

SUMÁRIO

Introdução.....	2
1- As Condições de Contorno.....	3
1.1 - As Agências Reguladoras e o TCU.....	3
1.2 - Os Serviços Públicos.....	6
1.3 - O Serviço Público de Transmissão de Energia Elétrica.....	9
2 - Os Argumentos da ANEEL.....	10
3 - Análise dos Argumentos da ANEEL.....	12
Conclusões.....	15
Referências Bibliográficas.....	17

O TCU E A REVISÃO TARIFÁRIA NOS CONTRATOS DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA.

Autor: Fontenele, Alessandro de Araújo (*)

INTRODUÇÃO

O setor elétrico brasileiro sofreu importantes transformações ao longo da década de 90, que culminaram com o aparecimento do atual modelo regulatório. Claramente, o Estado brasileiro realizou um movimento de centralização normativa e de descentralização operacional em diversas áreas de infra-estrutura, o que ensejou a formação de diversos, substanciais e atraentes mercados de prestação de serviços, notadamente os serviços públicos [Sundfeld, 2000].

Em 2005, o processo de concessão de linhas de transmissão LT Tucuruí - Vila do Conde e outras¹ foi acompanhado com muita atenção por diversos agentes do setor elétrico, pois nessa ocasião o Plenário do Tribunal de Contas da União prolatou o Acórdão n° 649/2005.

Por meio daquele dispositivo, o Tribunal determinava que a ANEEL declinasse as razões para a inexistência de revisão tarifária ordinária nos contratos de concessão de serviço público de transmissão de energia elétrica, acompanhada de fundamentação técnica, econômica e legal que demonstrasse ser adequada aquela opção.

A Corte de Contas houve por bem determinar à ANEEL que fizesse constar das minutas de contrato de concessão, em futuras licitações para a concessão de serviços públicos de energia elétrica, mecanismos adequados de apropriação de ganhos de eficiência empresarial, conforme dispõe o art. 14, inciso IV, da Lei 9.427/96.

O TCU também determinou à Agência que promovesse a adequação dos contratos de concessão de serviço público de transmissão de energia elétrica já assinados para incluir mecanismos destinados à redução das tarifas em razão de apropriação de ganhos de eficiência empresarial ou a redução de custos, conforme dispõe o art. 14, inciso IV, da Lei 9.427/96.

(*) Analista de Controle Externo do Tribunal de Contas da União, Mestrado em Administração de Empresas pelo COPPEAD/UFRJ, Especialista em Gerência de Operações em Energia pelo CEFET/RJ e aluno de Graduação em Direito da Universidade de Brasília.

¹ Processo do Tribunal de Contas da União n° TC-006.226/2004-8, de acompanhamento de concessão de linhas de transmissão, instruído pela Secretaria de Fiscalização de Desestatização – SEFID.

O objetivo deste trabalho é examinar a pertinência das razões que a ANEEL apresentou para não realizar a revisão tarifária periódica nos contratos de transmissão de energia elétrica, que, de resto, está claramente positivada em dispositivo legal.

Além disso, a questão desperta interesse mercê de sua materialidade, dada não só pelos valores monetários envolvidos, mas também pelo interesse público, refletido na necessidade da continuidade dos serviços de transmissão existentes e pela manutenção da atratividade do negócio, necessária para a continuação e mesmo pelo incremento dos investimentos no setor.

Como pano de fundo da discussão, temos a relação ainda em construção entre as Agências Reguladoras e o Tribunal de Contas da União, na qual um deles tenta estabelecer os limites de sua jurisdição, enquanto que o outro tenta fazer valer a sua capacidade normativa.

Para conseguirmos atingir o objetivo proposto, dividiremos o trabalho em três seções. A primeira delas examinará as condições de contorno do tema. Lá, enfocaremos, ainda que de forma sucinta, as relações institucionais ainda não estáveis, mas tendentes ao equilíbrio, entre o TCU e a ANEEL; traçaremos um rápido panorama acerca dos serviços públicos no Brasil; e, por fim, descreveremos o serviço público de transmissão de energia elétrica, também com o nível de detalhe adequado aos objetivos deste artigo.

A segunda seção servirá para explicitarmos as razões declinadas pela ANEEL, já em grau de recurso interposto junto ao Tribunal contra o mencionado Acórdão nº 649/2005, para não cumprir o preceituado no diploma legal.

A terceira seção, por óbvio, analisará os pontos de vista da ANEEL, relacionados na seção imediatamente anterior, já encaminhando o trabalho para o seu desfecho lógico.

Finalmente, há mais uma seção, que servirá de conclusão a este trabalho.

