniel L. – **Microeconomia**. 5ª edição. Tradução e revisão técnica: Professor Eleutério Prado. São Paulo, 2002, p. 549].

sobre a taxa livre de risco dos EUA. Já o prêmio de risco de crédito Brasil é calculado como o *spread* sobre a taxa livre de risco que estão pagando os bônus emitidos por empresas dos EUA, com mesma classificação de risco que o Brasil (B1). Assim, representando por r_s o prêmio de risco soberano e por r_C^B o prêmio de risco de crédito Brasil, o prêmio de risco Brasil (r_B) é dado por $r_B = r_s - r_C^B$.

O risco cambial é o risco de que, no momento das movimentações financeiras que envolvam troca de moeda, a taxa de câmbio não reflita uma situação de equilíbrio, como a condição de paridade coberta da taxa de juros. A estimativa desse risco dá-se pela seguinte fórmula:

$$r' = r + (F - S) + r_B,$$

onde:

r = taxa de juros doméstica

r' = taxa de juros externa

F = valor futuro do dólar

S = valor do dólar hoje

r_B = prêmio de risco Brasil

O cálculo do prêmio de risco regulatório levou em consideração que o risco regulatório dos EUA estava refletido no beta daquele mercado. Sendo reconhecido, entretanto, que o regime de regulação por “preços máximos” apresenta maiores riscos que o de taxa de retorno adotado nos EUA, torna-se necessário determinar o risco adicional derivado do regime regulatório brasileiro.

A ANEEL, nas revisões tarifárias periódicas, optou por utilizar a diferença entre os betas do subsetor elétrico dos EUA e da Inglaterra para estimar o risco regulatório brasileiro, uma vez que Inglaterra e Brasil adotam o mesmo regime tarifário. Assim, tendo em vista que a Inglaterra utiliza-se da regulação por *price cap*, e como trata-se de economia com baixo risco,

assim como a dos EUA, a diferença entre os betas deve refletir a diferença entre riscos regulatórios. Tal diferença deve ser feita entre betas desalavancados, para evitar que o grau de alavancagem influencie esse cálculo, o que não faria sentido.

5.4.1.3.5 *Custo de capital de terceiros*¹¹⁹

O custo de capital de terceiros de uma empresa representa, em última análise, o custo da dívida da empresa. Esse dado depende do perfil das captações realizadas pelos empreendedores para financiar seu negócio. Serão determinantes para estimar o custo da dívida, os prazos e as taxas dos financiamentos registrados no passivo da entidade.

A ANEEL está adotando em relação ao custo de capital de terceiros abordagem idêntica ao custo de capital próprio. A justificativa para a adoção desse enfoque é impedir que as tarifas sejam afetadas por imprudentes gestões financeiras na captação de recursos ou por decisões de captação de dívidas ligadas a outros interesses.

Assim, está adicionando à taxa livre de risco os prêmios de risco adicionais requeridos para se emprestar recursos às concessionárias de distribuição no mercado brasileiro. A partir da taxa livre de risco (taxa de juros dos bônus do tesouro americano), foram somados o prêmio de risco Brasil, cambial, de crédito e do país.

O prêmio de risco de crédito deve representar o *spread* acima da taxa livre de risco que pagam empresas com risco igual ao das distribuidoras de energia elétrica brasileiras. Os demais prêmios de risco foram referidos no tópico relativo ao capital próprio.

O custo da dívida pode ser expresso pela seguinte expressão:

¹¹⁹ Cf. Nota Técnica nº 95/2004-SRE/ANEEL. Op. cit., p. 26-27.

$$r_D = r_f + r_c + r_b + r_x$$

onde :

r_d = custo do capital de terceiros

r_f = taxa livre de risco

r_c = prêmio de risco de crédito

r_b = prêmio de risco Brasil

r_x = prêmio de risco cambial

5.4.1.3.6 Despesa operacional¹²⁰

A ANEEL, a partir das revisões tarifárias ocorridas em 2003, passou a adotar o conceito de empresa de referência para determinar os custos operacionais eficientes. Na base desse conceito, está o pressuposto de que utilizar os custos da própria empresa sujeitaria o regulador aos efeitos da assimetria de informação. O regulador não tem acesso completo às informações da empresa regulada. Ainda que possa realizar auditorias, está em desvantagem em relação à empresa, que pode manipular as informações contábeis.

Assim, conforme consta da Nota Técnica nº 095/2004-SRE/ANEEL, “existe uma marcada tendência para uma ação regulatória não fornecida pelas concessionárias e em auditoria das mesmas, mas na definição externa de parâmetros de eficiência que permitam determinar as tarifas dos serviços regulados e, ao mesmo tempo, constituam referências para orientar a gestão empresarial sem, contudo, incorrer em ingerências indevidas na empresa”.¹²¹

A metodologia da empresa de referência pretende simular as condições que um operador entrante enfrentaria no mercado em que opera a empresa real, cumprindo as obrigações fixadas no respectivo contrato de concessão. Nos termos da Nota Técnica nº 095/2004-

¹²⁰Cf. Nota Técnica nº 095/2004/SRE/ANEEL e Anexo I da Nota Técnica nº 155/2004-SRE/ANEEL. AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br>> .Acesso em: 13/10/2004.

¹²¹ Op. cit., p. 13

SRE/ANEEL, o conceito de empresa de referência é o seguinte:¹²²

“(…) Trata-se de uma metodologia que permite determinar os custos associados à execução dos processos e atividades de operação e manutenção das instalações elétricas, gestão comercial dos clientes, direção e administração, em condições que assegurem que a concessionária distribuidora poderá obter os níveis de qualidade do serviço exigidos e que os ativos necessários manterão sua capacidade de serviço inalterada durante toda sua vida útil.”

Assim, para prestar o serviço de distribuição de energia elétrica, cabe ao operador executar os processos e atividades referentes à operação e à manutenção (O&M) das instalações de infra-estrutura, à gestão técnico-comercial dos clientes e às atividades de direção e administração próprias à empresa. O operador deverá obter os serviços, recursos materiais e humanos necessários ao cumprimento com eficiência desses processos e atividades, representativos das condições reais existentes na área geográfica onde a empresa concessionária está localizada.

Os valores de custos que a empresa de referência pode obter para os serviços e recursos necessários à prestação do serviços servem de parâmetros para a fixação dos custos operacionais eficientes da concessionária distribuidora que se consideram nas tarifas cobradas dos clientes do serviço monopolista. A empresa real vê-se então induzida a “competir” com a empresa de referência desenhada, sendo assim incentivada a manter seus custos em valores que não excedam os reconhecidos na empresa de referência, de forma a atingir ou até superar a rentabilidade esperada.

O conceito de empresa de referência, conforme consta do Anexo I à Nota Técnica nº 155/2004/SRE/ANEEL¹²³, está diretamente associado a três aspectos fundamentais a) eficiência de gestão; b) consistência no tratamento regulatório dos conceitos de “custos operacionais eficientes” e de avaliação e remuneração dos ativos (determinação da base de remuneração regulatória e do custo de capital); c) condições específicas de cada área de concessão. Assim, há

¹²² Op. cit., p. 19.

¹²³P. 7.

uma empresa de referência vinculada a cada uma das 64 concessionárias distribuidoras de energia elétrica do Brasil. No desenho de cada empresa de referência, deve-se considerar todas as condições (demanda e sua localização, geográficas, ambientais, de ordenamento territorial e outras) específicas da área de concessão a que se refere.

A empresa de referência é construída a partir dos seguintes procedimentos¹²⁴:

- a) identificação de todos os processos relativos à gestão que a empresa de referência deve realizar para o cumprimento de suas responsabilidades, juntamente com a descrição das principais atividades que compõem cada um dos processos;
- b) determinação do “custo eficiente” de cada um dos processos e atividades destacados no item (a), supra, em que se assume como valor básico o preço de contratação de sua execução ou sua provisão no mercado respectivo. Esse procedimento é aplicável sempre que o mercado em questão apresenta características de razoável competição;
- c) determinação dos custos de gestão de uma atividade da empresa de referência partindo-se da definição das principais tarefas que a compõem e fazendo a atribuição de recursos materiais e humanos e seus correspondentes valores de custos para a concessionária, para os casos em que o mercado de provisão de certos serviços não esteja desenvolvido. De acordo com o mesmo critério exposto em (b), para a determinação desses custos eficientes, considera-se a situação dos mercados representativos (de produtos, serviços e mão de obra) nos quais a empresa de referência deve adquirir os recursos, tomando-se os preços de mercado adequados às prestações requeridas.
- d) projeção da estrutura de pessoal e recursos necessária para a execução dos processos e atividades centralizadas, supervisão e gerenciamento e direção da empresa. Os custos dessa estrutura são determinados com base nos custos de pessoal, materiais e

¹²⁴ Cf. Anexo I da Nota Técnica nº 155/2004-SRE/ANEEL. Op. cit., p.09

serviços obtidos em mercados representativos da área de atuação da concessionária.

Por intermédio da aplicação da metodologia descrita nos itens (a) a (d), a ANEEL visa assegurar ao “cliente cativo” de um serviço com características de monopólio natural que as tarifas cobradas representem, o mais rigorosamente possível, a eficiência na prestação do serviço.

5.4.1.3.7 *Quota de reintegração*¹²⁵

Composta pelas quotas de depreciação e amortização. Representa a forma de recomposição dos investimentos realizados para a prestação do serviço, ao longo da vida útil dos bens utilizados na concessão.

5.4.1.3.8 *Encargos sobre tarifa*¹²⁶

Os encargos tarifários são definidos em leis, sendo os valores definidos por resoluções ou despachos da ANEEL, para fins de pagamento pelas concessionárias e de repasse às tarifas de fornecimento de energia elétrica.

Os encargos são os seguintes: i) Conta Consumo de Combustíveis (CCC); ii) Reserva Global de Reversão (RGR); iii) Taxa de Fiscalização de Serviços de Energia Elétrica (TFSEE); iv) Operador Nacional do Sistema (ONS); v) Contribuição Financeira pela Utilização de Serviços Hídricos (CFURH); vi) Uso das Instalações da Rede Básica (RB); vii) Uso das Instalações de Conexão (IC); viii) Transporte de Energia Elétrica Proveniente de Itaipu Binacional (TI); ix) Conta de Desenvolvimento Energético (CDE); x) Montante de Uso do Sistema de Distribuição – MUST para os Contratos Iniciais e de Itaipu; xi) Contrato de Uso do Sistema de Distribuição – CUSD; e xii) Garantia Financeira.

¹²⁵ Cf. Nota Técnica nº 095/2004-SRE/ANEEL. Op. cit., p.32.

¹²⁶ Cf. Nota Técnica nº 095/2004-SRE/ANEEL. Op. cit., p.37.

5.4.1.3.9 *Compra de Energia Elétrica*¹²⁷

A ANEEL considera no cálculo da compra de energia os montantes adquiridos pela concessionária por meio dos contratos iniciais, Itaipu, contratos bilaterais e leilões públicos de energia. A ANEEL considera na Parcela A da receita requerida os montantes de energia elétrica necessários para atender o mercado de referência no ano-teste, somado a um adicional relativo a perdas de energia elétrica. Os totais de energia são valorados pelas tarifas que estarão vigentes na data de revisão tarifária periódica.

5.4.1.4 **Receitas das atividades extraconcessão**¹²⁸

Consideram-se receitas de atividades extraconcessão aquelas relacionadas à exploração de outros negócios pelas distribuidoras de energia elétrica, utilizando-se da infraestrutura e recursos da concessionária. Tais atividades não podem onerar a concessão; devem, ao contrário, por força do art. 11 da Lei nº 8.987/95, contribuir para a modicidade tarifária.

Nas revisões tarifárias processadas a partir de 2003, a ANEEL faz constar, em anexo às notas técnicas, a metodologia desenvolvida para consideração das receitas de atividades extraconcessão para fins de modicidade tarifária. Consta das notas técnicas:

“(…) o enfoque proposto é apoiado no critério de incentivar o aproveitamento das economias de escala a partir da análise ex-ante das atividades complementares e adicionais ao serviço básico, em que se procura dar ao prestador do serviço um paradigma de alta previsibilidade para o planejamento dessas atividades e, em particular, a certeza quanto à caracterização de uma parte pré-definida dos benefícios que se obtém por esse conceito.”

A metodologia foi dividida nas seguintes etapas¹²⁹:

¹²⁷ Cf. **Nota Técnica nº 095/2004/SRE/ANEEL**. Op. cit., p. 34.

¹²⁸ Cf. **Nota Técnica nº 155/2004-SRE/ANEEL – ANEXO VI**

a) Definição da informação relevante: “(...) para cada uma das atividades adicionais que o prestador do serviço básico pretenda cumprir, deverá apresentar ao regulador a proposta correspondente. Esta, deverá ter formato e informação próprios de um projeto de investimento ou negócios, com os elementos técnicos e econômicos indispensáveis para conhecer sua natureza, objetivos, plano econômico-financeiro, metas e resultados esperados.”

b) Análise e avaliação da informação prestada. Esta fase compõe-se de três subetapas: i) quantificação dos riscos de natureza técnica que as atividades poderão introduzir sobre o serviço básico; ii) avaliação da incidência da efetivação das atividades adicionais na utilização da estrutura organizacional e de recursos humanos da empresa, atribuídos total ou parcialmente ao serviço básico; e iii) identificação e valoração de eventuais riscos de natureza econômica e financeira que as atividades adicionais podem introduzir sobre o serviço básico.

c) Caracterização das atividades adicionais: “a fim de se definir a ação regulatória requerida, o regulador procederá à caracterização das atividades adicionais.”

d) Definição de critérios e parâmetros para o tratamento regulatório do efeito da atividade adicional no serviço básico: “(...) uma vez decidido o nível da ação regulatória que se considera adequada ao caso, o regulador determinará os parâmetros técnicos e econômicos representativos do uso de ativos ou serviços de apoio da empresa, os valores numéricos a assumir para esses parâmetros, e os critérios a aplicar, visando atribuir resultados econômicos (positivos) entre a atividade adicional e o serviço básico”.

