

PANORAMA DA REVISÃO TARIFÁRIA PERIÓDICA DAS CONCESSIONÁRIAS DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA: A ADOÇÃO DO FATOR X E DA EMPRESA DE REFERÊNCIA

*Victor Valença Carneiro de Albuquerque
Procurador Federal*

Especialista em Direito Regulatório da Energia Elétrica pela Universidade de Brasília.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Serviço Pelo Preço, *Price Caps* e Revisões Tarifárias Periódicas; 2 Fator X, Ganhos de Escala e Compartilhamento com Usuários; 3 Competição paramétrica, virtual ou regulatória (*yardstick competition*); 4 Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Poucos são os institutos jurídicos do Direito Administrativo tão exhaustivamente tratados na doutrina quanto o serviço público. Talvez pela influência dos escritos de professores franceses (dentre os quais há de se destacar Léon Duguit e Gaston Jèze sobre a Academia brasileira a partir do início do século XX, tenha este sido um dos temas mais abordados pelos doutrinadores a partir dos anos 1950.

O grande volume de estudos permitiu algum consenso sobre os traços mais evidentes do fenômeno, ainda que as definições de “serviço público” tragam sempre aspectos circunstanciais distintos, segundo o gosto de seu autor.

Assim, por exemplo, podemos tomar como paradigmática a definição do Professor Hely Lopes Meirelles, antiga autoridade no assunto, que assim descreveu o instituto¹:

Serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controle estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniência do Estado.

Veja-se que Maria Sylvia Zanella di Pietro, escrevendo algumas décadas depois da edição original do autor precitado, não se afastou muito da idéia acima ao proferir sua própria definição, como demonstra a transcrição trazida abaixo²:

Serviço público é toda a atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente de direito público.

As transcrições são claras em atribuir ao Estado a titularidade do serviço público, conquanto ressalvem a a delegabilidade de sua execução a terceiro particular (concessionário ou permissionário). O traço de delegabilidade da execução do serviço, sempre presente e crucial no estudo do instituto, adquiriu grande importância prática em finais do século XX, quando o Brasil promoveu uma retirada massiva do Estado da execução direta de atividades econômicas (propriamente ditas e

RESUMO: O presente trabalho apresenta um panorama do processo de revisão tarifária periódica das concessionárias do serviço público de distribuição de energia elétrica. Descreve a adoção pela Agência Nacional de Energia Elétrica de dois instrumentos normativos elaborados por economistas dos Estados Unidos para a regulação econômica de monopólios naturais e sua compatibilidade com a ordem constitucional brasileira. Possui caráter expositivo do processo de revisão tarifária, primando pela análise dos mecanismos conhecidos como “Fator X” e “empresa de referência”.

PALAVRAS-CHAVE: Energia Elétrica. Regulação Econômica. Serviço Público de Distribuição de Energia Elétrica. Revisão Periódica de Tarifas.

ABSTRACT: This article presents an overview of price readjustment in Brazilian Electrical Sector. It focus on the use by Brazilian National Agency for Electrical Energy of two specific regulatory measures: the “X Factor” and the “Shadow Company”.

KEYWORDS: Electricity. Public Service. Regulation.

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26. ed. São Paulo. Malheiros. 2001. p. 311.

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo. Atlas. 1993. p. 80.

serviços públicos) em decorrência do aparente consenso em torno da “privatização”³.

De fato, apenas com a crise econômica dos anos 1980 passou-se a pensar seriamente em uma atuação mais forte do setor privado na execução de alguns serviços públicos “essenciais e estratégicos” como os de energia elétrica. Em que pese não se tratar de fenômeno novo⁴, a atuação de particulares nos serviços de energia elétrica tomou grande impulso com a crise de liquidez das estatais do setor no fim do século passado.

A “retirada” do Estado de sua atuação direta no setor elétrico (sobretudo na fase de distribuição) não poderia acontecer sem uma profunda reforma no marco normativo aplicável, em especial nas formas de cálculo e reajuste das tarifas cobradas dos usuários. Em verdade, sendo a tarifa a parte mais clara e objetiva da prestação do serviço público, é ela a primeira (e mais premente) preocupação dos particulares corteados candidatos à execução do serviço delegado.

Nesse diapasão, o primeiro texto legal a alterar o marco normativo do setor elétrico em fins do século XX foi a Lei n° 8.631, de 4 de março de 1.993. Esse diploma legal encerrou o sistema de “equalização tarifária” do fornecimento de energia elétrica, implementado com o intuito de garantir a uniformidade (e modicidade) dos preços cobrados de usuários do serviço “de energia elétrica” (ainda não segmentado em fases) em todo o país. A mesma Lei fulminou o regime de remuneração garantida dos concessionários do serviço público de energia elétrica (em sua maioria, ainda empresas estatais) e extinguiu a Conta de Resultados a Compensar (CRC), mecanismo de redistribuição da renda auferida pelas várias concessionárias do serviço, que transferia receita das concessionárias superavitárias para as deficitárias.

O primeiro movimento da “reforma” do setor, conquanto bastante significativo, manteve o regime de “serviço pelo custo”, sistema de cálculo da remuneração do concessionário que levava em conta precipuamente

3 O termo é reconhecidamente multívoco, como reconhecido por DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 5. ed. São Paulo. Atlas, 2005. p. 25: “Ao mencionar tais definições e respectivas abrangências, o objetivo único é o de demonstrar a existência e aceitabilidade de conceitos amplos de privatização e a multiplicidade de técnicas de privatização. *Trata-se, na realidade, de um conceito ou de um processo em aberto, que pode assumir diferentes formas, todas amoldando-se ao objetivo de reduzir o tamanho do Estado e fortalecer a iniciativa privada e os modos privados de gestão dos serviços públicos*”.

4 No caso específico do setor elétrico, é possível mesmo afirmar que os “serviços públicos” tiveram origem eminentemente privada, sendo apenas assumidos como próprios do Estado após considerável tempo.

o custo incorrido com a oferta do serviço ao usuário para o cálculo da tarifa. Historicamente, o regime de serviço pelo custo foi culpado por uma gestão pouco profissional do setor elétrico brasileiro, responsável por sobre-investimento em infra-estrutura e pouca preocupação com a eficiência administrativa das concessionárias do serviço delegado.

Saliente-se, por justiça, que o regime de serviço pelo custo não era exclusivo da realidade brasileira. Era (e ainda o é, em menor escala) praticado no setor elétrico dos Estados Unidos, lá recebendo também fortes críticas de doutrinadores econômicos⁵.

Foi, portanto, no bojo do processo de “privatização” e “modernização” do Estado que se deu um novo (e, talvez, mais significativo) passo na modificação do marco normativo das concessões de serviços públicos. Em 13 de fevereiro de 1995 foi promulgada a Lei n° 8.987/95, a nova lei geral de concessões e permissões de serviços públicos no Brasil.

A Lei n° 8.987/95 veio a preencher a exigência trazida pelo artigo 175, parágrafo único da Constituição Federal de 1.988, tornando-se o principal (mas não único) diploma legal sobre a matéria de concessões de serviços e obras públicas a particulares. O significado maior desse diploma (a par de ser a primeira lei sobre concessões produzida sob a égide da nova Constituição e do novo “consenso” sobre o papel do Estado na economia) está no rompimento com o regime do “serviço pelo custo” e estabelecimento do regime do “serviço pelo preço”⁶.

