

Tribunal de Contas da União
Instituto Serzedello Corrêa
Programa de Pós-Graduação em Controle Externo
Curso de Especialização em Controle da Regulação – 2ª Edição
Trabalho de Conclusão do Curso

O caso do reajuste das tarifas de energia: atuação da ANEEL e do TCU.

Mauro Ferreira do Sacramento

Orientador: Guilherme Henrique de La Rocque Almeida

Brasília, maio de 2011

Tribunal de Contas da União (TCU)

ESPECIALIZAÇÃO EM CONTROLE DA REGULAÇÃO

**O CASO DO REAJUSTE DAS TARIFAS DE
ENERGIA: ATUAÇÃO DA ANEEL E DO
TCU**

Mauro Ferreira do Sacramento

**Orientador: Guilherme Henrique de La Rocque Almeida
(Mestre)**

Artigo apresentado ao Instituto Serzedello Corrêa –
ISC/TCU, como requisito parcial à obtenção do grau
de Especialista em Controle da Regulação.

**BRASILIA - DF
2011**

RESUMO

O Tribunal de Contas da União (TCU) verificou indícios de irregularidades em reajustes tarifários conduzidos pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). Quais foram as causas da distorção tarifária? Quais são as competências do ente regulador e do órgão de controle externo para sanear incidentes na execução dos contratos de concessão? Os reajustes impugnados devem ser recalculados e seus resultados redistribuídos? Adotou-se como metodologia de pesquisa o estudo do referencial teórico pertinente ao assunto e a leitura dos documentos relacionados ao caso. Verificou-se que o ente regulador adotou interpretação equivocada de ato normativo relacionado à metodologia para reajustamento tarifário e, por isso, o tratamento indevido dos encargos setoriais implicou distorções nos reajustes. A ANEEL possui o dever de autotutela para rever seus procedimentos a fim de aplicar interpretação conforme à legislação e ao regime de incentivo próprios do serviço regulado e, assim, sanear a respectiva falha regulatória. Os efeitos da decisão da ANEEL deveriam, em regra, retroagir para reequilibrar o contrato, e os valores dos reajustes deveriam ser, no que couber, recalculados e redistribuídos. O TCU, nesse contexto, tem atuação suplementar e limitada à discricionariedade técnica e à independência decisória do ente regulador, mas deve determinar a adoção de medidas saneadoras para o exato cumprimento da lei ou do regulamento caso verifique afronta a critérios legais ou regulamentares na decisão adotada pelo ente regulador. O Tribunal, nessa sistemática de controle da legalidade, não pode substituir ou reformar as decisões regulatórias, mas deve sustar aquelas ilegais ou irregulares bem como indicar os dispositivos violados que devem ser observados em uma nova deliberação do ente regulador.

Palavras-chave: ANEEL, contrato de concessão, falha regulatória, setor elétrico e TCU.

Sumário:

1. Introdução.....	1
1.1. <i>Formulação do problema de pesquisa.....</i>	<i>4</i>
1.2. <i>Objetivos.....</i>	<i>5</i>
1.2.1. <i>Objetivo geral.....</i>	<i>5</i>
1.2.2. <i>Objetivos específicos.....</i>	<i>6</i>
1.3. <i>Justificativas.....</i>	<i>6</i>
2. Referencial teórico.....	10
2.1. <i>Evolução das teorias dos contratos e do intervencionismo estatal.....</i>	<i>13</i>
2.2. <i>O Estado regulador e o contrato de concessão.....</i>	<i>15</i>
2.3. <i>O saneamento de incidentes na execução contratual.....</i>	<i>19</i>
3. Resultados e discussão.....	22
3.1. <i>Interpretação do ato normativo.....</i>	<i>27</i>
3.2. <i>Repercussão da falha regulatória.....</i>	<i>29</i>
3.3. <i>Cláusulas econômicas e encargos setoriais.....</i>	<i>35</i>
3.4. <i>Efeitos do saneamento dos atos impugnados.....</i>	<i>36</i>
3.5. <i>Direitos do consumidor e direitos do usuário.....</i>	<i>37</i>
4. Considerações finais.....	40
Referências.....	42

1. Introdução

O presente artigo tem por objetivo investigar as causas do recente imbróglio acerca do reajustamento das tarifas de energia, supostamente resultante da aplicação de portaria interministerial e de cláusula contratual eivadas de erros metodológicos, bem como as respectivas possibilidades de saneamento.

Nesse contexto, delimitou-se o objeto de pesquisa em função dos limites e das possibilidades de atuação do ente regulador e do órgão de controle externo no acompanhamento da execução dos contratos de concessão, ou seja, tendo em vista as competências da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e do Tribunal de Contas da União (TCU) em relação, respectivamente, à regulação e ao controle de segunda ordem sobre a prestação do serviço público de distribuição de energia elétrica.

No âmbito deste trabalho, entende-se por regulação:

a atividade administrativa 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 de poderes que lhe tenham sido por lei atribuídos para a busca da adequação daquele serviço, do equilíbrio e da composição dos interesses de todos os envolvidos na prestação deste serviço, bem como da aplicação de penalidades pela inobservância das regras condutoras da sua execução (FIGUEIREDO, 1999, p. 40).

E por controle de segunda ordem, a “atuação cooperativa e suplementar”, por parte do órgão de controle externo, ao acompanhamento realizado pelo ente regulador sobre a outorga e a execução contratual dos serviços concedidos (ZYMLER; ALMEIDA, 2008, p. 237).

Os meios de comunicação repercutem o problema desde a publicação, em 18/10/2009, da reportagem do jornal *Folha de S. Paulo*: “Brasileiro paga a mais por luz há 7 anos; consumidores perdem R\$1 bi por ano”.

A ANEEL afirmou, por meio de sua Nota Técnica SRE n.º 366, de 4 de novembro de 2009, que a metodologia de cálculo prevista nos contratos e a conta de compensação criada para assegurar a neutralidade dos itens de custo não gerenciáveis pelo concessionário não permitiriam evitar distorções nos reajustamentos tarifários:

8. Em última análise, verificou-se que a fórmula paramétrica constante dos contratos de concessão utilizada no cálculo do Índice de Reajustamento Tarifário (IRT) não consegue evitar os efeitos tarifários que comprometem a neutralidade da Parcela A, pois não captura as diferenças de custos, e a CVA, que deveria atender a tal objetivo, não considera as variações de mercado (ANEEL, 2009, p. 5).

A falta de neutralidade na Parcela A foi verificada pelo TCU em 2008, quando do atendimento à solicitação de auditoria proveniente da Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados sobre os processos de reajuste tarifário da Companhia Energética de Pernambuco (Celpe) referentes ao período de 2002 a 2007.

A neutralidade da Parcela A consiste em sua característica de não atribuir ao concessionário nem ganhos nem perdas decorrentes dos itens de custos sobre os quais não tenha poder de gerenciamento, conforme definição da ANEEL:

Segundo o contrato de concessão, a receita de uma concessionária de distribuição de energia elétrica deve cobrir os custos associados à atividade, estando estes divididos em duas parcelas. A '**Parcela A**' envolve os chamados '**custos não gerenciáveis**' pela concessionária, relacionados à atividade de distribuição de energia elétrica e explicitamente indicados no contrato. São custos cujos montantes e variações escapam à vontade ou influência da concessionária, como a energia elétrica adquirida para atendimento aos clientes, os custos de transmissão e os encargos setoriais. A '**Parcela B**' compreende o valor remanescente da receita, envolvendo, portanto, os chamados '**custos gerenciáveis**'. São custos próprios da atividade de distribuição e de gestão comercial dos clientes, que estão sujeitos ao controle ou influência das práticas gerenciais adotadas pela concessionária, ou seja, os custos de operação (pessoal, materiais e serviços de terceiros). Além destes, a 'Parcela B' inclui a remuneração do capital e a quota de depreciação (ANEEL, 2009 apud CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2009, p. 175).

No âmbito da referida auditoria (TC n.º 021.975/2007-0), o TCU verificou inconsistências na metodologia adotada pela ANEEL para reajustamento dos contratos de concessão de distribuição de energia elétrica, com apropriação indevida dos ganhos de escala do negócio pelas concessionárias, sem compartilhamento com os usuários e em afronta a dispositivos legais que regem a concessão de serviços públicos.

Em vista disso, no exercício do controle de segunda ordem, por meio do Acórdão Plenário n.º 2.210/2008, o TCU determinou ao ente regulador a adoção de medidas corretivas, extensivas às demais concessionárias de distribuição de energia elétrica.

Posteriormente, porém, o Tribunal decidiu tornar insubsistente o teor desse acórdão ao acolher, por meio do Acórdão Plenário n.º 2.544/2008, embargos de declaração e pedido de reexame interpostos pela ANEEL com o objetivo de possibilitar a oitiva das concessionárias.

Dessa forma, o Tribunal decidiu sobrestar no julgamento o referido processo a fim de realizar a audiência das interessadas, em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Em reunião da CPI das Tarifas de Energia Elétrica, a ANEEL reconheceu a existência de inconsistências metodológicas no cálculo do reajustamento tarifário e seus efeitos sobre a neutralidade da Parcela A, bem como informou que já havia aberto processo administrativo específico para cuidar do assunto (Processo ANEEL n.º 48500.006111/2007-08) e, a fim de solucionar a questão, encaminhado ao Ministério de Minas e Energia (MME) proposta de alteração da Portaria Interministerial MF/MME n.º 25/2002.

A referida portaria regulamentou a exceção estabelecida por meio da Medida Provisória n.º 2.227/2001 à vedação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano prevista na Lei n.º 10.192/2001, que dispõe sobre medidas complementares ao Plano Real, e instituiu a Conta de Compensação de Variação de Valores de Itens da Parcela A (CVA) para:

corrigir desequilíbrios causados por eventuais variações, para mais e para menos, verificadas nos custos relativos aos encargos setoriais, à transmissão e à compra de energia elétrica no intervalo entre reajustes e de evitar sucessivas revisões extraordinárias em decorrência desse desequilíbrio financeiro (ANEEL, 2009 apud CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2009, p. 179).

O ente regulador afirmou que, em 2007, em razão de solicitações das concessionárias Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo S. A. (Eletropaulo) e Companhia Energética do Maranhão (Cemar) relacionadas à CVA, identificou “uma inadequação dos critérios constantes da política tarifária estabelecida através da Portaria Interministerial MF/MME n.º 25/2002” (ANEEL, 2009 apud CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2009, p. 169).

O Ministério manifestou-se, por meio do Ofício MME n.º 1.957/2009 encaminhado à ANEEL, no sentido de “não ser necessária a adequação ou substituição da Portaria Interministerial para o equacionamento da questão, cabendo a essa Agência a implementação dos procedimentos necessários e adequados para a solução do problema apresentado” (MME, 2009 apud CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2009, p. 182).

Uma vez que o MME manifestou-se pela desnecessidade de alteração da referida portaria e pela suficiência da competência do ente regulador para resolver o problema, a ANEEL decidiu promover a Audiência Pública n.º 43/2009, a fim de discutir as correções metodológicas a serem

adotadas no cálculo do reajuste tarifário anual, por meio de termo aditivo aos contratos de concessão de distribuição de energia elétrica, com vistas a garantir a neutralidade dos itens não gerenciáveis da Parcela A.

Em resultado da referida audiência pública, em junho de 2010, a ANEEL conseguiu a adesão de todas as concessionárias ao referido termo aditivo, que alterou a metodologia de cálculo dos reajustes tarifários previstos nos contratos para assegurar a neutralidade dos encargos setoriais. De acordo com notícia publicada em 24/6/2010 no endereço eletrônico da ANEEL: todas distribuidoras assinam aditivo aos contratos de concessão.

Esse termo aditivo aos contratos, porém, destinou-se a produzir efeitos apenas doravante e, desse modo, o problema persiste em relação aos reajustamentos anteriores. A ANEEL abriu outra audiência pública para tratar especificamente desse passivo, no âmbito de processo administrativo específico (Processo ANEEL n.º 48500.006802/2009-65), que se encontra sob o acompanhamento do TCU por meio do TC n.º 021.975/2007-0.

A Audiência Pública ANEEL n.º 33/2010 buscou obter subsídios e informações para a análise e decisão do ente regulador acerca do reconhecimento da legalidade da aplicação da fórmula de reajuste anual das tarifas constante dos contratos de concessão de serviço público de distribuição, bem como sobre o teor da Nota Técnica SRE n.º 65/2010, dos Pareceres PF n.º 650/2008, n.º 1.059/2009, e n.º 1.161/2009 e demais documentos apresentados pelos interessados.

A conclusão dessa segunda audiência, no entanto, negou a existência de qualquer “ilegalidade, erro ou falha no cálculo do reajuste tarifário” (ANEEL, 2010, p.17), em contradição aos resultados da primeira, que, conforme mencionado, havia providenciado correções metodológicas nos reajustamentos.