Apesar de a ANEEL ter desenvolvido a metodologia ora exposta, ainda não a utilizou em nenhuma revisão tarifária periódica. Até o momento, a Agência tem arbitrado o percentual de 10% (dez por cento) da receita extraconcessão para abater da receita requerida.

¹²⁹ Cf. Nota Técnica n° 155/2004/SRE/ANEEL. Op. cit., p.7-9.

5.4.1.5 Reposicionamento Tarifário¹³⁰

O reposicionamento tarifário resulta da comparação entre a receita requerida e a receita verificada no ano-teste escolhido, tomando-se como base os elementos mencionados, retro, conforme a fórmula a seguir:

$$RT = \frac{(RR - DRV)}{RV}$$

Onde:

RT= Reposicionamento Tarifário

RR= Receita Requerida: obtida nos 12 meses do ano-teste escolhido, representa a receita necessária para permitir a cobertura de custos operacionais eficientes e proporcionar a adequada remuneração do capital investido na prestação dos serviços de energia elétrica. Corresponde à soma das Parcelas A e B, custos não-gerenciáveis e custos gerenciáveis, respectivamente.

RV = Receita Verificada: corresponde à Receita de Fornecimento aos consumidores finais e de Suprimento a outras concessionárias, apuradas a partir do produto entre as tarifas vigentes e o respectivo mercado de venda estimado para o Ano Teste.

DRV = Demais Receitas Verificadas: Outras Receitas Operacionais e Receitas Extraconcessão, estimadas para o período de 12 meses do Ano-Teste.

Ocorrido o reposicionamento tarifário, considera-se que, no momento da revisão, está garantido o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Esse equilíbrio deverá ser mantido até a próxima revisão mediante aplicação das regras de reajuste tarifário anual. Em caso de ocorrerem fatores que provoquem o desbalanceamento da equação econômico-financeira, conforme explicamos no capítulo anterior (áreas administrativas e área econômica), a concessionária poderá pleitear a revisão tarifária extraordinária.

¹³⁰ Cf. Nota Técnica nº 73/2001-SRE/ANEEL. Op. cit., p. 15; e Nota Técnica nº97/2001-SRE/ANEEL. Op. cit., p.19.

5.4.1.6 O Fator X

Conforme consta da Nota Técnica nº 097/2001/SRE/ANEEL¹³¹, o Fator X surgiu na Inglaterra, sendo considerado como marco referencial de utilização desse instrumento regulatório o ano 1984, após a privatização da British Telecom. Ainda segundo a ANEEL, “a nova forma de concessão surgiu da necessidade de autofinanciar a concessão; de propiciar melhoria tecnológica; e da defesa do interesse dos consumidores, evitando a prática abusiva de preços e assegurando a apropriação de ganhos de produtividade da concessionária, no período compreendido entre a privatização e a primeira revisão”.¹³²

O Fator X insere-se na lógica de regulação sob o regime de preços máximos (*price cap*), em que o foco regulatório passa a ser os preços em vez dos custos, cabendo à empresa regulada gerenciar a diferença entre preço e custo. Além de administração de preços máximos, o regime *price cap* impõe a reprodução, em um mercado monopolista, de condições inerentes a um mercado concorrencial.

Nesse sentido, segundo consta da Nota Técnica nº 073/2001/SRE/ANEEL¹³³, o Fator X é um instrumento da regulação que busca emular as forças econômicas verificadas em um ambiente competitivo. Com seu uso, espera-se obter um mecanismo de redução das tarifas e de imposição de melhores níveis de eficiência nas empresas reguladas. O trecho a seguir, extraído da referida nota técnica, ilustra bem o que significa o Fator X¹³⁴:

“O Fator X funciona como uma ‘chave regulatória’ que é acionada a cada revisão periódica, para incentivar a busca contínua da eficiência produtiva e alocativa.

No conjunto das atribuições do Fator X, espera-se obter um movimento que produza redução nas tarifas, a denominada modicidade tarifária, ao mesmo tempo em que impõe melhores níveis de eficiência a serem alcançados pela empresa regulada.”

¹³¹AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Disponível em:<<http://www.aneel.gov.br>>. Acesso em:21/6/2001.

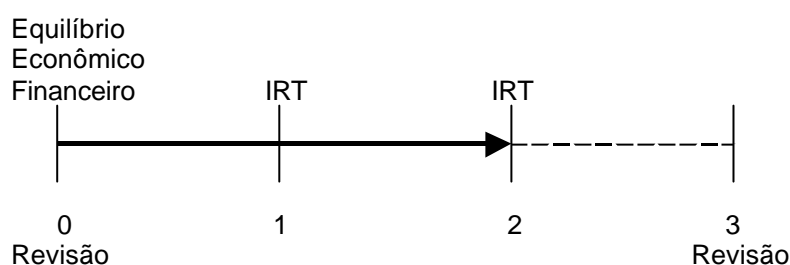
¹³² Idem.

¹³³ Op. cit., p.16.

¹³⁴ Op.cit.,p.16.

Após o reposicionamento tarifário, suficiente para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro, o Fator X calculado será aplicado anualmente sobre o índice de reajuste de tarifas (IRT) até o ano anterior à próxima revisão tarifária, como apresentado na Figura 3¹³⁵, compartilhando os ganhos de produtividade projetados para a empresa com os consumidores. É importante notar que o Fator X incide apenas sobre as parcelas referentes a custos gerenciáveis da empresa.

Figura 3 – Período de aplicação do Fator X



A incidência do Fator X sobre o Índice de Reajuste Tarifário se dá pela seguinte fórmula, já descrita no tópico referente aos contratos:

$$IRT = \frac{VPA + VPB * (IVI - X)}{RA}$$

Onde:

RA = receita do período de referência;

VPA = custos operacionais não gerenciáveis (energia comprada e encargos tarifários);

VPB = custos operacionais “gerenciáveis” (custos de operação e manutenção, depreciação, remuneração do capital próprio e de terceiros, PIS/PASEP/COFINS, Impostos);

IVI = Índice Geral de Preços de Mercado (IGP-M).

¹³⁵Nota Técnica 073/2001/SRE/ANEEL. Op. cit., p. 18.

Observamos que, no período que antecede a primeira revisão periódica, o valor do Fator X é igual a zero, o que se constitui em incentivo para a concessionária, visto que qualquer aumento de produtividade será por ela apropriado. O índice de preços (IVI) nesse caso será pleno. A partir da primeira revisão, o Fator X passa a ser redutor do índice de preços (IVI)¹³⁶.

Importa ressaltar que o Fator X funciona como meta de produtividade fixada pelo órgão regulador. Caso a concessionária consiga superar essa meta, os ganhos de produtividade excedentes serão por ela apropriados

Na primeira revisão tarifária conduzida pela ANEEL, a da ESCELSA, em 1998, o valor do Fator X foi negociado, tendo sido estabelecidos os seguintes percentuais de compartilhamento de produtividade: 1,5% para 1999 e 0,8% para 2000. Na segunda, também da ESCELSA, em 2001, a ANEEL apresentou duas versões de cálculo, tendo sido fixado, ao final do processo de revisão tarifária periódica, o percentual de 1,89%, correspondente ao Fator X.

A partir das revisões ocorridas em 2003, a ANEEL implementou nova metodologia de cálculo. Após discussão em audiências públicas, a ANEEL publicou a Resolução Normativa nº 55, de 05/4/2004, que “estabelece a metodologia de cálculo do Fator X na revisão tarifária periódica da concessionária do serviço público de distribuição de energia elétrica”.¹³⁷

De acordo com a mencionada resolução, o Fator X será estabelecido em função dos seguintes componentes:

“I – componente X_e que reflete os ganhos de produtividade esperados derivados da mudança na escala do negócio por incremento do consumo de energia elétrica na área servida, tanto por maior consumo dos consumidores existentes, como pela incorporação de novos consumidores, no período entre revisões tarifárias;

¹³⁶ Nota Técnica nº 097/2001/SRE/ANEEL. Op.cit. p.22.

¹³⁷ Publicado no Diário Oficial de 06/4/2004, seção 1, p. 69, v. 141, n.66.

II – componente X_c que reflete a avaliação dos consumidores sobre a sua concessionária, sendo obtido mediante a utilização do resultado de pesquisa do Índice ANEEL de Satisfação do Consumidor – IASC; e

III – componente X_a que reflete a aplicação do Índice de Preço ao Consumidor Amplo (IPCA) para o componente mão-de-obra da Parcela B da concessionária.”

5.4.1.6.1 Componente de produtividade do Fator X (X_e)

O componente X_e refere-se apenas ao efeito dos ganhos de produtividade da concessionária devido ao crescimento do mercado. Tendo em vista que esses ganhos não resultam da maior eficiência na gestão da empresa sobre seus custos operacionais, devem ser repassados às tarifas pagas pelos consumidores, de modo que seja atendido o princípio da modicidade tarifária, previsto nos contratos de concessão.

A determinação da componente X_e se dá pela aplicação da metodologia de cálculo do método de fluxos de caixa descontados, do tipo *forward looking*. Tal enfoque metodológico tem por objetivo “determinar os efeitos no fluxo de fundos da concessionária derivados de uma maior produtividade na gestão do serviço de distribuição de energia elétrica devido às mudanças na escala do negócio”¹³⁸. Essas mudanças resultam do crescimento do mercado atendido em razão do maior consumo dos clientes existentes (crescimento vertical) ou em razão da conexão de novos consumidores na área atendida (crescimento horizontal). O enfoque do fluxo de caixa descontado considera os investimentos projetados para atender o crescimento esperado do consumo (MWh) e do número de consumidores.

Seguindo o método do fluxo de caixa descontado, “(...) o valor do componente X_e é aquele que iguala o valor presente líquido dos fluxos de caixa da concessionária no período tarifário, incluindo o valor dos ativos no final do período, com o valor dos ativos da concessionária no início do período tarifário.”

¹³⁸ Resolução Normativa nº 55/2004 – ANEEL, Anexo I, p. 3

Os fluxos de caixa são descontados à mesma taxa do custo de capital da concessionária (WACC, conforme visto neste capítulo). Assegura-se, dessa forma, que a concessionária obtenha uma rentabilidade sobre seu ativos e investimentos equivalente ao custo de oportunidade de seu capital.

A determinação do Fator X para cada concessionária distribuidora se realiza a partir das seguintes informações: número de clientes e volumes de energia, plano de investimentos, dos valores dos ativos para a data da revisão, custo do capital e das projeções do PIB para o Brasil. Utiliza-se também a projeção de demanda de energia elétrica de cada concessionária (mercado de vendas) para o primeiro ano do período entre revisões, projeções de energia e de número de clientes para todo o período entre as revisões periódicas, valores dos custos operativos eficientes o período entre as revisões periódicas; projeções de investimentos (calculadas a partir do custo de expansão da rede necessário para atender a demanda projetada), valores de ativos, depreciações e imposto de renda. Os investimentos e as projeções de demanda são as variáveis explicativas de maior impacto na determinação do Fator X pelo método de fluxo de caixa descontado.

A utilização do método de fluxos de caixa descontados requer a construção de um cenário base de projeções sobre demanda, investimentos e custos operacionais eficientes. Como se trata de um método prospectivo (*forward looking*), não há um único valor do Fator X, mas sim valor que se verifica para um determinado conjunto de premissas adotadas.

5.4.1.6.2 *Componente de qualidade do Fator X (Xc)*

O componente Xc é estimado mediante a utilização de um modelo *benchmark*, em que se determina um *benchmarking* a ser superado pela concessionária. Caso seja cumprida a meta, a concessionária será premiada; ao contrário, será punida.

O valor de Xc deve ser calculado em cada reajuste tarifário anual, conforme a expressão descrita a seguir, constante da Resolução Normativa nº 55/2004:

$$X_c = \frac{IASC_b - IASC_c}{14}$$

Sendo X_c está limitado ao intervalo $-1 = X_c = 1$.

Onde:

$IASC_c$ = Último Índice ANEEL de Satisfação do Consumidor disponível na data do reajuste tarifário anual relativo à concessionária, determinado segundo metodologia definida pela ANEEL para cálculo desse índice de satisfação; e

$IASC_b$ = Benchmarking de índice de satisfação.

O IASC mede o grau de satisfação do consumidor com as concessionárias de distribuição de energia elétrica. Para cada concessionária, a ANEEL calcula “as médias obtidas nos indicadores de Satisfação Global, Desconformidade Global e Distância para uma Empresa Ideal, ponderadas pelos respectivos pesos”¹³⁹.

Para o cálculo do IASC, a ANEEL faz um escalonamento de 1 a 10, em que o intervalo 7-8 corresponde à seguinte avaliação:

- “Satisfação Global: Satisfeito
- Distância para a Empresa Ideal: Perto do Ideal
- Desconformidade Global: Melhor que o esperado”

Com base no cálculo e na avaliação efetuados, a ANEEL considera o valor de $IASC=70$ como o *benchmarking* para a aplicação do componente X_c do Fator X, sendo tal valor aplicado para todas as concessionárias.

5.4.1.6.3 Componente X_a do Fator X

O componente X_a do Fator X decorreu da Resolução nº 1, de 04/4/2003, do

¹³⁹ Resolução Normativa - ANEEL nº 55/2004, p. 13.

Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), que determinou à ANEEL “(...) mantido o critério de reajuste contratual da Parcela B da receita da concessionária de distribuição de energia elétrica pela variação do IGPM + X, defina metodologia de cálculo dos valores de X a serem aplicados nos reajustes tarifários anuais considerando, para o componente mão-de-obra da parcela B, índice que reflita o valor da remuneração da mão-de-obra do setor formal da economia brasileira.”¹⁴⁰

Para atender à determinação do CNPE, a ANEEL desenvolveu uma metodologia tendo em vista “determinar o valor do componente Xa de modo que a aplicação do índice (IGPM – Xa), em cada reajuste tarifário anual, assegure a preservação da condição de equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão definida pelo reposicionamento tarifário.”¹⁴¹

A ANEEL desenvolveu fórmula de ajuste dos três componentes da Parcela B (custos gerenciáveis), a saber:

- “i) Custos operacionais (CO) da concessionária;
- ii) Remuneração sobre o capital e a depreciação, baseada na avaliação dos ativos efetivamente necessários para a prestação do serviço de distribuição. A soma desses dois componentes da remuneração é denominada RC; e
- iii) Tributos.”

Para cada um desses componentes, a ANEEL calculou índices de ajuste, destacando, nas parcelas indicadas nos itens i e ii, supra, as parcelas correspondentes a materiais e equipamentos e as parcelas correspondentes a mão-de-obra.

As parcelas relativas a materiais e equipamentos, assim como a parcela concernente a tributos, devem ser ajustadas pelo IGP-M, considerado o mais adequado para medir a variação de custos durante o período tarifário. Já as parcelas referentes a mão-de-obra devem ser

¹⁴⁰ Resolução Normativa – ANEEL nº 55/2004, p. 13

¹⁴¹ Idem.

ajustadas pelo IPCA (Índice de Preços ao Consumidor Amplo).

O cálculo do componente Xa é obtido assim pelo índice de ajuste da Parcela B, assim definido:

$$IAPB = \left(\frac{CO}{VPB} \right) * IACO + \left(\frac{RC}{VPB} \right) * IARC + \left(\frac{TOE}{VPB} \right) * IGPM$$

Onde:

RC = remuneração sobre o capital e a depreciação

CO = custos operacionais

TOE = tributos e outros encargos

VPB = valor da Parcela B da receita da concessionária.

Para manter a condição de equilíbrio econômico-financeiro, tem-se que:

$$IGPMi - Xai = IAPBi$$

Ou seja:

$$Xai = IGPMi - IAPBi$$

5.5 Síntese do processo de revisão periódica

Nos termos da Nota Técnica nº 097/2001/SRE/ANEEL¹⁴², a principal finalidade do processo de revisão tarifária periódica consiste em:

¹⁴² Op. cit., p. 38.

“[...] redefinir os níveis das tarifas da concessionária, de forma a conciliar simultaneamente: i) equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, conferindo condições para a concessionária auferir receita capaz de cobrir os custos operacionais eficientes e auferir retorno adequado sobre os investimentos prudentes, ii) proteção aos consumidores cativos contra a prática de preços injustos, iii) compartilhamento com os consumidores dos ganhos de produtividade da concessionária e iv) proporcionar receita suficiente para a prestação de serviços adequados de fornecimento de energia elétrica”.

O instrumento regulatório do novo regime tarifário, portanto, visa a orientar as concessionárias de modo a atuarem de acordo com regras econômicas características das atividades privadas sujeitas à concorrência. O resultado pretendido é assegurar que os ganhos de eficiência empresarial se expressem em modicidade tarifária.

A revisão periódica reflete-se na tarifa em dois momentos: o primeiro, no reposicionamento tarifário, que transfere aos consumidores parte dos ganhos passados; o segundo, na determinação do Fator X, que visa a transferir aos consumidores parte dos ganhos futuros.

O modelo exposto neste capítulo tem o objetivo de propiciar ao órgão regulador cumprir sua missão institucional de harmonizar os interesses das concessionárias – de obterem remuneração justa (que permita cobrir os custos eficientes e compensar os investimentos prudentes) – aos interesses dos consumidores – de receberem o serviço adequado mediante o pagamento de tarifas módicas.

Nosso objetivo neste capítulo não foi avaliar os procedimentos do órgão regulador, no sentido de dizer se foram ou não aplicados corretamente, o que envolveria análise econômica, forçando-nos a fugir do escopo deste trabalho. Nossa pretensão foi apresentar o método utilizado nas revisões periódicas para que tenhamos condições de aferir se respeitam ou não o princípio do equilíbrio econômico-financeiro e se a revisão periódica é um instrumento regulatório juridicamente sustentável. É o que faremos no próximo capítulo.

6 REVISÃO TARIFÁRIA PERIÓDICA E PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

O presente capítulo visa à análise dos aspectos procedimentais da revisão tarifária periódica que podem afetar o equilíbrio econômico-financeiro da concessão de serviços públicos. Nosso objetivo é verificar se o instrumento regulatório utilizado pela ANEEL para propiciar a modicidade tarifária, mediante incentivos à busca da eficiência pelas concessionárias, está em conformidade com a Constituição e com a legislação infraconstitucional pertinente à matéria.

6.1 Aspectos jurídicos relevantes do equilíbrio econômico-financeiro no regime de preços máximos

Como vimos, existindo fatores que provoquem o desbalanceamento entre os encargos e as vantagens do concessionário, o poder concedente tem o dever de promover o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. A doutrina brasileira sempre reconheceu tal direito, que se manifesta ou por meio dos reajustes ou das revisões extraordinárias.

O reajuste é o mecanismo, previsto em contrato, que visa à preservação do seu conteúdo econômico-financeiro, mediante aplicação de fórmula vinculada a índices de custos de produção específicos ou setoriais. Variação efetiva nos custos de produção em determinado período de tempo deve corresponder a variação equivalente nos pagamentos aos concessionários, de modo a se manter a equação econômico-financeira. A escolha dos índices de custos e das parcelas de incidência é questão sujeita a controvérsias, mas, como nosso objetivo no momento é tratar da revisão, não abordaremos esses pontos.

A revisão, ou recomposição de preços, tem a função de corrigir as distorções não passíveis de serem capturadas pelos reajustes. A revisão, segundo a doutrina tradicional, está relacionada às áleas extraordinárias. Nas palavras de Hely Lopes Meirelles:

“[...] a **recomposição de preços** não se confunde de modo algum com o **reajustamento contratual de preços**, pois este surge do consenso inicial das partes, para **manter o equilíbrio** econômico-financeiro do contrato durante sua execução **normal**, ao passo que aquela, a **recomposição**, destina-se a restaurar esse mesmo equilíbrio, desfeito por eventos supervenientes e extraordinários, não previstos e imprevisíveis pelos contratantes, que acarretam modificação **anormal** na situação fática existente na época da celebração do ajuste. A **recomposição de preços**, assim, independe de previsão no contrato de um critério de **reajustamento** de preços e torna-se devida no momento em que este deixa de atender à sua finalidade, ou seja, à manutenção da equação financeira do ajuste em razão de atos e fatos inimputáveis ao particular contratante.”¹⁴³

6.1.1 Regime remuneratório do custo do serviço

A legislação do setor elétrico que instituiu o regime tarifário pelos custos do serviços (regime anterior ao atualmente vigente, que é o *price cap* (ou preço-teto) trouxe a figura da revisão ordinária, além da revisão extraordinária. A Lei nº 8.631/93¹⁴⁴ estabeleceu no art. 5º que a revisão de tarifas obedeceria à legislação específica. O Decreto nº 774/93¹⁴⁵, que regulamentou a lei mencionada, assim dispôs sobre a questão:

Art. 5º Os níveis das tarifas serão revisados ordinariamente a cada três anos.

§1º Considera-se revisão o processo de aferição que poderá originar alteração dos níveis de tarifas, na ocorrência de significativas e comprovadas distorções das condições econômicas vigentes à época de sua fixação.

§2º A revisão a que se refere este artigo poderá efetivar-se, excepcionalmente, por iniciativa do DNAEE, ou por proposta do concessionário nos termos da legislação específica.

A revisão ordinária prevista estava atrelada à definição do custo do empreendimento. Ao concessionário estava garantida uma remuneração que permitisse cobrir os custos, amortizar os investimentos e obter um retorno satisfatório. Antes da vigência da Lei nº

¹⁴³ *Apud* BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 415.

¹⁴⁴ “Dispõe sobre a fixação dos níveis das tarifas para o serviço público de energia elétrica, extingue o regime de remuneração garantida [...]”. (DOU de 05/3/1993, p. 2.597).

¹⁴⁵ “Regulamenta a Lei nº 8.631, de 4 de março de 1993, que dispõe sobre a fixação dos níveis de tarifas para o serviço público de energia elétrica, extingue o regime de remuneração garantida [...]”. (DOU de 19/3/2002, p. 3289).

8.631/93, era garantida ainda uma taxa de remuneração mínima (entre 10% e 12%). A diferença entre a remuneração resultante da aplicação do valor percentual aprovado pelo Poder Concedente e aquela verificada de fato no resultado do exercício deveria ser registrada na Conta de Resultados a Compensar (CRC), do concessionário, para permitir a compensação de excessos ou insuficiências de remuneração.¹⁴⁶

A Lei nº 8.631/93 extinguiu a garantia de remuneração mínima e a CRC (art. 7º). A remuneração do concessionário, porém, continuou vinculada aos seus custos, de modo que a revisão ordinária prevista tinha o objetivo de corrigir as distorções econômicas que impactassem o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Dadas as dificuldades de se estimar os custos necessários e os efetivos do concessionário, bem como de se analisar se os investimentos estavam ou não superavaliados, o poder concedente, não podendo correr o risco da paralisação de um serviço essencial à economia, era obrigado a fixar os níveis de tarifa de acordo com as planilhas de custo apresentadas pelas empresas.

Portanto, a revisão ordinária tinha por objetivo a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, mediante o repasse para as tarifas da variação de custos do concessionário não capturadas pelos reajustes e pelas revisões extraordinárias. Independente do grau de eficiência do concessionário na prestação de serviço, ou seja, da boa ou má gestão do negócio, cabia ao usuário arcar com os custos do empreendimento. Nesse contexto, no regime tarifário do serviço pelo custo, prevalece a concepção tradicional de equilíbrio econômico-financeiro.

¹⁴⁶ A garantia de remuneração mínima ao concessionário estava inserta no art. 1º da **Lei nº 5.655, de 20/5/1971** (“*Dispõe sobre a Remuneração Legal do Investimento dos Concessionários de Serviços Públicos de Energia Elétrica [...]*”), a seguir transcrito:

“ *Art. 1º A remuneração legal do investimento, a ser computada no custo do serviço dos concessionários de serviços públicos de energia elétrica, será de 10% (dez por cento) a 12% (doze por cento), a critério do Poder Concedente.*”

§ 1º A diferença entre a remuneração resultante da aplicação do valor percentual aprovado pelo Poder Concedente e a efetivamente verificada no resultado do exercício será registrada na Conta de Resultados a Compensar, do concessionário, para fins de compensação dos excessos e insuficiências de remuneração.”

6.1.2 Regime remuneratório do serviço pelo preço – o modelo RPI-X

A legislação posterior que veio a regulamentar as concessões de serviço público, ao romper com o regime de serviço pelo custo e estabelecer o regime pelo preço, introduz o conceito de serviço adequado e nele o princípio de modicidade tarifária (Lei nº 8.987/95, art.6º). A Lei nº 9.427/96, no art. 14, introduz a noção de eficiência e de competitividade, a serem fixadas no contrato como metas do concessionário. Tais instrumentos regulatórios têm como objetivo induzir a gestão ótima das concessões.

Em razão das novas disposições legislativas, a ANEEL, no exercício de sua competência regulatória estabelecida pela Lei nº 9.427/96, passou a aplicar, nos contratos de concessão de distribuição de energia elétrica, o método de regulação por incentivo ou por preço-teto (*price cap*), denominado RPI-X (*Retail Price Index – X*¹⁴⁷), originário do Reino Unido, que Isaac Benjó define da seguinte forma¹⁴⁸:

“Conceitualmente, devemos considerar que ‘RPI’ representa a variação percentual de um índice oficial de preços no varejo e ‘X’ um percentual a ser deduzido (ou acrescido, se ‘X’ for negativo) correspondente a parte da produtividade obtida. ‘RPI-X’ compõe o fator de reajuste que o regulador permite periodicamente ao concessionário. As formas de determinação de ‘X’ e da periodicidade de reajustamento (*regulatory lags*) são elementos básicos ao sucesso do modelo”.

É esclarecedora também a definição proposta por José Cláudio Linhares Pires e Maurício Serrão Piccinini¹⁴⁹:

“O mecanismo de tarifação conhecido como *price-cap* constitui-se na definição de um preço-teto para os preços médios da firma, corrigido de acordo com a evolução de um índice de preços ao consumidor, o *retail price index* (RPI), menos um percentual equivalente a um fator X de produtividade, para um período prefixado de

¹⁴⁷ Em tradução livre: Índice de Preços no Varejo menos X.

¹⁴⁸ BENJÓ, Isaac. **Fundamentos da Economia da Regulação**. Rio de Janeiro: Thex, 1999, p. 90.

¹⁴⁹ Mecanismos de regulação tarifária do setor elétrico: a experiência internacional e o caso brasileiro. Texto para Discussão 64. Rio de Janeiro: BNDES, jul. 1998, p. 18.

anos. Esse mecanismo pode envolver, também, um fator Y de repasse de custos para os consumidores, formando a seguinte equação: $RPI-X+ Y$.”

Ou seja, tal método consiste na implementação de um conjunto de procedimentos: fixação de tarifas máximas, reposicionamento tarifário periódico e aplicação de um índice de produtividade (Fator X).

