

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS
FACULDADE DE ENGENHARIA MECÂNICA
COMISSÃO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ENGENHARIA MECÂNICA

O Papel da ANEEL no Setor Elétrico Brasileiro

Autor: **Silvio Romero Ribeiro Tavares**

Orientador: **Moacyr Trindade de Oliveira Andrade**

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA
BIBLIOTECA DA ÁREA DE ENGENHARIA - BAE - UNICAMP

T198p Tavares, Silvio Romero Ribeiro
 O papel da ANEEL no setor elétrico brasileiro /
 Silvio Romero Ribeiro Tavares.--Campinas, SP: [s.n.],
 2003.

 Orientador: Moacyr Trindade de Oliveira Andrade.
 Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual de
 Campinas, Faculdade de Engenharia Mecânica.

 1. Energia elétrica - Racionamento. 2. Órgãos
 reguladores de atividades privadas. 3. Concessões
 administrativas. 4. Autarquia. I. Andrade, Moacyr
 Trindade de Oliveira. II. Universidade Estadual de
 Campinas. Faculdade de Engenharia Mecânica. III.
 Título.

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS
FACULDADE DE ENGENHARIA MECÂNICA
COMISSÃO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ENGENHARIA MECÂNICA
PLANEJAMENTO DE SISTEMAS ENERGÉTICOS

O Papel da ANEEL no Setor Elétrico Brasileiro

Autor: Silvio Romero Ribeiro Tavares

Orientador: Prof. Dr. Moacyr Trindade de Oliveira Andrade

Curso: Planejamento de Sistemas Energéticos

Dissertação de mestrado acadêmico apresentada à comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Engenharia Mecânica, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Planejamento de Sistemas Energéticos.

Campinas, 2003

S.P. - Brasil

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS
FACULDADE DE ENGENHARIA MECÂNICA
COMISSÃO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ENGENHARIA MECÂNICA
PLANEJAMENTO DE SISTEMAS ENERGÉTICOS

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO ACADÊMICO

O Papel da ANEEL no Setor Elétrico Brasileiro

Autor: Silvio Romero Ribeiro Tavares

Orientador: Prof. Dr. Moacyr Trindade de Oliveira Andrade

Prof. Dr. Moacyr Trindade de Oliveira Andrade
NIPE/UNICAMP

Prof. Dr. Sérgio Valdir Bajay
FEM/UNICAMP

Prof. Dr. José Sidney Colombo Martini
ESCOLA POLÍTECNICA/USP

Campinas, 25 de junho de 2003

Dedicatória

Dedico este trabalho a minha esposa, e sempre companheira, Janir, e a minhas filhas, Andréa, Sandra e Natália.

Agradecimentos

Ao meu orientador, Professor Moacyr Trindade Oliveira Andrade, sempre preciso nas suas observações, críticas e sugestões.

Aos Professores Sérgio Valdir Bajay, José Sidney Colombo Martini, Paulo de Barros Correia e Ennio Peres da Silva, pelas oportunas críticas.

À Administradora de Empresas Natália Dias Tavares Piovesan e ao Dr. Braz Pesce Russo, pelas profícuas discussões e sugestões.

Ao Professor Valeriano Mendes Ferreira, pelas primeiras e esclarecedoras discussões sobre o tema.

Aos Professores Arnaldo César da Silva Walter, Celso Arruda e Fausto Castilho, pelo incentivo.

E a todos os professores e colegas, aqui da UNICAMP, da FEA-USP e da FGV, que, tantas vezes, sem saber, contribuíram de forma decisiva para o esclarecimento dos caminhos e rumos que segui para o desenvolvimento deste trabalho.

Resumo

Este trabalho analisa o papel da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL no setor elétrico brasileiro, sua finalidade e missão, bem como até que ponto consegue fazer valer a independência e autonomia de que legalmente é dotada no cumprimento de sua missão de órgão regulador. Aborda, também, a crise de racionamento de maio de 2001, o “apagão”, suas causas principais, e a atuação da Câmara de Gestão da Crise do Setor Elétrico – GCE, as razões de seu sucesso, e até que ponto preencheu um espaço institucional, que não vinha sendo ocupado pelos principais responsáveis pela definição de políticas para o setor. Aprofundado, o estudo do relacionamento da ANEEL com o governo, agentes e consumidores traz à tona condicionamentos e cerceamentos, de variadas naturezas, de sua ação: institucional-legal, econômico-financeira e cultural. Neste último caso, em função de fenômenos típicos das sociedades de países em desenvolvimento, que podem “distorcer” a ação das agências, diferenciando-a da de órgãos similares de países desenvolvidos. O governo, de fato, e não a agência, mantém-se no controle e, em consequência, aumenta a percepção dos agentes quanto ao chamado risco regulatório. Registra-se, por fim, que o momento de início de um novo governo, empossado em início de 2003, e a retração do consumo, decorrente dos novos hábitos, adquiridos com o “apagão”, compõem excepcional oportunidade para mudanças e reorientações do modelo do setor elétrico, inclusive a de possibilitar à ANEEL, enquanto agente de Estado, melhor evoluir na sua missão reguladora, independentemente do matiz ideológico do governo em mando.

Abstract

This work analyzes the Brazilian regulatory agency of electrical energy (ANEEL), its function, finality and mission, as well as what is the limit of independence and autonomy compared to powerful given by the legislation to fulfill the mission of regulatory organ. This work involves as well the rationing crisis in 2003, the “apagão” (blackout), its root causes and the performance of the management chamber for the electrical crisis (GCE), the reason of its success, and how much it filled the institutional space, that haven’t been filled by the main responsible for the policy definition of this segment. Going deeply, the study of the relationship between ANEEL and the government, agents and consumers brings up conditionings and encirclements from many ways of its action: institutional-legal, financial-economic and cultural. In the last case, caused by the typical phenomenon in countries-under-development society that can “distort” the agencies action, differencing their action than similar organs from developed-countries. The government, effectively, not the agency, keeps itself under control and, consequently, increases the agencies perception regarding to the called “regulation risk”. Finally, it is registered that the moment, where the new government, started in beginning of 2003, and the consume retraction, consequence of new habits acquired during the blackout, composes an exceptional opportunity for changes and reorientations for the current electrical sector model, including the possibility to ANEEL, as state agent, evolutes in its regulator mission, independent of the ideological governments postures.

Índice

1	Introdução.....	1
2	Panorama Sucinto do Setor Elétrico Brasileiro.....	4
2.1	Expansão da Oferta de Energia Elétrica.....	19
2.2	Concorrência, Qualidade e Competitividade	21
2.3	Tarifas e Preços	23
2.4	O Modelo, o Estado e a Regulação	30
2.5	Mudanças Atuais do Setor Elétrico.....	31
3	As Agências e a Regulação	33
3.1	O Poder de Regular	39
3.2	A Ação de Regular	47
4	A ANEEL: o que é, o que faz.....	53
4.1	Criação, Finalidade e Competências	53
4.2	Poder Concedente e Concessão.....	55
4.3	Aspectos Econômico-Financeiros da Concessão	58
4.4	Regime Jurídico, Organização, Processo Decisório e Descentralização	61
4.5	Regulação, Fiscalização e Solução de Divergências.....	66
4.6	Contrato de Gestão, Missão, Objetivos e Metas	69
4.7	Avaliação e Acervo	73
5	A Crise de Maio de 2001 e a GCE	76
5.1	A Crise.....	76
5.2	A GCE.....	80
6	Conclusões	90
	Referências Bibliográficas	97

Lista de Tabelas

Tabela 2.1 – Evolução da capacidade instalada (GW), geração total e consumo (GWh).....	6
Tabela 2.3 – Evolução anual da capacidade instalada, geração total e consumo total.....	9
Tabela 2.4 – Brasil – Consumo por classe	19
Tabela 2.5 – Evolução dos índices DEC e FEC	21
Tabela 2.6 – Parcelas A e B das despesas das concessionárias distribuidoras (exemplos).....	25
Tabela 2.8 – Comparação entre índices e tarifas de energia elétrica – 1995-2002	27
Tabela 2.9 – Resultados econômico-financeiros das concessionárias, em 2001	29
Tabela 2.10 – Concessionárias: composição do capital e endividamento, em 2001	29

1 Introdução

O objetivo principal deste trabalho é analisar o papel da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL no setor elétrico brasileiro, sua finalidade e missão, bem como discutir sua eventual responsabilidade, na eclosão da crise de racionamento de energia elétrica de maio de 2001.

Busca-se analisar, também, se a ANEEL, autarquia especial, consegue fazer valer a independência e autonomia de que é dotada, para bem cumprir sua missão de órgão regulador: “proporcionar condições favoráveis para que o mercado de energia elétrica se desenvolva com equilíbrio entre agentes e em benefício da sociedade” (cláusula segunda do seu contrato de gestão com o Ministério de Minas e Energia - MME). Ou, se, de alguma maneira, é cerceada em sua atuação, e, em caso positivo, por que e por quem.

A importância do tema foca-se, por um lado, na discussão da relevância e importância da ANEEL, enquanto órgão regulador do setor elétrico, autônomo e independente, e, por outro lado, na crise em si, seus antecedentes imediatos, medidas adotadas pelo governo e reflexos sobre o setor elétrico como um todo, inclusive sobre a ANEEL.

A discussão da ANEEL apresenta-se importante e atual, dada a experiência relativamente recente das agências reguladoras no Brasil (a ANEEL, que é a mais antiga, por exemplo, é de 1996), e seu significado enquanto um novo modelo ou filosofia de governo, acentuadamente neoliberal, seguindo tendência mundial, e nova atuação do Estado, o Estado regulador, exercendo essa função através de uma entidade da administração indireta, no caso uma autarquia especial.

A crise de racionamento, de maio de 2001, por sua vez, em que pese superada a contento, naquele momento, demanda análise e sistematização de suas causas e conseqüências para o setor elétrico e para o governo. Por outro lado, a atuação da Câmara de Gestão da Crise do Setor Elétrico – GCE, criada emergencialmente, através de Medida Provisória (MP no. 2.147, de 15/05/01), inegavelmente positiva, merece reflexões, no mínimo, quanto às razões de seu

sucesso. Tem-se, por hipótese, que sua atuação preencheu um espaço institucional, que não vinha sendo ocupado pelos órgãos responsáveis pela definição de políticas para o setor.

Todas essas observações trazem à tona questões que se referem ao modelo do setor elétrico brasileiro, cujos objetivos iniciais estão sendo atingidos apenas parcialmente, e à ação e responsabilidade do governo, como um todo, e, em especial, dos órgãos centrais responsáveis pelo setor elétrico e da ANEEL, tendo em vista eventuais correções. E se revestem de muito maior importância pela oportunidade da assunção de um novo governo no país, desde janeiro de 2003, de oposição ao governo anterior.

Este trabalho compõe-se desta Introdução – Capítulo 1, e mais cinco capítulos.

O Capítulo 2 traça um panorama sucinto do setor elétrico brasileiro, com ênfase na sua reestruturação, a partir de 1995, e conclui levantando algumas questões e impasses da situação atual, que dizem respeito diretamente aos pressupostos do modelo: Seção 2.1 - expansão da oferta de energia elétrica, Seção 2.2 - concorrência e competitividade, Seção 2.3 - tarifas e preços e Seção 2.4 - o Estado e a regulação. Tendo em vista mudanças já realizadas, ou em realização, pelo novo governo, elenca-se as principais, até agora, na Seção 2.5 – mudanças atuais do setor elétrico.

O Capítulo 3 aborda as agências reguladoras compondo, inicialmente, um pequeno histórico de sua gênese no Brasil e do surgimento da sua atual forma jurídica – autarquia especial. Distribui-se em duas seções. A Seção 3.1 trata do poder de regular, comenta a experiência internacional e as especificidades do direito brasileiro, e a Seção 3.2 - a ação de regular, refere-se ao risco regulatório e a mecanismos e processos institucionais e culturais de controle.

O Capítulo 4 foca-se na ANEEL, o que é e o que faz. Distribui-se em sete seções, onde se abordam seus aspectos formais, enquanto órgão regulador, atribuições, missão, os contratos de concessão, seu regime jurídico, organização, processo decisório e descentralização, a regulação, fiscalização e solução de divergências, seu contrato de gestão com o Ministério de Minas e Energia – MME e avaliação de sua atuação e acervo já acumulado.

O Capítulo 5 trata da crise de racionamento de maio de 2001 e da Câmara de Gestão da crise de Energia Elétrica – GCE. Compreende duas seções. A Seção 5.1 detalha a crise, propriamente dita, causas e o papel da ANEEL, enquanto a Seção 5.2 caracteriza a GCE, sua criação, organização, ação e reflexos para o setor elétrico brasileiro.

O Capítulo 6 apresenta as Conclusões do trabalho, quando se procura responder às indagações lançadas na Introdução e apresentar algumas sugestões que possam vir a contribuir para o aperfeiçoamento do setor elétrico brasileiro, bem como se alinham indicações para próximos estudos e trabalhos.

2 Panorama Sucinto do Setor Elétrico Brasileiro

Nas últimas décadas, nos diversos países, em especial, a partir do primeiro choque do petróleo de 1973, os serviços de suprimento de energia elétrica, até então prestados por concessionárias, no regime de monopólio, de maneira geral, tornaram-se mais caros,¹ especialmente quando comparados com os preços ofertados por geradoras independentes.

Por força da competição no mercado e, naturalmente, por pressão dos consumidores em busca de preços menores, a quebra do monopólio e a introdução da concorrência, principalmente na geração e na comercialização, foram os passos seguintes.

Este movimento generalizou-se nos países de primeiro mundo.

No Brasil, passa a surtir efeitos, a partir de meados da década de 90, motivado, preliminarmente, pela eleição direta de um Presidente da República, em 1989 - a primeira após o período do regime autoritário – e adoção de uma nova filosofia de governo. Esta eleição completou o quadro dos dirigentes eleitos por voto direto, que já vinha acontecendo nos Estados, desde 1982, e nos Municípios – não capitais, desde o início da década de 70.

Esse cenário político democrático, aliás, preconizado pela Constituição Federal de 1988, abre as portas do Brasil àquele movimento que se generalizava em outros países, de redesenho do papel do Estado, no sentido de sua menor influência sobre o mercado e de incentivo à competição, com primazia às empresas privadas. Em 1990, pela Lei no. 8.031, de 12/04, é instituído o Plano Nacional de Desestatização – PND. Posteriormente, a Lei no. 9.491, de 09/09/97, alterou procedimentos do PND, revogando a Lei no. 8.031.

Nesse início da década de 1990, o panorama do setor elétrico brasileiro apresentava-se bastante precário e desgastado.

¹ Principalmente por falta de concorrência, e, no caso das usinas movidas a insumo de petróleo, pelo seu encarecimento, aumentando o custo operacional das empresas de eletricidade (ver outras razões em Rosa, Tolmasquin e Pires, 1998 – 15/16).

Segundo Pires (1999:141), a situação era basicamente a seguinte:

- Crise financeira da União e dos Estados inviabilizando a expansão da oferta de eletricidade e a manutenção de padrões de qualidade e confiabilidade das linhas de transmissão, cujas perdas, em todo o sistema, pularam de 13%, em 1990, para 16% em 1996 (Pires e Goldstein, 2001:10);²

- Dificuldades de gestão das empresas de energia elétrica, estatais a grande maioria, devido a um modelo legal e normativo ultrapassado, que não previa incentivos à eficiência e à produtividade; ao contrário, as engessava por mecanismos como equalização tarifária, regime tarifário baseado no custo do serviço e sua utilização como instrumento de política econômica ou social, remuneração garantida (10% a 12%) e a CRC – conta de resultados a compensar;³

- Frustração das expectativas quanto ao programa de energia nuclear;

- Precariedade da legislação, centrada no Código de Águas, de 1934, e inexistência de regulação propriamente dita do setor, já que ao Estado, detentor do controle acionário das empresas, naturalmente não interessava se auto-fiscalizar;

- Inadequação do órgão normativo, o DNAEE - Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica, do Ministério de Minas e Energia, sem estrutura e sem recursos, no sentido amplo, portanto, sem poder, e atrelado a políticas setoriais, com objetivos muitas vezes contraditórios, como busca concomitantemente de eficiência produtiva, controle inflacionário e universalização dos serviços.

As causas dessa situação remontam a 1964, ao período do regime autoritário e dos programas ufanistas de governo. A expansão acelerada da oferta de energia elétrica, que então se verificou, foi inicialmente financiada por tarifas reais, e, posteriormente, por subsídios do Governo Federal e

² As perdas do sistema incluem transmissão e distribuição (perdas técnicas), bem como inadimplência, ligações clandestinas, fraudes, etc. (perdas comerciais).

³ O sistema tarifário pelo custo, então vigente, garantia às empresas uma remuneração legal mínima de 10% e máxima de 12%, e, através da CRC – conta de resultado a compensar, faziam-se as compensações. Esse sistema desestimulava a produtividade das empresas, pois, eventual excedente aos 12% obtido por alguma empresa era repassado às que não tinham atingido os 10%.

empréstimos externos, os quais tornam-se escassos a partir da moratória mexicana, no início da década de 1980.

Como reflexo dessa situação de escassez de recursos e de investimentos, no período 1981-1990, a expansão da capacidade instalada do setor, bem como a geração de energia elétrica, não conseguiram acompanhar o aumento do consumo (Tabela 2.1): a capacidade instalada e a geração cresceram a taxas médias anuais de, respectivamente, 4,0% e 5,2%, enquanto o consumo cresceu a 6,3%. Na década seguinte – 1991-2000, o consumo médio é 1/3 menor que o da década passada (4,1% para 6,3%), de certa forma, facilitando a situação, porque a capacidade instalada e a geração também, crescem a taxas significativamente menores, cerca de – 17%: 3,3% para 4,0% e 4,3% para 5,2%.

Tabela 2.1 – Evolução da capacidade instalada (GW), geração total e consumo (GWh)

(em % aa.)

Período	Capacidade Instalada	Geração	Consumo
1981-1990	4,0	5,2	6,3
1991-2000	3,3	4,3	4,1
1991-1995	2,2	4,1	3,8
1995-2000	4,1	4,4	4,3
2000-2001	3,6	- 8,3	- 7,7

Fonte: SIESE -ELETROBRAS

No período 1991-1995, em que se desenvolvem os estudos de reestruturação do setor elétrico brasileiro, e se inicia a implantação do novo modelo, para um crescimento do consumo de 3,8% aa, tem-se um crescimento da capacidade instalada de apenas 2,2% aa, porém um compensador aumento da geração de 4,1 % aa.

Nos últimos seis anos da década passada – 1995-2000, as taxas de crescimento são mais equilibradas e maiores: para uma expansão do consumo de 4,3% aa, tem-se um aumento da capacidade instalada de 4,1% aa e da geração de 4,4% aa. É no começo desse período, 1995 e 1996,

logo após o início do plano real, que os consumos residencial e comercial alcançam os maiores índices de crescimento da década, enquanto o consumo industrial mantém-se (ver Tabela 2.2).

Tabela 2.2 – Consumo de energia elétrica, 1991-2001

Ano	Industrial		Comercial		Residencial		Total	
	GWh	Variação (%)	GWh	Variação (%)	GWh	Variação (%)	GWh	Variação (%)
1991	107.622	3,1	24.961	4,8	51.109	6,4	214.429	4,4
1992	108.882	1,2	25.938	3,9	51.864	1,5	218.425	1,9
1993	113.422	4,2	27.403	5,6	53.629	3,4	227.121	4,0
1994	116.759	2,9	28.885	5,4	55.957	4,3	235.627	3,7
1995	117.693	0,8	32.292	11,8	63.580	13,6	249.120	5,7
1996	118.994	1,1	34.781	7,7	69.047	8,6	260.111	4,4
1997	124.645	4,7	38.180	9,8	74.071	7,3	276.186	6,2
1998	124.699	0,0	41.586	8,9	79.378	7,2	287.392	4,1
1999	124.190	-0,4	43.579	4,8	81.330	2,5	291.858	1,6
2000	131.315	5,7	47.510	9,0	83.613	2,8	307.449	5,3
2001	122.629	-6,6	44.517	-6,3	73.770	-11,8	283.798	-7,7

Fonte: SIESE – ELETROBRAS e Resenha de Mercado – MME

Vale registrar que, nesses seis anos de Plano Real, 1995 a 2000 (exclui-se o ano atípico de 2001), o aumento médio anual do consumo (de 4,3%) manteve-se na média de aumento do consumo de toda a década – 1991-2000 (4,1%), porém, inferior ao consumo da década de 1981-1990 - 6,3% (Tabela 2.1). Observa-se que a variação do consumo total do ano de 1999, de apenas 1,6% (Tabela 2.2), é que reduz a performance do período 1995-2000; excluindo-se esse ano, a média seria bem maior – 5,2%, e superaria a média da década. Lembra-se que, no ano de 1999, a economia brasileira sofreu mudanças significativas na sua condução, quando foram adotados câmbio flutuante, metas fiscais e metas para inflação (Pires, Gostkorwicz e Giambiagi, 2001:11).

Em 2001, quando ocorre a crise do racionamento, o consumo foi menor 7,7% que o do ano anterior (283.798 GWh para 307.449 GWh), recuando aos níveis de 1998; a geração foi menor 8,26% (296.237GWh para 322.899GWh). Já a capacidade instalada cresceu 3,6% (70.121 MW para 67.713 MW) – (Tabelas 2.2 e 2.3).

O projeto de reestruturação do setor elétrico brasileiro foi desenvolvido com o apoio da empresa de consultoria Coopers & Lybrand, que tomou por base o modelo inglês, de base termoeétrica, diferente do brasileiro, em que predomina a geração hidráulica. O relatório do projeto de reestruturação do setor elétrico – RE-SEB, proposto pela consultora, é de junho de 1997.

Do ponto de vista político-institucional, na primeira metade da década de 1990, cristaliza-se o modelo brasileiro, num primeiro momento, pela renúncia do Presidente Fernando Collor e assunção do vice Itamar Franco, em 1992, e, num segundo, pela eleição do Presidente Fernando Henrique Cardoso, no pleito de 1994, consolidando-se uma filosofia neoliberal de redesenho do papel do Estado, inclusive em decorrência de pressões das agências internacionais de financiamento, credoras da dívida externa do país

É nesse cenário, propício a ações de mesmo caráter filosófico, verificadas em outros países, que se inicia o processo de reforma do setor elétrico brasileiro. Ao capital privado estava reservado importante papel na modernização e financiamento da expansão do setor.

