Claudia Lorena García Hernández

**Modelo regulatório do setor elétrico no
Brasil e sua repercussão jurídica nos
contratos de concessão de transmissão
de energia elétrica.**

Dissertação apresentada à Escola
Politécnica da Universidade de São
Paulo para obtenção do Título de
Mestre em Engenharia Elétrica.

Claudia Lorena García Hernández

**Modelo regulatório do setor elétrico no
Brasil e sua repercussão jurídica nos
contratos de concessão de transmissão
de energia elétrica.**

Dissertação apresentada à Escola
Politécnica da Universidade de São
Paulo para obtenção do Título de
Mestre em Engenharia Elétrica.

Área de concentração:
Sistemas de Potência

Orientador:
Prof. Dr. Luiz Cláudio Ribeiro
Galvão

Ficha Catalográfica

García Hernández, Claudia Lorena

Modelo regulatório do setor elétrico no Brasil e sua repercussão jurídica nos contratos de concessão de transmissão de energia elétrica.. São Paulo, 2010. 96 p.

Dissertação (Mestrado) — Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. Departamento de Engenharia Elétrica.

1. Transmissão de energia elétrica. 2. Regulação econômica. 3. Contrato de concessão 4. Prorrogação do contrato de concessão I. Universidade de São Paulo. Escola Politécnica. Departamento de Engenharia Elétrica. II.t.

Ao meu companheiro de viagem... Mario.

Agradecimentos

Agradeço à CNPq pelo apoio econômico.

A meu orientador Luiz Cláudio Galvão, por seu incentivo constante, ao professor Carlos Márcio Tahan pelas valiosas contribuições ao meu trabalho.

A meu marido Mario pela força e solidariedade com a qual o caminho se torna mais leve e as metas mais próximas.

A minha família especialmente a minha irmã Ana Maria pelos conselhos para a pesquisa.

A Dairo Mesa Grajales, Olga Lucia Pelaéz e Juan José Mesa, pela sua generosidade e por permitirmos fazer parte da sua família.

Os meus amigos Adriana Gómez por seus comentários oportunos e francos, Enrique Franco pela sua boa disposição para me ajudar, Nathalia Ervedosa pela sinceridade e honra de ter-lha entre os meus amigos, a Gustavo Patiño por me mostrar o caminho, Julieta Andrea Puerto Rico, Pascoal Rigolin, A Crisleine Yamaji, Sofia Ruiz, Josemar Oliveira, Ana Maria Franco, Paula e Alexander Faria, Jhon Jairo Coronado, ao Professor Helio e Marlene Goldenstein.

Ao pessoal da área financeira da Cteep: Francisco Mazano, Andrea Damico de Sampaio e Roberta Vaz de Marque, Adolfo Agnelo de Rezende, pelas conversas para esclarecer minhas constantes dúvidas, muito obrigada.

Resumo

No presente trabalho se analisa a atividade de transmissão de energia elétrica em sua perspectiva econômica e jurídica, no contexto do modelo regulatório do setor de energia elétrica no Brasil, caracterizado atualmente pela sua desverticalização. A abordagem pretendida parte da configuração dos princípios que orientam a regulação do setor elétrico e, que posteriormente, se vislumbram na configuração das obrigações do contrato de concessão do serviço público de transmissão; o que permite avaliar o nível de consistência e maturidade do modelo regulatório. Para tanto, se estudaram as resoluções normativas onde se consagram os critérios que norteiam a regulação econômica, à que se atrela o contrato de concessão, o que por sua vez permite a preservação do equilíbrio econômico financeiro, assim como, a defesa dos interesses dos consumidores finais, mediante os incentivos à eficiência na gestão das concessionárias. Tendo como referência, o desenvolvimento da relação entre as empresas de transmissão e o órgão regulador, no caso a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), no exercício das suas competências regulatórias e como defensor do interesse público, implícito no serviço público de energia elétrica. O que leva a concluir o grau de eficiência das decisões adotadas pelo órgão regulador, nas suas competências de gestão do controle e fiscalização, concretizados nos processos de revisões tarifárias.

Abstract

Through this paper we analyze the economical and legal perspective of the electric energy transmission activity in the context of the Brazilian regulation for the electric energy industry, currently characterized by deverticalization. The aimed approach begins at the principle setting that leads the electric industry regulations and posteriorly is seen within the obligation setting of the transmission public utility concession agreement; what makes possible to evaluate the level of consistency and maturity of this type of regulation. For that, we have studied the norms that apply the criteria guiding the economical regulation, being the concession agreement intrinsically related to that, what in turn allows to maintain the financial and economical balance, as well as final consumer interest, based on the incentives for the efficiency of the grantee management. We have used as reference the development of the relationship between the transmission companies and the regulating Brazilian Agency of Electric Energy (ANEEL) in the exercise of its regulatory capacity and as a protector of the public interest implied in the public utility of electric energy. Our conclusion is the level of efficiency of the decisions adopted by the regulatory agency in order to manage control and inspection, materialized in the tariff revision process.

Sumário

Lista de Figuras

Lista de Tabelas

Lista de Abreviaturas

1	Introdução	15
2	Metodologia	18
3	O Contrato de Concessão de Serviço Público de Transmissão de Energia Elétrica	21
3.1	Introdução	21
3.2	O Conceito de Serviço Público Aplicado à Transmissão de Energia	22
3.3	Análise crítica da política regulatória de transmissão de energia elétrica	24
3.3.1	Transmissão de energia elétrica	25
3.3.2	Regulação da Atividade Econômica da Transmissão de Energia Elétrica	28
3.4	O contrato de concessão de serviço público	33
3.5	Contrato de concessão no setor elétrico	35
3.6	Dirigismo contratual da concessão de transmissão de energia elétrica	38
3.7	Conclusões	41
4	Aspectos Econômicos do Contrato de Concessão de Transmissão de Energia Elétrica.	43

4.1	Introdução	43
4.2	Equilíbrio econômico financeiro dos contratos de concessão de transmissão	45
4.3	Estruturação da Receita	48
4.4	Componentes da Receita	53
4.5	Revisão Tarifária – RBNI	55
4.6	Primeiro Ciclo de Revisão Tarifária	57
4.7	Segundo Ciclo de Revisão Tarifária	58
4.8	Reajuste Anual –RBSE	61
4.9	Audiência Pública	62
4.10	Pertinência das modificações de políticas regulatórias e sua repercussão no equilíbrio econômico financeiro do contrato de transmissão	64
4.11	Conclusões	66
5	Futuro da Concessão de Transmissão no Brasil: Prorrogação vs. Licitação	68
5.1	Introdução	68
5.1.1	Contexto histórico do contrato de concessão de transmissão	71
5.1.2	Prorrogação dos Contratos de Concessão de Transmissão de Energia Elétrica	72
5.1.3	Normas da Prorrogação dos Contratos de Concessão de Transmissão	75
5.1.4	Políticas regulatórias que afetam a prorrogação	78
5.1.5	Renovação dos Contratos de Concessão de Transmissão de Energia Elétrica	79
5.1.6	A Licitação dos Novos Contratos de Concessão da Transmissão	80
5.2	Reversão de Ativos	84
5.3	Conclusões	87

6	Considerações finais	89
6.1	Conclusão Geral	89
6.2	Trabalhos Futuros	92
	Referências	93
	Anexo 1: Resoluções	95
.1	Resoluções da Primeira Revisão Tarifária das Transmissoras . .	95
.2	Resoluções da Segunda Revisão Tarifária Periódica das Transmissoras	95

Lista de Figuras

4.1	Receita por Ativos.	55
-----	-----------------------------	----

Lista de Tabelas

4.1	Estruturas Ótimas de Capital das Revisões Tarifárias Periódicas de Transmissão de Energia.	51
4.2	Reajustes do primeiro ciclo de revisões tarifárias periódicas das transmissoras.	59
5.1	Empresas de Transmissão de Energia Elétrica com contrato proveniente do ato administrativo No. 185 de 2001 do Ministério de Minas e Energia.	73

Lista de Abreviaturas

ABCE Associação Brasileira de Concessionárias de Energia Elétrica

ABRATE Associação Brasileira das Grandes Empresas de Transmissão de Energia Elétrica

ANEEL Agencia Nacional de Energia Elétrica

CCI Contrato de compartilhamento de instalações

CCT Contrato de conexão ao sistema de transmissão

CNPE Conselho Nacional de Política Energética

CNPE Conselho Nacional de Política Energética

COLS Mínimos Quadrados Ordinários Corridos

CPST Contrato de prestação de serviços de transmissão

CRFB Constituição da República Federal do Brasil

CRFB Constituição da Republica Federativa do Brasil

CUST Contrato de uso do sistema de transmissão

DEA Data Envelopment Analysisa

DEC Duração equivalente de interrupção por consumidor

DIT Demais Instalações de Transmissão

EPE Empresa de Pesquisa Energética

FEC Frequência equivalente de interrupção por consumidor

IFRS International Financial Reporting Standard

IGPM Índice Geral de Preços de Mercado

LT Línea de Transmissão

MME Ministério de Minas e Energia

ONS Operador Nacional do Sistema

PA Parcela de Ajuste

RAP Receita Anual Permitida

RBNI Rede Básica Novas Instalações

RBSE Rede Básica Ativos Existentes

RGR Reserva Global de Reversão

SEB Setor Elétrico Brasileiro

SFA Análise de Fronteira Estocástica

SIN Sistema Interligado Nacional

WACC Weighted Average Capital Cost

1 Introdução

A transmissão de energia elétrica no Brasil tem atravessado várias transformações desde meados dos anos noventa, por ocasião das mudanças do modelo regulatório do setor elétrico, materializado a partir de 1995 com a expedição da lei 9.074. Fruto desse processo, a transmissão, como atividade econômica, tem adquirido maior autonomia tanto econômica quanto jurídica, já que se considera viável de forma autônoma, ainda que desatrelada de outras atividades da cadeia produtiva de energia elétrica - como a geração ou a distribuição, às quais tradicionalmente se vinculava para fins práticos antes da desverticalização do setor elétrico.

Dentro da proposta do novo modelo do setor elétrico, adquiriu consistência a autonomia de cada atividade do ciclo produtivo de energia elétrica, uma vez que se passou a admitir o contrato de concessão do serviço sob a titularidade de uma pessoa jurídica encarregada exclusivamente da prestação de serviço público de transmissão.

Uma consequência econômica desta autonomia jurídica é a atribuição de receita própria à transmissão, independentemente daquela gerada pela atividade de produção de energia. Essa independência de receitas decorre da promulgação da resolução normativa No. 167 de 2000 da ANEEL, a qual, por sua vez, é fundamento da figura jurídica da preservação do equilíbrio econômico e financeiro do contrato.

Os temas que compõem o estudo da regulação da atividade de transmissão de energia no Brasil são melhor compreendidos quando observados desde a perspectiva do critério do interesse público, uma vez que estamos na presença de uma atividade que envolve a prestação de um serviço público. Sendo assim, o conceito de interesse público adquire relevância no momento de abordar os temas que comprometem seu desempenho, por ser ela uma atividade que satisfaz necessidades básicas da sociedade e requer regulação econômica.

É assim que, tendo em conta o critério do interesse público, torna-se possível adotar decisões coerentes e convenientes para cada atividade do setor energético, tanto desde o enfoque jurídico quanto econômico, eis que a partir da ótica do interesse público, a compreensão das vicissitudes que se apresentam durante a elaboração das políticas públicas e regulatórias, tornam-se mais facilmente observáveis.

No caminho da consolidação da atividade de transmissão dentro do setor energético, que deve pautar-se pela prestação do serviço público com qualidade, é importante identificar e abordar os aspectos mais relevantes que afetam a transmissão como atividade econômica. Para tal fim, é indispensável levantar as questões de política regulatória que tem o potencial de influenciar o desenvolvimento da atividade econômica objeto de análise.

Para tal efeito o trabalho se divide em quatro capítulos além deste introdutório. O escopo consiste em percorrer dois dos assuntos que maior polêmica têm gerado para o setor elétrico desde o ponto de vista regulatório, quais sejam: a hipótese de prorrogação ou renovação dos contratos de concessão e os procedimentos de revisões tarifárias periódicas. Portanto, a análise se centra nestas duas situações que atualmente geram grande impacto para a atividade de transmissão, por serem elas questões estruturais do contrato de concessão por meio dos quais se consolida a política regulatória sobre essa atividade.

No capítulo dois, serão discutidos os aspectos dogmáticos do contrato de concessão de serviço público e sua importância para desenvolver atividades estruturais da economia. Ainda nesse capítulo, destacar-se-ão as suas características essenciais e as peculiaridades da atividade de transmissão, tendo como fio condutor o interesse público que lhe é inerente. Neste sentido, desenvolver-se-á a noção de contrato de concessão como instrumento formador de políticas públicas, perfeitamente adaptáveis às necessidades da prestação do serviço público de transmissão.

O capítulo terceiro é dedicado à análise das cláusulas econômicas do contrato de concessão à luz do princípio do equilíbrio econômico e financeiro dos negócios jurídicos com foco na transmissão. Para tanto se terá como ponto de partida a política de regulação econômica adotada para o setor elétrico, e os princípios pelos quais se rege. Outrossim, far-se-á menção à lógica dos procedimentos que fazem efetivas as cláusulas econômicas, cujas principais representantes são aquelas atinentes às revisões tarifárias

periódicas e aos reajustes aplicados às receitas das concessionárias efetuados pelo órgão regulador.

No quarto capítulo, revisar-se-ão as alternativas jurídicas com as quais conta o poder concedente para solucionar o tema de prorrogação dos contratos de concessão de transmissão de energia, cujo termo de vigência expira em 2015. Para tanto, percorrer-se-á pelas diferentes correntes doutrinárias que abordam o assunto. Neste tópico, expor-se-ão as hipóteses que desde a técnica jurídica apresentem maior favorabilidade ao desenvolvimento do setor energético, sendo certo que complexo assunto envolve aspectos regulatórios, econômicos e políticos.

O tema desta pesquisa é bastante atual, pois, a despeito de sobre ele haver hipóteses formuladas, o assunto ainda é cercado de grande incerteza no que tange à postura a ser adotada pelo governo em sua política de agora em diante. Prova da atualidade aduzida é a apresentação de dois projetos de lei destinados a validar a prorrogação em análise, um deles destinado de forma exclusiva à atividade de geração e outro, com enfoque mais abrangente, destinado a contemplar a possibilidade de prorrogação para todas as atividades que integram o setor de energia elétrica.

De fato, urge que o poder concedente do serviço público de transmissão esclareça se terá interesse na prorrogação dos contratos de concessão ou se a postura será de abertura de processo licitatório, uma vez que a obscuridade das regras atinentes à atividade em apreço, apontam para prejuízos a serem arcados por toda a sociedade.

O estudo aqui proposto será iniciado pelo enfoque das cláusulas do contrato que cogitam a possibilidade de prorrogação e o arcabouço jurídico que suportava tais cláusulas no momento do aperfeiçoamento do referido contrato, para, por fim, tecer-se considerações assinalando as possibilidades que oferece, em termos de eficiência e qualidade, o modelo regulatório do setor elétrico brasileiro para a atividade de transmissão.

2 Metodologia

É interessante abordar um tema de estudo que encerre a regulação de um importante setor como é o caso do elétrico e particularmente da atividade de transmissão de energia, eis que este detém tanto impacto na economia nacional, especialmente pelo fato de concentrar, em si mesmo, uma necessidade sócio-econômica que conta com o traço característico da sua essencialidade para o conglomerado social, razão pela qual deve ser objeto de gestão pelo Estado.

Sendo assim, o Estado encerra o poder-dever de criar as condições a partir das ferramentas jurídicas e políticas para a prestação do serviço público, seja este prestado direta ou indiretamente. Com efeito, esse poder-dever está fulcrado na satisfação de garantias fundamentais, que são de modo genérico reconhecidas na Constituição Política, e logo particularmente detalhadas na lei e nas resoluções.

Para isso é indispensável percorrer o sistema normativo que afeta diretamente a atividade de transmissão, o qual se assenta principalmente sobre a disciplina jurídica das políticas públicas, dos serviços públicos, dos deveres de garantias fundamentais, do contrato de concessão e das resoluções normativas emitidas pela Aneel. Não é demasiado aferir que o sistema normativo tem impacto imediato na relação negocial e no desempenho do serviço público.

Evidentemente para o estudo destes temas é indispensável considerar como pano de fundo os aspectos dogmáticos do contrato de concessão e sua adequação no marco de uma atividade que pelo seu interesse público deve submeter-se à regulação econômica. Assim, para dar sustento à análise, a observância das resoluções normativas constitui uma ferramenta vital.

Para a análise integral da problemática da transmissão de energia é importante conferir os contínuos pronunciamentos dos agentes econômicos interessados, representados fundamentalmente pelo governo, pela Aneel e

pela sociedade acadêmica. Ciente de tal importância, para a realização deste estudo far-se-á acompanhamento dos pronunciamentos nos meios de comunicação do governo, da agência reguladora, e das agremiações das transmissoras de energia elétrica, não se esquivando de verificar as contribuições e resultados das audiências públicas e outros eventos e fóruns onde se debatem os temas nomeados.

O tema de estudo compreende três perspectivas:

- Institucional: a partir da análise da Agência Reguladora de Energia Elétrica Aneel, o fato de pertencer à administração indireta e ter que acolher na sua atuação os princípios regulatórios próprios do modelo de gestão de uma atividade de interesse público. O que leva à sua consequente análise da pertinência e idoneidade das diretrizes que emitem dentro do processo regulatório.

- Jurídica: tendo em conta a importância e a evolução dentro da tradição legislativa que há tido o contrato de concessão de serviço público e sua harmonização com a atividade de transmissão. Assim, com base na estruturação do contrato de concessão do serviço público de transmissão de energia efetuar-se-á a análise das cláusulas referentes à prorrogação do contrato e as garantias reservadas à preservação do equilíbrio econômico e financeiro.

- Econômica: o impacto econômico das decisões adotadas em matéria de regulação econômica pela agência reguladora de energia elétrica Aneel, fruto da seleção dos princípios econômicos que devem estar presentes numa atividade desenvolvida por particulares em regime de monopólio natural. Igualmente, observa-se como as tomadas de decisões das agências nas metodologias adotadas para as revisões tarifárias influenciam o desenvolvimento do contrato de concessão e os fundamentos teóricos dessas decisões de regulação econômica.

Então, resulta conveniente acudir ao método de investigação sistemático, já que na práxis jurídica, é o mais indicado para efetuar a análise em conjunto da normatividade que surge em torno a um tema e a sua articulação prática. Especialmente por que permite efetuar uma análise holística dos dados que apresentam maior complexidade, a partir do aprofundamento nos motivos conjunturais que originam os vazios jurídicos e técnicos nas decisões do órgão regulatório.

Portanto, o debate interpretativo, será alimentado pela consolidação da normatividade que resultar na matéria. De tal forma que paralelo à utilização do método de interpretação sistemático do ordenamento jurídico e sua articulação com as disposições que comprometam a atividade do setor elétrico, será acompanhado de uma análise histórica.

Vislumbram-se, dentro do modelo regulatório, uma série de imprecisões nas suas políticas que podem chegar a comprometer o cabal desenvolvimento do setor de transmissão e ao mesmo tempo o setor energético em geral, encontrando uma fonte de insegurança jurídica que não deve estar presente nas construções dogmáticas das políticas públicas do nomeado setor da economia. Isso porque o ordenamento jurídico em ocasiões só tem previsto uma série de respostas abstratas, deixando uma ampla margem de interpretação, embora as competências devessem ser claramente determinadas. Nesta perspectiva, resulta conveniente perceber as contribuições teóricas do serviço público e sua articulação nos contratos de concessões.

Finalmente, para identificar e dilucidar as imprecisões presentes no arcabouço regulatório, conta-se com a contribuição do interesse público como princípio axiológico que norteia o sentido da consolidação das variáveis que comprometem a vida da atividade de transmissão de energia elétrica. O que compreende um processo que, além de descritivo, pretende desentranhar a eficácia na escolha dos princípios que regem a transmissão de energia e sua contribuição dentro do sistema energético.

3 O Contrato de Concessão de Serviço Público de Transmissão de Energia Elétrica

3.1 Introdução

Neste capítulo é analisado o contrato de concessão de serviços públicos, sua natureza, suas peculiaridades e sua importância para o desenvolvimento de atividades econômicas por parte de agentes do setor privado, sob a observância do Estado. Enfatizar-se-á ainda o serviço público de transmissão de energia elétrica, destacando que algumas atividades não necessariamente têm que ser assumidas diretamente pelo Estado, embora seja necessária a sua intervenção e seu controle em razão do interesse público que envolve.

Os temas analisados combinam o conceito de serviços públicos, aplicado de forma específica ao setor de energia elétrica, com as concessões administrativas nas quais se viabilizam tal serviço. Concessões por meio das quais se faz gestão dos serviços e dos bens públicos que se encontram afetados a esses serviços.

Convém salientar que se revisará a reversão dos ativos que estão diretamente relacionados à prestação do serviço concedido e os critérios que têm que ser levados em conta para garantir que o processo de reversão seja equitativo para as partes.

