

TARIFAS NO SERVIÇO DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA: UMA RELAÇÃO ENTRE GARANTIAS E INCENTIVOS À EFICIÊNCIA

Rômulo Greff Mariani[†]

Resumo: A evolução histórica do setor elétrico bem demonstra os pensamentos e ideologias que desde o início do século passado vêm determinando reformas a fim de aprimorá-lo. Dentre essas reformas, se destacam as mudanças nas tarifas do segmento distribuição, com especial importância para as novidades implantadas na década de noventa, momento em que houve a introdução de um regime tarifário que incentiva à eficiência, ao mesmo tempo em que garante a Distribuidora a neutralidade de determinados custos. Essa relação entre garantias e incentivos à eficiência vige até os tempos atuais e se reflete na composição, bem como formas de revisão e reajuste da tarifa nesse segmento.

Palavras-chave: Energia elétrica. Tarifa. Distribuição. Garantias. Eficiência.

ELECTRIC ENERGY DISTRIBUTION TARIFFS: A RELATIONSHIP BETWEEN GUARANTEES AND INCENTIVES FOR EFFICIENCY

Abstract: The historical development of the electrical sector demonstrates the thoughts and ideologies that since the beginning of last century have led to reforms in order to improve it. Among these reforms, the changes in the tariffs of the distribution segment gain prominence, with particular

[†] Mestrando em Processo Civil pela PUCRS. Sócio do escritório Veirano Advogados

relevance to the modifications implemented in the nineties, when there was the introduction of a tariff regime that encouraged efficiency, while guaranteeing to the Distributor the neutrality of certain costs. This relationship between guarantees and incentives for efficiency are in force until today and is reflected in the composition, as well as in the manners of tariff review and adjustment in this segment.

Keywords: Electric energy. Tariff. Distribution. Guarantees. Efficiency.

Sumário: Introdução – 1 Breve histórico do setor elétrico brasileiro – 1.1 Início do século XX e a falta de intervenção estatal – 1.2 Anos 30 e o início de um setor mais regulado e com forte atuação direta do Estado – 1.3 Anos 90 e um novo modelo para o setor elétrico – 2 Serviços de energia elétrica – 2.1 Serviços públicos e a sua tradicional diferenciação das atividades econômicas do Estado – 2.2 Regime dos serviços de energia elétrica – 2.3 Equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão – 3 Serviços de distribuição de energia elétrica – 3.1 Regime de remuneração – 3.2 Tarifas no serviço de distribuição de energia elétrica – 3.3 Revisão e reajuste das tarifas no serviço de distribuição de energia elétrica – Conclusões – Referências



INTRODUÇÃO

A cadeia produtiva do setor elétrico pode ser resumida em geração, transmissão e distribuição. O presente estudo tem por escopo entender a lógica que acompanha a composição e

hipóteses de alteração da tarifa cobrada pelo serviço de distribuição de energia elétrica. Esse é o valor cobrado do consumidor final, e que acaba por englobar todos os custos da cadeia produtiva, incluindo a remuneração da Distribuidora.

A competência para fixar, reajustar e revisar as tarifas pertence à ANEEL (art. 3º da Lei nº 9.427/96), o que deve ser feito à luz da legislação pertinente, assim como do contrato de concessão do serviço de distribuição de energia elétrica. A tarefa é de suma importância, mormente em tempos nos quais tem se tornado comum aos agentes do setor enfrentar a irresignação de consumidores ou entidades que os substituam/representem, a cada aumento na tarifa de energia elétrica, gerando inclusive demandas judiciais com o propósito de impugnar os aumentos tarifários concedido pelo órgão regulador.

Num primeiro momento explanaremos o histórico do setor, a fim de que na evolução do pensamento dos agentes e do poder público, possamos entender melhor o sistema hoje aplicado em nosso país, que reflete uma guinada de pensamento ocorrida na década de 90. Também será abordada a natureza dos serviços de energia elétrica, com o que pretendemos definir o regime ao qual estão submetidos, com importantes efeitos no tratamento dado à relação jurídica mantida pelas Distribuidoras com o Poder Público.

Por derradeiro, trataremos das tarifas cobradas pelo serviço de distribuição de energia elétrica, com especial atenção ao regime de remuneração a que as Distribuidoras hoje se submetem, bem como composição e hipóteses de revisão e reajuste das tarifas. Nesse momento, pretende-se demonstrar que a composição das tarifas, bem como a maneira como elas são revisadas e reajustadas, apontam para um forte incentivo à eficiência das Distribuidoras, possibilitando que boas práticas de gestão aumentem a sua remuneração e contribuam para a modicidade tarifária, ao mesmo tempo em que se garante a

neutralidade de custos sobre os quais os agentes de distribuição têm pouca ou nenhuma ingerência.

A par de críticas que o modelo possa sofrer – muitas das quais de ordem ideológica e que se insurgem contra a participação privada no setor de energia como um todo – veremos que o sistema oportuniza que eficiência e garantias às Distribuidoras caminhem lado a lado, buscando equilibrar interesses que, por vezes, podem ser considerados antagônicos.

1 BREVE HISTÓRICO DO SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO

1.1 INÍCIO DO SÉCULO XX E A FALTA DE INTERVENÇÃO ESTATAL

A história do setor de energia elétrica no Brasil nos remonta ao início do século passado. Cumpre aqui apenas tecer breves considerações acerca do modelo inicialmente adotado, para que possamos melhor entender as substanciais mudanças pelas quais passou o setor nos anos 90, com a adoção de novo modelo, que não obstante tenha, aparentemente, superado as dificuldades iniciais, continua em constante aprimoramento.

As iniciativas governamentais e consequente regulação do setor elétrico eram quase nulas no início do século XX. Os serviços eram regulados basicamente em contratos celebrados pelos municípios com a iniciativa privada, que dominava o setor e buscava suprir suas próprias necessidades locais.

Em 1903, encontramos aquela que pode ser considerada a primeira iniciativa legislativa sobre energia elétrica, a Lei nº 1.145¹. Pouco adiante, o Decreto nº 5.407/1904 no intento de regulamentar a referida Lei, estabeleceu bases que apesar da longa idade, ainda hoje se aplicam aos serviços de energia

¹ Autorizou o Governo Federal a promover o aproveitamento dos potenciais hidráulicos para os serviços federais.

elétrica, ao menos em parte: (i.) concessão sem privilégio, respeitados os direitos de terceiros; (ii.) prazo máximo da concessão de noventa anos, mediante contrato; (iii.) reversão para a União dos bens utilizados na concessão, sem indenização; (iv.) estabelecimento de condutores elétricos subterrâneos nas áreas urbanas das cidades; (v.) regime tarifário com revisões periódicas, de cinco em cinco anos; (vi.) redução tarifária quando os lucros excedessem o patamar de 12% ao ano sobre o capital, que era fixado mediante aprovação do governo; (vii.) princípio tributário de que as concessões são livres de quaisquer ônus estaduais ou municipais e de direitos aduaneiros; (viii.) autorização para o concessionário promover desapropriação; (ix.) faculdade ao governo de resgate da concessão a qualquer tempo, mediante indenização, após os primeiros 20 anos; (x.) fiscalização da concessionária pelo Governo Federal; e (xi.) previsão de multa contratual e de caducidade². Apesar do âmbito de aplicação reduzido, o Decreto pode ser considerado o embrião de nossa legislação sobre energia elétrica.

Já naquela época a questão tarifária, mormente a sua “atualização”, estava no foco das discussões. Com efeito, a necessidade de prever a atualização das tarifas, em face da desvalorização da moeda, não era ignorada. A solução encontrada à época reside na aplicação da chamada cláusula ouro, através da qual “as tarifas eram definidas parcialmente em papel-moeda e em ouro, o valor desse atualizado pelo

² BARBOSA, Ailson de Souza. *A ANEEL e a qualidade dos serviços prestados pelas concessionárias distribuidoras de energia elétrica no Brasil*. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/trabalhos/Monografia_Ailson.pdf>. Acesso em 08. jan. 2011. p. 11. Há de se ter em mente, contudo, que o caráter descentralizador da Constituição Federal então vigente (1891) estabeleceu boa margem de atuação aos Estados e Municípios no setor de energia elétrica. Assim, ao falar em “concessões federais”, a Lei nº 1.145/1903 e seu regulamento, de pouca utilidade foram, na medida em que os serviços continuavam sendo regulamentados por contratos firmados com aqueles entes públicos.

câmbio médio mensal.³»

A solução primitiva se adequou ao capital envolvido no setor, de origem eminentemente privada e estrangeira. Já em nível federal, a propósito da aplicação do Decreto nº 5.407/1904, pode-se dizer que a preocupação com a tarifa era relativamente desenvolvida, mas em base bastante empíricas, buscando a “justa remuneração” do investimento do concessionário (art. 5º)⁴.

1.2 ANOS 30 E O INÍCIO DE UM SETOR MAIS REGULADO E COM FORTE ATUAÇÃO DIRETA DO ESTADO

A falta de intervenção estatal e regulação jurídica do setor começaram a ser modificadas em 1934, com o Código de Águas (Decreto nº 24.643)⁵. A Lei, assim como o seu regulamento (Decreto nº 41.019/1957), consolidou a prestação do serviço pela iniciativa privada, com regulação e fiscalização por parte do Governo Federal. No que interessa ao regime das tarifas, adotou o chamado custo histórico, também conhecido como custo de serviço, contábil ou taxa de retorno fixa (art. 180)⁶, que só veio a ser formalmente revogado em 1994. O

³ LEITE, Antônio Dias. *A energia do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 58.

⁴ LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. *A indústria elétrica e o código de águas: o regime jurídico das empresas de energia, entre a concessão de service public e a regulation of public utilities*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2007. p. 54.

⁵ Walter T. Álvares leciona que “a partir deste último diploma, é que se pode distinguir nitidamente uma formulação jurídica para a eletricidade, já com inteira independência em face dos dispositivos do direito comum.” *In Curso de direito da energia*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 61.