Ora, o estabelecimento do regime de serviço pelo preço implicou uma significativa mudança no tratamento das tarifas cobradas pelos concessionários de serviços públicos, resultado de uma mudança de mentalidade histórica sobre a necessidade de uma gestão eficiente da atividade econômica. O Legislador, talvez atento aos momentos difíceis experimentados pelo país após uma década de crescimento econômico insatisfatório, parecia reconhecer a incoerência de se remunerar de forma incontestemente custos não eficientes incorridos pela administração temerária dos serviços delegados a terceiros (sejam estes particulares ou, com mais razão ainda, entidades criadas pelo próprio Estado).

5 Veja-se, a título de exemplo: JOSKOW, Paul J. *Markets for Power in the United States: An Interim Assessment*. Working Paper 05-20. September 2005. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=845785>>. Acesso em 10 dez. 2008.

6 Estabelecido pelo artigo 9° da Lei, mais adiante examinado.

A mudança do paradigma tarifário foi peculiarmente importante no setor elétrico e, mais especificamente, na fase de distribuição de energia elétrica. A distribuição era o segmento mais “maduro” de todo o setor e, não por acaso, foi o primeiro a ver a alienação da participação estatal no capital das empresas concessionárias dos serviços delegados.

O regime do serviço pelo preço demandou, contudo, um amadurecimento institucional do Estado brasileiro, sobretudo para garantir dois vetores cruciais (e constitucionais) da exploração de serviços públicos por concessionários, a saber, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das concessões outorgadas e a modicidade tarifária em favor dos usuários dos serviços.

Nesse ponto, é necessário salientar que a adoção do regime de serviço pelo preço não importa a total desconsideração dos custos para a prestação do serviço no cálculo da tarifa cobrada de seus usuários. Por certo, o momento inicial de definição da tarifa (ao menos idealmente, no regime estabelecido pelo artigo 9º da Lei nº 8.987/95) é marcado pelo preço da proposta vencedora do certame para a outorga da concessão. Sendo, contudo, relação contratual de longo prazo, a concessão demanda disciplina sobre o efeito do tempo na tarifa cobrada pelo concessionário.

Inicialmente, o artigo 9º da Lei nº 8.987/95, na esteira de vetusta tradição administrativa, estabeleceu a necessidade de mecanismos de revisão tarifária para a preservação da adequação da tarifa cobrada pela prestação do serviço concedido. Ocorre, contudo, que o Legislador não foi além de prever a necessidade de tais mecanismos, negando-se (corretamente) a defini-los em sede legal.

Nesse diapasão, foi delegada ao Executivo a competência para estabelecer fórmulas, mecanismos e institutos destinados a preservar a adequação da tarifa no curso da vigência da concessão. No caso do setor elétrico, o artigo 4º, X, do Decreto nº 2.335/97, estabeleceu ser de competência da Agência Nacional de Energia Elétrica:

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

Temos, assim, uma competência administrativa expressa e clara para que a agência reguladora do setor elétrico normatize não apenas a formação da tarifa, mas também o reflexo do tempo em seu valor.

Ora, parece ser incontroverso que as eventuais revisões tarifárias realizadas pelo ANEEL deverão necessariamente analisar os custos envolvidos na prestação dos serviços concedidos. Isto porque, embora os custos não sejam critério para a definição inicial da tarifa (como visto, fixada com base no preço proposto pelo licitante vencedor para a outorga da concessão), esta deverá, em regra, garantir a viabilidade econômica da exploração do serviço.

Disse-se que a tarifa deve cobrir, em regra, os custos do serviço porque a própria Lei nº 8.987/95⁷ permite a existência de receitas alternativas destinadas a possibilitar a cobrança de tarifas mais módicas. Trata-se, portanto, de escolha política do Poder Concedente, a ser feita de forma clara, além de expressamente prevista no edital da concorrência.

Visto, pois, que a adoção do regime de serviço pelo preço não anula necessariamente a consideração dos custos incorridos com a prestação do serviço delegado, depreende-se a necessidade e relevância do tratamento normativo a ser dado à aferição daqueles. Isto porque a exigência da manutenção de um serviço adequado há de ser sempre ponderada com a igualmente necessária preservação da modicidade tarifária. É, pois, sob a tensão destes dois princípios que se divisa o mecanismo regulatório da revisão tarifária periódica e, em especial, de seus dois principais instrumentos: o “fator X” e a chamada “empresa de referência”.

A revisão tarifária periódica (RTP) é instituto relativamente novo na prática administrativa nacional, sendo, portanto, objeto de poucos estudos acadêmicos. Ora, se o processo como um todo é pouco abordado pela doutrina, os seus instrumentos o são ainda menos. É o caso, por exemplo, dos citados “fator X” e da “empresa de referência”.

O “fator X” é remédio regulatório adotado para impedir um aumento injustificado na remuneração do concessionário do serviço de distribuição de energia pelo simples crescimento de seu mercado cativo.

⁷ “Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei”.

Visa, assim, a garantir que a dinâmica do contrato de concessão não altere demasiadamente o equilíbrio econômico-financeiro da concessão outorgada.

Já a “empresa de referência” é, segundo aqui se propõe, um mecanismo regulatório-tarifário criado com o fito de ponderar as necessidades da remuneração exigida para a prestação de um serviço público adequado e da fixação de tarifas módicas aos usuários. É elaborada apenas nos ciclos de revisão tarifária periódica das concessionárias de distribuição de energia elétrica e foi criada, regulamentada e operacionalizada por resoluções normativas da ANEEL.

O presente trabalho tem como objetivo analisar criticamente o processo de revisão tarifária periódica dos concessionários de distribuição de energia elétrica, atentando especialmente para seus dois principais instrumentos regulatórios: o “fator X” e a “empresa de referência”.

Passemos, pois, a tratar propriamente do tema.

1 SERVIÇO PELO PREÇO, PRICE CAPS E REVISÕES TARIFÁRIAS PERIÓDICAS

A Constituição Federal de 1988 reservou para a União Federal a titularidade dos serviços públicos de energia elétrica no artigo 21, XII, franqueando-lhe, contudo, a exploração indireta desses serviços mediante concessão, ou permissão, ou autorização⁸. Trata-se, em verdade, de cláusula que rende homenagem à tradição constitucional da última Carta Constitucional (art. 167 da CF/1967), não importando em qualquer novidade no marco normativo de um setor, como dito alhures, com grande participação de entidades estatais (federais e estaduais).

O atual texto constitucional foi, contudo, mais comedido ao tratar da exploração de serviços públicos em geral, trazendo em um único artigo norma-matriz que se limitou a reafirmar a titularidade estatal de todos os serviços públicos e a permitir a delegação de sua execução a particulares, por meio de concessão ou permissão, sempre precedida de licitação (art. 175 da CF/88).

⁸ Art. 21. Compete à União: [...] XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: [...] b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

Nesse particular, a atual Constituição foi mais sintética do que a anterior, que, ao tratar da concessão de serviços públicos, havia sido expressa quanto a uma política tarifária mínima, que deveria necessariamente se pautar em pelo menos três vetores principais: o custeio da manutenção e expansão do serviço concedido, a justa remuneração do capital investido e a garantia do equilíbrio econômico-financeiro do contrato (art. 167)⁹.