Vislumbrar-se-ão as peculiaridades do contrato de concessão com relação à atividade de transmissão de energia elétrica, e as relações jurídicas estabelecidas com outros agentes econômicos em decorrência da assinatura do contrato original. Todos esses tópicos devem ser abordados segundo a óptica do direito administrativo, a partir do que se define o serviço público na sua condição essencial e inerente à dignidade da pessoa e estabelece-se o

regime jurídico contratual apropriado para sua prestação.

3.2 O Conceito de Serviço Público Aplicado à Transmissão de Energia

Ao longo da história, a normatividade sobre o tema Serviço Público apresenta grande variedade de conceitos dependendo do contexto sócio-econômico e da qualidade de vida pretendida pela coletividade. A natureza do serviço público é de difícil avaliação jurídica, porque envolve muitas condições que estão relacionadas com um determinado momento histórico. Serão ditos serviços públicos aqueles que atendam às necessidades essenciais do ser humano.

Portanto, o certo é que o conceito é dinâmico, o que o leva a uma contínua evolução de acordo com as premissas sociais e culturais em um determinado tempo. Já no sentido econômico pode-se dizer que serviço público é uma espécie do gênero atividade econômica (GRAU, 2007). Além de todas as posturas doutrinárias é imperioso referir-se ao texto constitucional no que tange à delimitação dos princípios que regem as atividades econômicas. No artigo 175 da CRFB de 1988, claramente, determina-se que os serviços públicos estão no âmbito de competência do Poder Público.

Os princípios que informam a prestação do serviço público à luz da CRFB são: universalidade, modicidade das tarifas, qualidade e continuidade do serviço. Todos estes princípios pertencem à doutrina do direito público e é segundo a lógica do direito público que devem ser aplicados às circunstâncias específicas que se debatem no momento de elaborar as leis que afetam de forma direta ou indireta sua prestação.

Na doutrina brasileira BANDEIRA DE MELLO, define serviço público como “toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados”(BANDEIRA, 2008) .

Verificar que a energia elétrica é o típico exemplo de serviço público resulta fácil num contexto de verticalização do negócio das atividades que a integram, como geração, transmissão, distribuição e comercialização. Não obstante, é cabível perguntar se, sob a definição dada por BANDEIRA DE MELLO, a transmissão, particularmente considerada, no modelo desverticalizado, enquadra-se ou não no conceito de serviço público, levando em conta sua

funcionalidade dentro do setor elétrico. Entendendo aliás as peculiaridades que decorrem de nexos causal estabelecido entre a geração e a distribuição, relacionando-o à impossibilidade de ser prestada a transmissão senão em função da própria cadeia produtiva de energia elétrica.

A atividade de transmissão, na verdade, compreende um condomínio de uso de bens que integram o sistema interligado nacional. Porém, deve-se dizer que essa atividade não é fruível singularmente pelos usuários de maneira direta. Para caracterizar a prestação desse serviço como de natureza pública é conveniente reconhecê-la como etapa fundamental para a chegada da energia ao consumidor final, eis que o ciclo de energia é composto de diferentes atividades, todas elas são indispensáveis para permitir a fruição singular. É, portanto, fundamental para a prestação do serviço a transmissão, a qual deve ser entendida dentro do conjunto, como parte de um sistema com diversos componentes.

Nesta ordem de idéias, se a transmissão é entendida como uma atividade complementar dentro do ciclo de energia elétrica, emerge com clareza solar que esta faz parte do serviço público a ser prestado, já que permite a chegada da energia ao consumidor final singular.

Para caracterizar-se uma atividade como sendo um serviço público é necessário o preenchimento de três requisitos: um material, um subjetivo e um formal.

a) Material ou objetivo: a transmissão integra a cadeia de produção de energia elétrica, sem ela é impossível concluir o serviço para que o usuário final satisfaça as suas necessidades.

b) Subjetiva: esta atividade desenvolve-se por meio de um concessionário que atua em qualidade por delegação da União.

c) Formal: A atividade, em todas suas instâncias, é regulada pelo direito administrativo, os bens afetados ao serviço consideram-se públicos e o contrato de concessão, como marco das obrigações e direitos do prestador do serviço, edificados em torno dos princípios e regras do direito público.

A essência da noção do serviço público encontra-se em seu elemento material ou objetivo, a transmissão submete-se aos princípios que fazem com que uma atividade seja considerada serviço público. Devendo, por conseguinte, atender à continuidade do serviço para o qual, no caso específico, conta com seus próprios indicadores (DEC/FEC), e a qualidade

na prestação do serviço, sendo todo objeto de fiscalização pelo Operador Nacional do Sistema - ONS.

A noção de serviço público foi desenvolvida por DUGUIT, que criou a escola de serviço público partindo na sua primeira fase do seu conceito em sentido material (DUGUIT, 1923). O serviço público associa-se a um critério de coesão social, mas também é preciso levar em consideração sua estruturação formal dentro do contexto do Estado Moderno inscrevendo-se dentro do Direito Administrativo.

O contexto social no qual será desenvolvido o serviço público é fundamental para instrumentalizar os mecanismos necessários à efetivação da sua prestação. Delimitar essas questões é um assunto de política pública, que motiva a preservação dos princípios econômicos, levando à aplicação prática das leis e à celebração de contratos de concessão de serviço público, com direitos e deveres devidamente configurados.

É a partir do contexto político e econômico do serviço público que se torna plausível interpretar os dados que levam a sua regulamentação confiável e segura. O serviço público é a resposta a uma finalidade essencial com duas dimensões a do Estado e a da sociedade, sendo as duas conduzidas pelo interesse geral.

O serviço público sob a titularidade do Estado compreende igualmente várias possibilidades de prestação. Seja de forma direta, em regime de monopólio, ou de forma indireta ou por delegação, em concorrência com os agentes econômicos privados.

No bojo do conceito de serviço público situa-se uma categoria especial de necessidades de ordem geral as quais podem ser representadas por princípios como o da continuidade e o da ininterrupção do serviço. Ressalte-se, outrossim, que a efetivação desses serviços deve realizar-se sob a observância de procedimentos provenientes do Direito Público.

3.3 Análise crítica da política regulatória de transmissão de energia elétrica

A transmissão de energia elétrica é uma atividade econômica de interesse público, e por tanto integra o leque das atividades reguladas pela ANEEL, na sua qualidade de órgão responsável pela configuração de políticas de energia

elétrica. Por esta razão, sujeita-se à aplicação dos princípios de regulação econômica definidos na Constituição Federal. Propõe-se aqui apresentar, de forma crítica, como se articulam os princípios econômicos no panorama geral dos atos regulatórios que regem a atividade de transmissão de energia elétrica.

A abordagem do tema regulatório da transmissão parte, em primeira instância, da especificação de sua natureza técnica e jurídica. Para tal fim, descrever-se-á sucintamente a atividade de transmissão de energia, sua função econômica, destacando o papel desempenhado pelas transmissoras no setor elétrico brasileiro. Em seguida, estudar-se-á a repercussão jurídica e econômica desta atividade constituir, tecnicamente, um monopólio natural.

Num segundo momento, efetuar-se-á a revisão dos fatos que determinaram a evolução e consolidação do sistema regulatório de transmissão de energia no contexto do equilíbrio sistêmico do setor energético. Desta forma, questionar-se-á a eficácia do modelo regulatório para a transmissão de energia elétrica, tomando-se por parâmetro a constante presença de fatores regulatórios, que decidem o desenvolvimento da relação jurídica entre concessionário e poder concedente.

Por fim, enfatizar-se-á a relevância do contrato de concessão de transmissão, como instrumento fundamental de dirigismo das políticas públicas, na medida em que as concessionárias precisam atrelar suas atuações à aprovação da Agência reguladora, a qual dispõe de um grande poder discricionário. De fato, cada ato jurídico que celebram as concessionárias em apreço passa pelo controle regulatório, o que reduz a sua capacidade para auferir receitas por outros negócios jurídicos alheios ao objeto da concessão. A obtenção de receitas pela exploração das ditas “atividades alheias” estão condicionadas a que o sistema capte os benefícios dessas outras gestões da concessionária e reverts em modicidade tarifária.

3.3.1 Transmissão de energia elétrica

Entender que a natureza da atividade de transmissão é autônoma dentro do ramo da energia elétrica foi um processo lento. Tradicionalmente a transmissão foi considerada como atividade secundária perante a geração de energia ou, muitas vezes, atrelada à atividade de distribuição (ALVARES, 1962a). É importante lembrar o tratamento jurídico que tinha a atividade

de transmissão no modelo regulatório anterior, pois de conformidade com o preceituado no Decreto No. 41.019 de 1957 o serviço público de transmissão só poderia ser prestado por empresas que tivessem a concessão de geração e distribuição de energia elétrica.

O tema da independência jurídica da transmissão ficou esclarecido na configuração do novo modelo do setor elétrico brasileiro, onde se segmentaram as quatro atividades da indústria de energia elétrica, atribuindo autonomia a cada uma, assim outorgando-lhes uma parcela específica da tarifa para remuneração de cada atividade e um contrato de concessão para cada atividade.

Uma vez consolidada como atividade independente, considera-se conveniente aprofundar sua funcionalidade como bem econômico. Na disciplina econômica, tem-se que as características que permitem definir um bem de natureza econômica (NUSDEO, 2001) são sua rivalidade e sua escassez associada à utilidade. Portanto, pode-se considerar a energia elétrica como um bem público de natureza econômica. Por conseguinte, as atividades diretamente vinculadas à sua produção e entrega aos consumidores tornam-se matéria de interesse público, o que gera a necessidade de sua regulação (FRIEDRICH, 1967).

Um importante avanço para a atividade de transmissão constituiu o reconhecimento da sua natureza autônoma com relação às atividades de geração e distribuição. Este processo de desenvolvimento do setor requer acompanhamento da técnica jurídica para conferir segurança ao mercado de energia, o que é condição indispensável à atração de investimentos privados para o setor.

O planejamento do setor de energia elétrica, no que faz referência à atividade de transmissão, no Brasil, desde meados da década de 70, diferentemente de outros países, sempre deu uma importância à transmissão, responsável por transportar energia das (muitas vezes distantes) usinas hidrelétricas, fato que acarretou um expressivo aumento na produção de energia. Novos avanços vieram a partir do surgimento da figura do Operador Nacional do Sistema – ONS – em 1998, conferindo autonomia funcional ao setor elétrico. Assim, o Estado, ao promulgar a lei que instituiu o ONS, implementava as bases jurídicas para conferir maior segurança ao sistema.

A energia elétrica proveniente de recursos hídricos atinge 85,4 % de toda a oferta interna no Brasil. Essa dependência dos recursos hídricos

torna imperioso um maior desenvolvimento para o transporte de energia aos locais de consumo, que usualmente ficam distantes das fontes geradoras. Ressalta-se a importância da transmissão de energia ao afirmar que: “pode ser considerada o eixo central da estabilidade do sistema elétrico”(RENNO M. E SAMPAIO, 2006).

A energia de fonte hidroelétrica é a principal responsável da cobertura pela oferta interna de energia elétrica. Como política pública de expansão e qualidade adequada da prestação do serviço pelas concessionárias, o planejamento da transmissão é fundamental, tornando-se ainda mais importante em razão do constante aumento da demanda por energia, a qual cresce nos últimos anos à taxa anual de 5,3 % no mercado de energia elétrica do Sistema Interligado Nacional – SIN .

“O sistema de transmissão conduz os maiores blocos de potência e, por isso, é fácil compreender que seus componentes (transformadores, linhas e dispositivos de manobra) são, não só os mais importantes, como também, do ponto de vista da engenharia de sistema, os mais interessantes. Deve ser salientado que o desenvolvimento de um sistema de transmissão é um processo gradual de crescimento. No projeto de novas redes deve-se sempre tomar como base as previsões de crescimento populacional e industrial para a área”(ELGERD, 1976).

Assim, evidencia-se a contínua necessidade de expansão de linhas de transmissão. Para que se concretize satisfatoriamente essa expansão, todavia, é indispensável o advento de políticas eficientes para a regulação econômica e capaz de atrair investimentos do setor privado. Pois nem sempre o Estado dispõe de recursos suficientes para suprir expansões e reforços do sistema interligado nacional.

Reconhecendo a carência de recursos do Estado, atribui-se ao setor privado competência para entrar no mercado como investidor. O retorno desse investimento será compensado pelo direito de exploração do serviço de transmissão de energia em regime de monopólio natural, concedido pelo poder público por licitação, pela configuração econômica correspondente à figura do leilão no contexto de competição entre os agentes econômicos, com o padrão Price Cap, ou seja, o preço teto da receita do concessionário, que corresponde ao modelo de regulação por incentivos, próprio de serviços públicos sob regulação econômica.

Certamente, a inserção de concorrência no mercado implica

responsabilidades regulatórias, que vão desde reduzir assimetrias de informação entre os agentes e o regulador, até criar mecanismos para incentivar a concorrência a entrar no mercado.

A desverticalização das atividades de energia elétrica, integradas como monopólio natural, levou a rever a perspectiva tanto do sistema jurídico quanto do modelo econômico. Assim, introduziu-se competição na geração e comercialização e, tanto a distribuição quanto a transmissão, ficaram como monopólio natural. O sistema desverticalizado tem como vantagem para o mercado as possibilidades de novas formas de negociação, com base no livre acesso, o que se reflete nos contratos de compartilhamento de instalações, assim como no incentivo ao ingresso de novos agentes econômicos.

Perante essa nova realidade do setor, viu-se a necessidade de consolidar o regime regulatório. Desde a perspectiva regulatória resulta mais conveniente abordar a disciplina de cada atividade da cadeia produtiva de energia elétrica de forma isolada, especialmente considerando que os sistemas verticalizados apresentam enormes dificuldades de concentração de informação nas concessionárias, o que dificulta a gestão do regulador.

A expansão da rede de transmissão é um tema que está sob a responsabilidade da União, que vem sendo desenvolvido pelas entidades de administração indireta como a Empresa de Pesquisa Energética (EPE) que escolhe as novas instalações que o SIN precisa e, a ANEEL, que licita estas novas instalações requeridas. A política regulatória para expansão do sistema é executada através dos leilões para construir, operar e manter a rede de transmissão, dando-lhe aplicação ao estabelecido no Programa de Aceleração do Crescimento.

3.3.2 Regulação da Atividade Econômica da Transmissão de Energia Elétrica

Dentro das tendências que afetam o Estado pós-moderno evidencia-se o fenômeno da privatização, que permeou setores de infra-estrutura tradicionalmente administrados ou geridos pelo Estado, inclusive o setor elétrico. Gerando, por sua vez, o incremento de um Estado planejador que abre caminho à prestação de serviço público sob a responsabilidade da iniciativa privada, que, buscando prestar um serviço plenamente adequado, deve ter como critério orientador o interesse público inserido em um serviço que atinge toda a sociedade, tendendo à sua universalização.

Adicionalmente, como a prestação do serviço sai das mãos do Estado, é indispensável consolidar as políticas públicas e regulatórias projetadas dentro das autarquias, no caso de energia elétrica, mediante a ANEEL.

Uma vez apontadas estas características presentes no mercado, avalia-se sua eficiência, na medida em que os agentes econômicos harmonizam-se com o Estado regulador e com os interesses difusos que decorrem de cada atividade. O exercício da regulação da transmissão de energia é indispensável, sendo trivial a impossibilidade de deixar ao livre-arbítrio do agente econômico a competência planejadora, que está sob a titularidade do poder do Estado no que se refere à energia elétrica.

O nível de exigência do planejamento eleva-se devido à iminência de externalidades que podem surgir pela ausência de regulação, particularmente na transmissão, que é um monopólio natural. Nesta atividade a interação entre as concessionárias e consumidores livres condiciona-se pelo princípio de livre acesso dentro do modelo do monopólio natural.

Segundo a vertente da economia institucional, ao falar de serviços públicos que *per se* comprometem o tema interesse público, deve-se contar com parâmetros de inclusão social aplicados através de políticas distributivas.

As premissas constitucionais que tratam da atividade de energia elétrica estabelecem a competência privativa da União na matéria, tanto para sua exploração econômica e seu regime de contratação, quanto para sua exclusividade na competência legislativa nas seguintes disposições:

No artigo 21 da CRFB é competência da 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; No artigo 22 da CRFB, estabelece-se que Compete privativamente à União legislar sobre: IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão

O novo modelo do Setor Energético Brasileiro incorporado mediante a Lei 9.074 de 1995, e modificado pela Lei 10.848 de 2004, teve como principal característica a desverticalização das atividades e a abertura para os processos de privatização das empresas do setor. Todo este processo teve por fundamento a reforma constitucional efetuada no Brasil em 1988. Desde então, abriu-se a via para a liberdade econômica, que se reflete nos

artigos 170 a 175 da Constituição da República Federativa do Brasil CRFB, associada aos direitos de livre iniciativa, liberdade de concorrência, atribuindo responsabilidade social à propriedade privada e à pública.

O papel do Estado dentro deste contexto jurídico e econômico, conta com uma interessante justificativa, qual seja, sua intervenção planejadora da ordem econômica em prol da defesa de interesses coletivos e difusos, encontrando entre os obstáculos para execução desta tarefa do regulador a exposição à captura pelos grandes grupos econômicos. Porém, a grande função do Estado é agir como regulador autônomo, com uma intervenção oportuna nas situações que a demandem. Segundo o estipulado no artigo 174 da CRFB, o Estado deve atuar como “agente normativo e regulador da atividade econômica”.

Adverte-se que o grau de intervenção é proporcional ao bem jurídico objeto de proteção. Assim, quanto mais se vinculam os interesses de uma coletividade, mais acentuado será o nível de intervenção a ser exercido. Vê-se na atividade de transmissão de energia, um crescente número de investidores e usuários do sistema, os quais conformam um grupo econômico importante. Daí que a justificativa de regulação, tanto na vertente da atividade quanto nas relações jurídicas, atinge um alvo de eficiência sistêmica tanto jurídica quanto econômica.

O processo de regulação para a administração indireta, como se vem observando, atinge um setor específico da economia, o qual apresenta uma problemática singular que requer medidas adequadas para incrementar sua eficiência perante a sociedade. Portanto, previamente à sua existência, em sede de administração indireta, o Estado vê-se forçado a fazer um juízo de valor; ponderando os elementos em jogo, que se veriam comprometidos no caso de decidir por não intervir na atividade econômica, essa resposta obtém-se a partir do interesse público que se esta atingindo.

Um dos grandes desafios da atividade regulatória é a busca do equilíbrio nas relações entre consumidores, agentes econômicos e o Estado. Adverte-se como fato relevante, que entre eles exercem-se pesos e contrapesos pela disparidade inicial de seus interesses individualmente considerados. Portanto, precisam ser observados os diferentes contornos que podem alcançar o conflito de interesses, avaliando as alternativas para diminuí-lo por meio do exercício da regulação e, especialmente, mediante a aplicação do princípio de cooperação. Do sucesso da articulação do jogo de poderes entre os

diferentes atores, resulta plausível gerar avanço na estruturação da atividade de transmissão de energia. A sinergia da tripla relação: sociedade, Estado e concessionária, tem origem na capacidade de superar as particularidades de cada um e vislumbrar o objetivo comum da eficiência do sistema energético.

Entende-se então que a estruturação do marco regulatório pode apresentar uma disfunção, pois surge como ponto de convergência dos interesses ou pode, igualmente, ser fonte de instabilidade para a atividade de transmissão de eletricidade, entendida esta, na perspectiva da sua função econômica. Contudo, o aspecto relevante da seleção do modelo de conduta apontada aos agentes pela ANEEL, deverá ser norteado pela adequada escolha dos princípios que terão preferência no momento da condução do processo regulador nas esferas aqui abordadas.

Define-se regulação econômica como “o conjunto de regras de conduta e de controle da atividade privada pelo Estado, com a finalidade de estabelecer o funcionamento equilibrado do mercado”. Seguindo esta linha de pensamento, é conveniente afirmar que esse poder-dever de regulamentar da agência reguladora está demarcado por certos limites que justificam seu poder normativo, que não é absoluto.

Assim, os temas que apresentam maior complexidade para a atividade de transmissão de energia, entendida como serviço público oscilam entre: a adequada configuração das obrigações no contrato de concessão como instrumento catalisador do processo de elaboração das políticas regulatórias; a expansão do sistema interligado nacional visando captar investimento privado para sua realização; e as especificações da qualidade do serviço em parâmetros de disponibilidade do sistema.

Pois bem, para Grau, a continuidade do serviço encontra-se “Estreitamente vinculada à própria essência do serviço público, o princípio, da sua continuidade se expressa como exigência de funcionamento regular do serviço, sem qualquer interrupção além das previstas na regulamentação a ele aplicável”(GRAU, 2007).

A observação dos referidos temas à luz da legislação na matéria, deve atender à conjunção de princípios regulatórios como, universalização do serviço, continuidade do serviço, modicidade tarifária e livre acesso. O vínculo com os princípios para o agente econômico aparece na formulação de incentivos do regulador materializados na sua receita, viabilizando assim sua aderência à aplicação concreta das políticas regulatórias.