6.1.3 Resumo dos procedimentos de revisão tarifária periódica

Apresentamos, a seguir, os procedimentos da revisão periódica, de forma bastante simplificada, visto que já foram detalhados no capítulo anterior. A intenção aqui é apenas destacar os pontos geradores de controvérsias jurídicas.

O regulador, ao firmar o contrato de concessão, fixa um limite de tarifas a serem praticadas pelo concessionário, tendo como base uma estrutura de custos e uma taxa de retorno sobre o capital investido consideradas razoáveis (de modo a manter a sustentabilidade econômica do negócio). Durante determinado período de tempo estipulado em contrato, aplica-se às tarifas apenas um fator de reajuste anual (IGP-M, calculado pela Fundação Getúlio Vargas- FGV), com o fim de anular os efeitos da inflação.

Ao fim do período, o agente regulador promove a revisão dos custos efetivos (despesas operacionais, encargos tarifários e lucro) do concessionário em que se define um novo patamar de receitas capaz de refletir as mudanças na situação econômica do negócio. Comparando a receita necessária para contrabalançar a variação nos custos com a receita verificada no ano-teste – que pode ser histórico, relativo aos custos reais observados nos doze meses anteriores, ou projetado, em que se estimam os custos relativos ao(s) ano(s) posterior(es) –, o agente regulador procede à reestruturação tarifária e estabelece o novo limite de tarifas a ser praticado no período seguinte. Se a receita requerida for menor que a receita verificada, o agente regulador vai promover a redução da tarifa média. Em caso contrário, a tarifa média da concessão deverá ser aumentada (na verdade, o coeficiente relativo ao aumento ou diminuição de tarifas varia de acordo com as classes que compõem a estrutura tarifária).

Com o objetivo de verificar os custos das concessionárias de distribuição de energia elétrica, a ANEEL implementou a metodologia denominada “Empresa de Referência”, que é uma empresa virtual atuante na área geográfica do serviço de distribuição de energia e que presta esse serviço em condições de eficiência. Os valores de custos que a “Empresa de Referência” pode obter para os serviços e recursos necessários ao cumprimento das obrigações contratuais da concessionária é que são considerados nas tarifas pagas pelos consumidores cativos do serviço monopolista. A concessionária é assim incentivada a competir com a empresa de referência, de modo a atingir ou superar as metas relativas aos valores de custos reconhecidos pelo regulador.

Conforme destacado no capítulo anterior, a opção do órgão regulador pela metodologia da empresa de referência decorre da pretensão do órgão regulador de eliminar os efeitos da assimetria de informação, uma vez que as auditorias realizadas para verificar as informações e os dados contábeis das concessionárias não são suficientes para garantir a veracidade desses dados e informações, passíveis de manipulação.

Relativamente aos investimentos, a ANEEL compara a estrutura de capital da empresa com outras semelhantes e define a relação entre capital próprio e de terceiros (estrutura-alvo de capital). Dada essa estrutura, a ANEEL calcula a remuneração dos investimentos utilizando como método a média anual dos custos do capital próprio e de terceiros ponderada pelas respectivas participações na estrutura de capital.

O percentual estimado incidirá sobre a base de remuneração formada pelo conjunto de ativos vinculados à concessão cujo valor é estimado por métodos contábeis, conforme detalhado no capítulo anterior.

A soma das despesas de operação e manutenção com as despesas de capital e com os tributos e encargos tarifários será igual à receita requerida que será comparada à receita verificada no ano-teste para fins da recomposição tarifária. Ressalte-se que da receita verificada devem ser deduzidos os benefícios com atividades extraconcessão (receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados), com o objetivo de favorecer a modicidade tarifária, tal como determina a Lei nº 8.987/95, art. 11.

Na mesma ocasião do reposicionamento tarifário, é determinado o índice anual (ou índices anuais) de compartilhamento com os usuários dos futuros ganhos de produtividade, ou seja, o Fator X que será reduzido do índice de correção inflacionário contratualmente eleito para reajustar as tarifas.

Portanto, a revisão tarifária periódica compreende:

- o reposicionamento das tarifas de fornecimento de energia elétrica – a cada período de 3 (três) a 5 (cinco) anos, dependendo do contrato –, em nível suficiente para preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão;
- a determinação do Fator X que será aplicado aos reajustes tarifário do período seguinte, até o ano anterior ao da próxima revisão, com o objetivo de compartilhar ganhos de produtividade com os consumidores.

O mecanismo descrito **pode** conduzir aos seguintes efeitos:

- apropriação, pelo consumidor, de parte dos ganhos de produtividade obtidos pela concessionária;
- apropriação, pelo concessionário, dos ganhos de produtividade excedente (o concessionário é incentivado a superar a meta de produtividade representada pelo Fator X);
- redução do valor real das tarifas, uma vez que, por ocasião do reposicionamento tarifário, o agente regulador poderá estabelecer parâmetros que reduzam a necessidade de receita do concessionário (receita requerida menor que a receita verificada).

6.1.4 Compatibilização do princípio do equilíbrio econômico-financeiro com a revisão periódica – aspectos polêmicos

Pelo que vimos, o mecanismo regulatório do *price cap* oferece meios para que o órgão regulador cumpra seus objetivos institucionais: conjugar interesses dos concessionários de obterem a justa remuneração de investimento e dos consumidores de terem à disposição um serviço de melhor qualidade a um preço módico.

Há que se destacar que os contratos de concessão de distribuição de energia elétrica contêm, além das cláusulas de reajuste e de revisão periódica, cláusula de revisão extraordinária, nos termos definidos pela doutrina tradicional, embora tal garantia seja inerente às concessões ainda que não haja previsão contratual. Assim, se estiver configurado o fato típico

relativo ao evento caracterizado como álea extraordinária, haverá direito à restauração do equilíbrio econômico-financeiro.

Tais contratos (com exceção da ESCELSA) contêm ainda cláusula expressa de revisão de tarifas (para mais ou para menos) no caso de se verificar o disposto no § 3º do art. 9º da Lei nº 8.987/95¹⁵⁰, ou seja, elevação de carga tributária, quando comprovado o impacto nas tarifas¹⁵¹. Esse fato, na verdade, já está contemplado na Teoria das Áleas, podendo ser considerado como fato do príncipe, portanto, ensejador de revisão extraordinária. O legislador, entretanto, preferiu explicitar o direito à revisão, de modo a não haver contestação, daí a ANEEL ter inserido o dispositivo legal citado como cláusula contratual.

A despeito dos comentados propósitos regulatórios, implícitos no modelo de revisão periódica implementado pela ANEEL, há aspectos de ordem econômica e jurídica a serem considerados que podem distorcer os resultados pretendidos e provocar demandas judiciais. Nos ateremos aqui às questões jurídicas, objeto de nosso estudo.

Como vimos, o Direito brasileiro incorporou as concepções do Direito francês no que se refere aos serviços públicos e sua prestação por particulares mediante concessão. Nesse contexto, a intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de serviço público é aceita sem reservas no ordenamento jurídico brasileiro, que sempre reconheceu os mecanismos de reajuste e de revisão extraordinária como forma de manter o equilíbrio entre as obrigações e vantagens do concessionário durante toda a vigência contratual.

¹⁵⁰ “Art.9º §3º. Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, a alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão de tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.”

¹⁵¹ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Regime jurídico dos contratos para fornecimento de energia elétrica com agência reguladora do setor- Interpretação de disposições legais e contratuais- repasses automáticos de aumentos de tributos e encargos legais –parecer. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo: NDJ, nº 5, 2001, p.338-339.

Ocorre que o modelo de revisão periódica adotado pela ANEEL desvincula-se das concepções do Direito francês incorporadas pela doutrina nacional e traz como inovação exatamente a ruptura com a idéia de intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro estabelecido na data de assinatura do contrato, em razão da possibilidade de o poder concedente mexer na composição da tarifa. Embora o reposicionamento tarifário com vistas ao restabelecimento desse equilíbrio seja um dos objetivos da revisão periódica, não se trata de manter o equilíbrio inicial, mas sim de estabelecer um novo, ajustado às condições da concessionária, do setor elétrico e da economia em geral, vigentes no momento da revisão.

6.1.4.1 A questão da eficiência empresarial

Os pontos controversos relativos ao processo de revisão periódica e que provocam alteração do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato são: eficiência empresarial e rentabilidade do negócio. Podemos fazer aqui algumas comparações com o modelo tradicional.

No que concerne à eficiência empresarial, segundo a visão tradicional da concessão, em que o equilíbrio econômico-financeiro fundamenta-se na teoria das áleas, não há espaço para compartilhamento de ganhos de eficiência. Como vimos anteriormente, eventos relacionados às áleas ordinárias e que dizem respeito ao comportamento do empresário em relação à concessão, tais como falta de diligência, erros de estimativa de mercado, enfim, má gestão empresarial, não geram direito a recompor o equilíbrio econômico-financeiro. Da mesma forma, a gestão eficiente do negócio que gere lucros excedentes também não induz à revisão das tarifas, logo, o concessionário se apropria sozinho do aumento de remuneração.

Já no modelo novo (RPI-X), por ocasião da revisão periódica, o agente regulador, visando cumprir o objetivo da modicidade tarifária, intervém nos elementos que compõem a tarifa. Ao apurar a receita requerida no ano-teste – em vez de simplesmente considerar a variação dos custos gerenciáveis da concessionária – , o regulador, por meio dos valores de

custos de serviços e recursos reconhecidos na empresa de referência, determina quais são os custos operacionais eficientes que serão computados para fins de estimativa da receita requerida.¹⁵²

Assim, em tese, os consumidores se beneficiam pois arcam com os menores custos possíveis de serem obtidos em determinada área de concessão. Os custos da concessionária que estão acima do reconhecido pelo regulador, por meio da empresa de referência, não são repassados ao consumidor. Exatamente essa prerrogativa de o agente regulador determinar quais são os custos eficientes e em que nível devem entrar no cálculo da receita requerida constitui-se em inovação do modelo, porque o equilíbrio econômico-financeiro a ser estabelecido considera o nível esperado de despesas e não apenas o nível real, informado pelas empresas.

6.1.4.1.1 Da utilização de benchmarking

A utilização de uma empresa de referência, pela ANEEL, como método de estimativa dos custos operacionais eficientes das concessionárias insere-se dentro da lógica de regulação por incentivos denominada *benchmark regulation*, que estabelece padrões de comparação para a competição entre empresas. A esse respeito, destacamos o texto a seguir, de Isaac Benjó¹⁵³:

“O método *benchmark regulation* é adotado quando a concessionária detém o monopólio da informação, criando uma situação de assimetria informacional entre a empresa e o regulador; ou, quando o processo regulatório independente é inédito e o agente regulador quer se valer de experiências bem-sucedidas em outros países.

Na prática do *benchmark regulation*, considera-se o desempenho de uma companhia hipotética conceitualmente ‘eficiente’ e com estrutura de custos similares à concessão a ser regulada. Alguns parâmetros poderão ser estabelecidos para confronto, a saber: retorno sobre investimentos, produtividade da mão-de-obra, custos incorridos etc. **O regulador cobra desempenho por comparação.**” [sem grifos no original].

¹⁵² AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Superintendência de Regulação Econômica. **Nota Técnica nº 155 – Anexo I**, 2004, p.07.

¹⁵³ **Fundamentos da economia da regulação**. Rio de Janeiro: Thex Editora, 1995, p. 93.

Pode-se também enquadrar a empresa de referência adotada pela ANEEL na lógica de regulação por incentivos denominada *yardstick competition*, uma vez que, na prática, tal forma de regulação conduz ao critério de *benchmark*. Trabalho publicado por José Cláudio Linhares Pires e Maurício Serrão Piccinini, na área de regulação, traz a seguinte definição *yardstick competition*¹⁵⁴:

“(...) é uma forma de regulação através de incentivos, também conhecida como regulação de desempenho, adotada nos casos de monopólio natural. Este instrumento procura introduzir estímulo à redução de custos entre as empresas, reduzir as assimetrias de informação existentes e estimular maior eficiência econômica [Armstrong, Cowan e Vickers (1994)].”

Trata-se portanto de um mecanismo de avaliação dos custos e dos preços das firmas, de forma que a remuneração de uma firma é fixada segundo seu desempenho relativamente a empresas do setor.

Os mencionados autores observam que existe para o regulador a dificuldade de se fazer a comparação direta entre as empresas, dada a heterogeneidade entre elas. Para superar essa dificuldade, adotou-se como critério de comparação a utilização de *benchmark*. Dizem os autores citados¹⁵⁵:

“Na prática, a heterogeneidade das empresas fez com que os reguladores, com o objetivo de facilitar a comparação entre elas, criassem subconjuntos de firmas de características mais aproximadas e definissem uma ‘firma-sombra’ hipotética (*shadow firm*) que servisse como critério de comparação para cada subconjunto.

A ‘firma sombra’, composta pela média de variáveis representativas das empresas a que pertencem a um mesmo subconjunto, é utilizada como um modelo de referência (*benchmark*) para a competição entre as firmas. [sem grifo no original]

¹⁵⁴ Mecanismos de regulação tarifária do setor elétrico: a experiência internacional e o caso brasileiro. Texto

Como visto, a utilização de padrões de eficiência para fins de revisão periódica é um mecanismo regulatório plenamente aceito pela literatura econômica. Do ponto de vista jurídico, entretanto, poderia, em princípio, ser tida como inconstitucional e ilegal por ferir o princípio do equilíbrio econômico-financeiro, ao impedir o restabelecimento da equivalência entre encargos e vantagens do concessionário.