1.1. Formulação do problema de pesquisa

As vicissitudes desse caso suscitaram a formulação do seguinte problema de pesquisa: O que houve, afinal, nesse imbróglio sobre os reajustes tarifários? E a repercussão do problema ensejou a correlação de outros questionamentos: Haveria conflito de competência entre o órgão de controle externo e o ente regulador no acompanhamento dos contratos de concessão? Quais

são os limites impostos à fiscalização do TCU e à autonomia da ANEEL sobre o tema? O órgão de controle externo pode, ou deve, recomendar, ou determinar, o saneamento de irregularidades verificadas na execução desses contratos? Quais devem ser os efeitos da decisão saneadora? Os reajustes impugnados devem ser recalculados, e seus resultados podem ser redistribuídos? O Tribunal pode determinar tais medidas ao ente regulador?

Para responder a essas perguntas, adotou-se como metodologia de pesquisa o ensaio teórico apoiado em estudo de caso sobre a recente confusão acerca do reajustamento tarifário dos contratos de concessão para a prestação do serviço público de distribuição de energia elétrica.

Logo, realizou-se pesquisa documental em atos regulatórios da ANEEL, acórdãos do TCU e demais documentos relacionados ao caso concreto, em especial aqueles referentes às duas audiências públicas realizadas pelo ente regulador e disponibilizados na respectiva página eletrônica, com vistas a fundamentar a discussão dos resultados à luz da literatura definida no referencial teórico.

A importância acadêmica e profissional do presente estudo decorre de suas contribuições teóricas e práticas. As contribuições teóricas dizem respeito à análise das competências do regulador e do órgão de controle externo, bem como à respectiva cooperação controle-regulação no que concerne ao acompanhamento da execução dos contratos de concessão de distribuição de energia elétrica. E as contribuições práticas referem-se à aplicação de seus resultados ao problema verificado nos reajustamentos tarifários e a eventuais casos assemelhados.

1.2. Objetivos

A realização de tais contribuições foi perseguida por meio das linhas de investigação relacionadas aos objetivos explicitados a seguir.

1.2.1. Objetivo geral

O objetivo geral consistiu em investigar as causas da distorção tarifária e as respectivas possibilidades de saneamento, com destaque para a atuação do ente regulador e do órgão de

controle externo no acompanhamento da execução contratual, a fim de garantir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão e a modicidade tarifária do serviço público.

1.2.2. Objetivos específicos

E os objetivos específicos consistiram em:

a) investigar a aplicação dos novos princípios contratuais (função social, boa-fé objetiva e equivalência material) nos contratos de concessão de serviços públicos;

b) analisar a competência da ANEEL para corrigir cláusula contratual eivada de erro de cálculo ou em face da teoria da imprevisão, do fato do príncipe ou do fato da administração que provoque desequilíbrio econômico-financeiro do contrato ou afronta à modicidade tarifária do serviço; e

c) caracterizar a competência do TCU para realizar o controle de segunda ordem sobre a concessão.

1.3. Justificativas

Nesse sentido, justificou-se a realização da pesquisa em função da sua relevância social e econômica, haja vista que a materialidade correspondente ao suposto erro metodológico foi estimada em R\$1 bilhão por ano em 2008 pelo TCU, considerados os reajustamentos conduzidos pela ANEEL desde 2002 nos contratos de todas as 63 concessionárias de distribuição de energia elétrica do país.

De acordo com o TCU, conforme informações constantes do Relatório e Voto do Ministro Relator Benjamin Zymler, que fundamentaram o Acórdão n.º 2.210, prolatado em Sessão do Plenário, em 8/10/2008, no âmbito do TC n.º 021.975/2007-0, “a citada falha metodológica remunera ilegalmente as concessionárias de energia elétrica em detrimento do interesse público e gera impactos de alta materialidade e prejuízos para o usuário de pelo menos R\$ 1 bilhão ao ano” (TCU, 2008, p. 14).

A justificativa para se investigar o assunto também diz respeito à sua atualidade e repercussão sobre os interesses de usuários e empreendedores do setor elétrico. O problema já

envolve, por isso, além de ANEEL e TCU, vários outros atores como o MME e Ministério da Fazenda (MF), a Advocacia-Geral da União (AGU), as próprias concessionárias de distribuição de energia elétrica e respectivas associações, bem como as de defesa do consumidor, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), o Ministério Público Federal (MPF), o poder Judiciário e uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) na Câmara dos Deputados.

A questão complicada suscitou manifestação da AGU para dirimir divergência entre o MME e a ANEEL sobre a necessidade de alteração da Portaria Interministerial MF/MME n.º 25/2002 a fim de corrigir o erro metodológico prejudicial à neutralidade da Parcela A.

A Proteste Associação Brasileira de Defesa do Consumidor ajuizou ação civil pública contra a ANEEL, em 15/3/2010, para pedir a compensação aos consumidores dos valores pagos a maior e o estabelecimento de mecanismos de reajustes capazes de reequilibrar os contratos de concessão, conforme informações constantes do Processo 12062-43.2010.4.01.3400, da Seção Judiciária do Distrito Federal, órgão do Tribunal Regional Federal/1ª Região (TRF1).

O Conselho Federal da OAB inclui-se entre os interessados no Processo ANEEL n.º 48500.006802/2009-65 que cuida de eventual efeito tarifário do aperfeiçoamento da metodologia de cálculo do reajuste tarifário anual, estabelecida nos contratos de concessão de distribuição de energia elétrica, objetivando a neutralidade da Parcela A.

A CPI das Tarifas de Energia Elétrica, conforme informações do respectivo relatório final, de novembro de 2009, destinou-se a:

investigar a formação dos valores das tarifas de energia elétrica no Brasil, a atuação da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) na autorização dos reajustes e reposicionamentos tarifários a título de reequilíbrio econômico-financeiro e esclarecer os motivos pelos quais a tarifa média de energia elétrica no Brasil é maior do que em nações do chamado G7, grupo dos sete países mais desenvolvidos do mundo (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2009, p.1).

O relatório final da CPI concluiu que a falta de neutralidade da Parcela A acarretou cobranças indevidas aos usuários e que os respectivos valores devem ser devolvidos com celeridade. Posteriormente, a ANEEL decidiu pelo não ressarcimento e negou um pedido de reconsideração apresentado por 220 parlamentares. Em vista disso, integrantes da CPI

encaminharam ao MPF um pedido de providências para garantir a devolução dos valores e manifestaram a intenção de ajuizar ação popular para efetivar o ressarcimento.

Além disso, em 23/2/2011, os parlamentares apresentaram o Projeto de Decreto Legislativo n.º 10 para sustar os efeitos do Despacho ANEEL n.º 3.872, de 14/12/2010, que entendeu pela legalidade dos reajustes e pela impossibilidade jurídica de ressarcimento.

Souza (2010) apresenta de forma direta e objetiva o posicionamento do ente regulador em seu artigo *A ANEEL e novela da devolução dos valores cobrados indevidamente dos consumidores de energia elétrica*:

A posição da ANEEL pode ser assim resumida: a fórmula de cálculo da tarifa no contrato estava errada e, por isto, foi corrigida. No entanto, como as Distribuidoras não tiveram culpa do erro e como estava previsto em cláusula contratual, as empresas não devem devolver o que receberam indevidamente (SOUZA, 2010, p. 5).

O referido autor destaca, preliminarmente, “a reverência eclesiástica à força obrigatória dos contratos, fundamentada num positivismo ortodoxo que exige a literalidade de uma cláusula contratual sabidamente maculada por uma ilegalidade” (SOUZA, 2010, p. 5), para criticar a postura do ente regulador em relação à aplicação ilegal no caso concreto da metodologia de cálculo dos reajustes tarifários, que estava regularmente prevista nos contratos de concessão. A esse respeito, o autor afirma que:

Não há força obrigatória em cláusula **contra legem**. Sobre o tema, Orlando Gomes ensina que os contratos ilegais se caracterizam pela violação de normas legais imperativas, as quais determinam o que se deve e o que não se deve fazer. Assim, os contratos podem ser totalmente ilegais ou conterem cláusulas ilegais, por atentarem diretamente contra a lei. No primeiro caso, o contrato é declarado nulo. Na segunda hipótese, aplica-se o processo de superposição. Ao invés de se declarar nulo todo o contrato, nega-se eficácia somente aquela cláusula que viola a regra imperativa. Pela regra da superposição substitui-se a cláusula ilegal pelo dispositivo legal violado. A lei superpõe a vontade das partes, vigorando o contrato como se não fora escrita a cláusula ilegal (SOUZA, 2010, p. 5).

Em seguida, o autor enfatiza a natureza das relações jurídicas entre as partes envolvidas: a ilegitimidade da ANEEL para dispor do direito dos usuários ao ressarcimento e a responsabilidade objetiva dos concessionários para restituir aos usuários os valores pagos a maior.

O diferencial do presente artigo em relação ao incipiente tratamento do assunto pela doutrina diz respeito ao papel do controle externo. Nesse sentido, além de analisar a atuação da

ANEEL, este trabalho cuida de caracterizar o controle da regulação realizado pelo TCU no acompanhamento dos contratos de concessão.

A independência decisória do ente regulador não afasta o controle de legalidade de seus atos finalísticos, de acordo com o sistema constitucional de freios e contrapesos (*checks and balances*), no qual a independência dos poderes não implica soberania, senão harmonia recíproca. Por isso, o TCU deve sustar atos e decisões da ANEEL que apresentem ilegalidades ou irregularidades.

A atuação do órgão de controle externo segue, nesse contexto, o modelo de cassação e não o modelo de revisão, uma vez que as suas deliberações não podem reformar ou substituir os atos ou as decisões regulatórias impugnadas, mas sustá-los e determinar que sejam novamente praticados pelo ente regulador, segundo a respectiva independência decisória e discricionariedade técnica, desta vez em conformidade com os dispositivos legais ou regulamentares indicados.

A discricionariedade técnica do ente regulador possibilita a presteza na aplicação de conhecimentos técnicos especializados em face das complexidades do setor regulado, mas está sujeita ao controle da legalidade. A discricionariedade administrativa, na qual está inserida a discricionariedade técnica, compreende o motivo (causa) e o objeto (conteúdo) do ato administrativo. A causa é a situação fática e o conteúdo é a prescrição a ela destinada. Quando a lei não prevê a situação fática ou a respectiva prescrição, cabe ao administrador o juízo de oportunidade e conveniência para praticar o ato.

A inexistência dos motivos alegados e a prescrição de medidas em afronta a dispositivos legais ou regulamentares ensejam nulidades. Logo, os atos e as decisões fundadas na discricionariedade técnica do ente regulador estão submetidos ao controle de legalidade e regularidade quanto à causa (motivo) e ao conteúdo (objeto). O controle da regulação realizado pelo TCU, e o propósito do mencionado projeto de decreto legislativo, sobre os atos e as decisões da ANEEL encontram-se fundamentados nesses elementos da discricionariedade técnica.

Nos casos em que não sejam verificadas afrontas a critérios legais ou regulamentares no exercício da discricionariedade técnica, na avaliação da eficiência da gestão pública, o órgão de controle externo pode recomendar ao ente regulador a adoção de medidas correspondentes a oportunidades de melhorias identificadas em fiscalizações de desempenho operacional.

Destaca-se, nesse sentido, a importância da cooperação entre o TCU e a ANEEL para garantir a eficiência na prestação do serviço público de distribuição de energia elétrica, por meio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos e da modicidade tarifária do serviço. Entende-se por cooperação controle-regulação a atuação coordenada do regulador e do órgão de controle externo, no exercício das respectivas competências, com vistas a uma finalidade comum a ambos. No caso objeto deste estudo, a cooperação TCU-ANEEL tem por finalidade a eficiência na prestação do serviço público de distribuição de energia elétrica.

A característica cooperativa do órgão de controle externo em relação aos demais órgãos constitucionais, a propósito, existe desde a sua gênese, consoante as palavras de Rui Barbosa, seu idealizador, sobre o que seria o TCU:

um corpo de magistratura intermediária à administração e à legislatura que, colocado em posição autônoma, com atribuições de revisão e julgamento, cercado de garantias contra quaisquer ameaças, possa exercer as suas funções vitais no organismo constitucional, sem risco de converter-se em instituição de ornato aparatoso e inútil. Convém levantar, entre o Poder que autoriza periodicamente as despesas e o que cotidianamente as executa, um mediador independente, **auxiliar de um e de outro**, que, comunicando-se com a Legislatura e intervindo na Administração, seja, não só o vigia, mas a mão forte da primeira sobre a segunda, obstando a perpetração de infrações orçamentárias, por um veto oportuno aos atos do Executivo que, direta ou indiretamente, discrepem da linha das leis das finanças (BARBOSA, 1891 apud ZYMLER; ALMEIDA, 2008, p. 133).

Nesse sentido, considera-se a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos e a modicidade tarifária do serviço como componentes da eficiência na prestação do serviço público de distribuição de energia elétrica, em favor da qual se pretende destacar a contribuição da cooperação controle-regulação.

2. Referencial teórico

Consoante a Constituição Federal de 1988 e a legislação pertinente, compete à ANEEL a atribuição legal, por delegação do poder concedente, de outorgar, firmar contratos de concessão e fiscalizar a respectiva execução bem como a discricionariedade técnica de regular a prestação dos serviços públicos de distribuição de energia elétrica; e ao TCU, por sua vez, cabe a missão constitucional de verificar a conformidade dos atos e procedimentos administrativos bem como de avaliar o desempenho operacional da atividade finalística dos órgãos e entidades da

Administração Pública federal e dos gestores de recursos federais e, por isso, sempre que necessário, atuar de forma complementar no acompanhamento da execução dos contratos de concessão.