1. AS CONDIÇÕES DE CONTORNO

1.1 AGÊNCIAS REGULADORAS E OTCU

O advento das Agências Reguladoras foi decorrente de uma reforma do aparelho do Estado brasileiro que buscou redimensionar o papel da Administração

Pública na prestação de serviços públicos. O Estado diminuiu sua função de prestador direto de serviços públicos, ao mesmo tempo em que aumentou sua função regulatória e normativa, capacitando a agência a exercer função normativa, consubstanciada na edição de legislação setorial infralegal, o que, segundo Sundfeld (2000), não configura em hipótese alguma lesão ao princípio da separação dos poderes.

Com a mesma intenção, e seguindo dispositivo constitucional, foi promulgada a Lei nº 8.987/1995, a lei geral de concessões, que dispôs sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, dentre outras providências que empreendeu.

Essa nova concepção de Estado não enfraqueceu o Controle Externo levado termo pelo TCU. Ao revés, o robusteceu. Além do exame da legalidade, o Tribunal, sempre de acordo com seu dispositivo constitucional ordenador (art. 71, IV), deve verificar a eficiência e a economicidade da atuação das agências reguladoras. Dessa maneira, o controle volta seus olhos não apenas para a legalidade dos atos administrativos, mas para o binômio legalidade e eficiência.

Dentro desse diapasão, é certo que o Tribunal possui competência para fiscalizar as atividades finalísticas das agências reguladoras. Cumpre estabelecer, todavia, a forma de atuação do Tribunal, bem como os limites dessa atuação.

O entendimento mais moderno é o de que o TCU deve atuar de forma complementar às agências reguladoras no que concerne ao acompanhamento da outorga e da execução contratual dos serviços concedidos [TCU, 2004]. O fato de o Poder Concedente deter competência originária para fiscalizar a atuação das concessionárias não impediria a atuação cooperativa e suplementar do TCU, que pode, dessa maneira indireta, destaque-se, fiscalizar a prestação dos serviços públicos delegados. Esse entendimento sofre críticas de doutrinadores como Justen Filho (2002), que defendem a limitação do controle externo às atividades-meio das agências reguladoras.

O TCU não pode agir de forma a substituir o órgão regulador, sob pena de atuar de maneira contrária à Constituição Federal. Ou seja, a fiscalização do Tribunal deve ser algo indireta, repise-se, sendo seu objeto a atuação das agências reguladoras como agentes estabilizadores e mediadores do jogo regulatório, mas não deve ter como objeto a própria atividade regulatória de *per se*.

Quando as agências reguladoras ainda não estavam institucionalizadas, várias vezes o Tribunal acabou por preencher uma espécie de vácuo regulatório, exercendo funções típicas de órgão regulador. Essa atuação, certamente indevida, acabou sendo, todavia, aceitável, pois as agências reguladoras ainda não tinham totais condições para o exercício de suas competências. Na ocasião, prevaleceu a idéia de que uma má escolha é sempre melhor do que nenhuma escolha [TCU, 2004].

Atualmente, é impensável, dado o grau de institucionalização alcançado pelas agências reguladoras, que o TCU, mesmo movido pela busca do interesse público, sequer cogite invadir o âmbito de competência discricionária das agências. A insegurança jurídica que uma atitude dessas acarretaria seria diretamente proporcional ao tamanho dos mercados que elas regulam.

Voltando ao equilíbrio, a incessante busca da excelência técnica que o TCU tem empreendido é a chave para a inserção legítima do órgão de controle como uma parte importante junto às agências, aos concessionários e à sociedade civil no sistema regulatório brasileiro, contribuindo significativamente para a disseminação de boas práticas de regulação.

A relação equilibrada entre o TCU e as agências serve como defesa da estabilidade das regras, do cumprimento dos contratos e da eficiência do jogo regulatório. Equilibra dois pratos da mesma balança, que podem ser representados pela fixação de tarifas módicas, em obediência ao princípio da modicidade tarifária, e pela manutenção de uma remuneração apropriada para o capital investido, que acaba se refletindo na própria continuidade do serviço público e na sua adequada prestação.

No exercício de seu papel, o TCU se defronta com dois tipos de atos praticados pelas agências reguladoras: os vinculados e os discricionários. Quando os atos supostamente irregulares forem vinculados, com violação de expressa disposição legal, o Tribunal pode determinar a esses entes que adotem as providências necessárias à correção das irregularidades detectadas. No caso dos atos discricionários, praticados de forma motivada e visando satisfazer o interesse público, o Tribunal pode unicamente recomendar a adoção de providências consideradas por ele mais adequadas, pois o administrador teria trabalhado em seu espaço de liberdade.