⁶ Art. 180. “Quanto às tarifas razoáveis, alínea ‘b’ do artigo 178, o Serviço de Águas fixará, trienalmente, as mesmas: I – sob a forma do serviço pelo custo, levando-se em conta: a) todas as despesas e operações, impostos e taxas de qualquer natureza, lançados sobre a empresa, excluídas as taxas de benefício; b) as reservas para depreciação; c) a remuneração do capital da empresa. II – Tendo em consideração, no avaliar a propriedade, o custo histórico, isto é, o capital efetivamente gasto, menos a depreciação; III – conferindo justa remuneração a esse capital; IV –

regime considerava os custos envolvidos pelo agente, de maneira a remunerar-lhe de maneira fixa através de “tarifas razoáveis” (art. 178, “b”), em sistema cujas distorções restaram patentes desde o início.

As mudanças continuaram e a intervenção estatal começou a se fazer mais presente no setor. Foi criado o Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica – CNAEE (Decreto-lei nº 1.285/1939, modificado pelo Decreto-lei nº 1.699/1939) e houve a primeira intervenção direta, com a criação da CHESF - Companhia Hidrelétrica do São Francisco (Decreto-lei nº 8.031/1945)⁷. No mesmo período também foram criadas outras empresas estatais, como as Centrais Elétricas de Minas S.A. – CEMIG, em Minas Gerais, e a Comissão Estadual de Energia Elétrica – CEEE, no Rio Grande do Sul.

A iniciativa estatal veio de forma a cobrir uma demanda, cujos investimentos de ordem privada (estrangeiros em sua quase totalidade), à mercê de uma política tarifária repleta de distorções, não estavam conseguindo atender. Podemos dizer que no final da década de 50 já não havia mais espaço para a iniciativa privada, tendo o Estado assumido a tarefa de expansão do setor.

Nos anos 70, o Poder Público prestava grande parte dos serviços de energia elétrica. Não se pode olvidar, contudo, que a *expertise* estrangeira em muito colaborou e, de certa forma, influenciou a atuação estatal. Destaca-se a contribuição da americana Amforp, celeiro de engenheiros e administradores

vedando estabelecer distinção entre consumidores, dentro da mesma classificação e nas mesmas condições de utilização do serviço; V – tendo em conta as despesas de custeio fixadas, anualmente, de modo semelhante.”

⁷ “A criação da CHESF representou, sem dúvida, o marco inaugural de um novo estágio no desenvolvimento do setor elétrico brasileiro. Além do envolvimento do Estado no campo da geração de eletricidade, o projeto da Chesf indicava a tendência à construção de usinas de grande porte e à dissociação entre a geração e a distribuição de energia elétrica.” *PANORAMA do setor de energia elétrica no brasil*. Rio de Janeiro: Centro da Memória da Eletricidade no Brasil, 1988. p. 69.

que posteriormente vieram a ter importante papel na estruturação das estatais Cemig, Furnas e Eletrobrás⁸.

Alguns aperfeiçoamentos foram realizados no sistema de preço pelo custo⁹, vindo a Lei nº 5.655/1971 de maneira a consolidar o sistema pelo custo¹⁰. As taxas de remuneração variavam entre 10 e 12% (art. 1º) e foi criada a Conta de Resultados a Compensar – CRC¹¹. Todavia, a falta de remuneração adequada das empresas era patente, sendo as tarifas, controladas pelo Poder Público, constantemente utilizadas como instrumento de combate à inflação.

⁸ LEITE, Antônio Dias. *A energia do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 98.

⁹ Exemplo desses aperfeiçoamentos é o reajuste a título precário das tarifas sempre que ocorrer “correção monetária do investimento em termos compulsórios” (art. 176 do Decreto nº 41.019/57, com os acréscimos do Decreto nº 54.938/1964). Isso apenas significou o reconhecimento da alta inflação, que colaborava para a escassez de investimentos.

¹⁰ Lei nº 5.655/1971, art. 2º. “O investimento na indústria de energia elétrica é o capital efetivamente aplicado pelo concessionário na propriedade vinculada à concessão, desde que os bens e instalações resultantes tenham sido destinados, direta ou indiretamente, a critério do Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica - DNAEE, à produção, transmissão, transformação e/ou distribuição de energia elétrica, no interesse permanente e exclusivo do serviço público de energia elétrica. § 1º Para obtenção de serviço ao custo, através de tarifa adequada, considerar-se-ão as seguintes parcelas do investimento total: a) os bens e instalações em efetiva operação ou utilização no serviço, observada a respectiva capitalização pro rata tempore; b) os materiais em almoxarifado, indispensáveis ao funcionamento ou à expansão do sistema elétrico e à administração da empresa equivalentes ao valor médio dos saldos mensais da respectiva conta; e c) o capital de giro necessário à movimentação da empresa, constituído do resultado, acaso positivo, das operações indicadas na seguinte fórmula: $CG = DNV + RCP - ECP$ onde CG significa capital de giro; DNV, o valor médio dos saldos mensais das contas do ‘Disponível não Vinculado’; RCP, o valor médio dos saldos mensais das contas do ‘Realizável a Curto Prazo’, exceto as aplicações financeiras no mercado de títulos e valores; e ECP, o valor médio dos saldos mensais das contas de ‘Exigível a Curto Prazo’, excluídas as parcelas de empréstimos a longo prazo vencidas no exercício.”

¹¹ Lei nº 5.655/1971, art. 1º, § 1º. “A diferença entre a remuneração resultante da aplicação do valor percentual aprovado pelo Poder Concedente e a efetivamente verificada no resultado do exercício será registrada na Conta de Resultados a Compensar, do concessionário, para fins de compensação dos excessos e insuficiências de remuneração.”

A par de constantes modificações no cálculo da tarifa, já em 1988 foi instituída pelo Decreto-lei nº 2.432 a Reserva Nacional de Compensação de Remuneração – RENCOR, estabelecendo a chamada equalização tarifária. À semelhança da CRC, o sistema tinha a finalidade de “compensar as insuficiências de remuneração do investimento das concessionárias de serviços públicos de energia elétrica” (art. 1º). A novidade só veio a agravar a difícil situação dos agentes do setor, prevendo a retirada de recursos de empresas rentáveis para cobrir os prejuízos de empresas mal administradas. Definitivamente o conceito de “eficiência” não fazia parte do setor.

Nessa época, já estamos falando de um ambiente totalmente regulado, com extensa atuação do órgão regulador então existente, o Departamento Nacional de Energia Elétrica – DNAEE. Os riscos do negócio não eram assumidos pelos concessionários, a quem eram conferidas garantias remuneratórias que, a pretexto de manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, significavam verdadeiros desincentivos à busca de boas práticas de gestão. A falta de recursos para financiar investimentos no setor estava mais uma vez plenamente justificada, como resultado de uma política tarifária que não premiava os mais eficientes¹².

¹² Sobre o panorama do setor na década de 80 e início da década de 90, Geraldo Pereira Caldas aponta que “A legislação não era praticada e as tarifas, muito defasadas, não eram recuperadas. O setor chega a um endividamento externo incompatível com sua capacidade de pagamento. Não se consegue mais atender a remuneração mínima legal de 10% das empresas. Durante toda a década de 1980 acumulam-se déficits contabilizados extrapatrimonialmente nas Contas de Resultados a Compensar (CRC). As receitas das vendas de energia das empresas estaduais passaram a ser retidas pelos governos locais, sem honrar seus pagamentos, formando-se uma cadeia de inadimplências em que não se pagava a energia das federais, que, por sua vez, não repassavam os recursos para a Itaipu Binacional, que não repassava o serviço da dívida para a Eletrobrás, que não liberava as parcelas de financiamento das novas usinas, deixando sem pagamento os empreiteiros e fornecedores.” *In Concessões de serviços públicos de energia elétrica*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 49.

1.3 ANOS 90 E UM NOVO MODELO PARA O SETOR ELÉTRICO

A nova fase dos serviços públicos no Brasil, incluindo os relativos à energia elétrica, começou nos anos 90 com o Programa Nacional de Desestatização (PND), instituído pela Medida Provisória nº 155/1990, posteriormente convertida na Lei nº 8.031/1990. As empresas federais do setor elétrico foram incluídas no PND pelo Decreto nº 1.503/1995. Era a retomada de um Estado menos empreendedor e mais fiscalizador. Contudo, a maior atuação privada demandaria importantes modificações: finalmente incentivos às boas práticas de gestão viriam a se refletir no cálculo da tarifa.

Nesse sentido, o primeiro importante passo foi dado pela Lei nº 8.631/1993. Mesmo que fortemente impregnada da atuação estatal como formuladora de políticas e regulação setorial, ela previu a extinção do regime de remuneração garantida¹³, dispondo que “Os níveis das tarifas de fornecimento de energia elétrica a serem cobradas de consumidores finais serão propostos pelo concessionário, ao Poder Concedente, que os homologará, observado o disposto nesta Lei” (Art. 1º). Outro importante ponto foi a extinção da equalização tarifária. Era apenas o início da instauração de um ambiente mais dinâmico e competitivo, no qual alguns riscos começariam a ser assumidos pelas Concessionárias de Distribuição.

Contudo, não se pode olvidar que as modificações haviam resolvido apenas parte dos problemas nos serviços de energia elétrica, mormente considerando o ainda alto controle de preços exercido pelo Governo Federal. Ainda era preciso

¹³ Art. 7º. “O regime de remuneração garantida e, em consequência, a Conta de Resultados a Compensar - CRC e a Reserva Nacional de Compensação de Remuneração - RENCOR, ficarão extintos na data de publicação do decreto regulamentador desta Lei.”

criar um espaço de livre competição, onde efetivamente os agentes disputassem os melhores negócios¹⁴. Esse novo marco regulatório veio na esteira da Constituição de 1988¹⁵, com as Leis nº 9.074/1995 (posteriormente alterada pela Lei nº 9.648/1998) e nº 9.427/1996 (institui a ANEEL). A sua grande inovação reside na instituição da livre negociação na geração e comercialização de energia, com base principalmente na negociação de montantes e preços entre Geradores e Distribuidoras, possibilitada através de contratos bilaterais de longo prazo¹⁶. É dizer: a energia elétrica se tornou *commodity* negociada num mercado competitivo.