Em linhas gerais, a reestruturação do setor elétrico visou alcançar os seguintes objetivos:

- a) Introduzir a competição nos segmentos geração e comercialização de energia elétrica;
- b) Garantir as condições econômico-financeiras para a expansão da oferta de energia elétrica;
- c) Reduzir a dívida pública;
- d) Melhorar a eficiência produtiva do sistema e das empresas para prestação de melhores serviços aos consumidores.

Perseguindo esses objetivos, nem sempre alcançados, um vasto conjunto de leis e decretos introduziu modificações no sistema então existente, delineando e definindo as bases do novo modelo do setor elétrico, destacando-se:

Tabela 2.3 – Evolução anual da capacidade instalada, geração total e consumo total

Ano	Capacidade Instalada		Geração Total		Consumo Total	
	MW	Variação (%)	GWh	Variação (%)	GWh	Variação (%)
1980	30.603	-	131.109	-	115.425	-
1981	34.228	11,85	134.060	2,25	118.482	2,6
1982	36.181	5,71	143.600	7,11	125.439	5,9
1983	37.186	2,78	153.079	6,60	134.180	7,0
1984	38.026	2,26	169.813	10,93	149.092	11,1
1985	39.874	4,86	184.342	8,56	164.088	10,1
1986	40.257	0,96	191.512	3,79	177.357	8,1
1987	42.663	5,98	192.189	0,35	182.505	2,9
1988	44.402	4,08	203.790	6,03	192.736	5,6
1989	47.870	7,81	210.635	3,36	201.474	4,5
1990	48.819	1,98	211.044	0,19	205.310	1,9
1991	50.707	3,86	221.912	5,15	214.429	4,4
1992	51.698	1,95	228.711	3,06	218.425	1,9
1993	52.713	1,96	237.933	4,03	227.121	4,0
1994	54.117	2,66	245.863	3,33	235.627	3,7
1995	55.379	2,33	260.659	6,01	249.120	5,7
1996	57.199	3,29	273.301	4,85	260.111	4,4
1997	59.160	3,43	288.845	5,68	276.186	6,2
1998	61.327	3,66	301.160	4,26	287.392	4,1
1999	63.816	1,06	308.508	2,44	291.858	1,6
2000	67.713	6,11	322.899	4,67	307.449	5,3
2001	70.121	3,56	296.237 (*)	-8,26	283.798 (**)	-7,7

Fonte: SIESE – ELETROBRAS e IBGE

(*) a geração hidráulica foi (-) 12,02% e a térmica +37,9%

(**) o consumo residencial foi (-)11,8%, o industrial (-)6,3% e outras -4,7%

- Lei no. 8.631, de 04/03/93, que extinguiu o regime de equalização tarifária e remuneração garantida, criou a obrigatoriedade de celebração de contratos de suprimento entre geradoras e distribuidoras de energia e promoveu um grande encontro de contas históricas entre devedores e credores do setor;⁴

- Lei no. 8.987, de 13/02/95, lei das concessões, que regulamenta o art. 175 da Constituição Federal de 1988, dispondo sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, licitação, tarifas, contratos, encargos dos agentes, e outros;

- Lei no. 9.074, de 07/07/95, que complementa a lei das concessões, estabelecendo normas para a outorga e prorrogação das concessões e permissões de serviços públicos. Esta lei introduz novas figuras no setor elétrico brasileiro: o produtor independente de energia elétrica, o consumidor livre, o consórcio de geração e a rede básica de transmissão que integra a geração às empresas distribuidoras;

- Decreto no. 2.003/96, que regulamenta a produção de energia elétrica por produtor independente e por autoprodutor;

- Lei no. 9.427, de 26/12/96, que cria a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, autarquia especial vinculada ao Ministério de Minas e Energia, para regular e fiscalizar os serviços de energia elétrica, em substituição ao DNAEE – Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica; institui também a Taxa de Fiscalização dos Serviços de Energia Elétrica – TFSEE. O Decreto no. 2.335, de 06/10/97, constitui a ANEEL, aprova sua estrutura regimental e o quadro de cargos em comissão e funções de confiança;

- Lei no. 9.433, de 08/01/97, que institui a política nacional de recursos hídricos e cria o sistema nacional de gerenciamento dos recursos hídricos. Esta lei prevê a criação dos Comitês de Bacia Hidrográfica e respectivas agências de água;

⁴ O Tesouro Nacional absorveu cerca de US\$ 20 bilhões: em números redondos, as empresas deviam US\$ 5 bilhões à ELETROBRAS, e tinham a haver da União US\$ 24 bilhões, por conta de insuficiência de CRC – conta de resultado a compensar.

- Lei no. 9.478, de 06/08/97, que cria o Conselho Nacional de Política Energética – CNPE, com alterações introduzidas posteriormente pela Lei no. 10.202, de 20/02/01; o Decreto no. 3.520, de 21/06/00, dispõe sobre a estrutura e o funcionamento do CNPE;

- Lei no. 9.648, de 27/05/98, que altera a lei das licitações (Lei 8.666/93); modifica a lei das concessões, Lei 8.987/95, de 13/02/95, a Lei no. 9.074, de 07/07/95, e a lei de criação da ANEEL, Lei no. 9.427, de 26/12/96; define as regras para a reestruturação da ELETROBRAS e suas subsidiárias, com vistas à privatização; estabelece a livre negociação para a compra e venda de energia elétrica entre concessionários, permissionários e autorizados; e define as condições para a constituição do ONS – Operador Nacional do Sistema e do MAE – Mercado Atacadista de Energia Elétrica;

- Decreto no. 2.655, de 02/07/98, que regulamenta o MAE e define regras de organização do ONS;

- Medida Provisória no. 1.819-1, de 30/04/99, que altera vários dispositivos das Leis no. 9.074, de 07/07/95, no. 9.427, de 26/12/96, e no. 9.648, de 27/05/98;

- Lei no. 9.984, de 17/07/00, que dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Água – ANA, entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e de Coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos;

- Lei no. 9.986, de 18/07/00, que dispõe sobre a Gestão de Recursos Humanos das Agências Reguladoras;

- Resolução no. 456, de 29/11/00, da ANEEL, que estabelece as condições gerais de fornecimento de energia elétrica;

A privatização, propriamente dita, do setor elétrico brasileiro teve início no primeiro ano de governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, com a venda do controle acionário das concessionárias distribuidoras ESCELSA – Espírito Santo Centrais Elétricas S.A. e LIGHT – Serviços de Eletricidade S.A., respectivamente, em 11/07/95 e 21/05/96, antes mesmo da criação da ANEEL, a agência reguladora do setor elétrico. E teve continuidade com a privatização de várias

outras empresas do setor elétrico, em especial no segmento distribuição, onde já se ultrapassou 80% do mercado nacional. No segmento geração, a parcela privatizada é, ainda, inferior a 20%.

Em maio de 2001 ocorre um severo racionamento de energia elétrica, o chamado “apagão”, determinando ações emergenciais da Presidência da República, através da Casa Civil, atropelando o Ministério de Minas e Energia e a ANEEL. Pela Medida Provisória no. 2.147, de 15/05/01 – posteriormente complementada por várias outras, foi criada e instalada a Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica – GCE, com o objetivo de estabelecer diretrizes e programas de enfrentamento da crise de energia elétrica. Pela Medida Provisória 2.198-5, de 24/08/01, capítulo II, foi definido o “Programa Emergencial de Redução do Consumo de Energia Elétrica”, e, no artigo 26, suspendeu-se a aplicabilidade das Leis nos. 8.987/95 (das Concessões) e 9.427/96 (de criação da ANEEL) naquilo que com ela conflitassem.

A crise do racionamento trouxe conseqüências marcantes ao processo de implantação do novo modelo do setor elétrico brasileiro, por um lado, agilizando sua complementação e aperfeiçoamento e, por outro, modificando fortemente os hábitos de consumo da população. O consumo médio de 2001 retroagiu aos níveis de 1998. (Tabela 2.2)

A Lei no. 10.438, de 26/04/02, incorpora várias das sugestões apresentadas pela GCE - Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica, através do seu Comitê de Revitalização do Modelo do Setor Elétrico.

No momento, o processo de privatização encontra-se paralisado, em virtude de resistências generalizadas. Discute-se a privatização das grandes geradoras federais e estaduais. Com a eleição, em outubro de 2002, do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, do Partido dos Trabalhadores, oposição ao governo anterior, consolida-se essa situação. O programa de campanha do novo governo e sua equipe dirigente, já no exercício dos cargos de primeiro escalão do setor elétrico, sinalizam mudanças de rumo.

Em resumo, o modelo do setor elétrico brasileiro, como concebido na primeira metade dos anos 90, assenta-se nos seguintes pilares:

- Concorrência e competição nos segmentos geração e comercialização, tornando livres os consumidores para comprar energia de quem quiser, e sistema tarifário do tipo serviço pelo preço (*price cap*), com incentivos à eficiência e produtividade, e repartindo os ganhos das concessionárias, com os consumidores. O sistema de transmissão originalmente é governamental, e a distribuição, monopólio natural, atualmente está privatizada em mais de 80%. Nesses segmentos – transmissão e distribuição, “a competição não existirá, de modo a permitir o livre acesso a todos os agentes a esses sistemas” (Andrade e Ramalho, 2000);

- Expansão do sistema de energia elétrica, em termos de oferta e qualidade, com foco na demanda e pleno atendimento ao usuário, de modo a satisfazer as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas;

- Repressão ao abuso do poder econômico, de modo a elidir a dominação dos mercados ou o prejuízo à livre iniciativa, bem como o aumento arbitrário dos lucros. Nesse sentido, serão utilizados os instrumentos regulatórios, normativos e contratuais, prevenindo conflitos, atendendo a necessidade dos consumidores e permitindo o pleno acesso aos serviços de energia elétrica. A Resolução 94/98, da ANEEL, que trata do tema, proíbe que uma empresa detenha mais de 20% do mercado nacional e mais de 25% e 30%, respectivamente, dos sistemas interligados sul/sudeste/centro-oeste e norte. Igualmente, uma distribuidora somente poderá dispor de até 30% do total de seu mercado, em geração própria, para atendimento de consumidores cativos (desverticalização).

Constituem o atual modelo do setor elétrico brasileiro o seguinte conjunto de agentes, além do Ministério de Minas e Energia – MME e Conselho Nacional de Política Energética - CNPE: a ANEEL – agência reguladora, representante do Poder Concedente, o MAE – mercado atacadista de energia elétrica, o ONS – operador nacional do sistema de transmissão, a CBEE – Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial, as empresas concessionárias, permissionárias e autorizadas, e os consumidores. Atualmente, essas categorias se multiplicam: autoprodutores, produtores independentes, cooperativas, comercializadores, consumidores livres e consumidores cativos.

O Ministério de Minas e Energia – MME, pelo Decreto no. 2.826, de 29/10/98, passou a ter dois departamentos ligados à Secretaria Nacional de Energia: o Departamento Nacional de Política

Energética – DNPE e o Departamento Nacional de Desenvolvimento Energético – DNDE. O primeiro, o DNPE, atua como secretaria-executiva do Conselho Nacional de Política Energética – CNPE, enquanto o DNDE coordena programas nacionais na área energética, como o PROCEL – Programa Nacional de Conservação de Energia Elétrica, o CONPET – Programa Nacional de Racionalização do Uso dos Derivados do Petróleo e do Gás Natural e o PRODEEM – Programa de Desenvolvimento Energético dos Estados e Municípios, dentre outros.

O Conselho Nacional de Política Energética – CNPE, criado em 1997, pela Lei 9.478, somente foi regulamentado três anos depois, em outubro de 2000. O CNPE é um órgão de assessoramento ao Presidente da República e cumpre papel estratégico na formulação de políticas e diretrizes de energia, e na coordenação do sistema e da matriz energética. O presidente do CNPE é o Ministro de Minas e Energia. O Conselho é composto por outros seis ministros e dois especialistas em matéria de energia, um representante da sociedade e outro da universidade brasileira. Para o setor elétrico, o CNPE teria sido muito importante, nos antecedentes da crise de maio de 2001, como plenário de debates e canal de comunicação com as autoridades maiores do país.

Vale ainda registrar que, com o novo modelo, o planejamento do setor elétrico brasileiro, antes determinativo, como regra, passou a ser indicativo, com metas flexíveis que demandam, periodicamente, reavaliação e discussão com a sociedade. Permanece com caráter determinativo a expansão do sistema de transmissão, no que se refere às obras consideradas inadiáveis, de forma a garantir o atendimento do mercado.

O Comitê Coordenador do Planejamento da Expansão dos Sistemas Elétricos – CCPE, criado pela Portaria no. 150, de 10/05/99, do MME, é o órgão responsável pelo planejamento, decenal, da geração (indicativo), e pelo planejamento da transmissão (determinativo). Os planos resultantes são previamente submetidos à aprovação do Ministro das Minas e Energia e, posteriormente, encaminhados a ANEEL.

Passou também a integrar o CNPE, a antiga Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica – GCE, agora com o nome de Câmara de Gestão do Setor Energético – CGSE (Decreto no. 4.505, de 11/09/02), incluindo o comitê de revitalização do modelo do setor elétrico.

Esses aspectos institucionais e alguns conflitos de competência e de regulação ainda demandam aperfeiçoamento e correção. Segundo notícias veiculadas, o novo governo, empossado em 2003, pretende fazer alterações significativas, como a criação de quatro Secretarias junto ao Ministério de Minas e Energia – MME.

Em vários aspectos, a implantação do modelo do setor elétrico vem se dando de maneira gradual, por exemplo, quanto à transformação dos consumidores cativos em livres, tarifação pelo preço, com incentivo à produtividade (*price cap*), cujas primeiras revisões se completarão em 2004, destaque do valor do suprimento na tarifa de fornecimento ao consumidor, e outros.

De acordo com a Lei no. 9.648, de 27/05/98 (art. 10), passou a ser de livre negociação a compra e venda de energia elétrica entre concessionários, permissionários e autorizados, observados os prazos e condições de transição. A partir de 2003, os contratos iniciais terão uma redução gradual, anual, à razão de 25%.⁵

Na outra ponta, os consumidores poderão optar entre permanecer cativos ou tornarem-se livres; nesse caso, comprando energia elétrica de qualquer concessionário, permissionário, produtor independente (PIE) ou autoprodutor, do sistema interligado. Atualmente, já podem optar em comprar energia elétrica de qualquer fornecedor os consumidores antigos, com carga igual ou superior a 3.000 KW, atendidos em tensão igual ou superior a 69 KV, e, desde 1995, os novos consumidores, com a mesma demanda, em qualquer tensão. Esses limites poderão ser reduzidos a partir de 2003 (§ 3º, do Art. 15, da Lei no. 9.074, de 07/07/95). A resolução no. 665/02, da ANEEL, regulamenta o tema.

Para os consumidores cativos, cujo número deverá ainda manter-se elevado, nos próximos anos, as tarifas de fornecimento obedecerão ao limite do valor normativo (VN), que é um preço pré-definido para a energia gerada. As concessionárias distribuidoras só podem repassar ao consumidor final até 105% do valor normativo. Por outro lado, o valor normativo objetiva incentivar e viabilizar novos investimentos em geração. Seu reajuste é anual e reflete a variação de três fatores: inflação medida pelo IGPM (fator k1), custo do combustível (fator K2) e taxa de câmbio (fator k3).

⁵ Os contratos iniciais entre geradoras e compradores correspondem a um período de transição; mantém o patamar de preços pré-privatização, diluindo os efeitos de um possível choque tarifário se, de imediato, entrasse em vigor a livre negociação pretendida pelo modelo do setor elétrico.

A Lei no. 10.438, de 26/04/02, dispõe sobre a expansão da oferta de energia elétrica emergencial, recomposição tarifária extraordinária, cria o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica (PROINFA), cria a Conta de Desenvolvimento Energético (CDE), dispõe sobre a universalização do serviço público de energia elétrica, e altera as Leis nos. 9.427/96 (que criou a ANEEL), 9.648/98 (que constituiu o Mercado Atacadista de Energia – MAE e estabeleceu a livre negociação na compra e venda energia elétrica) e 9.991/00 (que dispõe sobre a realização de investimentos em pesquisa e desenvolvimento e eficiência energética).

Os temas objeto da Lei no. 10.438, de 26/04/02, decorrem basicamente de propostas do Comitê de Revitalização do Modelo do Setor Elétrico, da Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica – CGE, em cumprimento ao Programa Estratégico Emergencial de Energia Elétrica, criado juntamente com a CGE, e previsto no art. 6º. da MP no. 2.198-5, de 24/08/01. Esse programa tinha por objetivo “aumentar a oferta de energia elétrica para garantir o pleno atendimento da demanda, com reduzidos riscos de contingenciamento da carga, evitando prejuízos à população, restrições ao crescimento econômico e seus impactos indesejáveis no emprego e na renda, e compreendendo ações de médio e longo prazos”.

Na esteira do Programa Estratégico Emergencial de Energia Elétrica, pela Medida Provisória no. 2.209, de 29/08/01, foi criada a Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial – CBEE, empresa vinculada ao Ministério de Minas e Energia - MME, com o objetivo de viabilizar o aumento da capacidade de geração e da oferta de energia elétrica de qualquer fonte, em curto prazo. Das 58 usinas termoelétricas previstas no Programa Prioritário de Termoeletricidade – PPT, no final de 2002, a CBEE já havia viabilizado 55. A CBEE extingui-se-á em 30/06/06.

Em síntese, são os seguintes os temas disciplinados pela Lei no. 10.438, de 26/04/02:

- Estabelece que os custos da energia extra, contratada pela CBEE – Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial, serão rateados entre todas as classes de consumidores, proporcionalmente ao consumo individual, mediante um adicional tarifário. Exclui-se do rateio os consumidores da subclasse residencial baixa renda;

- Institui o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica – PROINFA, com o objetivo “de aumentar a participação da energia elétrica produzida por empreendimentos de Produtores Independentes Autônomos, concebidos com base em fontes eólica, pequenas centrais hidroelétricas e biomassas, no sistema elétrico interligado nacional”. A fonte de recursos do PROINFA é a Conta de Desenvolvimento Energético - CDE;

- Define a implementação da recomposição tarifária extraordinária, isto é, aumento de 2,9% para os consumidores das classes residencial (excluída a subclasse residencial baixa renda), rural e iluminação pública, e de até 7,9% para os demais consumidores, de forma a cobrir os cerca de R\$ 9 bilhões reclamados pelas concessionárias, e reconhecidos, através do chamado acordo geral do setor elétrico, quando foi aplicado o princípio do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, tendo por base a perda de receita que sofreram, em virtude do racionamento determinado pela crise de maio de 2001. Estabelece, também, as condições para a instituição do respectivo programa no Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES para viabilizar (antecipar) os créditos das concessionárias, conforme o acordo geral do setor.

- Cria, por prazo de 25 (vinte e cinco anos), a CDE - Conta de Desenvolvimento Energético para respaldar projetos que produzam energia elétrica a partir de fontes eólica, pequenas centrais hidroelétricas, biomassa, gás natural e carvão mineral, e para promover a universalização dos serviços de energia elétrica. Os recursos da CDE provirão dos pagamentos realizados a título de uso de bem público, das multas aplicadas pela ANEEL a concessionárias, permissionárias e autorizados, e, a partir de 2003, das quotas anuais pagas por todos os agentes que comercializam energia com o consumidor final. A universalização dos serviços de energia elétrica terá prioridade dos recursos da CDE, oriundos do pagamento pelo uso de bem público e das multas impostas aos agentes, na forma da regulamentação da ANEEL

- Define normas para o estabelecimento de metas de universalização do uso de energia elétrica a serem cumpridas pelas concessionárias e permissionárias;

- Veda a concessionárias e permissionárias de serviço público federal de energia elétrica, bem como suas controladas e coligadas, a exploração de serviço público estadual de gás canalizado, salvo quando o controlador for pessoa jurídica de direito público interno;

- Altera artigos das Leis no. 9.427, de 26/12/96, de criação da ANEEL, no. 9.648, de 27/05/98, e várias leis que tratam da ELETROBRAS (Lei no. 5.899, de 05/07/73, Lei no. 3.890-A, de 25/04/61 e Lei no.5.655, de 20/05/71);

- Estabelece a obrigatoriedade de as concessionárias de geração e as empresas autorizadas à produção independente de energia elétrica aplicarem, anualmente, no mínimo 1% (um por cento) de sua receita operacional líquida em pesquisa e desenvolvimento do setor elétrico;

- Define que, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) da energia elétrica comercializada pelas concessionárias geradoras federais deverão ser negociadas em leilões públicos, liquidando no mercado de curto prazo do MAE o montante que, porventura, não atingir aquele percentual;

- Prorroga para 31 de dezembro de 2004 o prazo para a efetiva entrada em operação comercial das usinas enquadradas no Programa Prioritário de Termoeletricidade – PPT.

Para permitir que os consumidores venham a ser beneficiados com os ganhos de produtividade do sistema, passa a ser importante a política tarifária. Nesse sentido, por ocasião da revisão tarifária, iniciada em 2003, serão definidos, para cada empresa, os valores para o fator X (produtividade), conforme o método adotado de tarifação pelo preço, o *price cap*. Também está prevista a separação e destaque, na conta de energia elétrica, do que é tarifa de suprimento de energia e o que é tarifa de fornecimento (serviços de distribuição), facilitando ao consumidor negociar diretamente com as concessionárias geradoras, e, nos termos da legislação, decidir se permanece cativo ou torna-se livre.

Alinham-se, a seguir, algumas questões que terão que ser enfrentadas e decididas para que se leve a cabo a implantação do modelo do setor elétrico brasileiro.

2.1 Expansão da Oferta de Energia Elétrica

A geração bruta de energia elétrica no país, em 2001, foi de 296.237 GWh, o que significou um recuo ao montante alcançado a quatro anos antes, em 1998 - 301.160 GWh (ver tabela 2.3). Esse recuo deve-se ao racionamento decorrente da crise de maio de 2001 e, basicamente, à geração hidroelétrica, que é responsável por cerca de 90% da matriz brasileira. Em que pese a pequena ponderação da geração térmica na matriz, cabe registrar seu expressivo crescimento, de 127%, no período 1999 – 2001, conforme dados do Sistema de Informações Estatísticas do Setor Elétrico - SIESE, da ELETROBRAS.