Na eventualidade de o ato discricionário conter vício de ilegalidade ou houver sido praticado por autoridade incompetente, se não tiver sido observada a forma devida, se o motivo determinante e declarado de sua prática não existir ou, ainda, se

estiver configurado desvio de finalidade, a Corte de Contas será competente para avaliá-lo e para determinar a adoção das providências necessárias ao respectivo saneamento, podendo, inclusive, determinar a anulação do ato em questão. Assim sendo, será sempre necessária uma análise do caso concreto para determinar a existência de vício ensejador da ação corretiva do TCU.

Por fim, há o ponto nevrálgico da discricionariedade técnica. O espaço de discricionariedade que a agência possui não a autoriza a criar metodologias sem embasamento teórico mínimo, em especial quando em desacordo com as metodologias tecnicamente consideradas adequadas. A regulação se faz com o melhor uso do conhecimento técnico disponível empregado na orientação do comportamento das entidades reguladas como forma de assegurar o interesse público.

A questão da discricionariedade técnica é magistralmente tratada neste excerto transcrito da obra do eminente professor Moreira Neto (2001, p. 169/170), ao referir-se justamente às agências reguladoras:

... a discricionariedade técnica existe apenas quando a decisão que nela se fundar possa ser motivada também tecnicamente. Esta é, quiçá, a limitação mais importante, pois afasta, ao mesmo tempo, o arbítrio, o erro, a impostura e a irrazoabilidade, limite este que afasta decisões desnecessárias, inadequadas e desproporcionais.

1.2 OS SERVIÇOS PÚBLICOS

Os Serviços Públicos adquiriram grande dimensão no Direito Administrativo em virtude da famosa “Escola do Serviço Público” ou “Escola de Bordeaux”, liderada por Leon Duguit, Gaston Jèze e Maurice Hauriou, notáveis publicistas franceses que atuaram no início do século XX [Bandeira de Mello, 2004].

Para essa escola, o que caracterizava o Direito Administrativo, o “direito do Estado”, não era o “Poder de Império” da administração, mas a “Atividade Prestacional” do Estado. Por exemplo, para Gaston Jèze, deveriam ser considerados serviços públicos todas as atividades da Administração Pública.

As duas principais correntes às quais se pode recorrer para estabelecer um conceito de Serviço Público são a essencialista e a formalista.

Para os essencialistas, um serviço deve ser considerado público em razão de sua própria natureza. Ou seja, existem características quase ontológicas dessas atividades econômicas que, quando presentes, as tornam serviços públicos, submetendo-as, em consequência, a regime jurídico público.

Os formalistas², por sua vez, defendem que não há essencialidade no Serviço Público. O que define um serviço como público é a legislação, que diferencia o regime jurídico que regula aquele serviço. A Constituição brasileira adotou essa corrente. Desse modo, uma definição possível para serviço público pode ser a formulada por Bandeira de Mello (2003, p. 620):

Serviço Público é toda atividade de oferecimento utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e restrições especiais- instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo.

A doutrina clássica francesa costuma apontar três princípios como os principais no tocante a Serviço Público. São eles: (a) mutabilidade, (b) continuidade e (c) igualdade [Bandeira de Mello, 2004].

No Brasil, Meirelles (2004) enumera cinco princípios: a) o da permanência, que seria o mesmo princípio da continuidade; b) o da generalidade, que corresponderia ao princípio da igualdade; c) o da eficiência, ou da atualidade do serviço, outra designação para a chamada “mutabilidade”; d) o da modicidade tarifária; e e) o da cortesia. No âmbito deste trabalho, são de especial interesse os princípios da modicidade tarifária e o da continuidade.

Ainda em relação ao contexto brasileiro, a doutrina entende que, quando prestados por particulares, os serviços públicos são ditos delegados. Nessa modalidade de prestação, o Estado transfere por contrato (permissão ou concessão) a execução, mas não a titularidade, de serviço público. Nestes casos, o Estado deve exercitar o seu poder-dever de fiscalização, verificando se o delegatário vem executando a contento o serviço que lhe fora cometido [Di Pietro, 1999], [Bandeira de Mello, 2004].

No caso de faltas deste último agente, medidas deverão ser adotadas por parte do concedente, que poderão dar ensejo mesmo à caducidade da delegação, tendo por consequência a reversão do serviço para o Poder Público.