Não há conflito de competências porque essa atuação complementar pode ser compreendida como um controle de segunda ordem sobre os atos regulatórios e contratos de concessão, cujos limites consistem nos critérios legais e na discricionariedade técnica dos entes reguladores.

Assim, por um lado, cabe ao órgão de controle externo recomendar a adoção das medidas que entender pertinentes caso verifique oportunidades de melhoria na forma de atuação dos entes reguladores, em atenção à discricionariedade técnica e à independência decisória desses. Mas, por outro lado, compete ao TCU determinar às agências reguladoras a adoção de medidas saneadoras para o exato cumprimento da lei ou do regulamento caso verifique atos ou contratos em afronta a critérios legais ou regulamentares.

As competências constitucionais do TCU para verificar a conformidade e avaliar a eficiência da gestão pública federal estão fundamentadas, respectivamente, nos incisos II e IV do art. 71 c/c o art. 37, todos da Constituição Federal de 1988. Além disso, qualquer agente em colaboração com o poder público, como o concessionário de serviço público, está sujeito à jurisdição administrativa do órgão de controle externo, de acordo com o parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal de 1988.

A competência legal do TCU para fiscalizar atos e contratos administrativos está estabelecida nos arts. 41 *usque* 47 da Lei n.º 8.443/1992 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União). A verificação de ilegalidade pode ensejar a sustação do ato ou contrato (respectivamente, inciso I do § 1º e § 3º, todos do art. 45 da referida lei), bem como a aplicação de multa ao responsável (inciso III do § 1º do art. 45 da lei).

O Tribunal realiza acompanhamento sistemático dos procedimentos conduzidos pela ANEEL para outorga de concessão da prestação do serviço de distribuição de energia elétrica bem como da respectiva execução contratual, com fundamento, portanto, na Constituição Federal de 1988, na Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e na Instrução Normativa TCU n.º 27, de 2 de dezembro de 1998, que dispõe sobre a fiscalização dos processos de desestatização.

A atuação do Tribunal, nesse contexto, tem como objetivo assegurar a conformidade legal dos atos do ente regulador, com externalidades positivas sobre a gestão regulatória, conforme o excerto:

Especificamente em relação ao acompanhamento dos atos regulatórios, salienta-se que o TCU não atua diretamente formulando políticas públicas ou direcionando a regulação, mas sobretudo fiscaliza a atuação das agências em face de suas competências legais, de modo que estas não ultrapassem os marcos legais do setor. O foco do controle sobre as agências reguladoras dá-se basicamente em dois momentos: o primeiro, nos atos de outorga de delegação ao ente privado da prestação de um serviço público; o segundo, na execução dos contratos decorrentes dessas outorgas. O objetivo do controle nos dois momentos não é outro senão o de garantir regularidade, transparência e auditabilidade aos atos das agências. Dessa forma, ao reduzir eventuais riscos de captura pelo ente regulador, o Controle Externo cria condições necessárias para a estabilidade das regras, o correto cumprimento dos contratos e a eficiência da regulação (GOMES, 2008, p. 12).

De acordo com Gomes (2008), o Tribunal acompanhou de forma concomitante, desde o seu início, a implantação do Plano Nacional de Desestatização (Lei n.º 8.031/1990, posteriormente alterada por medidas provisórias até ser sucedida pela Lei n.º 9.491/1997), notadamente as privatizações (pode-se concluir que essa experiência tenha sido precursora da atual sistemática de controle da regulação):

O Tribunal de Contas da União (TCU) acompanhou todo o ciclo de reforma regulatória do Estado. Inicialmente, a atuação deu-se, principalmente, por meio de pareceres sobre os procedimentos adotados nos processos de privatização. Nesse contexto, o Tribunal emitiu normativos que obrigavam os gestores dos processos de desestatização a encaminharem ao TCU documentos que permitissem a fiscalização concomitante desses processos. Esse modelo de acompanhamento permitiu que o TCU atuasse tempestivamente, corrigindo falhas em diversas etapas e propiciando maior transparência aos procedimentos adotados pelo governo federal (GOMES, 2008, p. 13).

No que diz respeito ao controle externo das concessões, a atuação pioneira do Tribunal deu-se por iniciativa da Decisão TCU n.º 143/1993, que deliberou pelo acompanhamento de “todos os procedimentos relativos à concessão para a exploração da Ponte Rio-Niterói, especialmente quanto à viabilidade técnica e econômica da outorga, à licitação e aos aspectos do contrato de concessão” (ZYMLER, 2001, p. 305).

Atualmente o TCU dispõe de duas unidades técnicas especializadas no controle da regulação, a 1ª Secretaria de Fiscalização de Desestatização e Regulação (Sefid-1), responsável pelo acompanhamento da atuação das agências reguladoras dos setores de transportes e saúde

suplementar, e a 2ª Secretaria de Fiscalização de Desestatização e Regulação (Sefid-2), por sua vez, dos setores de energia e telecomunicações.

Nesse sentido, a fim de investigar os limites e as possibilidades de atuação do ente regulador e do órgão de controle externo no acompanhamento da execução dos contratos de concessão, fundamentou-se a pesquisa no estudo da evolução das teorias da intervenção do Estado na economia e do direito dos contratos.

2.1. Evolução da teoria dos contratos e do intervencionismo estatal

Grau (2008) desenvolve os conceitos de intervenção e de atuação estatal para distinguir, respectivamente, a intervenção na atividade econômica em sentido estrito (área de titularidade do setor privado) e a atuação estatal na atividade econômica em sentido amplo (que também compreende a área de titularidade pública).

A regulação da prestação de serviço público, nesse sentido, não deve ser considerada intervenção mas atuação estatal, conforme conclui o referido autor: “daí se verifica que o Estado não pratica intervenção quando presta serviço público ou regula a prestação de serviço público. Atua, no caso, em área de sua própria titularidade, na esfera pública” (GRAU, 2008, p. 91).

A teoria da intervenção do Estado na economia e a teoria dos contratos encontram-se profundamente relacionadas na medida em que a evolução das formas de intervenção/atuação estatal repercute sobre o direito dos contratos:

A atuação estatal no campo da atividade econômica em sentido estrito acarretou uma série de transformações no direito. Um dos flancos mais atingidos foi justamente o do regime dos contratos. Tem-se afirmado, sistematicamente, que os dois valores fundamentais juridicamente protegidos nas economias do tipo capitalista são, simetricamente, o da propriedade dos bens de produção – leia-se *propriedade privada dos bens de produção* – e o da liberdade de contratar (ainda que se entenda que tais valores são preservados não em regime absoluto, mas relativo). A verdade, no entanto, é que tais valores não estão dispostos em situação simétrica, sendo mais correto observar que a liberdade de contratar não é senão um corolário da propriedade privada dos bens de produção. Isso porque a liberdade de contratar tem o sentido precípuo de viabilizar a realização dos efeitos e virtualidades da propriedade individual dos bens de produção. Em outros termos: o princípio da liberdade de contratar é instrumental do princípio da propriedade privada dos bens de produção. A atuação do Estado *sobre* o domínio econômico, por isso mesmo, impacta de modo extremamente sensível sobre o regime jurídico dos contratos (GRAU, 2008, p. 92).

A evolução do direito dos contratos decorre também das mudanças na organização das relações de produção e consumo de bens e serviços em razão da importância dos contratos para a circulação de riquezas na economia “tanto no modelo do Estado Liberal quanto no modelo de Estado Social” (TORRES, 2007, p. 42).

Em razão disso, pode-se analisar conjuntamente a transição do Estado liberal ao Estado social e a mudança do direito contratual clássico para a nova teoria contratual, consoante estudo sobre as redes contratuais na sociedade de consumo:

Como o tema proposto neste trabalho trata de um fenômeno contratual da pós-modernidade, não conhecido quando do surgimento da teoria contratual clássica, ou seja, as redes contratuais, importante que se faça inicialmente uma exposição sobre as bases do direito contratual clássico e as mudanças nesses paradigmas observadas ao longo dos anos, como consequência da massificação da economia e do intervencionismo estatal na atividade econômica (TORRES, 2007, p. 31-32).

Os princípios individuais do direito contratual clássico, próprios do Estado liberal: autonomia privada (autonomia da vontade), obrigatoriedade (*pacta sunt servanda*) e relatividade objetiva (*lex inter partes*) foram atenuados pelos princípios sociais instituídos na nova teoria contratual, característicos do Estado social: função social do contrato, boa-fé objetiva (respectivamente, arts. 421 e 422 da Lei n.º 10.406, de janeiro de 2002 – Código Civil) e equivalência material, conforme apresentado no Quadro 1:

Estado Liberal	Estado Social
Direito Contratual Clássico	Nova Teoria Contratual
Princípios Individuais: a) autonomia privada; b) obrigatoriedade; c) relatividade objetiva.	Princípios Sociais: a) função social; b) boa-fé objetiva; c) equivalência material.

Quadro 1. Evolução das teorias da intervenção do Estado na economia e do direito dos contratos, e respectivos princípios contratuais.

O Código Civil estabelece, em seu art. 421, que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato” e, em seu art. 422, que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé” (BRASIL, 2002).

Os contratos, nesse contexto, sob a influência de seus novos princípios, passam a ser também instrumentos para a realização dos objetivos da ordem econômica no Estado social:

A ação estatal sobre os contratos é de importância capital, dada a sua configuração como instituto fundamental na economia de mercado. Isso porque a conformação das relações contratuais importa a conformação do exercício da própria atividade econômica. Daí a sua transformação – dos contratos que se praticam na economia de mercado administrado, ordenado ou organizado – em instrumentos dinâmicos voltados ao alcance não apenas dos fins almejados pelas partes mas também, na medida em que conformados pelo Estado, dos fins últimos da ordem econômica. Alguns autores, por isso mesmo, fídam por apontar nos contratos verdadeiros instrumentos de política econômica, enfatizando René Savatier que estão eles hoje transformados menos em uma livre construção da vontade humana do que em uma contribuição das atividades humanas à arquitetura geral da economia de um país, arquitetura esta que o Estado de nossos dias passa, ele mesmo, a definir. Os contratos, então, se transformam em condutos da ordenação dos mercados, impactados por normas jurídicas que não se contêm nos limites do Direito Civil: preceitos que instrumentam a intervenção do Estado sobre o domínio econômico, na busca de soluções de desenvolvimento e justiça social, passam a ser sobre eles apostos (GRAU, 2008, p. 93-94).

Nessa relação entre as formas de atuação ou intervenção estatal na economia e o direito dos contratos, portanto, destaca-se a importância dos contratos para a consecução dos objetivos do Estado e a vigência dos princípios sociais da nova teoria contratual previstos no Código Civil.

2.2. O Estado regulador e o contrato de concessão

Depois das fases do Estado liberal (pré-modernidade) e do Estado social (modernidade), desenvolveu-se a fase do Estado regulador (pós-modernidade), caracterizada pela adoção de instrumentos de regulação e fiscalização das atividades econômicas (em sentido amplo) por meio de agências reguladoras bem como pela prestação de serviços públicos mediante contratos de concessão:

A redução expressiva das estruturas públicas de intervenção direta na ordem econômica não produziu um modelo que possa ser identificado com o de um Estado mínimo. Pelo contrário, apenas se deslocou a atuação estatal do campo empresarial para o domínio da disciplina jurídica, com a ampliação de seu papel na regulação e fiscalização dos serviços públicos e atividades econômicas. O Estado, portanto, não deixou de ser um agente econômico decisivo. (BARROSO, 2003 apud MOREIRA NETO, 2003, p. 25).

A mudança do perfil estatal de agente para regulador da atividade econômica, portanto, não significou enfraquecimento intervencionista, senão o fortalecimento desse papel por meio de processos jurídicos formais:

(...) na medida em que o Estado substitui seu papel de empreendedor para o de regulador da atividade econômica, permanece intacta a natureza intervencionista da ordem econômica constitucional, ou a 'mão visível' do Estado. O Estado regulador fortalece ainda mais o processo de intervenção legislativa, administrativa e judicial nas atividades econômicas, máxime das empresas concessionárias de serviços públicos, que lidam com coletividades de adquirentes ou utentes. O paradoxo atual, que confunde tantos espíritos, pode ser assim esquematizado: a intervenção jurídica cresce na proporção da redução da atividade econômica estatal e do consequente aumento dos poderes privados nacionais e transnacionais (LÔBO, 2003, p. 13).

A Emenda Constitucional n.º 19/1998, nesse contexto, instituiu a reforma administrativa do Estado brasileiro e introduziu o princípio da eficiência no art. 37 da Constituição Federal de 1988, com o objetivo de direcionar a ação estatal à qualidade dos serviços prestados ao cidadão, por meio da substituição da administração burocrática pela gerencial, com foco no controle de resultados.