A fórmula adotada pela CF/1988 optou por uma menor densidade normativa, remetendo-se a matéria das concessões a um estatuto geral a ser elaborado pelo Legislador Ordinário, com uma pauta mínima expressamente imposta pelo artigo 175, parágrafo único da Constituição¹⁰. Ainda que se possa lamentar a economia do atual texto constitucional quando em comparação com o anterior, os diversos princípios (explícitos e implícitos) referentes à Ordem Econômica da CF/1988 permitem ao intérprete um balizamento razoavelmente seguro para aferir os limites do Estatuto Geral das Concessões, e, no que interessa diretamente ao assunto aqui tratado, aos limites da “política tarifária” a ser definida em Lei.

Assim, defende-se de início a premissa de que a política tarifária definida pelo Legislador Ordinário para os serviços públicos em geral (ou para uma determinada espécie em particular) não poderá se apartar dos princípios trazidos pelo próprio texto constitucional em seu Título VII, referente à Ordem Econômica da República Federativa do Brasil.

Em verdade, assumindo que os serviços públicos são espécie de um gênero atividade econômica¹¹, não há como se entender possível elidir

⁹ Art. 167. A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, estabelecendo: [...] I - obrigação de manter serviço adequado; [...] II - tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato; e [...] III - fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas, ainda que estipuladas em contrato anterior.

¹⁰ 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.

¹¹ A identificação de um gênero *atividade econômica* composto por *serviço público* e *atividade econômica* em sentido estrito é tese sustentada com maestria por EROS GRAU em monografia clássica no estudo do Direito Econômico. A posição adotada pelo Autor do presente trabalho toma-a como premissa, remetendo o leitor à leitura da obra mencionada, sobretudo de seu capítulo 3: GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo. Malheiros. 2003.

a incidência dos preceitos constitucionais trazidos pelo Constituinte Originário no mencionado Título VII da CF/1988. Dessa feita, o comando dado pelo artigo 175, parágrafo único não dotou o Legislador Ordinário de discricionariedade absoluta na formulação do estatuto das concessões, sendo necessário, sempre, aferir a compatibilidade seu labor com os limites gerais traçados pela Lei Maior.

É, pois, nesse diapasão, que a política tarifária instituída por lei sobre concessões de serviços públicos não pode se afastar, por exemplo, dos princípios do artigo 170 da CF/88, dentre os quais só apontar os da função social da propriedade (art. 170, III), da defesa do consumidor/ usuário (art. 170, V) e o da livre concorrência (art. 170, IV). É dizer: a Constituição não permite a propositura de qualquer política tarifária na Lei Geral de Concessões, mas apenas de uma condizente com os preceitos vetores da ordem econômica nacional. Isto porque, como bem colocado por Eros Grau, “não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços”¹².

Feita essa ressalva inicial, pode-se desde já ver qual o parâmetro legal estabelecido para a nova política tarifária trazida pela Lei nº 8.987/95.

O artigo 9º da mencionada Lei foi expresso em identificar o ponto inicial da tarifa como o preço oferecido pela proposta vencedora do processo licitatório prévio à concessão do serviço público¹³. Não há necessidade, para os fins do presente trabalho, de se polemizar a aplicação do dispositivo mencionado com as hipóteses (muito numerosas, por sinal) das concessões outorgadas sem licitação prévia, particularmente comuns no setor de distribuição de energia elétrica. Está-se aqui a analisar, lembre-se, peculiaridade dos processos de revisão tarifária periódica das distribuidoras. Não há como (e, para todos os efeitos, nem por que) ignorar o caminho tomado pela história.

Tem-se, pois, como dito alhures, o estabelecimento de um regime de serviço pelo preço, regime este em que são estabelecidos tetos tarifários (price caps) com base na proposta feita pelo particular vencedor da licitação para a outorga do serviço delegado. O regime de teto tarifário utiliza-se de pressupostos empresariais objetivos, fundados na premissa de que o preço oferecido pelo licitante é suficiente para

12 GRAU, Eros. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo. Malheiros, 2003. p. 145.

13 Art. 9º 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.

garantir a exploração adequada e proveitosa (remunerada de maneira justa) do serviço concedido.

Não há, como havia no regime anterior, uma preocupação inicial com os custos incorridos pelo concessionário para a prestação do serviço, que sequer são conhecidos (ao menos em tese) pelo Poder Concedente. O concessionário recebe sua tarifa com base em seu preço inicial e tem-se por satisfeito com a relação encargos/proveito do contrato por um determinado período de tempo.

Ora, é claro que como toda e qualquer relação jurídica de trato sucessivo duradoura, o contrato de concessão não pode ser relegado aos efeitos do tempo sem um tratamento protetivo especial. Afinal, a cláusula rebus sic stantibus pertence à seara da teoria geral do contrato, sendo, pois, aplicável também ao contrato de concessão de serviço público.

Veja-se, ademais, que o próprio artigo 9º da Lei nº 8.987/95 prevê normas de preservação da tarifa por meio de revisão (e de reajuste, apesar da omissão neste artigo) trazida pela lei, pelo edital da concorrência e pelo contrato de concessão. Trata-se, pois, da conhecida regra de proteção ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, expressamente presente no artigo 167 da CF/1967, mas não repetida de modo expresso pela atual Constituição.

Sucedo, contudo, que a adoção do regime de serviço pelo preço, como já dito alhures, carece de mecanismos mais sofisticados que o simples reajustamento periódico das tarifas por meio de índice (específico, setorial ou geral) previsto no contrato e da conhecida revisão tarifária extraordinária, reservada para acontecimentos imprevistos ou a eles equiparados.

No setor de distribuição de energia elétrica em particular, o mero reajustamento periódico da tarifa inicial com base em índice de correção monetária pode levar a resultados insatisfatórios, dentre os quais premiar o concessionário com aumento de receita sem qualquer fundamento na sua diligência ou boa atuação gerencial.

De fato, a relação de exclusividade no fornecimento de energia elétrica a consumidores em um mercado cativo (regra geral nas concessões de distribuição) garante um incremento da receita da

concessão advinda do simples aumento natural da carga, quer pelo aumento de consumo dos usuários já presentes, quer pelo simples crescimento vegetativo do número desses. Ou seja, a receita tarifária do concessionário tem um nítido viés de alta com o crescimento vegetativo de seu mercado exclusivo, sem que para tanto o agente precise concorrer com qualquer conduta gerencial específica.

Tal fenômeno, aliado aos custos decrescentes da prestação do serviço advindos da amortização paulatina de seus investimentos, pode gerar um “descolamento” entre a remuneração originalmente pactuada e a realmente auferida pelo concessionário.

Ora, em situações como a narrada acima, o simples reajustamento por índice contratual provocaria um nítido aumento da remuneração do concessionário sem qualquer causa jurídica e, o que é pior, em detrimento da modicidade tarifária assegurada aos usuários.