Na concessão, de acordo com a Lei n° 8.987/95, o particular executa o serviço, em seu próprio nome e por sua conta e risco, mas mediante fiscalização e controle da Administração Pública, inclusive sob o aspecto da remuneração cobrada ao usuário – a tarifa -, a qual é fixada pelo poder concedente.

² Os formalistas consideram que a definição de quais atividades devem ser consideradas como “serviços públicos”

O serviço concedido deve ser remunerado por intermédio de tarifa, que é caracterizado como preço público, e não por taxa, que é uma espécie de tributo, assunto por vezes polêmico, mas brilhantemente elucidado por Aranha (1999). A tarifa deve se destinar à manutenção do serviço, bem como ao seu contínuo aperfeiçoamento, proporcionando a justa remuneração ao concessionário, de acordo com o estabelecido no contrato firmado.

Para que o equilíbrio financeiro seja mantido, as tarifas deverão ser revisadas periodicamente, para mais ou para menos, em razão de modificações de receitas e despesas no decorrer do período de concessão.

No cálculo das tarifas deve se considerar, ainda, outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados que poderão ser gerados com a concessão.

A questão das tarifas deve mesmo ser tratada com rigor, pois a observância do princípio da modicidade tarifária é o que possibilita o acesso ao maior número de usuários possível daquele serviço público, tornando-o uma comodidade universal para a população.

Por fim, registre-se que o reajuste e revisão das tarifas são cláusulas essenciais nos contratos de concessão, os quais, ainda, poderão ser diferenciados em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários.

Diante desse panorama, Bandeira de Mello (2004, P. 654) propõe a seguinte definição para o que seja a concessão de serviços públicos em nosso ordenamento:

Concessão de Serviço Público é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um Serviço Público a alguém que aceite prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteradas unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas dos usuários do serviço.

São exemplos de serviços públicos, delegados mediante contratos de concessão, a distribuição e a transmissão de energia elétrica.

1.3 O SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA

O sistema elétrico brasileiro caracteriza-se pela preponderância da geração hidroelétrica sobre outras formas de geração. Em função desta preponderância e de serem as usinas hidroelétricas construídas onde melhor se pode aproveitar as aflúncias e os desníveis dos rios, o que muitas vezes se dá em locais distantes dos centros consumidores, o sistema elétrico brasileiro possui um extenso sistema de transmissão, em que as linhas criam uma complexa rede de caminhos alternativos para escoar com segurança a energia produzida até estes centros. [TCU, 2000]

Com a instalação da Linha de Interligação Norte-Sul, de 1.000 MW de capacidade e tensão de operação de 500 kV, cerca de 96,1% da capacidade de produção elétrica no Brasil passou a integrar um único sistema interligado de âmbito nacional (o restante faz parte de pequenos sistemas isolados). Esta interligação permite que os consumidores sejam beneficiados pela diversidade do comportamento das vazões entre rios de diferentes bacias hidrográficas

Sob o ponto de vista organizacional, o sistema elétrico brasileiro tem múltiplos proprietários, de diferentes tamanhos e naturezas, cada qual buscando atingir seus próprios objetivos empresariais. A década de noventa foi palco de um abrangente processo de desverticalização e privatização das empresas, que possibilitou um aumento significativo no número de agentes, bem como o nível de competição entre eles. Este momento, segundo Green e Pardina (1999), é crucial para o regulador, pois o desenho do mercado atual e do possível mercado futuro é feito nessa ocasião. Os contratos que moverão o mercado regulado serão firmados segundo este marco regulatório.

Esse modelo foi projetado com base na criação de um mercado, denominado Mercado Atacadista de Energia Elétrica (MAE), que veio a substituir o antigo sistema de preços regulamentados de geração e contratos renováveis de suprimentos. Para propiciar a eficiência e a competição neste mercado, foi planejada a segmentação das atividades de geração, transmissão, distribuição e comercialização.

Especificamente sobre a transmissão de energia elétrica, esse serviço consiste no transporte em grosso de energia elétrica a níveis de tensão de 230 KV ou superiores, dos geradores para os sistemas de distribuição de tensão inferior [ANEEL, 2006].

Cabe ao concessionário a construção da estrutura de transmissão necessária à prestação do serviço e a operação. Os investimentos são drasticamente concentrados no início do empreendimento, mas a eficiência do empreendedor é fortemente estimulada, pois quanto mais eficiente as empresas forem na manutenção e na operação das instalações de transmissão, evitando desligamentos por qualquer razão, melhor será a sua receita.