Nessa linha, a desestatização da prestação de serviços públicos não pode ser interpretada como renúncia do Estado de seu papel sobre a ordem econômica, mas sim compreendida como a decisão de realizá-lo por meio de concessão sujeita à regulação:

A Reforma do Estado Brasileiro redimensiona o papel da Administração Pública na prestação de serviços públicos. Reduz o tamanho do Estado agente, ao mesmo tempo em que acentua sua função regulatória. Nesse contexto, insere-se a criação das agências reguladoras, como entidades dotadas de maior autonomia financeira, administrativa e patrimonial. O objetivo principal da descentralização em curso é a busca da prestação de serviços públicos de forma mais eficiente, favorecendo os usuários consumidores. O Estado atua na regulamentação e fiscalização dos serviços, diretamente, mediante um de seus órgãos, ou de forma descentralizada, por meio das agências reguladoras (ZYMLER, 2001, p. 320).

Os contratos de concessão, dessa forma, consistem em instrumentos à disposição do Estado regulador para a realização de seus objetivos na ordem econômica, como promover a universalização e a eficiência na prestação de serviços públicos.

Os contratos administrativos, entre os quais se encontram os contratos de concessão, caracterizam-se pela presença de pessoa jurídica de direito público, funcionamento de serviço público e existência de cláusulas exorbitantes (GONÇALVES, 2007). As cláusulas exorbitantes de direito comum (ou derogatórias) são prerrogativas da Administração para modificar ou rescindir unilateralmente o contrato, fiscalizar a execução contratual, aplicar sanções e encampar os serviços essenciais (art. 58 da Lei n.º 8.666/1993).

Gonçalves (2007) distingue, ainda, as cláusulas regulamentares (ou de serviço), que disciplinam o desempenho das atividades de persecução do interesse público, e as cláusulas econômico-financeiras e monetárias (ou econômicas), que asseguram a remuneração pela prestação do serviço e não podem ser alteradas sem a prévia concordância do contratado (§1º, do art. 58, da Lei de 8.666/1993).

Segundo Gonçalves (2007) há, ainda, a diferença entre os contratos de colaboração, nos quais o particular obriga-se a prestar serviço ou a realizar obra, e os contratos de atribuição, nos quais a Administração confere direitos ao particular, como o de uso especial de bem público.

Os contratos de concessão de serviço público são contratos de colaboração em que o particular concorda em submeter-se ao regime especial de direito público (contrato de adesão) para a consecução de fins públicos mediante a exploração da atividade, por sua conta e risco, em prazo determinado.

Os contratos de concessão para a prestação do serviço público de distribuição de energia elétrica são desenhados pelo ente regulador com cláusulas de revisões e reajustes tarifários destinadas a manter o equilíbrio econômico-financeiro (cláusulas econômicas) e a promover a modicidade tarifária.

A revisão tarifária periódica é realizada geralmente a cada quatro anos e tem como objetivo definir o nível tarifário para igual período, por meio do cálculo do reposicionamento tarifário (definição da receita necessária para cobrir os custos operacionais eficientes e remunerar os investimentos prudentes) e do Fator X (índice fixado pela ANEEL para compartilhar entre concessionário e usuários os ganhos de produtividade estimados para o período, em prol da eficiência e da modicidade tarifária).

O reajuste tarifário anual é realizado entre essas revisões e tem como objetivo manter o poder de compra do concessionário, considerando-se a variação do Índice Geral de Preços – Mercado (IGP-M) e o Fator X definido na revisão.

Nesse regime de regulação por incentivos à eficiência, a prestação do serviço público é remunerada em função da tarifa limite definida no respectivo leilão de outorga (serviço pelo preço), preços máximos (*price cap*), e os ganhos de escala e eficiência são apropriados pelos concessionários bem como posteriormente compartilhados com os usuários por meio da aplicação do Fator X.

O regime de incentivos diz respeito aos custos gerenciáveis (Parcela B), itens sobre os quais o concessionário pode gerenciar a eficiência, e não se aplica, por isso, aos custos não gerenciáveis (Parcela A), uma vez que sobre esses itens o concessionário não tem poder de gerenciamento. Em relação aos custos gerenciáveis (Parcela B), o concessionário assume o risco do negócio, explora o negócio por sua conta e risco, incluído o risco de variação de mercado (ganha com o crescimento e perde com a redução do mercado).

Em relação aos custos não gerenciáveis, em função da neutralidade da Parcela A, o concessionário tem seus riscos atenuados (não deve ganhar nem perder com a variação desses itens de custo). Tais custos são repassados, por meio da tarifa, aos usuários do serviço, que assumem o risco de demanda. Nesse sentido, a CVA foi criada para compensar os componentes financeiros externos ao cálculo econômico dos reajustamentos tarifários.

De modo semelhante funcionava a política tarifária do setor até a edição da Lei n.º 8.631/1993, em que a remuneração das empresas estatais era definida em função dos respectivos custos (lucro econômico igual a zero), que eram repassados aos usuários na tarifa do serviço público (serviço pelo custo).

O ente regulador estabelece, ainda, as formas e condições segundo as quais o serviço deve ser prestado (cláusulas de serviço), de acordo com os seus objetivos para o setor, como metas de universalização de atendimento, de qualidade e continuidade do serviço (indicadores de duração e frequência de interrupção) e de eficiência na distribuição (níveis de perdas técnicas e não técnicas).

O Estado também estabelece, por meio de lei, encargos setoriais que têm como destinação específica a realização de políticas públicas relacionadas ao setor, como a diversificação da matriz energética e a universalização do serviço. Os recursos são recolhidos pelos concessionários na fatura da conta de luz dos usuários e destinados, por exemplo, a programas e fundos setoriais gerenciados pela Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobras), como o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica (*Proinfa*), a Conta de Desenvolvimento Energético (CDE), a Conta de Consumo de Combustíveis (CCC) e a Reserva Global de Reversão (RGR), entre outros encargos.

Nesse caso, o concessionário funciona como agente arrecadador e repassador de valores, a exemplo da intermediação do recolhimento de tributos, também na conta de luz, devidos pelos

usuários aos governos: federal, no caso do Programa de Integração Social/ Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PIS/PASEP) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS); estaduais, no caso do Imposto Sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS); e municipais, no caso da Contribuição Social de Iluminação Pública (COSIP/CIP).

Essas atividades de arrecadação e repasse de tributos e encargos setoriais consistem no cumprimento de deveres legais, não são a causa do contrato de concessão, não estão relacionadas à eficiência na prestação do serviço público concedido e para tal o concessionário não pode ser remunerado. A causa desses contratos de concessão é a prestação do serviço público de distribuição de energia elétrica e para isso deve ser remunerado o concessionário.

2.3. O saneamento de incidentes na execução contratual

O ente regulador deve ter a necessária competência e autonomia para o exercício de sua função regulatória e de seu poder regulamentar com “agilidade na tomada de decisões” (BENJÓ, 1999, p. 109), a fim de sanear com eficiência eventuais incidentes na execução dos contratos de concessão, a exemplo da falta de neutralidade da Parcela A.

No contexto do problema de pesquisa formulado, buscou-se inicialmente analisar a competência do ente regulador para corrigir cláusula contratual supostamente eivada de erro de cálculo em face da teoria da imprevisão, de fato do príncipe ou de fato da administração que provoque desequilíbrio econômico-financeiro do contrato ou afronta à modicidade tarifária do serviço. A teoria da imprevisão, com fundamento na cláusula *rebus sic standibus*, possibilita a revisão dos contratos de trato sucessivo em razão de fatos supervenientes:

Não é por outro motivo que os princípios contratuais clássicos do *pacta sunt servanda* e da *lex inter partes*, que estabelecem a observância do pactuado, foram sendo mitigados por uma intervenção estatal crescente. A incidência da moderna versão da cláusula *rebus sic standibus* - a 'teoria da imprevisão' - permite excepcionar a regra que estabelece a força vinculante dos contratos, ao prescrever a tutela jurídica da parte prejudicada em decorrência de circunstâncias imprevisíveis não atribuíveis aos contratantes e que promovam um grave desequilíbrio do contrato (ZYMLER, 2002, p. 184).

A possibilidade de revisão dos contratos com fundamento na teoria da imprevisão corrobora, dessa forma, a análise da influência da mudança no perfil intervencionista do Estado

sobre o direito dos contratos, com a atenuação dos princípios individuais (clássicos) pelos princípios sociais. O fato do príncipe e o fato da Administração também podem incidir na execução desses contratos, conforme as definições:

O **fato do príncipe** é tratado assiduamente como decisão da Administração, de caráter geral, alheia ao contato em si, mas que tem reflexos fortes na sua execução. É o caso, por exemplo, da criação de novos tributos ou da majoração de alíquotas de tributos incidentes sobre a atividade do concessionário. O **fato da administração** tem a mesma essência daquele primeiro, trata-se, como dissemos, de ato relacionado ao exercício das potestades públicas, mas o fato da Administração difere do fato do príncipe, pois, enquanto o primeiro relaciona-se diretamente com o contrato, o segundo é praticado pela autoridade, não como 'parte' no contato, mas como autoridade pública que, como tal, acaba por praticar um ato que, reflexamente, repercute sobre o contrato (PEREZ, 2006. p 111).

A incidência desses fatos na execução de contratos de trato sucessivo com repercussão sobre o equilíbrio contratual também deve ser considerada em face da mitigação dos princípios contratuais clássicos. A incidência de eventual erro de cálculo na sistemática de reajustamentos tarifários também deve ser saneada pelo ente regulador a fim de preservar o equilíbrio econômico-financeiro contratual e a modicidade tarifária do serviço, e os valores indevidamente atribuídos a um dos polos contratuais não podem ser apropriados pelas partes, sob pena de enriquecimento sem causa.

O Código Civil estabelece, em seu art. 143, que “o erro de cálculo apenas autoriza a retificação da declaração de vontade” e, em seu art. 884, que “aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários” (BRASIL, 2002).

Venosa (2006), a respeito do erro nos negócios jurídicos, explica a distinção entre o erro substancial (essencial), que se refere à causa do negócio e pode propiciar a sua anulação, e o erro acidental (incidental), que, por sua vez, refere-se a aspectos secundários e, por isso, não é suficiente para anular o negócio. De acordo com o autor, em regra, o erro de cálculo é incidental e, portanto, não implica a anulação do negócio jurídico, mas possibilita a sua correção:

O atual Código, no art. 143, diz que *o erro de cálculo apenas autoriza a retificação da declaração de vontade*. É disposição nova dessa lei que repete o art. 665 do Código português vigente. De acordo com essa disposição, que podia perfeitamente ser aplicada como orientação doutrinária, o erro é acidental. Não constitui motivo de anulação, mas pode ser corrigido; vale, portanto, o negócio. Há necessidade, porém, como fala a

doutrina portuguesa, de que se trate de erro ostensivo, facilmente perceptível; caso contrário, o erro será substancial (VENOSA, 2006, p. 410).

O erro de cálculo referente ao negócio jurídico, em vista disso, pode ser corrigido de acordo com o art. 143 do Código Civil e, excepcionalmente, pode até mesmo ensejar a anulação contratual, caso não seja facilmente perceptível (quando deve ser considerado erro essencial).

Essas regras contratuais do direito privado seguem os princípios sociais da nova teoria contratual e, logo, aplicam-se também aos contratos de concessão, contratos administrativos especiais (*publicae utilitatis causa*) executados em regime jurídico de direito público.

O saneamento do desequilíbrio contratual resultante desses incidentes, porém, pode ocasionar conflitos entre os polos contratuais. Nesse caso o ente regulador possui as necessárias competência legal e discricionariedade técnica para dirimir eventuais conflitos entre governo, concessionários e usuários a respeito do objeto de sua regulação:

Assim é que, por serem legalmente considerados críticos, em razão da probabilidade de gerarem *conflitos interprivados com reflexos públicos negativos*, e, por outro lado, por não comportarem a aplicação de soluções politicamente predefinidas, *esses setores são deslegalizados*, para receberem as soluções técnicas adaptáveis e flexíveis proporcionadas pela técnica da *regulação*.

Portanto, diferentemente dos quatro tipos de *intervenções estatais* ditas *fortes*, caracterizados pela imposição à *outrance*, de *um interesse específico predefinido pelo Estado como público* (mesmo que, em tese, não venha a ser materialmente um interesse real e legítimo da sociedade), essa nova técnica da *intervenção reguladora* surge como uma modalidade interventiva *leve*, que se realiza pela *imposição administrativa ao conflito*, seja latente ou deflagrado, de *decisões pragmáticas e ponderadas*, nas quais são motivadamente considerados *todos os interesses em jogo*, o que inclui, por certo, os interesses públicos.

A definição desse *interesse público específico* buscado através da regulação se vale da *processualidade aberta*, que possibilita a ponderação de todos os interesses juridicamente protegidos envolvidos, armando-se, basicamente, um triângulo de relações, em que num dos vértices está o interesse público geral cometido ao Estado (agência); no outro, estão os interesses individuais, coletivos e difusos dos usuários e consumidores e, no terceiro, os interesses privados dos agentes econômicos produtores de bens e serviços atinentes aos setores regulados (MOREIRA NETO, 2003, p. 131-132).