Também merece destaque a chamada “desverticalização” das empresas, que separou as atividades de geração, transmissão e distribuição de energia a fim de criar um ambiente mais competitivo entre os agentes¹⁷. Outra grande

¹⁴ Para tanto, leciona Clever M. Campos que “a Eletrobrás contratou a empresa de consultoria Coopers&Lybrand, através de licitação, para projetar o novo ambiente modelo, de livre concorrência, do setor elétrico.” *In Direito de energia elétrica*. São Paulo: ícone Editora, 2001. p. 33.

¹⁵ “A Constituição de 1988 constitui um marco no processo de transformação do papel do Estado na economia, ainda mais aprofundado ao longo da década de 1990, quando têm lugar as emendas constitucionais de flexibilização dos monopólios estatais. (...) Assim, o desenvolvimento da atividade econômica é atribuído precipuamente à iniciativa privada, devendo o Estado prestar diretamente apenas atividades de utilidade pública essencial e estratégicas para a defesa do país.” LAUDAU, Elena; SAMPAIO, Patrícia. O setor elétrico e uma visão introdutória. In LANDAU, Elena (Coord.). *Regulação jurídica do setor elétrico*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006. p. 6.

¹⁶ Lei nº 9.648/1998, art. 10. “Passa a ser de livre negociação a compra e venda de energia elétrica entre concessionários, permissionários e autorizados...” O Decreto nº 2.655/1998, ao regulamentar parte dessa Lei, também veio no mesmo sentido, quando em seu art. 2º aponta que “As atividades de geração e de comercialização de energia elétrica, inclusive sua importação e exportação, deverão ser exercidas em caráter competitivo, assegurado aos agentes econômicos interessados livre acesso aos sistemas de transmissão e distribuição, mediante o pagamento dos encargos correspondentes e nas condições gerais estabelecidas pela ANEEL.” Já as atividades de transmissão e distribuição são consideradas “monopólios naturais”, conforme adiante.

¹⁷ Contudo, a “autonegociação” entre agentes do mesmo grupo só restou definitivamente afastada em momento posterior, com a determinação de que as

novidade foi a substituição do regime de serviço pelo custo pelo regime de serviço pelo preço, através do qual as tarifas máximas são fixadas no contrato de concessão. O ponto será melhor abordado adiante.

Prosseguindo nas inovações, aos consumidores de grande porte foi permitida a busca de energia de fornecedores mais eficientes, possibilitando a sua desvinculação dos agentes que atuavam na sua área de consumo¹⁸. Foi criada a figura do Produtor Independente, definido como a “pessoa jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebam concessão ou autorização do poder concedente, para produzir energia elétrica destinada ao comércio de toda ou parte da energia produzida, por sua conta e risco” (Lei nº 9.074/1995, art. 11).

A par dessas modificações, surgiu o Mercado Atacadista de Energia Elétrica – MAE (Lei nº 9.648/1998), cujo principal objetivo era neutralizar distorções sazonais na demanda de energia elétrica (excedentes), mas que tinha por ambição, em seu estágio mais elevado, se tornar uma espécie de bolsa do setor, em que os preços teriam variações na medida da oferta e demanda existente pelo bem energia elétrica. Agentes sem contrato ou que tivessem consumido mais energia do que o contratado poderiam socorrer-se nesse mercado de curto prazo, submetendo-se aos preços ali estabelecidos. Infelizmente a operação desse mercado foi permeada de irregularidades, vindo ele a ser substituído pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, quando da reestruturação do setor

Distribuidoras adquirissem 100% de sua energia em leilões promovidos pelo Poder Público.

¹⁸ Lei 9.074/1995, art. 15. “Respeitados os contratos de fornecimento vigentes, a prorrogação das atuais e as novas concessões serão feitas sem exclusividade de fornecimento de energia elétrica a consumidores com carga igual ou maior que 10.000 kW, atendidos em tensão igual ou superior a 69 kV, que podem optar por contratar seu fornecimento, no todo ou em parte, com produtor independente de energia elétrica. (...)” art. 16. “É de livre escolha dos novos consumidores, cuja carga seja igual ou maior que 3.000 kW, atendidos em qualquer tensão, o fornecedor com quem contratará sua compra de energia elétrica.”

promovida a partir de 2004 pelo Governo Federal.

As dificuldades enfrentadas pelo modelo¹⁹, culminando inclusive no racionamento de energia, somadas a complexas questões ideológicas que invariavelmente influenciam as decisões governamentais, acabaram por resultar numa nova reestruturação do setor. Talvez não possamos falar em um novo modelo, mas um aperfeiçoamento/adaptação daquele criado na metade da década de 90.

A medida mais substancial desse aperfeiçoamento/adaptação veio através da Lei nº 10.848/2004²⁰ que de certa forma significou o retorno do Estado ao comando do setor: era a mitigação do bem energia elétrica como algo submetido à livre negociação e o reforço do caráter de serviço público desse tipo de prestação, através de uma reforma na comercialização da energia elétrica. As figuras do Produtor Independente e Consumidor Livre e Cativo foram

¹⁹ Veja-se, por exemplo, a seguinte crítica, formulada pouco antes da sua reestruturação: “As dúvidas acerca da viabilidade e efetividade da competição como instrumento de melhoria da qualidade e de redução de preços, no caso da prestação de serviços de eletricidade, são relevantes. Questiona-se, com base nas prescrições da teoria econômica e na análise de casos, a viabilidade da competição em indústrias produtoras de bens ou serviços homogêneos e indiferenciados, sob condição de altos custos fixos. Trata-se, exatamente, da situação do setor elétrico. Não se pode diferenciar o produto, no caso, o fluxo elétrico, o kWh, pela origem (térmica, hidráulica, nuclear, usina nova ou antiga), nem pela reputação dos geradores. Quanto aos custos fixos, especialmente no caso das usinas hidráulicas, novas ou privatizadas, representam a porção mais significativa dos dispêndios totais. Uma vez realizados os investimentos, poucas são as possibilidades de reduzir custos atuando apenas na operação e na gestão, incluindo a aquisição de combustíveis. Como estratégia, resta agir, por diversos mecanismos, sobre o controle da oferta de energia e/ou sobre seus preços. Encontram-se registrados muitos casos relevantes desse tipo de comportamento anticompetitivo, tais como os de manipulação do preço do milho e o da desregulamentação dos transportes aeroviários, nos Estados Unidos; e os mercados atacadistas de eletricidade, na Inglaterra, Argentina e Califórnia. Num quadro de escassez de oferta e demanda reprimida, como o do Brasil, as oportunidades de abuso de poder de mercado, por meio de manipulação de preço ou de oferta, podem assumir dimensões inusitadas.” SAUER, Ildo Luís... [et al]. *A reconstrução do setor elétrico brasileiro*. São Paulo: Paz e Terra, 2003. p. 26/27.

²⁰ Também podemos destacar a Lei nº 10.432/2003 (energia emergencial) e a Lei nº 10.847/2004 (instituiu a EPE – Empresa de Planejamento Energético).

mantidas, assim como outros avanços trazidos pelo modelo antigo. A comercialização de energia passou a se dar em um ambiente de livre contratação (preços e montantes) e num (fortalecido) ambiente regulado, este caracterizado por uma presença estatal mais forte, que se fez sentir na forma de regulação dos contratos celebrados pelas Distribuidoras, que ficaram obrigadas a atender 100% de seu mercado através de licitações promovidas pela ANEEL, ou seja, no mercado regulado. Passaram a atuar no ambiente livre os geradores, comercializadores e importadores. Foi criada a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, em substituição ao agora extinto MAE, com o objetivo de dar viabilidade ao novo modelo de comercialização de energia elétrica. A chamada desverticalização foi atenuada, com a manutenção da restrição apenas para as Distribuidoras, impossibilitadas de ter participação em empresas de outro segmento.

A maior presença estatal também se deu com a criação da Empresa de Pesquisa Energética – EPE, encarregada de fazer o planejamento do setor em substituição à Eletrobrás; instituição do Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico; e prerrogativa do Ministério de Minas e Energia em designar os diretores do Operador do Sistema Nacional. Não há como negar a substancial diminuição dos poderes dos agentes do setor.

É dentro desse marco, vigente até hoje, que abordaremos os principais serviços de energia elétrica – mormente a sua natureza e efeitos dela oriundos –, para que, finalmente, as tarifas de energia nos serviços de distribuição aplicadas no atual marco sejam analisadas.

2. SERVIÇOS DE ENERGIA ELÉTRICA

As concessões e permissões para a prestação de serviços públicos estão reguladas na Lei nº 8.987/1995, que regulamenta o art. 175 da CF.

Primeiramente, cumpre verificar o que seja serviço público, bem como a sua tradicional dicotomia em relação às chamadas atividades econômicas exercidas pelo Estado, à luz da CF. Num segundo momento, verificaremos qual a opção do legislador ordinário quanto aos principais serviços de energia elétrica. Por derradeiro, será analisada aquela que se mostra umas das mais importantes garantias ao prestador de serviço público: o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, ponto de suma importância para a compreensão do sistema tarifário aplicado aos serviços de distribuição de energia elétrica, abordado no capítulo seguinte.