Esse fato não representa maior problema no atual momento do setor elétrico brasileiro, tendo em vista igual ou maior recuo do consumo, em consequência do novo hábito de economizar energia elétrica, adquirido pelo consumidor, também em virtude da crise de maio de 2001. A ELETROBRAS considera que, somente em 2008, o consumo residencial atingirá os níveis pré-acionamento (Folha de São Paulo, de 04/03/02, caderno B, pág. 3), ou seja, os cerca de 90 mil GWh previstos para 2001 (Tabela 2.4 - C). Porém, se a economia do país voltar a crescer, como pretende o novo governo, as taxas de crescimento anteriores a 2001 terão que ser recuperadas e até superadas.

Tabela 2.4 – Brasil – Consumo por classe

(em GWh)

Classe	Realizado em 2000 (A)	Realizado em 2001 (B)	% (B/A)	Previsto (C)	Desvio % (C/B)
Residencial	83.613	73.770	- 11,8	90.252	-18,3
Industrial	131.315	122.629	- 6,6	135.858	- 9,7
Comercial	47.510	44.517	- 6,3	50.141	- 11,2
Outras	45.011	42.882	- 4,7	48.050	-10,8
Total	307.449	283.798	- 7,7	324.301	- 12,5

Fonte: Resenha de Mercado – MME – CCPE e ELETROBRAS - CTEM.

Nesse sentido, pelo menos dois obstáculos terão que ser enfrentados:

- Primeiro: o custo de geração das novas hidroelétricas, da ordem de US\$34/MWh, terá grande repercussão no preço da energia elétrica ao consumidor final; hoje, o preço da energia gerada pelas hidroelétricas (a chamada energia velha) é de cerca de R\$ 40,00 o MWh;

- Segundo: na alternativa de aumento da geração térmica na matriz brasileira, o preço do gás da Bolívia, contratado em dólar, induz a um preço final das termoeletricas a gás (ciclo combinado) da ordem de US\$ 40/MWh, o triplo da energia hidroelétrica atual e quase 20% maior que o custo do MWh das novas hidroelétricas. Nas termoeletricas a óleo combustível, o preço final (cerca de R\$80,00) é aproximadamente o dobro, comparado ao preço da energia hidroelétrica velha, e 75% da energia nova. E, em ambos os casos, o prazo de maturação do investimento, incluindo o licenciamento junto aos órgãos ambientais, é superior a 3 anos.

Este momento de redução de consumo, por que passa o país, precisa ser aproveitado para o correto equacionamento da expansão da oferta de energia elétrica.

Já a partir de 2003, 25% dos contratos iniciais das distribuidoras deverão ser adquiridos no mercado *spot*, altamente volátil, e dependente das condições hidrológicas e da demanda dos consumidores por energia. Hoje, com a redução do consumo, as geradoras têm sobra de energia e, se não reduzirem a produção, arcarão com prejuízos ao vendê-la ao MAE, cujos preços estão aviltados, pelo desequilíbrio oferta-demanda. Nessas condições, os preços do MAE – Mercado Atacadista de Energia, hoje da ordem de R\$ 6,00/MWh, tendem a se manter. No período inicial da crise de racionamento de maio de 2001, o preço ultrapassou a R\$ 600,00/MWh. Com as sobras de cerca de 10% da oferta total de energia elétrica, as geradoras, em especial as federais Furnas e ELETRONORTE, as mais expostas, estão tendo prejuízos da ordem de R\$ 3 bilhões, de 2001 até 2003, quando se considera, para efeito de cálculo, que, por força da diminuição do consumo, se mantenha, em 2002 e 2003, a redução de 26 mil GWh, de energia gerada, ocorrida de 2001 para 2002; assim $26 \text{ mil GWh} \times 3 \text{ anos} \times \text{R\$ } 40,00 = \text{R\$ } 3.120 \text{ mil}$.

Consolidados o regramento e a liberação do mercado, nos próximos anos, até 2006, de forma gradualista como prevê a legislação, e crescendo o consumo, a tendência é no sentido do aumento dos

preços das tarifas de suprimento de energia elétrica, passando a compensar os novos investimentos em geração, hidráulica, térmica e outras fontes alternativas. Até lá, está mantido o impasse.

2.2 Concorrência, Qualidade e Competitividade

A participação de várias empresas e capitais, públicos e privados, diversificando o mercado de energia elétrica, foi uma das condições perseguidas pela reestruturação do setor, para a melhoria da qualidade dos serviços ao consumidor.

Pesquisas realizadas, pela ANEEL, para apuração do Índice ANEEL de Satisfação do Consumidor – IASC indicam percentuais de 62,81% em 2000, 63,22 em 2001 e 64,51% em 2002, pouco acima da categoria “regular” (de 40% a 60%), e no limite inferior da categoria “bom” (60% a 80%). Esses índices são cerca de 90% dos apurados por associações dos Estados Unidos, Europa e Hong Kong, tomados, pela ANEEL, como *benchmarking*, quais sejam: ACSI (*American Consumer Satisfaction Index*) – 73,0%, ECSI (*European Consumer Satisfaction Index*) – 70,0%, em 2001, e HKSI (*Hong Kong Consumer Satisfaction Index*) – 69,6%, em 2000.

Por outro lado, os índices DEC (duração equivalente de interrupção) e FEC (frequência equivalente de interrupção) apurados pela ANEEL, para o país, também apresentam resultados favoráveis. De 1996 a 2001, o DEC melhorou 37,3% e o FEC, 35,3% (Tabela 2.5). Observe-se a significativa melhora do índice do DEC de 1998 para 1999, quase 20%.

Tabela 2.5 – Evolução dos índices DEC e FEC

(em %)

Índice	1996	1997	1998	1999	2000	2001
DEC (horas)	26,09	27,39	24,04	19,34	17,41	16,35
FEC (vezes)	21,96	21,82	19,85	17,21	15,25	14,21

Fonte: ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica

Contudo, em que pese essas pesquisas realizadas no setor, divulgando indicadores globais positivos, a conclusão definitiva quanto à melhora da qualidade dos serviços, em relação à situação anterior ao atual modelo, sugere alguma cautela, tendo em vista notícias localizadas.

Pesquisa divulgada pelo IDEC – Instituto de Defesa do Consumidor, divulgada em março de 2003, aponta insatisfação dos consumidores de energia elétrica quanto “à explosão tarifária” e à aplicação de poucas penalidades por “desrespeito a padrões estabelecidos” (*site* do IDEC – www.idec.org.br).

Outro caso é o da Eletropaulo, a maior empresa de distribuição do país: atende a cerca de 5 milhões de unidades consumidoras, equivalentes a 11% do mercado de distribuição do país (288 GWh/ano). Sua área de concessão abrange 24 municípios da Grande São Paulo, incluindo a capital. Segundo dados da Comissão de Serviços Públicos de Energia – CSPE, órgão estadual de regulação, vinculado a ANEEL, o serviço prestado pela Eletropaulo piorou:

- O DIC (Duração de Interrupção Individual, por unidade consumidora) pulou de 8,99 horas em 2001 para 14,15 horas em 2002, aumentando 57,39%;

- O FIC (Frequência de Interrupção Individual, por unidade consumidora) passou de 7,51 vezes em 2001 para 10 vezes em 2002, com um aumento de 33,42%.

Conforme o contrato da concessionária com a ANEEL, esses padrões deveriam ter ficado abaixo dos limites estabelecidos pela CSPE, para 2002: 13,62 horas para o DIC e 9,42 vezes para o FIC.

Por outro lado, a natural transição porque passa o setor elétrico brasileiro, agravada pela eleição de um novo governo, de oposição, e com propostas discordantes do atual modelo, semi-implantado, tende a se prolongar, talvez, por bastante tempo, interferindo definitivamente no processo de concorrência do mercado e competitividade das empresas. A expectativa de risco regulatório imobiliza os atores. Em situações de grande incerteza, as empresas garantem posições ocupadas, através de movimentos defensivos:

“Em um oligopólio, a empresa muitas vezes se defronta com um dilema. Ela pode buscar os interesses (rentabilidade) da indústria como um todo (ou de algum subgrupo de empresas) e, assim, não incitar reação competitiva, ou pode se comportar em seu próprio interesse restrito, correndo o risco de provocar retaliação e de intensificar a concorrência na indústria, levando a uma batalha” (Porter, 1986:187).

O momento presente é de imobilismo, com grande prejuízo aos consumidores, pois não se realizam investimentos, no sentido amplo, inibindo-se a competitividade, as inovações tecnológicas e a qualidade. Aliás, essas condições compõem o conceito de serviço adequado, previsto no art. 6º. e §§, da lei das concessões, Lei. no. 8.987, de 13/02/95, que é uma obrigação da concessionária prestar (Art. 31, inciso I) e um direito do consumidor receber (Art. 7º, inciso I).⁶

2.3 Tarifas e Preços

Ao lado da melhoria da qualidade dos serviços, dois dos pressupostos do modelo do setor elétrico são a modicidade das tarifas ao consumidor, especialmente o residencial, e a preservação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão.

As tarifas podem ser reajustadas ou revisadas. Para esse fim, os itens de custo de suas despesas são segregadas em duas parcelas: A e B. A parcela A congrega as despesas não gerenciáveis (energia comprada das geradoras, impostos, transporte, etc.) e a parcela B, as despesas gerenciáveis (pessoal, material, serviços de terceiros, etc.).

O reajuste tarifário é uma simples correção monetária dos preços, e é solicitada anualmente a ANEEL, pelas empresas; já a revisão tarifária, que pode ser periódica ou extraordinária, implica na análise dos dados econômico-financeiros e operacionais da concessionária, inclusive determinando o valor do fator X, o qual definirá a produtividade a ser rateada com o consumidor, conforme o sistema de tarifa pelo preço dos serviços (*price cap*), adotado. As primeiras revisões tarifárias foram previstas para 4 e 5 anos, após a privatização, em 2003 e 2004, para todas as concessionárias distribuidoras, com exceção da ESCELSA – Espírito Santo Centrais Elétricas S. A e LIGHT – Serviços de Eletricidade S.A., as primeiras empresas privatizadas, que já as tiveram.

⁶ A Seção 4.2 deste trabalho explicita o conceito de “serviço adequado”

Seguindo as regras estabelecidas, desde o início da implantação do modelo do setor elétrico, em 1995, as concessionárias distribuidoras de energia elétrica vêm tendo suas tarifas reajustadas, anualmente, pelo IGPM – Índice Geral de Preços do Mercado, da Fundação Getúlio Vargas. Este índice incide sobre parte das despesas das empresas, a parcela B, das despesas gerenciáveis. Nessa ocasião, do reajuste, os itens de custo das despesas não gerenciáveis, da parcela A, são calculados, segundo datas de referência (anterior - DRA e em processamento - DRP), e integralmente agregados às tarifas.

Conforme exemplos apresentados, em palestra, pelo Diretor-Geral da ANEEL (Tabela 2.6), são repassados integralmente para os consumidores cerca de 61% das despesas das concessionárias estaduais e 73% das concessionárias privadas, correspondentes aos itens de custo das despesas não gerenciáveis (parcela A). Os itens de custo das despesas gerenciáveis (Parcela B), que são corrigidos pelo IGPM, correspondem a cerca de 33% para concessionárias estaduais e 27% para concessionárias privadas.

Portanto, segundo essa metodologia, o IGPM corrige a parte menor das despesas das distribuidoras (Parcela B - entre 30 e 40 % do total), enquanto a parcela A, correspondente a mais de 60% das despesas, é integralmente repassada às tarifas. As despesas que compõem essa parcela A obedecem a políticas de governo, de caráter institucional e econômico. Como resultado, as tarifas de energia elétrica têm sido reajustadas bem acima de qualquer dos índices que medem a variação dos preços ou do custo de vida no país, inclusive do próprio IGPM.

Tabela 2.6 – Parcelas A e B das despesas das concessionárias distribuidoras (exemplos)

(em %)

Itens de custo das despesas das concessionárias distribuidoras	Concessionária estadual	Concessionária privada
<u>PARCELA A</u>	<u>61,0</u>	<u>73,0</u>
RGR – Reserva global de reversão	3,0	2,0
CCC – Conta de combustíveis a compensar	-	8,0
Suprimento	85,0	78,0
Transporte	12,0	12,0
TFSEE – Taxa de fiscalização dos serviços de energia elétrica	-	-
CFURH – Compensação financeira pelo uso de recursos hidráulicos	-	-
<u>PARCELA B</u>	<u>39,0</u>	<u>27,0</u>
Pessoal e encargos	38,0	48,0
Material	4,0	1,0
Serviços de terceiros	29,0	14,0
Depreciação	16,0	21,0
Outras	13,0	16,0

Fonte: ANEEL – “Aspectos econômico-financeiros do setor elétrico - visão do regulador”, José Mário Miranda Abdo, XVIII ENCONCEL, 11/2002, Canelas –RS.

A Tabela 2.7 apresenta a evolução dos preços das tarifas de fornecimento de energia elétrica, desde o início da privatização, em 1995, até 2002, e a tabela 2.8 compara as variações entre as tarifas e os índices, para o mesmo período. A última coluna da tabela 2.7, em negrito, mostra os percentuais dos aumentos médios das tarifas, no período 1995-2002.

Tabela 2.7 – Evolução das tarifas médias de energia elétrica –1995 a 2002

(em R\$/MWh)

Classe de Consumo	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	Varição(%) 1995-2002
Residencial	76,26	106,63	119,80	126,18	138,93	158,87	179,78	209,08	174,17
Industrial	43,59	50,45	54,61	56,54	63,11	71,03	82,16	95,50	119,09
Tarifa Média	59,58	74,47	82,16	86,57	95,86	108,50	122,88	142,38	138,97

Fonte: ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica

Como se demonstra na Tabela 2.8, com a única exceção do IPC-FGV-Tarifas Públicas em relação à tarifa média geral, o aumento das tarifas de energia elétrica, no período 1995-2002, é superior a todos os índices, em um caso mais que 200% (tarifa residencial em relação ao IPC-FIPE) e em vários outros casos mais que 100%.

Indicam esses dados que, se a política tarifária, até agora adotada, pode estar atendendo às condições de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, ou à volúpia arrecadatória do governo,⁷ vem deixando a desejar quanto ao pressuposto da modicidade das tarifas.

Estudo realizado, corrigindo as tarifas médias do período 1995-2001 pelo IPC da FIPE, ano a ano, conclui por um aumento real da ordem de R\$ 10 bilhões ao ano, cerca de 25% do faturamento anual do setor elétrico, “que representam uma extração adicional (de renda) dos diversos setores da sociedade, pelas concessionárias do setor elétrico”. Aproximadamente metade desse valor (R\$ 5,5 bilhões) foi suportado pela classe residencial (Sauer *et al.* 2001:526).

⁷ Sabe-se que boa parte da arrecadação das tarifas públicas destina-se ao pagamento de tributos. Segundo o Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário – IBPT, das tarifas de energia elétrica, cerca de 45,68%.

Tabela 2.8 – Comparação entre índices e tarifas de energia elétrica – 1995-2002

(em %)

Índices	Varição dos índices (1995-2002) - A	Evolução da tarifa geral média 138,97% (*) em relação aos índices da coluna A	Evolução da tarifa residencial 174,17% (*) em relação aos índices da coluna A
IGP-DI (Índice Geral de Preços)	97,59	42,4	78,5
IPA-DI (Índice de Preços por Atacado)	115,34	20,5	51,0
INCC – (Índice Nacional de Preços da Construção Civil)	76,48	81,7	127,7
IPC-FGV-Brasil - (Índice de Preços ao Consumidor)	73,04	90,3	138,5
IPC-FGV –Brasil - (Bens Não Comercializáveis)	100,33	38,5	73,6
IPC-FGV-Brasil (Tarifas públicas)	164,59	- 15,6	5,8
IPC-FIPE (Índice de Preços ao Consumidor)	55,15	152,0	215,8
INPC-IBGE (Índice Nacional de Preços ao Consumidor)	67,63	105,5	157,5
IPCA-IBGE (Índice de Preços ao Consumidor Amplo)	66,12	110,2	163,4
Custo de Vida DIEESE	75,14	84,9	131,8

Fonte: Conjuntura Econômica – FGV – fevereiro de 2003

(*) –percentuais extraídos da última coluna (em negrito) da Tabela 2.7.

Interessa ainda comentar que a tarifa inicial, sobre cuja parcela B vem incidindo o IGPM, desde 1995, foi inicialmente determinada com alguma aleatoriedade, porque sua definição teve por referência os preços anteriores cobrados pelas estatais e o valor de compra da empresa no leilão. E o preço de compra no leilão é flagrantemente de oportunidade. E as tarifas cobradas pelas estatais respondiam a motivações, não raramente, políticas e de política econômica; além disso, como regra, essas empresas - antes do leilão, e preparando o processo de privatização - sofreram um violento processo de “enxugamento”, reduzindo seus custos, especialmente de pessoal.

Portanto, parece possível intuir que as empresas podem ter se iniciado no processo de privatização com alguma folga em termos de receita, como aliás demonstram os números de seus balanços.

Nesse período de 4 e 5 anos, da privatização até a primeira revisão tarifária, talvez longo demais, a gestão das empresas, em geral, parece ter optado pela busca de capital de terceiros e financiamento, principalmente em dólar, aumentando seu endividamento, e pela distribuição de lucros, preferentemente a investimentos. Estudos realizados pela consultoria Economática, para o jornal Folha de S.Paulo, com base em balanços publicados de 21 empresas, no período 1998-2002, mostra que suas dívidas cresceram 32% (R\$ 57 bilhões em 1998 para R\$ 75 bilhões em 2002) e seus patrimônios diminuíram 50% (R\$ 189 bilhões em 1998 para R\$ 94 bilhões em 2002), concluindo que boa parte da atual crise das empresas de energia elétrica deve-se à “má gestão das companhias” (jornal Folha de S.Paulo, caderno B, pág. 10, 02/04/03). Aponta também esse estudo da consultoria Economática que o prejuízo de 23 empresas (as 21 anteriores mais 2), em 2002, ultrapassa a R\$ 10,2 bilhões, sendo esses resultados “fortemente impactados pela desvalorização cambial – que encareceu a energia comprada de Itaipu em dólar e aumentou as despesas com a dívida – e pelo racionamento”. Entretanto, em 2001, os balanços dessas empresas “acumulavam lucro de R\$ 4,5 bilhões” (Jornal Folha de S.Paulo, caderno B, pág. 4, de 01/04/03). Esse lucro, ou parte dele, com certeza, decorre do encaixe do acordo geral do setor elétrico, de cerca de R\$ 9 bilhões, motivado pela perda de receita das empresas em virtude da crise de racionamento de maio de 2001.

Tomando, agora, dados da palestra do diretor geral da ANEEL, já citada (Abdo, 2002), para todas as empresas do setor elétrico, em 2001:

- a grande maioria, 58 empresas (71% do total), obteve lucro contábil e margem de remuneração positiva;
- 10 empresas (12%) tiveram prejuízo contábil, porém, margem de remuneração positiva;
- 14 empresas (17%) tiveram prejuízo contábil e margem de remuneração negativa.

Por sua vez, das 58 empresas que acumularam lucro contábil e margem de remuneração positiva, 39 empresas, isto é, 67% delas, alcançaram margem de remuneração de seu capital superior a 12% (Tabela 2.9).

Tabela 2.9 – Resultados econômico-financeiros das concessionárias, em 2001

Situação quanto à margem e lucro ou prejuízo	Empresas	%
Possuem margem positiva e lucro contábil	58	71,0
Possuem margem positiva e prejuízo contábil	10	12,0
Possuem margem negativa e prejuízo contábil	14	17,0
Total	71	100,0

Fonte ANEEL – “Aspectos econômico-financeiros do setor elétrico – visão do regulador”, José Mário Miranda Abdo, XVIII ENCONSEL, 11/2002, Canelas, RS

A Tabela 2.10 apresenta a situação de todas as concessionárias, em termos de composição do capital e endividamento, em 2001. Observa-se que as empresas federais e municipais possuem maioria de capital próprio, ao contrário das empresas privadas onde o capital de terceiros é cerca de 90% do capital total. Nas empresas estaduais, a proporção é de 43% de capital próprio para 57% de capital de terceiros. Quanto a endividamento, as empresas privadas possuem 76% das suas dívidas em moeda estrangeira - provavelmente dólar, e as estaduais 55%. As dívidas das empresas federais são 64% em moeda nacional e 36% em moeda estrangeira.

Tabela 2.10 – Concessionárias: composição do capital e endividamento, em 2001

(em %)

Empresas concessionárias	Capital próprio	Capital de terceiros	Endividamento Moeda nacional	Endividamento moeda estrangeira
Federais	63,0	37,0	64,0	36,0
Estaduais	43,0	57,0	45,0	55,0
Privadas	10,0	90,0	24,0	76,0
Municipais	98,0	2,0	-	-

Fonte: ANEEL – “Aspectos econômico-financeiros do setor elétrico – visão do regulador”, José Mário Miranda Abdo, XVIII ENCONSEL, 11/2002, Canelas – RS

Depreende-se que as alternativas de gestão, adotadas pelas empresas, é que conduziram ao quadro atual, onde se observam os efeitos perversos do endividamento em dólar - resultado de variação cambial, conjuntamente desvantajosa - e, em alguns casos, inadimplências quanto aos recursos financiados pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES. E, não por coincidência, desde final de 2002, antevéspera da primeira revisão tarifária geral, assiste-se o pipocar de reclamações quanto à insuficiência dos preços das tarifas e ameaças de abandonar o país.

Esse impasse entre preços, lucros, endividamento, investimentos, equilíbrio econômico-financeiro dos contratos – e não das empresas - e modicidade das tarifas terá que ser enfrentado, equacionado e resolvido. Porém, espera-se, não repassando a conta ao consumidor ou ao contribuinte.

2.4 O Modelo, o Estado e a Regulação

O modelo do setor elétrico brasileiro pressupõe competição, participação do capital privado e um Estado regulador. Nesse modelo, assume importância o papel da agência reguladora com todos os seus pressupostos de autonomia, adotada que foi a alternativa por entidade da administração indireta, seguindo-se a experiência usual de outros países.