Desse modo, as escolhas de intervenção política acabam determinando a melhoria da qualidade do serviço e sua continuidade. Paralelo a isso, sob a lente da eficácia da regulação, será avaliada sua fidelidade ao objetivo de incrementar a qualidade na prestação do serviço mediante cobrança de tarifas razoáveis. Convém expressar que ao definir os limites de atuação do poder concedente, atribui-se segurança jurídica ao sistema, o que atrai investimentos.

Merece especial referência o princípio distributivo que se erige como vértice da regulação da transmissão imerso nos atos administrativos da ANEEL, com o qual se pretende incentivar a cooperação dentro da ordem econômica. Um exemplo deste princípio distributivo encontra-se na Lei nº 9.427, de 26.12.1996, que define o regime econômico e financeiro das concessões de energia elétrica, nos termos das Leis 8.987 e 9.074, de 1995. Nestas leis consagram-se conceitos de regulação econômica que atingem o princípio distributivo, entre eles: tarifas baseadas no preço pelo serviço; responsabilidade da concessionária em investimentos; reversão à União dos bens afeitos à concessão na extinção do contrato; e a qualidade do serviço da transmissão.

Articulam-se na Lei nº. 9.427, de 26.12.1996 e suas regulamentações subsequentes os interesses comuns dos agentes que conformam a relação jurídica (Agente econômico, Estado e consumidores). Sendo cautelosamente esquematizada a regulação, de tal forma que gere incentivo para que o agente econômico privado invista no setor elétrico sem privilegiar em excesso seu poder econômico, em detrimento dos usuários.

Igualmente, o princípio de livre acesso, que é consagrado no art. 15, § 6º, da Lei nº 9.074, de 1995 e na Resolução Normativa 281, de 10.10.1999, dá fundamento jurídico para que surjam entre os agentes econômicos contratos com o objeto de efetuar o compartilhamento das linhas de transmissão, cujo uso, em princípio, é atribuído à concessionária. Para evitar que o sistema de interligação como um todo esteja condicionado ao direito de uso do concessionário, impõe-se como restrição ao direito de operação das redes a garantia do acesso para outras concessionárias e usuários, em prol da preservação do equilíbrio do sistema e em cumprimento da função social deste bem.

O que é imprescindível dentro da regulamentação para consolidar a harmonia no setor regulado é o sopesamento dos interesses contrapostos,

quais sejam os interesses difusos da sociedade e o interesse privado, sendo certo que para a eficiência do funcionamento do sistema não se pode permitir que este interesse sobreponha-se àquele. Contudo, o nível de intervenção estatal sobre a atividade regulada deve-se relacionar intimamente ao impacto que a dita atividade possa ter para a coletividade.

O sistema energético condensa uma grande quantidade de interesses individuais e públicos, tendo em vista que se consubstancia em um setor estrutural da economia. O interesse público imerso no serviço público de energia elétrica deve proteger fundamentalmente duas questões, quais sejam: de um lado a qualidade do serviço e do outro a modicidade tarifária.

Finalmente, no cenário regulatório tem-se o contrato como importante ferramenta de direcionamento da relação jurídica entre agentes econômicos e o Estado, representado pela agência reguladora. O dirigismo contratual do Estado é uma realidade inegável, sendo o contrato, instrumento relevante para entrelaçar os princípios regulatórios, com o interesse particular dos contratantes no contrato de concessão.

3.4 O contrato de concessão de serviço público

Corresponde à técnica jurídica dos contratos administrativos considerar o interesse público em todas as etapas de sua vida jurídica desde o ato licitatório até o fim da vigência do contrato estabelecido. Contudo, a legitimidade do interesse público processada pelo marco normativo não se justifica por si só, devendo guardar perfeita consonância com o sistema jurídico sob cuja égide concretiza-se.

O contrato administrativo em geral e o contrato de concessão de serviços públicos de forma específica, deve velar por disciplinar a supremacia do interesse público, na sua interação com o interesse privado presente em um dos extremos contratuais, impedindo qualquer prejuízo contra aquele.

Para a teoria geral do contrato, os efeitos dos negócios jurídicos ficam adstritos às partes que assinam o contrato. Contudo, a evolução da figura jurídica do contrato ocasionou a elasticidade dessa premissa, observando que nem sempre os efeitos jurídicos de um negócio limitam-se exclusivamente às partes que o concretizaram. Com efeito, em muitas ocasiões, terceiros, alheios a uma relação negocial, podem ver-se afetados por ela, ainda que não tenham intervindo para a sua formação. Não seria demasiado consignar que

corresponde à situação desses terceiros a situação vivenciada pelos usuários de serviço público objeto de contrato de concessão.

Já nos contratos administrativos essa lógica da *pacta sunt servanda* sofre uma mitigação por conta do interesse público configurado em um dos polos da relação jurídica. Aqui, entra-se no terreno da função social do contrato que se torna mais evidente dentro da concepção do Estado Social e Democrático de Direito.

A concessão, tal como se concebe hoje, teve origem no Século XIX na Europa, tendo por finalidade a realização de obras e serviços que demandavam um forte investimento econômico e um conhecimento técnico adequado, para isto, outorgava-se concessão a agentes privados.

O serviço de eletricidade, pela sua natureza complexa quanto ao nível de investimentos e conhecimentos técnicos, sempre se contava entre aqueles que requeriam este tipo de contrato.

O negócio jurídico da concessão, associado à idéia de outorga do soberano, era uma simples prerrogativa e podia consistir, tanto na prestação de um serviço ou a execução de uma obra, como na designação para um cargo público(MEDUAR, 1995). Compreendia esse contrato um conceito tão amplo que pode chegar a tornar-se confusa a aferição de sua natureza na atualidade, pois, em sua primeira fase, foi implementado como um contrato de gestão de serviços. Embora tivesse o negócio jurídico alguns traços do contrato de concessão, conforme concebido hoje, suas características essenciais distam de sua atual configuração.

“O termo concessão parece ter sido utilizado no séc. XVII também para denominar atos de benevolência do soberano, muitos dos quais implicavam transferência de prerrogativas e derrogação de normas” (MEDUAR, 1995).

O fato de que a Constituição Federal menciona o contrato de concessão, dentro da ordem econômica no art. 175, evidencia a importância desta figura jurídica para o desenvolvimento de questões fundamentais dentro da economia do país, como são os serviços públicos. A lei que regulamenta de forma específica o contrato de concessão é a de No. 8.987 de 1995, embora não se possa perder de vista que o contrato de concessão integra o leque dos contratos administrativos, devendo guardar a observância aos princípios Constitucionais, máxime aqueles constantes do artigo 37 da CRFB e, sua regulamentação, contemplada na lei 8.666 de 1993, modificada, parcialmente,

pelas leis 8.883 de 1994 e 9.648 de 1998, as quais, em conjunto, compõem o marco normativo em matéria de contratos administrativos.

A concessão de serviço público consiste em que um particular assume por sua conta e risco a prestação do serviço, cuja titularidade em princípio, pertence à administração pública. Esta transferência para a prestação não implica passividade total por parte do Estado, já que o serviço concedido sempre envolve um interesse público que não pode fugir da guarda e do controle do Estado. Sendo certo que não se pode deixar ao livre arbítrio da autonomia privada sua prestação, já que envolve, *per se*, um interesse público.

Uma vez que o Estado não dispõe da capacidade técnica e financeira necessária para prestar eficientemente os serviços públicos desenvolvidos como atividade econômica em sentido estrito, consolida-se a importância do contrato de concessão. Convém ressaltar que por meio da concessão concretiza-se a função social à que estão subordinados os bens e as atividades econômicas no contexto do Estado moderno.

Através da consolidação da atividade regulatória a Administração exerce controle sobre o serviço concedido, contribuindo com a evolução da figura jurídica da concessão de serviço. “Nos contratos administrativos, a Administração age como poder público, com todo o seu poder de império sobre o particular, caracterizando-se a relação jurídica pelo traço da verticalidade” (DIPIETRO, 2008).

Decorre da natureza do contrato de concessão reconhecer ao Estado as prerrogativas de que esse reveste-se na relação jurídica que trava com os particulares. Essa preponderância dos interesses públicos sobre os privados legitimam a conduta ativa por parte da Administração Pública no exercício do seu poder.

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.

3.5 Contrato de concessão no setor elétrico

Para abordar a análise do contrato de concessão do serviço público de transmissão de energia, é preciso revisitar a tradição jurídica na matéria. Para

isso, é mister referenciar o notável trabalho do jurista Alfredo Valladão, que elaborou a exposição de motivos acerca do código de águas (Decreto 24.643 de 1934). O doutrinador justifica a escolha da concessão como instrumento de socialização da indústria hidrelétrica, contemplando também a possibilidade de prestação direta do serviço por parte da União.

No livro III Título I Capítulo I, dos artigos 139 a 143, normatizava-se o tema da energia hidráulica, estipulando que seu aproveitamento submeter-se-ia ao regime de autorizações e concessões, sendo as concessões outorgadas por decreto do Presidente da República. Sendo certo que alguns dos traços característicos do negócio jurídico, à época, guardam semelhanças, com o que se conhece hoje, como contrato de concessão.

Da adequada interpretação e aplicação da lei nº. 8.987 de 1995 depende o tratamento jurídico que se confere ao contrato de concessão, já que esta lei é a ferramenta por meio da qual se pretende edificar a figura jurídica em torno da prestação de serviço por agentes econômicos diferentes do Estado. Portanto, o fundamento desta figura jurídica, está justamente em sua capacidade de atribuir coerência à interação dos agentes econômicos que integram o setor energético, orientando-lhes ao interesse público, imerso nos contratos de concessão. No artigo 2 da Lei 8.987 de 1995, define-se a concessão do serviço público nos seguintes termos:

II - concessão de serviço público: 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.

Da definição oferecida pela lei de concessões extraem-se os elementos essenciais do contrato de concessão do serviço público:

a) Delegação do serviço: deve ser entendido que a titularidade do serviço permanece nas mãos do poder concedente - a União no caso da transmissão - existindo um deslocamento, apenas da prestação do serviço, para o concessionário. Em virtude dessa titularidade do poder concedente é possível fiscalizar a atividade e manter regulado o serviço, o que é prudente para preservação do interesse público.

b) Mediante licitação: para escolher a proposta mais idônea para a prestação do serviço público, na lei define-se o critério de proposta mais

vantajosa, quanto à qualidade e ao preço ofertado. Ressalte-se que os processos de licitação observam a aplicação do princípio de transparência, pois é um processo público do qual podem participar todos aqueles a quem se atribua idoneidade para a prestação do serviço.

c) Capacidade do concessionário: requer conhecimentos técnicos bastante específicos, o que demanda expertise, mas também abrange sua capacidade financeira e administrativa que deverá ser devidamente certificada durante o processo de licitação e mantida durante a vigência do contrato. Em razão dessa capacidade técnica, administrativa e financeira, com as quais se pressupõe que conta o concessionário, é possível atribuir-lhe a prestação do serviço por sua conta e risco.

d) O regime da exclusividade: O serviço público de transmissão é concedido em regime de exclusividade, sendo isso uma exceção à regra geral instituída no artigo 16 da Lei 8.987. Considera-se a ausência do regime de concorrência como um desestímulo para a procura de eficiência na gestão. Esse malefício é mitigado justamente pela presença da atividade regulatória estatal.

É cediço que a atividade de transmissão constitui-se no regime de monopólio natural, não sendo possível enquadrá-la no cenário da competição por razões técnicas. Contudo, o sistema é atualmente concebido de forma a permitir a entrada de novos agentes na operação do negócio. Essa viabilidade é possibilitada graças à figura jurídica dos leilões estabelecidos para construir, operar e manter novas linhas de transmissão.

Embora a transmissão seja concebida no regime de monopólio, o trabalho do regulador tenta inserir mecanismos para que estejam presentes os fatores que favorecem a prestação eficiente do serviço, contemplando ainda a razoabilidade do custo tarifário. Saliente-se que se deve atribuir aos contratos de concessão de transmissão um prazo de vigência suficientemente longo para que seja possível amortizar os altos investimentos que o serviço demanda, considerando-se que os custos de transação são elevados em razão da natureza dos referidos investimentos.

3.6 Dirigismo contratual da concessão de transmissão de energia elétrica

Perante a legislação atual o respeito aos contratos administrativos e em especial aos contratos de concessão goza de uma margem ampla de segurança jurídica, no tocante ao desenvolvimento das relações jurídicas que se estabeleçam entre o Estado e os demais agentes econômicos.

Dentro destas relações é relevante encontrar na qualidade do serviço público de transmissão o escopo comum do contrato, já que esse conceito permite matizar as diferenças dos interesses inicialmente diferentes das partes.

A evolução da teoria do contrato contribuiu para a utilização deste como um instrumento relevante para a consecução dos fins de interesse público. Igualmente, durante o desenvolvimento do contrato de concessão, inserem-se atos regulatórios que permitem efetivar o dirigismo contratual do Estado sobre a atividade concedida, endereçada a atender e desenvolver programas de políticas públicas.

Entre as mudanças para aperfeiçoar o setor elétrico brasileiro, está o incentivo à interação eficiente entre os agentes econômicos, embora sejam concorrentes dentro do mesmo ramo da atividade de transmissão. Apontam-se nos contratos de concessões de transmissão de energia elétrica questões que resvalam do contrato para nutrir as relações, orientando-as no sentido de estimular a cooperação entre as concessionárias e os usuários do sistema. Uma vez assinado o contrato de concessão de transmissão, surge uma série de situações que originam outras relações jurídicas entre diversos agentes econômicos. Estes contratos que decorrem da pré-existência do contrato de concessão de transmissão de energia refletem o dirigismo contratual, embora sejam constituídos em regime de autonomia da vontade.

A ANEEL, em cumprimento à sua função reguladora, vê-se orientada a incentivar os contratos relacionais que geram equilíbrio sistêmico no setor energético. Entre os contratos que derivam da concessão da transmissão pela necessária interação entre as transmissoras com outros agentes econômicos encontram-se os seguintes:

- CCT- contrato de conexão ao sistema de transmissão celebrado entre transmissora e cada usuário.

- CPST- contrato de prestação de serviços de transmissão—celebrado entre o Operador Nacional do Sistema ONS e as concessionárias de transmissão, onde se estabelecem os termos e condições para prestação do serviço de transmissão de energia elétrica aos usuários, por uma concessionária detentora de instalações de transmissão pertencentes à rede básica, sob administração e coordenação do ONS.
- CUST-contrato de uso do sistema de transmissão—celebrado entre o ONS, as concessionárias de transmissão e os usuários, estabelece termos e condições para o uso da rede básica por um usuário incluindo a prestação dos serviços de transmissão pelas concessionárias de transmissão, mediante controle e supervisão do ONS e a prestação, pelo ONS, dos serviços de coordenação e controle da operação dos sistemas elétricos interligados.
- CCI - contrato de compartilhamento de instalações- originou-se com a resolução 281 de 1999. Seu objeto jurídico destina-se a estabelecer procedimentos, direitos e responsabilidades para o uso compartilhado de instalações.

Vale à pena deter-se um pouco para fazer menção ao contrato de compartilhamento de instalações, devido à sua importância na evolução das relações regidas pela cooperação entre os agentes econômicos que se vinculam juridicamente em exercício da sua autonomia da vontade.

Assim, o contrato de compartilhamento de instalações de transmissão de energia elétrica, tal como hoje é concebido, representa um avanço no comportamento das negociações das companhias de transmissão públicas e privadas. Para conseguir um consenso sobre a conveniência de celebrar este tipo de contratos, foram muitos os debates que se deram entre estes agentes, especialmente na ABRATE. Já que tradicionalmente era difícil chegar a acordos sobre manutenção e reparações das redes compartilhadas.

Segundo o artigo 15 da Lei 9074 de 1995 é assegurado aos fornecedores e respectivos consumidores o livre acesso aos sistemas de distribuição e transmissão de concessionário e permissionário de serviço público, mediante ressarcimento do custo do transporte envolvido, calculado com base em critérios fixados pelo Poder Concedente.

Dentro da competência funcional do Operador Nacional do Sistema Elétrico ONS, encontra-se a administração e contratação dos serviços e

encargos da transmissão de energia elétrica. Os critérios gerais que devem ser observados dentro destes processos de contratação de uso da rede de transmissão encontram-se definidos na Resolução 281 de 1999.

O Contrato de compartilhamento goza, na sua formação, de uma ampla possibilidade de exercício da autonomia da vontade dos agentes econômicos, cujos regimes de responsabilidade caracterizam-se pela solidariedade estabelecida perante o regulador. A ANEEL limita-se a dar poucas diretrizes no que se refere à configuração das obrigações das partes, sempre vislumbrando a adequada prestação do serviço. Neste tipo de relações negociais o dever de informação adquire uma especial preponderância para o sucesso da relação contratual, pois dele depende levar a bom término o empreendimento.

As obrigações para o beneficiário basicamente envolvem os gastos ordinários de aluguel, as despesas de administração geral, como limpeza da área, vigilância, gastos de energia elétrica, casa de comando e controle da linha. Na prática cada vez é mais frequente, que, sob umas condições técnicas estabelecidas para uma obra de transmissão, surja a obrigação do compartilhamento de instalações elétricas. É o caso em que um dos concessionários precisa ter um dos seus ativos (linha de transmissão, equipamentos, etc.) dentro da área de concessão de outro concessionário.

A análise compreende a justificativa da necessidade de compartilhamento, sua operação, administração e fiscalização. Todos estes aspectos devem ser concordados pelas partes para a celebração do CCI. Uma vez acordados todos os quesitos, elabora-se um documento conjunto com valores predeterminados que é apresentado perante a ANEEL, cuja homologação permite concluir o ciclo de negociação.

Uma vez dirimidas as dúvidas técnicas relativas à viabilidade do compartilhamento, o debate central foi e ainda é o tema da remuneração custo, pois existem dificuldades para determinar uma metodologia que permita efetuar o ressarcimento dos custos derivados do contrato. Embora hoje já se tenha um valor quase padronizado, há quatro anos, quando se deu início a elaboração desses contratos, era muito mais difícil auferir o valor a ser ressarcido.

A legislação estimula esta cooperação entre as concessionárias das atividades do sistema energético, o que constitui um verdadeiro avanço para o setor. Esse *modus operandi* das negociações entre os agentes,

ocorreu em decorrência da interação entre os agentes econômicos, após o processo de desverticalização e posterior privatização. Contudo, existem outros problemas que ainda requerem ser resolvidos pelos próprios agentes econômicos auxiliados pela ANEEL, como o compartilhamento com ressalvas de alguns dos equipamentos, tentando separar-lhes tecnicamente, como os serviços auxiliares.

Desde que seja possível tecnicamente e que se reduza despesas, sua viabilização jurídica constitui um ganho para o sistema vislumbrado a partir do viés da regulação. Com esse modelo, possibilita-se que, no futuro, ingresse-se na subestação do vizinho, mediante a celebração do contrato de compartilhamento de instalações. Motivo que fundamenta o fortalecimento das relações entre os agentes do setor elétrico, sem importar a origem pública ou privada das companhias.

3.7 Conclusões

O setor elétrico brasileiro tem ainda muitas tarefas para consolidar-se nesse processo de cooperação. Ainda há muitas tentativas para consolidar o modelo econômico e jurídico que em linhas gerais conduz o setor. O papel do regulador é acompanhar este processo com uma forte visão crítica, avaliando a abrangência dos efeitos em prol do interesse geral, buscando, sempre que possível, a padronização de conduta dos agentes econômicos.

A regulação da transmissão de energia elétrica deve propiciar a neutralidade das condições de concorrência no novo modelo do setor energético, limitando as assimetrias de informação entre os agentes econômicos. Assim, outorga-se ao mercado energético uma propensão à igualdade, indispensável para sustentar a política econômica do setor.

Na resolução 281 de 1999, contempla-se o compartilhamento de linhas de transmissão, o que representa um avanço em termos de política regulatória, que incentiva a coordenação harmoniosa das concessionárias de transmissão. Isso reflete-se no aumento dos contratos de compartilhamento de instalações. Inequivocamente o incentivo ao compartilhamento das linhas de transmissão decorre da busca por estruturar a liberdade de acesso ao sistema, o que corresponde a objetivo prioritário dos agentes reguladores.

A receita estabelecida no contrato decorrente do processo de licitação da concessão obedece à metodologia tarifária que tem vários alvos para

atingir, pois dela depende o equilíbrio econômico do contrato e a capacidade para aplicar o princípio distributivo. Essa metodologia, que inclui a taxa de retorno para o investidor privado e os encargos do setor (tributos, pesquisa e desenvolvimento, taxa de fiscalização), em última análise, verifica-se na tarifa disponível para os usuários finais. O atingimento dos alvos supra estabelecidos permite, por sua vez, melhorar a qualidade na prestação do serviço.

O fluxo de informação entre os agentes econômicos que participam do setor elétrico brasileiro e a agência de regulação de energia elétrica apresenta um desenvolvimento satisfatório. Existe no setor, satisfatória observância do princípio da publicidade.

A evolução nas relações contratuais no que tange ao princípio de cooperação das concessionárias têm sido muitas. Atualmente, é comum encontrar variedade de contratos relacionais que preveem nas suas cláusulas coordenação entre os interesses das partes, bem como a constituição de consórcios para concorrer nos leilões por novos empreendimentos de expansão do sistema.