Nesse particular, é oportuna a lembrança de que qualquer política tarifária haverá de ser composta de pelo menos dois elementos: a justa remuneração do capital investido pelo concessionário e a adequação (modicidade) da tarifa¹⁴. Mesmo que multívoco o termo (ou, como queiram alguns, de caráter aberto), pode-se adotar aqui o conceito de modicidade tarifária como a garantia da menor contraprestação possível para a justa remuneração do serviço concedido (um conceito de tarifa módica como, no seu limite, a tarifa necessária). E, sendo esta a premissa (a da tarifa necessária), o “descolamento” narrado nos parágrafos antecedentes provocará necessariamente um atentado ao seu caráter módico.

Dessa feita, o regime de tetos tarifários exige uma complementação capaz de captar o equilíbrio dinâmico da concessão e, portanto, operar, com o perdão da analogia, uma sintonia fina na equação financeira de contratos de duração tão longa como os de concessão de serviços públicos de distribuição de energia elétrica¹⁵.

14 Sobre o assunto, ver LOUREIRO, Luís Gustavo Kaercher. *Considerações Jurídicas Sobre os Aspectos Econômicos dos Contratos de Concessão de Distribuição de Energia Elétrica*. p. 30-45. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, ano 48, n. 276. Out. 2000.

15 Não se ignora parte da Doutrina que entende ser o assunto pertinente não ao equilíbrio econômico-financeiro, mas sim a um conceito de *justa remuneração*, muito comum ao Direito Anglo-Saxão. Veja-se, a propósito, a obra de LOUREIRO, Luís Gustavo Kaercher. *op. cit.*

Foi, pois, também para atender a essa peculiaridade setorial que se adotou o processo de revisão tarifária periódica no âmbito da ANEEL.

Conforme já relatado alhures, a doutrina clássica do Direito Administrativo previa a manutenção do equilíbrio econômico financeiro da concessão por meio de reajustes operados com o uso de índices e por revisões extraordinárias quando identificadas modificações posteriores imprevisíveis nas condições de prestação do serviço público. Não havia, nesse ponto, espaço para uma revisão periódica ou ordinária de tarifas, sem o acontecimento de qualquer evento da chamada álea extraordinária do contrato.

Mostra-se elucidativa, nesse ponto, a transcrição de trecho de obra de Celso Antônio Bandeira de Mello, que assim se pronunciou sobre o assunto¹⁶:

Já a revisão das tarifas é uma reconsideração ou reavaliação do próprio valor original tomado em conta como adequado para enfrentar equilibradamente os encargos. Assim, na revisão, dada a irrupção de encargos excedentes dos originais, a tarifa efetivamente muda, não apenas em sua expressão numérica, mas também na qualificação do próprio valor que lhe deve corresponder para que seja mantido o equilíbrio inicial entre os encargos dantes previstos e a correspondente retribuição. Isto ocorre, apenas, quando o serviço concedido vier a sofrer impacto de fatores supervenientes a serem considerados. Tem lugar, pois, quando sobrevierem eventos, contratualmente previstos ou não, por força dos quais venha a operar-se a ruptura do equilíbrio inicial. Tais fatores podem ser oriundos (a) de alteração unilateral do contrato (hipótese do art. 9º, §4º); (b) da superveniência de medidas de alcance geral expedidas pelo Poder Público sem relação com sua qualidade de concedente (fato do príncipe, a ser adiante explicado) e que agravam a equação inicial (como a elevação de tributos a que se refere o §3º do art. 9º), ou (c) ocorrências derivadas de eventos imprevisíveis que convulsionem a economia contratual (teoria de imprevisão e teoria das sujeições imprevisas, sobre as quais se falará mais além).

Resta evidente, pois, que o processo de revisão tarifária periódica não pode ser enquadrado em qualquer das categorias traçadas pelo ilustre autor, uma vez que não tem como fundamento a alteração do contrato, nem

16 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo. Malheiros. 2002. p. 662.

fatos da Administração ou mesmo fatos imprevisíveis. Trata-se apenas de mecanismo de conciliação entre o equilíbrio econômico-financeiro da concessão e o princípio básico da modicidade tarifária¹⁷.

Em verdade, há quem defenda que o raciocínio por trás do processo de RTP não se encontra na tradicional doutrina do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, delineada inicialmente pela “Escola Francesa do Serviço Público”. Segundo essa parcela da doutrina, as revisões ordinárias ou periódicas seriam corolários do sistema norte-americano de regulação econômica dos serviços de utilidade pública (não serviços públicos no sentido adotado no Brasil), mais preocupada com um conceito de justa remuneração do capital investido pelo particular¹⁸.

Onde, no entanto, encontrar a matriz legal dos processos de revisão tarifária periódica, já que ausente previsão legal expressa na Lei Geral de Concessões de Serviços Públicos? A resposta encontra-se em interpretação sistemática da lei de criação da Agência Nacional de Energia Elétrica, assim como nas disposições gerais da Lei n° 8.987/95.

De fato, como já dito linhas acima, o artigo 9° da Lei n° 8.987/95 previu a necessidade de mecanismos de revisão tarifária sem, contudo, indicar qualquer disciplina sobre sua periodicidade. Assim, e preliminarmente, apenas o apego ao pensamento clássico quanto ao binômio reajuste anual/revisão extraordinária serviria como entrave à adoção de norma (regulamentar ou mesmo contratual) sobre revisões periódicas.

A Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, primeira das agências reguladoras criadas no processo de “privatização” ocorrido no final do século XX no Brasil, foi pioneira em dispor sobre o tema em seus regulamentos. Instituída para regular setor de infra-estrutura em que os investimentos carecem de um longo período de maturação, a ANEEL foi dotada de uma ampla competência regulatória, que inclui inclusive a necessária para regulamentar por atos próprios a Lei n° 9.427/96 e a 9.074/95¹⁹.

Houve, assim, previsão legal dotando a ANEEL da competência para estipular normas regulamentares sobre o cálculo e homologação das tarifas das concessionárias, seu reajuste e revisão.

Ademais, não é sem valor ressaltar que os contratos de concessão celebrados após a publicação a Lei n° 9.427/96 trouxeram regras expressas quanto à realização de revisões tarifárias periódicas, geralmente transcritas na subcláusula sétima, da cláusula sétima do ajuste. Veja-se, a propósito, dispositivo presente no contrato de concessão celebrado entre a União (Poder Concedente) e a Companhia Energética do Ceará – COELCE, em 13 de maio de 1.998:

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

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

Vê-se, portanto, que a existência de revisões tarifárias periódicas para o serviço de distribuição de energia elétrica encontra respaldo em Lei, regulamento e contrato, sendo de legitimidade inquestionável.

Resta, assim, analisar dois dos mecanismos mais significativos da RTP: o uso do “Fator X” e a “empresa de referência”.

I - implementar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração da energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, expedindo os atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela Lei n° 9.074, de 7 de julho de 1995;”

17 Veja-se, a propósito, a opinião de LOUREIRO, op. cit. p. 41.

18 Ver interessante proposição de LOUREIRO, Gustavo Kaercher. *A revisão Ordinária das Tarifas de Energia Elétrica*. *Gazeta Mercantil*, p. 2, 17 set. 2002.

19 Eis a redação do artigo 3° da Lei n° 9.427/96: “Art. 3° Além das atribuições previstas nos incisos II, III, V, VI, VII, X, XI e XII do art. 29 e no art. 30 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, de outras incumbências expressamente previstas em lei e observado o disposto no §1°, compete à ANEEL [...]”