Resgatando-se os objetivos iniciais que motivaram a reformulação do setor elétrico brasileiro, em meados da década de 1990, verifica-se que, somente em parte, eles foram atingidos, seja quanto à introdução da competição na geração e comercialização, quanto à expansão da oferta, quanto à redução da dívida pública ou quanto à melhoria da qualidade de prestação dos serviços aos consumidores.

Com o advento de um novo governo, de oposição, eleito em 2002 e empossado em 2003, com posição crítica em relação a vários aspectos do modelo do setor elétrico, implantado pelo governo anterior, a expectativa é de mudança.

Contudo, em que pese inconcluso, o setor elétrico brasileiro foi reestruturado e remodelado e responde hoje a novas regras. Dispõe de um arcabouço institucional-legal concreto. Será difícil e, talvez inviável, senão impossível, uma volta ao *status quo ante*. O movimento, parece, é para a frente, mesmo que se reformulem os objetivos e metas inicialmente estabelecidos e se definam novos.

Afinal, a distribuição de energia elétrica está privatizada em cerca de 80%, as revisões tarifárias consolidaram o *price cap*, o Operador Nacional do Sistema – ONS está em pleno funcionamento, controlando as redes de transmissão e as cargas, e também a ANEEL, que já dispõe, hoje, de apreciável acervo e experiência, sem considerar outras medidas já implementadas ou em curso.

A não ser que se mudem radicalmente as premissas do modelo do setor elétrico, eventuais e necessárias mudanças deveriam ter por foco, mais fortemente, os aspectos normativos e menos o órgão regulador que, na verdade, cumpre as diretrizes e orientações emanadas do governo, através do Ministério de Minas e Energia - MME e Conselho Nacional de Política Energética – CNPE. É de se prever que alterações em aspectos da autonomia e independência da ANEEL terão repercussões imediatas no risco regulatório, trazendo ainda mais inseguranças e incertezas. Matéria publicada no jornal Valor Econômico, de 20/03/03, sob o título “Mudanças nas agências podem reduzir investimento privado”, mostra que nas rodas empresariais o temor “maior é o de que a discussão torne-se política e que a nomeação dos diretores (das Agências) siga esse caminho. (...) A pergunta que fica é: se mudar o presidente, a agência pode mudar? - ou seja, o investidor teria de lidar com mais um fator de incerteza a cada eleição presidencial” (parêntesis acrescentados).

Sejam quais forem as decisões, foram fincadas as bases do novo modelo do setor elétrico e o caminho é sem volta. E o momento atual do país, com novo governo, e retração do consumo de energia elétrica, decorrente da crise de maio de 2001, apresenta-se especialmente oportuno para mudanças e reorientações.

2.5 Mudanças Atuais do Setor Elétrico

Elenca-se, nesta Seção, mudanças já realizadas, e em realização, pela nova equipe do Ministério de Minas e Energia –MME, no governo, desde janeiro de 2003.

A. O Ministério de Minas e Energia – MME e o Ministério da Fazenda decidiram intervir nas revisões das tarifas de energia elétrica. Segundo Portaria interministerial, foi suspensa, por 12 meses, a variação cambial dos preços da energia elétrica de Itaipu, incidente sobre a parcela A – despesas não gerenciáveis, começando já pelas revisões das quatro primeiras empresas, o que significou redução de tarifas: CEMIG – 37,95% para 31,53%, CPFL – 26,36 % para 19,55%, CEMAT – 37,95%

para 31,53% e ENERSUL – 46,57% para 32,59%. A redução será repassada às tarifas nos próximos quatro anos. A medida teve por objetivo reduzir o impacto do aumento das tarifas e ajudar o governo no cumprimento da meta da inflação, acordada com o Fundo Monetário Internacional - FMI. Para compensar as empresas distribuidoras, será criada uma linha de crédito para financiamento dos seus capitais de giro, provavelmente pelo BNDES; em troca, as controladoras privadas integralizarão o capital das concessionárias, emitindo debêntures ou aumentando capital.

B. A mesma Portaria interministerial iniciou o processo de realinhamento tarifário, suspendendo o subsídio às tarifas dos consumidores de alta tensão (não residenciais), é o caso da indústria e do grande comércio, conforme o seguinte cronograma: 10% em 2003, 15% em 2004 e 25% por ano em 2005, 2006 e 2007. As tarifas residenciais, que suportavam aquele subsídio, serão reduzidas na mesma proporção e cronograma.

C. Estão previstas modificações imediatas quanto ao Mercado Atacadista de Energia – MAE, com a caracterização de um piso nas tarifas de suprimento, passando de R\$ 6,00/MWh para R\$ 28,00/MWh, para amenizar as perdas das geradoras federais.

D. Objetivando diminuir o preço final da energia elétrica ao consumidor, o novo governo pretende utilizar o preço da chamada “energia velha” das geradoras federais, já amortizadas, compondo uma mix com o preço da energia (“nova”) das hidroelétricas e termoeletricas ingressantes. Nesse sentido, as distribuidoras passariam a ser obrigadas a contratar com as geradoras, através de um *pool*, 100% da energia necessária para atender seus respectivos mercados. Seriam contratos de longo prazo, que permitiriam ao governo planejar a demanda para evitar desabastecimentos, tipo o “apagão” de 2001. Esta medida, se adotada, reduz drasticamente o significado do MAE no setor elétrico e interfere na pretendida concorrência, a partir da liberação, anualmente, de 25% dos contratos iniciais, até 2006. Sua implantação implicará em alteração na Lei no. 9.648, de 27/05/98.

3 As Agências e a Regulação

Historicamente, na primeira metade do século XX, a forma jurídica “autarquia” apresentava-se como instrumento, por excelência, de agilização da atividade estatal, exercendo o poder de polícia, sem as amarras burocráticas da Administração direta.

O exemplo clássico dessas entidades é a *authority* americana, sendo a mais famosa o *TVA – Tennessee Valley Authority*. No Brasil, as superintendências regionais, do final da década de 1950, tinham a forma jurídica de autarquia: SUDENE (Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste), SUDAM (Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia), SPVEA (Superintendência de Valorização do Estado do Amazonas), SUFRAMA (Superintendência da Zona Franca de Manaus). Igualmente, mais tarde, o INCRA (Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária), o IBAMA (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis) e outros. Posteriormente, a autarquia perde terreno para as empresas pública e de economia mista, formas jurídicas mais de acordo com o Estado empresário e produtor.

Com o declínio da ação direta do Estado na economia, e a conseqüente ênfase na concorrência e nas empresas e entidades privadas, encolhem as atividades estatais de produção de bens e serviços e avultam as de controle, regulação e fiscalização. E surge o Estado regulador.

Dentro dessa filosofia neoliberal de governo, vários serviços públicos e de utilidade pública prestados por concessionárias, como regra geral, empresas públicas - as chamadas estatais - foram privatizados. Com a sua venda a grupos privados, criam-se as condições para a abertura desses mercados e para a introdução da concorrência e da competição, tudo com o objetivo declarado de menor preço e maior qualidade aos consumidores.

Vale observar que esses serviços públicos, a maioria da área de infra-estrutura, possuem componentes de monopólio natural em alta dose, e, assim, junto com a privatização, surge a necessidade de controle e regulação, por parte do governo, porque, como se trata de investidores privados, maior produtividade nem sempre se traduz em ganhos para o consumidor. A regulação pode ser realizada diretamente pelo Estado ou através de entidades da administração indireta.

Anteriormente ao processo de privatização, iniciado no Brasil na segunda metade da década de 1990, as atividades de controle e regulação eram exercidas por órgãos governamentais específicos, da Administração direta federal, como o DNAEE – Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica, DENTEL – Departamento Nacional de Telecomunicações e DNC – Departamento Nacional de Combustíveis, dentre outros, que monitoravam as respectivas *holding* desses setores, empresas de economia mista com maioria do capital votante de propriedade do Estado, e outras estatais, a maioria estaduais, e pouquíssimas privadas. As *holding*, dado o seu grande porte e poder, por sua vez, exerciam monitoramento sobre as estatais estaduais e as poucas empresas privadas e, também, de certa forma, sobre os departamentos centralizados.

Esse monitoramento peculiar deixava a desejar, menos quanto à política tarifária, que não raras vezes era utilizada como instrumento do plano econômico de plantão. Quanto ao mais, talvez por isso mesmo, e por ser tudo governo, os departamentos centralizados careciam de estrutura e poder, e as estatais, inclusive as *holding*, de padrões de controle e gestão, sujeitando-se a interferências de toda a sorte. Contudo, determinadas estatais de alguns setores, como o elétrico, chegaram a manter muito bons padrões de qualidade e universalização dos serviços. Outras, como a PETROBRAS, são tomadas como referência internacional.

Com a privatização, o país adota o modelo da administração indireta para o exercício das novas relações econômicas de controle e regulação. Assim, na condição de agência reguladora, ressurge, fortalecida, a autarquia, agora chamada, no Brasil, de autarquia especial. Esta forma jurídica é a que melhor se concilia com a atuação típica do Estado, no exercício do seu poder de polícia, ou seja, personalidade jurídica de direito público, com a flexibilidade empresarial proporcionada pela autonomia administrativa, financeira e de gestão e por regime jurídico de pessoal próprio.

Segundo Hely Lopes Meireles (1993:315) “autarquia de regime especial é toda aquela a que a lei instituidora conferir privilégios específicos e aumentar sua autonomia comparativamente com as autarquias comuns, sem infringir os preceitos constitucionais pertinentes a essas entidades de personalidade pública”.

Destacam-se quatro importantes aspectos dessas entidades:

- Independência política dos gestores, investidos em mandatos aprovados pelo Senado da

República;

- Independência normativa, por delegação do poder concedente;

- Independência gerencial, por contrato de gestão celebrado com o poder concedente, através do órgão supervisor da administração direta, o ministério respectivo;

- Independência financeira, por dispor de receita própria específica.

Essas entidades, as agências reguladoras, inspiram-se nas *regulatories agencies (ou commission)*, que surgiram respectivamente na Inglaterra a partir de 1834 e nos Estados Unidos desde 1887 (Moreira Neto, 1999:71). Como se verá, em especial, seguem o modelo americano.

No Brasil, dispõe-se já de várias dessas agências: ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica (Lei Federal no. 9.427, de 26/12/96), ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações (Lei Federal no. 9.472, de 16/07/97), ANP – Agência Nacional do Petróleo (Lei Federal no. 9.478, de 06/08/97), ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Lei Federal no. 9.782, de 26/01/99), ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar (Lei Federal no. 9.961, de 28/01/00), ANA – Agência Nacional de Águas (Lei Federal no. 9.984, de 17/07/00, e, criadas pela Lei Federal no. 10.233, de 05/06/01, a ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres e a ANTAQ – Agência Nacional de Transportes Aquaviários).

As raízes da concepção das agências reguladoras no Brasil constam do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, elaborado pelo Ministério da Administração e Reforma do Estado, o antigo MARE (Bresser Pereira, 1997). Segundo esse plano diretor, distinguem-se três níveis de atividades do Estado: o núcleo estratégico, formulador de políticas, as atividades exclusivas do Estado desempenhadas pelas agências autônomas e os serviços não-exclusivos, desempenhados pelas organizações sociais.

As agências autônomas são de dois tipos: agências executivas e agências reguladoras. Estas últimas, realizando ações efetivas de Estado na regulação dos serviços públicos concedidos e de áreas econômicas estratégicas do país, como energia, telecomunicações, etc., devem ter autonomia; não realizam políticas de governo, mas, por delegação, representam o Estado e promovem a competição nos mercados.

Em que pese ser um fenômeno recente - as agências foram criadas na segunda metade da década de 1990, e estar, ainda, em fase de aprendizado institucional e regulatório, é possível elencar algumas de suas principais missões (Pinto Jr., 2001:10):

- Supervisionar o poder de mercado dos agentes e evitar práticas anticompetitivas;
- Organizar a entrada de novos agentes e promover a competição;
- Zelar pela implementação de um novo modo de organização industrial;
- Defender e interpretar as regras, arbitrando os eventuais conflitos entre atores;
- Complementar o processo de regulamentação;
- Estimular a eficiência e a inovação, incentivando a repartição de ganhos de produtividade registrados na indústria com os consumidores.

Marçal Justen Filho (2002:344) define a agência reguladora independente como “uma autarquia especial, criada por lei para intervenção estatal no domínio econômico, dotada de competência para regulação do setor específico, inclusive com poderes de natureza regulamentar para arbitramento de conflitos entre particulares, e sujeita a regime jurídico que assegure sua autonomia em face da Administração direta”.

Nesse sentido, mesmo pertencendo ao Poder Executivo, é reduzido o seu grau de subordinação, e seus atos, última instância administrativa, não estão sujeitos à revisão por nenhuma autoridade daquele nível de governo, apenas pelo Poder Judiciário; no caso de arbitramento, quando adotado, nem pelo Poder Judiciário. O controle do Poder Executivo sobre as agências reguladoras limita-se, como regra, à escolha dos dirigentes, sob pena de ofender a autonomia que lhes é assegurada pelas leis instituidoras. Entretanto, não cabe à agência a definição de políticas públicas, competência esta do Ministério ao qual se vincula. E o controle de suas contas e gastos, quanto aos aspectos formais, cabe ao Poder Legislativo, através do Tribunal de Contas (Barroso, 2002: 8).

Essa autonomia é que possibilita o correto exercício da regulação da atividade privada por parte da agência, em termos de rapidez na geração de ações e decisões, a partir das leis e regulamentos específicos existentes, e com relativa independência frente a ingerências externas, no sentido amplo,

inadequadas.

Dentre seus aspectos positivos, destacam-se:

- Ao concentrar competências, mantém a memória regulatória, reduzindo os riscos de incoerências ou contradições entre as regras, e amplia a coordenação da disciplina regulatória, bem como possibilita maior transparência e controle social;

- Sua atuação especializada permite um nível técnico de conhecimento que persegue a excelência e o aperfeiçoamento do sistema, visando a alcançar níveis ótimos de competição e de qualidade dos serviços ao consumidor;

- Sua autonomia e campo de atuação, clara e legalmente definidos, permitem maior visibilidade das suas decisões sobre a matéria objeto da regulação, possibilitando maior transparência e controle social por parte dos atores diretamente envolvidos e da sociedade em geral;

- Sua atuação correta constitui um pólo de poder, o que reduz os poderes dos órgãos centralizados e afasta interferências político-eleitorais. Por outro lado, aumenta a fricção com outros órgãos e poderes.

Os aspectos negativos situam-se na área político-institucional, basicamente, no que se refere à ausência de legitimidade democrática da agência e dos seus dirigentes, reduzindo o controle social (soberania popular) sobre eles. A atuação autônoma e altamente especializada, desvinculada daquele controle, pode gerar efeitos indesejáveis ligados a desvio de finalidade e afastamento das suas funções públicas essenciais - disfunções. Esta visão especializada e em profundidade - e desprezando outros ângulos, é grandemente facilitada, se não se dispõe de coordenação externa à agência ou de transparência e controle social efetivos.

Identifica-se outro aspecto negativo, quando a ação da agência assume acentuado tom fiscalizatório, muitas vezes com “exibição de sinais e autoridade” por parte dos seus membros (March e Simon, 1970:68), sobrepujando as ações pró-ativas, de orientação dos agentes, especialmente

necessárias nesta fase inicial de aprendizado conjunto.⁸

Dentre os efeitos indesejáveis, porém, previsíveis, das agências, cita-se o chamado ciclo de vida. No início, atuando com grande energia e disposição, com o passar dos tempos, na maturidade, vão perdendo a capacidade de controlar os segmentos da indústria sob sua fiscalização, passando a depender cada vez mais das suas informações; de alguma forma, por previsibilidade de comportamento, a memória regulatória transfere-se e, na velhice, as agências, incapazes de superar a assimetria de informações, são capturadas pelos agentes submetidos a sua regulação. Este fenômeno pode ter seus efeitos minorados, desde que se mantenham medidas de suporte e fortalecimento das agências. Por exemplo, dentre outras, as seguintes podem prolongar a vitalidade dos órgãos reguladores (Bajay, 2000):

- uma efetiva autonomia de ação;
- quadro de carreiras motivador e com níveis salariais competitivos;
- clara definição de atribuições e competências entre a agência reguladora e o respectivo ministério;
- um bom planejamento indicativo, alinhado com a política energética, que defina metas flexíveis e aponte orientações consistentes para o desenvolvimento do setor; essas metas devem ser acopladas com prêmios e penalidades de caráter econômico-financeiro .

Observa-se que a eventual captura dos órgãos reguladores não ocorre necessariamente por corrupção. Verificam-se fenômenos como “comunhão cognitiva” ou “identidade de experiências”, tendo em vista atividades técnico-científicas comuns entre os profissionais envolvidos na regulação, mesmo que em lados diferentes, tudo isso facilitado pela “*revolving-door*” entre iniciativa pública e iniciativa privada (Justen Filho, 2002:371).

Em países como os Estados Unidos da América, por exemplo, há constante disputa entre o Executivo e o Legislativo pelo “controle” das agências. No Brasil, o novo governo, empossado em janeiro de 2003, de oposição ao anterior, manifestou contrariedade com o poder das agências brasileiras: foi dito que “o governo foi terceirizado”. Na seqüência, no Senado da República, o líder

⁸ O art. 16 do regimento interno da ANEEL prevê ações de fiscalização com caráter educativo e orientador (ver Seção 4.5 deste trabalho)

da oposição, antes governo, apresentou projeto de lei (PL no. 39/2002) propondo que “o controle e fiscalização externos das atividades das agências reguladoras serão executadas pelo Poder Legislativo”. Por outro lado, a Deputada Federal Telma de Souza, do PT de São Paulo, seguindo a linha das manifestações do novo governo, apresentou Projeto de Lei (Pl/sn/2003) alterando a Lei no. 9.986, de 18/07/00, que trata da gestão de recursos humanos das agências, para tornar possível a exoneração dos conselheiros e diretores das agências, a qualquer tempo, pelo Chefe do Poder Executivo.

3.1 O Poder de Regular

Segundo Bobbio, quando A age sobre B, no sentido de influenciar a mudança do seu comportamento, está exercendo um poder, e quando B muda o comportamento a partir daquela influência está legitimando o poder de A (Max Webber, *in* Etzione, 1967:81).

O reconhecimento ou legitimação do poder da agência reguladora por parte dos agentes e da sociedade, como um todo, é o objetivo maior pretendido. Contudo, essa legitimação não deverá se dar apenas por competência técnica, sob pena da ocorrência de desvios ligados a posições autoritárias, decorrentes de excessiva concentração de poder e precariedade de controles. Num sistema democrático, há que se buscar a legitimidade política, que implica na subordinação do projeto governativo da agência aos valores maiores consagrados pela sociedade brasileira na sua Carta Magna.

A teoria da tripartição de poderes de Montesquieu prevista na Constituição brasileira – Executivo, Legislativo e Judiciário, contém em si mesma os pesos e contra pesos, próprios de um regime democrático, e se constitui em amplo e eficaz sistema de controle, capaz de evitar a excessiva e ilimitada concentração de poderes em qualquer dos níveis de governo, órgãos ou entidades. Mesmo o Presidente da República, num regime presidencialista como o brasileiro, submete-se a controles.

Assim é que a agência reguladora, enquanto construção organizacional representativa de uma nova concepção de atuação do Estado – o Estado regulador, pertence ao Poder Executivo e é criada por lei, a qual lhe define, dentre outros, o regime jurídico e o poder de regular. Sua autonomia, derivada do regime jurídico, no Brasil, autarquia especial, assume as seguintes características (Justen

Filho, 2002:403):

a) Autonomia organizacional: capacidade de determinar a própria organização, inclusive no tocante a pessoal. Alude-se, então, a independência como característica da organização;

b) Autonomia funcional: capacidade de orientar o modo de exercício das competências recebidas por lei, inclusive com produção de atos normativos de nível secundário – o que propicia disputas acerca de questões constitucionais. Indica-se a independência como exercício de competências;

c) Autonomia dos servidores: regime jurídico peculiar acerca das condições e requisitos para provimento dos servidores de mais elevada hierarquia, tal como o exercício de suas atividades e sua demissão. Refere-se à independência como característica dos titulares dos órgãos da entidade.

Observa-se quanto a este último item que, após o término do mandato, o ex-dirigente está impedido de prestar serviços a empresas integrantes do setor regulado, inclusive suas controladas e coligadas, por período pré-definido, usualmente de 12 meses (“quarentena”). Para a ANEEL, a agência brasileira do setor elétrico, são previstos quatro meses.

E acrescenta-se, autonomia econômico-financeira. A ANEEL dispõe de receita própria específica, a TFSEE - Taxa de Fiscalização dos Serviços de Energia Elétrica. Outras agências, como a ANATEL (telecomunicações) e ANP (petróleo), também possuem receita específica. Contudo, as propostas orçamentárias das agências são encaminhadas à aprovação ministerial e integram o orçamento da União.

Concretizam-se a missão e o poder de regular das agências reguladoras através de um contrato de gestão entre a Administração direta, no caso o Ministério a que se vincula o órgão regulador, e o próprio, onde são estabelecidas metas a serem cumpridas. O contrato de gestão foi objeto da Emenda Constitucional no. 19, de 04/06/98, que introduziu o seguinte § 8º. ao art. 37 da Constituição Federal:

“§ 8º. A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de

desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre: I - o prazo de duração do contrato; II – os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes; III – a remuneração do pessoal”.

Conquanto não discutam a figura em si do contrato de gestão, efetivo e eficaz instrumento gerencial e de controle, alguns administrativistas põem em dúvida a constitucionalidade deste § 8º, quando propõe ampliar a dimensão qualitativa da Administração direta e indireta, e a autonomia de seus órgãos e entidades, através de contrato, mesmo quando objeto de lei (via infraconstitucional).

Quando se aborda o tema da autonomia e independência das agências reguladoras, a questão da amplitude da sua ação normativa, isto é, o seu poder de regular, é sempre objeto de controvérsias. Isto porque, no arcabouço constitucional brasileiro, ainda permanece válido o princípio da indelegabilidade de atribuições de um Poder a outro (corolário da teoria da tripartição de poderes), com raríssimas exceções, como é o caso das Medidas Provisórias, até manifestação do Congresso Nacional; portanto, o poder de legislar é competência exclusiva do Poder Legislativo. E acrescentasse, ainda, para completar o raciocínio, o princípio da legalidade – “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (Art.5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988).