A concessão para operar o sistema de transmissão é firmada em contrato com duração de trinta anos e o leilão de concessão premia o investidor que mais se distanciar para baixo de um preço-teto, uma receita anual permitida encontrada após os estudos de avaliação de viabilidade financeira encetados pela ANEEL. Ou seja, vence o certame o contendor que ofertar o menor preço, desde que abaixo do preço-teto estipulado pela ANEEL. [ANEEL, 2006].

A atividade de distribuição de energia elétrica é considerada monopolista, possuindo consumidores cativos. Atualmente, as tarifas são definidas pelo órgão regulador, não mais, como eram no passado estatal, em regime de precificação pelo custo do serviço, mas seguindo os princípios de *"price-cap"*³.

Ainda que mais simples que a sistemática de "tarifas pelo custo", a sistemática atual requer definições regulatórias importantes, especialmente em relação à periodicidade de atualização das tarifas, ao indexador de preços mais adequado, à parcela dos ganhos de eficiência que serão repassados aos consumidores, à parcela que premiará os esforços dos gestores [TCU, 2000].

2. OS ARGUMENTOS DA ANEEL

No recurso que interpôs, ainda no bojo do processo TC-006.226/2004-8, em face do Acórdão nº 649/2005-TCU-Plenário, a Agência afirma que não descumpre o disposto no inciso IV do art. 14 da Lei nº 9.427/96. Para a ANEEL, aquele dispositivo não é aplicável ao serviço de transmissão de energia elétrica. Isso só ocorreria se fosse possível traçar-se um paralelo entre os serviços de distribuição e de transmissão de energia elétrica, algo fora de cogitação, já que, no entender da Agência, as duas

³ Price-cap é um procedimento de definição de tarifas que considera basicamente um teto para os preços médios da concessionária, atualizado periodicamente em função da evolução de um índice de preços ao consumidor, diminuído de uma parcela que reflete ganhos de produtividade e aumentado em função do repasse (parcial ou integral) de aumento de custos não gerenciáveis e não capturados pelo indexador que recompõe a corrosão da inflação [Alexander, 1996].

atividades possuem diferenças tão marcantes a ponto de se permitir a adoção de dois modelos regulatórios distintos.

Por exemplo, a regulação dos serviços de transmissão é feita por incentivos, ou seja, o regulado é incentivado a gerar melhorias de eficiência pois delas se apropriará. Exatamente na possibilidade dessa apropriação reside a lógica desse tipo de regulação. A sociedade, nessa circunstância, teria seus interesses preservados, pois a perseguição da eficiência por parte do concessionário acabaria revertendo na modicidade tarifária.

Além disso, diferentemente do caso dos concessionários de distribuição de energia elétrica, os de transmissão não podem obter ganhos de produtividade relacionados à expansão do mercado, pois não há mercado potencialmente não atingido. Os concessionários de transmissão, em última análise, vendem a disponibilização de uma capacidade e recebem pagamentos em função da quantidade de tempo que deixam seu serviço à disposição dos usuários.

Um outro ponto tocado é o fato de que, em se tratando de empresas de transmissão, os investimentos estão concentrados no início do empreendimento, não havendo a necessidade de muitos investimentos adicionais com vistas à reposição de ativos ou à prestação adicional de serviços. Ou seja, a apropriação de ganhos de eficiência ocorreria justamente por ocasião do leilão de concessão, pois a sociedade estaria se beneficiando dos ganhos resultantes de um processo competitivo acirrado e, conseqüentemente, o princípio da modicidade tarifária estaria sendo observado.

Aduz ainda a Agência que as características da concessão dos serviços de transmissão respeitam a adequação do serviço, pois antes mesmo da outorga de concessão, várias análises são feitas para aferir a necessidade de se construir a linha de transmissão bem como as características técnicas e operativas que aquele empreendimento deve possuir. Apenas depois dessas análises é que se chega ao valor máximo para a Receita Anual Permitida (RAP).

A RAP baseia-se no cálculo dos investimentos e despesas a serem feitos pela empresa para a construção e operação das linhas de transmissão. Ou, seja, o próprio conceito de RAP surge em função da configuração do serviço adequado às condições de cada empreendimento e corresponde à idéia de menor custo para o serviço adequado. Justamente por isso o leilão realizado para a outorga da concessão propicia a escolha do agente mais eficiente, ou seja, da própria competitividade do certame

advém o ganho de eficiência que é obtido no leilão e imediatamente repassado à sociedade.

Por fim, a ANEEL ainda argumenta que, como a captura inicial da eficiência empresarial é muito importante no caso do serviço de transmissão de energia elétrica, a adoção do modelo de revisões tarifárias periódicas significaria a introdução de um risco regulatório que acabaria “precificado” pelos investidores nos futuros leilões, ou seja, os investidores acabariam de algum modo “cobrando” por essa intervenção estatal quando compusessem suas ofertas nos certames licitatórios.