A prova do vínculo entre a administração descentralizada e sua influência sobre os contratos de concessão está no fato de que a estrutura organizacional da concessão é configurada como uma descentralização de serviço público, sujeita à regulação.

4 Aspectos Econômicos do Contrato de Concessão de Transmissão de Energia Elétrica.

4.1 Introdução

Neste capítulo, pretende-se abordar os processos através dos quais o regulador estabelece os conceitos gerais para preservar o equilíbrio econômico financeiro dos contratos de concessão de transmissão de energia elétrica. Tudo isso compreende as revisões e reajustes tarifários, para estes processos são aplicadas metodologias das que se pode auferir o grau de incentivos e os princípios regulatórios que caracterizam a regulação do setor elétrico brasileiro. Criadas essas condições básicas da regulação, observar-se-á a estruturação da receita das concessionárias de transmissão e a remuneração em consideração ao tipo de ativos que se atrelam a esta atividade.

O aspecto econômico do contrato de concessão requer uma análise dos fatores que o compõem, tanto desde o prisma jurídico, quanto desde o prisma da técnica econômica. Desde a perspectiva jurídica, requer-se rever as cláusulas econômicas, a partir das que se consolidam as obrigações, em virtude das que se torna possível contextualizar os direitos econômicos.

Igualmente tem que ser considerado o papel da agência reguladora no momento de selecionar as técnicas econômicas que viabilizam o processo de reajustes e revisões. Devido a que a agência reguladora é fundamental não só pelo controle que exerce sobre o mercado, senão por ser o órgão para perceber a informação que aproxima a sociedade ao custo real do serviço público que paga.

Fruto das particularidades da intervenção do Estado na economia, através

da política regulatória, o setor energético no Brasil tinha por desafio resolver principalmente duas questões fundamentais, quando da implementação do novo modelo regulatório em 1995. De um lado a projeção de atrair investimento do setor privado e preferivelmente estrangeiro (ROCHA, 2006); e de outro a preservação da modicidade tarifária sob o novo modelo de desverticalização e privatização. Dotando assim de alternativas econômicas ao sistema para dar suporte aos fatores de expansão que consigam suprir a demanda do serviço de transmissão.

Este novo modelo do setor elétrico é proveniente de políticas internacionais, especialmente do modelo inglês, incorporado no Brasil com base na consultoria realizada pela Coopers and Lybrands no início da década de noventa. Sob seus parâmetros foram projetadas as soluções que a indústria energética precisava para entrar em um novo marco regulatório com um esquema de mercado diferente. Tendo que atender às expectativas de melhoria da qualidade e continuidade do serviço e igualmente incorporando o princípio de modicidade tarifária.

No caso da transmissão de energia elétrica, que é de fato um monopólio natural, o interesse da política econômica centra-se em criar condições que se assemelhem ao regime de concorrência, para que os atores tenham certo grau de pressão que os induza à eficiência. Justamente para recriar esse ambiente de concorrência o modelo conta com figuras como o banco de preços dos investimentos próprios da transmissão, e o modelo de comparação entre empresas benchmark (JASMASB T. E POLLIT, 2000), que leva à aplicação direta do modelo por incentivos pretendido pela regulação.

Figuras como o banco de preços certamente levam a reduzir as assimetrias de informação, presentes entre o agente regulador e as concessionárias que conhecem bem o negócio e os preços dos investimentos. Porém, são indispensáveis quando se quer estabelecer um modelo de negócio por incentivos, já que na exatidão dos dados, fundamenta-se a comparação da eficácia na gestão de cada empresa (GAMIN, 2009). Alias, é argumento recorrente das concessionárias a ausência de concordância entre o banco de dados da ANEEL e seus verdadeiros custos operacionais e de manutenção, o que não impede que seja aplicado o critério da agência, uma vez que predica um parâmetro de isonomia para todas as concessionárias que o torna ineludível.

O regulador tem entre as suas tarefas a de perceber com precisão

as informações correspondentes aos custos operativos e dos investimentos efetuados no sistema de transmissão, já que são esses dados os que o levam a tomadas de decisões convenientes e pertinentes para remunerar o capital. Essa tarefa torna-se complexa já que, de uma ou outra forma, compromete todos os agentes que interagem no setor elétrico e isso constitui também um fator de dispersão da informação.

O problema óbvio é que as concessionárias argumentarão que o modelo ignora aspectos importantes da realidade e tendem a argumentar que seus custos são maiores do que os custos do benchmark devido a razões peculiares à própria concessão. Quanto maior for a influência das concessionárias no estabelecimento dos parâmetros que calibram o modelo de comparação, menor será a capacidade do modelo de realizar testes de eficiência relativa (NEWBERRY, 2001).

Corresponde à técnica regulatória o desenvolvimento e sofisticação das metodologias para coletar as informações relevantes dos agentes econômicos regulados. Na prática, a avaliação do nível regulatório percebe-se principalmente em processos como a revisão tarifária e na reversão dos ativos no final das concessões. Salientando-se que, quanto maior a precisão e clareza do regulador para ilustrar as atuações, maior segurança jurídica estará inserindo-se ao sistema, reduzindo com isso o nível do risco regulatório presente nos contratos de concessão do serviço de transmissão.

Quanto à segurança jurídica e econômica da regulação de transmissão é oportuno mencionar que na proposta inicial que receberam os investidores, deixava-se para o final do contrato duas opções atraentes desde a perspectiva do mercado. Essas alternativas basicamente consistiam na possibilidade de prorrogar a concessão ou ser ressarcido pelo valor não depreciável dos equipamentos utilizados pela concessionária, é dizer, uma indenização do valor residual. O que reforçava a idéia da solidez do investimento, pois o retorno do investimento estaria garantido, tornando o mercado de transmissão de energia elétrica de alta atratividade.

4.2 Equilíbrio econômico financeiro dos contratos de concessão de transmissão

A teoria do equilíbrio econômico financeiro, tal como se concebe hoje, teve uma origem na jurisprudência francesa, quando se solicitava pelos

contratantes recompor as condições econômicas inicialmente pactuadas, quando na presença de acontecimentos extraordinários. Tinha sustento no conceito de justa remuneração pelo serviço contratado, tendendo à proporcionalidade entre o serviço contratado e a remuneração recebida. O princípio da equação financeira implica uma relação de equivalência entre as obrigações inicialmente estabelecidas pelas partes e os direitos econômicos que se derivam delas (BANDEIRA, 2008).

O equilíbrio econômico e financeiro faz referência à estabilidade que pretende o concessionário para operar o serviço, o que pode ser inferido do ato contratual em que se vislumbram as condições econômicas inicialmente pautadas e sua preservação. Chega a se considerar na doutrina *ius publicista* que o aspecto econômico financeiro é realmente o ato contratual (DIPIETRO, 2008).

No que se refere ao equilíbrio econômico dos contratos de concessão a Lei No. 8.987 de 1995, no tema de política tarifária art.9 No. 4, estabelece como obrigação do poder concedente o restabelecimento do equilíbrio econômico, quando houver alteração unilateral das condições do contrato de concessão.

A proteção e conservação da equação econômico financeira do contrato resulta mais abrangente para os setores que têm uma regulação mais forte (JUSTEN, 2003). O que se justifica em razão da presença do agente regulador, estruturando as metodologias, através das quais se fazem efetivos os processos para preservar o equilíbrio econômico e financeiro. O órgão regulador procura o equilíbrio do sistema de transmissão tendo por principal interesse a modicidade tarifária, sem descuidar outro interesse, que às vezes fica antagônico, como é manter a atração no sistema para que os agentes econômicos concorram nele.

Quando se examinam as técnicas econômicas para manter o equilíbrio econômico do contrato, tem que ser considerado em primeira fase o risco de assimetria de informação presente neste tipo de relações jurídicas entre a agência e o concessionário. Evidentemente existe uma falha do mercado que é a assimetria de informação com a qual trabalha a agência e em função dela emerge a configuração de suas estratégias e ações para restringir ou eliminar essa falência do mercado.

Na teoria da agência, ao se identificar a assimetria de informação como falha do mercado, também se devem considerar as suas repercussões que são basicamente duas: uma, o risco moral e a outra, a seleção adversa. Por

isso, entre as atribuições da agência reguladora, encontra-se a importante tarefa de acompanhar os preços do mercado para levantar os custos reais de serviço.

A definição da composição dos ativos que integram a atividade de transmissão é o ponto de partida para estruturar o equilíbrio econômico financeiro. Uma vez identificada esta deficiência regulatória, a ANEEL passou a relacionar as instalações que conformam a rede básica mediante a resolução 166 de 2000, e nesta mesma linha continuou a definir as receitas anuais permitidas dessas instalações na resolução No. 167 de 2000.

Desde a desverticalização do setor elétrico a transmissão adquiriu autonomia como atividade econômica e, em decorrência disso, ganhou uma receita específica, conforme estabelecido no contrato de concessão. Obviamente isso levou a que o regime aplicado à transmissão corresponde a uma remuneração pré-determinada, embora não constitui exatamente a uma taxa de retorno garantida, o que se sustenta pelo mesmo contrato e é previamente configurado no momento da adjudicação do contrato via leilão.

Para a atividade de transmissão de energia existem contratos de concessão com diferentes regimes quanto às revisões tarifárias. Assim, observam-se os contratos que foram assinados entre 1999 e 2001 que têm revisão tarifária a cada quatro anos; os decorrentes de leilões até setembro de 2006, sem previsão de revisão tarifária periódica; e os licitados a partir da Nota Técnica No. 230 de 2006 que prevêm revisão tarifária periódica, no 5º, 10º e 15º anos, desde a assinatura do contrato, aplicadas sobre as variações dos custos do capital de terceiros.

O foco da presente análise são as revisões tarifárias dos primeiros contratos nomeados, vale dizer, aqueles referenciados na portaria ministerial MME 185 de 2001, assinados no período de 1999 a 2001 e com efeitos retroativos a 1995 para efeito do tempo de vigência, com revisão tarifária a cada quatro anos. Estes últimos contratos contemplam cláusulas econômicas destinadas a garantir o equilíbrio econômico e financeiro nos seguintes termos:

CLÁUSULA SEXTA - RECEITA DO SERVIÇO DE TRANSMISSÃO.

Pela prestação do SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSMISSÃO que lhe é concedido por este CONTRATO, caracterizado pela disponibilização das instalações do SISTEMA TRANSMISSÃO relacionados no Anexo I e II deste CONTRATO, em consonância com a resolução No. 166, de 31 de

maio de 2000 e Resoluções posteriores, a TRANSMISSORA terá direito a receber a RECEITA ANUAL PERMITIDA que, juntamente com as regras de reajuste e revisão, é suficiente para estabelecer e manter o equilíbrio econômico e financeiro da concessão de serviço público objeto de este CONTRATO. Primeira Subcláusula - A TRANSMISSORA reconhece que a RECEITA ANUAL PERMITIDA, juntamente com as regras de reajuste e revisão, é suficiente para estabelecer e manter o equilíbrio econômico e financeiro da concessão de serviço público de transmissão.

Além das cláusulas econômicas, a definição da metodologia para estruturar a receita é peça fundamental para preservar e garantir o equilíbrio econômico do contrato de concessão de transmissão de energia elétrica. Ela é definida nas resoluções ANEEL, levando em consideração os ativos vinculados à atividade de transmissão e fixando para cada período critérios que são avaliados e discutidos pelos diferentes atores do cenário energético e, finalmente, consagrados pela agência reguladora. Tudo isso requer uma técnica sofisticada para desenhar um adequado arcabouço regulatório, o que constitui um desafio para o regulador (PEANO, 2006). Todos os conceitos que levam a fixar as bases para a revisão tarifária periódica correspondem à técnica econômica.

4.3 Estruturação da Receita

Nos contratos de concessão de transmissão de energia elétrica foi consagrado, entre os direitos do concessionário, o de receber uma receita anual permitida RAP em contraprestação da disponibilização e operação das instalações de transmissão. A RAP sofre uma revisão periódica, durante este procedimento, cotejam-se os investimentos prudentes efetuados pelo concessionário e os preços e custos das outras empresas do mesmo ramo, e, com base neles, analisa-se o comportamento com relação ao mercado visando o reposicionamento dos seus valores. Com a finalidade de enquadrá-la à modicidade tarifária e preservar o equilíbrio econômico financeiro do contrato.

Quando se estrutura o capital das empresas concessionárias, faz-se em função do modelo regulatório e das condições às quais ele submete-se. Uma das categorias com que se pode estruturar esse capital leva em consideração a assimetria de informação presente num mercado de monopólio natural. Sob

este pressuposto trabalha a agência reguladora nas suas metodologias e políticas para minguar os efeitos nocivos da assimetria informacional.

São de diversa índole as variáveis vinculadas aos custos operacionais de uma empresa de transmissão, o que faz ainda mais complexa sua estimativa e consolidação no banco de preços.

Os locais onde operam a dispersão da rede, pelas particularidades específicas de cada região, devem ser levados em consideração quando da estimação dos custos operacionais e de manutenção.

Já desde o modelo regulatório anterior, perseguiram-se os dados reais das atividades do setor elétrico, para isso a Eletrobrás formatava por módulos os custos do mercado e o resultado dessa tarefa recebia o nome de custo modular vigente.

No contrato, embora se tenha estabelecido que é serviço pelo preço, ainda existem vestígios do modelo de serviço pelo custo, devido a que a RAP dos ativos existentes foi padronizada no modelo anterior. Isso faz com que conviva no mesmo contrato o novo modelo com matizes do anterior, com condições semelhante a quando existia a tarifa de suprimento. Levando em consideração que no modelo regulatório anterior o custo da energia englobava todas as atividades que resultavam na tarifa de suprimento. Quando houve mudança do modelo deu-se uma parcela para remuneração adequada na geração e, por último, o que sobrou dessa tarifa associou-se à transmissão.

O novo modelo do setor elétrico criou como referência de qualidade a indisponibilidade por instalação, pelo que o regulador optou por associar receita aos ativos. Para tanto, em primeira instância, avaliaram-se os ativos existentes a preço de novo de acordo com os dados extraídos do mercado, depois, fez-se o rateio da receita com o critério de remunerar com o valor mínimo necessário para a empresa operar.

O estabelecimento das receitas anuais permitidas para as concessionárias de transmissão de energia elétrica é um direito que decorre do contrato, assim encontra-se na resolução homologatória ANEEL No. 670 de Junho de 2008.

Art. 1º Estabelecer, com vigência a partir de 1º de julho de 2008, as receitas anuais permitidas para: I - as concessionárias de transmissão de energia elétrica, pela disponibilização das instalações de transmissão integrantes da Rede Básica e das Demais Instalações de Transmissão - DIT, com entrada em operação comercial até 30 de junho de 2008,

conforme os Anexos I, II e IV desta Resolução; II - os empreendimentos de transmissão licitados que entrarão em operação comercial até 30 de junho de 2009, conforme o Anexo III desta Resolução; e III - os reforços de transmissão autorizados que entrarão em operação comercial até 30 de junho de 2009, conforme o Anexo VIII desta Resolução.

A receita anual permitida como direito econômico é parte da premissa da contraprestação ou sinalagma, o que explicitamente está nas obrigações previamente pactuadas no contrato. Este direito de remuneração surge efetivamente quando a transmissora entra em operação comercial das instalações do sistema.

Desde o ponto de vista prático a RAP gera nas transmissoras a expectativa de obter a remuneração suficiente para tornar viável a operação da atividade de transmissão. Seguindo a lógica regulatória, o direito econômico à RAP constitui um incentivo a fazer investimentos em novas instalações e os reforços pertinentes com o intuito de ter uma adequada prestação do serviço, consolidando o dinamismo nas mudanças que o sistema requer.

A remuneração devida às concessionárias de transmissão, expressa na RAP, é definida desde a licitação ou leilão, antigamente, legitimava-se este direito no ato de delegação e autorização do poder concedente, igualmente de conformidade do contrato de prestação do serviço de transmissão e o contrato de uso do sistema de transmissão.

Anualmente a ANEEL publica as resoluções que contemplam as RAPs correspondentes aos ativos existentes e dos novos ativos de transmissão que, com as correções do período tarifário anterior e o orçamento do ONS, consegue-se estabelecer a RAP da Rede Básica. Os períodos tarifários vão desde o 1º de junho, quando é emitida a resolução, até o 30 de junho do ano seguinte.

Na estruturação da RAP podem ser vislumbrados três elementos que são o custo anual dos ativos, a operação e manutenção O&M e os encargos. O custo anual é a razão do investimento expresso no Custo Médio Ponderado de Capital (WACC), onde, aliás, contempla-se a depreciação sofrida. Agora, pelos conceitos de O&M e pelos encargos a concessionária não obtém ganhos, ela só é ressarcida pelo efetivamente pago. Em função da taxa de retorno é que se estrutura o prazo na concessão para amortizar os investimentos.

Conceitos	Primeiro Ciclo de RTP (%)	Segundo ciclo de RTP (%)
Estrutura de Capital		
Proporção de Capital Próprio	49,6	36,5
Proporção de Capital de Terceiros	50,4	63,6
Custo de Capital próprio		
Taxa de livre risco	5,3	5,1
Prêmio de risco de Mercado	6,1	5,5
Beta médio alavancado	0,5	0,6
Premio risco do negocio	3,0	3,4
Prêmio de risco país	4,9	5,2
Taxa de inflação média anual dos EUA	2,6	2,7
Custo de capital próprio nominal	15,0	13,7
Custo de capital próprio real	12,1	10,7
Custo de capital de terceiros		
Prêmio de risco de crédito	3,0	1,9
Custo da dívida nominal	13,8	12,3
Custo Médio Ponderado de Capital		
WACC nominal depois de impostos	11,48	10,14
WACC real depois de impostos	9,18	7,24

Tabela 4.1: Estruturas Ótimas de Capital das Revisões Tarifárias Periódicas de Transmissão de Energia.

A WACC compreende a remuneração tanto do capital próprio quanto do de terceiros, para este último conceito leva-se em conta o benefício fiscal do endividamento. Tudo isto é ponderado com a estrutura de capital que o regulador considere ótimo em cada período tarifário para a transmissão (OLIVEIRA A. E COUTINHO, 2002)

No cálculo da receita estão inseridas variáveis como o valor de investimento, o WACC, a estruturação das porcentagens de capital de terceiros e capital próprio, depreciação, encargos e impostos. Já em relação ao imposto de renda e a contribuição social, estes são calculados sobre o lucro e os outros encargos calculam-se sobre o faturamento da concessionária. Assim, a ANEEL optou por pagar antecipadamente os encargos, para tanto, calcula uma porcentagem da receita por cima dos custos de operação e manutenção.

Na tabela 4.1, consegue-se identificar a evolução do reposicionamento do WACC e da estrutura ótima de capital, refletindo o reposicionamento destes valores que integram a receita de transmissão de energia elétrica. Além de evidenciar uma diminuição significativa da receita o que significa que se vem contribuindo com a eficiência regulatória.

O procedimento contempla que o investimento seja adequado ao banco de preços vigente na época da primeira revisão tarifária, as subseqüentes revisões só comprometerão o WACC. Como resultado do procedimento de recálculo da receita, esta pode sofrer uma queda, muito embora haja um intervalo de investimento aceitável reconhecido pela ANEEL às concessionárias, que consiste em estabelecer uma porcentagem de tolerância (para mais ou para menos) em relação ao valor fixado para remunerar determinado investimento.

A Nota Técnica No. 49 de 2007, preceitua uma fórmula que reflete o nível aceitável de investimento que o regulador reconhece, partindo do custo real da empresa; faz-se um comparativo com o banco de preços, do que resultam os parâmetros de eficiência conforme os quais vai outorgar-se a remuneração.

Sob o prisma do equilíbrio econômico financeiro que deve estar sempre vigente no contrato, orienta-se o processo de revisão cujos efeitos recaem diretamente no reposicionamento tarifário (ROCHA, 2006). Procurando-se com isso, alcançar a proporcionalidade entre os custos operacionais eficientes e a remuneração dos ativos com o retorno para a concessionária, considerando, como fator indicador, a prudência e pertinência dos investimentos aplicados.

O contrato de concessão do serviço de transmissão de energia elétrica envolve, para seu desenvolvimento, a construção, operação e manutenção das instalações do sistema de transmissão. Estão vinculados a ele uma série de ativos que têm sido classificados para efeito de estabelecimento da receita mediante os procedimentos de reajustes ou de revisão tarifária.

Os ativos referidos representam a rede básica, instalações com tensão acima de 230 Kv, não obstante é importante referenciar as Demais Instalações de Transmissão (DIT) abaixo de 230 Kv, já que sobre elas estima-se o RCDM para efeito da revisão tarifária, e finalmente a Rede Fronteiriça, que é aquela que fica entre os níveis de tensão da rede básica e os da distribuição de energia elétrica e também gera receita.

Para que se proceda à regulação econômica de forma mais precisa deve ser estruturado corretamente o capital para a adequada remuneração do investimento, e, para chegar nesse detalhe, é preciso aproximar-se dos verdadeiros custos do serviço. Os custos envolvem o investimento para construção das linhas de transmissão e os custos de operação e manutenção. Esta informação é relevante para extrair a Receita Anual Permitida RAP, assim como também as Tarifas de Uso do Sistema de Transmissão.