2.1 SERVIÇOS PÚBLICOS E A SUA TRADICIONAL DIFERENCIAÇÃO DAS ATIVIDADES ECONÔMICAS DO ESTADO

Sem deixar de consignar a dificuldade que a sua conceituação impõe, Hely Lopes Meireles aponta que o serviço público é “prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniência do Estado”, sendo certo que para a sua caracterização “O que prevalece é a vontade soberana do Estado, qualificando o serviço como *público* ou de *utilidade pública*.²¹”. A razão para a inexistência de um conceito rígido, com definições exaustivas acerca do que exatamente seja serviço público se afigura elementar: as necessidades vislumbradas pelo Poder Público, a exigir uma atuação mais intensa de sua parte, direta ou indiretamente, variam com o passar do tempo²². O presente trabalho não tem por escopo

²¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 330-331. Também merece menção a corrente material, que sustenta ser serviço público toda a atividade que deve ser assegurada pelo Estado.

²² “os serviços variam segundo as necessidades e contingências políticas, sociais e culturais de cada comunidade e época. Os serviços religiosos já foram tidos como

dissecar a interminável discussão acerca do que exatamente constitui o serviço público, mas é importante desde já determinar que ele só existe em sua acepção jurídica a partir de uma atuação efetiva do Estado para tanto. Nesse sentido, leciona Toshio Mukai que “O serviço público, no sentido jurídico da expressão, só aparece quando o legislador o eleva a tal condição; até então, o que há é tão-somente um serviço público essencial²³.”

Não obstante a dificuldade em encontrar um conceito preciso e irrefutável de serviço público, a sua delimitação se mostra de inegável importância. Basta atentar à tradicional doutrina que diferencia os serviços públicos (art. 175 da CF²⁴) da atuação estatal em atividades econômicas originariamente (ou prioritariamente) deixadas ao âmbito privado (art. 173 da CF²⁵), em atenção à onda global de privatizações iniciada em

públicos, e os serviços de exploração de cassinos são, em certos países, serviços públicos, a exemplo do que ocorre em Mônaco.” GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

²³ MUKAI, Toshio. *Concessões, permissões e privatizações de serviços públicos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 04.

²⁴ Art. 175. “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado.”

²⁵ Art. 173. “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

países desenvolvidos no início dos anos 80 e que acabou por se refletir em nossa Constituição. O tema pode render boas lições.

Sobre a diferenciação, aponta Roberto Ribeiro Bazilli, na esteira da doutrina mais tradicional, que “No art. 173, consagra-se um regime prestigiador da livre iniciativa, no qual se defere ao Estado participação na exploração direta da atividade econômica, apenas supletiva.²⁶” Para essa corrente, o art. 173 da CF está em contraposição ao art. 175 da CF.

A diferenciação merece cuidados. Nessa esteira, a dicotomia é negada por Luiz Gustavo Kaercher Loureiro, ao sustentar que a competência para atuação direta do Estado se concentra totalmente no art. 173 da CF, onde está a base da atuação estatal. Aqui se encontram as “competências públicas” que, a critério do legislador ordinário e respeitadas as limitações constitucionais, podem ou não ser exercidas na forma de serviço público, estes sim passíveis de identificação com a ajuda (pistas) do art. 175 da CF. Não haveria, assim, relação de complementaridade ou contraposição entre os dispositivos, na medida em que

O art. 175 não é uma *regra de conhecimento das atividades que devem ser tidas por serviços públicos*, mas um instrumento oferecido ao legislador para que adote certo regime jurídico para aquelas tarefas que a Constituição impõe ao Estado em face das quais os objetivos por elas visados serão mais eficazmente alcançados com o regime

§ 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado. § 3º - A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade. § 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. § 5º - A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.”

²⁶ BAZILLI, Roberto Ribeiro. Serviços públicos e atividades econômicas na constituição de 1988. RDA. 197. jul./set. 1994. p. 10-21.

estabelecido no parágrafo único, em particular a “política tarifária” e o “serviço adequado”. O que positivamente faz o dispositivo é apenas dar uma *pista* sobre quais podem ser os “candidatos” a serviço público: aquelas atividades que foram imputadas ao Estado e que, por isso, são já obrigações suas. Mas, rigorosamente, trata-se tão somente disto: de uma *pista*. A identificação em concreto dos serviços públicos, *dentre as atividades imputadas pela Constituição ao Estado*, é – repise-se – tarefa do legislador ordinário, que a deve realizar em atenção às características empíricas da atividade, valorações de conveniência etc. *Ser tarefa estatal é uma condição necessária mas não suficiente para ser serviço público: há de haver decisão legislativa sobre isso. Se todo o serviço público é de titularidade do Estado, nem toda atividade de titularidade do Estado tem de ser – apenas por força do art. 175 – serviço público.*²⁷

A partir disso, o Professor formula o seguinte conceito de serviço público:

serviço público é a atividade de produção e/ou circulação de bens ou serviços referente a uma determinada área econômica, atribuída pela Constituição ao Poder Público, dotada, por opção do legislador ordinário, de um regime jurídico específico estampado no art. 175 – caracterizado fundamentalmente pela existência de uma “política tarifária”, pela obrigação de um “serviço adequado” e pela responsabilidade civil objetiva –, cuja execução pode ser delegável a privados, por meio de específicos instrumentos que assegurem o

²⁷ LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. *Constituição, energia e setor elétrico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009. p. 123.

pleno exercício da competência pública e o oferecimento do “serviço adequado ao usuário.”²⁸

A assertiva se mostra correta e demonstra que o art. 21, XII, “b” da CF deixa claro que ao tratar dos serviços de energia elétrica estamos diante de uma *competência pública* (art. 173 da CF), podendo ser delegável como serviço público ou sob o regime de direito privado, conforme dispor o legislador ordinário, valendo-se das “pistas” trazidas pelo art. 175 da CF. A diferenciação é importante, pois só no serviço público teremos as características mencionadas (política tarifária, etc.), bem como garantias inerentes ao prestador, dentre as quais se destaca o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Passemos a analisar qual foi a opção de nosso legislador ordinário para os serviços de energia elétrica.

2.2 REGIME DOS SERVIÇOS DE ENERGIA ELÉTRICA²⁹

Nos termos do art. 175 da CF, o serviço público é prestado diretamente pelo Estado (mesmo que através da Administração Pública indireta, ou seja, empresas públicas e sociedades de economia mista) ou na forma de concessão ou

²⁸ LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. *Constituição, energia e setor elétrico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009. p. 127

²⁹ “A cadeia produtiva de energia elétrica divide-se em geração, transmissão, distribuição e comercialização. A geração é o processo de criação de eletricidade pelas usinas mediante processamento de diversas fontes de energia. Essa atividade é objeto de concessão, autorização ou permissão da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. A transmissão consiste no envio de energia elétrica em alta tensão (geralmente acima de 230 KV) do local de geração até estações de rebaixamento de tensão, para evitar perdas no trajeto e possibilitar o rebaixamento de tensão para consumo. A distribuição consiste no transporte de energia das estações de rebaixamento até os consumidores finais. Por fim, a comercialização consiste na intermediação financeira das operações de compra e venda de energia elétrica no atacado. Em virtude de especificidades técnicas, elevados custos fixos e custos marginais mínimos, as atividades de transmissão e distribuição de energia têm características típicas de monopólios naturais.” NOVIS, Maria Eugênia. A definição de mercado relevante de geração de energia sob as regras do novo modelo do setor elétrico. *Revista do IBRAC*. v. 16. n. 2. 2009. p. 173-189.

permissão a particulares, através de licitação, sem que seja perdida a natureza (pública) do serviço prestado. Nessa esteira veio a Lei nº 8.987/1995 que “Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal.” Como dito, para a prestação de serviços públicos não feita diretamente pelo Estado, elegeu o Constituinte a concessão e a permissão como formas de delegação, o que restou observado pelo legislador ordinário.

Os serviços de energia elétrica, conforme abordagem anterior, estão dentre as competências públicas, podendo ou não ser prestados sob o regime de serviço público. A assertiva não é pacífica na doutrina, já sendo abordadas as razões pelas quais não se concorda com lições que sustentam a necessidade de que os serviços relacionados ao setor elétrico (CF, art. 21, XII, “b”) sejam prestados na forma de serviço público (concessão ou permissão, conforme adiante)³⁰.

O aludido dispositivo constitucional trata, isso sim, de competência pública, que pode ser prestada mesmo através de autorização, conforme se infere do seu inciso XII. O caráter de serviço público será dado pelo legislador ordinário se esta for a sua opção, para o que deve se valer das “pistas” trazidas pelo art. 175 da Constituição.

Historicamente as atividades relacionadas à cadeia produtiva do setor de energia elétrica ficavam restringidas à geração, transmissão e distribuição. Com o passar do tempo essas atividades não deixaram de se fazer presentes, mas novos *players* surgiram, muito por conta das reformas pelas quais passou o setor. Além do Gerador, Transmissor e Distribuidor, novas figuras surgiram, sendo elas, no que pertine ao presente estudo: Produtor Independente (Lei nº 9.074/1995, art. 11); Autoprodutor (Lei nº 9.074/1995, art. 7); Comercializador (Lei

³⁰ Nesse sentido, CALDAS, Geraldo Pereira. *Concessões de serviços públicos de energia elétrica*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 87.

nº 9.427/1996, art. 26) e Importadores e Exportadores (Lei nº 9.427/1996, art. 26), que passaram a figurar no pólo ativo das atividades relacionadas ao setor energia elétrico. A fim de concluir a presente análise, resta saber a qual regime esses agentes estão submetidos.

Já foi dito que os serviços públicos quando delegados são prestados na forma de concessão ou permissão. A Lei nº 8.987/1995 define a concessão de serviços públicos como “a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;” (art. 2º, II) e a permissão de serviços públicos como “a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.” (art. 2º, IV). Vem a doutrina apontando as dificuldades na busca de uma distinção clara e precisa entre os dois institutos, na medida em que a precariedade ínsita à permissão parece estar perdendo força. Na prática, se poderia apontar o uso da permissão para outorgas que não exigem altos investimentos, diferentemente do que ocorre na concessão.