2 FATOR X, GANHOS DE ESCALA E COMPARTILHAMENTO COM USUÁRIOS

A lei de criação da ANEEL foi também a primeira a trabalhar com o conceito de serviço pelo preço estabelecido pelo artigo 9º da Lei nº 8.987/95, formulando um mínimo nocional a ser adotado no âmbito do setor elétrico. De fato, assim estabeleceram os artigos 14 e 15 da Lei nº 9.427/96:

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

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

II - a responsabilidade da concessionária em realizar investimentos em obras e instalações que reverterão à União na extinção do contrato, garantida a indenização nos casos e condições previstos na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nesta Lei, de modo a assegurar a qualidade do serviço de energia elétrica;

III - a participação do consumidor no capital da concessionária, mediante contribuição financeira para execução de obras de interesse mútuo, conforme definido em regulamento;

IV - apropriação de ganhos de eficiência empresarial e da competitividade;

V - indisponibilidade, pela concessionária, salvo disposição contratual, dos bens considerados reversíveis.

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

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

II - no contrato que prorrogue a concessão existente, nas hipóteses admitidas na Lei nº 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 nº 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.

Inovando na tradição administrativista nacional, o artigo 14, IV da Lei nº 9.427/96 trouxe norma sobre o regime jurídico-financeiro das concessões dos serviços públicos de energia elétrica que determinava “a apropriação de ganhos de eficiência empresarial e da competitividade” (art. 15, IV). Não é outro o fundamento legal para o estabelecimento do “fator X” mencionado linhas acima.

Como já ressaltado alhures, o aumento da remuneração do concessionário pelo simples crescimento vegetativo do mercado cativo é conseqüência indesejada da exploração exclusiva do serviço público concedido. É, portanto, efeito rechaçado por um regime jurídico pautado na constância de uma relação de encargos/proveito advinda do contrato e na modicidade das tarifas.

Para remediar tal efeito, a regulação econômica adotada pela ANEEL se utiliza do chamado “fator X”, adendo metodológico do sistema de “price caps”.

Não é outra, aliás, a definição da própria ANEEL sobre os propósitos do mencionado instituto, conforme visto no artigo 2º, IX da Resolução Normativa nº 234/2.006:

Art. 2º Para fins e efeitos desta Resolução Normativa são adotados os conceitos a seguir:

[...]

IX – Fator X: percentual a ser subtraído do Indicador de Variação da Inflação – IVI, quando da execução dos reajustes tarifários anuais entre revisões periódicas, com vistas a compartilhar com os consumidores os ganhos de produtividade estimados para o período;

Ora, as idéias até aqui relatadas, aderentes à “escola clássica” do Direito Administrativo brasileiro, tal como relatado na introdução, levam a crer que o “fator X” seria mecanismo adotado para o “calibramento” do equilíbrio econômico-financeiro das concessões baseadas no regime de tetos tarifários estabelecido pelas Leis nº 8.987/95 e 9.427/96.

Na prática, funciona como percentual abatido do índice de reajustamento tarifário previsto no contrato de concessão, destinado a compensar os ganhos do concessionário com o crescimento de seu mercado exclusivo.

A aplicação do “fator X” resolve (ou minora) o desequilíbrio econômico-financeiro da concessão no que tange ao crescimento vegetativo do mercado exclusivo. Nada faz, todavia, para incentivar uma gestão eficiente do serviço concedido ao particular.

De fato, já foi dito acima que o procedimento de revisão tarifária periódica não prescinde de uma análise dos custos envolvidos na prestação do serviço outorgado. Trata-se de parâmetro objetivo para a formação da tarifa, sob pena de, inevitavelmente, pôr-se em perigo a prestação “adequada” do serviço pelo concessionário.

Há, contudo, uma questão de princípio a ser seguida: o processo de revisão tarifária não pode simplesmente reproduzir os custos apresentados ou requeridos pela concessionária cuja tarifa encontra-se em análise, sob pena de retrocesso ao regime do serviço pelo custo.

Nesse diapasão, a ANEEL tem utilizado sua competência regulatória e conhecimentos técnicos para, aferindo dados objetivos coletados junto ao mercado (nacional e internacional), traçar parâmetros para a definição dos custos “eficientes” a serem suportados pela tarifa cobrada dos usuários do serviço concedido.

Ora, parece evidente que os usuários do serviço concedido não podem ser onerados com o ressarcimento de custos ineficientes da concessionária, sob pena de se observar verdadeira transferência do risco gerencial, naturalmente alocado na esfera do titular do negócio para a responsabilidade dos tomadores do serviço. Admitir tal hipótese equivaleria a premiar o mau gestor de um negócio de terceiro, em absoluta contradição a um ordenamento primado na ética e proteção aos administrados (afinal, a titularidade do serviço público de distribuição de energia elétrica permanece com a União, que apenas delega a sua execução ao particular, explorador sob sua conta e risco da atividade).

Ocorre, ademais, que a concessionária de distribuição opera em regime de exclusividade (“monopólio natural”) e, portanto, encontra-se naturalmente imune aos efeitos advindos da competição, força que propala a busca constante de níveis maiores de eficiência na atividade empresarial.

Os desafios decorrentes das situações de monopólios não vedados por lei (assim como daqueles por ela instituídos) foram objeto de análise detida da teoria da regulação econômica, sobretudo nos Estados Unidos da América. De fato, o próprio conceito original de regulação econômica lá fundado revolve exatamente sob este ponto: sanar as chamadas “falhas de mercado”.

Esse conceito restrito de regulação foi amplamente divulgado pela chamada “Escola de Chicago”²⁰, que, embora atuando em regime jurídico absolutamente distinto do observado nos países de Direito Romano-Germânico, logrou obter enorme influência nos países latino-americanos (não menos no Brasil).

De fato, a implementação dos sistemas de regulação econômica de origem americana encontrou campo fértil no país, como já demonstrado pela adoção do sistema de tetos tarifários (price caps) e da aplicação do “fator X” no âmbito da revisão tarifária periódica dos serviços públicos de distribuição de energia elétrica a partir de 1998.

Não surpreende, dessa feita, a adoção de um outro método regulatório proposto pela doutrina econômica americana, a saber, o mecanismo da competição paramétrica (yardstick competition), fundamento lógico para a formulação da empresa de referência aqui estudada.

3 COMPETIÇÃO PARAMÉTRICA, VIRTUAL OU REGULATÓRIA (YARDSTICK COMPETITION)

A doutrina econômica norte-americana desenvolveu uma posição bastante crítica quanto aos chamados “monopólios naturais” reconhecidos legalmente pelos Estados Unidos, sobretudo aqueles em setores considerados como de utilidade pública.

Talvez o principal argumento contrário à disciplina ainda vigente na década de 1980 para os monopólios permitidos (franchised monopolies) fosse a aplicação do regime de serviço pelo custo para o cálculo de sua remuneração²¹. A remuneração de serviço pelo custo, segundo entendem os adeptos da “Escola de Chicago”, implica um

20 Ver, especialmente: STIGLER, George. *The theory of economic regulation*. *Bell Journal of Economics and Management Sciences*. v. 2. n. 1. p. 3-21. Spring 1971. e PELTZMAN, Sam. *Toward a more general theory of regulation*. *Working Paper* do National Bureau of Economic Research, Inc. Stanford, Abril de 1976.