Quando da aferição dos custos da rede básica, a regulação deve garantir a utilização de metodologia transparente que viabilize o rateio do montante entre os usuários do sistema de transmissão.

4.4 Componentes da Receita

Cada parcela que integra a receita corresponde a um determinado tipo de ativo do sistema de transmissão, nos contratos especificam-se as parcelas que correspondem a cada um deles. Segundo o tipo de contrato de concessão de transmissão a que o ativo encontra-se vinculado, assim serão definidas as parcelas pois, como já foi apontado para a atividade de transmissão, atualmente existem três contratos de concessão diferentes.

Perante a ausência de contrato de concessão onde se fixa a receita para o período de 1995 a 2001, na resolução 167 de 2000 a ANEEL definiu a receita que corresponde a cada ativo que conforma a Rede Básica e a DIT. Em termos gerais, observam-se os seguintes componentes da receita, que quando aplicados tornam efetivo o equilíbrio econômico e financeiro do contrato:

RBSE: Rede Base do Sistema Existente, parcela das instalações da rede básica definidas na resolução ANEEL No. 166 de 2000.

RPC: Esta parcela corresponde às Demais Instalações de Transmissão, que são ativos abaixo de 230 Kv.

Estas receitas nasceram com os contratos de concessão, com relação a elas ajusta-se o equilíbrio econômico inicial.

RBNI: Rede Básica de Novas Instalações, parcela definida nos contratos de concessão, correspondentes a novos ativos autorizados pela ANEEL desde 2000, que se encontrem vinculados à rede básica em aplicação da Resolução 166 de 2000. Sobre estes ativos recai a revisão tarifária periódica a cada quatro anos, igualmente os ampara o direito de receber receita anual permitida, ajustada anualmente.

Os ativos correspondentes ao RBNI têm sua receita estabelecida mediante resoluções específicas, em que igualmente se autoriza à concessionária para construir, operar e manter o respectivo ativo de transmissão.

RCDM: parcela correspondente às Demais Instalações de Transmissão, efetuadas após a celebração do contrato de concessão, devidamente autorizada pela ANEEL e cuja receita é fixada mediante resolução.

Esses dois últimos componentes da receita correspondem aos novos ativos que são incorporados à transmissora de energia, seja mediante autorização da agência reguladora ou por adequações segundo a razoabilidade e necessidades do serviço. Os ativos correspondentes a reforços têm receita associada ao contrato de concessão original. Assim, a remuneração do capital obtém-se como resultado da avaliação dos ativos, por conseguinte, é o que permite fixar o retorno dos investimentos efetuados pela empresa de transmissão de energia elétrica.

As funções que desenvolve a empresa concessionária de transmissão abrange basicamente três atividades que são construção, operação e manutenção do sistema de transmissão na área de concessão. Com relação a estas atividades oferece-se uma receita, levando em consideração os tipos de ativos que estão vinculados ao serviço que sofreram revisão tarifária ou reajuste.

Basicamente podem ser classificados dois tipos de ativos vinculados à atividade de transmissão que são os ativos existentes (RBSE), os novos ativos correspondentes a instalações licitadas e as instalações autorizadas, representados dentro da receita pela parcela RBNI, correspondentes à rede básica, conforme a Resolução ANEEL No. 166 de 2000. Igualmente, em cada contrato de concessão da transmissão, definem-se os ativos com os quais se vai desenvolver o objeto do contrato e cuja operação comercial justifica a receita que recebe a concessionária.

À medida que os contratos vão-se executando surgem novos requerimentos técnicos e operativos para atender eficientemente o sistema de transmissão. Portanto, para viabilizar o sistema ingressam novos ativos, quer seja via leilões quer mediante autorização da ANEEL, consequentemente estes novos ativos ganham maior espaço dentro da estrutura da receita, porém, proporcionalmente os ativos existentes vão diminuindo.

Um exemplo da evolução da variação percentual entre os ativos novos e os existentes o oferece a empresa X, que, no ano 2007 contava com RBSE de 81,63% e 18,37% de RBNI, em 2009 RBSE de 80% e já para o ano de 2012, estima-se que essa porcentagem caia para 73,69 %, devido a que a tendência sempre será de aumento da RBNI, como se apresenta na figura

Figura 4.1: Receita por Ativos.

4.1. Neste ponto tem que se observar o previsto na resolução homologatória 670 de 2008.

A resolução 670 de 2008 trouxe mudanças significativas em relação à receita anual permitida, delimitando sua aplicação aos ativos de transmissão, impondo limites temporais para a classificação de três bens associados à atividade de transmissão.

O risco que implica o exercício da atividade de transmissão de energia elétrica tem sido sempre valorado como baixo desde a perspectiva econômica, se comparados com as outras atividades que integram a cadeia produtiva de energia elétrica. Embora a transmissão tenha que atingir os objetivos de modicidade tarifária, tem a Receita Anual Permitida (RAP) determinada com um alto grau de segurança, permitindo com isso a preservação do equilíbrio econômico financeiro do contrato.

4.5 Revisão Tarifária – RBNI

A importância da revisão tarifária está condicionada pela necessidade de ter-se maior controle nos preços para o consumidor final incentivando a eficiência das concessionárias, e, igualmente, visando modicidade tarifária como prioridade regulatória. A lógica do processo de revisão é induzir à eficiência e racionalizar os custos, na procura de matizar a preponderância do interesse privado no setor energético, materializando a ideia de voltar os ganhos de produtividade da gestão da concessionária em benefício da

sociedade.

Nos contratos de concessão, estabelece-se de forma específica a obrigação de redução de custos, visando minorar as tarifas. Para que se efetue dita minoração, são imprescindíveis os procedimentos de reajustes e revisões.

As atividades complementares ao objeto da concessão, que geram receita e que, dentro do marco legal e contratual, a concessionária de transmissão está autorizada a efetuar, sofre dentro do processo de revisão tarifária periódica uma redução. Isso pelo fato que o componente correspondente a 'outras receitas' tem um valor sobre o qual se faz uma redução tarifária.

Sem dúvida é um importante instrumento do modelo regulatório atual que permite capturar os ganhos da eficiência na gestão das concessionárias, sendo finalmente apropriados pelo consumidor, expresso em modicidade tarifária. Tudo isto conduz a uma eficiência alocativa (SALOMÃO, 2008), mesmo num cenário onde existe monopólio natural e é indispensável a presença de um regulador.

Na revisão tarifária, confere-se o valor dos investimentos efetuados pela transmissora e estes são ajustados para efeito de determinar a remuneração. Para efetuar estes procedimentos, a técnica regulatória utiliza diferentes métodos, todos tendentes a aperfeiçoar a informação proveniente das empresas concessionárias, permitindo assim criar um cenário de baixa variabilidade entre as empresas do mesmo ramo de atividade, em relação aos custos operacionais.

A experiência internacional nos setores de distribuição e transmissão de energia mostram a implementação do modelo comparativo benchmarking como o mais idôneo para efetuar revisões das tarifas para concessionárias. Este modelo serve para levantar a informação relevante dos custos que serão objeto de ajuste e fazer uma comparação entre as empresas do mesmo segmento econômico (JASMASB T. E POLLIT, 2000). O método conta, por sua vez, com outros métodos entre os que se destacam por sua ampla utilização no caso de concessionárias de energia, o método Data Envelopment Analysis DEA e o método de Fronteira Estocástica.

Os contratos de concessão de transmissão de energia elétrica, vigentes dentro do novo modelo de desverticalização, contemplam uma revisão tarifária ordinária para os novos ativos com periodicidade de quatro anos. Geralmente

este processo de revisão dilata-se algumas vezes por anos e, quando finalmente a ANEEL efetua a revisão, o incorpora com efeitos retroativos. Podem ser dois os resultados da revisão, que se aumente ou diminua a receita, contudo a experiência mostra que a tendência é a diminuição. Esta decisão de política de regulação econômica toma-se em consideração à aplicação do princípio de modicidade tarifária, objetivando repassar ao sistema os ganhos que a empresa puder obter acima da equação econômico-financeira.

Os problemas que apresentam as revisões compreendem dois aspectos: de uma parte é a base regulatória sobre a mensuração dos ativos, ou seja, a determinação do custo das obras feitas pela concessionária, que a ANEEL realiza, baseando-se numa pesquisa do mercado resumida no banco de preços. O outro tema de debate dentro da revisão tarifária é a determinação do WACC, que é definido pela ANEEL em exercício de sua faculdade discricionária, e nem sempre as concessionárias concordam com a estruturação do capital que se considera na revisão.

Para o cálculo da RAP é fundamental a determinação da taxa de retorno ou do custo do capital, que definirá a compensação justa pela prestação do serviço ou, de outra forma, a remuneração adequada para o investimento a ser realizado (VISCUSI, 2005). Considerando as particularidades do negócio de transmissão de energia e a variedade de fatores que o permeiam, o modelo mais utilizado para determinar a taxa de retorno de um projeto é o WACC.

De acordo com esse modelo, a taxa de retorno de um projeto é uma média ponderada dos custos dos diversos tipos de capital, com pesos iguais à participação de cada tipo de capital no valor total dos ativos do projeto. Usualmente, trabalha-se com uma versão mais simples do WACC, onde os diferentes tipos de capital próprio são agrupados numa única conta de capital próprio e os diferentes tipos de capital de terceiros agrupados numa única conta de dívidas. (SILVA, 2003).

4.6 Primeiro Ciclo de Revisão Tarifária

A revisão tarifária tem por finalidade a avaliação das tarifas aplicadas à atividade concedida, que na presente análise é a atividade de transmissão de energia elétrica, sendo uma das duas modalidades de correção de tarifas. Nos contratos de concessão, define-se o alcance da Revisão Tarifária Periódica como uma revisão ordinária, realizada em consideração aos níveis de custos e

investimentos praticados por concessionárias similares, no contexto nacional e internacional, com o objetivo de promover a eficiência e a modicidade tarifária.

Os contratos de concessão de transmissão prorrogados a partir da vigência da Lei 9.074 de 1995, e contratualizados desde 1999 com efeitos retroativos, sofreram a primeira revisão tarifária periódica em 2007. Na resolução normativa No. 257 de 6 março de 2007, a ANEEL estabeleceu a estruturação metodológica e critérios aplicáveis para levar a bom termo a revisão tarifária das transmissoras.

O método escolhido na primeira revisão tarifária para estabelecer parâmetros de eficiência na gestão das transmissoras de energia foi o Data Envelopment Analysis DEA, que na prática é uma das variáveis do método benchmark.

A seguir são apresentados na tabela 4.2. os resultados das empresas de transmissão que se submeteram ao primeiro ciclo de revisão tarifária, em função do qual a receita foi ajustada e sofreu uma queda.

Destes dados, evidenciam-se as assimetrias das porcentagens entre as mesmas empresas, decorrentes da sua diferente localização geográfica e, especialmente, do fato de que algumas dessas empresas têm capital público e outras capital privado e extensão das linhas de transmissão por nível de tensão entre outros fatores, o que traz uma grande variação no seu sistema de gestão interna.

4.7 Segundo Ciclo de Revisão Tarifária

Para o segundo ciclo de revisão tarifária periódica, previsto para 2009 e postergado para 2010, teve início as propostas de metodologia aplicável com a expedição da N.T.371 (2008), com base neste documento foram adiantadas as respectivas audiências públicas. Segundo a nomeada nota técnica a metodologia para a próxima revisão tarifária teria o método Benchmarck como o idôneo para adiantar a revisão, e dentro da abordagem do Benchmarck foi escolhido o método DEA em dois estágios. Conforme o que se leva em consideração a estrutura globalizada do mercado, o que conduz as concessionárias a agirem, estrategicamente, conforme as melhores práticas de gestão.

O período do segundo ciclo de revisões tarifárias periódicas ocorrerá no

EMPRESA	RBNl			RAP TOTAL		
	ANTERIOR	REVISÃO	VAR. %	ANTERIOR	REVISÃO	VAR. %
CEEE	69.458	60.606	-12,74	320.543	311.691	-2,76
CEMIG	44.192	33.328	-24,58	342.293	331.429	-3,17
CHESF	174.634	160.452	-8,12	915.733	901.551	-1,55
COPEL	103.279	87.709	-15,08	345.622	330.052	-4,5
CTEEP	124.328	91.813	-26,15	1.283.778	1.251.263	-2,53
ELETRONORTE	104.544	96.195	-7,98	604.524	596.175	-1,38
ELETROSUL	179.162	171.904	-4,05	531.477	524.219	-1,37
FURNAS	510.961	377.253	-26,17	1.663.455	1.529.747	-8,04
TOTAL	1.310.558	1.079.260		6.007.425	5.776.127	

Tabela 4.2: Reajustes do primeiro ciclo de revisões tarifárias periódicas das transmissoras.

período de 2010 a 2013 para 10 transmissoras de energia elétrica. Na opinião da ABRATE, a metodologia proposta pela ANEEL para o próximo ciclo de revisão tarifária (2009) contém uma série de fatores que comprometeriam a estrutura ótima do capital, levando em consideração que se afetará o cálculo para a amortização do capital próprio e de terceiros.

Para efeito de melhorar os índices de modicidade tarifária no processo de revisões tarifárias, a ANEEL tem refletido as condições macroeconômicas do mercado no ciclo 2005-2009, que caminham para a diminuição do WACC. No entanto, nem sempre os critérios nos quais baseia seus métodos preservam a lógica do mercado e a literatura especializada. Este é o caso da configuração do passivo para as revisões tarifárias, onde se inclui no capital de terceiros fatores próprios da administração do negócio como salários, fornecedores, etc.

A metodologia do benchmarking, na sua versão genérica, foi utilizada para a primeira revisão tarifária periódica das transmissoras, o que leva aos agentes envolvidos a terem certa familiaridade com o modelo para o segundo ciclo. Apesar disso, não será aplicada esta metodologia na mesma versão para o segundo ciclo.

Para o segundo ciclo de revisões tarifárias periódicas foram apresentados para audiência diversos métodos correspondentes ao modelo Benchmarking e a própria ANEEL apresentava, em termos gerais, as vantagens e desvantagens de cada um deles. Estes métodos apresentados como opcionais para o segundo ciclo foram o COLS (Mínimos Quadrados Ordinários Corridos), SFA (Análise de Fronteira Estocástica) ¹, e DEA, onde se podia optar pela aplicação de um deles ou de uma combinação entre eles. Finalmente o método DEA foi o escolhido pela ANEEL, porque para desenvolver essa tarefa estava dotada de uma ampla faculdade discricionária.

Uma observação levantada pela mesma ANEEL, a respeito do método DEA, era sua ineficiência para estimular um intervalo de confiança para coeficientes.

Independentemente do modelo que seja aplicado em cada período de revisões tarifárias, ele deve propender pela eficiência atribuindo segurança ao sistema e restringindo o incremento dos riscos regulatórios.

Este estudo tem uma relação direta com a falha de mercado denominada

¹ Estes métodos são utilizados nos procedimentos de revisões tarifárias periódicas, a fim de estabelecer os custos operacionais vinculados à operação e manutenção dos ativos

assimetria de informações entre a empresa e o órgão regulador.

A incorporação do benchmarking para definir os custos operacionais correspondentes à RBNI das transmissoras, segundo um tratamento sistemático, deve garantir higidez e coerência ao sistema de transmissão.

A avaliação feita pela ANEEL do desempenho operacional comparativo entre as empresas de transmissão é uma ferramenta mais relevante dentro do processo de revisão. A partir dela, percebem-se todas as informações determinantes para estabelecer o padrão da ótima gestão, a partir do qual se comparam o conjunto das empresas. O resultado da análise deve ser consistente com os dados obtidos, o que permitirá adotar padrões regulatórios cogentes e transparentes.

No que se refere aos itens que integram o capital de terceiros cabe uma observação, pois a doutrina econômica em geral só tem em conta aspectos tais como empréstimos e financiamentos para a operação da atividade, e não outros itens que correspondem à administração geral do negócio. Neste sentido, desconhece a ANEEL as linhas gerais do que é o capital de terceiros ao incluir itens não relacionados com ele.

Dentro da base de remuneração que se encontra classificada como novos ativos encontram-se outras subclassificações estabelecidas em função das datas em que começaram suas atividades operativas ou foram energizadas.

Pois bem, as instalações revisadas no primeiro ciclo, no segundo ciclo de revisões só terão correção dos custos gerados por operação e manutenção. Tendo sua base de remuneração só atualizada pelo IGP-M.

A revisão compreende o WACC, operação e manutenção e a base de remuneração. Já no que tange ao período dentro do qual têm validade os valores determinados para o segundo ciclo de revisões tarifárias periódicas, abarca desde o 1 de julho de 2009 até o 30 de junho de 2013.

4.8 Reajuste Anual –RBSE

O reajuste Anual refere-se ao interesse das partes do contrato em preservar certa equivalência que mantenham as condições econômicas iniciais dos contratos vigentes, mas que não comprometa sua execução. Como observa (GRAU, 1996), o reajuste dos contratos é uma técnica que tem por fim preservar seu equilíbrio econômico financeiro.

Desde que foi desenhado o esquema de privatização do setor elétrico, considerou-se que os ativos existentes do sistema de transmissão não sofreriam revisão tarifária. Os ativos existentes correspondem à infra-estrutura com que conta a concessionária no início do contrato e estes ativos não sofrem revisão tarifária periódica, só se faz uma correção da receita. Este procedimento é feito com periodicidade anual com base no Índice Geral de Preços de Mercado (IGP-M).

Conforme estabelecido no contrato, os ativos existentes na data de entrada em vigência do contrato de concessão encontram-se sujeitos a reajuste anual pelo IGP-M. Em 1º de julho de cada ano, acumula-se o IGP-M de junho do ano anterior até maio do ano de reajuste. Após isso só resta a apuração da Parcela de Ajuste (PA).

A justificativa da decisão de política regulatória para a blindagem do componente da receita correspondente aos ativos existentes RBSE, foi que eles já se beneficiavam de uma remuneração adequada, adotada quando se configurou a segregação das atividades de energia elétrica. Essa decisão considerou o fato de que a receita outorgada na fase inicial do contrato estava prevista, por um valor maior ao custo do investimento, frente a esta circunstância a ANEEL optou por blindar a base remuneratória dos ativos existentes para os períodos seguintes de revisão tarifária.

4.9 Audiência Pública

A figura jurídica da Audiência Pública tem por finalidade garantir que o procedimento para definir o método e os critérios que regerão a revisão tarifária seja democrático. De fato, após a publicação, a nota técnica deve ser submetida a debate, para o qual se configurou a instituição da audiência pública. As concessionárias têm a oportunidade de apresentar as dúvidas e inconformidades da nota técnica.

A necessidade de realização de uma Audiência Pública sobre esse assunto decorre, inclusive, do disposto no artigo 13 da Resolução ANEEL nº 233/98, que exige tal procedimento nas hipóteses onde se vejam comprometidos os direitos econômicos dos usuários ou comprometa-se o equilíbrio econômico e financeiro das concessionárias. Já que estes processos decisórios trazem a efetiva afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico e dos consumidores, decorrente de ato

administrativo ou de anteprojeto de lei propostos pela ANEEL.

Dentro do procedimento para a audiência pública, com sessão ao vivo (presencial) ou apenas por intercâmbio Documental, pretende-se cumprir com os objetivos de: 1. recolher subsídios e informações para o processo decisório da ANEEL; 2. propiciar aos agentes e consumidores a possibilidade de encaminhamento de seus pleitos, opiniões e sugestões; 3. identificar, da forma mais ampla possível, todos os aspectos relevantes à matéria objeto da audiência pública; 4. dar publicidade à ação regulatória da ANEEL.

A ANEEL entende que a Audiência Pública é um instrumento de apoio ao processo de ampla consulta à sociedade que precede a expedição dos atos administrativos. Nesta norma, claramente pode ser identificado um importante princípio em matéria de direito regulatório, que é a publicidade.

O intuito das audiências públicas é dar satisfação aos objetivos de recolher subsídios e informações para estruturar o processo decisório da agência reguladora, propiciar aos agentes e consumidores a possibilidade de encaminhamento de suas discrepâncias, opiniões e sugestões, ter uma visão holística de todos os aspectos relevantes dos assuntos submetidos à audiência pública e dar publicidade à gestão regulatória da ANEEL.

Na Resolução Normativa nº 273 de 10 de julho de 2007 foi alterada a NORMA DE ORGANIZAÇÃO ANEEL 001, onde se modificou o procedimento no referente às audiências públicas no capítulo II da Audiência Pública, artigo 15, prevendo-se que para a instauração da Audiência far-se-á previamente uma deliberação na Diretoria da Agência e, na norma anterior, isso era efetuado através do Diretor Geral.

Evidentemente, a figura da audiência pública dota o processo revisório de certo grau de democracia em observância aos princípios constitucionais e legais de publicidade e transparência. Especialmente, pela obrigatoriedade que tem a agência de pronunciar-se sobre as contribuições, justificando sua aceitação ou não (ALVES G. S. E YAMAGUCHI, 2009). O que se faz num documento formal, que é o relatório de análise de contribuições, detalhando cada contribuição.