Da mesma forma não se pode esquecer da existência da concessão de uso de bem público, definida como o “contrato administrativo pelo qual o Poder Público atribui a utilização exclusiva de um bem de seu domínio a particular, para que o explore segundo sua destinação específica³¹”, cuja utilização encontra campo fértil na geração de energia elétrica, diante do disposto no art. 20, VIII da CF. Também importa destacar que fora da previsão constitucional acerca da delegação dos serviços públicos, e conseqüentemente da Lei nº 8.897/1995, é

³¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 529.

possível encontrar a figura da autorização, que é ato unilateral, discricionário e precário, para fins de prática de ato que sem esse consentimento seria legalmente proibido³². Com efeito, “seus executores não são agentes públicos, nem praticam atos administrativos; prestam, apenas, um serviço de interesse da comunidade, por isso mesmo controlado pela Administração e sujeito à sua autorização.”³³

Assim, sem deixar de consignar as discussões a esse respeito, há serviço público nas concessões e permissões. Já nas concessões de uso de bem público para uso do particular sob sua conta e risco, bem como nas autorizações, não se pode falar em serviço público. Veja-se aí que já apontamos a existência de quatro diferentes tipos de “títulos”, cujos efeitos próprios repercutem na existência ou não de algumas características que só existem na prestação dos serviços públicos, abordadas no subcapítulo anterior, assim como nas garantias ao seu prestador, dentre as quais se destaca o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Outro importante efeito se encontra presente na necessidade de licitação para a prestação de serviços públicos (CF, art. 175), sendo vedada a declaração de inexigibilidade à espécie (Lei nº 9.427/1996, art. 23, § 1º).

Feitas essas considerações, cumpre analisar quais as escolhas feitas pelo legislador ordinário, à luz das Leis nº 9.074/1995 e nº 9.427/1996, no que tange aos principais agentes participantes da cadeia produtiva do setor elétrico. Para maior clareza, o tema será exposto no quadro abaixo, ao qual se seguirão alguns comentários.

<i>Agente</i>	<i>Título</i>	<i>Base legal</i>
Gerador potência maior que 1.000	Concessão.	Lei nº 9.074/1995, art.

³² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 211.

³³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 407-408.

kW fonte hidráulica – serviço público.		5, I.
Gerador potência maior que 1.000 kW fonte hidráulica – Produtor Independente.	Concessão de uso de bem público.	Lei nº 9.074/1995, art. 13.
Gerador potência maior que 1.000 Kw e menor ou igual a 10.000 kW fonte hidráulica – Autoprodutor.	Autorização.	Lei nº 9.074/1995, art. 7, II.
Gerador potência maior que 10.000 kW fonte hidráulica – Autoprodutor.	Concessão de uso de bem público.	Lei nº 9.074/1995, art. 5, III.
Gerador com qualquer finalidade e potência inferior ou igual a 1.000 kW fonte hidráulica.	Dispensado, bastando simples comunicação.	Lei nº 9.074/1995, art. 8.
Gerador potência maior que 5.000 kW fonte térmica – serviço público.	Concessão.	Lei nº 9.074/1995, art. 5, I.
Gerador potência maior que 5.000 Kw fonte térmica – Produtor Independente.	Concessão ou autorização.	Lei nº 9.074/1995, art. 6.
Gerador potência maior que 5.000 kW fonte térmica – Autoprodutor.	Autorização.	Lei nº 9.074/1995, art. 7, I.
Gerador com qualquer finalidade e potência menor ou igual a 5.000 kW fonte térmica.	Dispensado, bastando simples comunicação.	Lei nº 9.074/1995, art. 8.
Agente de transmissão de energia elétrica componente da rede básica do Sistema Interligado Nacional – SIN.	Concessão.	Lei nº 9.074/1995, art. 17, § 1º.
Agente Distribuidor.	Concessão ³⁴ .	Não há disposição expressa, aplicando-se a Lei nº 9.074/1995, art. 4, § 3º.
Agente Comercializador.	Autorização.	Lei nº 9.427/1996, art. 26, II.

Conquanto algumas das opções de nosso legislador ordinário sejam questionadas pela doutrina especializada³⁵,

³⁴ Há previsão de outorga via autorização ou permissão em casos excepcionais, como cooperativas de eletrificação rural. O presente texto aborda a distribuição via concessão, que agrega a quase totalidade do serviço em nosso país.

³⁵ “Questiona-se a constitucionalidade da figura do produtor independente de energia elétrica, pois a execução do serviço público, pelo princípio da isonomia, deve ser outorgada exclusivamente a concessionário ou permissionário, mediante prévia licitação, ressalvadas unicamente as situações de dispensa e de

resta patente que alguns dos serviços de energia elétrica – repita-se, por opção do nosso legislador ordinário –, não foram alçados à condição de serviço público. São eles (*i.*) o serviço de autoprodução de energia elétrica com potência maior que 1.000 Kw e menor ou igual a 10.000 kW, de fonte hidráulica; (*ii.*) geração de energia elétrica com qualquer finalidade e potência inferior ou igual a 1.000 kW, de fonte hidráulica; (*iii.*) produção independente de energia elétrica com potência maior que 5.000 Kw, de fonte térmica³⁶; (*iv.*) autoprodutor com potência maior que 5.000 kW, de fonte térmica; (*v.*) gerador com qualquer finalidade e potência menor ou igual a 5.000 kW, de fonte térmica e (*vi.*) comercializador de energia elétrica. Essas figuras demandam apenas autorização do Poder Público, ou mesmo mera comunicação do particular. São agentes que, se por um lado não terão que passar por prévia licitação para a concessão do serviço, por outro também não gozarão das prerrogativas que os contratos de concessão garantem ao prestador de serviço público, dentre as quais se destaca a garantia do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, adiante abordada.

Figura que também demanda maiores controvérsias é a da concessão de uso de bem público, que se faz presente nos serviços de geração por (*i.*) Produtor Independente com potência maior que 1.000 kW, de fonte hidráulica e (*ii.*) Autoprodutor com potência maior que 10.000 kW, de fonte hidráulica. Já foi dito que nessas hipóteses não há serviço público, pois o bem, em que pese público, passa à posse do particular para exploração por sua própria conta e risco,

inexigibilidade. Por outro lado, o parágrafo único torna explícito o tratamento diferenciado que, para ser constitucional, deveria fundar-se em motivo relevante para justificar com base no interesse público, e jamais no particular, a diferença de tratamento.” BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão de serviços públicos*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1999. p. 205-206.

³⁶ Aqui o serviço também pode ser concedido, sem que o legislador estabelecesse critérios que distinguíssem os casos de concessão dos de autorização.

mediante o pagamento de um valor previamente ajustado. Pode-se dizer que a concessão de uso de bem público se dá por conta do aproveitamento do bem público, e não pela natureza da atividade. Esta continuará sendo prestada por conta e risco do agente que explora o bem público, sendo importante exemplo disso o caso do Produtor Independente de fonte hidráulica, que comercializa livremente a sua parcela de energia, gerada a partir da exploração de um bem público.

2.3 EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO

Leciona Caio Tácito que sempre

que, por ato próprio da administração concedente, ou por outras causas gerais, inclusive de ordem econômica, a estrutura financeira da concessão for substancialmente abalada, nasce para o concessionário a exigibilidade do direito ao reequilíbrio da economia do contrato, de modo a subsistir a equivalência entre as prestações, conforme a comum intenção das partes. A álea ordinária fica a inteiro cargo do concessionário, que não se pode eximir ao risco voluntariamente assumido. Na ocorrência, porém, de um ônus imprevisível, ou da atribuição unilateral de novos serviços, cumpre ao Estado absorver ou partilhar dessa álea extraordinária, não somente por um princípio de equidade, como pelo interesse público na manutenção do serviço, dependente da estabilidade financeira do concessionário³⁷.

O equilíbrio econômico-financeiro do contrato, de clara inspiração francesa, foi incorporado ao nosso sistema como

³⁷ TÁCITO, Caio. O equilíbrio financeiro na concessão do serviço público. *RDA*. v. 63. Janeiro-março 1962. p. 1-15.

uma das mais importantes garantias do prestador de serviço público, sendo aqui positivado pelo art. 9º e parágrafos da Lei nº 8.987/1995. Trata-se de manter a equação econômico-financeira inicialmente ajustada entre o Poder Concedente e o prestador do serviço sempre que alterações oriundas de fatores sobre os quais o concessionário não possui qualquer ingerência (fato do príncipe³⁸ ou alteração unilateral do contrato³⁹), imprevisíveis ou não, gerais ou específicos àquele concessionário, alterarem a equação.

Veja-se, desde já, que não estamos tratando do conceito de “justa remuneração” aplicado no sistema americano. O presente estudo não tem por escopo analisar essas duas grandes escolas – francesa e americana –, bem como a medida de sua influência ao nosso direito. Contudo, é importante frisar, a fim de que a composição das tarifas de distribuição de energia elétrica adiante abordada seja mais bem compreendida, que no que diz respeito ao equilíbrio econômico-financeiro da concessão, nosso sistema não buscou inspiração no direito americano. Neste, a “justa remuneração” devida ao prestador do serviço será obtida através das regras de mercado, como se livre concorrência houvesse. Ela é um preço pago pela uso da propriedade do particular, estabelecida entre o interesse do empresário no lucro, e o dos usuários, na modicidade tarifária⁴⁰.

O direito americano não desconhece a noção de equilíbrio entre o serviço prestado e a remuneração do

³⁸ Lei nº 8.987/95, art. 9º, § 3º: “Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.”

³⁹ Lei nº 8.987/95, art. 9º, § 4º: “Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.”