21 SHLEIFER, Andrei. A theory of yardstick competition. *Rand Journal of Economics*. v. 16. n. 3. p. 319-327, 1985. Autumn.

desestímulo à busca pela eficiência operacional e, em última análise, uma cobrança injusta dos usuários do serviço.

Atentos, portanto, à necessidade de induzir os efeitos benéficos da concorrência em setores pontuados por “monopólios naturais” (exemplo claro da distribuição de energia elétrica), os economistas da era Reagan-Thatcher passaram a defender o incremento dos aparelhos regulatórios do Estado.

Interessa, para o objeto do presente trabalho, a proposição da chamada *yardstick competition*. Trata-se de proposta regulatória difundida na década de 1980, cujo principal objetivo era o de estimular empresas monopolísticas a adotar uma gestão mais eficiente, focada na redução de custos operacionais.

Em que pese a complexidade das explicações econométricas, pode-se ressaltar aqui as premissas fundamentais da teoria como (i) o reconhecimento de que o preço da utilidade disponibilizada pela firma detentora de monopólio natural é pautada pelos seus custos operacionais e, portanto, a regulação econômica deve evitar o repasse integral de custos não eficientes/prudentes para as tarifas praticadas; (ii) a assimetria de informações entre firma monopolística e agente regulador é muito grande, não sendo plausível crer na capacidade de o regulador auditar os custos fornecidos pelo agente regulado; (iii) os custos eficientes podem ser deduzidos pela “performance” de firmas com atividade similar à monopolista, devendo tais dados ser utilizados pelo regulador para a formação de um paradigma (*benchmark*) para a análise do caso concreto.

O modelo de competição virtual ou paramétrica (*yardstick*) proposto *prima*, assim, pela concessão de cobertura tarifária apenas para os custos consistentes com os parâmetros de eficiência previamente demonstrados pelo agente regulador. Desse modo, estimula-se a entidade detentora do monopólio natural a buscar nível de eficiência maior do que o representado pelo paradigma proposto, uma vez que nesse caso poderá se apropriar de um “excedente do regulador”.

Reversamente, a falha em alcançar os níveis de eficiência utilizados como paradigma pelo regulador reduzirá o proveito econômico auferido da exploração da atividade, consistindo, pois, em verdadeiro aviso quanto aos riscos de permanecer na prática de uma gestão descuidada do negócio.

Tal como proposto por seus formuladores originais, o modelo da competição paramétrica (*yardstick*) deve ser levada às últimas conseqüências, inclusive com a redução à insolvência ou quebra das firmas ineficientes, sem que tal possibilidade deva em momento algum sensibilizar o regulador. Veja-se, pela simplicidade da exposição, a posição de SHLEIFER ao propor a teoria aqui explanada²²:

É essencial que o regulador se comprometa a não atentar para as reclamações da firma e a estar preparado para aceitar que firmas decretem falência se escolherem praticar custos a níveis ineficientes. Ao menos que o regulador possa ameaçar firmas ineficientes com perdas financeiras de maneira crível (ou, alternativamente, possa provar em juízo que as firmas escolheram ser ineficientes e que sua conduta foi imprudente), a redução de custos não poderá ser aplicada.

É de se ressaltar, contudo, que a definição do paradigma para a análise da eficiência não é (nem poderia ser, obviamente) arbitrário. O modelo de regulação econômico propõe a criação de uma firma competidora virtual (*shadow firm* no original em inglês, sendo “empresa de referência” a terminologia utilizada pela ANEEL), mas com custos operacionais compostos a partir do desempenho de firmas reais e similares à concessionária analisada²³.

No âmbito da ANEEL, ainda que virtual, a empresa de referência utilizada como paradigma (*benchmark*) para a aferição da eficiência da concessionária cujas tarifas são revisadas não é criação arbitrária ou descolada da realidade. Trata-se, em verdade, de atividade administrativo-regulatória que conta com ampla e fundamentada exposição de motivos, sob pena de se constituir em exercício arbitrário de poder.

A fundamentação das premissas metodológicas utilizadas pela agência reguladora do setor elétrico para a composição da empresa de referência ocupa boa parte da Resolução Normativa n° 234, de 31 de outubro de 2008, ato regulatório inclusive com mais de 100 páginas.

²² SHLEIFER, op. cit. p. 323. “It is essential for the regulator to commit himself not to pay attention to the firms’ complaints and to be prepared to let the firms go bankrupt if they choose inefficient cost levels. Unless the regulator can credibly threaten to make inefficient firms lose money (or, alternatively, can prove in court that firms chose to be inefficient and that their practices were imprudent), cost reduction cannot be enforced”. Tradução livre do original.

²³ SHLEIFER, op. cit., p. 322.

Veja-se, contudo, que a “essência” da empresa de referência e dos critérios para sua elaboração foi bem resumida na introdução do Anexo I do ato regulatório mencionado, sendo oportuna sua transcrição no presente momento. Ei-la, portanto²⁴:

I.1 – METODOLOGIA PARA DETERMINAÇÃO DOS CUSTOS OPERACIONAIS EFICIENTES

A metodologia adotada para determinação dos custos operacionais eficientes corresponde ao Modelo da Empresa de Referência e baseia-se na elaboração dos processos e atividades que devem ser realizados por uma distribuidora de energia elétrica para garantir que o serviço seja prestado a um nível de qualidade mínimo.

A Empresa de Referência é única para cada área de concessão, cumprindo os processos e atividades necessários para manter inalterada a vida útil das instalações vinculadas à prestação do serviço público de distribuição, considerando a extensão da rede elétrica e o montante de ativos específicos, bem como a gestão comercial e as atividades de direção e administração central e regional.

O conceito de Empresa de Referência está associado a três premissas básicas: i) eficiência de gestão; ii) consistência entre o tratamento regulatório dado para os custos operacionais e para a avaliação e remuneração dos ativos; e iii) condições específicas de cada área de concessão.

A metodologia de Empresa de Referência observa as seguintes etapas:

1) Identificação dos processos inerentes à atividade de distribuição de energia elétrica, com descrição das atividades que compõem cada um deles. Esses processos e atividades são aqueles que implicam atuação direta sobre consumidores ou instalações. Na área comercial, são as atividades do ciclo comercial regular, atendimento e serviço técnico. Na área técnica, são as atividades de operação e manutenção das instalações de distribuição;

2) Estabelecimento do custo eficiente associado a cada um dos processos e atividades, adotando-se como referência preços de

mercado. Para isso, calcula-se o custo eficiente com base na definição das principais tarefas que compõem a atividade e, para cada tarefa, a quantidade de recursos humanos e materiais necessários e seus respectivos valores de mercado. Considera-se o custo para cada um dos recursos necessários à tarefa; e

3) Projeção de uma estrutura de pessoal e recursos para execução de processos e atividades centralizados, supervisão, gerenciamento e direção da empresa. É projetada com base nos recursos humanos, materiais e serviços e os custos de processos e atividades descritos nas etapas anteriores. O volume de atividades na área comercial e na área de operação e manutenção da rede exige determinada quantidade de profissionais para funções gerenciais, que assegurem o funcionamento adequado dessas atividades específicas. Esses profissionais são alocados na estrutura de processos e atividades centralizados.