Segundo Moreira Neto (2003) a complexidade dos setores submetidos à regulação justificou a delegação de competências normativas (deslegalização) a fim de agilizar e flexibilizar as escolhas técnicas dos entes reguladores:

Como, em princípio, não se fazia a necessária e nítida diferença entre as *matérias que exigem escolhas político-administrativas* e as *matérias em que devam predominar as escolhas técnicas*, a competência legislativa dos parlamentos, que, tradicionalmente,

sempre lhes foi privativa, na linha do postulado da separação dos Poderes, se exerceu, de início, integral e indiferentemente sobre ambas. Somente com o correr do tempo e a crescente complexificação da convivência social veio o reconhecimento da necessidade de se fazer essa distinção, até mesmo para evitar o grave inconveniente de cristalizarem-se na lei inúmeras decisões técnicas, tornando-as rapidamente obsoletas, desenvolvendo-se, por isso, como opção, as variedades de *delegações legislativas* (MOREIRA NETO, 2003, p. 117).

Segundo o referido autor essas mudanças foram realizadas com vistas a atribuir maior legitimidade e eficiência às decisões administrativas:

A regulação é um dos mais expressivos frutos das tendências contemporâneas do Direito Público para o aperfeiçoamento da decisão administrativa com vistas a que seja eficiente em seu desempenho e legitimada em seu resultado, superando assim as linhas tradicionais da administração burocrática de corte positivista, em que, tanto a eficiência como a legitimidade, não eram mais que referências secundárias e periféricas (MOREIRA NETO, 2003, p. 95).

O papel do ente regulador nesse contexto pode ser compreendido no conceito de *Alternative Dispute Resolution – ADR*, que se refere aos meios alternativos de resolução de controvérsias, ou seja, consiste em atividade parajudicial com vistas a favorecer uma solução extrajudicial.

A legislação, portanto, conferiu aos entes reguladores prerrogativas bastantes para a resolução de conflitos na esfera administrativa, porém, como são autarquias especiais componentes da administração indireta da União, essas entidades estão submetidas à jurisdição administrativa do TCU.

As decisões do ente regulador no saneamento de incidentes na execução contratual, por isso, estão sujeitas ao controle de segunda ordem do TCU no que se refere à legalidade e à regularidade, bem como à apreciação do poder Judiciário nesse mesmo sentido.

3. Resultados e discussão

O exame dos documentos elaborados nos âmbitos do ente regulador e do respectivo ministério fez conhecer a causa determinante para a formação da distorção tarifária: a interpretação restritiva da Portaria Interministerial MF/MME n.º 25/2002 e da Subcláusula Sexta da Cláusula Sétima dos contratos de concessão por parte da ANEEL.

A conclusão decorre notadamente da análise dos pareceres da procuradoria da AGU na ANEEL e da correspondente consultoria jurídica no MME, bem como as notas técnicas da Superintendência de Regulação Econômica da Agência e da Assessoria Econômica daquele Ministério.

Os referidos documentos explicam que o ente regulador adotou interpretação equivocada da portaria interministerial destinada justamente a corrigir, por meio da instituição da CVA, desequilíbrios causados por eventuais variações, para mais e para menos, verificadas nos custos relativos aos encargos setoriais, à transmissão e à compra de energia elétrica no intervalo entre reajustes.

A Nota Técnica ASSEC n.º 51/2009 e o Parecer Conjur/MME n.º 514/2009 asseveram que a interpretação literal da referida portaria, por parte do ente regulador, resultou em sua aplicação equivocada aos contratos de concessão. A ambiguidade que ensejou o erro de interpretação refere-se aos termos “valor” e “custo” constantes da portaria interministerial, em relação aos quais a ANEEL compreendeu dizerem respeito somente à variação de preços e desconsiderou as respectivas variações quantitativas, relativas ao tamanho do mercado.

A Assessoria Econômica do MME manifesta-se nos seguintes termos por meio da referida nota técnica:

Aparentemente, a posição da ANEEL, que solicita a publicação de uma nova portaria, é resultado de uma **abordagem literal** do disposto nos arts. 1º e 2º da Portaria Interministerial n.º 25, que não detalham de forma definitiva o escopo dos conceitos de 'valor do item na data do último reajuste' e de 'valor do item na data de pagamento', o que implicou uma **interpretação extremamente restritiva** sobre o disposto no art. 3º: (MME, 2009, p. 8).

O ente regulador justificou sua interpretação, por meio do Parecer PF/ANEEL n.º 1.059/2009, sob o argumento de que a consideração dessas variações quantitativas não estaria prevista no dispositivo específico sobre a metodologia de apuração da CVA (art. 2º da referida portaria), mas apenas no dispositivo seguinte, relacionado à compensação do saldo da CVA a ser recuperado ao longo do período tarifário subsequente (art. 3º da referida portaria). Para fundamentar esse entendimento, a ANEEL relacionou até mesmo a Lei Complementar n.º 95/1998, que dispõe sobre a redação das leis.

A ANEEL pretendeu, dessa forma, justificar a desconsideração das variações de mercado dos encargos setoriais (com repercussão negativa sobre a neutralidade da Parcela A, sobre o equilíbrio contratual e a modicidade tarifária) por falta de previsão expressa em dispositivo da portaria, mas descuidou de observar que esse comando decorre diretamente dos princípios, do regime de incentivos e do marco legal do setor.

O ente regulador deixou de adotar interpretação sistemática e teleológica do conteúdo da portaria, ou seja, de acordo com as finalidades das disposições legais pertinentes, de modo a garantir a eficiência no disciplinamento e regulação das metodologias de apuração e compensação da CVA.

A ANEEL não poderia desconsiderar as variações quantitativas dos itens da CVA, decorrentes das variações do mercado, a fim de assegurar a eficiente apuração e compensação desses custos não gerenciáveis bem como a neutralidade da Parcela A.

A interpretação aplicada pelo ente regulador nas resoluções normativas elaboradas para regulamentar a CVA desprezou a neutralidade da Parcela A, pois a desconsideração das variações de mercado propiciou a influência indevida de itens de custo não gerenciáveis, como encargos setoriais, sobre a remuneração devida aos concessionários pela prestação do serviço (Parcela B), em função da configuração da fórmula paramétrica de cálculo dos reajustamentos tarifários.

A fórmula paramétrica calcula a remuneração do concessionário (Parcela B) pela subtração dos custos não gerenciáveis (Parcela A) do resultado total. Como os montantes de encargos setoriais efetivamente arrecadados ao final do exercício não eram coincidentes aos repassados de acordo com a estimativa do início do exercício, essa diferença era indevidamente atribuída aos resultados correspondentes aos custos gerenciáveis. Assim, eventuais diferenças a maior ou a menor implicavam, respectivamente, ganhos ou perdas igualmente indevidas aos concessionários, em função do crescimento ou da redução do mercado consumidor cativo correspondente a cada concessionário.

Dessa forma, por um lado, em razão do perfil de crescimento do mercado consumidor de energia elétrica verificado no país a partir de 2002, a distorção tarifária causada pela falha regulatória na interpretação e aplicação da metodologia de arrecadação e repasse de encargos setoriais proporcionou, em regra, ganhos indevidos aos concessionários, mas, por outro lado, essa

distorção acarretou prejuízos indevidos aos concessionários cujos respectivos mercados apresentaram redução.

De acordo com informações constantes da Nota Técnica ASSEC n.º 51/2009, do MME, a regulamentação da portaria interministerial ficou a cargo da ANEEL:

25. Visto que a Portaria Interministerial MF/MME n.º 25, de 2002, não estabelece os procedimentos, os critérios e a metodologia para apuração e compensação dos saldos da CVA, a ANEEL regulamentou a questão por meio de nove Resoluções Normativas, uma para cada item da Parcela A contemplado pelo mecanismo da CVA. (MME, 2009, p. 6).

A ANEEL explicou, por meio do Parecer PF n.º 1.059/2009, porque entendeu que as variações de mercado não teriam sido consideradas no disciplinamento inicial da referida portaria e reconheceu a inadequação dessa situação no contexto atual:

54. Ocorre que da forma como fora originalmente criada a CVA, buscou-se neutralizar apenas a variação dos valores dos itens da Parcela A. Não foram objeto de preocupação, no primeiro momento, as variações de mercado. Isto porque a participação dos custos integrantes da CVA na receita era diminuta. Contudo, com o crescimento paulatino destes custos em relação à receita da distribuidora, mostra-se necessário mais um ajuste na CVA. (ANEEL, 2009, p. 15).

As variações de mercado, portanto, teriam sido inicialmente desconsideradas, no entendimento do ente regulador, porque seriam insignificantes para a formação da receita. A representação da AGU no MME, ministério responsável pela edição da referida portaria em conjunto com o MF, apresentou outra explicação por meio do Parecer CONJUR n.º 335/2009:

70. Neste momento, entende-se necessária uma breve explicação sobre o motivo pelo qual as 'variações de mercado' da concessionária não foram consideradas desde a primeira versão da Portaria Interministerial. É que, naquela ocasião, não era possível precisar o quanto se arrecadava do consumidor com cada item da 'Parcela A', tendo em vista que só era publicada (e conhecida) a tarifa de fornecimento, ou seja, o somatório de todos os itens que compõem a 'Parcela A' e a 'Parcela B', não se podendo determinar cada um separadamente. (AGU, 2009, p. 22).

O MME, nesse sentido, esclareceu que as variações quantitativas não foram originalmente consideradas na portaria por dificuldade logística, por uma impossibilidade operacional de discriminar a arrecadação dos itens de custo não gerenciáveis.

A insignificância do problema, no entendimento da ANEEL, e o impedimento material para equacioná-lo, no entendimento do MME, não despertavam o interesse desses órgãos para adotar medidas saneadoras.

O crescimento significativo de encargos setoriais na composição da tarifa de energia elétrica, entretanto, contribuiu para acentuar a distorção tarifária em afronta à neutralidade dos itens de custo não gerenciáveis característicos da Parcela A. Conforme a ANEEL, no âmbito do já citado Parecer PF n.º 1.059/2009, a participação dos encargos setoriais na receita dos concessionários de distribuição passou de 3% para 11% no período entre 1997 e 2008:

53. Dessa forma, a criação de novos custos não gerenciáveis por lei e sua inclusão na CVA, fizeram com que a participação dos itens que compõem a CVA na receita das distribuidoras aumentasse progressivamente ao longo dos anos. À época dos primeiros contratos de concessão (1995-1997), o valor dos 'Encargos Setoriais' representava apenas algo em torno de 3% da receita de uma distribuidora de energia elétrica. A tabela abaixo demonstra o crescimento da participação dos encargos setoriais na receita anual das distribuidoras ao longo dos últimos anos: (ANEEL, 2009, p.14).

A tabela anunciada na citação, *Encargos Setoriais sobre a receita anual – DIST. BRASIL*, apresenta o percentual de 11,1% referente a 2008.

Nesse sentido pode ser compreendida a expressão “pacote de 'bondades' na conta de luz” empregada para dar título a um dos capítulos da obra *Desafios do Regulador*:

A cobrança embutida na conta de luz que alimenta o subsídio destinado aos consumidores considerados de baixa renda (capítulo anterior) é apenas um, entre muitos outros encargos. Cada um deles, quando analisado isoladamente, tem boa justificativa. O problema surge quando se examina 'o conjunto da obra': o custo global é enorme, próximo do correspondente valor destinado ao Programa Bolsa Família. (KELMAN, 2009, p. 149).

O aumento de encargos setoriais incidiu diretamente sobre os reajustamentos tarifários e pareceu configurar inicialmente a ocorrência de um fato do príncipe a causar a distorção tarifária.

No entanto, os efeitos do exercício de tais potestades públicas (majoração de encargos setoriais) não teriam sido verificados nos contratos de concessão caso tivessem sido neutralizados por meio da consideração das variações de mercado dos itens de custos não gerenciáveis (neutralidade da Parcela A).

Dessa forma, uma vez constatada a falha de interpretação e disciplinamento da portaria interministerial por parte do ente regulador, foram desconsideradas as linhas de investigação referentes ao fato do príncipe, ao fato da administração e à teoria da imprevisão para explicar o caso concreto.

3.1. Interpretação do ato normativo

O ato normativo deve ser interpretado com presunção de legalidade (*favor legis*) e regulamentado com eficiência para possibilitar a realização das finalidades da respectiva legislação. Nesse sentido, pode-se considerar, para efeitos deste trabalho, na qualidade de técnica de decisão jurídica, a regra de interpretação do controle de constitucionalidade:

Consoante postulado do direito americano incorporado à doutrina constitucional brasileira, deve o juiz, na dúvida, reconhecer a constitucionalidade da lei. Também no caso de duas interpretações possíveis de uma lei, há de se preferir aquela que se revele compatível com a Constituição. (...). Os Tribunais devem, portanto, partir do princípio de que o legislador busca positivar uma norma constitucional (MENDES, 2005, p.346).

De modo análogo, no presente caso concreto, a ANEEL deveria, na dúvida, ter reconhecido a legalidade da portaria e preferido uma interpretação compatível com a legislação e o regime de incentivos pertinentes ao setor regulado. Deveria, portanto, ter partido do princípio de que o MME e o MF buscaram editar conjuntamente uma portaria em conformidade ao marco legal do setor.