Assim, as agências não possuem competência legislativa - o poder de produzir normas jurídicas de cunho legislativo. Tampouco, competência normativa – mais ampla, que é o poder de produzir normas de conduta, uma das quais, a lei. O poder de regular das agências reguladoras limita-se à estrita aplicação das leis.

Diferentemente de outros países, no direito brasileiro não há cabimento para “regulamentos autônomos”, como na França, ou a *delegificazione*, como na Itália (transferência de funções normativas de um poder para outro), ou para as normas *standard* norte-americanas, que abrem espaço, para ampla regulação normativa e inovadora pelas agências.

Além disso, a maior parte dos países europeus adota regime parlamentarista. Nesse caso, a relação de confiança que se estabelece, entre Parlamento e Chefe de Governo, admite perfeitamente uma atuação normativa do Primeiro-Ministro, cuja permanência no cargo é diretamente dependente dos legisladores. Contudo, é uma atuação normativa reservada ao Governo, não à Administração

Pública.

Voltando ao caso brasileiro, e tomando por condição insuperável o princípio da legalidade, já referido, somente pela chamada discricionariedade, isto é, ação no espaço ou no vácuo da norma jurídica, é que se torna possível o exercício de competência normativa concreta pelas agências reguladoras. E surge esse espaço quando, ao descrever a hipótese de incidência (ocorrência material identificada e com referência a tempo, espaço e pessoas), a norma jurídica determina que certas condutas são obrigatórias, proibidas ou permitidas em face do Direito. A agência, para cumprir seu poder de regular, necessariamente, isto é, discricionariamente, terá que qualificar e quantificar, enfim, caracterizar a ocorrência material e a conseqüente conduta aplicável.

Trata-se de competência regulamentar que somente se exercita na existência de lei, e quando houver espaço deixado pelo legislador (reserva relativa da lei), porque no Brasil, como já se disse, não há regulamento autônomo, nem se admite competência normativa ou regulamentar autônoma das agências; nem do Poder Executivo, como regra. São inúmeros os exemplos de competência discricionária da Administração Pública: nas posturas de urbanismo, as licenças; na política monetária e financeira, a disciplina da atuação das bolsas de valores e corretoras; no exercício das atividades profissionais, pelos respectivos conselhos; no monitoramento do mercado e fiscalização de cartéis, pelo CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica; dentre outros.

Em outros países, a ação das agências reguladoras é mais ampla e respaldada institucionalmente, em que pese não se possa identificar um modelo ou padrão.

Na França, pela Constituição de 1958, o princípio da legalidade foi flexibilizado, aplicando-se o princípio da reserva da lei: determinados assuntos são da competência exclusiva do Parlamento, ficando os demais para o Executivo que, quanto a esses, tem poder normativo, disciplinando-os, através dos regulamentos autônomos. São inúmeras e variadas as organizações descentralizadas: *établissements publics administratifs* – EPA e *établissements publics industriels et commerciaux* – EPIC (é o caso da *Électricité de France*), dentre outros. Posteriormente, surgem as Autoridades Administrativas Independentes com perfil similar às agências norte-americanas. Ultimamente, elas têm sido criadas por lei, porém não são pessoas jurídicas. Configuram-se como órgãos colegiados (7 a 19 membros) e não dispõem de receitas próprias, são dependentes de transferências orçamentárias do Tesouro. A condição de administrativas é porque pertencem ao Executivo e a de independência refere-se a que seus atos não são orientados nem censurados por nenhuma autoridade de hierarquia

superior. A necessidade de proteção do indivíduo frente ao Estado e a agentes econômicos poderosos é que norteou o surgimento das Autoridades Administrativas Independentes, na França. Representam a luta contra a burocracia, contra o segredo, o arbítrio administrativo e outras disfunções da Administração Pública. O seu sucesso significará a consolidação de fortes núcleos de poder frente à burocracia estatal.

Na experiência britânica, as grandes corporações públicas titulares de monopólio foram privatizadas, na década de 1980, e cada atividade foi colocada sob a competência regulatória de um Diretor Geral, nomeado pelo Secretário de Estado, com amplas competências discricionárias para disciplinar as indústrias reguladas. É encarregado de proteger os interesses dos consumidores, assegurando que as empresas desempenhem suas funções corretamente, e promovendo economia, eficiência e competição. Seus gabinetes, os *offices*, também não são pessoas jurídicas (um deles é o *OFFER – Office of Electricity Regulation*, criado em 1989, e substituído pelo *OFGEN – Office of Gas and Electricity Markets – Utilities Act, 2000*). O Diretor Geral, especialista de grande autoridade científica, tem grande autonomia de poder de decisão, não está submetido nem ao Parlamento. É demissível pelo Secretário de Estado por incapacidade ou má-conduta. Dois princípios que regem a administração pública da Grã-Bretanha delineiam a forma de ação dos *offices*. O princípio do anonimato, ou seja, os atos praticados pela Administração são imputados não ao servidor que os pratica, mas ao Ministro ao qual está subordinado. E a *accountability*, isto é, quem exerce cargo ou função pública deve responder perante outros pelos seus próprios atos e por seu desempenho; é o dever de prestar contas e arcar com as conseqüências dos atos praticados. Não há normatização formal do processo administrativo, mas as demais autoridades governamentais e políticos não ousam interferir nas decisões do Diretor Geral e as empresas reguladas acatam plenamente suas decisões.

A experiência italiana baseia-se fundamentalmente na *delegificazione* (deslegalização), que, na prática, significou a delegação ampla do Parlamento ao Governo para este agir através de decretos regulamentares, implantando, dentre outros, a privatização de atividades e entidades públicas, e reduzindo a intervenção do Estado na economia. As Autoridades Independentes italianas são instituídas por lei, ou por delegação legislativa, e a personalidade jurídica não é condição necessária. Possuem competência normativa e executiva, e seus atos não se submetem a outros órgãos da Administração Pública. A Constituição italiana diferencia “governo” de “administração pública”. As Autoridades Independentes distribuem-se em três categorias: (a) as antitrustes, com atribuições de julgamento (*aggiudicazione*) e não de regulação; (b) as titulares de competências administrativas, tipo

a *Autorità di regolazione di servizi di pubblica utilità, per l'energia elettrica e il gás*, criada em 1995, que fixa tarifas, define padrões de desempenho e presta serviços; e (c) as que dispõem de competência administrativa e de julgamento, e são independentes do Governo; é o caso da *Autorità per lê garanzia nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisione*, criada em 1997, cujo presidente é nomeado pelo Governo e os outros membros pelas duas Câmaras Legislativas.

Nos Estados Unidos, excluídos os três poderes todas as demais autoridades públicas são agências; em outras palavras, na experiência norte-americana, a Administração Pública é o conjunto das agências. As agências norte-americanas são criadas por lei e os poderes que exercem são outorgados pelo Poder Legislativo. Podem ser reguladoras ou não reguladoras, executivas ou independentes. As reguladoras (*regulatory agency*) têm poderes normativos expressamente delegados pelo Congresso, editam normas reguladoras que afetam direitos, liberdades e atividades econômicas dos cidadãos. As leis norte-americanas limitam-se a estabelecer parâmetros (*standards*), cabendo às agências a função de regular, que é mais ampla que a de regulamentar, porque abrange o poder de baixar normas inovadoras na ordem jurídica (Di Pietro, 1999:134). A luta entre o Presidente e o Congresso dos Estados Unidos pelo controle da Administração pública, isto é, das agências, as tem enfraquecido. A partir de 1993, os programas e orçamento das agências têm que ser encaminhados até 1º. de junho de cada ano ao *Office of Information and Regulation Affairs – OIRA* (Escritório de Informações e Regulação), órgão vinculado ao todo poderoso *Office of Budget and Management – OMB* (Escritório de Orçamento e Execução). Somente após aprovação é que tem início o processo regulatório.

Na União Européia - UE, o seu surgimento, nos anos 1970, coincidiu com a proliferação de entidades independentes nos diversos Estados europeus. Ao Tratado de Roma, de 1957, assinado por Alemanha, Bélgica, França, Holanda, Itália e Luxemburgo, seguiram-se vários outros incorporando novos países. A União Européia - UE constitui-se, hoje, de cerca de 27 países. Quatro órgãos principais concentram os poderes mais relevantes da UE: o Conselho, a Comissão, a Corte de Justiça e o Parlamento. A Comissão, sediada em Bruxelas, é composta por pelo menos um e no máximo dois representantes de cada estado. Seus membros tem mandato de 5 anos, sendo-lhes assegurada independência e vedado o exercício de qualquer outra atividade profissional, mesmo não remunerada. É assessorada por cerca de 20.000 servidores permanentes, além de colaboradores, na condição de especialistas, assessores eventuais e consultores. A Comissão é considerada uma agência de primeiro

grau. Exerce atividades de cunho claramente regulatório, como defesa do mercado e atuação antitruste. Cabe-lhe também fiscalizar a atuação dos estados-membros para reprimir iniciativas locais que infrinjam a livre concorrência ou atentem contra as liberdades fundamentais, especialmente as econômicas. As agências de segundo grau são criadas por lei, dotadas de personalidade jurídica própria e atribuições de natureza técnica ou científica ou para o desempenho de funções específicas. Existem cerca de 12 entidades com esse perfil, porém nem todas são independentes ou exercem poderes regulatórios.

A experiência brasileira das agências reguladoras, comparada a de outros países, apresenta similaridade: são relativamente recentes e não se dispõem de um modelo ou padrão; na verdade, acompanham as idiossincrasias de seus respectivos países. Isso indica que o Brasil estará no caminho certo se aperfeiçoar o seu próprio modelo, a partir de suas limitações, seus princípios e sua história, sem importar experiências ou soluções acabadas, até porque, como se viu, elas não existem.

No que se refere especificamente ao setor elétrico, com a criação da sua agência reguladora, a ANEEL, o Brasil acompanha a experiência internacional, que caminha no mesmo sentido (Maciel, 2001).

Nos Estados Unidos foi criado, em 1977, o órgão regulador federal, a *Federal Regulatory Energy Commission – FERC*, com autoridade sobre 187 empresas de expressão. Atuando a nível interestadual, suas atribuições estendem-se a questões de licenciamentos, fixação de tarifas para transmissão e venda de energia elétrica e interconexões, controle de fusões e poderes quase judiciais.

O Reino Unido, em 1990, instituiu o controlador ou regulador público que é exercido pelo *Office of Electricity Regulation – OFFER* (desde 2000, substituído pelo *OFGEN – Office of Gas and Electricity Markets*), na figura do seu diretor-geral, incumbido do atendimento da demanda, de assegurar a concorrência e os direitos do consumidor, de zelar pela eficiência e o bom desempenho financeiro das empresas, e de fazer cumprir os termos da concessão pública, de 35 anos, expressos em licença de geração, transmissão, distribuição e fornecimento direto aos consumidores cativos.

Na Austrália, a *Australian Competition and Consumer Commission – ACCC* é o órgão de âmbito nacional que trata das questões de concorrência, cabendo-lhe aplicar os diplomas legais.

No Canadá, a agência reguladora do país é o *National Regulatory Board* cuja competência se estende ao comércio interprovincial e às exportações.

Na Alemanha, o Departamento Federal de Cartéis (*Bundeskartellamt*) é a autoridade responsável pela aplicação da lei alemã contra limitações à concorrência. A Alemanha não dispõe de agência.

Na Espanha, desde 1997, a agência reguladora é a Comissão Nacional de Regulação do Setor Elétrico – CNSE, vinculada ao Ministério da Indústria e Energia.

Na França, o sistema é de monopólio exercido pela estatal francesa *Électricité de France – EDF*. Não existe agência.

No Chile, o órgão regulador é a Comissão Nacional de Energia, órgão autônomo e descentralizado que se relaciona diretamente com o Poder Executivo. Existe também a agência reguladora *Superintendencia de Electricidad y Combustibles* que trata das atividades de produção, armazenamento, transporte e distribuição, desde 1985.

No México, compete à Comissão Federal de Eletricidade “gerar, transformar, distribuir e abastecer energia elétrica que tenha por objeto a prestação de serviço público”.

Na Noruega, o órgão regulador é a *Norwegian Water Resources and Energy Directorate – NVE*, desde 1990, subordinada ao *Ministry of Petroleum and Energy*

Como se observa, também para o setor elétrico, a experiência internacional das agências não segue um padrão: é fortemente influenciada por aspectos técnicos, ligados à matriz energética e à fonte primária de energia elétrica produzida e fornecida no país, suas condições geográficas e topológicas, e por aspectos sócio-econômicos, políticos e institucionais. Evidentemente que o Brasil, um país continental com grande extensão territorial, 170 milhões de habitantes, geração de energia elétrica predominantemente hidráulica, capitalista, em desenvolvimento, regime político democrático e sistema de governo presidencialista, necessariamente, terá um sistema elétrico e de regulação específico, talvez único. Aliás, dadas essas condições, o Brasil, liderança incontestada e nação

emergente da América Latina, principalmente, no que se refere à hidroeletricidade, ao montante gerado e à área coberta pela distribuição é, sem dúvida, peculiar. “Não se conhece outro sistema integrado das mesmas dimensões geográficas do brasileiro” (Carvalho, 1997:68). Seu modelo de gestão, competição e regulação para esse imenso sistema elétrico, se bem sucedido, poderá constituir-se em paradigma para o resto do mundo.

3.2 A Ação de Regular

Observam-se três principais pólos de interesse nas ações de regulação: o poder concedente (governo), as concessionárias e os consumidores de serviços públicos. Cada qual com seus interesses específicos, muitas vezes divergentes.

Os agentes desses pólos de interesse, a partir de variados meios, buscam fortalecer suas posições. As concessionárias, por exemplo, pela criação de associações – de distribuidores, geradores, etc. O governo, através de ações políticas e atos normativos. Os consumidores têm sido o elo fraco da cadeia, apesar das ações das agências fomentando a constituição de conselhos em cada concessionária. Registra-se que os conselhos de consumidores, até o presente, não têm se revelado mecanismos eficientes de ação, sujeitando-se aos interesses de classe de consumidores participantes mais organizados, ou sendo até capturados pela própria concessionária. Segundo dados da ANEEL, até final de 2002 já tinham sido instalados cerca de 64 conselhos de consumidores.

Deles, dos pólos de interesse e seus agentes, o órgão regulador deverá manter equidistância, para não incidir no chamado risco de captura, especialmente das concessionárias, mas também do governo e dos consumidores. Ocorre a captura quando a agência passa a defender posição de qualquer dos atores (pólos de interesse).

Tal equidistância, altamente dinâmica, é resultante da relação “órgão regulador-regulados”, e se constitui no processo de regulação propriamente dito, que consiste na supervisão, controle e, se necessário, na interferência, de alguma maneira nas atividades sujeitas à regulação, determinando e/ou modificando comportamentos (controle externo).

Vale observar que a regulação não é parte direta da atividade regulada nem está envolvida

diretamente na sua realização, porém, busca identificar e exigir que os serviços públicos prestados se coadunem com a condição tecnológica disponível, e sejam preservados os direitos e cumpridos os deveres dos agentes, de forma a observar plenamente o contrato assumido com o Estado no ato da concessão.

Não é uma tarefa fácil. Na prática, para cumprir sua missão o órgão regulador depende de informações dos regulados. Tais informações, num processo concorrencial, são estratégicas e, naturalmente, guardadas a sete chaves pelas empresas. Não há como o órgão regulador conhecer todas as atividades de uma empresa. É a chamada assimetria de informações que pode se tornar ainda mais complexa quando as empresas mantêm-se verticalizadas ou diversificam sua atuação, inclusive com parcerias e associações em outros países. Esse movimento, bastante utilizado pelas empresas numa economia globalizada, dificulta sobremaneira a ação do órgão regulador para separar as informações contábeis e identificar possíveis subsídios cruzados que denunciem competição desleal ou abuso de preços.

Na definição de tarifas, no caso do setor elétrico brasileiro, esta questão aparece com bastante evidência, dada a dificuldade de determinar, com precisão, os ganhos de produtividade das empresas reguladas, com base nos quais será definido o fator X, para possibilitar o rateio desses ganhos com os consumidores, conforme a metodologia da tarifação pelo preço, *price cap*, adotada. Na situação anterior, tarifação pelo custo dos serviços, não havia incentivo à eficiência e era ainda maior a necessidade de informações, as quais em não sendo conhecidas em profundidade – como não eram, implicavam na constante captura do regulador.

Hoje, apesar dos novos procedimentos adotados pela ANEEL para implantar o *price cap*, ainda são grandes as dificuldades. Por exemplo, a cláusula do equilíbrio econômico-financeiro, prevista nos contratos de concessão, pode ser acionada a qualquer tempo; como não é possível o conhecimento pleno, pelo órgão regulador, da estrutura de custos das empresas, dada a assimetria de informações, em alguns casos aquela cláusula tem sido a válvula de escape para o repasse de custos, às vezes contraditórios, aos consumidores, como no caso da perda de receita das empresas por conta do racionamento (o chamado acordo geral do setor elétrico). Esses fatos, quando ocorrem, sinalizam na direção da captura do órgão regulador.

Outro aspecto importante, e que interfere na ação de regular das agências, é o chamado risco

regulatório, ou seja, a ausência de regras claras de funcionamento do mercado e do setor, trazendo insegurança aos agentes, e permitindo comportamentos oportunistas dos reguladores e regulados. Nos países em desenvolvimento, o risco regulatório apresenta-se exacerbado e em clima quase que permanente. E a ruptura contratual não é excepcional.

Constituem-se em salvaguardas do risco regulatório a ação imparcial do órgão regulador, a definição clara e prévia das regras de regulação, em especial o regime tarifário, os fóruns para arbitramento de controvérsias (se houver), bem como a atuação intersetorial coordenada das agências reguladoras e da autoridade antitruste, para o monitoramento da concorrência, prevenindo ações de cartel e incentivos cruzados, com especial atenção ao acelerado processo de internacionalização das concessionárias.

No caso do setor elétrico, que aqui se analisa, o risco regulatório apresenta-se altamente provável, menos por ação discricionária do órgão regulador, a ANEEL, e muito mais pelas incertezas do estágio atual em que se encontra o seu processo de implantação quando se confronta com os objetivos inicialmente definidos de introduzir a competição na geração e comercialização, garantir as condições econômico-financeiras para a expansão da oferta de energia elétrica, reduzir a dívida pública e prestar melhores serviços aos consumidores. Acrescente-se a eleição de um novo governo, de oposição ao anterior, já em exercício, a partir de 2003, com severas críticas ao modelo do setor elétrico adotado e propostas de mudança, algumas focadas na atuação independente das agências reguladoras.

Ao lado dessas incertezas, determinados mecanismos institucionais de governo, na verdade, nunca liberaram as agências, em que pese o declarado compromisso com a filosofia do Estado liberal. Um desses mecanismos é a possibilidade de edição de medidas provisórias, com força de lei, pelo Presidente da República, conforme previsto no Art. 62, da Constituição Federal de 1988:

“Art. 62 – Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.

Parágrafo único. As medidas provisórias perderão a eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o

Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes”.

Publicada, ou baixada, como se diz, a medida provisória passa a surtir efeitos, imediatamente, antes mesmo da audiência do Congresso Nacional, que deverá ocorrer dentro de trinta dias. Segundo se tem notícia, a base de sustentação do governo no Legislativo tem garantido a conversão das medidas provisórias em lei. Por ocasião do racionamento de maio de 2001, a Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica – GCE foi criada e instalada pela Medida Provisória no. 2.147, de 15/05/01, aliás, reeditada, várias vezes.

Outro desses mecanismos institucionais de controle refere-se ao fato de que os orçamentos das agências reguladoras integram o orçamento geral da união, e acabam sujeitando-se a cortes e contingenciamento na liberação dos recursos, mesmo tendo receita própria, por força do regime de caixa único (Art. 165, § 5º. I, da Constituição Federal de 1988). A ANEEL dispõe, dentre as suas receitas, da Taxa de Fiscalização dos Serviços de Energia Elétrica – TFSEE. Esta ação intempestiva, do governo, através do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, na prática, significa a viabilidade ou não da ação das agências. No mínimo, pode sugerir orientação de procedimentos. Nesse início de novo governo, em 2003, notícias divulgadas durante o Congresso Brasileiro de Regulação de Serviços Públicos Concedidos (Gramado-RS, maio de 2003) dão conta de um contingenciamento dos orçamentos das agências reguladoras da ordem de 50%. “No caso da ANEEL, o orçamento aprovado de R\$ 160 milhões foi reduzido na prática para R\$ 70 milhões, com o bloqueio e a proibição do uso dos saldos de 2002 para a liquidação de restos a pagar este ano” (Valor Econômico, 1º. caderno, 27/05/03).

Em considerando esses aspectos comentados, a ação de regular das agências, no Brasil, apresenta-se bastante complexa. Apesar de estarem assegurados em lei, sua autonomia, independência e o mandato dos seus diretores, de fato, na prática, acaba tornando-se muito difícil a ANEEL sustentar determinadas posições, frente ao governo, e fazer valer sua missão de agente de Estado, de regular, fiscalizar e garantir a implementação da política energética definida para o país, independentemente do matiz ideológico do governo em vigor.

Esse cenário, até certo ponto surrealista, liga-se estreitamente às condições culturais e sócio-econômicas dos países e das sociedades. Vários autores têm estudado os países em desenvolvimento, ditos, hoje, emergentes, e os efeitos inesperados, e até contraditórios e

indesejados, da importação de modelos e técnicas de países do chamado primeiro mundo. Riggs (1968:17) caracteriza, nesses países em desenvolvimento, um processo de permanente transição, em que o tradicional convive com o moderno, gerando relações sociais e comportamentos genuínos, dentro do fenômeno da “superposição parcial ou imbricação”, assinalando que “a repartição administrativa, dá uma ilusória impressão de autonomia, quando, na realidade, está profundamente envolvida num processo de influências cruzadas com os remanescentes de sistemas sociais, econômicos, religiosos e políticos mais antigos e mais tradicionais. (...) Por essa razão, qualquer tentativa para compreender a administração pública num sistema social heterogêneo terá que tomar por base não só a análise dos mecanismos internos da estrutura administrativa, considerada como entidade autônoma, mas também o estado das ‘imbricações’ que se verificam nas relações entre esse sistema novo e as estruturas tradicionais ainda subsistentes”.