Até o presente momento, insistiu-se na explanação da empresa de referência como medida de regulação econômica, visando a apresentar o contexto fático e teleológico por trás de sua formulação teórica. Resta, no entanto, focar sobre suas implicações jurídicas, assim como na análise de sua consistência com o modelo legal vigente no Brasil.

De fato, em que pese a natural multidisciplinaridade do fenômeno regulatório, não há como se ignorar a pouca adesão dos estudiosos da economia aos cânones da legalidade e da peculiar forma de atuação do Direito. Estão eles preocupados em descrever fenômenos segundo uma relação de causa e efeito lógica, precisa e, na maioria das vezes, de aplicação constante e uniforme para todos os casos. Quem quer que tenha um mínimo de contato com o Direito como forma de disciplina social, reconhece-o como um universo de regras e princípios que, sem serem necessariamente antagônicos, não podem ser reduzidos a relações de causa e efeito diretas, aceitando, ademais, uma grande flexibilidade na sua aplicação prática.

A par das peculiaridades ressaltadas, faz-se necessário reconhecer uma ânsia transformadora no Direito (sem que se fale na ânsia condutora da maioria dos juristas). É dizer, os juristas não se contentam em reconhecer no Direito uma ciência descritiva da realidade a ele pré-existente. Sem negar a força dos fatos na conformação do Direito, afirma-se a pretensão desse último em plasmar, mesmo minimamente, a realidade. Há, pois, uma relação muito mais complexa entre o Direito e a realidade fática que entre essa última e a economia.

²⁴ Anexo I da REN nº 234/2.006 da ANEEL. O texto transcrito encontra-se na página 6 do documento e não está organizado em artigos.

Ora, a diversidade de foco só poderia resultar em diversidade de objetivos. É, pois, inegável a falta de identidade entre regulação econômica e regulação jurídica das atividades econômicas.

Sobre a primeira (regulação econômica), Antoine Jemnaud opinou ser:

[...] uma das formas de atuação pública na economia, alternativa da intervenção propriamente dita: a regulação visa à correção das deficiências do mercado, por meio de edição de regras [de direito] ou pela instituição de autoridades de fiscalização²⁵

Ora, a edição de normas jurídicas sobre a atividade não basta para descaracterizar a regulação econômica. Em um Estado de Direito, conforme art. 1º da Constituição de 1988, não há como se intervir na sociedade sem a edição de normas jurídicas. Assim, tem-se que a distinção entre regulação econômica e regulação jurídica da economia encontra-se não propriamente nos instrumentos, mas, talvez no fim pretendido por cada uma.

Assim, como demonstrado nas palavras já lançadas ao longo deste texto, a regulação econômica, em especial a de corte liberal anglo-saxônico, preocupa-se em emular regras de um mercado competitivo. Este é tido como um valor em si mesmo e um objetivo constante a ser alcançado e mantido.

Já a regulação jurídica da economia persegue também outros fins, variantes conforme a ideologia aceita (abertamente ou não) pelos seus formuladores.

Entre os brasileiros, o direito regulatório vem sendo encarado como um processo de funcionalização das atividades privadas, que passam a ser indiretamente estimuladas ou desestimuladas conforme se adéqüem às finalidades pretendidas pelo Estado.

Nesse diapasão, o fenômeno foi bem descrito por Marçal Justen Filho em artigo cujo trecho é transcrito adiante²⁶:

²⁵ JEMMAUD, Antoine. *Apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (et alii). *Direito Regulatório. Temas Polêmicos*. Belo Horizonte: Forum, 2003.

²⁶ JUSTEN Filho, Marçal. O Direito Regulatório. *Interesse Público*. Belo Horizonte, ano IX. n. 43, p. 25-26, 2007.

Mas a conceituação de regulação reflete concepções ideológicas variadas, o que se reflete numa disputa sobre as funções reservadas ao Estado. A natureza específica da regulação deriva não tanto das características intrínsecas (estáticas) da organização estatal e dos instrumentos de que se vale, mas, muito mais, dos fins buscados pelo Estado e do modo como se desenvolve sua atuação. Isso equivale a afirmar que a existência de um Estado Regulador se caracteriza pela eleição da intervenção regulatória como instrumento político fundamental. Toda atuação estatal – em qualquer modelo de Estado – é vinculada à realização dos princípios e valores fundamentais, especialmente a dignidade da pessoa humana. O modo de realizar tal fim, num Estado Regulador, consiste na atuação regulatória, o que se traduz basicamente na edição de regras e outras providências orientadas a influir sobre a atuação das pessoas e instituições. Portanto, a concepção de intervenção estatal indireta assume papel comparavelmente muito mais relevante do que se passava no momento anterior. [...]

Já o modelo de Estado regulatório exige uma intervenção muito mais consistente, de natureza interna. O Estado retirou-se do cenário econômico. As necessidades coletivas devem ser satisfeitas pela atuação apenas dos próprios particulares. Mas esse afastamento estatal não o impede de exercer seu novo papel, constringendo os limites, os fins e a natureza da atividade privada.

Especificamente sobre o modelo de regulação jurídica da economia adotada nos últimos anos, no Brasil inclusive, opinou o mesmo autor em outro trecho de sua obra já citada²⁷:

A regulação estatal peculiar ao novo modelo retrata-se na ampliação significativa das competências públicas atinentes ao controle-regulação das atividades desempenhadas pelos particulares. O Estado determina os fins primordiais a realizar e os meios utilizáveis para tanto. As decisões empresariais privadas, inclusive no âmbito tecnológico, dependem da aprovação estatal prévia ou de fiscalização permanente. Reduz-se sensivelmente a margem de autonomia privada, produzindo-se aquele fenômeno da funcionalização das atividades desempenhadas pelos particulares, tal como anteriormente observado.

²⁷ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 26.

Assim, a adoção do cabedal teórico da regulação econômica haverá de ser, ao menos no Brasil, contrastada com os limites jurídicos pertinentes e instilada com os princípios e garantias trazidos pela CF/1988.

Em primeiro lugar, reconhece-se a revisão tarifária periódica como processo com dois objetivos complementares: primeiro, manter o equilíbrio econômico-financeiro e, segundo, garantir que a tarifa remunere uma gestão eficiente do serviço delegado²⁸.

O primeiro dos objetivos não apenas é aceito, mas em verdade exigido de todo contrato comutativo de longo prazo celebrado entre particular e Poder Público, como notoriamente visto no artigo 37, XXI da Constituição Federal²⁹.

Já no que tange à adoção do mecanismo da competição paramétrica ou virtual no setor de distribuição de energia elétrica, foi dito que seu objetivo é a indução de uma gestão racional e eficiente do serviço público delegado, a fim de se obter uma redução de seus custos operacionais (e de seu ônus para os usuários, por decorrência última).

Assim, percebe-se uma aderência axiológica entre os fins do método regulatório descrito (*yardstick competition*, “empresa de referência”) aos valores e princípios adotados pela CF/1988, neste caso específico, em seus artigos 37, caput (princípio da eficiência administrativa) e 170, V (defesa do usuário/consumidor, como decorrência da cobrança de uma tarifa justa).