Na primeira revisão periódica ordinária para transmissoras, após a vigência do novo modelo, a audiência pública estava programada para acontecer em julho de 2005, foi adiada para julho de 2006 e posteriormente para julho de 2007, com efeitos retroativos a 2005.

O primeiro passo da ANEEL foi efetuar o levantamento da base de ativos solicitando a cada transmissora suas informações, mas não ficou claro o objeto desse pleito. A ABRATE questionou sobre a disponibilidade dos documentos, como o que contem a metodologia e valores de Custo-Padrão. Outra crítica que recebeu o instrumento da audiência foi relativa às consequências das mudanças do perfil financeiro da receita anual permitida.

Os temas escolhidos pela ANEEL para serem discutidos nas audiências públicas, no que se refere ao processo de revisões tarifárias, compreendem a base de remuneração de capital, os custos de operação e manutenção e o WACC. O resultado das contribuições feitas em razão da audiência pública 001/2006 foi a nota técnica No. 057 de 2006, na qual não se dá uma resposta devidamente fundamentada às questões levantadas pelas concessionárias.

Uma diferença com a primeira revisão tarifária é que a base de remuneração dos ativos revisados na primeira revisão não será revisada na segunda revisão, que será referente apenas ao WACC e à Operação e Manutenção.

As audiências públicas são instrumentos que possibilitam a concretização do princípio do devido processo, tanto sob a perspectiva formal, quanto sob a substantiva. Sob a perspectiva formal tem-se que as audiências públicas legitimam um ato jurídico emitido pela atividade competente. Do ponto de vista substantivo, as ditas audiências tornam viável o cumprimento do direito que assiste os interessados de intervir de forma conjunta nas decisões que afetam ao conglomerado social.

4.10 Pertinência das modificações de políticas regulatórias e sua repercussão no equilíbrio econômico financeiro do contrato de transmissão

No momento de definir a metodologia que leve ao cálculo da receita, a ANEEL tem que procurar a informação pertinente para adotar uma decisão que fique no umbral dos interesses em jogo, tanto o interesse privado quanto o público. Para atender às práticas de um mercado bem regulado, a informação que norteia o processo normalmente provém das empresas reguladas, com o qual aumenta o risco para o regulador ser capturado pelo agente privado.

Dentro da metodologia que a ANEEL assinalou para a revisão tarifária para o período de 2007, são vários os itens a serem discutidos dentro dos processos das audiências públicas. As notas técnicas para a revisão tarifária do período 2009 apresentam algumas novidades que vale a pena analisar, em relação à substituição e transferência de ativos.

No caso da transferência de ativos da transmissora para a distribuidora a regulação anterior (2001) valorava os ativos levando em conta o custo de reposição (vinculado à receita associada). O novo critério da NT 371/2008 indica que se valoriza o bem pelo preço da reposição, descontando a depreciação, logo o saldo residual transfere-se para a transmissora, o que vale dizer que na verdade recebe o valor líquido.

Em relação ao tema de substituição de ativos, em geral as concessionárias de concessão apresentam inconformidade com os critérios para determinar a receita. Atualmente só se paga o reforço adicional, sem avaliar os custos de desvinculação do ativo antigo nem os da instalação do equipamento novo. Isso precisaria de fundamento na opinião do mercado.

No exercício da sua faculdade regulatória no concernente à determinação do WACC, a ANEEL previu para os contratos assinados a partir de 1999 um perfil de remuneração que permitisse a amortização do investimento maior durante os primeiros 15 anos da vigência do contrato. Já no ano 16 do contrato esse perfil sofreria uma queda de cinquenta por cento até o final, sendo esta estrutura bastante favorável para os interesses econômicos dos investidores, uma vez que permitiria maior liquidez.

A lógica de amortização do financiamento e do investimento descrita sofreu uma alteração em 2007, como se pode ver nos editais dos leilões. Basicamente, foi suprimida a diferença temporal dos primeiros anos do contrato, uniformizando o período de amortização, com o que ficou consolidado o perfil de remuneração plano que representa o 17% ao ano, mantendo a porcentagem ao longo do contrato.

Esta decisão da ANEEL, de deixar plana a amortização para o financiamento e os investimentos, comprometeu negativamente o fluxo de caixa das empresas transmissoras, pois mesmo que o retorno estivesse garantido o tempo para isso prolongar-se-ia.

Uma das mudanças da revisão tarifária de 2007 com relação à de 2009 é relativa ao perfil de remuneração. No início do processo de privatização do

setor elétrico, para efeito de atrair investimento do setor privado à atividade de transmissão, estabeleceu-se um perfil de remuneração que permitisse amortizar o investimento. Os contratos de concessão previam uma vigência de vinte anos, tempo durante o qual, estimava-se, ficaria amortizado o investimento.

De outra parte, o fato da redução da taxa de retorno de 10,18 em 2001 até 7,24 para o ano de 2010 é uma sinalização de que a atividade de transmissão pode ser prestada sob um custo inferior ao que tem sido remunerada. O custo da prestação do serviço de transmissão permanece dentro da esfera privada da gestão das empresas de transmissão, não sendo, em sua totalidade, informação de domínio da agência reguladora. Sendo assim, a observância dos resultados têm grande relevância para a análise econômica da agência reguladora. Dessa forma, a avaliação da eficiência da gestão da agência pode ser auferida pelo critério da sua capacidade para levantar os dados econômicos das empresas.

4.11 Conclusões

O desenvolvimento da regulação econômica tem especial relevância no desempenho do contrato, sendo o fator que motiva o prestador do serviço à estruturação de seus recursos de forma eficiente a fim de obter o melhor desempenho, que se materializa na receita. Porém, da adequada configuração dos fatores econômicos, que se estipulam nas cláusulas financeiras do contrato de concessão, dependerá o sucesso do modelo regulatório. Particularmente no setor energético foram propostos mecanismos para articular os diversos incentivos para os concessionários, sem diminuir as vantagens do custo pelo serviço que recebem os usuários.

A regulação do SEB está influenciada pelos dois regimes de regulação econômica, tanto pelo modelo inglês que se caracteriza pelo forte incentivo aos agentes econômicos, quanto pelo modelo norte americano que é muito mais singelo em relação aos incentivos. Isto leva a concluir que atualmente as revisões tarifárias das transmissoras de energia seguem uma metodologia híbrida no que diz respeito aos incentivos, em consideração às particularidades locais que apresenta o modelo.

A metodologia para estabelecer uma remuneração do capital é um fator relevante que demanda um desenvolvimento do marco regulatório, o qual

parte da premissa de projetar aos concessionários uma atuação tendente à eficácia da sua gestão. É este fator de eficácia que leva à configuração da receita e à classificação dos ativos que serão submetidos ao processo de revisão e reajuste tarifários.

No que tange à maturidade da regulação econômica, é relevante apontar que ainda fica um longo percurso para conseguir uma clareza conceitual, que permita a interação prática e eficiente entre os agentes econômicos e a agência reguladora. Conquanto esteja em curso já a segunda revisão tarifária, foram muitas as questões levantadas e as dúvidas metodológicas que surgiram entre os agentes, sem que a ANEEL conseguisse aprimorar uma metodologia transparente e concreta.

Evidencia-se dentro dos procedimentos a importância prática de figuras jurídicas como a Audiência Pública, na medida em que, mediante ela, consegue-se maior proximidade entre os agentes, permitindo com isso um crescimento institucional e regulatório conjunto.

5 Futuro da Concessão de Transmissão no Brasil: Prorrogação vs. Licitação

5.1 Introdução

Em torno do tema da prorrogação das atuais concessões do serviço público de transmissão se vem gerando muitas controvérsias no plano jurídico, político e econômico. Não obstante, deve considerar-se que se bem este estudo centram-se na transmissão de energia, não só é uma questão que afeta de forma exclusiva esta atividade, como se observará no decorrer deste item, compromete igualmente as atividades de geração e distribuição de energia. O problema é que diante da incerteza da continuidade de relação negocial entre o concessionário e o poder concedente, na realidade o que se evidencia é a carência de segurança jurídica que afeta um setor estrutural da economia.

A resposta do que ocorrerá em 2015, quando expirar a vigência dos atuais contratos de concessão do serviço público de transmissão de energia elétrica, vai além dos interesses políticos e econômicos ao que o contrato possa circunscrever-se. Por isso, neste capítulo, pretende-se analisar as alternativas com as quais conta o governo para viabilizar o assunto. Igualmente, apontam-se as possíveis polêmicas que traria a eleição de qualquer das hipóteses jurídicas que se estão discutindo atualmente, e os impactos gerais para o sistema energético brasileiro.

Para levar a bom fim o debate da conjuntura do setor elétrico é necessário fazer um percurso pelas principais argumentações levantadas no cenário jurídico, perante os questionamentos ao marco legal que contempla o contrato de concessão e a legislação do setor elétrico. Levando em consideração o modelo regulatório como ponto de partida para encarar as divergências que o tema tem suscitado. Para enriquecer a discussão identificar-se-ão

os fatos relevantes sob os quais emergem as maiores dúvidas em volta das expectativas de prorrogação das concessões.

Destinar-se-á particular atenção às análises jurídicas que cogitam a possibilidade de prorrogação dos contratos de concessão, a partir da análise de suas cláusulas, observando a harmonização destas últimas com a legislação vigente. Por serem tão variadas as interpretações na matéria, examinaram-se as três correntes de interpretação jurídicas que apontam uma solução. A primeira concebe a possibilidade de reformar a lei para que entre em vigor um dispositivo que permita uma segunda prorrogação, a segunda concebe a possibilidade de prorrogação com reforma constitucional e a terceira entende que a aplicação dos preceitos plasmados no contrato já seria suficiente para contextualizar a prorrogação.

O importante neste ponto é avaliar as hipóteses jurídicas sob o critério de conveniência e favorabilidade que tenha para o sistema energético. É pensando nisso que desde a técnica jurídica emergem as possibilidades que o ordenamento jurídico oferece para solucionar o tema levando em consideração o interesse público que é o critério tangencial do debate em todas suas esferas políticas e econômicas.

Uma vez estudadas as interpretações do ordenamento jurídico, destacaram-se com clareza os institutos jurídicos factíveis para definir o tema como são a prorrogação, a renovação e a licitação do contrato de concessão do serviço público de transmissão. Estas opções jurídicas são excludentes entre si, daí a importância de ponderar os efeitos que acarretaria a eleição delas. Todas elas devem passar a atingir os objetivos do interesse público.

A prorrogação: Esta figura jurídica cobra importância quando se observa o preceituado nos contratos e com as respectivas modificações em quanto ao equilíbrio econômico.

A renovação: Entranha a continuidade do vínculo contratual mas para tanto precisa de algumas alterações das condições contratuais.

A licitação: consagrada constitucionalmente no artigo 175 da CRFB como o procedimento idôneo para outorga de concessão, com a que se entraria em uma etapa de transição para uma nova contratação.

Para ter uma pesquisa integral nesta matéria, identificar-se-ão os efeitos da adoção das nomeadas figuras como meio para avaliar a função regulatória no marco da administração indireta que evidenciam a eficácia nos indicadores

de gestão para o setor elétrico, em aspectos tais como modicidade tarifária e qualidade do serviço. Certamente, na exploração do tema, observar-se-á, que o modelo regulatório atual constitui um critério orientador para identificar as necessidades e definir as prioridades do setor elétrico brasileiro.

Salienta-se que a decisão de prorrogação do contrato de concessão constituirá um fator relevante para ponderar a segurança jurídica, considerada pelos investidores quando assumem o risco de entrada no mercado. Dentro desta lógica, não pode ser descuidada a perspectiva de expansão do Sistema Interligado Nacional - SIN, destinada a satisfazer a demanda de energia elétrica do país. Estas necessidades devem contar com um sistema jurídico estável que permita a consecução dos fins propostos. De acordo com a Empresa de Pesquisa Energética, projeta-se uma expansão de 42% da rede básica no período de 2007 a 2017. Isso evidencia a necessidade de atrair investimento privado ao setor energético para financiar os projetos de expansão.

No âmbito regulatório brasileiro, tem-se sérias complicações para definir os procedimentos que permitam agilizar o tema de prorrogação dos contratos de concessão do serviço de transmissão ou sua licitação. Frente a este panorama, requer-se ter em conta para abordar sua análise, tanto as normas que regem o contrato de concessão quanto as que regem a atividade de energia elétrica e, em particular, as de transmissão.

Assim pois, uma das maiores expectativas presente no setor elétrico encontra-se na interpretação do conjunto de normas, das que se pode inferir a validade para adiantar a prorrogação das concessões sem desvirtuar a possibilidade de submeter-se a um novo processo licitatório. A análise também pretende abarcar a pertinência das soluções propostas para o sistema energético brasileiro.

Pode-se afirmar que as opções aplicáveis para quando expire a vigência dos atuais contratos de transmissão são claras. O que resulta discutível é o procedimento que adotará o Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), de acordo com seu grau de discricionariedade em consonância com a lei No. 9.478 de 1997. Para a eleição de qualquer das alternativas é conveniente realizar uma adequada ponderação dos efeitos favoráveis e/ou desfavoráveis tendo por norte o sistema energético como interesse geral.

5.1.1 Contexto histórico do contrato de concessão de transmissão

Para aprofundar no regime jurídico dos contratos de concessão e avaliar seus efeitos no caso da prorrogação é conveniente alimentar a análise dos fatos relevantes que tem marcado o desenvolvimento da transmissão de energia elétrica, sua associação para fins práticos às atividades de geração e distribuição. Para tal fim, resulta imperativo analisar o instrumento jurídico, do qual se deriva a capacidade das empresas para a prestação do serviço público de transmissão. No cenário do modelo regulatório anterior a 1995, quando se integravam verticalmente as atividades de energia e as empresas delegatárias da prestação do serviço estavam constituídas como sociedade de economia mista, não se contava propriamente com um contrato de concessão.

No contexto de empresas de serviço de energia elétrica verticalizadas, era mediante uma autorização unilateral que o Estado outorgava a prestação dos diferentes serviços de energia. O que se fazia efetivo através da promulgação de decretos presidenciais, onde se especificava a competência para construir, operar e fazer manutenção, de determinados trechos de linhas de transmissão.

Pode-se exemplificar com o caso específico da Companhia de Energia de São Paulo CESP, integrada verticalmente, com diferentes atos unilaterais para cada atividade. Durante o processo de desverticalização e posterior privatização foi cindida em cinco empresas: Elektro distribuidora, CESP Geradora, Vale do Paranapanema Geradora, Tietê Geradora, Cteep transmissora.

Para dar-lhe continuidade à prestação dos serviços de energia, quando a CESP foi cindida dividiu as autorizações nas atividades descritas anteriormente, com a aquiescência da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL. O fato que as autorizações para a prestação do serviço público fossem expedidas por Decreto, descarta a ideia de contrato de concessão.

O certo é que para que nasçam à vida jurídica os contratos de concessão, devem ser cumpridas certas formalidades, na ausência dos elementos essenciais do contrato, não é possível alegar sua existência. O contrato de concessão é o instrumento legitimador da prestação do serviço público e requer, para seu aperfeiçoamento, a satisfação de uma série de requisitos formais, cuja omissão impede que nasça à vida jurídica.

No caso das empresas prestadoras do serviço de transmissão não existe um vínculo jurídico contratual anterior à firma dos atuais contratos (MARQUEZ, 2006). Pois as empresas prestadoras do serviço de energia elétrica eram receptoras passivas, da vontade soberana do Estado que lhes outorgava a competência para prestar o serviço, sem que mediasse manifestação de vontade por sua parte. Devido a isso, carece de fundamento qualquer tentativa de inferir consequências jurídicas de um ato jurídico inexistente, como seria o presente contrato de concessão anterior ao novo modelo do setor elétrico.

Os contratos de concessão das empresas transmissoras assinados em 2001, e com efeito retroativo a 1995, são os primeiros contratos de concessão de transmissão, em virtude disso as cláusulas de prorrogação que os integram são plenamente válidas. Do que se deriva a legítima expectativa da prorrogação (JUSTEN, 2003), pois sobre eles não tem recaído prorrogação nenhuma.

As empresas relacionadas na tabela 5.1. junto com a empresa CEMIG, contam com contratos que vencerão entre 2015 e 2017, e obviamente veriam-se afetadas diretamente com a decisão que tome o governo sobre prorrogar ou licitar. Merece uma consideração especial o fato que as linhas de transmissão que estas empresas ostentam, representam 82% (PAUL G. E TAVARES, 2009) do SIN. Não se pode desconhecer que a incerteza que existe em torno ao tema prejudica um setor estrutural da economia, como é o setor elétrico, o que permite que surja como critério orientador a ponderação do interesse público que este representa.

Uma vez descritos e analisados os fatos precedentes à consolidação do contrato de concessão, analisar-se-ão os efeitos jurídicos das cláusulas onde se consagra a prorrogação e o procedimento que deve ser seguido pelo concessionário ante o poder concedente. Obviamente as cláusulas devem atravessar pela avaliação da legislação vigente, assim como também o alcance da legislação no momento do aperfeiçoamento dos contratos, para assim determinar as perspectivas de prorrogação ou a necessidade de licitação.

5.1.2 Prorrogação dos Contratos de Concessão de Transmissão de Energia Elétrica

O objeto desta análise é propor a possibilidade que brinda o ordenamento jurídico para prorrogar os contratos de concessão da atividade de transmissão

CONCESSIONÁRIA	CONTRATO	DATA ASSINATURA	PROCESSO
CEEE	055/2001	1º - 10- 2001	48100.001191/96-22
EPTE (CTEEP)	056/2001	20 - 06 - 2001	48100.001561/97-21
ELETROSUL	057/2001	20 - 06- 2001	48100.000974/96-34
ELETRONORTE	058/2001	27 - 06- 2001	48100.001193/96-58
CTEEP	059/2001	20 - 06- 2001	48100.001158/96-57
COPEL	060/2001	20 - 06- 2001	48100.001089/96-36
CHESF	061/2001	29- 06- 2001	48100.001189/96-81
FURNAS	062/2001	29 - 06- 2001	48100.000233/96-35
CELG	063/2001	20 - 06- 2001	48100.001192/96-95

Tabela 5.1: Empresas de Transmissão de Energia Elétrica com contrato proveniente do ato administrativo No. 185 de 2001 do Ministério de Minas e Energia.

de energia, cuja vigência expira em 2015. O contrato de concessão legitima a prestação de um serviço público, o ponto de partida é a cláusula do contrato que disciplina o tema do prazo da concessão e dos trâmites para obter a prorrogação, como consta na redação abaixo:

CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA - PRAZO DA CONCESSÃO A presente concessão para transmissão de energia elétrica, prorrogada nos termos da Portaria MME no 185, de 06 de junho de 2001 tem prazo de 20 (vinte) anos, contado a partir da vigência da Lei no 9.074, de 1995, encerrando-se em 7 de julho de 2015. Primeira Subcláusula - Para assegurar a continuidade e qualidade do SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSMISSÃO e com base nos relatórios técnicos específicos preparados pela fiscalização da ANEEL, o prazo da concessão estabelecido no caput desta Cláusula poderá ser prorrogado pelo período de até 20 (vinte) anos, mediante requerimento da TRANSMISSORA ao PODER CONCEDENTE. A eventual prorrogação do prazo da concessão estará subordinada ao interesse público e à revisão das condições estipuladas neste CONTRATO. Segunda Subcláusula - O requerimento de prorrogação deverá ser apresentado até 36 (trinta e seis) meses antes do término do prazo deste CONTRATO, acompanhado dos comprovantes de regularidade e adimplemento das obrigações fiscais, previdenciárias e dos compromissos e encargos assumidos com os órgãos da Administração Pública, referentes à prestação do serviço público de energia elétrica, bem como de quaisquer outros encargos previstos nas normas legais e regulamentares então vigentes. Terceira Subcláusula - A ANEEL manifestar-se-á sobre o requerimento de prorrogação até o 18º (décimo oitavo) mês anterior ao término do prazo da concessão. Na análise do pedido de prorrogação a ANEEL levará em consideração todas as informações coletadas ao longo do período de concessão sobre os serviços prestados, devendo aprovar ou rejeitar o pleito dentro do prazo acima previsto.

É importante referenciar que no caso da atividade de transmissão atualmente podem ser identificadas três categorias de contratos de concessão classificados pela estruturação financeira, cada um deles corresponde a um regime econômico diferente, além de ter sido assinados em contextos diferentes, como descrito no capítulo quarto. Para efeito do estudo do tema da prorrogação a pesquisa cinge-se na análise dos contratos com termo de vencimento em 2015.

Os contratos da Portaria do Ministério de Minas e Energia No. 85 de 2001 com retroatividade a partir de 1995 e vigência até 2015, tem consagrado nas suas cláusulas econômicas a RTP de cada 4 em 4 anos para a os novos ativos que entrem em operação comercial, ativos que estão representados na estrutura da receita pela parcela RBNI.

5.1.3 Normas da Prorrogação dos Contratos de Concessão de Transmissão

A prorrogação, não é mais do que a ampliação do término de vigência dando continuidade ao objeto contratual, no qual as obrigações principais continuariam incólumes. Não obstante, esta figura jurídica admite a possibilidade de efetuar algumas modificações de acordo com a vontade das partes, existindo uma alteração do término de vigência e reconsiderando-se algumas condições do contrato.