3. ANÁLISE DOS ARGUMENTOS DA ANEEL

A questão de fundo desta controvérsia refere-se à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de transmissão de energia elétrica. No entender da ANEEL, esse equilíbrio é intangível, ou seja, apenas mediante a verificação de anormalidades é que a equação econômica-financeira seria revista. O TCU duvida disso e defende que revisões periódicas sejam feitas em períodos definidos. É dispensável mencionar a materialidade da questão em virtude da magnitude dos valores financeiros envolvidos.

A leitura do disposto no controvertido art. 14, inciso IV, da Lei nº 9.427/96 serve para demarcar a questão. *Verbis*:

Capítulo III
DO REGIME ECONÔMICO E FINANCEIRO DAS CONCESSÕES DE
SERVIÇO PÚBLICO DE ENERGIA ELÉTRICA
Art. 14. O regime econômico e financeiro da concessão de serviço
público de energia elétrica, conforme estabelecido no respectivo
contrato, compreende:
(...)
IV - apropriação de ganhos de eficiência empresarial e da
competitividade.

A afirmação de que os serviços de distribuição e de transmissão de energia elétrica são diferentes a ponto de se justificar a necessidade de revisão tarifária naquele serviço e tornar essa atividade dispensável neste não é, a nosso ver, de todo correta.

A primeira diferença entre os dois serviços que a ANEEL enumera é a referente à regulação dos serviços. Na distribuição de energia elétrica, a regulação é feita por incentivos, ao passo que na transmissão essa possibilidade não ocorre, pois o serviço consiste na mera disponibilização de capacidade, que é “inelástica” ao longo de todo o

período da concessão, o que torna essa disponibilidade insusceptível de variações de eficiência no decorrer do contrato.

A Agência não relata que existe um forte incentivo para que a disponibilidade dos serviços de transmissão mantenha-se bastante alta: a concessionária é passível de ser penalizada monetariamente em face da não disponibilização de sua capacidade de transmissão. Ou seja, se a disponibilidade não atingir determinados patamares estabelecidos em contrato, há uma perda econômica para a empresa.

Essa circunstância leva a concessionária a ser o mais eficiente possível na operação e manutenção de suas linhas de transmissão. Dessa maneira, podem ocorrer ganhos de produtividade que seriam aferidos via revisão tarifária, mas que bem poderiam passar em branco se essa revisão não fosse periódica. Sem contar que uma melhor operação e manutenção das linhas terá reflexos na depreciação da instalação.

O segundo argumento da ANEEL, por sinal absolutamente incontestado, pois verdadeiro, é o de que os investimentos em transmissão de energia são concentrados no início do empreendimento, o que os torna notavelmente diferentes, portanto, dos investimentos em distribuição de energia. Deriva deste fato a conclusão a que chega a ANEEL de que apropriação de ganhos de eficiência ocorreria por ocasião do leilão de concessão, pois a sociedade estaria se beneficiando dos ganhos resultantes de um processo competitivo acirrado.

Novamente aqui a Agência chega a uma conclusão não completamente verdadeira derivando de uma premissa correta. Por exemplo, pode haver apenas um interessado na concessão. O argumento liberal de crença absoluta no mercado cairia por terra, pois apenas um contendor faria seu próprio mercado e a sociedade em nada se beneficiaria desta prática particularista.

De quebra, imaginar que o mercado funcionaria de forma eficiente por causa de eventual acirramento no leilão seria equivalente a reduzir o escopo do acompanhamento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato à aplicação de índices financeiros com vistas a corrigir monetariamente a corrosão inflacionária ocorrida em dado período.

A própria corrosão inflacionária, aliás, pode ser fator ensejador de desequilíbrios econômico-financeiros indesejados, pois é corrigida no contrato mediante a aplicação de um índice financeiro, dentre vários índices que podem se prestar a esse papel. Ocorre que é possível, ou mesmo provável, a ocorrência de variações

assimétricas entre os fatores de custo e de receita, o que, quase de forma inevitável leva a um desequilíbrio do contrato, repetimos, não desejado pelo lado perdedor, a sociedade ou o próprio particular [Danni, 2002].

Ainda dentro dessa linha, há a questão do capital de terceiros tomado pelo concessionário no mercado. Aqui também o pêndulo pode beneficiar os dois lados. Segundo Alexander (1995), se o concessionário obtiver empréstimos a taxas menores do que as de mercado – via empréstimos obtidos de fontes oficiais, para tomarmos um exemplo –, ele estaria auferindo recursos sem haver despendido esforço algum para tanto, e não os repassando à sociedade.