⁴⁰ LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. *A indústria elétrica e o código de águas: o regime jurídico das empresas de energia, entre a concessão de service public e a regulation of public utilities*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2007. p. 141.

particular que dispõe sua propriedade para tanto. Contudo, lá a relação é analisada caso a caso e podemos dizer que há verdadeira análise “global” do serviço prestado, a fim de fixar continuamente uma tarifa que remunere de maneira adequada o investimento. Aqui, diferentemente, essa equação é estabelecida no início da contratação e assim será mantida enquanto ela perdurar, o que se reflete nas hipóteses de revisão tarifária previstas em nossa legislação⁴¹.

Isso não significa isenção de riscos, que fazem parte do negócio de qualquer agente que se disponha a prestar serviço público de distribuição de energia elétrica no Brasil, representando uma das diretrizes básicas do modelo implantado a partir da década de 90 e que repercutirá na maneira como os custos da energia são repassados ao consumidor final (conforme adiante). Da mesma forma, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato da maneira como praticado nos serviços de distribuição de energia elétrica em nosso país, não significa remuneração garantida ao concessionário, o que há muito já foi abolido. Muito antes pelo contrário e de maneira extremamente pragmática, significa que a variação (positiva ou negativa) ou a criação/supressão de certos custos não gerenciáveis (álea extraordinária) serão repassadas às tarifas a fim de que na eficiente administração da atividade o prestador de serviço possa extrair a devida remuneração, que legitimamente esperava quando da assinatura do contrato. É dizer: deve ser mantida a correspondência entre encargos e remuneração inicialmente pactuada, sem que isso implique análise “global” da remuneração em busca de uma “tarifa justa”, ou mesmo a limitação de lucros ou de perdas ocasionadas pela boa ou má gestão do negócio, dentro daquela álea natural que a atividade impõe ao empresário.

⁴¹ O nosso direito já foi fortemente influenciado pela “justa remuneração” americana. Nesse sentido a previsão do Código de Águas em seu art. 180, já reproduzido.

Os reflexos disso são percebidos, particularmente, nas tarifas cobradas pelo serviço de distribuição de energia elétrica, que engloba os custos envolvidos na cadeia produtiva do setor, até a chegada da energia ao consumidor final. Como se verá no capítulo seguinte, o Distribuidor de energia elétrica, em que pese seja prestador de serviço público, estando protegido pelo princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, também possui incentivos à melhora de sua gestão. Disso decorre que os lucros podem ser maiores ou menores, ou mesmo que a atividade, se mal gerida, poderá ser deficitária, sem que isso signifique afronta ao equilíbrio do contrato. O princípio irá proteger o distribuidor, isto sim, contra variação de custos sobre os quais não possui qualquer ingerência (Parcela A da tarifa, conforme adiante), a fim de que esses custos se reflitam de maneira fiel nas tarifas.

3. SERVIÇOS DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA

Foi visto que os serviços de distribuição de energia elétrica se enquadram, dentro das competências públicas do Estado, como serviços públicos. Isso significa dizer que estão atrelados a determinados princípios e ditames, dentre os quais se destaca a imperativa manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, bem como ao regime tarifário a eles pertinente. O exame das tarifas no segmento da distribuição se faz importante pois são essas tarifas que, uma vez cobradas do consumidor final, irão refletir os custos de toda a cadeia produtiva do setor⁴².

⁴² “A tarifa de energia elétrica representa a síntese de todos os custos ocorridos ao longo da cadeia produtiva da indústria de energia elétrica: geração, transmissão, distribuição e comercialização. O valor das tarifas deve cobrir todos esses custos, pois, do contrário, prejudicaria a saúde financeira das concessionárias e acabaria por ocasionar um grave problema nos serviços, comprometendo, assim, a coletividade que não mais receberia com continuidade e qualidade o serviço prestado. Melhor

Os serviços de Distribuição são considerados monopólio natural, sendo garantida aos concessionários uma área de atuação exclusiva⁴³. Com efeito, as linhas de distribuição serão instaladas e operadas por apenas um agente, na medida em que a livre concorrência entre Distribuidoras acabaria por certamente encarecer os custos da distribuição, gerando a necessidade de instalação de um sistema diferente para cada Distribuidora. Assim, por razões de economia, se fala no chamado “monopólio natural” dos serviços de distribuição, considerada verdadeira “falha de mercado”, que justifica a intervenção estatal na atividade⁴⁴. Todavia, esse monopólio não significa risco zero para a Distribuidora e também não garante mais o fornecimento (ou ao menos parte dele) a partir do novo

dizendo, as tarifas zelam pelo equilíbrio econômico-financeiro do contrato.” VOLPE FILHO, Clovis Alberto. *Setor elétrico*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 99.

⁴³ “Do ponto de vista econômico, costuma-se tratar a fase da distribuição como um monopólio natural. Por esta teoria econômica, os custos de exploração e os preços a pagar pelos consumidores seriam maiores se fosse introduzida a concorrência neste segmento da indústria. A idéia que está por traz do monopólio natural é singela e envolve o conceito de economia de escala. Uma só estrutura (rede) pode atender a um número indeterminado de consumidores, com baixos custos incrementais (de adição de um consumidor novo). A duplicação – ou multiplicação – de redes em um mesmo território oneraria sobremaneira todos e cada um dos consumidores a elas conectados que não dividiriam o custo principal. No limite, poder-se-ia pensar na situação absurda de ter-se cada consumidor conectado ao sistema de transmissão por uma rede, por ele inteiramente custeada. A teoria econômica que cuida da distribuição enquanto monopólio natural preconiza que o setor, por não estar sujeito à competição, seja especialmente regulado, para que se evitem abusos no exercício da atividade. A regulação a que se sujeita tal atividade é tanto de caráter econômico – para garantir a expansão e operação a preços compatíveis – como de caráter técnico – para garantir a qualidade do serviço de fornecimento.” LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. Introdução ao regime jurídico da indústria elétrica – premissas técnicas e econômicas. *Revista do IBRAC*. v. 14. n. 6. 2007. p. 95-130.

⁴⁴ “A regulação no setor elétrico brasileiro se faz necessária na medida em que as atividades desenvolvidas nesse ambiente (distribuição e transmissão de energia elétrica) se caracterizam essencialmente por monopólios naturais impossibilitando o funcionamento dos mecanismos de um mercado competitivo.” RIBEIRO, Solange; FALCÃO, Maria Isabel S. D. O modelo tarifário brasileiro. In LANDAU, Elena (Coord.). *Regulação jurídica do setor elétrico*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006. p. 287. Já nos segmentos de geração e comercialização é possível falar em competição entre os agentes (Lei nº 9.648/1998, art. 10).

modelo, onde houve a liberação de diversos consumidores para contratar a energia de quem lhes for mais benéfico⁴⁵.

Essas são características que devem ser observadas para uma melhor compreensão do nosso sistema tarifário, mormente considerando que as tarifas cobradas pelas Distribuidoras refletem os custos de toda a cadeia de geração, transmissão e, finalmente, distribuição da energia elétrica, onde se inclui a remuneração da própria Distribuidora, além dos substanciais tributos e encargos setoriais incidentes sobre as operações dos agentes⁴⁶.

3.1 REGIME DE REMUNERAÇÃO

Desde a Lei nº 8.631/93 não mais vigora o regime de tarifas equalizadas e de serviço pelo custo, com uma determinada taxa de retorno. No novo modelo, implantado nos termos da Lei nº 8.987/1995, “A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato” (art. 9º). Em harmonia com essa ideia foi editada a Lei nº 9.427/96, que criou a ANEEL e previu a “apropriação de ganhos de eficiência empresarial e da competitividade” nas concessões de serviços públicos de energia elétrica (art. 14, IV). Isso posto, não mais vigora o sistema de remuneração pelo custo histórico, mas sim o

⁴⁵ Nos termos da Lei nº 9.074/1995, art. 15, § 3º, a pretensão era ambiciosa, com a diminuição dos limites de carga e tensão para possibilidade de desvinculação do consumidor do mercado cativo. Essa orientação foi modificada através da reforma de 2004, mas diversos consumidores se mantêm livres para buscar outros fornecedores, que não a Distribuidora local. Ainda, resguardando os consumidores cativos, o art. 15, § 5º, da mesma Lei, veda aumentos tarifários por conta da saída de consumidores livres do mercado cativo.

⁴⁶ Atualmente mais de 50% da tarifa de energia elétrica é composta por tributos e encargos setoriais, conforme informado pela Associação Brasileira de Grandes Consumidores Industriais de Energia e de Consumidores Livres (ABRACE). Disponível em <<http://www.abrace.org.br>>. Acesso em 01 mar. 2011.

chamado *price cap*, ou serviço pelo preço⁴⁷, através do qual quando da assinatura do contrato de concessão ou privatização, Distribuidora e Poder Concedente acertam as tarifas máximas a serem praticadas pela Concessionária, que serão reajustadas ou revisadas ao longo do tempo.

O regime se caracteriza pelo forte incentivo à eficiência, na medida em que o Poder Concedente fixa no contrato um conjunto de regras que permitem às empresas mais eficientes a apropriação dos ganhos que superarem o modelo adotado no mercado. Em síntese, é possível dizer que

o órgão regulador estabelece um preço limite, que será cobrado pelas concessionárias dos consumidores de eletricidade e vigorará até a revisão tarifária seguinte. Nesse intervalo de tempo, o preço é reajustado pelo índice geral de preços (IGP), menos um fator de produtividade X. O ganho das concessionárias de energia elétrica ocorre entre os dois períodos de revisão tarifária, sendo isso possível se e somente se ultrapassarem o fator X, que é a produtividade a ser repassada aos consumidores. Por essa razão, o fator X terá sinal negativo na fórmula do índice que possibilita o reajuste das concessionárias⁴⁸.