De acordo ao preceituado no artigo 175 da CRFB, o poder público tem competência exclusiva para determinar os assuntos correspondentes à prestação dos serviços públicos. Este artigo fundamenta o marco normativo dos contratos de concessão de energia elétrica, integrado pela lei Federal No. 8.987 de 1995 e a Lei 9.074 de 1995. Esta última lei contempla a prorrogação dos contratos de concessão do setor elétrico.

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.

Nos contratos de concessão de transmissão a prorrogação é admissível só uma vez, em conformidade com o previsto no artigo 4 da lei No. 9.074 e atendendo ao princípio de isonomia de entrada no mercado ao que tem direito os agentes econômicos. Respeito aos contratos assinados com posterioridade à entrada em vigência do novo modelo para o setor elétrico em 1995, não se pode assegurar que havia contrato de concessão anterior, justamente esta interpretação permite surgir a expectativa de efetividade do direito à prorrogação dos atuais contratos.

O contrato de concessão objeto da presente análise, conta com cláusulas expressas que contemplam sua prorrogação. A natureza jurídica das cláusulas de prorrogação é considerada essencial, de acordo com o disposto

no artigo 23 da Lei 8.987 de 1995. Por isso não podem sofrer modificação por lei posterior, nem menos ainda por instabilidades jurídicas e/ou políticas que apresente o sistema. Adicionalmente, foram estipuladas as regras gerais do procedimento que deve seguir tanto o concessionário quanto o poder concedente para prorrogar os contratos. Não obstante, para que estas cláusulas surtam seus efeitos jurídicos requer-se uma interpretação sistemática do marco jurídico que compromete seu cumprimento.

Um argumento que desvirtua a viabilidade da prorrogação das concessões defende que as cláusulas de prorrogação da concessão se tornam inócuas frente à legislação atual (BATISTA, 2009; BRANDAO, 2009). Pois, apesar da prorrogação encontrar-se estipulada contratualmente, às concessionárias de transmissão não lhes assiste um direito efetivo e o poder concedente não estaria vinculado com o cumprimento da cláusula contratual.

Aceitar-se o exposto pela anterior linha de pensamento, significaria ignorar que, para a época da celebração dos atuais contratos referenciados na Tabela 5.1, estava vigente o artigo 27 da lei 9.427 de 1996, (posteriormente revogado pela lei 10.848 de 2004), conformando um ato jurídico plenamente válido. De acordo com a mencionada norma, a prorrogação do contrato de concessão encontra fundamento e a cláusula que a consagra está chamada a ter seus efeitos jurídicos.

Art. 27 Os contratos de concessão de serviço público de energia elétrica e de uso de bem público celebrados na vigência desta lei e os resultantes da aplicação dos artigos 4º e 19 da Lei 9.074, de 7 de julho de 1995, conterão cláusula de prorrogação da concessão, enquanto os serviços estiverem sendo prestados nas condições estabelecidas no contrato e na legislação do setor, atendam aos interesses dos consumidores e o concessionário o requeira.

Com este panorama legal, tem-se que o contrato de concessão esta disciplinado, com cláusulas de prorrogação válidas para a época em que foi aperfeiçoado. Então, deve entender-se que o desconhecimento por parte do governo destas cláusulas constituiria uma fonte de insegurança jurídica, tanto para os concessionários atuais, como para os agentes econômicos que estiverem considerando a possibilidade de entrada no setor elétrico brasileiro.

A faculdade discricionária do governo deve ser interpretada com cuidado no momento de decidir se concede a prorrogação ou a licitação precedida de reversão de ativos. Toda vez que deve ser considerado que esta competência

legal obedece a condições objetivas previamente definidas na regulação e no contrato.

Na eventualidade que o governo dê via livre à prorrogação, o juízo de valor que recai sobre os concessionários para decidir a procedência ou não de sua prorrogação, requererá plena objetividade para ponderar os resultados de desempenho técnico, jurídico e financeiro. As evidências destas condições podem ser obtidas pelo agente regulador do setor a ANEEL, que tem exercido sua função de fiscalização durante a vigência do contrato e deve contar com critérios já consolidados sobre a gestão de cada concessionário.

A idéia de que os contratos de concessão de transmissão já foram prorrogados uma vez fundamenta-se no ato administrativo emitido pelo Ministério de Minas e Energia (Portaria MME No. 185 de Junho de 2001). Nele o ministério pretende retrotrair os efeitos da prorrogação a 1995. Não obstante, não existia contrato de concessão específico da transmissão, assim o entendia também Walter T. Álvares: "...no momento atual, tal como é praticada, a concessão em matéria de energia elétrica, é um ato regulatório, soberano, e não um contrato" (ALVARES, 1962b).

Outra prova de inexistência do contrato de concessão oferece a lei No. 9991 de 2000 que criou a obrigação de aportar 1% do ingresso líquido de empresas prestadoras do serviço de energia elétrica para pesquisa. No artigo 3o, II, determinou-se que no evento que a empresa não tivesse celebrado contrato de concessão, só teria caráter obrigatório a partir da entrada em vigência do contrato. Este suposto de inexistência de contrato cobre às concessionárias de transmissão que assinaram o contrato a partir de 2001, pois só a partir da firma do contrato lhes foi aplicada a obrigação de contribuir com 1% do ingresso.

Agora, admitida a prorrogação por parte do CNPE, o concessionário deverá satisfazer uma série de requisitos objetivos para que seu contrato seja prorrogado. Isso considerando que a normatividade vigente seja interpretada no sentido que vem apontando-se aqui, é dizer, que a prorrogação tem total adequação ao ordenamento jurídico. Em consequência, as cláusulas dos contratos que contemplam a prorrogação estão revestidas de validade, e guardam total harmonia com a legislação e o modelo institucional do setor elétrico.

5.1.4 Políticas regulatórias que afetam a prorrogação

O governo tem sido reiterativo em sua preocupação por garantir os direitos dos usuários do sistema elétrico. No evento em que se produza uma decisão favorável à possibilidade de prorrogação da concessão de transmissão, é necessário compatibilizá-la com a modicidade das tarifas. Para alcançar tal fim resulta conveniente fazer algumas alterações na estrutura de remuneração das concessionárias.

Tal é a relevância do tema da prorrogação ou licitação das concessões de energia elétrica que o governo formou um grupo de trabalho mediante a Resolução CNPE No 4, de 13 de maio de 2008, posteriormente complementada com a Resolução CNPE No 7, do mesmo ano. Um ano depois da sua formação este grupo não produziu uma proposta que permita dar uma perspectiva clara do que sucederá com os contratos de concessão. O que se torna um motivo de preocupação para os investidores que não têm condições de avaliar a pertinência do negócio de transmissão.

Não se pode perder de vista que a prorrogação também pode ser outorgada a título oneroso pelo poder concedente. Assim o prevê o artigo 4 da lei 9.074 de 1995. Ampliando com isso as possibilidades de prorrogação, mediante a reestruturação das cláusulas econômico financeiras do contrato, sem que implique um detrimento aos interesses do concessionário. Estas modificações podem ver-se refletidas em uma nova estruturação da taxa de retorno do investidor, assim como também a imposição de novos encargos setoriais.

O equilíbrio econômico financeiro do contrato é um ponto álgido para a regulação econômica, depende de uma adequada conformação, onde há equivalência entre as expectativas de retorno dos investidores e a modicidade tarifária. Na estruturação atual, tem-se classificado dois tipos de ativos que são os existentes e os novos ativos, cada um com remuneração diferente. Os ativos existentes só são ajustados anualmente pelo IGP-M., e os novos ativos sofrem revisão tarifária periódica a cada quatro anos. Permitindo com isso, a captura dos benefícios de eficiência na gestão do concessionário para a sociedade, o que redundaria em modicidade tarifária.

A revisão tarifária periódica ao tempo que preserva o equilíbrio econômico financeiro dos contratos, conduz a que a sociedade possa capturar as utilidades percebidas da gestão eficiente das empresas. Já que o objetivo

do governo é dar-lhe preponderância ao interesse público imerso no sistema energético brasileiro, vinculado ao princípio de modicidade tarifária, deve-se submeter os ativos existentes a uma revisão tarifária. Desta forma, terminar-se-ia com a blindagem que foi estabelecida para o componente da receita dos ativos existentes RBSE mediante a resolução ANEEL No. 166 de 2000.

De todo modo, prorroguem-se ou não os contratos, com modificações nas cláusulas econômicas, é fato que se requer um pronto e claro sinal de quais serão as condições das alterações à equação econômica e financeira do contrato. Esta é uma questão que não pode ser adiada pelo governo, pois a projeção financeira das concessionárias depende desta definição e, de acordo com o estipulado no contrato, 36 meses antes da expiração as concessionárias manifestaram seu interesse em prorrogar os contratos.

O aspecto da indenização dos investimentos ainda não amortizados carece de desenvolvimento jurídico adequado e profundo. Se bem é certo que o direito das concessionárias encontra-se consagrado no artigo 36 da Lei 8.987/95, não existem parâmetros claros que permitam determinar a forma de valoração dos ativos. A metodologia empregada pode ser a que se fixa para as revisões tarifárias, entre os que se encontram o método de custo de reposição que para o caso poderia ser o mais apto. Segundo este método, outorga-se a cada ativo uma avaliação dos gastos que são necessários para sua substituição, que efetue os mesmos serviços e tenha a mesma capacidade do ativo existente. (Nota Técnica No. 371/2008 ANEEL)

Nesta ordem de idéias, estima-se que, em última instância, a decisão deve ser adotada considerando o marco normativo e os princípios do direito administrativo. Dando-se preferência à eficiência (ABCE, 2008) que deve guardar a administração pública em seus processos, levando em conta o que ofereça menores impactos de desequilíbrio, para o interesse público que circunda o setor elétrico. É assim que se propende pela preservação da segurança do sistema, vislumbrando que estes contratos administrativos têm o escopo comum para as partes, apartando-se do tradicional conteúdo sinalagmático.

5.1.5 Renovação dos Contratos de Concessão de Transmissão de Energia Elétrica

De ser admitida a possibilidade de uma prorrogação condicionada ou renovação, teria que entrar a se avaliar qual seria a estruturação dos objetivos,

e mais importante ainda seria a repartição horizontal dos riscos. Na medida em que possa ser percebido pelo sistema os benefícios que a sociedade possa auferir pela continuidade do mesmo concessionário.

O objetivo da renovação seria auferir a maior modicidade tarifária possível, para o que é indiscutível a pertinência de uma estruturação nova na remuneração dos ativos que integram a operação comercial da rede básica e das demais instalação de transmissão.

Só resta perguntar até onde seria prudente baixar a taxa de retorno, em um cenário do sistema de transmissão que precisa fortes investimentos que o Estado não esta em condições de bancar.

5.1.6 A Licitação dos Novos Contratos de Concessão da Transmissão

A possibilidade de abrir um processo licitatório para os contratos de concessão de transmissão, obedece à lógica de que os contratos com a administração pública devem contar com uma variedade de ofertantes para a prestação dos serviços de interesse geral, de tal forma que possam escolher o que melhor compagine com as necessidades específicas da administração e dos administrados. Para isso, entrar-se-ia na fase de seleção perfeitamente descrita na legislação que vai desde a elaboração do edital onde se define o objeto do serviço e suas especificações técnicas, até a outorga do contrato, procedimento durante o qual o interesse público deve sinalizar cada etapa.

É da natureza do contrato ter amortizado os investimentos do concessionário e, em função desta necessidade, determina-se o prazo, porém, descarta-se a idéia de prorrogação perpétua dando cabimento ao procedimento de licitação. Voltando ao artigo 175 da CRFB, onde se estabelece que é SEMPRE ATRAVÉS DE LICITAÇÃO a outorga do contrato de concessão, resulta praticamente indiscutível a obrigatoriedade de acudir ao processo licitatório para celebrar contratos de concessão de transmissão que entrem em vigor após 2015.

Para continuar nesta linha de pensamento, segundo a qual se concebe o prazo contratual como o termo prudente para recuperar o investimento, surge uma outra questão para ser avaliada e é a relação da tarifa com a amortização do investimento, o que gera por sua vez, um efeito sobre as políticas de regulação econômica.

Ao descartar o cabimento jurídico da prorrogação perante a legislação atual pelos motivos anteriormente expostos, entrar-se-ia no terreno da licitação como meio idôneo para dar-lhe continuidade ao serviço público de transmissão de energia. Ao ser a licitação uma das possibilidades para o sistema energético é conveniente observar os traços característicos da figura e as implicações da sua eleição.

Chegados ao termo final da avença sem que exista a possibilidade para o concessionário de prorrogar ou renovar a concessão, iniciar-se-á a abertura ao processo licitatório segundo o consagrado na CRFB. Pois admitir a possibilidade de prorrogação sucessiva seria equivalente a desconhecer o princípio de isonomia, além de contrariar as premissas do modelo regulatório do setor elétrico.

A licitação segundo Maria Sylvia di Pietro, é o procedimento administrativo pelo qual um ente público, em exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições estabelecidas no documento de convocação, a possibilidade de formular propostas entre as quais se selecionará e aceitará a que represente maior conveniência para a celebração do contrato.

A licitação esta focada em acolher os princípios de contratação administrativa para adiantar um processo competitivo de adjudicação do contrato. O que leva a adotar critérios objetivos que permitam selecionar a proposta mais favorável para a administração pública, e no caso objeto de análise, para o sistema energético em geral.

A modalidade das licitações de contratos de concessão de transmissão de energia, acolhe como critério para definir a adjudicação do contrato, o modelo de regime de preços máximos Price Cap. Este modelo consiste em oferecer a taxa de retorno inferior pela que será prestado o serviço, já que é a estrutura econômica que mais contribui à modicidade tarifária baseada na gestão eficiente.

Não necessariamente encontra-se na figura da licitação uma solução efetiva para obter modicidade tarifária. Em especial considera-se que vencidos os contratos existem alguns ativos que serão restituídos ao poder público, mas precedido de uma remuneração aos atuais concessionários. Frente a isso, surgem dúvidas sobre como será realizada a avaliação dos ativos e qual será a taxa de retorno a que um novo concessionário poderá acessar.

Adicionalmente, a licitação é só um meio para cumprir metas de política energética, como a continuidade do serviço. A mencionada figura jurídica por si mesma não encerra o interesse público que representa o setor elétrico. Certamente o que representa uma utilidade pública é o serviço de transmissão de energia, e os meios para fazer-lo efetivo são a operação e disponibilidade dos ativos associados ao serviço.

O Supremo Tribunal Federal manifestou-se no sentido de indicar a licitação como o meio para garantir a liberdade de acesso a novos agentes econômicos (PAUL G. E TAVARES, 2009). Não obstante, não é esta liberdade de acesso o bem jurídico que se deve tutelar neste caso, pois para isso estão os atuais leilões de construção e operação de linhas de transmissão de energia. O que é verdadeiramente preponderante é o equilíbrio do sistema e a decisão de prorrogar ou licitar deve atender ao equilíbrio do setor energético, em termos de eficiência.

Considera-se que a lei determina que nos contratos de concessão a cláusula que faz alusão ao prazo é essencial, temos que entender que em algum momento a prorrogação torna-se inviável juridicamente. De fato, segundo o marco legislativo que contempla os contratos de concessão de serviços públicos e em particular os contratos de energia elétrica, descarta-se a opção de prorrogação indefinida.

Se o regulador continuar afirmando que atualmente está-se vivendo a prorrogação dos contratos, a licitação seria a única opção à luz da legislação vigente. A licitação é uma maneira para dar continuidade ao serviço de transmissão. Portanto, deve ser aplicado o procedimento de licitação que se consagra na Lei 8.666 de 1995.

No evento de que a licitação seja a única opção viabilizada pelo governo, com ela surgiriam novas condições que demandam solução, em consonância com as políticas regulatórias do setor elétrico. Para atender os novos requerimentos que surjam desta decisão de licitar, deverão consagrar-se procedimentos claros e dinâmicos que observem os princípios de contratação administrativa como boa fé e probidade da administração pública.

Em consequência da decisão de licitar os contratos de concessão de transmissão em 2015, aos atuais contratos unicamente lhes resta aguardar sua liquidação. Esta hipótese envolve um novo tema por resolver, que é a restituição de ativos afetados ao serviço de transmissão e de propriedade do concessionário. Estes ativos têm a conotação de bens públicos pela sua

afetação e devem ser restituídos ao poder público concedente, no caso do Brasil a União é a titular do serviço.

Contudo esta restituição teria um caráter oneroso caso os ativos não tenham sido amortizados durante a vigência do contrato. Estima-se que para 2015, quando os atuais contratos terão 20 anos, existirá um saldo remanescente. Este saldo corresponde à base de remuneração líquida que inclui, tanto os ativos existentes como os novos ativos, com uma porcentagem anual de depreciação de 3% no promédio.

Dentro dos encargos setoriais impostos ao concessionário da atividade de transmissão, encontra-se o Encargo de Reserva Global de Reversão (RGR). O mencionado encargo esta previsto para que o governo consiga cobrir o valor que deverá pagar aos concessionários, uma vez que expire a vigência do contrato e não estejam amortizados os ativos. Caso o fundo não seja suficiente para ressarcir os ativos, o governo terá que dar satisfação aos concessionários com outros recursos. Possivelmente o valor auferido pela licitação caso a prorrogação não seja viável. O concessionário que assuma a prestação do serviço terá que fazer uma oferta de um recurso para cobrir os custos de remuneração pelos ativos não amortizados.

Um tema que requer ser decidido com celeridade é o atinente à definição da metodologia a ser empregada para a valoração dos ativos ressarcíveis, ao final do contrato de concessão. Uma das incertezas que surge sob este suposto de licitação, faz referência aos critérios econômicos empregados para executar este processo. Competiria à ANEEL, como agente regulador do setor, ditar a metodologia para ponderar os ativos para sua remuneração.

Outro aspecto que tem grande relevância para o tema da licitação é a valoração do efeito que teria para os investidores privados, já que o modelo regulatório do setor elétrico brasileiro é por incentivos. Uma possível consequência negativa da licitação é um desincentivo ao investimento do concessionário atual, descartando a melhora contínua que deve estar presente para preservar a qualidade do serviço. Sob esta premissa teria que se ponderar os efeitos em consideração ao interesse público que esta em torno ao serviço de transmissão.

5.2 Reversão de Ativos

Neste item vai ser analisado o regime jurídico dos ativos vinculados à atividade de transmissão de energia elétrica, que em razão da utilidade que representam para o objeto do contrato de concessão, qualificam-se como bens públicos. Isso perante uma nova realidade na conceituação da propriedade e das relações jurídicas e econômicas que se constituem em torno dela, onde os bens ficam sob a administração direta da concessionária e não do Estado.

O fato destes bens terem o qualificativo de bens públicos decorre da idéia da utilidade, que eles representam para o serviço prestado pelo concessionário. No contexto do Estado Social de Direito os bens adquirem uma nova avaliação jurídica, decorrentes de noção da utilidade para a sociedade (MARQUEZ, 2008).

O concessionário na verdade faz uma gestão dos ativos que são inerentes à prestação do serviço público de transmissão. Porém, aqui se aplica a classificação dos bens públicos segundo sua função econômica, tendo uma perspectiva eminentemente funcionalista.

Igualmente será analisado o tema dos bens públicos que se vinculam ao contrato de concessão do serviço público de transmissão de energia elétrica. Sob a premissa de que independentemente do que ocorrerá em 2015, com relação à prorrogação das concessões, é pertinente ter clareza sobre as regras que precisam ser aplicadas durante a vida do contrato, assim como também no momento da expiração da sua vigência.

O tratamento contábil que receberam os bens de propriedade da concessionária associados à prestação de serviço público em decorrência da aplicação das normas internacionais de contabilidade (IFRS S12)¹, já que serão vislumbrados como bens públicos e por tanto fora do patrimônio das concessionárias. Isso também tem impacto no tema da reversão dos ativos, além disso, é pertinente relembrar que o processo de reversão de ativos ainda não conta com um procedimento definido pelo regulador, então só existem especulações sobre o assunto e, os especialistas ainda não sabem se será sobre os valores de livro ou custo histórico ou sobre os valores-base para revisão tarifária.

Efetivamente na contabilidade da concessionária os bens vinculados à prestação do serviço não podem ser vinculados ao patrimônio do

¹As IFRS S12 no Brasil terão sua aplicação obrigatória a partir do ano 2010

concessionário, mesmo que seja ele quem os haja construído e quem os opere e faça a manutenção, isso devido a que estes ativos só existem ou têm razão de ser em função do serviço público que se encontram atrelados (BANDEIRA, 2008).

Quando se está no final do contrato existe um assunto que cobra bastante importância, é o referente à reversão de ativos do concessionário ao poder concedente, que no caso da transmissão de energia é a União. Para tal fim requer-se, um procedimento claro, que permita avaliar os ativos que, por estarem afetados à prestação do serviço, tenham que ser revertidos ao poder concedente. E, como já foi mencionado, atualmente este procedimento em matéria das concessões de transmissão é inexistente.