A portaria não registra de forma expressa a necessidade de consideração das variações de mercado, mas também não registra o contrário, que essas variações devessem ser desconsideradas (nem poderia estabelecer esta última hipótese porque seria desconforme à legislação setorial). Assim, na ausência de previsão expressa, a interpretação deve compreender a orientação implícita alinhada ao regime de regulação por incentivos à eficiência na prestação do serviço público de distribuição de energia elétrica.

O erro de interpretação da ANEEL pode ser verificado na Nota Técnica SRE nº 65/2010, que fundamentou a decisão da Audiência Pública n.º 33/2010:

55. (...) caso a Portaria permitisse considerar a variação de mercado no momento de obtenção do Saldo da CVA, em seu art. 2º, isso anularia, ao menos financeiramente, a possibilidade de ganho ou perda relacionada às variações de mercado dos itens da CVA. Aliás, esta foi a primeira proposta que a ANEEL encaminhou ao Ministério de Minas e Energia para aprimorar o cálculo tarifário (ANEEL, 2010, p.15).

O comando para que o ente regulador considerasse a variação de mercado no momento de obtenção do saldo da CVA não necessariamente deveria estar expresso no art. 2º da Portaria Interministerial MF/MME n.º 25/2002, bem como prescinde da alteração desse ato normativo

(proposta encaminhada pela ANEEL e, por isso, rechaçada pelo MME), uma vez que decorre diretamente do marco legal do setor.

A regulamentação da portaria, portanto, deve corroborar as normas do setor e, assim, considerar as variações de mercado a fim de assegurar a neutralidade dos encargos setoriais. A interpretação dessa regra prescinde de previsão expressa no ato normativo, uma vez que já se coaduna aos objetivos do sistema, consoante a razão de decidir que inaugurou o uso da interpretação conforme à Constituição nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, no âmbito da Rp. 948 (Rel. Min. Moreira Alves, RTJ n.º 82/1, p. 55):

A questão se restringe, pois, à falta de referência expressa ao caráter permanente do exercício do cargo de Governador. (...). Se não me fosse possível, com base na interpretação do espírito do texto ora impugnado, concluir que, com fundamento nele, se pode extrair a conclusão de que está implícito o caráter de permanência exigido na Constituição Federal, daria pela sua inconstitucionalidade, (...). Sucede, porém, que a restrição é de tal ordem, que, a não ser em casos excepcionalíssimos, poderia sua interpretação literal levar à concessão do subsídio a substituto eventual do Governador (ALVES, 1976 apud MENDES, 2005, p. 348).

Novamente, de modo semelhante, no presente caso concreto, a ANEEL suscitou a questão da falta de referência expressa da regra de consideração das variações de mercado. Se não fosse possível, com fundamento na ideia principal do texto da portaria interministerial, concluir que essa regra está implícita, a ANEEL poderia deixar de regulamentá-la. No entanto a interpretação literal da referida portaria adotada pelo ente regulador conduziu a um resultado contrário ao exigido pela legislação do setor.

O art. 2º da Portaria Interministerial MF/MME n.º 25/2002 dispõe que:

Art. 2º. O saldo da CVA é definido como o somatório das diferenças, positivas ou negativas, entre o **valor do item na data do último reajuste tarifário** da concessionária de distribuição de energia elétrica e o **valor do referido item na data de pagamento**, acrescida da respectiva remuneração financeira. (MME-MF, 2002).

Não há que se impugnar o referido dispositivo, desde que as expressões “valor do item na data do último reajuste tarifário” e “valor do referido item na data de pagamento” sejam interpretadas de modo a considerar as respectivas variações de mercado, em conformidade ao regime de regulação por incentivos e ao marco legal do setor, bem como a preferir a adoção de interpretação sistemática e teleológica em detrimento da interpretação literal.

3.2. Repercussão da falha regulatória

Uma vez que o histórico do consumo nacional de energia elétrica apresentou perfil de crescimento a partir de 2002, essa falha regulatória proporcionou, em regra, a apropriação de ganhos indevidos pelos concessionários.

O consumo nacional de energia elétrica apresentou crescimento de 3,5% em 2002; de 4,7% em 2003; de 7,7% em 2004; de 4,5% em 2005; de 3,5% em 2006; de 5,8% em 2007; de 3,8% em 2008; e redução de -1,1% em 2009 (a distorção tarifária foi verificada nesse período de 2002 a 2009). Este último ano sofreu influências da crise econômica mundial, por isso os seus dados detalhados registraram redução de -8% do consumo de energia elétrica na classe industrial, mas crescimento de 6,2% e de 6,1% nas classes residencial e comercial, respectivamente, conforme informações da Empresa de Pesquisa Energética (EPE) no documento [Consumo Nacional de Energia Elétrica por Classe – 1995-2009](#).

Assim, a distorção tarifária propiciada pelas falhas de interpretação da portaria interministerial e de disciplinamento das metodologias de apuração e compensação da CVA por parte do ente regulador foi acentuada pelo significativo aumento da relevância dos encargos setoriais na composição da tarifa e, por fim, indevidamente apropriada pelos concessionários em função da conjugação desses fatores com a configuração da metodologia de cálculo dos reajustamentos tarifários e o ambiente de crescimento do mercado de energia elétrica.

A ANEEL decidiu cuidar do problema por meio de dois processos distintos, cada qual com uma respectiva audiência pública, conforme mencionado, com resultados contraditórios entre si.

O Processo ANEEL n.º 48500.006111/2007-08 e a respectiva Audiência Pública n.º 43/2009 resultaram na celebração de termo aditivo aos contratos de concessão para eliminar os efeitos da distorção tarifária, por meio da adequação da metodologia de cálculo do reajuste tarifário anual, visando à neutralidade dos itens não gerenciáveis da Parcela A.

Já o Processo ANEEL n.º 48500.006802/2009-65 e a respectiva Audiência Pública n.º 33/2010 resultaram na conclusão de que não haveria ilegalidade, erro ou falha no cálculo dos reajustes tarifários até então realizados uma vez que se encontrariam de acordo com

as leis, normas pertinentes e contratos de concessão vigentes, consoante a Nota Técnica SRE n.º 65/2010.

Depois de a ANEEL reconhecer a existência da distorção tarifária, e até mesmo sanear a irregularidade doravante, apresentou conclusão incoerente no âmbito do processo destinado justamente a apurar os efeitos do aperfeiçoamento metodológico e quantificar os respectivos valores por concessionária desde a edição da Portaria Interministerial MME/MF 296/2001.

Ora, a ANEEL instaurou dois processos referentes ao mesmo problema. No primeiro concluiu pela necessidade de correção da metodologia de cálculo do reajustamento tarifário e para isso ajustou termo aditivo aos respectivos contratos de concessão, portanto não há coerência lógica em concluir no segundo que sequer houve erro ou falha a serem corrigidos.

O disciplinamento da portaria, a formulação e aplicação da metodologia de cálculo, a celebração e execução dos contratos foram realizadas pelo ente regulador competente, mas houve afronta material aos princípios e ao conteúdo das disposições legais pertinentes à execução dos contratos de concessão da prestação do serviço público de distribuição de energia elétrica. Os dispositivos legais afrontados são: o inciso I do art. 14 da Lei n.º 9.427/1996 e § 1.º do art. 6.º da Lei n.º 8.987/1995, conforme fundamentação do Acórdão TCU n.º 2.210/2008.

A Lei n.º 8.987/1995, que dispõe sobre os regimes de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição Federal de 1988, estabelece em seu art. 6º que:

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1.º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas (BRASIL, 1995).

A Lei nº 9.427/1996, que institui a ANEEL e disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica, dispõe em seu art. 14 que:

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 (BRASIL, 1996).

O primeiro dispositivo legal citado refere-se ao princípio da modicidade tarifária e o segundo ao regime de regulação por incentivos, ambos estão relacionados ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

A metodologia de cálculo dos reajustes tarifários estava regularmente formulada, em termos formais, mas a sua aplicação no caso concreto resultou em afronta ao regime de regulação por incentivos e ao princípio da modicidade tarifária, bem como provocou o desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão por causa do equívoco na interpretação e regulamentação da Portaria Interministerial MF/MME n.º 25/2002 e, ainda, da interpretação e aplicação da Subcláusula Sexta da Cláusula Sétima dos contratos de concessão por parte do ente regulador.

A interpretação equivocada da ANEEL propiciou reflexamente a atribuição indevida do saldo das variações de mercado referentes aos encargos setoriais à Parcela B por meio da aplicação da fórmula de cálculo regularmente prevista nos contratos.

Ocorre que por meio dessa fórmula encontrava-se o valor correspondente à remuneração do concessionário (Parcela B) pelo restante da diferença entre a receita total e a Parcela A: (Parcela B = receita total – Parcela A).

Assim, ao desconsiderar, por erro de interpretação da portaria, uma fração devida da Parcela A, correspondente ao saldo das variações de escala do negócio referentes aos encargos setoriais, o ente regulador, ao aplicar a metodologia contratual, atribuiu indevidamente essa fração à Parcela B.

Caso a ANEEL, por exemplo, verificasse 65% da receita total referentes à Parcela A, os restantes 35% seriam atribuídos à Parcela B, ou seja, $Parcela\ B = 100\% - 65\%$, logo $Parcela\ B = 35\%$. Mas, nesse mesmo exemplo, caso a ANEEL, equivocadamente, daqueles 65% devidos da Parcela A, desconsiderasse 2% correspondentes ao saldo das variações de mercado referentes aos encargos setoriais, o valor da Parcela A seria indevidamente considerado em 63% e, assim, o valor restante de 37% seria indevidamente atribuído à Parcela B ($100\% - 63\% = 37\%$).

A ANEEL descreve essa sistemática na Nota Técnica SRE n.º 65/2010, em que apresenta um resumo de cálculo de um reajuste tarifário anual com crescimento de mercado de 10%:

41. Nota-se, pelo exemplo, que a receita de um ano para outro passou de 10.000 (RA1 do ano anterior) para 11.000 (RA0 do ano seguinte), devido ao crescimento de 10% do

mercado. Na Data de Referência Anterior – DRA, o custo na aquisição da energia passou para 3.520, na transmissão para 880, **mas os valores dos encargos permaneceram os mesmos (1.000)**, em comparação com o DRP do ano anterior. A não variação dos valores dos encargos setoriais, a despeito de ter ocorrido variação de mercado, está estabelecida na subcláusula sexta da cláusula sétima do contrato: 'Para os demais itens da Parcela A **valores** vigentes na data do reajuste em processamento, conforme já descrito anteriormente'.

42. Ocorre que essa não consideração da variação de mercado combinada com a fórmula do contrato para a obtenção da Parcela B: $VPB_0 = RA_0 - VPA_0$, gerou uma variação na Parcela B (VPB₀) em mais de 10% (de 5.500 e não de 5.600). No exemplo, **caso os valores dos encargos tivessem sido crescidos na mesma proporção do aumento de mercado**, ou seja, variado de 1.000 para 1.100 o VPB₀ teria ficado em 5.500 e não em 5.600. Como isso não ocorre, **o valor da Parcela B que compõe a nova RA1 apropria a variação de mercado ocorrida nos encargos setoriais**. Portanto, em virtude das cláusulas econômico-financeiras estabelecidas no próprio contrato o risco de variação de mercado fica com a empresa. Desse modo, se houver crescimento de mercado a distribuidora se apropria dessa renda e se houver redução de mercado a distribuidora arca com o desembolso no que se refere aos encargos setoriais (ANEEL, 2010, p. 13).

O ente regulador afirma que a não consideração das variações de mercado referente aos encargos setoriais estaria prevista na expressão “valores vigentes na data do reajuste em processamento” constante da Subcláusula Sexta da Cláusula Sétima do contrato. Entretanto, a ANEEL novamente adota interpretação restritiva do termo “valores”. A interpretação sistemática e teleológica não permite excluir a variável quantitativa dessa expressão, deve-se sim considerar os valores vigentes na data do reajuste em processamento, mas sem desprezar a variação quantitativa do mercado.

A ANEEL reconhece, ainda em relação ao exemplo constante da referida nota técnica, que a desconsideração da variação de mercado relativa aos encargos setoriais implica apropriação de valores na Parcela B (100 unidades no exemplo, de 5.500 para 5.600) e afirma que tal fato decorreria do risco de variação de mercado previsto na cláusula econômica do contrato.

O ente regulador, porém, comete erro conceitual, pois o risco de variação de mercado é risco do negócio, referente aos itens de custo gerenciáveis (Parcela B) mas não aos encargos setoriais, que são itens de custo não gerenciáveis (Parcela A) sobre os quais o concessionário tem seus riscos mitigados, uma vez que são repassados aos usuários por meio da tarifa. O concessionário não deve ganhar nem perder com a variação de itens de custo sobre os quais não tem poder de gerenciamento, disso cuida o princípio da neutralidade da Parcela A e por isso foi criada a CVA.