Nesse ponto, não é inoportuno salientar a titularidade estatal dos serviços públicos no regime constitucional brasileiro (art. 175 da CF/88). Assim, mesmo quando prestados por delegatários, não escapam

28 A redação do artigo 2º, II da REN 234/2.006 da ANEEL é a seguinte: “Art. 2º Para fins e efeitos desta Resolução Normativa são adotados os conceitos a seguir: [...] [§]II – Reposicionamento Tarifário: redefinição do nível das tarifas de energia elétrica reguladas, em nível compatível com o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão;”

29 “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

da incidência dos princípios constitucionais referentes à atividade administrativa, dentre os quais o da obrigação de manter atividade adequada para seus usuários (§3º, I, in fine do art. 37).

Desse modo, o estímulo a uma gestão eficiente dos custos operacionais das concessionárias (por meio de cobertura tarifária seletiva) promovido no âmbito da empresa de referência é medida teleologicamente compatível com os princípios atinentes aos serviços públicos trazidos pela Constituição. Por certo, não se mostra plausível defender tese de que o concessionário de serviço público teria “direito a uma remuneração por custos ruinosos ou ineficientes”, ou mesmo faculdade de prestar serviço público inadequado. Isso representaria, já no plano constitucional, uma lesão ao dever expressamente previsto no art. 175, § único, IV da Constituição.

Já no âmbito infraconstitucional, há dois diplomas legais de importância crucial para a matéria aqui aventada.

Primeiro, a Lei Geral de Concessões e Serviços Públicos (Lei nº 8.987/95). Referido diploma legal adotou o regime do serviço pelo preço, cuja natureza e consequências já foram abordadas nas linhas acima.

Previu, ademais, em seu artigo 9º, a existência de mecanismos para a preservação da adequação da tarifa (em verdade, do equilíbrio econômico-financeiro da concessão fundado na tarifa) no edital e no contrato de concessão. Não há qualquer previsão concreta sob a periodicidade dos mecanismos, que pode, como defendido acima, ser definida pelo contrato de concessão ou por ato regulatório.

No caso dos contratos de concessão do serviço público de distribuição de energia elétrica, houve previsão expressa quanto à existência de revisões tarifárias periódicas, sendo estas pautadas expressamente pelo estímulo à eficiência e à modicidade da tarifa.

Por outro lado, é necessário ter em mente que o equilíbrio econômico-financeiro garantido é o da concessão, e não do concessionário. A distinção faz-se oportuna porque a concessão pressupõe uma gestão eficiente e custos operacionais racionais, como corolário de um serviço adequado (art. 6º da Lei nº 8.987/95). Assim, as tarifas devem remunerar uma gestão prudente da concessão, e não condutas ineficientes do concessionário do serviço delegado.

Tanto assim, que a Lei nº 8.987/95 foi expressa em prever como motivo para a rescisão do próprio contrato de concessão a perda pelo concessionário das condições econômicas para a prestação do serviço adequadamente (art. 38, §1º, IV), assim como sua falência (art. 35, VI), hipóteses que não se coadunam com a gestão eficiente do contrato.

Em segundo momento, há que se mencionar o estabelecimento de regime econômico peculiar para os contratos de concessão de serviços públicos de energia elétrica pelo artigo 14 da Lei nº 9.427/96. Tal regime, como explanado alhures no presente trabalho, inclui a apropriação pelo usuário do serviço dos ganhos de escala e de eficiência empresarial por meio de metodologia própria definida por ato regulatório da ANEEL (“fator X”).

Assim, tem-se que, malgrado a diversidade genética entre os sistemas que deram origem aos dois principais mecanismos utilizados pela ANEEL na RTP das distribuidoras de energia elétrica, conclui-se que sua adoção não se mostra de modo algum incompatível com o marco jurídico brasileiro.

4 CONCLUSÃO

As últimas duas décadas do século XX mostraram-se como ponto de inflexão na política brasileira concernente ao papel do Estado na economia nacional. A propagação de um alegado consenso quanto à necessidade da diminuição da intervenção direta na economia e um fortalecimento da iniciativa privada provocou uma revisão do marco regulatório da concessão de serviços públicos.

Pelo menos de 1995, primou-se por uma gestão mais eficiente dos serviços públicos no país, inicialmente com a substituição do regime da tarifa pelo custo para o da tarifa pelo custo. O movimento foi reforçado pela adoção de mecanismos econômicos que induziam uma gestão mais eficiente dos serviços delegados, assim como a implantação de modelos econômicos sugeridos por acadêmicos norte-americanos.

A Agência Nacional de Energia Elétrica, primeira das agências reguladoras brasileiras a ser implantada, implantou um processo de revisão tarifária periódica das concessionárias de distribuição de energia elétrica, fazendo uso dos dois mecanismos até então estranhos à tradição jurídica nacional, o compartilhamento dos ganhos de escala e eficiência empresarial (“fator X”) e a competição paramétrica ou virtual em mercados monopolísticos (yardstick, por meio de uma “empresa de referência”).

Os institutos utilizados pela ANEEL na RTP, conquanto criados em ordem jurídica de matiz distinto da brasileira, não se mostraram incompatíveis com a ordem constitucional instaurada a partir de 1.988, estando, ademais, fundamentados solidamente em base constitucional e legal.

O processo de revisão tarifária periódica, com o uso dos instrumentos peculiares aqui revisados, requer ainda mais estudos por parte da doutrina jurídica nacional, devendo se constituir em importante topos do novo Direito Regulatório adotado pelo Brasil.

5 REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos de (et al). *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (et al). *Direito Regulatório. Temas Polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
- _____. *Parcerias na Administração Pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- JOSKOW, Paul J. *Markets for Power in the United States: An Interim Assessment*. Working Paper 05-20. September 2005. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=845785>>. Acesso em: 10 dez. 2008.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. O Direito Regulatório. In.: *Interesse Público*. Belo Horizonte, ano IX, n. 43, p. 19-40, 2007.

_____. *Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos*. São Paulo: Dialética, 2005.

LANDAU, Elena (et al.). *Regulação Jurídica do Setor Elétrico*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

LOUREIRO, Gustavo Kaercher. A revisão Ordinária das Tarifas de Energia Elétrica. *Gazeta Mercantil*, p. 02, 17 set. 2002

_____. Considerações Jurídicas Sobre os Aspectos Econômicos dos Contratos de Concessão de Distribuição de Energia Elétrica. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, ano 48, n. 276, p. 30-45, out. 2000.

_____. Introdução ao Regime Jurídico da Indústria Elétrica – Premissas técnicas e Econômicas. *Revista do IBRAC*. v. 14, n. 6, p. 95-130, 2007.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *Agências reguladoras independentes : fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MORAES, Alexandre de (et al). *Agências Reguladoras*. São Paulo, Atlas. 2002.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PELTZMAN, Sam. Toward a more general theory of regulation. *Working Paper* n. 133. Center for Economic Analysis of Human Behavior and Social Institutions. April 1976.

SHLEIFER, Andrei. A theory of yardstick competition. *Rand Journal of Economics*. v. 16, n. 3, p. 319-327, Autumn 1985.

STIGLER, George. The theory of economic regulation. *Bell Journal of Economics and Management Science*, n. 3, p. 3-18, 1971.

WALD, Arnaldo. Direito das Concessões. *Série Grandes Pareceristas*. v. 3. Rio de Janeiro. América Jurídica. 2004.