Ou seja, essa situação de subsídio espelharia uma alocação de recursos completamente ineficiente do ponto de vista da sociedade, pois deixaria o concessionário em posição bem confortável devido à alavancagem financeira que teria conseguido [Alexander, 1995].

Por outro lado, se o concessionário estivesse pagando mais do que deveria pelo capital que tomou por empréstimo, ele seria prejudicado, mas não seria o único. Aqui, outra vez, teríamos uma alocação ineficiente de recursos, que acabaria por penalizar novamente a sociedade, pois a queda na rentabilidade financeira do concessionário poderia colocar em risco a própria continuidade do contrato de concessão.

Desse modo, até pela segurança que traria ao mercado, a efetivação de revisões tarifárias periódicas seria um bem tanto para a sociedade quanto para o particular. Essa conclusão, aliás, derruba outro argumento da agência que dava conta de que, se a revisão tarifária periódica fosse efetivada, as empresas “precificariam” essa intervenção estatal e isso oneraria a sociedade.

Se o concessionário não pode mais ser surpreendido por uma intervenção extracontratual – como propugna a ANEEL – e as regras de revisão são estipuladas *a priori* nos contratos de concessão, a segurança do investidor cresce ao invés de diminuir. Não há, portanto, por quê os concessionários “precificarem” a revisão tarifária e aumentarem seus preços.

Por fim, ainda em relação a financiamentos, há o caso dos financiamentos oficiais, que foi levemente mencionado em parágrafo anterior, mas que merece uma análise individualizada.

Nesse tocante, como já foi afirmado por mim em outro artigo (Fontenele, 2003), qualquer concessionário de um desses serviços que receba um financiamento oriundo de bancos oficiais estará recebendo, via juros, um subsídio. Essa situação deve ser observada em revisão tarifária e os benefícios que o concessionário porventura tenha recebido devem ser revertidos para a modicidade das tarifas. Nesse caso específico, portanto, simplesmente desaparecem as diferenças entre os serviços de distribuição e de transmissão ou entre este e qualquer mercado regulado.

Quanto ao argumento esgrimido pela ANEEL da preocupação que o agente regulador deve ter com a adequação do serviço, tal preocupação muito pouco tem a ver com a adoção de revisão tarifária periódica. A concessão para operar o sistema de transmissão é firmada em contrato com duração de 30 anos. As cláusulas estabelecem que, quanto mais eficiente as empresas forem na manutenção e na operação das instalações de transmissão, evitando desligamentos por qualquer razão, melhor será a sua receita.

Dessa maneira, o nível de adequação do serviço se reflete na tarifa que o ainda contendor apresenta por ocasião do leilão de concessão. Essa tarifa reflete a expectativa de lucro *vis-à-vis* o nível de serviço que a empresa imagina poder fornecer. Ou seja, o nível de serviço é aferido mediante fiscalização ordinária feita pela ANEEL e a falha nesse serviço é punida economicamente, de forma previamente estabelecida no contrato de concessão.

É interessante destacar que as revisões tarifárias em serviços de transmissão de energia elétrica já foram previstas nos contratos de concessão, não se constituindo, pois, em algo novo. Por exemplo, no próprio sítio da ANEEL na Internet, pode-se encontrar o Contrato de Concessão para transmissão de energia nº 058/ 2001, firmado entre a União e as Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. - Eletronorte. Neste contrato estava prevista a revisão periódica para reposicionamento da Receita Anual Permitida, com objetivo de promover a eficiência e modicidade tarifária [ANEEL, 2001].

CONCLUSÕES

Apesar de se esperar que as atividades de distribuição e de transmissão de energia elétrica tenham muitas peculiaridades que fazem com que os mercados delas decorrentes sejam efetivamente diferentes, não há razões suficientes para que a

ANEEL não promova revisões tarifárias periódicas nos contratos de transmissão de energia elétrica.

Assim, concluímos que a proposta deste trabalho representa mais um passo no sentido de tornar o mercado regulado brasileiro mais transparente e equilibrado para todos os agentes, capaz de dar ao investidor a necessária segurança para aportar capital, e ao consumidor a segurança da manutenção, mesmo no contrato celebrado entre Estado e particular, dos princípios que norteiam a prestação de um serviço público:

- a) para o consumidor, na medida em que ganhos obtidos pelo investidor serão, em parte, revertidos para fins de modicidade tarifária;
- b) para os empresas, pois na eventualidade de desequilíbrios financeiros – que podem ocorrer para os dois lados – o investidor terá assegurada a intangibilidade da equação financeira de seu contrato e a conseqüente manutenção do lucro que o atraiu para o negócio;
- c) para o esquema regulatório em vigor, aí entendido como uma instituição, na medida em que se reconhece a transparência e segurança jurídica do mercado regulado.