Nesse sentido, no âmbito do denominado Acordo Geral do Setor Elétrico, o ente regulador editou a Resolução ANEEL n.º 90/2002 e a Resolução ANEEL n.º 484/2002 para regulamentar o art. 6º da Lei n.º 10.438/2002 e “promover a remuneração das variações passadas dos custos da Parcela A” a fim de compensar perdas referentes a custos não gerenciáveis experimentadas pelos concessionários no exercício de 2001 (WALD, 2004, p. 428).

Esses itens de custos não fazem parte da cláusula econômica do contrato porque não se referem à remuneração do concessionário por serviço prestado. Na atividade de arrecadação e repasse de encargos setoriais não há prestação de serviço de distribuição de energia elétrica, mas apenas cumprimento de exigência legal.

A apropriação de valores correspondentes ao saldo de encargos setoriais pelos concessionários contradiz o regime de regulação por incentivos, uma vez que se trataria de prêmio desvinculado da eficiência na prestação do serviço e dos riscos do negócio, bem como afronta o marco legal do setor porque não permite compartilhar com os usuários os ganhos advindos do crescimento do mercado.

Essas distorções tarifárias ilegais foram saneadas mediante acordo bilateral celebrado entre o ente regulador e os concessionários, mas poderiam ter sido retificadas por meio de ato unilateral do ente regulador no exercício de seu poder-dever de autotutela administrativa, por determinação do órgão de controle externo no exercício de sua competência de controle de segunda ordem ou por decisão judicial.

O ente regulador possui o poder-dever de, no exercício da autotutela, rever sua interpretação da portaria interministerial, a regulação e a aplicação das metodologias de cálculo, além de corrigir as respectivas cláusulas contratuais, independentemente da adesão das concessionárias, sempre que necessário para dar cumprimento aos princípios e à legislação que regem o setor.

Não há que se falar, no caso concreto objeto deste estudo, em alteração unilateral do contrato, descumprimento contratual, “quebra de contrato”, “rasgar contratos” etc uma vez que os incidentes na execução contratual foram originados por erros de interpretação do ato normativo interministerial e da cláusula contratual relacionados à aplicação dos reajustes tarifários. Nesse sentido, bastaria ao ente regulador rever a sua interpretação para corrigir dos erros de cálculo decorrentes da interpretação anterior, com fundamento no art. 143 do Código Civil.

Conforme o referencial teórico, o Código Civil (Lei n.º 10.406/2002), em seu *Capítulo IV - Dos Defeitos do Negócio Jurídico, Seção I - Do Erro ou Ignorância*, dispõe sobre a possibilidade de correção contratual em razão de erro de cálculo: “Art. 143. O erro de cálculo apenas autoriza a retificação da declaração de vontade” (BRASIL, 2002).

O órgão de controle externo, por seu turno, tem competência constitucional para determinar a adoção de medidas saneadoras, no âmbito do controle de segunda ordem, caso o ente regulador ainda não tenha providenciado o exato cumprimento legal.

A Constituição Federal de 1988 assim dispõe sobre a competência do TCU:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

(...)

IX – assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X – sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

§ 1.º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

§ 2.º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito (BRASIL, 1988).

No caso concreto objeto deste estudo, depois de verificar afrontas ao disposto no inciso I do art. 14 da Lei n.º 9.427/1996 e no § 1.º do art. 6.º da Lei n.º 8.987/1995, o TCU determinou ao ente regulador, por meio do Acórdão Plenário n.º 2.210/2008, a adoção de medidas corretivas. Posteriormente, porém, o Tribunal decidiu tornar insubsistente o teor desse acórdão por meio do Acórdão Plenário n.º 2.544/2008, quando acolheu embargos de declaração e deu provimento ao pedido de reexame interpostos pela ANEEL, fundados na inobservância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, em vista da ausência de oitiva das concessionárias afetadas pela decisão.

Em seguida, o ente regulador adotou as medidas corretivas que entendeu pertinentes, no âmbito dos processos ANEEL de n.º 48500.006111/2007-08 e de n.º 48500.006802/2009-65. Se tais medidas não forem bastantes ao saneamento das ilegalidades, o órgão de controle externo deverá novamente assinar prazo para que o ente regulador adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei.

3.3. Cláusulas econômicas e encargos setoriais

Consoante o referencial teórico, as cláusulas econômicas cuidam de estabelecer e manter o equilíbrio entre o serviço prestado e a remuneração percebida pelo concessionário, e não podem ser alteradas unilateralmente pela Administração.

Os contratos de concessão são comutativos, ou seja, devem apresentar justa equivalência entre as recíprocas prestações pactuadas entre os polos contratuais. Aos contratos comutativos contrapõem-se os contratos aleatórios, nos quais não há previsão de equivalência das prestações. A prestação de uma das partes depende da sorte, do risco ou acaso de acontecimento incerto, a exemplo do contrato de seguro.

Em razão da comutatividade dos contratos de concessão, as remunerações recebidas a maior ou a menor pelo concessionário em função de erro incidente na execução contratual devem ser saneadas pelo ente regulador com vistas a recompor a justiça entre as prestações e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

A comutatividade funciona como elemento atenuador do risco do concessionário, pois assegura a correspondência da remuneração ao serviço prestado.

As cláusulas econômicas do contrato de concessão compreendem o risco de variação do mercado, que faz parte do risco do negócio, referente aos custos pertinentes ao negócio, aos itens de custos gerenciáveis pelo concessionário (Parcela B).

Os encargos setoriais são itens de custos não gerenciáveis (Parcela A), por isso não compõem a equação econômica da concessão, não formam parte das cláusulas econômicas do contrato. O concessionário não deve ser melhor ou pior remunerado em função do seu desempenho na arrecadação e repasse de encargos setoriais. A remuneração do concessionário está correlacionada à sua eficiência na prestação do serviço público concedido.

Não há que se falar, portanto, no caso concreto objeto deste estudo, em descumprimento de cláusula econômica na medida em que os incidentes verificados na execução contratual (tratamento equivocado dos encargos setoriais) são alheios à causa e ao conteúdo econômico dos contratos de concessão. A distorção tarifária incidiu sobre itens de custos alheios à cláusula econômica do contrato (encargos setoriais).

A correção da distorção não implica alteração do valor econômico do negócio, da base de remuneração regulatória ou das condições efetivas da proposta pactada.

A atribuição ao concessionário de valores correspondentes aos encargos setoriais deve ser retificada pelo ente regulador porque não dizem respeito à remuneração pela prestação do serviço de distribuição de energia elétrica.

Nesse sentido pode ser compreendida a declaração de David Antunes Lima, superintendente de regulação econômica da ANEEL, publicada na reportagem mencionada na introdução deste artigo: “[Ficar com o dinheiro] é eticamente discutível, mas isso que as distribuidoras estão fazendo é o que legalmente está constituído. Nós temos plena certeza que esse é um dinheiro que não pertence à distribuidora”.

Mas a questão não se limita ao campo da discussão moral, como deu a entender o representante da ANEEL, senão ao campo da legalidade, uma vez que os erros de interpretação do ente regulador implicaram afronta às leis setoriais, bem como ao regime de incentivos à eficiência na prestação do serviço.

3.4. Efeitos do saneamento dos atos impugnados

O sistema de boa-fé objetiva pressupõe o compromisso de adotar um comportamento correto e prescinde da investigação da condição subjetiva do concessionário (não se indaga se ele sabia que recebia valores indevidos) para se verificar a situação de injustiça contratual e determinar a conseqüente necessidade de retorno à justa equivalência das prestações originalmente pretendida (MARTINS, 2009).

Segundo Martins (2009), os fatos independentes da vontade das partes podem gerar um enriquecimento sem causa, quando uma parte enriquece indevidamente à custa da outra.

No presente caso concreto, em que o erro de interpretação do ente regulador provocou injustiça na execução dos contratos, o reequilíbrio decorrente do saneamento dos atos impugnados independe da condição subjetiva dos concessionários.

A decisão saneadora dos atos impugnados deve ter, em regra, eficácia *ex tunc* (efeitos retroativos) e, assim, ordenar a restituição dos valores pagos a maior, a fim de reestabelecer o equilíbrio contratual.

Segundo Mendes (2005), caso os efeitos retroativos possam causar prejuízos mais gravosos do que aqueles decorrentes da situação de ilegalidade, em vista do princípio da proporcionalidade, o julgador pode atribuir à decisão saneadora eficácia *ex nunc* (efeitos doravante) ou modular efeitos *pro futuro* (diferidos), com fundamento em ponderação concreta e demonstrada por motivos de segurança jurídica ou interesse social relevante.

No caso concreto, entretanto, não se verifica, *prima facie*, a possibilidade de ocorrência dessa situação excepcional, ou seja, a hipótese de que a devolução dos valores pudesse comprometer a saúde financeira das concessionárias ao ponto de afetar a prestação do serviço, uma vez que os referidos valores não representam percentual significativo da receita do setor e que a sua devolução poderia ser planejada com fundamento na discricionariedade técnica do ente regulador e de acordo com os princípios do respectivo marco legal.

Em regra, portanto, a ANEEL deve exercer seu poder-dever de autotutela para reconhecer que a interpretação dada ao art. 2º da portaria interministerial e à cláusula contratual referentes aos reajustamentos tarifários afrontou ao marco legal do setor, ao regime de regulação por incentivos, ao equilíbrio econômico-financeiro e à modicidade tarifária, bem como que os respectivos procedimentos de reajuste foram realizados com tal vício de nulidade e, assim, anular esses atos de execução do contrato e dar interpretação conforme à legislação setorial a fim de refazer os respectivos cálculos e redistribuir os valores devidos.

Não há que se falar, finalmente, na vedação de aplicação retroativa de nova interpretação da norma administrativa estabelecida na segunda parte do inciso XIII do parágrafo único do art. 2º da Lei n.º 9.784/1999, uma vez que não se cuida da evolução de interpretações juridicamente válidas, senão da anulação de interpretação ilegal e adoção da interpretação que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirigem o art. 2º da Portaria Interministerial MF/MME n.º 25/2002 e a Subcláusula Sexta da Cláusula Sétima dos contratos de concessão.

3.5. Direitos do consumidor e direitos do usuário

A devolução dos valores, em caso de decisão com efeitos retroativos, deve ser realizada de acordo com as normas pertinentes à prestação do serviço (regime especial de direito público), uma vez que as regras gerais dos direitos do consumidor (regime de direito privado) aplicam-se

subsidiariamente às relações entre concessionário e usuário, apenas na omissão da legislação setorial específica.

A Constituição Federal de 1988 distingue o regime dos direitos do consumidor e o regime dos direitos do usuário de serviços públicos:

O regime constitucional aplicável ao consumidor é derivado dos arts. 5.º, XXXII, e 170, V, da Constituição, bem como do art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT (que é a matriz constitucional do Código de Defesa do Consumidor – CDC, Lei 8.078/1990). A disciplina constitucional do usuário do serviço público é estabelecida pelos arts. 37, § 3.º, I, e 175, II ('direitos dos usuários') e pelo art. 27 da EC n.º 19/1998 (que prevê a edição de leis de defesa dos usuários de serviços públicos) (PEREIRA, 2009, p. 3).

O regime dos direitos do consumidor foi estabelecido por meio da Lei n.º 8.078/1990, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), com fundamento no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) bem como no inciso XXXII do art. 5.º e no inciso V do art. 170 (que tratam a defesa do consumidor, respectivamente, como direito fundamental e princípio geral da atividade econômica), todos da Constituição Federal de 1988.

O regime dos direitos do usuário de serviços públicos, por sua vez, está estabelecido por meio do respectivo marco legal setorial, uma vez que o Congresso Nacional não elaborou a lei de defesa do usuário de serviços públicos prevista pelo art. 27 da Emenda Constitucional n.º 19/1998.

Os direitos dos usuários, portanto, dependem das normas pertinentes ao respectivo serviço, de modo que estão relacionados à complexidade e às especificidades de cada setor regulado. No que se refere ao serviço de distribuição de energia elétrica, o regime de direitos dos seus usuários deve atender, por exemplo, às disposições e aos princípios da Lei n.º 8.987/1995 (Lei de Concessões) e da Lei n.º 9.427/1996 (Lei de Criação da ANEEL).

Os serviços públicos, dessa forma, estão sujeitos à regulação setorial (cobrança de tarifa), enquanto as relações de consumo estão submetidas à regulação geral da economia (livre negociação de preços).

As relações de consumo no regime jurídico de direito privado caracterizam-se pela liberdade dos consumidores, que podem escolher no mercado com quem e o que contratar, quais produtos ou serviços, bem como negociar preços, formas e condições de pagamentos.

O consumidor é um agente da economia de mercado. O direito do consumidor e o direito antitruste são instrumentos de controle do poder econômico. O usuário está fora do mercado e integra um regime de direito público, de controle estatal sobre a prestação (direta ou indireta) de utilidades juridicamente qualificadas como de titularidade do Estado (PEREIRA, 2009, p. 3).

No regime especial de direito público, o Estado delimita por meio do contrato de concessão as obrigações do concessionário e as condições da prestação do serviço público aos usuários.

A prestação do serviço público de distribuição de energia elétrica é concretizada por meio da celebração de dois contratos de adesão.