Em sua obra, Riggs também analisa os efeitos do “novo” ou do “moderno” na administração pública desses países em desenvolvimento, tomando a figura de um “um prisma, através do qual passa a luz branca, concentrada, para emergir, difratada, sobre uma tela, como o espectro do arco-íris”. Segundo esse modelo “prismático”, a clássica análise estrutural-funcional de um órgão ou entidade, num país em desenvolvimento, poderá apresentar a prática de funções e ações diferentes das exercitadas por órgão similar de um país desenvolvido, mesmo tendo idêntica estrutura.

Formalmente, tudo, ou quase tudo, está previsto em lei. Estão garantidas a autonomia e a independência das agências, os mandatos dos diretores são aprovados pelo Senado Federal - e desemparelhados do mandato do Presidente da República, dispõem de receita e quadro de pessoal próprios. Porém, apesar disso tudo, um conjunto de condições e variáveis acaba por criar uma outra situação, onde a atuação das agências, de fato, submete-se a condicionantes maiores, e não claramente visíveis; não transparentes totalmente. Em situação de normalidade, as agências agem e tem poder, porém as rédeas ainda permanecem com o governo. E todos parecem saber muito bem disso, principalmente os dirigentes das agências, os agentes do setor regulado e os investidores.

Como o controle permanece com o governo, a sua crença nos pressupostos do modelo e seu efetivo interesse em implanta-lo é que definirão a estabilidade do sistema, bem como a amplitude e a qualidade do papel que será “permitido” ao órgão regulador desempenhar, isto é, fazer valer sua independência e autonomia.

4 A ANEEL: o que é, o que faz

4.1 Criação, Finalidade e Competências

Criada pela Lei 9.427, de 26/12/96, e constituída pelo Decreto 2.335, de 6/10/97, a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, autarquia especial, com personalidade jurídica de direito público e autonomia patrimonial, administrativa e financeira, vincula-se ao Ministério de Minas e Energia. Sua finalidade é regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, bem como a atuação dos agentes envolvidos com essas atividades (concessionários, permissionários ou autorizados), nos termos da legislação e em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal. Tudo, de forma a proporcionar condições favoráveis para que o desenvolvimento do mercado de energia elétrica ocorra com equilíbrio entre os agentes e em benefício da sociedade.

O art. 3º a lei da sua lei de criação declara que compete especialmente a ANEEL, o seguinte:

I – implementar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração da energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, expedindo os atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela Lei no. 9.074, de 02/07/95 (esta lei regulamenta a Lei no. 8.987, de 13/02/95, das concessões);

II – promover as licitações destinadas à contratação de concessionárias de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos;

III – definir o aproveitamento ótimo de que tratam os §§ 2º.e 3º., do art. 5º., da Lei 9.074, de 07/07/95;

IV – expedir os atos de outorga das concessões, permissões, autorizações e suas prorrogações para exploração de serviços e instalações de energia elétrica e para o aproveitamento de potencial hidroelétrico, celebrar e gerir os contratos, bem como

fiscalizar, diretamente ou mediante convênios com órgãos estaduais, os serviços e instalações concedidos, permitidos ou autorizados;

V – dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizados, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre agentes e consumidores;

VI – fixar os critérios para o cálculo do preço de transporte de que trata o § 6º. do art. 15, da Lei no. 9.074, de 07/07/95, e arbitrar os seus valores nos casos de negociação frustrada entre os agentes envolvidos;

VII – articular com o órgão regulador do setor de combustíveis fósseis e gás natural os critérios para fixação dos preços de transporte desses combustíveis, quando destinados à geração de energia elétrica, e para arbitramento de seus valores, nos casos de negociação frustrada entre os agentes envolvidos;

VIII – estabelecer, com vistas a propiciar concorrência efetiva entre os agentes e a impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica, restrições, limites ou condições para empresas, grupos empresariais e acionistas, quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações, à concentração societária e à realização de negócios entre si;

IX – zelar pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência, monitorando e acompanhando as práticas de mercado dos agentes do setor de energia elétrica;

X – fixar as multas administrativas a serem impostas aos concessionários, permissionários e autorizados de instalações e serviços de energia elétrica, observado o limite, por infração, de 2% (dois por cento) do faturamento, ou do valor estimado da energia produzida nos casos de autoprodução e produção independente, correspondente aos últimos doze meses anteriores à lavratura do auto de infração ou estimados para um período de doze meses caso o infrator não esteja em operação ou esteja operando por um período inferior a doze meses.

Os artigos 29 e 30, da lei no. 8.987, de 13/02/95 (lei das concessões), estabelecem as incumbências do poder concedente, as quais se incluem como competência da ANEEL, por força do art. 3º. da sua lei de criação, citado. Tais incumbências estão explicitadas no item 4.2, a seguir.

Portanto, por delegação estabelecida na lei de sua criação, a ANEEL exerce atribuições de poder concedente, e é última instância administrativa de decisão, afastando a possibilidade de atuação de qualquer outro órgão do Poder Executivo, inclusive o Ministério de Minas e Energia – MME, ao qual é vinculada. Embora a função de poder concedente não seja típica de um órgão regulador, em países desenvolvidos, no Brasil, ela pode ser melhor exercida pela ANEEL, dadas suas condições institucionais de autonomia, que a tornam menos permeável a interferências, no sentido amplo.

4.2 Poder Concedente e Concessão

O Art. 175, da Constituição Federal de 1988, prevê a concessão e permissão da prestação de serviços públicos. É regulamentado pela Lei no. 8.987, de 13/02/95 (lei das concessões), por sua vez, regulamentada pela Lei no. 9.074, de 02/07/95, e, posteriormente, complementada pela Lei no. 9.648, de 27/05/98.

Poder concedente é a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, objeto da concessão ou permissão.

A concessão de serviço público pode ser precedida ou não de execução de obra pública. É delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado. Formaliza-se por contrato. A permissão de serviço público também é delegada pelo poder concedente, mediante licitação, e diferencia-se da concessão por ser a título precário e por poder ser cometida à pessoa jurídica ou pessoa física.

Segundo o Art. 6º. e parágrafos, da Lei no. 8.987/95, toda a concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento do usuário, entendendo-se por serviço adequado, o que “satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”. A “atualidade” refere-se à modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como à melhoria e expansão do serviço.

São cláusulas essenciais do contrato de concessão, as relativas ao objeto, à área e ao prazo da

concessão; ao modo, forma e condições de prestação dos serviços; ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas; e outras, relacionadas no Art. 23 da Lei no. 8.987, de 13/01/95.

Nos casos de concessão, precedida da execução de obra pública, os contratos deverão estipular, adicionalmente, os cronogramas físico-financeiros de execução das obras, vinculadas à concessão, e as respectivas garantias para cumprimento das obrigações.

Os encargos do poder concedente estão declarados nos artigos 29 e 30 da Lei no. 8.987, de 13/02/95 (das concessões). A lei de criação da ANEEL (Lei no. 9.427, de 26/12/96), ao definir-lhe as competências, no Art. 3º., inclui dentre elas esses encargos de poder concedente. São eles:

- I – regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação;
- II – aplicar as penalidades regulamentares e contratuais;
- III – intervir na prestação do serviço, nos casos e condições previstos em lei;
- IV – extinguir a concessão, nos casos previstos nesta lei e na forma prevista em contrato; (extingue-se a concessão por “advento do termo contratual, encampação, caducidade, rescisão, anulação e falência ou extinção da empresa” – art. 35 da Lei no. 8.987/95).
- V – homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma desta lei, das normas pertinentes e do contrato;
- VI – cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão;
- VII – zelar pela boa qualidade do serviço, receber, apurar e solucionar queixas e reclamações dos usuários, que serão cientificados, em até trinta dias, das providências tomadas;
- VIII – declarar de utilidade pública os bens necessários à execução do serviço ou obra pública, promovendo as desapropriações, diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;

IX – declarar de necessidade ou utilidade pública, para fins de instituição de servidão administrativa, os bens necessários à execução de serviço ou obra pública, promovendo-a diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;

X – estimular o aumento da qualidade, produtividade, preservação do meio ambiente e conservação;

XI – incentivar a competitividade;

XII – estimular a formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço.

O artigo 30, da Lei no. 8.987/95, prevê que “no exercício da fiscalização, o poder concedente terá acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária”. Seu parágrafo único esclarece que “a fiscalização do serviço será feita por intermédio de órgão técnico, do poder concedente, ou por entidade com ele conveniada e, periodicamente, conforme previsto em norma regulamentar, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários”.

São direitos e obrigações dos usuários, dentre outros, previstos no art. 7º, da Lei no. 8.987/95, os seguintes:

- receber serviço adequado;
- receber do poder concedente e da concessionária, informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos;
- obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha, observadas as normas do poder concedente;
- comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço;

As obrigações das concessionárias estão previstas no art. 31, da Lei no. 8.987/95. Citam-se, dentre outras:

- prestar serviço adequado, na forma prevista nesta lei, nas normas técnicas aplicáveis e no contrato;
- manter em dia o inventário e o registro dos bens vinculados à concessão;
- prestar contas da gestão do serviço ao poder concedente e aos usuários, nos termos definidos no contrato;
- permitir aos encarregados da fiscalização livre acesso, em qualquer época, às obras, aos equipamentos e às instalações integrantes do serviço, bem como a seus registros contábeis;
- captar, aplicar e gerir os recursos financeiros necessários à prestação do serviço.

4.3 Aspectos Econômico-Financeiros da Concessão

Do ponto de vista econômico-financeiro, a concessão do serviço de energia elétrica compreende (art. 14, da lei de criação da ANEEL - Lei no. 9427, de 26/12/96):

I - a contraprestação pela execução do serviço, paga pelo consumidor final com tarifas baseadas no serviço pelo preço, nos termos da Lei no. 8.9987, de 13/02/95 (lei das concessões, capítulo IV, da política tarifária);

II - a responsabilidade da concessionária em realizar investimentos em obras e instalações que reverterão à União na extinção do contrato, garantida a indenização nos casos e condições previstos na Lei no. 8.987/95 (capítulo X – da extinção da concessão) e nesta lei, de modo a assegurar a qualidade do serviço de energia elétrica;

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

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

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

Segundo a Lei no. 8.987, de 13/02/95 (das concessões), que, no capítulo IV, trata da

política tarifária, as tarifas podem ser reajustadas ou revisadas, com base em mecanismos previstos nos respectivos contratos, de forma a manter o seu equilíbrio econômico-financeiro. No caso de reajustes, por índices econômicos que corrijam a inflação. Já no caso das revisões, que podem implicar em mudança da estrutura tarifária, somente poderão ocorrer a cada quatro ou cinco anos. Os reajustes tarifários ocorrem anualmente, exceto nos anos em que haja revisão tarifária.

Em 2003, estarão ocorrendo 17 revisões tarifárias: 10 empresas em abril e outras 7 no segundo semestre. Em 2004, serão outras 27 e, em 2005, outras 16. A ESCELSA – Espírito Santo Centrais Elétricas SA, primeira empresa distribuidora privatizada (em 1995), passou por revisão tarifária em duas ocasiões, em 1998 e 2001.

Anualmente, por ocasião dos reajustes tarifários, a parcela A, referente aos custos não gerenciáveis, é repassada integralmente à tarifa, e a parcela B, dos custos gerenciáveis, é corrigida, em parte pelo IGPM, conforme previsto nos contratos de concessão.

Na revisão tarifária, iniciada em abril de 2003, com base em informações de desempenho da empresa (custos gerenciáveis e outros), da região, de outras empresas e do setor, constante de seu banco de dados, a ANEEL calcula e projeta um fator X para o próximo período – 2003-2005, sob a forma de um percentual. Este percentual será aplicado automática e obrigatoriamente, por ocasião dos reajustes tarifários anuais, reduzindo o preço ao consumidor. Toda a economia (produtividade) que a empresa alcançar além do percentual do fator X, que já foi deduzido, será ganho seu. Na prática, o fator X significa uma meta mínima de desempenho que a empresa terá que alcançar, reduzindo suas despesas operacionais, sob pena de sofrer perdas de receita, porque sua parcela B não mais terá reajustes anuais pelo total do IGP M.

Quando dos reajustes ou revisões das tarifas, a ANEEL deverá manifestar-se no prazo máximo de trinta dias da apresentação da proposta da concessionária ou permissionária, sob pena de automaticamente passarem a vigorar os valores tarifários constantes da proposta. Em casos excepcionais, as concessionárias poderão solicitar reajustes extraordinários, como foi o caso do racionamento de maio de 2001, quando alegaram desequilíbrio econômico-financeiro dos

contratos de concessão, em decorrência da perda de receita pela redução de consumo imposta pela Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica - GCE.

Como se observa, a determinação dos custos gerenciáveis, ou seja, as despesas operacionais da empresa (parcela B), é o ponto de partida para o cálculo e posicionamento da nova tarifa máxima (no caso, para o período 2003-2006), sobre a qual incidirá o fator X, redutor do preço para o consumidor. Na verdade trata-se de definir um modelo de empresa, eficiente e eficaz, cujas despesas operacionais, estrutura do capital, ativo fixo e investimentos representem um padrão de gestão ótimo - ou quase, de forma que nem o consumidor nem a empresa sejam prejudicados, porque é com base nesse modelo ou padrão que será calculada a nova tarifa. Como esses dados e informações, basicamente, estão na posse da empresa e não do órgão regulador, essa assim chamada assimetria de informações é uma das grandes dificuldades, ou desafios, para aplicação corretamente do método de tarifação adotado, o *price cap*.

São as seguintes as variáveis principais, dos custos gerenciáveis, que serão definidas pelo órgão regulador (Nota técnica no. 030, da ANEEL): (a) custos operacionais eficientes; (b) taxa de retorno; (c) estrutura do capital e (d) base de remuneração, ou seja, investimento a ser remunerado.

Os custos operacionais eficientes serão definidos a partir de dados e informações da própria empresa, do banco de dados da ANEEL, de observações no mercado próximo e junto a outras empresas semelhantes ou similares.

A definição da taxa de retorno adotará métodos e técnicas disponíveis e consagrados para esse fim, tipo custo médio ponderado, descontos e *pay-back*.

A estrutura do capital observará sua composição, isto é, capital próprio e de terceiros, bem como os custos de oportunidade e riscos, inclusive o risco Brasil, no caso de financiamentos externos.

A definição do investimento a ser remunerado, ou a base de remuneração, está prevista na

Resolução no. 493, de 03/09/02, da ANEEL, que estabelece a seguinte composição da base de remuneração: ativo imobilizado em serviço, avaliado e depreciado conforme critérios estabelecidos na resolução; almoxarifado de operação; ativo diferido; obrigações especiais, proporcionalmente ao valor da concessionária; e capital de giro estritamente necessário à movimentação da concessionária.

Estabelece, ainda, a Resolução no. 493, de 03/09/02, que, por ocasião da revisão tarifária, a empresa deverá apresentar as relações de ativos devidamente avaliados. Esta avaliação será feita por empresa credenciada previamente pela ANEEL. Na sua falta, o órgão regulador arbitrará a base de remuneração a ser considerada na revisão tarifária.

4.4 Regime Jurídico, Organização, Processo Decisório e Descentralização

A ANEEL é uma autarquia especial. Este regime jurídico, que tem caracterizado as agências reguladoras no Brasil e em outros países, nada mais é que a antiga descentralização institucional autárquica que, em consonância com o novo papel do Estado (regulador), ressurgiu, revitalizada, como a melhor solução para conciliar manifestações imperativas, típicas de pessoas jurídicas de direito público, com a flexibilidade negocial. Dispõe, para isso, de ampla autonomia de gestão, administrativa e econômico-financeira, e simplificação dos procedimentos burocráticos típicos da administração direta.

A autonomia de gestão e administrativa da ANEEL expressa-se na sua organização e procedimentos administrativos específicos, diferenciados da administração direta, quadro de pessoal próprio e diretores, nomeados pelo Presidente da República, porém, com mandatos aprovados previamente pelo Senado Federal (arts. 5º. e 6º. da lei de criação de ANEEL, Lei no. 9.427, de 26/12/96), o que lhes garante independência de ação. Os mandatos têm prazo determinado e não são coincidentes com o do Presidente da República. Terminado o mandato, o ex-dirigente está impedido, por um período de quatro meses, de prestar qualquer tipo de serviço à empresa integrante do setor regulado pela agência, inclusive controladas, coligadas ou subsidiárias (quarentena). Os dirigentes da ANEEL, com mandato, somente poderão ser

exonerados pela prática de ato de improbidade administrativa, condenação penal transitada em julgado ou descumprimento injustificado do contrato de gestão (Art. 8º, parágrafo único, da Lei no. 9427, de 26/12/96).

A ANEEL, além disso, quanto as suas competências, atribuídas ou delegadas, por lei, decide como última instância administrativa.

A autonomia econômico-financeira da ANEEL lhe é garantida por dispor, dentre as suas receitas (Art. 11 da sua lei de criação, no. 9.427, de 26/12/96), dos recursos da cobrança da Taxa de Fiscalização de Serviços de Energia Elétrica - TSFEE, equivalente a cinco décimos por cento do valor do benefício econômico auferido pelo concessionário, permissionário ou autorizado, anualmente. O orçamento da ANEEL, entidade da administração indireta, integra a Lei Orçamentária da União, nos termos do inciso I do § 5º. do art. 165 da Constituição Federal de 1988. Por ser um tributo, esta taxa é recolhida aos cofres da União, dentro do princípio do caixa único e, posteriormente, repassada a ANEEL para cumprimento do seu orçamento e das entidades (agências) estaduais com as quais tem convênio. Esta taxa interfere diretamente no preço das tarifas (parcela A), portanto, cumpre verificar o seu montante *versus* a necessidade do órgão regulador e seus conveniados, de forma que o consumidor não seja onerado com arrecadação a maior. Por outro lado, como a inclusão do orçamento da autarquia na Lei Orçamentária da União dá-se de forma desvinculada da arrecadação da TFSEE, em decorrência do princípio do caixa único, eventuais contingenciamentos de despesas poderão interferir no seu funcionamento. Esse mecanismo acaba se constituindo em instrumento de poder do Governo Federal sobre a agência, restringindo-lhe a autonomia.

Nos termos da Emenda Constitucional no. 19, de 04/06/98, a autonomia gerencial, orçamentária e financeira de órgãos e entidades da administração direta e indireta, no caso a ANEEL, “poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade (...)”. É o contrato de gestão.

O Decreto no. 2.335, de 06/10/97, baixado pelo Presidente da República, constituiu a ANEEL e aprovou seu regimento. Este decreto contém dois anexos. O Anexo I estabelece a estrutura regimental

da ANEEL e o Anexo II o quadro demonstrativo dos cargos em comissão e funções de confiança. Este Anexo II foi modificado pela Lei no. 9.986, de 18/07/00, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras.

A estrutura organizacional da ANEEL compreende os seguintes órgãos:

- Diretoria: composta por 1 (um) diretor-geral e 4 (quatro) diretores, órgão colegiado, a quem compete analisar, discutir e decidir, em instância administrativa final, as matérias de competência da autarquia;

- Procuradoria-Geral: a quem compete assessorar juridicamente a Diretoria, emitir pareceres jurídicos e exercer a representação judicial da autarquia;

- Ouvidoria: a quem compete zelar pela qualidade do serviço público de energia elétrica, receber, apurar e solucionar as reclamações dos usuários. O ouvidor tem autonomia e independência de atuação, e lhe é assegurada condição plena para o desempenho de suas atividades. O ouvidor ocupa um dos cargos em comissão de gerente executivo (CGE II);

- Superintendências de Processos Organizacionais, em número de 20, a quem competem as atividades de gestão, propriamente ditas, da entidade.

São as seguintes as superintendências de processos organizacionais e suas respectivas vinculações às atividades das diretorias (regimento interno da ANEEL, anexo à Portaria MME no. 349, de 28/11/97):

- Regulação econômica do mercado e estímulo à competição: superintendência de regulação econômica e superintendência de estudos de mercado;

- Relações com o mercado e ouvidoria: superintendência de mediação administrativa setorial, superintendência de comunicação social;

- Gestão de potenciais hidráulicos: superintendência de gestão de potenciais hidráulicos e superintendência de estudos e informações hidrológicas;

- Outorgas de concessões e autorizações: superintendência de concessões e

autorizações de geração e superintendência de concessões e autorizações de transmissão e distribuição;

- Fiscalização da geração, da qualidade do serviço e econômico-financeira: superintendência de fiscalização dos serviços de geração, superintendência de fiscalização dos serviços de eletricidade e superintendência de fiscalização dos serviços econômico-financeiros;

- Regulação técnica e padrões de serviço: superintendência de regulação dos serviços de geração, superintendência de regulação dos serviços de transmissão, superintendência de regulação dos serviços de distribuição e superintendência de regulação dos serviços de comercialização de eletricidade;

- Planejamento e gestão administrativa: superintendência de planejamento e gestão, superintendência de gestão técnica da informação, superintendência de relações institucionais, superintendência de recursos humanos e superintendência de administração e finanças.

O processo decisório da ANEEL é colegiado e obedece aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, ampla publicidade e economia processual. A diretoria delibera com no mínimo três votos favoráveis, sendo um deles o do diretor-geral ou seu substituto legal. As reuniões que se destinem a resolver pendências entre agentes do setor elétrico e entre esses e os consumidores poderão ser públicas, a critério da diretoria, assegurando-se aos interessados o contraditório e ampla defesa.

Quando as decisões da diretoria da ANEEL, a serem efetivadas através de ato administrativo ou de anteprojeto de lei, implicarem na afetação de direitos dos agentes do setor elétrico ou dos consumidores, haverá audiência pública (art. 21 do seu regimento) com os objetivos de: recolher subsídios e informações para o processo decisório da ANEEL; propiciar aos agentes e consumidores a possibilidade de encaminhamento de seus pleitos, opiniões e sugestões; identificar, da forma mais ampla possível, todos os aspectos relevantes à matéria objeto da audiência pública; e dar publicidade à ação regulatória da ANEEL.

As revisões tarifárias são objeto de audiências públicas.