O parâmetro de eficiência para mensuração do fator X (adiante abordado) é medido pela ANEEL com base na

⁴⁷ Lei n° 8.987/95, art. 15. “Entende-se por serviço pelo preço o regime econômico-financeiro mediante o qual as tarifas máximas do serviço público de energia elétrica são fixadas: I - no contrato de concessão ou permissão resultante de licitação pública, nos termos da Lei n° 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; II - no contrato que prorrogue a concessão existente, nas hipóteses admitidas na Lei n° 9.074, de 7 de julho de 1995; III - no contrato de concessão celebrado em decorrência de desestatização, nos casos indicados no art. 27 da Lei n° 9.074, de 7 de julho de 1995; IV - em ato específico da ANEEL, que autorize a aplicação de novos valores, resultantes de revisão ou de reajuste, nas condições do respectivo contrato.”

⁴⁸ CORREIA, Salatiel Pedrosa Soares. *Tarifas e a demanda de energia elétrica*. Rio de Janeiro: Synergia, 2010. p. 6.

“empresa de referência”⁴⁹. Quanto mais os custos da concessionária ficarem aquém dos da “empresa de referência”, mais ineficiente ela será, auferindo menor remuneração, por consequência. Contudo, se a boa gestão da empresa fizer com que ela opere de maneira mais eficiente do que a “empresa de referência”, a Distribuidora irá auferir maiores ganhos, em parte compartilhados com os consumidores pela aplicação do fator X.

O sistema funciona da seguinte forma: quando da revisão tarifária realizada pela ANEEL, ela calcula um parâmetro de eficiência baseada na “empresa de referência”, com custos eficientes. Sobre a tarifa ali fixada será subtraído um valor a título de “ganhos de produtividade”, que representará uma diminuição na tarifa com base na eficiência que se espera da Distribuidora, o chamado fator X (verdadeira taxa de compartilhamento dos ganhos de eficiência com os consumidores). Assim, ao mesmo tempo em que se beneficiam os consumidores com a diminuição da tarifa com base nessa eficiência, a Distribuidora irá embolsar os ganhos que ultrapassarem o fator X, se sua gestão eficiente no próximo período assim lhe oportunizar. Veja-se que diferentemente do serviço pelo custo, aqui não há uma remuneração previamente determinada. Ao contrário, ela irá variar para mais ou para menos, conforme o resultado da gestão da empresa.

É clara a diferença do regime do *price cap* se comparado ao seu antecessor, serviço pelo custo. Enquanto neste a Distribuidora fazia jus somente aos custos incorridos na prestação do serviço, somado a uma taxa de remuneração, naquele ela almeja o aumento de sua remuneração através de uma gestão eficiente, que implique em diminuição de custos e

⁴⁹ Pode ser ela considerada “uma empresa que idealmente responderia pelo serviço adaptado às condições econômicas da área geográfica da concessionária sob análise.” VIEIRA, José Paulo. *Antivalor: um estudo da energia elétrica construída como antimercadoria e reformada pelo mercado nos anos 1990*. São Paulo: Paz e Terra, 2007. p. 248.

consequente apropriação dos ganhos daí oriundos. Esses ganhos podem incluir todos os métodos aptos a tornar uma empresa mais eficiente e competitiva, dentre as quais a produtividade e a redução de custos se destacam. O maior incentivo à eficiência é claro, unindo-se a ele a modicidade tarifária (pela aplicação do fator X), que deve nortear a prestação de serviço público. A única ressalva a ser feita reside na possibilidade da Concessionária reduzir seus custos demasiadamente, de maneira a prejudicar a prestação do serviço, o que deve ser combatido através de regulação, adequando o sistema à realidade do mercado.

Por derradeiro, se faz pertinente a observação de Luiz Gustavo Kaercher Loureiro quando, lembrando a origem inglesa e campo de aplicação originária do regime *price cap*, aponta que ele “foi implementado para regular uma atividade privada monopolista (e não um serviço público), sendo desconhecido da experiência inglesa o PEEF [princípio do equilíbrio econômico-financeiro] tal como praticado em países de tradição francesa.⁵⁰” A observação é importante, pois os incentivos à eficiência se encontram somente em parte da tarifa de energia elétrica. Como se verá no próximo item, a tarifa cobrada pela Distribuidora também é composta por custos sobre os quais ela não possui qualquer ingerência, e que devem ser totalmente neutralizados nas suas operações. Com relação a esses custos não há se falar em “gestão”, mas sim em repasse integral, de maneira que a Concessionária não tenha ganhos ou prejuízos com a sua variação, em observância ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

3.2 TARIFAS NO SERVIÇO DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA

⁵⁰ *In* Considerações jurídicas sobre os aspectos econômicos dos contratos de concessão de distribuição de energia elétrica. *Revista Jurídica*. n. 276. Outubro 2000. p. 30-45.

Conforme se depreende dos contratos de concessão para os serviços de distribuição de energia elétrica, as tarifas foram divididas em duas parcelas: Parcela A e Parcela B. O sistema visa a, dentro do regime do *price cap*, dividir os custos globais que envolvem os serviços de energia elétrica. Veremos que ao fim e ao cabo, as Distribuidoras encontram garantias contra oscilações de alguns custos, sem deixar de receber incentivos à eficiência.

A Parcela A engloba os custos “não gerenciáveis” envolvidos na atividade, ou seja, aqueles custos sobre os quais a Distribuidora não possui qualquer ingerência, residindo fora da sua área de vontade ou influência. Essa parcela engloba custos de transporte de energia, tributos, encargos setoriais, entre outros. Assim, por não estarem dentro da área de livre disposição da empresa, que apenas sofre a sua incidência, são eles integralmente repassados à tarifa, a fim de que a relação entre encargos e remuneração (equilíbrio econômico-financeiro) seja mantida. Não há espaço para discussões acerca da concessão como um todo (o que possui momento oportuno para ser feito, conforme adiante), devendo o custo apenas ser neutralizado nas operações da empresa.

Vale ressaltar que alguns de seus componentes foram elencados nos contratos de concessão, em rol que não pode ser considerado taxativo. Com efeito, não há como prever todas as hipóteses de custos “não gerenciáveis”, na medida em que eles surgirão a partir das mais variadas situações, algumas das quais verdadeiramente imprevisíveis quando da assinatura do contrato de concessão.

De outra banda, a Parcela B engloba os custos “administráveis”, sujeitos ao controle e influência das práticas de gestão da empresa, ou seja, os custos de operação, como empregados, publicidade, material, etc. Aqui se encontram os incentivos à eficiência da Distribuidora, pois com uma boa

gestão terá ela a possibilidade de aumentar os seus ganhos. Não por acaso é nessa parcela que incidirá o fator X, visando a repartir com o consumidor parte dos ganhos oriundos da gestão eficiente da empresa. Diferentemente dos custos “não gerenciáveis”, ao valor representado na Parcela B não será acrescentado o exato montante dos custos “gerenciáveis” em que incorreu a Distribuidora. Antes disso, o valor inicialmente pactuado será apenas corrigido pelo Índice Geral de Preços de Mercado (IGP-M). Isso significa que não há garantias de que esses custos serão integralmente neutralizados, estando eles dentro da área gerencial da Distribuidora. Nesse sistema, riscos como o da variação de mercado (demanda) fazem parte das atividades, de maneira que cumpre à Distribuidora administrar os custos gerenciáveis a fim de que além adimpli-los, possa auferir maiores ganhos na sua boa gestão.

Dessa forma, podemos falar hoje no Brasil em um sistema de serviço pelo preço “mitigado”, na medida em que os custos da Parcela A recebem tratamento muito próximo do regime pelo custo, antigamente aplicado. De um lado o sistema garante que determinados custos serão repassados às tarifas, oferecendo certa garantia às Concessionárias. De outro, temos custos que as Distribuidoras deverão incluir dentro de uma remuneração já fixada pelo Poder Concedente, de maneira a adimpli-los, bem como extrair maior remuneração a partir da sua boa gestão. Garantias de um lado e incentivos à eficiência de outro: é no conjunto dessas parcelas que as Distribuidoras irão gerir o seu negócio.

3.3 REVISÃO E REAJUSTE DAS TARIFAS NO SERVIÇO DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA

Conforme apontado pelo Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos à época das privatizações, “para atrair investidores privados, cuja lógica

natural é a da rentabilidade, a garantia de receitas protegidas contra risco da defasagem foi um compromisso assumido pelo atual governo através de contratos de concessão.⁵¹” Pode-se dizer que é na correta observância dos métodos de reajuste e revisão tarifárias previstos nos contratos de concessão do serviço de distribuição de energia elétrica, que se encontra boa parte da garantia ao equilíbrio econômico-financeiro⁵². O Edital deve conter os critérios de reajuste e revisão tarifária (art. 18, VIII da Lei nº 8.987/1995), sendo obrigatório que o contrato disponha sobre os “critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas” (art. 23, IV da Lei nº 8.987/1995). Assim, no que diz respeito aos serviços de energia elétrica, cumpre à ANEEL fixar a metodologia de reajuste e revisão tarifária nos contratos, dentro dos limites impostos pelas Leis nº 8.987/1995 e nº 9.427/1996⁵³.

Seguindo o acima exposto, os contratos de concessão do serviço de distribuição de energia preveem: (i.) reajuste tarifário anual; (ii.) revisão tarifária ordinária e (iii.) revisão tarifária extraordinária.

O reajuste tarifário anual é feito quando da data de aniversário do contrato de concessão, englobando tanto os custos da Parcela A, como os da Parcela B. Os itens da Parcela A são obtidos pelas condições vigentes de cada um deles,

⁵¹ VOLPE FILHO, Clovis Alberto. *Setor elétrico*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 51-52 apud Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos. Apresenta vários textos sobre estudos socioeconômicos. Disponível em: <<http://www.dieese.com.br>>. Acesso em 19 set. 2001.

⁵² Esse o teor do art. 10 da Lei nº 8.987/1995: “Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.”