O concessionário adere às cláusulas do contrato de concessão conforme formuladas pelo poder concedente ao se inscrever no respectivo leilão de outorga. Nesse sentido, a autonomia da vontade do concessionário limita-se à decisão de participar ou não do certame, sem discutir as cláusulas contratuais ou as condições da prestação do serviço.

O usuário, por sua vez, adere às cláusulas do contrato de prestação do serviço com aquele concessionário ao ligar o interruptor de luz, sem qualquer liberdade de escolher com quem contratar ou de negociar as condições da prestação do serviço (qualidade, tarifas etc), já previamente definidas pelo Estado (titular do serviço).

A aplicação subsidiária do CDC à solução de conflitos suscitados na prestação de serviços públicos, portanto, deve considerar as disposições legais pertinentes ao setor regulado.

A regra de devolução em dobro dos valores indevidamente pagos a maior pelos consumidores prevista no parágrafo único do art. 42 do CDC, dessa forma, pode ser incompatível com a continuidade do serviço público de distribuição de energia elétrica, uma das condições do serviço adequado previstas no §1º do art. 6º da Lei de Concessões.

A decisão saneadora dos atos impugnados objeto deste estudo deve determinar, portanto, em regra, a devolução dos valores com a respectiva atualização monetária, uma vez que, além disso, a cobrança indevida por parte do concessionário foi propiciada por erro cometido pelo ente regulador.

4. Considerações finais

A análise dos documentos referentes à Audiência Pública n.º 43/2009 e à Audiência Pública n.º 33/2010, conduzidas pela ANEEL para tratar das irregularidades verificadas nos reajustamentos da tarifa de distribuição de energia realizados no período de 2002 a 2009, permitiu concluir que houve falha regulatória na interpretação, regulamentação e aplicação da Portaria Interministerial MF/MME n.º 25/2002, bem como na interpretação e execução desses contratos.

O ente regulador adotou interpretação restritiva do art. 2º da referida portaria e da Subcláusula Sexta da Cláusula Sétima dos contratos de concessão em descon sideração da variação de mercado dos encargos setoriais e da neutralidade da Parcela A.

A falha regulatória implicou o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato e a distorção do regime de regulação por incentivos à eficiência na prestação do serviço público, bem como afrontou ao princípio da modicidade tarifária, uma vez que o cenário nacional de crescimento do consumo de energia elétrica repercutiu, em regra, na apropriação pelos concessionários de ganhos indevidos e não compartilhados com os usuários.

A ANEEL corrigiu a distorção tarifária por meio de acordos bilaterais com cada um dos concessionários, mediante termo aditivo com vistas ao aperfeiçoamento da metodologia de reajuste prevista nos contratos de concessão, mas poderia ter saneado o problema unilateralmente, no exercício do seu poder-dever de autotutela, por meio da aplicação de interpretação conforme à legislação e ao regime de incentivos próprios do serviço regulado e da consequente retificação dos reajustes impugnados.

Verificou-se, ainda, que os valores recebidos a maior pelos concessionários, independente de culpa ou conhecimento de que eram indevidos, para evitar o seu enriquecimento sem causa e a fim de reestabelecer a justa equivalência das recíprocas prestações contratuais, devem ser devolvidos aos usuários.

Uma vez que a ANEEL, entretanto, decidiu pelo não ressarcimento desses valores, em contradição à sua própria atuação para corrigir a metodologia dos reajustes tarifários e em afronta aos dispositivos legais pertinentes à modicidade tarifária e ao regime de incentivos do setor, o TCU deve exercer a sua competência constitucional para sustar essa decisão e determinar ao ente

regulador que adote medidas saneadoras para dar cumprimento ao marco legal (art. 71 da Constituição Federal de 1988). O Tribunal, nessa sistemática de controle da legalidade, não pode substituir ou reformar as decisões regulatórias, mas deve sustar aquelas ilegais ou irregulares bem como indicar os dispositivos violados que devem ser observados em uma nova deliberação do ente regulador.

Além dessas conclusões apresentadas neste artigo, cabe fomentar novos estudos a respeito de outros aspectos relacionados ao caso concreto mas que não foram objeto de investigação no presente trabalho.

Nesse sentido, um novo trabalho poderia investigar como a devolução dos valores recebidos a maior pelos concessionários deveria ser levada a efeito: se em única prestação ou por meio de deduções sucessivas no cálculo da tarifa ao longo de um período flexível, a exemplo da compensação promovida no âmbito do denominado Acordo Geral do Setor Elétrico (WALD, 2004) em razão de perdas experimentadas pelos concessionários no exercício de 2001, referentes a custos não gerenciáveis correspondentes à redução compulsória do consumo.

Cabe, ainda, fomentar estudos sobre os fatores determinantes da atuação do ente regulador nesse caso caracterizado pela cumulação de vicissitudes e erros propícios à falha regulatória.

Segundo KELMAN (2009, p. 22), no período de transição entre a exoneração dos servidores temporários e a posse dos efetivos em cumprimento à Lei n.º 10.871/2004, “jogou-se fora um excelente quadro de profissionais” da ANEEL, o que “foi uma experiência bastante traumática, com efeito deletério (...) para a Agência, que teve grande dificuldade em manter a memória institucional”. Logo, propõe-se investigar em novos estudos se esse revés no corpo técnico do ente regulador foi um fator determinante para a ocorrência da falha regulatória e quais outros fatores poderiam ter sido determinantes para tal.

GUERRA (2005, p. 233) afirma que “o amplo debate sobre a teoria da captura das entidades regulatórias (*capture theories*) surgiu nos Estados Unidos da América no fim dos anos sessenta”, com destaque para a obra de George Stigler, de 1971 (*The theory of economic regulation*). A captura pode ser definida como o alinhamento da atuação do ente regulador aos interesses de determinados regulados em detrimento aos interesses coletivos:

(...) a captura se configura quando a Agência Reguladora perde sua condição de autoridade comprometida com a realização do interesse coletivo, e passa a produzir atos

destinados a legitimizar a realização dos interesses egoísticos de um, alguns ou todos os seguimentos empresariais regulados (JUSTEN FILHO, 2002 apud GUERRA, 2005, p. 234).

Segundo BENJÓ (1999, p. 116), “há um apelo implícito na influência exercida pelos concessionários: a sinalização de colocações profissionais importantes para os reguladores ao final de seus mandatos”.

A ANEEL verificou a distorção tarifária prejudicial aos usuários em 2007, mas adotou providências depois da repercussão midiática da atuação do TCU, da CPI das Tarifas de Energia Elétrica, de entidades de defesa do consumidor etc, quando enfim apresentou medidas saneadoras para os próximos reajustamentos. O ente regulador, porém, não atribuiu efeitos retroativos a essas medidas e, assim, não saneou os reajustamentos passados sob a alegação de que os atos impugnados estariam de acordo com as regras à época constituídas.

Uma vez que semelhantes óbices jurídicos não foram suscitados quando do saneamento retroativo do efeito tarifário prejudicial aos concessionários no âmbito do Acordo Geral do Setor Elétrico, propõe-se investigar em estudos complementares se o risco de captura do ente regulador pode ter sido concretizado no presente caso concreto.

Nesse contexto, pode-se compor uma linha de pesquisa sobre o papel que o controle externo pode exercer para mitigar as possibilidades de falha regulatória ou de captura do ente regulador.

Os resultados desses estudos sugeridos podem corroborar a presente conclusão de que a cooperação controle-regulação contribui para aperfeiçoar a estabilidade regulatória do setor elétrico, reduzir o risco regulatório e realizar a política setorial formulada pelo poder concedente, uma vez que a atuação suplementar do órgão de controle externo, com respeito à competência técnica e à independência decisória do ente regulador, pode funcionar para garantir a eficiência do acompanhamento da execução dos contratos de concessão.

Referências

BENJÓ, I. **Fundamentos da economia da regulação**. Rio de Janeiro: Thex Editora, 1999.

BRASIL. Código Civil. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Lex**: Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 4 ago. 2010.

_____. Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988. **Lex:** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 4 ago. 2010.

_____. Lei de Concessões. Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. **Lex:** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 4 ago. 2010.

_____. Lei de Criação da ANEEL. Lei n.º 9.427, de 26 de dezembro de 1996. **Lex:** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 4 ago. 2010.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Parecer CONJUR/MME n.º 335/2009:** Proposta de adequação da metodologia da Conta de Compensação de Variação de Valores de Itens da “Parcela A” - CVA para, na compensação do saldo, considerar, de forma eficaz, as variações de mercado da concessionária. Brasília: AGU, 2009. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br>>. Acesso em: 23 jul. 2010.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Nota Técnica n.º 366/2009-SRE-SCT/ANEEL:** Proposta de aditivo aos contratos de concessão de serviço público de distribuição de energia elétrica para adequação dos procedimentos de cálculo dos reajustes tarifários anuais, visando à neutralidade da Parcela A. Brasília: ANEEL, 2009. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br>>. Acesso em: 23 jul. 2010.

_____. **Nota Técnica n.º 65/2010-SRE/ANEEL:** Análise da metodologia de cálculo do reajuste tarifário anual, conforme prevista nos contratos de concessão de distribuição de energia elétrica. Brasília: ANEEL, 2010. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br>>. Acesso em: 23 jul. 2010.

_____. **Parecer n.º 1.059/2009-PF/ANEEL:** Contrato de concessão de serviço público de distribuição de energia elétrica. Tarifa. Parcela A. Busca da neutralidade. Conta de Variação dos Itens da Parcela A – CVA. Interpretação do art. 3º, §4º, da Portaria Interministerial MF/MME 25/2002. Impossibilidade de se atribuir a disposição ou exceção criada por um parágrafo ao *caput* de um artigo ao qual não está vinculado. Literalidade do art. 11, III, “c”, da Lei Complementar 95/1998. Inexistência de previsão, na legislação vigente, de autorização para que a ANEEL, quando do cálculo do saldo da CVA, capture as variações de mercado. Inexistência de competência à ANEEL para que, por si, altere a metodologia de cálculo do saldo da CVA. Brasília: AGU, 2009. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br>>. Acesso em: 23 jul. 2010.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar a formação dos valores das tarifas de energia elétrica no Brasil, a atuação da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) na autorização dos reajustes e reposicionamentos tarifários a título de reequilíbrio econômico-financeiro e esclarecer os motivos pelos quais a tarifa média de energia elétrica no Brasil é maior do que em nações do chamado G7, grupo dos sete países mais desenvolvidos do mundo (CPI – Tarifas de Energia Elétrica)**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2009. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 4 ago. 2010.

BRASIL. Ministério de Minas e Energia. **Nota Técnica 51/2009-ASSEC**: Proposta encaminhada pela ANEEL, por meio do Ofício 267/2008-DR/ANEEL, para alteração da Portaria Interministerial MF/MME 25, de 24 de janeiro de 2002. Brasília: MME, 2009. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br>>. Acesso em: 23 jul. 2010.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2.210/2008-Plenário**. Brasília: TCU, 2008. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 23 jul. 2010.

FIGUEIREDO, P. H. P. **A regulação do serviço público concedido**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

GOMES, M. B.; COUTINHO, M. A.; WANDERLEY, M. A. Dez anos de controle externo da regulação de serviços públicos. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Regulação de serviços públicos e controle externo**. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008.

GONÇALVES, C. C. **Contrato administrativo: tendências e exigências atuais**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GRAU, E. R. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

GUERRA, S. **Controle judicial dos atos regulatórios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

KELMAN, J. **Desafios do regulador**. Rio de Janeiro: Synergia: CEE/FGV, 2009.

LÔBO, P. L. N. Princípios contratuais. In LÔBO & LYRA JUNIOR, E. M. G. (coordenadores). **A teoria do contrato e o novo Código Civil**. Recife: Nossa Livraria, 2003.

MARTINS, F. R. **Princípio da justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, G. F. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 2005.

MOREIRA NETO, D. F. **Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PEREIRA, C. A. G. **Direito dos usuários de serviços públicos**. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n. 34, dez./2009, Disponível em: <http://www.justen.com.br/informativo.php?&informativo=34&artigo=432&l=pt>. Acesso em: 15 nov. 2010.

PEREZ, M. A. **O risco no contrato de concessão de serviço público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

SOUZA, A. S. P. **A Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL e a novela da devolução dos valores cobrados indevidamente dos consumidores de energia elétrica**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2613, 27 ago. 2010. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/17195>. Acesso em: 10 out. 2010.

TORRES, A. C. B. **Teoria contratual pós-moderna**. Curitiba: Juruá, 2007.

VENOSA, S. S. **Direito civil: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2006.

WALD, A. **Pareces**: Direito das Concessões, v. 3 (Série grandes pareceristas). Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

ZYMLER, B. O papel do Tribunal de Contas da União no controle das agências reguladoras. In: INSTITUTO HELIO BELTRÃO. (Org.) **Quem controla as agências reguladoras de serviços públicos? / Seminário Internacional**: debates e trabalhos apresentados em Brasília, setembro de 2001. Brasília: IHB, 2001. p. 298-321.

_____. **Política e Direito:** uma visão autopoietica. Curitiba: Juruá, 2002.

ZYMLER, B.; ALMEIDA, G. H. R. **O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas.** Belo Horizonte: Fórum, 2008.