Em termos contratuais, o regime de regulação por incentivos que prevê estímulos à eficiência e à modicidade tarifária, bem como a comparação com outras empresas, está previsto nos contratos de concessão de serviços de distribuição, na Cláusula Sétima – Sétima Subcláusula¹⁵⁶, a seguir transcrita:

CLÁUSULA SÉTIMA – TARIFAS APLICÁVEIS NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS

(...)

Sétima Subcláusula – A ANEEL, de acordo com o cronograma apresentado nesta subcláusula, procederá às revisões dos valores das tarifas de comercialização de energia, alterando-os para mais ou para menos, considerando as alterações na estrutura de custos e de mercado da CONCESSIONÁRIA, **os níveis de tarifas observados em empresas similares no contexto nacional e internacional, os estímulos à eficiência e à modicidade das tarifas**. Estas revisões obedecerão ao seguinte cronograma: a primeira revisão será procedida um ano após o quarto reajuste anual concedido, conforme previsto na Terceira Subcláusula; a partir desta primeira revisão, as subseqüentes serão realizadas a cada 4 (quatro) anos.[sem grifos no original]

para Discussão 64. Rio de Janeiro: BNDES, jul. 1998, p. 28.

¹⁵⁵ Idem.

¹⁵⁶ A cláusula transcrita refere-se ao Contrato de Concessão nº 162/98 para distribuição de Energia Elétrica, que celebram a União e a Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo S.A. Tal cláusula consta de todos os contratos de concessão de serviços de distribuição, com exceção do contrato firmado com as Centrais Elétricas do Espírito Santo S.A. – ESCELSA. Vale ressaltar que nos contratos firmados com a Light Serviços de Eletricidade S.A. e com a Companhia de Eletricidade do Estado do Rio de Janeiro – CERJ, o texto transcrito consta da Cláusula Sétima – Quinta Subcláusula; no contrato firmado com a Companhia de Eletricidade do Estado da Bahia – COELBA, o normativo referido está na Sexta Subcláusula. Já no contrato celebrado com a Elektro – Eletricidade e Serviços S.A., o texto consta da Cláusula Oitava – Sétima Subcláusula. [AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br>> Acesso em 04/10/2004].

Da análise do dispositivo contratual transcrito, verifica-se que não há previsão expressa de utilização de “Empresa de Referência”. Entretanto, deve a ANEEL, nas revisões, proceder à comparação de tarifas com empresas similares no mercado nacional e internacional e se utilizar de mecanismos regulatórios que garantam a eficiência e a modicidade das tarifas, objetivos legais a serem cumpridos pelo regulador.

Outro ponto a se destacar é que, embora a “Empresa de Referência” seja uma firma hipotética, é criada a partir de levantamentos de preços nos mercados representativos da área de atuação da concessionária. Os dados a serem comparados, portanto, são extraídos da realidade e funcionam como metas a serem atingidas pela concessionária.

A ANEEL encomendou parecer ao jurista Marçal Justen Filho¹⁵⁷ a respeito de vários pontos relacionados à regulação econômica da atividade de indústria de energia elétrica. Embora não tenha havido manifestação direta sobre o poder discricionário do regulador de definir os custos apropriados e menos ainda de se utilizar de *benchmarking*, o autor trata da questão do compartilhamento dos ganhos de eficiência empresarial com o consumidor, em que se inserem tais aspectos.

Transcrevemos a seguir alguns trechos do parecer:

“[...] não há qualquer violação a garantias constitucionais quando se promover a revisão ordinária, reduzindo determinadas vantagens inicialmente asseguradas ao concessionário. Isso será consequência da obtenção por ele de outras vantagens ou redução de encargos inicialmente estimados.

Suponha-se, porém, que o particular não tenha obtido qualquer tipo de vantagem ou benefício. Ao longo dos cinco anos, não logrou atingir resultados satisfatórios. Inexistiram ganhos de eficiência.

Em tal hipótese, duas alternativas se abrirão para a administração, a depender dos motivos apurados.

A ausência de ganhos de eficiência pode simplesmente retratar as condições efetivas do empreendimento. Pode supor-se que, naquela concessão em específico,

¹⁵⁷ **Parecer.** Curitiba: [s.e], 2000, p.77.

a ampliação da eficiência era impossível. Logo, os resultados obtidos pelo concessionário retrataram aquilo que de melhor podia alcançar. Em tal situação, nenhuma redução tarifária poderá ser cogitada. Essa é uma garantia constitucional que permanece aplicável. Ou seja, não há redução de tarifa porque não houve ampliação de vantagens.

Suponha-se, no entanto, que seja verificada a ausência de eficiência. O particular deixou de incrementar a qualidade do empreendimento, perdeu oportunidades de realizar bons negócios e assim por diante. Enfim, seus resultados e padrões são inferiores aos adequados. Em tal hipótese, a alternativa é a caducidade da concessão. O particular deve ser afastado, eis que descumpriu um dever essencial. Não pode argumentar que o prejuízo é exclusivamente próprio, uma questão privada. A ausência de ganho de eficiência impede o benefício geral da comunidade, eis que constrange à manutenção das tarifas nos padrões anteriores. O sistema se orienta à redução tarifária, porque esse é um objetivo constitucionalmente inafastável.

Não se pode utilizar a oportunidade de revisão ordinária para reduzir tarifas a título punitivo. Se o concessionário não teve resultados adequados, isso conduz a conseqüências jurídicas outras. Poderá dar-se a punição, seja pela via da imposição de multas ou da decretação da caducidade. Mas a redução tarifária não está no elenco de sanções disponíveis.

Como se vê, a posição do parecerista é de que, se houve aumento da eficiência empresarial que reduziu os encargos do concessionário, é justo que haja a contrapartida sob a forma de redução das tarifas. Caso, porém, não tenha havido incremento de eficiência, há de se analisar, na revisão periódica, a situação concreta e de se verificar se os resultados obtidos pelo concessionário decorreram de circunstâncias alheias à sua vontade ou de má gestão do negócio. Em qualquer hipótese, não há que se falar em redução de tarifas, mas apenas em aplicação de sanções, no caso de ficar demonstrada a má gestão.

Se adotarmos essa linha de raciocínio, a aplicação de um *benchmarking* teria caráter punitivo, logo, seria ilegal, pois não estaria prevista entre o rol de sanções cabíveis.

Concordamos com a posição do parecerista ao afirmar a constitucionalidade de se promover a redução tarifária por meio do compartilhamento de ganhos de eficiência, quando estes existem, e concordamos com a afirmação de que as condições efetivas do empreendimento devem ser analisadas para se encontrar os motivos de não ter havido ganhos de eficiência. Discordamos, porém, do jurista quando confere caráter de punição ao fato de o agente regulador se

utilizar de parâmetros considerados adequados para aferir a receita necessária para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro. Enfatizamos que a finalidade da revisão periódica não é punir o concessionário, mas sim recompor tarifas e imprimir incentivos à eficiência e à modicidade tarifária, de modo que o agente regulador cumpra com o dever de conjugar interesses dos concessionários com os dos consumidores.

Como se deduz da própria afirmação do jurista, a legislação de concessões, incluindo a Constituição Federal, está voltada para a redução de tarifas. É dever do agente regulador incentivar a redução de tarifas, em vista do princípio da modicidade tarifária, devendo assegurar simultaneamente a justa remuneração do concessionário. Daí que a utilização de padrões de eficiência funcionaria como metas a serem atingidas para o concessionário. Se o órgão regulador verificar que fatores exógenos impedem a redução dos custos empresariais, não há que se falar em utilização de *benchmarking* para o reposicionamento tarifário. Mas se a manutenção ou aumento dos custos decorreu de problemas administrativos, da insuficiência de investimentos, então se aplica os *benchmarkings* com vistas a provocar a reestruturação da empresa para que atinja os padrões de eficiência pretendidos.

É certo que a utilização de custos adequados ou de *benchmarkings* afeta o equilíbrio econômico-financeiro da concessão, no sentido de que, ao se completar a recomposição tarifária, a remuneração do concessionário não será suficiente para contrabalançar os encargos. Porém, não há infringência ao princípio do equilíbrio econômico-financeiro nem mesmo sob a ótica tradicional. A Teoria das Áleas não fundamentaria o aumento de tarifas já que a elevação nos custos decorrente de má gestão empresarial está relacionado às áleas ordinárias, que o concessionário deve suportar sozinho.¹⁵⁸

¹⁵⁸ “Cumpra esclarecer que a garantia econômica do concessionário na concessão de serviço público não é, contudo, uma proteção total que lhe dá o concedente contra qualquer espécie de insucesso econômico ou diminuição de suas perspectivas de lucro.

Com efeito, uma vez que o concessionário exerce um serviço estatal, mas por **sua conta, risco e perigos**, é natural que, à moda de qualquer empreendimento comercial ou industrial, se sujeite a certa álea, a certo risco.

Além do mais, no modelo de revisão periódica implementado pela ANEEL, o concessionário dispõe de prazo para adequar seus custos aos padrões estabelecidos de modo a não só compatibilizá-los com as tarifas homologadas, mas também a obter ganhos excedentes que serão por ele apropriados até a próxima revisão.

Por fim, considerando o fator prazo, podemos tomar as palavras do próprio Marçal Justen Filho¹⁵⁹ para demonstrar que não há desrespeito ao direito adquirido do concessionário ao equilíbrio econômico-financeiro quando o agente regulador se utiliza de *benchmarkings* para recompor tarifas:

“Como se extrai, uma questão nuclear reside nos ganhos de eficiência, cuja apropriação ao longo do tempo representa um fator diferencial e característico da estrutura das outorgas. Assim, o prazo que medeia entre as diferentes revisões ordinárias é muito significativo para assegurar à concessionária a obtenção dos resultados previstos.

Daí deriva que o prazo se traduz em fator extremamente relevante para determinação do direito da partes. Essas circunstâncias se relacionam com a dinamicidade da equação econômico-financeira.

Pode dar-se que, em determinado e exato momento, a situação não retrate a equação tal como preconizada no momento original. Isso não impede, no entanto, que a situação se altere em momento posterior. Somente pode insurgir-se contra essa variação quando a gravidade do evento superveniente tornar extremamente onerosa a operação. Não por acaso, as contratações da ANEEL costumam prever cláusula subordinando o cabimento da revisão extraordinária apenas aos casos de ‘alterações significativas’ nos custos da concessionária.”

6.1.4.2 A questão da rentabilidade do negócio

Outro ponto controverso no modelo de revisão periódica adotado pela ANEEL é a rentabilidade do negócio. De acordo com o exposto no Capítulo 5, a taxa de retorno a ser adotada para fins de determinação da receita de equilíbrio depende dos custo de capital de terceiros, do custo de capital próprio e da estrutura de capital da empresa, que pode ser a real,

Pode, portanto, ser como outro empreendedor, integralmente bem-sucedido, parcialmente bem-sucedido ou malsucedido em suas expectativas legítimas de sucesso econômico.” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p.484.

extraída dos demonstrativos contábeis, ou uma estrutura arbitrada pelo órgão regulador, por meio de um *benchmarking*, denominado estrutura de capital alvo.

O método utilizado pela ANEEL para o cálculo da taxa de retorno é o Custo Médio Ponderado de Capital (WACC)¹⁶⁰, tecnicamente indicado por toda a literatura sobre finanças, que representa uma composição entre o custo de capital próprio e de terceiros, ponderada pelas participação desses capitais na estrutura de capital da concessionária. A ANEEL não utiliza a estrutura de capital real da empresa, mas sim a estrutura média de empresas do setor.

Uma questão basilar sobre custo de capital é a natureza dinâmica dos fatores envolvidos. O custo de capital (próprio mais de terceiros) varia ao longo do tempo: o custo de capital de terceiros varia em função da conjuntura econômica, enquanto o custo de capital próprio varia em função da percepção dos agentes de mercado acerca do risco do negócio e do grau de endividamento da empresa. O método de cálculo desses custos permite capturar essas alterações e ajustar a remuneração dos concessionários.

Em termos de regulação, pode-se dizer que a introdução de fatores dinâmicos no modelo de revisão tarifária é desejável sob o ponto de vista do incentivo à entrada de novos concessionários no mercado. Isso porque o modelo permite a equiparação das condições de investimento dos antigos e dos novos concessionários. Na medida em o retorno do negócio é definido em função das circunstâncias, de forma a variar ao longo do tempo, o novo concessionário sabe que estará sendo remunerado pela taxa indicada pelo mercado. De modo semelhante, o antigo concessionário também tem sua remuneração ajustada às condições de mercado. Logo, tanto o novo quanto o antigo concessionário continuarão incentivados a investir, uma vez que a remuneração obtida estará compatível com o risco assumido em dado momento.

¹⁵⁹ Idem, p. 80.

¹⁶⁰ *Weighted Average Cost of Capital (WACC)*.

6.1.4.2.1 *Estrutura de capital*

Especificamente em relação à composição entre capital próprio e de terceiros, a ANEEL, nos processos de revisão havidos até o momento, adotou modelo *benchmark* e tomou por base a estrutura de capital em empresas nacionais e internacionais relativas a empresas situadas em países que adotam o mesmo regime tarifário que o brasileiro.

A utilização de *benchmarking* para a estimativa da estrutura de capital da empresa é questão relevante a ser discutida na análise do modelo de revisão tarifária periódica, dada a repercussão sobre o cálculo da remuneração. O raciocínio é o mesmo exposto anteriormente. O que o regulador pretende é orientar o concessionário para a otimização da gestão financeira da empresa. O regulador sinaliza para o concessionário qual a relação capital de terceiros/capital próprio capaz de gerar melhores resultados para a empresa e o incentiva a procurar no mercado opções de financiamento mais adequadas ao seu negócio.

Para que não seja arbitrado um encargo financeiro maior do que o que existiria de fato se fossem considerados os financiamentos registrados no passivo da empresa, há de se analisar se as possibilidades de captação são viáveis no período abrangido pela revisão.