No caso de anteprojeto de lei, a audiência pública ocorrerá após prévia consulta à Casa Civil da Presidência da República.

A gestão de recursos humanos da ANEEL, e das demais agências reguladoras, está prevista na Lei no. 9.986, de 18/07/00. A legislação que rege seu pessoal é a trabalhista, em regime de emprego público. Possui um quadro efetivo e cargos comissionados: de direção, de gerência executiva, de assessoria e técnicos.

O quadro efetivo, dependente de concurso público para ingresso, compreende 230 reguladores, 75 analistas de suporte à regulação e 20 procuradores, totalizando 325 postos. O quadro de comissionados compreende 5 diretores, 29 gerentes executivos, 62 assessores e 130 técnicos. Estes últimos serão nomeados dentre servidores e empregados do quadro de pessoal efetivo.

Nos termos do capítulo IV, de sua lei de criação (Lei no. 9.427, de 26/12/96), a ANEEL, em nome da União, promoverá a descentralização de suas atribuições, delegando aos Estados e Distrito Federal, mediante convênio de cooperação, a execução de atividades complementares de regulação, controle e fiscalização dos serviços e instalações de energia elétrica. Inclui-se ouvidoria e excetuam-se os serviços de geração, de interesse do sistema elétrico interligado, e os de transmissão, integrantes da rede básica.

São objetivos da descentralização basicamente os seguintes:

- aproximar a ação reguladora dos agentes, consumidores e demais envolvidos do setor de energia elétrica;
- tornar mais ágil e presente a ação reguladora;
- adaptar as ações de regulação, controle e fiscalização às circunstâncias locais.

Para a realização do convênio de descentralização, a unidade da federação precisa possuir serviços técnicos e administrativos devidamente organizados e aparelhados, como agências reguladoras. A experiência dos Estados brasileiros é bastante variada: alguns possuem agências especializadas, outros, agências multifuncionais, abrangendo uma pluralidade de áreas de atuação.

Exemplos de agências especializadas são a CSPE - Comissão de Serviços Públicos de Energia, de São Paulo, criada pela Lei Complementar Estadual no. 833, de 17/10/97, que atua em energia elétrica e distribuição de gás canalizado, e a AGERBA – Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transporte e Comunicações, da Bahia, criada pela Lei Estadual no. 7.314, de 19/05/98.

Possuem um único órgão regulador, para todos os serviços públicos, Estados como o Rio de Janeiro, Ceará, Rio Grande do Sul, Espírito Santo, Mato Grosso, Minas Gerais Pará, Rio Grande do Norte, Santa Catarina e Sergipe, e outros. Cabe destacar que, embora multifuncionais, as agências dos Estados do Rio de Janeiro e de Minas Gerais não possuem convênio com a ANEEL.

Até final de 2002, a ANEEL já possuía 14 convênios com agências estaduais. Assinado o convênio, a ANEEL repassa às agências estaduais recursos financeiros provenientes da taxa de fiscalização dos serviços de energia elétrica – TFSEE, proporcionalmente.

4.5 Regulação, Fiscalização e Solução de Divergências

Regular, fiscalizar e solucionar eventuais divergências entre agentes do setor, e entre esses e os usuários e consumidores do serviço público, são as atividades básicas dos órgãos reguladores.

A ação regulatória da ANEEL visa primordialmente (art. 12, do seu regimento):

I - definição de padrões de qualidade, custo, atendimento e segurança dos serviços e instalações de energia elétrica compatíveis com as necessidades regionais;

II - atualização das condições de exploração dos serviços e instalações de energia elétrica, em decorrência das alterações verificadas na legislação específica e geral;

III – promoção do uso e da ampla oferta de energia elétrica de forma eficaz e eficiente, com foco na viabilidade técnica, econômica e ambiental das ações;

IV – manutenção da livre competição no mercado de energia elétrica.

Ressalta o regimento que as ações da ANEEL devem estimular a livre competição visando à proteção e defesa dos agentes do setor de energia elétrica e a repartição justa dos benefícios auferidos, entre eles e os consumidores. Nesse sentido, manterá cooperação com a Secretaria de Direito Econômico, do Ministério da Justiça, demais órgãos de proteção e defesa da ordem econômica e com os órgãos de defesa e proteção do consumidor, observando o Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

As ações de fiscalização da ANEEL (art. 16 do seu regimento) visam à educação e orientação dos agentes do setor de energia elétrica, à prevenção de condutas violadoras da lei e dos contratos e à descentralização de atividades complementares aos Estados.

Na ação de fiscalizar, a ANEEL poderá estabelecer credenciamentos de técnicos e empresas especializadas, consultores independentes e auditores externos.

As penalidades, aplicáveis aos agentes, concessionários, permissionários ou autorizados, obedecem à seguinte gradação: advertência escrita, multas, suspensão temporária de participação em licitações para obtenção de novas concessões, permissões e autorizações, intervenção administrativa, revogação de autorização e caducidade da concessão ou permissão.

Da ação fiscalizatória, direta ou nos processos descentralizados de fiscalização, pelos órgãos estaduais conveniados, cabe recurso à diretoria da ANEEL, que decide como última instância administrativa.

As atividades de solução de divergências exercidas pela ANEEL compreendem basicamente (Art. 18 do seu regimento):

I – dirimir as divergências entre concessionários, permissionários, autorizados, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e os consumidores, inclusive ouvindo diretamente as partes envolvidas;

II – resolver os conflitos decorrentes da ação reguladora e fiscalizadora no âmbito dos serviços de energia elétrica, nos termos da legislação em vigor;

III – prevenir a ocorrência de divergências;

IV – proferir a decisão final, com força determinativa, em caso de não entendimento entre as partes envolvidas;

V – utilizar os casos mediados como subsídios para regulamentação.

Registra-se que, nessas atividades de regulação, fiscalização e solução de divergências entre agentes do setor elétrico e entre esses e consumidores, a decisão da diretoria da ANEEL é a última instância administrativa. Recursos a essa decisão, somente ao Poder Judiciário. Neste ponto, parece residir uma das dificuldades do sistema praticado no país, com reflexos negativos para o setor elétrico como um todo, seja pela natural morosidade dos julgamentos pelo Poder Judiciário, seja pela sua não especialização no tema. E tudo mais se agrava, quando são concedidas liminares, com efeito suspensivo da decisão da instância administrativa, no caso a ANEEL (Pires e Goldstein, 2001:16). E ainda, que, pelo lado da entidade, o gestor público sente-se obrigado a esgotar todas as instâncias judiciais, sob pena de ações regressivas.

Uma posição praticável operacionalmente seria a adoção da arbitragem, ganhando-se celeridade e precisão técnica na definição das divergências. Conforme a lei da arbitragem, a Lei no. 9.307, de 23/09/96, “a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo (Art. 31)”. “As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral” (Art. 3º). As partes nomearão um ou mais árbitros. “Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes” (Art. 13).

A adoção da arbitragem poderá diminuir significativamente os prazos das demandas

judiciais no setor elétrico brasileiro, após a decisão da ANEEL, ganhando-se, ao mesmo tempo, em qualidade das decisões porque se poderá dispor de árbitros especializados na matéria.⁹

4.6 Contrato de Gestão, Missão, Objetivos e Metas

Conforme estabelece a sua lei de criação, a ANEEL possui um contrato de gestão com a União, através do Ministério de Minas e Energia - MME, assinado em 2/03/98 e com vigência até 31/12/00. Está prevista a renovação por períodos sucessivos de quatro anos, no interesse de ambas as partes. E rescisão, na ocorrência do previsto no parágrafo único da cláusula 8ª, da Lei no. 9427, de 26/12/96, isto é, o “descumprimento imotivado do contrato de gestão”.

Vale observar que o contrato de gestão é uma obrigatoriedade estabelecida na Lei de criação da ANEEL – Art. 7º. Por sua vez, o art. 20 e parágrafos, do regimento da ANEEL (Anexo I do Decreto no. 2.335, de 06/10/97) definem o formato do contrato de gestão e estabelecem que será negociado entre a diretoria da ANEEL e o Ministério de Minas e Energia – MME, ouvidos previamente os Ministros da Administração e Reforma do Estado (antigo MARE), da Fazenda e do Planejamento e Orçamento.

O contrato de gestão constitui-se em instrumento de controle da atuação administrativa da autarquia e da avaliação do seu desempenho, e elemento integrante da prestação de contas do Ministério de Minas e Energia - MME e da ANEEL. Uma cópia do contrato de gestão deve ser registrada no Tribunal de Contas da União. O relatório de gestão da ANEEL integra a prestação de contas do Ministério de Minas e Energia. Sua falta levará a ressalvas no julgamento das contas, conforme o Art. 16, II, da Lei 8.443, de 16/07/92 – Lei Orgânica do TCU.

Prevê a cláusula segunda do contrato de gestão que é missão da ANEEL “proporcionar condições favoráveis para que o mercado de energia elétrica se desenvolva com equilíbrio entre agentes e em benefício da sociedade”. Nos incisos I a IX, desta cláusula, estão explicitadas as diretrizes que pautarão o cumprimento da missão.

⁹ Sobre o tema, ver Araújo e Pires, 2000, e Russo, 2001

São objetivos estratégicos prioritários da ANEEL os seguintes (cláusula quarta do contrato de gestão):

I – desenvolver instrumentos regulamentares, normativos e contratuais eficientes e transparentes, inclusive os sistemas de penalidade, de forma aderente com o processo de reestruturação do setor elétrico, interagindo com os agentes que compõem o seu arranjo institucional, em harmonia com as diretrizes contidas nos itens I, II e V da cláusula segunda;

II – promover amplo estudo da estrutura e níveis tarifários, considerando os reflexos do processo de reestruturação, para atuar na regulação econômica do setor de energia elétrica, introduzindo mecanismos de incentivos à eficiência e garantindo o equilíbrio na repartição dos benefícios e dos ganhos dela decorrentes entre os agentes e os consumidores, buscando promover a concorrência e a competição, em harmonia com as diretrizes contidas nos itens II, III, IV e V da cláusula segunda;

III – instituir processo de fiscalização efetiva dos serviços de energia elétrica, concedidos, permitidos ou autorizados, preferencialmente de forma descentralizada, priorizando as áreas mais problemáticas e com ênfase na melhoria da qualidade do serviço e foco na satisfação dos consumidores, em harmonia com as diretrizes contidas nos itens I, II, VII e IX da cláusula segunda;

IV – propiciar condições para expansão do sistema de geração e eliminação das restrições no sistema de transmissão, tanto na presente fase de transição como no período subsequente, em harmonia com as diretrizes contidas nos itens VI e VII da cláusula segunda;

V – implantar a adequada estruturação administrativa da ANEEL, com ênfase na capacitação técnica, profissional e ética de seus quadros, em harmonia com as diretrizes contidas nos itens VII e IX da cláusula segunda.

Os recursos orçamentários e financeiros constam da cláusula quinta do contrato de gestão que prevê sejam estabelecidos anualmente no Orçamento Geral da União. Para o ano de 1998, primeiro ano do contrato de gestão, foi contratado um valor de R\$ 129.064.586,00 (cento e vinte

e nove milhões e sessenta e quatro mil e quinhentos e oitenta reais), resultante das seguintes fontes: compensação financeira e royalties, reserva global de reversão – RGR e taxa de fiscalização dos serviços de energia elétrica – TFSEE (para 2003, o orçamento da ANEEL é da ordem de R\$ 170 milhões).

Prevê a cláusula sexta do contrato de gestão que o desempenho da ANEEL será avaliado periodicamente para verificação do cumprimento das metas e indicadores, e para reavaliação das premissas, condicionantes e objetivos, quando couber. E, que no prazo de 60 (sessenta) dias, após o término de cada exercício civil, o Ministério das Minas e Energia - MME e a ANEEL promoverão reunião específica para avaliação de desempenho, com base em relatório a ser apresentado pela ANEEL.

Quanto às metas, está dito na cláusula sétima (subcláusula primeira) do contrato de gestão que, no último bimestre de cada exercício, o Ministério das Minas e Energia – MME e a ANEEL promoverão reunião para pactuar os meios, as metas e os indicadores para o exercício seguinte, mediante substituição do Anexo I (onde constam as metas) por documento autenticado entre as partes.

As obrigações da ANEEL estão previstas na cláusula nona do contrato de gestão. São elas:

- I – atingir metas e resultados pactuados para cada exercício, na forma do Anexo I;
- II – manter um sistema de informações que permita o acompanhamento das ações e programas objeto do presente contrato;
- III – alertar o Ministério das Minas e Energia – MME quanto ao impacto decorrente de medidas, diretrizes ou iniciativas governamentais sobre a estrutura e o funcionamento do mercado de energia elétrica;
- IV – apresentar dados de acompanhamento da gestão, conforme previsto na subcláusula primeira da cláusula sexta do presente contrato;
- V – colaborar nos trabalhos do programa de reestruturação do setor elétrico conduzido pelo Ministério de Minas e Energia;
- VI – observar, nas licitações de aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica, o

plano e as prioridades do Ministério de Minas e Energia – MME, estabelecidas a partir do programa definido no planejamento indicativo do setor elétrico;

VII – reduzir anualmente o limite do efetivo de pessoal contratado temporariamente, conforme previsto no art. 26 do Anexo I do Decreto no. 2.335, de 1997, com base em estudos a serem realizados em conjunto com o órgão central do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal – SIPEC.

A cláusula décima do contrato de gestão define as seguintes obrigações para o Ministério de Minas e Energia – MME, o contratante:

I – definir, anualmente, as políticas e diretrizes setoriais;

II – assegurar os recursos orçamentários previstos para cumprimento do presente contrato;

III – respeitar a autonomia administrativa e independência de decisão da ANEEL quanto às competências estabelecidas pela legislação em vigor, nos termos da cláusula oitava do presente contrato;

IV – ouvir a ANEEL na condução dos trabalhos do programa de reestruturação do setor elétrico e na adoção de medidas ou iniciativas governamentais que tenham impacto sobre a estrutura e funcionamento do mercado de energia elétrica.

O Anexo I ao contrato de gestão estabelece as metas institucionais (objetivo 1), metas de regulação e eficiência econômica (objetivo 2), metas de qualidade do serviço e satisfação dos consumidores (objetivo 3), metas de efetividade no uso e na oferta de energia elétrica (objetivo 4) e metas organizacionais (objetivo 5). As metas do ano de 1998 foram renovadas para 1999 e 2000; porém, a renovação do contrato para o período 2001-2004, as metas dos anos de 2001, 2002 e 2003, assim como os relatórios específicos para acompanhamento das metas dos anos anteriores (cláusula sexta do contrato de gestão – sistema de avaliação) não estão disponíveis no *site* da ANEEL. Igualmente, não se tem notícia das providências previstas na cláusula sétima (das metas) do contrato de gestão, quais sejam: no último bimestre de cada exercício, reunião entre o Ministério de Minas e Energia –MME e a ANEEL para definir o Anexo I para o ano seguinte (subcláusula primeira), e detalhamento das metas em planos de ação, indicadores de desempenho

e prazos (subcláusula segunda), em especial do ano 2001 em diante.

Informações obtidas dão conta que o Ministério de Minas e Energia – MME monitorou a execução do contrato de gestão em 1998 e 1999, mas não em 2000. Quanto ao novo contrato para período de quatro anos (2001-2004), soube-se que o MME e a ANEEL discutiram suas cláusulas e que ficou pronto para assinatura em dezembro de 2002. No entanto, por estar em fim de governo, não chegou a ser assinado.

4.7 Avaliação e Acervo

Como se verifica, a ANEEL dispõe dos mecanismos e das condições para cumprir a missão que lhe foi conferida. Seu desempenho comparativamente às outras agências similares apresenta-se com destaque positivo.

O IDEC – Instituto de Defesa do Consumidor, em março de 2003, divulgou pesquisa sobre sete das principais agências e órgãos reguladores brasileiros, concluindo que o desempenho desses órgãos é insatisfatório. A atuação da ANEEL, ao lado da ANVISA e do INMETRO, foi considerada regular, a melhor classificação da pesquisa. Foram pesquisados os seguintes órgãos: ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica, ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações, ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária, ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar, INMETRO – Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, Banco Central e Secretaria de Defesa Agropecuária. A pesquisa avaliou os seguintes itens:

- Efetividade na atuação em prol dos consumidores na regulamentação e na fiscalização;
- Divulgação do órgão e mecanismos para recebimento e resolução de problemas dos consumidores;
- Existência de canais institucionalizados e condições para a participação dos consumidores nas decisões e no controle social;
- Acesso à informação, legislação, dados do setor, atividades e resultados dos órgãos.

No item efetividade na atuação em prol dos consumidores, a pesquisa apontou o seguinte

para a ANEEL:

- Quanto a problemas do setor: explosão tarifária e crises, do racionamento em maio de 2001 e nas distribuidoras;

- Quanto à regulação econômica e regulamentação técnica: regulamentação tardia dos critérios de baixa renda; e sobre a revisão tarifária: passos acertados na definição da base de remuneração pelo custo de reposição, falta de clareza no fator X, utilização do risco Brasil e a taxa de retorno;

- Quanto à fiscalização: poucas penalidades por desrespeito aos padrões estabelecidos, poucos indicadores possuem acompanhamento sistemático, e somente após 1º. de janeiro de 2005 haverá ressarcimento por infrações nos níveis de tensão.

Uma outra avaliação concedeu a ANEEL, em 2003, pelo segundo ano consecutivo, o Prêmio Consumidor Moderno de Excelência ao Cliente. O desempenho da agência foi avaliado por um corpo de jurados nomeados por Consumidor Moderno e B2B Magazine, revistas responsáveis pela premiação. A avaliação focalizou basicamente a Central de Teleatendimento – CTA que, desde sua criação, em 2002, já realizou 4,7 milhões de atendimentos. Segundo resultados da avaliação, a central leva apenas dez segundos para atender a 99,77% das chamadas.

Pesquisa da Câmara Americana de Comércio, de São Paulo – AMCHAM-SP, “Cenário atual das agências reguladoras – ANEEL”, realizada em maio de 2003, abrangendo “os principais agentes envolvidos: empresas e associações ligadas ao mercado (em alguns casos as respostas representam 90% do mercado regulado)”, apontou que a ANEEL deve ter autonomia para realizar as funções de regular, fiscalizar, mediar e conceder, deixando a política e a definição de diretrizes para o Poder Executivo. Entre as principais críticas ao desempenho da ANEEL, reveladas pela pesquisa, estão a qualidade dos atos regulatórios para desenvolver um ambiente competitivo, considerada ruim por 57% dos entrevistados e a clareza das normas, indicada como baixa por 71,4%; além disso, 85,7% dos respondentes consideram que a ANEEL não desenvolve suas funções com equilíbrio entre os agentes. O desempenho da ANEEL é considerado regular por 57%, tendo sido apontadas dificuldades quanto ao regime temporário de boa parte dos funcionários da agência e à remuneração, abaixo da verificada no mercado. A pesquisa não

apresenta maiores detalhes quanto à metodologia adotada. (www.amcham.com.br/docs/update2003-05-21a.pdf)

Desde sua criação, em fins de 1996, a ANEEL acumulou apreciável acervo e experiência e seu desempenho tem-se revelado em condições iguais ou até superior aos demais órgãos reguladores do país. Sua formatação essencialmente técnica, e característica dos Estados reguladores do primeiro mundo, ressoa com os usos e costumes de uma sociedade permeada por comportamentos formalísticos e, de certa forma, acostumada ao embate permanente entre ingerência política, atuação técnica e interesse público, onde muitas vezes a ação política predomina. Agora mesmo, por ocasião do início do novo governo, assiste-se à discussão sobre a manutenção ou não das agências reguladoras, e, em especial, a questão da intocabilidade do mandato dos seus dirigentes.

Percebe-se a necessidade de a ANEEL (e outras agências reguladoras) fortalecer sua posição na Sociedade, desenvolvendo ações pró-ativas e com maior presença junto aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e à população em geral. Deve, também, divulgar seu papel de agente de Estado e salvaguarda do bem-estar comum, bem como suas ações para que a prestação dos serviços de energia elétrica cumpra as condições da concessão, isto é, atenda plenamente aos usuários, satisfazendo as “condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”, conforme previsto no art. 6º. e parágrafos da Lei no. 8.987, de 13/01/95 (das concessões).

5 A Crise de Maio de 2001 e a GCE

5.1 A Crise

No início do ano de 2001, por força de uma forte estiagem, obras de geração não realizadas e decisões postergadas, ocorre no país uma crise de fornecimento de energia elétrica, popularmente chamada de “apagão”, que levou a racionamentos generalizados de consumo durante determinado tempo, até 28/02/02.

No Brasil, cerca de 90% da energia é fornecida por usinas hidroelétricas. Dadas as condições topológicas do país, que é relativamente plano, há necessidade de construção de barragens, que regularizem vazões para movimentar as turbinas. Formam-se assim os reservatórios, alguns imensos, com grande capacidade de armazenamento. São esses reservatórios, que, cumprindo função de estoques reguladores, permitem a manutenção constante da produção de energia elétrica, dando confiabilidade ao sistema. A água armazenada no conjunto dos reservatórios permite calcular a capacidade de geração de energia elétrica. Além disso, como estoque regulador, permite suprir eventuais aumentos inesperados de consumo ou estiagens. As redes de linhas de transmissão, por sua vez, interligam as usinas hidroelétricas compensando déficits ou excessos.

A partir dessa perspectiva, estudos técnicos concluíram que a hidrologia desfavorável, por si só, não teria levado a crise de maio de 2001 ao nível de gravidade que alcançou. Isso somente teria sido possível com a interveniência de outros fatores, ou pelo lado do consumo ou pelo lado da oferta, ou a conjugação dos dois, conforme o “Relatório sobre a Crise Energética”, elaborado pela Comissão de Análise do Sistema Hidrotérmico de Energia Elétrica (2001).

Pelo lado do consumo, a diferença entre a previsão do Plano Decenal 1998-2007 para o período 1998 a 2000 foi apenas 1% inferior ao montante de consumo efetivamente verificado, descartando-se, portanto, esta alternativa.