⁵³ Conforme observam Benjamim Zymler e Guilherme Almeida, “A lei 8.987/95 não chegou a definir uma política tarifária detalhada, mas traçou diretrizes tarifárias a serem seguidas em todas as concessões de serviços públicos. Essa norma legal atribuiu às entidades reguladoras a função de zelar pela observância dessas diretrizes, buscando evitar os erros ocorridos no passado quando da fixação das tarifas e, por via de consequência, propiciar a indispensável sustentabilidade às concessões de serviços públicos.” *In O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 221.

devido a sua variação ser considerada da data da efetiva alteração do custo em diante⁵⁴. Já o valor da Parcela B é obtido pela subtração da receita anual na data de referência anterior e o valor da Parcela A nos 12 meses anteriores ao reajuste. O resultado (Parcela B) será aqui apenas corrigido pelo IGP-M, subtraído o fator X. Busca-se a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato através do integral repasse dos custos não gerenciáveis às tarifas, bem como de maneira a evitar a defasagem monetária no valor representado na Parcela B, onde se encontram os ganhos de produtividade da Distribuidora.

Por sua vez, a revisão tarifária ordinária é realizada a cada quatro ou cinco anos, na maioria dos casos. Ela irá fazer verdadeira análise global da empresa, analisando alterações na estrutura de custos e de mercado da Distribuidora, níveis de tarifas observados em empresas similares nacional e internacionalmente e estímulos à eficiência e modicidade tarifária, em processo que podemos denominar de reposicionamento tarifário. Num segundo momento, determina-se um novo fator X para que parte dos ganhos de eficiência esperados no próximo período sejam compartilhados com o consumidor final (vale ressaltar que os ganhos obtidos até então pela Distribuidora são a ela garantidos, nos termos da Lei nº 9.427/1996, art. 14, IV). Pode-se dizer que aqui há uma análise global da empresa a fim de estabelecer um “novo” equilíbrio econômico-financeiro para contrato nos próximos anos, ponto no qual muito difere do reajuste tarifário anual. Vale ressaltar que essa análise e posterior estabelecimento de

⁵⁴ É o que dispõe a Portaria Interministerial nº 25/2002 (Ministérios da Fazenda e de Minas e Energia), corrigindo verdadeira falha regulatória que durante certo período gerou perdas às Distribuidoras por conta da variação de itens da Parcela A: art. 1º “Criar, para efeito de cálculo da revisão ou do reajuste da tarifa de fornecimento de energia elétrica, a Conta de Compensação de Variação de Valores de Itens da ‘Parcela A’ – CVA destinada a registrar as variações, ocorridas no período entre reajustes tarifários, dos valores dos seguintes itens de custo da ‘Parcela A’, de que tratam os contratos de concessão de distribuição de energia elétrica.”

um “novo” equilíbrio somente se faz possível diante da expressa previsão contratual existente.

Por fim, a revisão tarifária extraordinária é feita por iniciativa da Distribuidora e sem prejuízo do reajuste anual ou da revisão ordinária, sempre que alterações significativas nos custos da concessionária possam comprometer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Veja-se que estamos tratando de custos não gerenciáveis, cujo abalo torna imperativo o imediato reequilíbrio do contrato antes mesmo do reajuste anual.

Assim, podemos colocar de um lado o reajuste anual e a revisão extraordinária – onde há análise do contrato de concessão com base na álea envolvida no negócio, a fim de que o equilíbrio econômico-financeiro pactuado seja mantido – e do outro a revisão ordinária, com análise da empresa a fim de aferir principalmente a sua atratividade e remuneração, exurgindo daqui um “novo” equilíbrio econômico-financeiro para o próximo período⁵⁵, o que é possibilitado por expressa previsão contratual.

CONCLUSÕES

O presente estudo analisou aspectos pertinentes às tarifas cobradas do consumidor final pelo serviço de distribuição de energia elétrica, com vistas à apontada relação entre garantias e incentivos de eficiência que as constitui. Das ideias postas, podemos em suma concluir que:

- a) O setor elétrico tem origem na relação entre iniciativa privada e municípios, que disciplinavam os serviços prestados diretamente nos contratos celebrados;
- b) A regulação jurídica e a maior intervenção

⁵⁵ LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. Considerações jurídicas sobre os aspectos econômicos dos contratos de concessão de distribuição de energia elétrica. *Revista Jurídica*. n. 276. Outubro 2000. p. 30-45.

estatal direta inicialmente se mostraram tímidas, mas ganharam força na década de 30 e 40, respectivamente;

c) O período de intervenção estatal direta, em que pese tenha suprido a falta de investimentos da iniciativa privada no início do século passado, foi marcado por grandes distorções nas tarifas do serviço de distribuição de energia elétrica, que pouco incentivavam a eficiência das Distribuidoras, levando a um grave endividamento do setor;

d) Esse quadro começou a ser modificado na década de 90, com a volta da iniciativa privada, fato que, contudo, não evitou a necessidade de novas reformas já no presente século;

e) Serviço público não se confunde com competência pública. Ao tratarmos dos serviços relacionados à energia elétrica, estamos diante de competência pública, que pode ser prestada na forma de serviço público ou não, conforme opção do legislador ordinário, respeitadas as diretrizes constitucionais;

f) A distribuição de energia elétrica é serviço público, com os consectários daí decorrentes, em especial a garantia ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato;

g) A garantia do equilíbrio econômico-financeiro, tal como praticada em nosso país, significa manutenção da equivalência entre as prestações, não significando análise “global” da concessão a fim de encontrar uma “justa remuneração” ao concessionário;

h) A assertiva não significa, contudo, risco zero aos concessionários de distribuição de energia elétrica, o que repercute no seu sistema tarifário, o chamado *price cap*;

i) O sistema do *price cap*, da maneira como praticado em nosso país, permite ao Concessionário neutralizar custos não gerenciáveis (Parcela A) e ao mesmo tempo o incentiva a ser eficiente, na medida em que oportuniza maior remuneração a partir da boa gestão dos custos gerenciáveis

(Parcela B);

j) Parte desses ganhos de eficiência é compartilhada com o consumidor final pela aplicação do fator X, colaborando para a modicidade tarifária;

k) As formas de reajuste/revisão tarifária vêm ao encontro do sistema tarifário aplicado, modicidade tarifária e equilíbrio econômico-financeiro do contrato, na medida em que (i.) garantem a neutralidade dos custos não gerenciáveis e os ganhos de eficiência às Distribuidoras; (ii.) possibilitam que os ganhos de eficiência sejam compartilhados com o consumidor e (iii.) não vedam que a Distribuidora a qualquer momento possa postular a revisão de suas tarifas sempre que determinados fatores econômicos ou financeiros comprometam o equilíbrio do contrato;

l) A partir do sistema tarifário aplicado e das hipóteses de revisão das tarifas, conforme disciplinado nos contratos de concessão, é possível observar que as tarifas praticadas nos serviços de distribuição de energia elétrica buscam congregiar garantias e incentivos a boas práticas de gestão das Distribuidoras.



REFERÊNCIAS

ÁLVARES, Walter T. *Curso de direito da energia*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

BARBOSA, Ailson de Souza. *A ANEEL e a qualidade dos serviços prestados pelas concessionárias distribuidoras de energia elétrica no Brasil*. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/trabalhos/Monografia_Ailson.pdf>. Acesso em: 08. jan. 2011.

- BAZILLI, Roberto Ribeiro. Serviços públicos e atividades econômicas na constituição de 1988. *RDA*. 197. jul./set. 1994. p. 10-21.
- BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão de serviços públicos*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1999.
- CALDAS, Geraldo Pereira. *Concessões de serviços públicos de energia elétrica*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.
- CAMPOS, Clever M. *Direito de energia elétrica*. São Paulo: ícone Editora, 2001.
- CORREIA, Salatiel Pedrosa Soares. *Tarifas e a demanda de energia elétrica*. Rio de Janeiro: Synergia, 2010
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- LAUDAU, Elena; SAMPAIO, Patrícia. O setor elétrico e uma visão introdutória. In LANDAU, Elena (Coord.). *Regulação jurídica do setor elétrico*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006.
- LEITE, Antônio Dias. *A energia do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.
- LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. *A indústria elétrica e o código de águas: o regime jurídico das empresas de energia, entre a concessão de service public e a regulation of public utilities*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2007.
- _____. Considerações jurídicas sobre os aspectos econômicos dos contratos de concessão de distribuição de energia elétrica. *Revista Jurídica*. n. 276. Outubro 2000. p. 30-45.
- _____. *Constituição, energia e setor elétrico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009.
- _____. Introdução ao regime jurídico da indústria elétrica – premissas técnicas e econômicas. *Revista do IBRAC*. v. 14. n. 6. 2007. p. 95-130.

- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MUKAI, Toshio. *Concessões, permissões e privatizações de serviços públicos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002
- NOVIS, Maria Eugênia. A definição de mercado relevante de geração de energia sob as regras do novo modelo do setor elétrico. *Revista do IBRAC*. v. 16. n. 2. 2009. p. 173-189.
- PANORAMA do setor de energia elétrica no Brasil. Rio de Janeiro: Centro da Memória da Eletricidade no Brasil, 1988.
- RIBEIRO, Solange; FALCÃO, Maria Isabel S. D. O modelo tarifário brasileiro. In LANDAU, Elena (Coord.). *Regulação jurídica do setor elétrico*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006.
- SAUER, Ildo Luís... [et al]. *A reconstrução do setor elétrico brasileiro*. São Paulo: Paz e Terra, 2003.
- TÁCITO, Caio. O equilíbrio financeiro na concessão do serviço público. *RDA*. v. 63. Janeiro-março 1962. p. 1-15.
- VIEIRA, José Paulo. *Antivalor: um estudo da energia elétrica construída como antimercadoria e reformada pelo mercado nos anos 1990*. São Paulo: Paz e Terra, 2007.
- VOLPE FILHO, Clovis Alberto. *Setor elétrico*. Curitiba: Juruá, 2010.
- ZYMLER, Benjamim; ALMEIDA, Guilherme de La Roque. *O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 221.