Melhor explicando: o que órgão regulador tem em vista é incentivar a eficiência empresarial, tanto no campo operacional quanto financeiro. Se os estudos de mercado indicarem que a empresa pode aumentar a participação do capital de terceiros no financiamento de seus investimentos e que isso conduzirá ao aumento de resultados futuros, deve ser utilizada a relação arbitrada entre capital de terceiros e capital próprios em vez de se utilizar os dados reais. Ainda que no momento da revisão a receita requerida não seja suficiente para contrabalançar a receita verificada, há prazo suficiente para que o empresário aproveite as oportunidades de financiamento disponíveis e reverta a situação, passando a se apropriar sozinho dos ganhos de eficiência financeira até a próxima revisão (quando então compartilhará parte dos ganhos de eficiência financeira com os consumidores).

Caso contrário, se ficar evidenciado que a estrutura de capital real da empresa é a mais adequada às suas necessidades de investimento ou que as opções de financiamento existentes

no mercado não implicarão aumento de resultados ou simplesmente são inacessíveis àquela empresa no período considerado, não há que se impor a estrutura de capital alvo (*benchmarking*), sob pena de se infringir o princípio do equilíbrio econômico-financeiro. Não é lícito¹⁶¹ que os consumidores arquem com a ineficiência empresarial quando o empresário dispõe de oportunidades financeiras que otimizem seus resultados e não as aproveita, mas também não é justo diminuir a remuneração do empresário mediante o arbitramento de dados não compatíveis com a situação específica da empresa.

6.1.4.2.2 *Custo de capital próprio*

O custo do capital próprio que entra na composição da taxa de retorno, calculada pelo método do Custo Médio Ponderado de Capital (*Weighted Average Cost of Capital – WACC*), tem sido determinado pela ANEEL com base no Modelo de Precificação de Ativos de Capital (*CAPM*)¹⁶² que estima a taxa de retorno do capital acionário com base na correlação entre o desempenho das ações da concessionária e o desempenho do mercado. O CAPM, por natureza, é um modelo dinâmico, que mede o custo de oportunidade de o concessionário investir o capital em um empreendimento determinado. É inerente ao modelo a noção de risco. O prêmio de risco esperado da concessionária varia em proporção direta com a volatilidade do preço das ações da concessionária. Quanto maior o grau de risco da ação da concessionária em relação ao risco do mercado, maior o retorno exigido pelo concessionário para investir naquele empreendimento.

O custo de capital próprio é função das ações de empresas representativas do segmento a ser comparado. Se na correlação entre a taxa de retorno dos ativos do setor de distribuição de energia elétrica e a taxa de retorno do mercado acionário são escolhidas empresas sem expressividade no mercado de capitais ou empresas cujo perfil não é comparável, o CAPM

¹⁶¹ A ilicitude está configurada na infringência ao princípio da modicidade tarifária, constante do art. 6º, caput e art. 1º da Lei nº 8.987/95; e ao direito do usuário de receber o serviço adequado, conforme art. 7º da mesma lei. A obrigação do concessionário quanto à prestação do serviço adequado está prevista no art. 31 da Lei nº 8.987/95.

conduz a um custo de capital próprio inconsistente, pois o risco medido não terá aderência à realidade. Daí que o consumidor poderá vir a ser onerado injustamente, se as tarifas embutirem na remuneração do concessionário um risco inexistente. Ou, contrariamente, a remuneração do concessionário poderá vir a ser inadequada se os riscos não forem calculados corretamente, o que acabaria por desestimular investimentos no setor e acarretaria elevação das tarifas no longo prazo.

A questão crucial a ser discutida em relação ao CAPM é a rentabilidade do negócio. É inerente ao modelo que o custo de capital próprio varie segundo a percepção dos agentes de mercado em relação ao risco. Como o custo de capital próprio representa o retorno, a taxa de remuneração do capital próprio significa a rentabilidade do negócio. Tal rentabilidade varia ao longo do tempo.

Se avaliarmos a questão sob a ótica da doutrina tradicional, a variação na rentabilidade do negócio implicaria o rompimento com o princípio do equilíbrio econômico-financeiro. Entendemos, contudo, que não há infringência a esse princípio. Considerando que o órgão regulador adote os procedimentos técnicos corretos na utilização do CAPM, a taxa de remuneração do capital próprio, ou seja, a rentabilidade, será mais ou menos elevada, conforme o risco assumido. Logo, o modelo permite o balanceamento correto entre os encargos e as vantagens do concessionário e assim está de acordo com o princípio do equilíbrio econômico-financeiro.

Em resumo, o cálculo da taxa de retorno pelo método do custo ponderado de capitais implica romper com a ótica tradicional do equilíbrio econômico-financeiro, em que a rentabilidade inicial da concessão deve ser mantida ao longo da vigência do contrato. A taxa de retorno no modelo utilizado pela ANEEL será sempre função das características das empresas distribuidoras, do setor elétrico e da conjuntura econômica, de modo que a cada revisão será definida uma taxa de retorno correspondente às condições do negócio naquele momento. O

¹⁶² *Capital Asset Pricing Model.*

equilíbrio econômico-financeiro no novo modelo regulatório para o setor elétrico é um conceito dinâmico e que varia segundo as especificidades de cada empresa.

Aspecto importante a ser ressaltado sobre a rentabilidade do negócio diz respeito ao fato de não ter havido licitações para novas concessões de distribuição de energia elétrica, o que traz implicações sobre o princípio do equilíbrio econômico-financeiro. Isso porque os contratos de concessão firmados entre o poder concedente e os concessionários estabeleceram a mudança de regime tarifário, em que as tarifas são fixadas pelo preço máximo. Todavia, no momento inicial, as tarifas foram definidas em função dos custos das concessionárias e de uma remuneração considerada justa, sem que houvesse, por parte do poder concedente, vinculação a um percentual determinado de rentabilidade do concessionário.

No regime do serviço pelo custo, o poder concedente era obrigado a garantir ao concessionário, pelo mecanismo de reajustes anuais e revisão extraordinária, uma rentabilidade predeterminada. Contudo, quando da prorrogação de contratos atualmente em vigor, não houve essa definição de rentabilidade. Logo, em termos de equilíbrio econômico-financeiro, não há que se falar em direito do concessionário à rentabilidade inicial do contrato.

6.1.4.3 Receitas de atividades paralelas

Ainda em relação à recomposição tarifária, cabe discutir a questão das receitas paralelas, referentes às atividades extraconcessão que deverão contribuir para a modicidade das tarifas. Como afirmamos, havendo tais receitas, estas deverão ser subtraídas da receita verificada por ocasião do reposicionamento, cabendo ao regulador estipular o percentual de redução. Quanto à obrigação de o concessionário compartilhar seus ganhos extraordinários com os consumidores, não há controvérsias, não somente porque a lei assim determina, mas também por uma questão de justiça. As oportunidades econômicas surgidas para o empresário são propiciadas pela exploração do serviço público concedido, logo, o Estado permite que o concessionário aproveite essas oportunidades sob a condição de que os resultados obtidos também beneficiem o consumidor sob a forma de tarifas menores.

Os pontos controversos são: o que e quanto deve ser compartilhado com o consumidor? Receita ou lucro? Em que percentual? Obviamente, não é viável a previsão do repasse integral das receitas obtidas com atividades paralelas, pois não haveria incentivo ao empresário para continuar explorando tais atividades. Nada impede, contudo, que o órgão regulador fixe um percentual do lucro em correspondência com a receita auferida em atividades paralelas para fins de subtração da receita verificada. O percentual a ser repassado às tarifas deve levar em conta o fator estímulo à exploração relativamente ao benefício aos consumidores.

A Lei nº 8.987/95, no art. 11, refere-se a fontes de receita alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados que deverão favorecer a modicidade das tarifas. Não dispõe, porém, sobre como isso ocorrerá, cabendo ao órgão regulador decidir a questão. O parágrafo único do mesmo artigo determina que as fontes de receita previstas serão consideradas para aferição do equilíbrio econômico-financeiro inicial.

Pode-se entender, portanto, que, se houve licitação e o proponente previu as fontes adicionais de receita, estas foram computadas na determinação do equilíbrio econômico-financeiro inicial. Logo, nas revisões periódicas, o percentual de contribuição será o mesmo que o fixado no contrato inicial.

Essa não é, porém, a situação observada no Brasil, pois não houve nenhuma licitação para novas concessões de distribuição de energia elétrica, de modo que a questão das fontes de receita paralelas ficou para ser definida nas revisões periódicas.

Como vimos, no capítulo anterior, referente aos procedimentos adotados pela ANEEL nas revisões tarifárias periódicas das concessões de serviços de distribuição de energia elétrica, a agência reguladora faz constar, em anexo às notas técnicas relativas às revisões, metodologia para consideração das receitas extraconcessão nas tarifas. Trata-se, entretanto, de descrição de procedimentos que a ANEEL pretende utilizar com vistas a incentivar a gestão eficiente do negócio complementar. Não há quaisquer referências aos critérios que serão utilizados para determinar a contribuição das receitas extraconcessão para a modicidade das tarifas.

Até o momento, a ANEEL vem se limitando a arbitrar um percentual de receita extraconcessão para fins de modicidade tarifária. Faz-se, necessário, no entanto, que o órgão regulador estabeleça critérios transparentes e justificados para a consideração das fontes de receitas paralelas nas revisões periódicas.

6.1.4.4 O Fator X

O segundo momento do processo de revisão tarifária periódica consiste na determinação do Fator X que, como explicamos anteriormente, representa um estímulo à eficiência e à modicidade das tarifas. A metodologia atualmente aplicada para o cálculo do Fator X considera os ganhos de produtividade da concessionária, previstos para o período tarifário seguinte, relativos ao crescimento do mercado atendido; o grau de satisfação do consumidor com o desempenho da concessionária; e a manutenção da condição de equilíbrio econômico-financeiro definida na revisão tarifária periódica, conforme determinação do CNPE.

Quanto ao componente de produtividade (X_e), a cada revisão periódica, é fixado o percentual de ganhos de produtividade a ser repassado aos consumidores quando dos reajustes tarifários anuais previstos no contrato. Tal percentual (ou percentuais diferenciados) deverá (ão) vigorar até a revisão posterior (até o último reajuste que antecede a revisão). O órgão regulador, ao calcular o X_e , tem em vista repassar aos consumidores os excedentes de fluxos de caixa obtidos com o crescimento da demanda, mediante redução de tarifas.

Ainda que não haja um método tecnicamente mais indicado de estimativa do Fator X, pode-se afirmar que se trata de uma projeção baseada na ocorrência de eventos futuros, dependente de uma série de variáveis micro e macroeconômicas, de modo que o seu cálculo está sujeito a um elevado grau de incerteza.

Quando da estimativa do Fator X, a concessionária deve estar em equilíbrio econômico-financeiro, já que a estrutura econômica observada nesse momento será tomada como referencial para o cálculo. Além do mais, apenas as parcelas que compõem os custos operacionais

gerenciáveis são consideradas para efeito de estimativa do Fator Xe, pois os ganhos de produtividade pretendidos são gerados por essas parcelas.

Visando a estimular a entrada de novos investidores no setor elétrico, o fator de compartilhamento de produtividade a ser repassado aos consumidores foi fixado como zero no início da assinatura dos contratos até a primeira revisão periódica. Isto significa que os ganhos de produtividade havidos nesse período inicial são retidos somente pelos concessionários. Uma vez estimado o Fator Xe na primeira revisão periódica, este será aplicado a cada ano quando do reajuste tarifário, sendo subtraído¹⁶³ do índice de reajustes de preços adotado (em geral, o IGP-M da FGV).

Em princípio, a aplicação de um redutor tarifário implica para o concessionário a necessidade de elevar a eficiência e a produtividade da empresa. Mantida a eficiência anterior, o concessionário poderá sujeitar-se a redução na rentabilidade do negócio. O aumento da eficiência e da produtividade deve superar o Fator X para que o concessionário mantenha suas expectativas de ganhos.

Em compensação, o diferencial de eficiência e produtividade que ultrapasse o Fator X será integralmente apropriado pelo concessionário até a próxima revisão. O Fator X funciona como meta de produtividade a ser atingida pela concessionária. De um lado, o consumidor é beneficiado com tarifas reduzidas, de outro o concessionário é autorizado a se apropriar de ganhos excedentes, caso atinja um nível de eficiência e produtividade maior que o fixado pelo órgão regulador.

Sob o aspecto jurídico, consideramos que a incidência do Fator Xe sobre a fórmula de reajuste contratual é válida dentro do modelo regulatório estabelecido. O concessionário tem como encargo superar as metas de produtividade que lhe são impostas via Fator X, para que

¹⁶³ Teoricamente, o Fator “X” também poderá ser negativo, de modo a ser adicionado ao índice de preços por ocasião dos reajustes tarifários.

não incorra em prejuízos; entretanto, tem como vantagem a possibilidade de se apropriar, entre os períodos revisionais, de lucros excedentes auferidos. Ou seja, os encargos e as vantagens estarão balanceados.

O problema da utilização de fator de produtividade não é o de oneração do concessionário, mas sim do consumidor, de forma indireta. O concessionário tem autonomia para gerir seus recursos produtivos e sujeita-se ao risco de lucros e prejuízos, conforme atinja ou não os índices de produtividade fixados (se considerarmos apenas os custos gerenciáveis). O modo mais simples de o concessionário minimizar o risco de prejuízo é reduzir seus custos gerenciáveis, por meio da redução da qualidade do serviço. Em vez de aprimorar a eficiência técnica, o concessionário pode superar os padrões fixados pela redução de custos administrativos (dispensa de pessoal, terceirização de serviços etc). Nesse caso, o consumidor arcaria com o ônus de pagar por um serviço de má qualidade.