Finalmente, é importante frisar que a situação regulatória enfrentada pela ANEEL e tratada neste artigo pode vir a repetir-se em outros setores agora regulados, mas que antes eram verticalmente integrados. Daí a valia de se verificar se as diversas previsões de revisão tarifária periódica inscritas nas diversas leis que tratam de concessão, sejam gerais ou setoriais, merecem atenção e devem ser efetivamente aplicadas, ainda que com as necessárias adaptações a cada contingência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- [ALEXANDER, 1996]** Alexander, I.; *"Price Caps, Rate-of-Return Regulation, and the Cost of Capital"*; Public Policy for the Private Sector – Nota nº 87; Washington, Banco Mundial; setembro de 1996.
- [ANEEL, 2001]** Contrato de Concessão n.º 058 /2001/ Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. - ELETRONORTE; Texto disponível no Sítio da Agência Nacional de Energia Elétrica na internet, <http://aneel.gov.br>, link "contratos"; acesso em 20/01/2006;
- [ANEEL, 2006]** Informações sobre o setor elétrico. Texto disponível no Sítio da Agência Nacional de Energia Elétrica na internet, <http://aneel.gov.br>, link "contratos"; acesso em 20/01/2006;
- [ARANHA, 1999]** Aranha, Márcio Lório. "Taxa versus Preço Público ou Tarifa: análise de sua natureza e jurisprudência no STF e STJ". *Revista dos Procuradores da Fazenda Nacional*, Brasília: Consulex, v. 4, n. 4, p. 91-102, 1999.
- [BRASIL, A]** Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no artigo 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF, 1995.
- [BRASIL, B]** Lei 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Brasília, DF, 1996.
- [DANNI, 2002]** Danni, Luciano dos Santos. *"Proposta de Aprimoramento do Método de Determinação da Distribuição-Alvo de Capital de*

Terceiros em Revisões Tarifárias". (mimeo). Brasília: Universidade de Brasília, 2002.

- [Di PIETRO, 1999]** Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *"Parcerias na Administração Pública"*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- [Di PIETRO, 2004]** Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *"Direito administrativo"*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- [FONTENELE, 2003]** Fontenele, Alessandro de Araújo; *"Subsídios governamentais às empresas de distribuição de energia elétrica: por uma melhor distribuição dos ganhos"*; Monografia. Centro Federal de Educação Tecnológica Major Celso Suckow – CEFET-RJ.
- [GREEN, 1999]** Green, R. e Pardina, M. R.; *"Resetting Price Controls for Privatized Utilities: A Manual for Regulators"*; (EDI Development Studies, ISSN 1020-105X) Ed. Banco Mundial, Washington, 1999; ISBN 0-8213-4338-6.
- [JUSTEN FILHO, 2004]** Justen Filho, Marçal. *"O Direito das Agências Reguladoras Independentes"*. São Paulo: Dialética, 2002.
- [MEIRELLES, 2004]** Meirelles, Helly Lopes. *"Direito Administrativo Brasileiro"*. 29^a ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- [MELLO, 2004]** Mello, Celso Antônio Bandeira de. *"Curso de direito administrativo."* 17^a ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- [NETO, 2001]** Neto, Diogo de Figueiredo Moreira. *"Mutações do Direito Administrativo"*. 2^a. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- [SUNDFELD]** Sundfeld, Carlos Ari. *"Introdução às Agências Reguladoras."* In: Sundfeld, Carlos Ari (Coord.). *"Direito Administrativo Econômico"*. São Paulo: Malheiros, 2000.

- [TCU, 2001]** Decisão nº 833/2000 – Plenário (DC-0333-39/00-P; TC- 003.163/2000-0); Ata 39/2000; Sessão de 04/10/2000; Brasília – DF.
- [TCU, 2004]** Acórdão 1757/2004 – Plenário (AC-1757-43/04-P; TC-016.128/2003-2); Ata 43/2004; Diário Oficial da União de 23/11/2004; Brasília – DF.
- [TCU, 2005]** Acórdão 649/2005 – Plenário (AC-0649-18/05-P; TC-006.226/2004-8); Ata 18/2005; Diário Oficial da União de 3/06/2005; Brasília – DF.