O artigo 58 da lei 11.445 de 2007 modificou o art. 42 lei 8.987, dando lugar a várias interpretações no que se refere à prorrogação da concessão, dando diretrizes uma vez expirado o contrato, para proceder à reversão dos ativos quando for procedente.

Art. 58. O art. 42 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, passa a vigorar com a seguinte redação: § 1º Vencido o prazo mencionado no contrato ou ato de outorga, o serviço poderá ser prestado por órgão ou entidade do poder concedente, ou delegado a terceiros, mediante novo contrato.....

§ 3º As concessões a que se refere o §§ 2º deste artigo, inclusive as que não possuam instrumento que as formalize ou que possuam cláusula que preveja prorrogação, terão validade máxima até o dia 31 de dezembro de 2010, desde que, até o dia 30 de junho de 2009, tenham sido cumpridas, cumulativamente, as seguintes condições: I - levantamento mais amplo e retroativo possível dos elementos físicos constituintes da infra-estrutura de bens reversíveis e dos dados financeiros, contábeis e comerciais relativos à prestação dos serviços, em dimensão necessária e suficiente para a realização do cálculo de eventual indenização relativa aos investimentos ainda não amortizados pelas receitas emergentes da concessão, observadas as disposições legais e contratuais que regulavam a prestação do serviço ou a ela aplicáveis nos 20 (vinte) anos anteriores ao da publicação desta Lei; II - celebração de acordo entre o poder concedente e o concessionário sobre os critérios e a forma de indenização de eventuais créditos remanescentes de investimentos ainda não amortizados ou depreciados, apurados a partir dos levantamentos referidos no inciso I deste parágrafo e auditados por instituição especializada escolhida de comum acordo pelas partes;

e III - publicação na imprensa oficial de ato formal de autoridade do poder concedente, autorizando a prestação precária dos serviços por prazo de até 6 (seis) meses, renovável até 31 de dezembro de 2008, mediante comprovação do cumprimento do disposto nos incisos I e II deste parágrafo. § 4º Não ocorrendo o acordo previsto no inciso II do § 3º deste artigo, o cálculo da indenização de investimentos será feito com base nos critérios previstos no instrumento de concessão antes celebrado ou, na omissão deste, por avaliação de seu valor econômico ou reavaliação patrimonial, depreciação e amortização de ativos imobilizados definidos pelas legislações fiscal e das sociedades por ações, efetuada por empresa de auditoria independente escolhida de comum acordo pelas partes. § 5º No caso do § 4º deste artigo, o pagamento de eventual indenização será realizado, mediante garantia real, por meio de 4 (quatro) parcelas anuais, iguais e sucessivas, da parte ainda não amortizada de investimentos e de outras indenizações relacionadas à prestação dos serviços, realizados com capital próprio do concessionário ou de seu controlador, ou originários de operações de financiamento, ou obtidos mediante emissão de ações, debêntures e outros títulos mobiliários, com a primeira parcela paga até o último dia útil do exercício financeiro em que ocorrer a reversão. § 6º Ocorrendo acordo, poderá a indenização de que trata o § 5º deste artigo ser paga mediante receitas de novo contrato que venha a disciplinar a prestação do serviço.

É importante salientar que o prazo de vigência da concessão é por natureza de longa duração, de vinte a trinta anos, previsto para que os investimentos efetuados pela concessionária possam ser devidamente amortizados (GONCALVES, 1999). Para calcular eventuais indenizações às concessionárias por investimentos não amortizados pelas receitas emergentes (bens reversíveis), e perante este tipo de situação, pode ser previsto pelo regulador um procedimento que tenha como referência a base nos registros contábeis dos ativos.

A metodologia para avaliação do valor econômico ou reavaliação patrimonial, depreciação e amortização de ativos imobilizados, far-se-ia conforme as regras gerais da legislação fiscal e das sociedades por ações ou conforme estiver nos termos do contrato. Deve ser considerado que no artigo 58 também se prevê a possibilidade de fazer acordo entre as partes do contrato de concessão para efeito de determinar a forma de indenização, acompanhada de auditoria externa.

Uma vez esclarecido que tanto pela lei de concessões quanto pelo consagrado no contrato, às concessionárias assiste-lhes o direito de receber uma indenização pelo valor não depreciável dos ativos. Surge a grande questão de achar o método a partir do qual esses ativos vão ser avaliados.

Requer-se estabelecer um procedimento adequado para avaliar os ativos que permitam fixar o valor da indenização, o primeiro passo seria ponderar quais desses ativos ainda não foram amortizados. Os métodos de avaliação de entrada compreendem o custo histórico, custo histórico corrigido, custo corrente, custo corrente corrigido e custo de reposição.

Na atualidade o ativo não necessariamente está associado ao tradicional conceito de propriedade, essa é uma questão central nesta análise, já que se bem a propriedade esteja sob a titularidade da concessionária, esta só justifica sua posse em virtude da prestação do serviço público, e sobre esse conjunto de bens é exercido um controle permanente por parte do poder concedente. O conceito de propriedade como direito de usar, dispor, e fruir o bem resulta relativizado quando se está na presença dos ativos vinculados a um serviço público no marco do contrato de concessão.

Uma das consequências do regime dos bens públicos afetados ao contrato de concessão é que o concessionário não tem o direito de dispor sobre os bens, se não se tratar de uma questão diretamente associada ao serviço concedido. Sobre este tipo de bens não recai o direito de dispor, o que os torna, inalienáveis e impenhoráveis, e qualquer transação que recaia sobre eles deverá contar com a avaliação prévia do órgão regulador, no caso a ANEEL.

5.3 Conclusões

A decisão que adote o governo com relação à aceitação da continuidade do contrato de concessão com os atuais concessionários de transmissão, ou a aplicação do processo licitatório para estes contratos tem que se harmonizar com o interesse público. Ao nortear a decisão pelo interesse público, igualmente devem ser garantidos princípios de regulação econômica, especialmente com o princípio de modicidade tarifária. Seja qual for a opção jurídica acolhida, o importante é que tanto o sistema elétrico nacional como o usuário final resultem beneficiados.

No momento que seja admitida pelo governo a validade das cláusulas de

prorrogação, só faltará que o órgão regulador defina os procedimentos para adequar as cláusulas econômicas do contrato. Sem dúvida as alterações financeiras deverão ser tendentes a favorecer a modicidade tarifária.

A licitação, não é um instrumento jurídico que garanta os objetivos de modicidade tarifária pretendidos pelo regulador. A modicidade pode ser configurada inclusive a partir da alteração das cláusulas contratuais econômicas, no suposto de prorrogação como foi analisado. Já que a licitação é só um meio de contratação e em si mesma não encerra o fim último, que é o interesse público que esta compreendido no sistema energético brasileiro.

O Conselho Nacional de Política Energética, não está chamado a definir discricionariamente o tema da prorrogação dos contratos de concessão de transmissão. Os critérios seguidos devem corresponder às regras pactuadas nos contratos, ou seja, deve balizar-se com critérios objetivos da gestão que tem adiantado às concessionárias. Portanto a valoração da gestão corresponderá aos resultados obtidos da fiscalização realizada pela ANEEL durante a vigência do contrato.

O regime dos contratos de concessão de transmissão de energia admite a prorrogação, que poderá ser aplicada em harmonia com as cláusulas dos atuais contratos. Decisão esta, que lhe dá plena eficácia ao interesse geral do sistema energético. Desvirtuando, com isso, a idéia de que o interesse particular do concessionário colide com o interesse geral representado no sistema energético.

6 Considerações finais

6.1 Conclusão Geral

É interessante abordar um tema de estudo que compromete uma atividade fundamental para o setor elétrico como é a transmissão de energia, que tem tanto impacto na economia nacional, especialmente por conter em sua essência o interesse geral derivado da prestação de um serviço público. E que portanto, envolve a satisfação de garantias mínimas, que de modo genérico são reconhecidas na Constituição Política, e logo particularmente as detalham as leis e as resoluções normativas.

No capítulo que discorreu, sobre a análise da atividade de transmissão e seu impacto no setor energético sentaram-se as bases, para poder analisar todos os fenômenos políticos, jurídicos e econômicos que a afetam. Assim como sua evolução como atividade autônoma dentro do ciclo produtivo de energia elétrica. A atividade de transmissão de energia ganhou um espaço mais abrangente desde a perspectiva regulatória e jurídica, o que trouxe consequências como sua própria receita e seu próprio contrato de concessão de serviço público com o novo modelo para o setor elétrico instaurado em 1995.

Igualmente, evidenciou-se que os contratos administrativos são um instrumento indispensável para a aplicação direta das políticas públicas o que é ainda mais evidente tratando-se de contratos de concessão de serviços públicos. Pelo fato de ter a agência de energia ANEEL, a potestade de controlar o processo regulatório que dá padrões para executar os referidos contratos. Devido a que as políticas públicas guiam tanto a fase de licitação e adjudicação, como o nascimento e desenvolvimento do contrato.

O anteriormente mencionado, permite identificar os diferentes aspectos que suscitam controvérsias, entre o setor público com seu interesse geral do bem comum; e o setor privado que desde a autonomia da vontade pretende

auferir o lucro razoável com seu investimento. Isso concretiza-se em temas como as revisões e reajustes tarifários que tem dupla função: de uma parte a função de preservar o equilíbrio econômico financeiro da empresa e, de outra, a de proteger o interesse público da sociedade, garantindo a modicidade tarifária.

Sob o postulado básico de supremacia do interesse público, o direito contribui com a fundamentação das decisões com um forte sentido de equidade, mantendo com isso seu espírito harmonizador do contexto sócio-econômico. Certamente, precisa-se de uma aplicação das políticas públicas, atravessadas pelo crisol crítico do direito, já que este emerge como a ferramenta idônea para a realização dos fins últimos do Estado.

Fica claro que os dois grandes temas da dissertação que são o equilíbrio econômico e financeiro do contrato de concessão e a prorrogação ou licitação devem ser resolvidos sob o princípio do interesse público, através deles torna-se possível avaliar a gestão regulatória da Aneel.

No que respeita ao equilíbrio econômico e financeiro do contrato foi destacada a satisfação da expectativa regulatória que visava, através de incentivos, reduzir os custos operativos da prestação do serviço de transmissão, preservando a continuidade e conservando a qualidade do serviço. Realmente no caso das revisões tarifárias foi registrado um avanço, ao consolidar com clareza conceitos inseridos nas metodologias, em aspectos tais como a estrutura ótima de capital, os custos operacionais eficientes e o retorno sobre o investimento, entre outros.

O procedimento de revisão tarifária periódica que se realiza cada quatro anos para a atividade de transmissão de energia elétrica, desde o novo modelo do setor elétrico, encontra-se no seu segundo ciclo e constitui uma garantia institucional do contrato, que lhe permite satisfazer sua prioridade da função social à que se atrela a prestação do serviço.

Já no tema que compete à prorrogação do termo de vigência do contratos é pertinente apontar que existe uma deficiência na capacidade de definir os mecanismos que viabilizam a controvérsia jurídica. Inserindo com a indefinição do processo a seguir uma grande dose de incerteza, tanto para os investimentos como para o sistema energético considerado em sentido amplo.

Para a técnica jurídica dentro da doutrina que concebe a prorrogação como viável são três as propostas de tratamento jurídico para legitimar a

prorrogação dos contrato de concessão

1. Mediante reforma de lei.
2. Mediante reforma constitucional.
3. Dando-lhe funcionalidade ao preceituado no contrato de concessão.

Todas estas propostas têm a probabilidade de serem atendidas pelo poder concedente, mas também é certo que podem passar pelo controle judicial, e já nesta instância só resta atender com rigor aos mandatos da lei em um sentido sistemático, devido à grande quantidade de normas que podem ser chamadas para decidir a avença.

Qualquer das alternativas deve visar a proteção do interesse público, e é com a observância ao princípio do interesse público que serão avaliados os efeitos tanto jurídicos quanto econômicos da escolha que efetuará o poder concedente.

É a transparência dentro dos processos que implicam a intervenção do Estado na economia a que permite fazer efetivas as garantias jurídicas preceituadas na ordem constitucional.

A atualidade e importância do tema foram evidenciadas, principalmente, por comprometer uma alta porcentagem dos ativos da transmissão e do setor elétrico em geral, nos temas, tanto da prorrogação dos contratos quanto das revisões tarifárias periódicas. A energia elétrica ocupa um lugar destacado na matriz energética nacional, contribui ao desenvolvimento da economia por ser uma atividade estrutural, porém, deve ser desenvolvida desde o plano legal e regulatório com um alto nível de segurança jurídica.

O estudo das prorrogações cada vez tem menos clareza em seu redor, pois o governo não dá um sinal inequívoco de sua intenção de prorrogar, renovar ou licitar os contratos de concessão. De outro lado também no legislativo estão tramitando dois projetos de lei que vislumbram dar suporte jurídico à continuidade da relação jurídica entre o poder concedente e as atuais concessionárias.

Desta forma, observa-se que dos contratos administrativos surge a aplicação direta da política estatal. Pelo fato de terem, as agências de energia sob seu arbítrio a potestade de controlar o processo de regular os contratos de concessões do serviço, tanto nas fases de planejamento, licitação e adjudicação, assim como no nascimento e desenvolvimento do mesmo.

6.2 Trabalhos Futuros

Considerando que o objeto da dissertação centra-se no estudo de temas que aguardam por definição jurídica e regulatória e cujas respostas ter-se-ão no decorrer dos próximos anos, resulta conveniente continuar acompanhando e analisando de forma crítica as decisões que o governo adote. Com base nelas, resulta necessário dar continuidade ao presente trabalho para ter uma perspectiva integral do tema e para tal efeito surgem as seguintes questões:

Avaliar o futuro dos contratos de concessão da transmissão, especificamente de acordo com a decisão que finalmente adote o governo, com relação ao leque de figuras jurídicas com as que pode contar para dar a solução mais conveniente, de acordo com interesse público. Essa avaliação tem critérios que devem ser satisfeitos de forma específica que são, como se repetiu no decorrer do trabalho, a modicidade tarifária e a qualidade do serviço.

Avaliar os impactos da decisão do governo sobre o setor energético concebido como conjunto.

Os trabalhos futuros que abordem desde a dogmática jurídica e econômica o assunto dos termos contratuais já não se ativeram a discorrer sobre as possibilidades jurídicas, inclusive, poderão considerar a eficácia e segurança do sistema de acordo com a definição do problema que seja adotada pelo poder concedente.

O tema de equilíbrio econômico financeiro deverá ter uma relação de equivalência com os indicadores de qualidade do serviço público de transmissão de energia elétrica. Isso é um fato que deve ser avaliado com a mesma periodicidade das revisões tarifárias, porem admite um estudo constante, para atualizar permanentemente as condições de eficácia integral do sistema.

Referências

ABCE, A. B. d. C. d. E. *Estúdio da Prorrogação das Concessões*. São Paulo: ABCE, 2008.

ALVARES, W. T. *Instituições de direito da eletricidade*. Belo Horizonte: Bernardo álvaes S.A., 1962.

ALVARES, W. T. *Instituições de direito da eletricidade*. Belo Horizonte: Bernardo álvaes S.A., 1962.

ALVES G. S. E YAMAGUCHI, H. Audiências Públicas: Uma análise de sua efetividade enquanto instrumento de política do setor elétrico, *Monografia apresentada na Escola Politécnica da Universidade de São Paulo Programa de Educação Continuada - MBA*. São Paulo: [s.n.], 2009.

BANDEIRA, C. A. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BATISTA, R. O. Debate sobre uma segunda prorrogação de concessões no setor elétrico (sim licitação): Verdades, meias-verdades e pontos para reflexão. Direito Regulatório da Energia Elétrica - UnB, (Não publicado). janeiro 2009.

BRANDAO, R. S. *III JURE Simpósio Jurídico das Empresas do Setor Elétrico*. Rio de Janeiro: Fundação COGE, 2009.

DIPIETRO, M. S. *Direito Administrativo*. Sao Paulo: Atlas S.A., 2008.

DUGUIT, L. *Manual de droit contitutionel*. Paris: E de Boccard, 1923.

ELGERD, O. I. *Electric energy systems theory*. New York: McGraw-Hill, 1976.

FRIEDRICH, J. C. *O interesse público*. 1. ed. São Paulo: O Cruzeiro, 1967.

GAMIN, A. *setor Eletrico Brasileiro. Atos regulamentares, tributários e contáveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GONCALVES, P. *A concessão de serviço público*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

GRAU, E. R. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007.

JASMASB T. E POLLIT, M. *Benchmarking and regulation of electricity transmtion and distribution utilities: Lessons from international experience*. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA, 2000.

JUSTEN, F. M. *Teoria geral das concessões de serviço público*. Sao Paulo: Dialética, 2003.

MARQUEZ, F. Parecer Prorrogação dos Contratos de Concessão de Geração de Energia. Parecer Escritório de Advogacia Manesco. julho 2006.

MARQUEZ, F. Regime Jurídico das Utilidades públicas, *Tese de Livre Docencia Faculdade de Direito USP*. São Paulo: [s.n.], 2008.

MEDUAR, O. *Concessão de serviço público, Figura da Concessão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

NEWBERRY, D. *Privatization, restructuring and regulation of network utilities*. New York: The MIT Press, 2001.

NUSDEO, F. *Curso de Economia. Introdução ao direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

OLIVEIRA A. E COUTINHO, P. *Nota Técnica: Consolidação do modelo de regulação do serviço público de transmissão de energia elétrica do Brasil, com destaque ao aprimoramento dos aspectos econômicos e financeiros próprios da concessão da transmissão*. Brasília: Instituto de Pesquisa Economica Aplicada - IPEA, 2002.

PAUL G. E TAVARES, M. Risco de pane no setor elétrico. *O Globo*, v. 1, n. 1, p. 35, 2009.

PEANO, C. *Regulação Tarifaria do Setor de Distribuição de Energia Elétrica no Brasil: uma análise metodológica da revisão tarifaria adotada pela Aneel*. São Paulo: Dissertação de Mestrado do Programa Interunidades de Pós Graduação em energia da USP, 2006.

RENNO M. E SAMPAIO, P. *Regulação jurídica do setor elétrico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ROCHA, K. e. B. G. *Remuneração de capital das Distribuidoras de Energia Elétrica: Uma Análise Comparativa*. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA, 2006.

SALOMÃO, F. C. *Regulação da atividade econômica: Principios e fundamentos*. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, J. *Uma Proposta para Cálculo da Remuneração das Concessões de Instalações de Transmissão de Energia Elétrica pertencentes à Rede Básica: Critérios e Procedimentos para Determinação da Taxa de Retorno*. São Paulo: ABAR, 2003.

VISCUSI, O. *Economics of Regulation and Antitrust*. RU: Cambridge, 2005.

Anexo 1: Resoluções

.1 Resoluções da Primeira Revisão Tarifária das Transmissoras

1. Nota técnica No. 068 de 2006, emitida pela Superintendência de regulação econômica da Aneel.

2. Na nota técnica 048 de 2006 de 13 de fevereiro, (Anexo I da nota técnica 068 de 2006), foram definidos os critérios gerais e a metodologia para o primeiro ciclo de revisão tarifária periódica no tema da estrutura do capital para a remuneração das instalações.

3. Nota técnica No. 062 de 2006, de 12 de abril (Anexo II da nota técnica 068 de 2006), em que se define o custo de capital.

4. Nota técnica No. 063 de 13 de abril de 2006 (Anexo III da nota técnica 068 de 2006): estabelece critérios para definir a base de remuneração.

5. Nota Técnica nº 064 de 18 de Abril de 2006 (Anexo IV da nota técnica 068 de 2006): Define critérios para determinar os custos operacionais eficientes.

6. Nota Técnica No. 49 de 05 de março de 2007, em que se consolida a regulamentação do processo de revisão tarifária periódica.

.2 Resoluções da Segunda Revisão Tarifária Periódica das Transmissoras

1. Nota Técnica nº 371/2008 10 de Dezembro de 2008, emitida pela superintendência de regulação econômica da Aneel. Foram definidos os parâmetros da segunda revisão tarifária das transmissoras, sendo o instrumento a partir do qual se efetuam as considerações das concessionárias. Atendendo ao chamado da audiência pública, as concessionárias e as associações em que se reúnem apresentam suas contribuições.

2. Nota técnica No. 372 de 2008 (Anexo I da nota técnica 371 de 2008): foram definidos os critérios gerais e a metodologia para o primeiro ciclo de revisão tarifária periódica, no tema da estrutura do capital para a remuneração das instalações.

3. Nota técnica No. 373 de 2008 (Anexo II da nota técnica 371 de 2008): Define a metodologia e os critérios do custo de capital.

4. Nota técnica No. 371 de 2008 (Anexo III da nota técnica 371 de 2008): Dados para o estudo de Benchmarking.

5. Nota técnica No. 374 de 2008 (Audiência Pública)

6. Nota técnica No. 386 de 2009. É o documento definitivo após as audiências públicas, onde se consagram as decisões da Aneel com relação as metodologias e procedimentos do segundo ciclo de revisões tarifárias periódicas das concessionárias de transmissão de energia elétrica. Em cujos anexos se determinam a base de remuneração regulatória tanto para os ativos correspondentes a RBSE como para os de RBNI, os custos operacionais eficientes e a estrutura ótima do capital.