Considerando essa possibilidade, a ANEEL introduziu o componente de qualidade X_c no cálculo do Fator X. Conforme vimos no Capítulo 5, o componente X_c é estimado mediante a utilização de um modelo *benchmark*, em que se determina um *benchmarking* a ser superado pela concessionária. Se a meta for atingida, a concessionária será premiada; ao contrário, será punida.

Atualmente, a ANEEL aplica como *benchmarking* para o cálculo do componente de qualidade, o Índice ANEEL de Satisfação do Consumidor - IASC igual a 7, que significa a avaliação “perto do ideal” para a empresa.

Entendemos que o componente X_c fere o princípio do equilíbrio econômico-financeiro porque embute um elevado componente de subjetividade em seu cálculo. O não atingimento do *benchmarking* fixado para as concessionárias tem efeito punitivo para a empresa, o que não é inerente à regulação econômica.

Interessa destacar o seguinte trecho constante da Resolução Normativa nº 55/2004, da ANEEL:

“Nos termos apresentados, demonstra-se que o componente Xc pode resultar em punição ou prêmio à concessionária de forma simétrica, dependendo exclusivamente da avaliação do consumidor em relação ao serviço prestado por sua concessionária.

Do ponto de vista conceitual, a aplicação regulatória do componente Xc é extremamente importante quando se considera a condição de cliente cativo do serviço monopólico de distribuição de energia elétrica. **É evidente que o ponto de vista desse usuário é, por definição, subjetivo.** Porém, é igualmente evidente o impacto econômico e institucional que exerce a opinião do usuário de um serviço sobre o prestador desse serviço, quando essa prestação está sujeita às regras de concorrência – ainda que essa opinião seja subjetiva.”

A aplicação do Fator Xc, considerando os termos da Resolução Normativa nº 55/2004, da ANEEL, não encontra sustentabilidade jurídica, dado seu caráter subjetivo. O cálculo do IASC depende preponderantemente da percepção do usuário acerca da imagem da concessionária. Inúmeros fatores podem interferir na satisfação do usuário, independentemente de a empresa apresentar desempenho operacional eficiente ou de estar realizando os investimentos e melhorias necessários à prestação do serviço adequado.

Assim, o IASC é influenciado por questões relacionadas à renda do consumidor, ao custo do serviço prestado, aos diferentes graus de exigência de qualidade conforme a região em que a concessionária atua, ao desconhecimento das obrigações e responsabilidades contratuais da concessionária e até mesmo à época de realização da pesquisa. Todos esses fatores introduzem viés na pesquisa, tornando o componente Xc inapropriado à finalidade do Fator X.

Cabe ressaltar ainda que tanto os usuários quanto as empresas são induzidos a adotar comportamento oportunista. Na medida em que os usuários estão conscientes de que a nota conferida à concessionária pode acarretar redução da tarifa de energia elétrica, não se pode esperar que façam uma avaliação isenta. A concessionária, por sua vez, tenderá a projetar nos usuários, por meio de campanhas publicitárias, a imagem de que presta serviço adequado, de forma a induzi-lo a avaliar positivamente a empresa .

O IASC, nessas circunstâncias, deixa de ser um índice representativo da satisfação do consumidor, desviando-se de sua finalidade. Conseqüentemente, o componente Xc passa a ser influenciado por um índice não consentâneo com a realidade.

Dessa forma, devido aos fatores mencionados, entendemos que o componente Xc, além de não ter respaldo jurídico, não atende aos objetivos da regulação por incentivos. O controle sobre a qualidade do serviço prestado deve ser feito por meio da regulação técnica, cabendo a aplicação das sanções previstas no contrato para os casos de descumprimento das obrigações da concessionária.

Quanto ao componente Xa, decorrente de determinação do Conselho Nacional de Política Energética - CNPE à ANEEL, está vinculado à manutenção da condição de equilíbrio econômico-financeiro do contrato. O objetivo de se introduzir esse componente no cálculo do Fator X foi tão-somente aplicar ao fator mão-de-obra da Parcela B um índice inflacionário que refletisse mais adequadamente as variações de custo desse insumo. Nesse caso, foi escolhido o IPCA, um indexador mais condizente com a realidade brasileira, não influenciado tão fortemente pelas variações no dólar, como o IGP-M.

Um dos problemas relacionados ao componente Xa é que está desvinculado do objetivo do Fator X de ser instrumento de estímulo à eficiência, nos termos originalmente propostos pela ANEEL. O outro problema, de ordem formal, diz respeito à competência do CNPE para interferir nos procedimentos de revisão tarifária periódica, uma vez que a fixação desses procedimentos é de competência da ANEEL, tal como previsto no art. 3º da Lei nº 9.427/1996 conjugado com o art. 29, V, da Lei nº 8.987/1995.

O CNPE, criado pela Lei nº 9.478, art. 2º, de 06/8/1997, é um órgão colegiado de assessoramento do Presidente da República, cujas atribuições estão ligadas à definição e à implementação de política energética do país e não à política tarifária.¹⁶⁴ Portanto, pode-se afirmar

¹⁶⁴ O art. 2º da Lei nº 9.478/1997, dispõe o seguinte:

“Art. 2º Fica criado o Conselho Nacional de Política Energética - CNPE, vinculado à Presidência da República e presidido pelo Ministro de Estado de Minas e Energia, com a atribuição de propor ao Presidente da República políticas nacionais e medidas específicas destinadas a:

que o CNPE exorbitou de sua competência ao editar a Resolução nº 1, de 04/4/2003, que obrigou a ANEEL a inserir na metodologia de cálculo do Fator X “(...) índice que refletisse o valor da remuneração da mão-de-obra do setor formal da economia brasileira”. Dessa forma, tal resolução é ilegal, pois infringe o art. 29 da Lei nº 8.987/1995, invadindo a esfera de competências da ANEEL para proceder às revisões tarifárias.

Em face do exposto neste capítulo, podemos concluir que o princípio do equilíbrio econômico-financeiro, quando analisado sob o prisma do regime tarifário de preços máximos, vigente nos termos da Lei nº 8.987/95, possui significado diverso do considerado pela nossa doutrina.

A ótica tradicional do princípio do equilíbrio econômico-financeiro não considera a questão da eficiência e da modicidade tarifária. A questão premente do órgão regulador nesse contexto é recompor o equilíbrio econômico-financeiro quando ocorrerem perdas para o concessionário decorrentes de alteração unilateral do contrato, fato do príncipe, fato da

I - promover o aproveitamento racional dos recursos energéticos do País, em conformidade com os princípios enumerados no capítulo anterior e com o disposto na legislação aplicável;

II - assegurar, em função das características regionais, o suprimento de insumos energéticos às áreas mais remotas ou de difícil acesso do País, submetendo as medidas específicas ao Congresso Nacional, quando implicarem criação de subsídios;

III - rever periodicamente as matrizes energéticas aplicadas às diversas regiões do País, considerando as fontes convencionais e alternativas e as tecnologias disponíveis;

IV - estabelecer diretrizes para programas específicos, como os de uso do gás natural, do álcool, do carvão e da energia termonuclear;

V - estabelecer diretrizes para a importação e exportação, de maneira a atender às necessidades de consumo interno de petróleo e seus derivados, gás natural e condensado, e assegurar o adequado funcionamento do Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis e o cumprimento do Plano Anual de Estoques Estratégicos de Combustíveis, de que trata o art. 4º da Lei nº 8.176, de 8 de fevereiro de 1991.

VI - sugerir a adoção de medidas necessárias para garantir o atendimento à demanda nacional de energia elétrica, considerando o planejamento de longo, médio e curto prazos, podendo indicar empreendimentos que devam ter prioridade de licitação e implantação, tendo em vista seu caráter estratégico e de interesse público, de forma que tais projetos venham assegurar a otimização do binômio modicidade tarifária e confiabilidade do Sistema Elétrico (Incluído pela Lei nº 10.848, de 2004)”.

administração (áreas administrativas) ou que se enquadrem na teoria da imprevisão (área econômica).

Já no contexto da nova legislação sobre concessões, deve ser observada a questão da eficiência e da modicidade tarifária, pois o usuário do serviço público, alçado à condição do consumidor, recebeu tratamento especial, devendo ser protegido contra abusos de preços e arbitrariedades do poder concedente ou da concessionária. O órgão regulador adquire nessas condições legitimidade quando atua com vistas a proteger os usuários-consumidores, o que é o caso da revisão tarifária periódica.

O princípio do equilíbrio econômico-financeiro continua sendo observado no novo regime, mas não se fala mais em intangibilidade da equação, pois o órgão regulador deverá primordialmente se utilizar de sua competência visando à busca do serviço adequado, o que implica modicidade tarifária e proteção dos consumidores.

Dadas as características peculiares da concessão, principalmente a de ser um contrato de longo prazo, de modo que a concessionária está sujeita às variações na economia e às exigências de manter a qualidade do serviço, o equilíbrio econômico-financeiro deve ser avaliado sob um prisma dinâmico, associado à realidade e à perspectiva econômica do momento de cada revisão.

Com exceção do cálculo do Fator X, em que se introduziu o componente X_c , cujo cálculo embute alto grau de subjetividade, e o componente X_a , que padece de vício de ilegalidade, entendemos que os instrumentos regulatórios concernentes ao regime de preços máximos, tal como proposto pela ANEEL estão aptos, se aplicados com correção técnica, a cumprir o seu papel de harmonizar os interesses de concessionários e consumidores, garantindo as condições para os investimentos necessários, para a busca da eficiência e, sobretudo, para a modicidade de tarifas. Ressalte-se, ainda, que a utilização de métodos e critérios técnicos, aplicados igualmente a todos os contratos de concessão, reduz o risco de captura do regulador pelas concessionárias.

Em uma interpretação sistemática, entendemos que a revisão tarifária periódica, a despeito de não estar expressa na legislação sobre concessões, encontra respaldo constitucional e legal. O modelo regulatório em questão está de acordo com o princípio da eficiência, referido no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, e com os princípios de defesa do consumidor insertos na mencionada Carta Magna., especialmente no art. 5º, XXXII, e no art. 175, IV. Também encontra fundamento na Lei nº 8.987/95, arts. 6º, 7º, 9º, 11 e 29; na Lei nº 9.427/96, arts. 3º, 14 e 15; na Lei nº 8.078/90, arts. 4º, *caput* e VII, 6º, X e 22; no Decreto nº 2.335, Anexo I, arts. 4º, 12 e 14; todos transcritos no Capítulo 3.

O processo de revisão tarifária periódica não fere o princípio do equilíbrio econômico-financeiro nem significa atuação irregular do órgão regulador, pois o direito do concessionário à remuneração justa continua respeitado. Ao contrário, referido processo permite o atendimento precípua do interesse público, induzindo ao compartilhamento com a sociedade de parte dos benefícios auferidos pelas concessionárias na prestação de serviços públicos.

7 CONCLUSÃO

A concessão de serviços públicos é um instituto peculiar no Direito Administrativo, em que podemos destacar como características: a complexidade do ato; a preponderância do interesse público; a essencialidade do serviço prestado; a mutabilidade das condições de prestação do serviço; o longo prazo de duração (com vistas a propiciar a amortização de investimentos e o atendimento do princípio da modicidade tarifária); a remuneração do concessionário, mediante tarifas pagas pelos usuários; e, enfim, o caráter empresarial da execução dos serviços concedidos, em que o empresário assume os riscos do negócio com o fim de auferir lucros.

Essas características revelam o duplo aspecto da concessão: a de estar em execução um serviço público e de ser o concessionário uma empresa capitalista que tem por objetivo o lucro. Em consequência, na concessão, coexistem cláusulas regulamentares, cuja finalidade é a garantia da prestação de serviço de forma mais adequada ao interesse público e cláusulas contratuais, que têm por finalidade garantir o direito do concessionário ao equilíbrio econômico-financeiro.

Os diplomas legais surgidos com base no art. 175 da Constituição Federal de 1988 objetivaram conferir à delegação de serviços públicos um tratamento legislativo sistematizado, pois, até o surgimento da Lei nº 8.987/95 (Lei de Concessões), a matéria era tratada por meio de dispositivos insertos em leis esparsas.

Além de fundamentarem os principais instrumentos de delegação de serviço público, as Leis nºs 8.987/95 e 9.074/95 possuem o mérito de fixar conceitos, cujo tratamento até então era meramente doutrinário e jurisprudencial, embora alguns conceitos permaneçam indeterminados (como o de modicidade tarifária, por exemplo).

Destaca-se como finalidade básica da Lei nº 8.987/95 a criação de condições para o pleno atendimento aos usuários de serviços públicos, por meio do recebimento de serviço adequado, nos termos definidos no art. 6º, § 1º, da mencionada lei. A efetivação desse objetivo tem como pressuposto a perfeita observância aos direitos dos usuários, o que inclui o cumprimento do disposto no Código de Defesa do Consumidor, bem como a formulação de política tarifária, cuja finalidade é garantir o equilíbrio econômico-financeiro das concessões, atendido o princípio da modicidade tarifária.

No mesmo sentido, conforme podemos verificar da leitura dos dispositivos transcritos no Capítulo 3, a legislação que regulamenta especificamente o instituto da concessão de serviços de energia elétrica, em consonância com as normas gerais, revela como finalidade precípua do legislador a harmonização dos interesses dos concessionários com os dos consumidores, sempre tendo em vista a prestação do serviço adequado, o que implica acesso a serviços eficientes, ao menor custo possível (modicidade tarifária).

A evolução verificada no disciplinamento das delegações e que implica a reestruturação dos serviços públicos representa um novo Direito Administrativo brasileiro, principalmente no que se refere à regulação dos serviços públicos concedidos.

O Direito brasileiro acolheu a Teoria das Áleas oriunda do Direito francês, adaptando-a à nossa realidade. Desse modo, a doutrina reconhece o direito à revisão tarifária quando ocorrerem fatos relacionados a áleas administrativas (alteração unilateral do contrato, fato da administração ou fato do príncipe) e econômica (teoria da imprevisão), que provoquem a ruptura no equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

No que se refere à álea econômica, o desequilíbrio deve ser resultante de fatores imprevisíveis ou de difícil previsão, que causem excessiva onerosidade na prestação dos serviços e aos quais o concessionário não tenha dado causa. Se o concessionário comprova, entretanto, que houve rompimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o poder concedente não pode se abster de recompor a tarifa do concessionário ou de lhe compensar as perdas por outros meios.

Como não poderia deixar de ser, os contratos de concessão de distribuição de energia elétrica contêm cláusula de revisão extraordinária, desencadeada a pedido do concessionário, caso se verifiquem os fatores acima referidos, além de conterem cláusula de reajuste tarifário anual, com vistas a anular os efeitos da inflação sobre o poder de compra das concessionárias.

Sob o fundamento das Leis nºs 8.987/95, 9.074/95 e 9.427/96, um dos maiores desafios da atividade regulatória é assegurar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão simultaneamente à garantia da modicidade tarifária para os usuários de serviços públicos, tendo para isso que observar as normas sobre política tarifária ajustando-as à realidade econômica do país.

Nesse contexto, a revisão e o reajuste de tarifas são instrumentos de que se vale o ente regulador para atingir sua missão institucional. A revisão tarifária periódica constitui-se em principal instrumento do novo regime tarifário – regime de preços máximos (*price cap*), mediante o qual se pretende assegurar que parte dos ganhos de eficiência empresarial se convertam em modicidade de tarifa.

Nos termos definidos pela ANEEL, a principal finalidade do processo de revisão tarifária periódica consiste em: redefinir os níveis das tarifas da concessionária, de modo a atender, simultaneamente, os seguintes objetivos: i) manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, criando as condições para a concessionária auferir receita capaz de cobrir os custos operacionais eficientes e obter retorno adequado sobre os investimentos prudentes; ii) proteger os consumidores cativos contra a prática de preços abusivos; iii) compartilhar com os consumidores os ganhos de produtividade da concessionária; e iv) proporcionar receita suficiente para a prestação de serviços adequados de fornecimento de energia elétrica.

O reflexo da revisão periódica sobre as tarifas é observado em dois momentos: o primeiro, no reposicionamento tarifário, que transfere aos consumidores parte dos ganhos passados; o segundo, na determinação do Fator X, que visa a transferir aos consumidores parte dos ganhos futuros.

O modelo de revisão periódica adotado pela ANEEL desvincula-se das concepções do Direito francês, incorporadas pela doutrina nacional, e traz como inovação exatamente a ruptura com a idéia de intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro, em razão da possibilidade de o poder concedente mexer na composição da tarifa. Embora o reposicionamento tarifário, com vistas ao restabelecimento desse equilíbrio, seja um dos objetivos da revisão periódica, não se trata de manter o equilíbrio inicial, mas sim de estabelecer um novo, ajustado às condições da concessionária, do setor elétrico e da economia em geral, vigentes no momento da revisão.

Os procedimentos de revisão tarifária periódica adotados pela ANEEL, apresentados no capítulo 5, são bastante complexos e exigem profundo conhecimento das técnicas de regulação econômica para que sejam aplicados adequadamente, de forma a cumprir com o objetivo de recompor o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. Ressaltamos, entretanto, que não avaliamos a aplicação concreta das técnicas e instrumentos regulatórios pela ANEEL, o que envolveria análise econômico-financeira, distanciando-nos do escopo deste trabalho.

Do ponto de vista jurídico, os pontos controversos relativos ao processo de revisão periódica e que provocam alteração do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato são: eficiência empresarial e rentabilidade do negócio, o que inclui questões como: definição de custos eficientes (mediante a metodologia da empresa de referência), cálculo de taxa de retorno dos investimentos e, destacadamente, compartilhamento dos ganhos de produtividade com os consumidores (Fator X). Também é relevante a definição do percentual de receitas extraconcessão para fins de modicidade tarifária.

Segundo podemos verificar da comparação da doutrina com a prática da ANEEL, o equilíbrio econômico-financeiro pode ser definido sob duas óticas diferentes. A primeira é a visão da doutrina tradicional que entende por princípio do equilíbrio econômico-financeiro a vinculação do contrato às condições econômicas e financeiras estabelecidas no momento da contratação. Assim, é garantido ao concessionário a manutenção, durante a execução contratual, da relação inicial entre encargos e retribuições. A rentabilidade do contrato, definida no momento da assinatura, fica mantida durante toda a vigência do concessão.

O outro conceito, decorrente da revisão tarifária praticada pela ANEEL sob o modelo de regulação por incentivos (RPI-X *price cap*), reequilibra os encargos e as retribuições do concessionário em face das condições conjunturais da empresa e do mercado de atuação. Não há vinculação à rentabilidade da concessão no momento da assinatura do contrato, mas sim definição de uma nova rentabilidade, resultante da recomposição tarifária, não associada a parâmetros estabelecidos no momento da concessão.

Entendemos que não há fundamento para se alegar o desrespeito ao princípio do equilíbrio econômico-financeiro porque, primeiro, há previsão legal e contratual para a revisão periódica. Segundo, a concessionária tem o poder de participar ativamente da revisão e de discutir todos os procedimentos com o agente regulador. Terceiro, se o concessionário conseguiu no período anterior reduzir os custos de modo a obter lucro maior que o previsto originalmente, significa que ele embolsou sozinho esses ganhos excedentes no período anterior à revisão. Registre-se, aliás, que no período entre a contratação e a primeira revisão periódica não há metas de eficiência nem previsão de compartilhamento de ganhos, de modo que, nesse ínterim, a concessionária se apropria sozinha dos ganhos excedentes.

Mais importante sobretudo é ter em mente que estamos tratando de serviços públicos e que a proteção do consumidor é matéria de ordem pública. É certo que o caráter de prestação de serviços é empresarial e que, pelos riscos assumidos, os concessionários têm direito à remuneração justa (compatível com os investimentos, no sentido de se manter a sustentabilidade econômica do negócio), mas não decorre desse fato que o Estado pode permitir ao particular prestar serviço essencial à coletividade e obter lucros excedentes à custa dos consumidores que pagam as tarifas e que não podem escolher o fornecedor do serviço.

Não se pode assim avaliar a questão da juridicidade da revisão periódica simplesmente sob o aspecto da intangibilidade do princípio do equilíbrio econômico-financeiro, mesmo porque ficou demonstrado que os fatores que interferem nos elementos componentes das tarifas sofrem variações contínuas ao longo do prazo de concessão, de modo que a relação entre encargos e contribuições do concessionário também varia continuamente. O equilíbrio econômico-financeiro, portanto, tem natureza dinâmica.

Assim, há de se analisar a questão da validade jurídica do modelo de regulação por incentivos, inerente às revisões periódicas, de forma sistemática. Tal afirmação implica conjugar o princípio do equilíbrio econômico-financeiro com outros princípios, em especial, o da equidade, que respalda o princípio da modicidade tarifária e garante ao consumidor manter a equivalência entre direitos e obrigações relativamente ao concessionário.

O equilíbrio econômico-financeiro não é apenas um conceito abstrato e estático, mas sim uma relação concreta e mutante, em que os encargos e vantagens oscilam ao longo do prazo de vigência contratual.

Podemos concluir que o princípio do equilíbrio econômico-financeiro, quando analisado sob o prisma do regime tarifário de preços máximos, vigente nos termos da Lei nº 8.987/95, possui significado diverso do considerado pela nossa doutrina.

A ótica tradicional do princípio do equilíbrio econômico-financeiro não considera a questão da eficiência e da modicidade tarifária. A questão premente do órgão regulador nesse contexto é recompor o equilíbrio econômico-financeiro quando ocorrerem perdas extraordinárias para o concessionário decorrentes de alteração unilateral do contrato, fato do príncipe, fato da administração (áreas administrativas) ou que se enquadrem na teoria da imprevisão (área econômica).

Já no contexto da nova legislação sobre concessões, deve ser observada a questão da eficiência e da modicidade tarifária, pois o usuário do serviço público, alçado à condição do consumidor, recebeu tratamento especial, devendo ser protegido contra abusos de preços e arbitrariedades do poder concedente ou da concessionária. O órgão regulador adquire nessas condições legitimidade quando atua com vistas a proteger os usuários-consumidores, o que é o caso da revisão tarifária periódica.

Dadas as peculiaridades da concessão, principalmente a de ser um contrato de longo prazo, o equilíbrio econômico-financeiro deve ser avaliado de acordo com a realidade e a perspectiva econômica do momento de cada revisão.

Os instrumentos regulatórios concernentes ao regime de preços máximos, tais como propostos pela ANEEL, estão aptos, se aplicados com correção técnica, a cumprir o seu papel de harmonizar os interesses de concessionários e consumidores, garantindo as condições para os investimentos necessários, para a busca da eficiência e, sobretudo, para a modicidade de tarifas.

Fazemos apenas a ressalva referente à introdução do componente de qualidade (Xc) e do componente oriundo da Resolução-CNPE nº 1/2003 (Xa), no cálculo do Fator X. Quanto ao componente Xc, ressaltamos o fato de estar embutido em seu cálculo alto grau de subjetividade e de ter caráter punitivo, que foge aos objetivos da revisão tarifária periódica. A obrigação de manter serviço de qualidade deve ser garantida por meio de regulação técnica, sujeitando-se as concessionárias descumpridoras de suas obrigações às penalidades contratuais cabíveis.

Quanto ao componente Xa, entendemos estar destituído de fundamentação legal, uma vez que decorreu de ato do CNPE, cuja esfera de competências não diz respeito à fixação de política tarifária. A competência para o estabelecimento de procedimentos de revisão tarifária é da ANEEL, em conformidade com o art. 3º da Lei nº 9.427/1996 conjugado com o art. 29 da Lei nº 8.987/1995.

Em uma interpretação sistemática, entendemos que a revisão tarifária periódica, a despeito de não estar expressa na legislação sobre concessões, encontra respaldo constitucional e legal. O modelo regulatório em questão está de acordo com os princípios de defesa do consumidor insertos na Constituição Federal, especialmente no art. 175, parágrafo único, IV, além do princípio da eficiência, citado no art. 37, *caput*. Também encontra fundamento na Lei nº 8.987/95, arts. 6º, 7º, 9º, 11 e 29; na Lei nº 9.427/96, arts. 3º, 14 e 15; na Lei nº 8.078/90, art. 4º, *caput* e VII, art. 6º, X; e art. 22; no Decreto nº 2.335/97, Anexo I, arts. 4º, 12 e 14; todos transcritos no Capítulo 3.

O processo de revisão tarifária periódica não fere o princípio do equilíbrio econômico-financeiro nem significa atuação irregular do órgão regulador, pois o direito do concessionário à remuneração justa continua respeitado. Ao contrário, referido processo é legítimo, pois permite o atendimento precípua do interesse público, induzindo ao compartilhamento com a

sociedade de parte dos benefícios auferidos pelas concessionárias na prestação de serviços públicos.



8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Superintendência de Regulação Econômica. **Nota Técnica nº 025/2000-SRE/ANEEL**. Brasília, 2000.

_____. **Nota Técnica nº 073/2001-SRE/ANEEL**. Brasília, 2001..

_____. **Nota Técnica nº 097/2001-SRE/ANEEL**. Brasília, 2001.

_____. **Nota Técnica nº 148/2002-SRE-SFF/ANEEL**. Brasília, 2002.

_____. **Nota Técnica nº 095/2004 – SRE/ANEEL**. Brasília, 2004.

_____. **Nota Técnica nº 155/2004-SRE/ANEEL**. Brasília, 2004.

AZEVEDO, Eurico de A. E ALENCAR, Maria Lúcia de A. **Concessão de serviços públicos**, São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 10ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

BENJÓ, Isaac. **Fundamentos da Economia da Regulação**. Rio de Janeiro: Thex Editora, 1999.

BLANCHET, Luiz Alberto. **Concessão de serviços públicos**. 2ªed., Curitiba: Juruá Editora, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 1999.

_____. **O equilíbrio econômico-financeiro e o controle das agências reguladoras**. Brasília: TCU, 2002.

FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli. **A regulação de serviço público concedido**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.) **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessão de serviços públicos**. São Paulo: Dialética, 1993.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Regime jurídico dos contratos para fornecimento de energia elétrica com agência reguladora do setor – interpretação de disposições legais e contratuais –

repasses automáticos de aumentos de tributos e encargos legais. **Boletim de Direito Administrativo**. São Paulo: NDJ, nº 5, 2001.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 20ª ed. rev. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

MUKAI, Toshio. **Concessões, permissões e privatizações de serviços públicos**. 3ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1998.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. A ANEEL e os serviços de energia elétrica. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

PIRES, José Cláudio Linhares e PICCININI, Maurício Serrão. **Mecanismos de regulação tarifária do setor elétrico: a experiência internacional e o caso brasileiro**. Textos para Discussão nº 64. Rio de Janeiro, julho-1998.

WALD, Arnold.; de MORAES, Luiz Rangel; WALD, Alexandre de M.. **O direito de parceria e a nova lei de concessões** – análise das Leis 8.987/95 e 9.074/95. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____.Do direito adquirido à equação econômico-financeira nos contratos administrativos. **Boletim de Direito Administrativo**. São Paulo: NDJ, n.01, 1998.