Já pelo lado da oferta foi diferente. Ocorreram os seguintes fatos: o atraso de obras de geração e transmissão programadas para o período 1998-2001 e a não construção de obras de geração adicionais

previstas no Plano Decenal. Esta energia - que seria aportada no período 1998-2000, se tivesse sido gerada, corresponderia a cerca de 40 mil GWh, ou 26% da capacidade de armazenamento de todas as regiões. Somado ao nível de armazenamento de maio de 2001, que era de 32%, teria sido alcançado um armazenamento de 58%, mais que suficiente para evitar o racionamento.

Em conclusão, a geração a maior, em substituição às obras não realizadas, eliminou as defesas propiciadas pelas reservas mantidas pelas bacias de acumulação das usinas hidroelétricas – UHE's, levando ao esvaziamento precoce dos reservatórios.

Outro aspecto, segundo o Relatório citado, refere-se a falhas no processo de transição para o novo modelo. As empresas distribuidoras não foram motivadas a buscar outras fontes de suprimento para o atendimento dos consumidores de sua área de concessão porque os contratos iniciais, de demanda, assinados com as geradoras, cobriam os 100% do consumo que necessitavam atender. As geradoras, por sua vez, embora expostas a perdas financeiras, também não investiram.

Por outro lado, o sistema de transmissão não foi capaz de transferir as sobras energéticas verificadas na região sul, com hidrologia favorável, vivenciando-se a situação paradoxal de restringir o consumo na região sudeste, enquanto, ao mesmo tempo, era vertida água na região sul e na divisa entre essas regiões, pois a bacia do Paranapanema contava com índices plenos de reserva.

Vale também observar a existência de uma margem confortável entre o preço das tarifas de fornecimento, autorizado pela ANEEL, que as empresas distribuidoras cobram dos consumidores, e o preço das tarifas de suprimento, que pagam às geradoras. No Brasil, em 1998, a margem era de cerca de 60% (R\$ 27,59 para R\$ 67,90), bem maior que os 40% verificados em outros países (Pires, 1999:157).

Em 1999, o Ministério de Minas e Energia – MME, sabedor da gravidade da crise que se avizinhava, tentou implementar o seguinte conjunto de medidas com o objetivo de evitar ou aliviar a situação crítica:

- Contratação de geração emergencial, através do aluguel de usinas térmicas montadas em barcaças;
- Programa prioritário de termoeletricas – PPT, criado em início de 2000, previa

inicialmente a construção de 49 térmicas para início de operação antes de 2003; posteriormente foi priorizada a construção antecipada de 17 térmicas;

- Realização de leilões, previstos pela resolução no. 560, da ANEEL, que determinou que o Mercado Atacadista de Energia – MAE promovesse a compra de 2.500 MW de energia térmica adicional.

Em março de 2001, já no limiar da crise, o Operador Nacional do Sistema – ONS solicitou ao poder concedente o contingenciamento de 20% da carga (Nota Técnica ONS 019/2001) e a ANEEL propôs o Plano de Redução de Consumo e Aumento da Oferta (RECAO).

Por diversas razões, em especial de natureza administrativa (indefinição ou conflito de competências), possivelmente, também de natureza econômico-financeira (disponibilidades orçamentárias), e, certamente, por uma certa falta de credibilidade (poder), nenhuma dessas medidas se concretizou.

Os órgãos envolvidos, principalmente a ANEEL, o ONS e o Ministério de Minas e Energia - MME, não foram capazes de sensibilizar os escalões superiores, no caso, a Presidência da República, quanto ao risco e à severidade da crise de suprimento que se avizinhava. Segundo o Relatório, teria sido comunicado pelo Ministro de Minas e Energia, às autoridades superiores, que, no período 2000-2003, havia probabilidade superior a 90%, de ocorrência de condições hidrológicas 85% acima da MLT (média de longo prazo), hipótese em que não haveria risco de racionamento. Portanto, o risco de racionamento seria ligeiramente inferior a 10%, o que dentro de um entendimento comum, não se constituiria em grande problema. Ocorre que, no setor elétrico, tecnicamente, admitem-se riscos de até - no máximo - 5%; acima disso, que era o caso, o racionamento é iminente e indicado.

Na ocasião, 2000 e início de 2001, imperfeições organizacionais, indefinições, conflitos e vazios de competências funcionais na estrutura administrativa, responsável pelo respaldo ao novo modelo do setor elétrico brasileiro, acabaram tornando-se determinantes no reforço das condições que, afinal, levaram à inevitabilidade da crise. O Conselho Nacional de Política Energética – CNPE, órgão superior do sistema, encarregado da definição da política energética do país, em que pese criado pela Lei no. 9.478, de 06/08/97, só veio a ser regulamentado em meados de 2000 (Decreto no. 3.520, de 21/06/00).

Além disso, segundo o Relatório sobre a Crise Energética, as atribuições do antigo Grupo Coordenador do Planejamento dos Sistemas Elétricos - GCPS, que concentrava a memória e conhecimento do planejamento de longo prazo do setor, foram transferidas para um novo órgão, o CCPE – Comitê Coordenador do Planejamento da Expansão dos Sistemas Elétricos, subordinado à Secretaria de Energia, do Ministério de Minas e Energia – MME. Porém, nem a Secretaria de Energia, nem o CCPE, dispunham de recursos técnicos e humanos para o exercício pleno das funções; passaram a depender do apoio da ELETROBRAS, cujos profissionais estavam saindo para o setor privado ou se aposentando. Em consequência, aponta o Relatório (45), “nenhuma instituição esteve encarregada de verificar a ‘lógica’ global do processo e exercer a coordenação, entre as esferas de governo, na implementação da política energética, especialmente na transição para o novo modelo e no enfrentamento de crises”.

Na verdade, diluíram-se as responsabilidades entre os vários órgãos e autoridades do setor: ninguém se sentiu formalmente responsável. Cada um dos órgãos envolvidos – Ministério de Minas e Energia – MME, ANEEL, ONS, ELETROBRAS, PETROBRAS e Ministério da Fazenda – MINIFAZ - agiram segundo interesses específicos, e sem coordenação. Segundo o Relatório (36), “a somatória de ações com lógicas individuais levou à lentidão e à ineficiência do processo decisório, impedindo que medidas corretivas pudessem ser tomadas a tempo”. Esse processo de disfunção da burocracia é estudado na teoria da administração, por autores como Merton, Gouldner e Selznick (March e Simon, 1970: 63, 72, 73).

A ELETROBRAS, o ONS, a ANEEL e o Ministério de Minas e Energia - MME, já em meados de 1999, estavam cientes, de que havia riscos muito elevados de déficit para 2000 e 2001, confirma o Relatório, e registra (38):

“No entanto, segundo o ONS, houve instruções do MME para que não se divulgassem publicamente as avaliações de risco e severidade, com o objetivo de evitar preocupações exageradas por parte da sociedade. Da mesma maneira, a Comissão não conhece manifestação pública da ANEEL, sobre o tema, anterior a março de 2001”.

Ou seja, a ANEEL, capturada, calou-se.

5.2 A GCE

Caracterizada a crise e a necessidade de racionamento, em maio de 2001, através da Medida Provisória no. 2.147, de 15/05/01, foi criada e instalada a Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica – GCE, com o objetivo de propor e implementar medidas de natureza emergencial, em face da situação hidrológica crítica, para compatibilizar a demanda e a oferta de energia elétrica, de forma a evitar interrupções intempestivas ou imprevistas do suprimento de energia elétrica. Esta Medida Provisória, com 13 artigos, foi substituída pela de no. 2.148-1, de 22/05/01, que lhe acrescentou um capítulo II – do programa emergencial de redução do consumo de energia elétrica, arts. 13 a 23, e um capítulo III – das disposições gerais, arts. 24 a 31. Posteriormente, esta Medida Provisória foi sucessivamente substituída pelas no. 2.152 –2, de 01/06/01, no. 2.198-3, de 28/06/01, no. 2.198-4, de 27/07/01, e no. 2.198-5, de 24/08/01.

A GCE foi instalada na Presidência da República, sob a direção do Ministro-chefe da Casa Civil, com poderes extraordinários. Em temas da competência do Poder Executivo, decidia em última instância, e suas solicitações e determinações aos órgãos e entidades da Administração Federal deveriam ser atendidas em caráter prioritário, e no prazo por ela assinalado.

Compunham a GCE, 9 ministros (da Casa Civil, de Minas e Energia, do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, da Fazenda, do Planejamento, Orçamento e Gestão, do Meio Ambiente, da Ciência e Tecnologia, o Chefe da Secretaria de Comunicação do Governo da Presidência República e o Chefe do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República), os dirigentes máximos da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, da Agência Nacional de Águas – ANA, da Agência Nacional do Petróleo – ANP e do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, bem como o Diretor - Presidente do Operador Nacional do Sistema Elétrico –ONS, o Diretor - Geral Brasileiro da Itaipu Binacional, e outros membros eventualmente designados pelo Presidente da República.

Dedicariam tempo integral à GCE, compondo um núcleo ou comitê executivo, 5 membros: os Ministros da Casa Civil e de Minas e Energia, o Diretor-Presidente da ANEEL, o Diretor-Presidente do ONS e o Diretor da Itaipu Binacional.

A GCE estruturou-se em base matricial e administração por projetos. Suas atribuições eram basicamente as seguintes: regulamentar e gerenciar o programa de racionamento; acompanhar e avaliar as conseqüências da crise de energia elétrica; propor medidas para atenuar os impactos negativos da crise de energia elétrica sobre os níveis de crescimento, emprego e renda e propor o reconhecimento de situações de calamidade pública; estabelecer limites de uso e fornecimento de energia elétrica; estabelecer medidas compulsórias de redução, suspensão ou interrupção do fornecimento de energia elétrica; propor alteração de tributos e tarifas sobre bens e equipamentos que produzam ou consumam energia; decidir quanto à implementação do racionamento; impor restrições ao uso de recursos hídricos não destinados ao consumo humano e essenciais ao funcionamento das hidroelétricas; propor ajustamento dos limites de investimentos do setor elétrico estatal federal; estabelecer procedimentos específicos para o funcionamento do Mercado Atacadista de Energia Elétrica – MAE, em situação de emergência; estabelecer diretrizes para as ações de comunicação social dos órgãos e entidades do setor energético, visando a adequada divulgação das ações da CGE e articular-se com os poderes da União e das demais unidades da federação objetivando a implantação de programas de enfrentamento da carência de energia elétrica.

Esse amplo leque de atribuições e poderes deferidos a GCE naturalmente interferia na competência de vários órgãos e entidades, em especial, do setor elétrico. Assim, o art. 26 da Medida Provisória que criou e instalou a GCE declara que “não se aplicam as Leis nos. 8.987, de 13/02/95, 9.427, de 26/12/96, no que conflitarem com esta Medida Provisória”. Respectivamente a lei das concessões e a lei de criação da ANEEL.

Tal arranjo organizacional, dando plenos poderes e agilidade a CGE, bem demonstra a grande preocupação do governo com o tema, na ocasião. As várias ações de inconstitucionalidade, em especial quanto ao programa de racionamento, foram negadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Para o desempenho de suas funções, que acabou envolvendo um grande número de técnicos e órgãos da Administração Pública, a GCE criou 10 (dez) órgãos colegiados, do tipo comitês: comissão de análise do sistema hidrotérmico de energia elétrica, comitê técnico de atendimento às áreas essenciais, comitê de assessoramento jurídico, grupo de preparação do programa de corte de carga, comitê de acompanhamento e controle do programa emergencial de redução do consumo de energia elétrica, comitê técnico do meio ambiente, comitê técnico de aumento da oferta de energia de curto prazo e comitê de revitalização do modelo do setor elétrico. Foram também definidas a elaboração e

implantação de dois programas:

- O Programa Emergencial de Redução do Consumo de Energia Elétrica, com o objetivo de compatibilizar a demanda de energia com a oferta, inclusive impondo limites (tetos ou metas) ao seu consumo e fornecimento;

- O Programa Estratégico Emergencial de Energia Elétrica, com o objetivo de aumentar a oferta de energia elétrica, envolvendo ações de médio e longo prazos.

Durante o processo do racionamento, propriamente dito, estabeleceu-se um sistema que permitiu ao público em geral acompanhar frequentemente a evolução do nível mínimo dos reservatórios de água, através de uma curva guia de segurança estabelecida pelo Operador Nacional do Sistema – ONS. Acima dessa curva guia, foi traçada uma outra que indicava o comportamento real dos reservatórios e os ganhos decorrentes do racionamento.

Para os consumidores residenciais, foi aplicado um sistema de bônus para estimular a economia de energia elétrica e de ônus (acréscimos e corte) para os que ultrapassassem a meta estabelecida. Para as empresas, a economia em relação à meta de consumo estabelecida possibilitava a venda dessa economia para outras empresas, inclusive com transações na bolsa de valores.

Ao final de 2001 e início de 2002, arrefecidas as condições que determinaram a crise e o programa de racionamento, iniciam-se as medidas e procedimentos para o seu final, culminando com o chamado acordo geral do setor, formalizado em dezembro de 2001, e o fim do programa de racionamento, em 28/02/02.

O acordo geral do setor elétrico, discutido e negociado no âmbito do Comitê de Revitalização do Modelo do Setor Elétrico, da GCE, foi aprovado pela Medida Provisória no. 14, de 21/12/01. Representou um acerto de contas com as empresas concessionárias que, argumentando com o princípio do equilíbrio econômico-financeiro previsto nos seus respectivos contratos de concessão, exigiram compensação financeira pela energia vendida a menor, por força do racionamento. O consumo total do ano de 2001 (283.798 GWh) caiu aos níveis de 1998 devido à redução havida de junho a dezembro. Para simples comparação, o consumo total em 2000 foi de 307.449 GWh (dados do SIESE, da ELETROBRAS – ver tabela 2.3 deste trabalho).

O montante do acordo para cobrir as perdas das concessionárias foi da ordem de R\$ 9 bilhões, financiados pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, com base nos recebíveis das contas de luz dos consumidores.

Por força desse acordo, a ANEEL procedeu a uma recomposição tarifária extraordinária, aumentando as tarifas em 2,9% para os consumidores das classes residencial e rural e em 7,9% para os demais consumidores, excluídos os consumidores residenciais de baixa renda e restrito aos consumidores situados na área geográfica abrangida pelo Programa Emergencial de Redução do Consumo de Energia Elétrica (sudeste, centro-oeste, nordeste e parte do norte). Para a homologação do acordo, as geradoras e distribuidoras foram obrigadas a cumprir o disposto no art. 6º, parágrafos e incisos, da Medida Provisória no. 14, de 21/12/01, renunciando e desistindo de direitos e pleitos judiciais e administrativos, o que, de certa forma, solucionou de forma definitiva “antigos contenciosos que paralisavam investimentos e tornavam eminente um processo de inadimplência em cadeia e desestruturação do setor” (Pedro Parente, “O que ganhamos com a crise energética”, site Energia Brasil).

É interessante registrar que a Medida Provisória no. 2.148-1, de 22/05/01, a primeira reedição da Medida Provisória no. 2.147, de 15/05/01, que criou e instalou a GCE, desde então, maio de 2001, no seu art. 28, já previa a possibilidade de uma eventual tarifação extraordinária para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos:

“Art. 28 - Na eventual e futura necessidade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de contratos de concessão, devidamente comprovada na forma da legislação, esta far-se-á, observado o disposto no art. 20, na forma do § 2o. do art. 9o. da Lei no. 8.987, de 1995, mediante reconhecimento da ANEEL, ressalvadas as hipóteses de casos fortuitos, força maior e riscos inerentes à atividade econômica e ao respectivo mercado”.

O § 2o, do art. 9o, da lei no. 8.987, de 13/02/95 (lei das concessões), estabelece que “os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro”. E o art. 20, da própria Medida Provisória de criação da GCE, em 22/05/01, já prescrevia a constituição de um fundo, de 2% dos valores de multas por descumprimento das metas de consumo, “para cobertura de custos adicionais das concessionárias distribuidoras com a execução

das resoluções da GCE”, e para “remunerar os bônus” - por economia de energia, tudo devidamente contabilizado em conta especial, os débitos e os créditos. E, conforme o § 2o. desse art. 20, “o saldo da conta especial será compensado integralmente nas tarifas, na forma a ser definida pela ANEEL”.

O acordo geral do setor elétrico baseou-se no princípio do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, exhaustivamente explicitado nas legislações, conforme se demonstrou, inclusive na lei de criação da GCE, desprezando-se, porém, as ressalvas, também previstas, isto é, os casos em que ele não seria acionado:

“(…) ressalvadas as hipóteses de casos fortuitos, força maior e riscos inerentes à atividade econômica e ao respectivo mercado” (MP no. 2.148-1, de 22/05/01, Art. 28, *in fine*).

Cabe observar que, antes do equilíbrio econômico-financeiro, a primeira alegação das empresas foi quanto ao Anexo V dos contratos de concessão, que se refere a impossibilidades, como a das geradoras hidroelétricas, impossibilitadas de entregar a energia elétrica, durante um certo período, por falta de água nos seus reservatórios. Um estado da natureza, talvez, mais próximo das ressalvas do que do princípio do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. Ou, como registra o Relatório sobre a Crise (itens 24 a 29), os contratos entre as geradoras e as distribuidoras (contratos iniciais - de 1999 a 2002 abrangendo até 100% das necessidades das distribuidoras, e de 2003 a 2006 descontando-se 25% por ano), na verdade, não estavam respaldados por geração física (energia assegurada) capaz de garantir os respectivos suprimentos, portanto, descumpriam a regulamentação do setor. As geradoras são basicamente estatais federais.

Além disso, pela Lei no. 9.648, de 27/10/96, que regulamenta a matéria, cabia a ANEEL “homologar os montantes de energia e demanda de potência”, relativos àquela geração física (Art. 10, § 1º). Porém, em 1998, esta atribuição passou oficialmente para o Operador Nacional do Sistema – ONS. Em 1996, ao que se sabe, a identificação dos montantes de energia era incumbência do Grupo Coordenador da Operação do Sistema – GCOI, da ELETROBRAS, o qual veio a constituir o ONS.

De qualquer forma, os argumentos favoráveis ao acordo geral do setor orientam-se no sentido de que, se o pleito das concessionárias não fosse reconhecido, fatalmente iriam recorrer ao Poder Judiciário, e estaria criado mais um contencioso, com todas as implicações negativas relativas a tempo, oportunidade das decisões judiciais, nem sempre lastreadas em especialização técnica, e

políticas, no que se refere a risco regulatório. Além disso, nessa hipótese, eventuais ônus recairiam sobre o Tesouro, enquanto que pela decisão adotada, recaíram sobre os consumidores, e, ao mesmo tempo, foram contornados os outros aspectos negativos citados.

Contudo, resulta um fato insólito. A sociedade brasileira chamada a colaborar racionando o consumo, o que faz, acaba tendo que pagar a energia elétrica que não consumiu para compensar o que as empresas não venderam, tudo com base no argumento do equilíbrio econômico-financeiro. Se, na prática, foi a decisão menos conflituosa, em termos substanciais, agride a noção de mercado, a livre concorrência que, paradoxalmente, o modelo do setor elétrico brasileiro se propõe incentivar. Na verdade, inventou-se um risco regulatório às avessas: não há o que os investidores temerem, os consumidores sim, porque, no final, eles sempre pagarão a conta.

Objetivamente, e independentemente da sua eficácia, os fatos que levaram ao acordo geral do setor elétrico apontam no sentido da captura da GCE, se é que se pode assim chamar, posto que ela, na verdade, representava os interesse do governo, e da ANEEL, porque, mais uma vez, não se manifestou.

Essas contradições realçam os aspectos formalísticos, prismáticos, que, afinal, caracterizam as sociedades dos países do terceiro mundo, ditos emergentes. Guerreiro Ramos tece considerações sobre o formalismo e a sociologia do jeito, ou seja, “o genuíno processo brasileiro de resolver dificuldades, a despeito do conteúdo das normas, códigos e leis” (1966:380). A adoção de modelos técnicos, hipercorretos, nessas sociedades, não raras vezes, encontra respostas específicas, bizarras e fora dos padrões esperados (ver Capítulo 3, 3.2, deste trabalho).

Além do acordo geral do setor elétrico, o Comitê de Revitalização do Modelo do Setor Elétrico desenvolveu uma série de estudos e sugestões consolidados no seu Relatório de Progresso no. 4, que aborda oito temas gerais do setor, e, quanto a cada um deles, apresenta recomendações específicas, a saber:

Tema I – Normalização do funcionamento do setor: acordo geral do setor (aprovado pela MP no. 14, de 21/12/01, e implementado pela Lei no. 10.438, de 26/04/02), reestruturação do MAE, pelo aperfeiçoamento da estrutura da governança, previsto na Lei 10.433, de 24/04/02, e aperfeiçoamento do modelo de despacho (Resolução GCE, no. 109, de 24/01/02);

Tema II – Aperfeiçoamento do mercado: implementação da oferta de preços, comercialização da energia das geradoras sob controle federal (implementação pela Lei no. 10.438, de 26/04/02, e realização do primeiro leilão, em 19/09/02), consumidores livres – separação das parcelas “fio” e “energia” (MP no. 64, de 27/08/02, convertida na Lei no. 10.604, de 17/12/02, e Resolução CNPE no. 12/02) e aperfeiçoamento do MAE;

Tema III – Garantia da expansão da oferta: aperfeiçoamento do VN (valor normativo), contratação bilateral (aumento para 95% da demanda, Res. ANEEL no. 511/02), leilões de compra de energia, revisão das energias asseguradas, e agilização do licenciamento ambiental, pela realização de convênios de cooperação com o IBAMA e órgãos ambientais estaduais;

Tema IV: Monitoração da confiabilidade de suprimento: procedimento de alerta quanto a dificuldades de suprimento (Decreto no. 4.261, de 06/06/02);

Tema V: Questões relativas à transmissão: planejamento da rede de transmissão e tarifas de transmissão;

Tema VI: Política energética: fontes alternativas (implementado pela Lei no. 10.438, de 26/04/02), incentivo à geração térmica a gás natural (MP no. 64, de 27/08/02, convertida na Lei no. 10.604, de 17/12/02) e conservação e uso racional de energia (regulamentação da lei no. 10.295, de 17/10/01, que define a política nacional de conservação e uso racional de energia);

Tema VII: Política tarifária e defesa da concorrência: universalização do atendimento (previsto na Lei 10.438, de 26/04/02), tarifa social para consumidores de baixa renda (Lei no. 10.438, de 26/04/02, Decreto no. 4.336, de 15/08/02, que dispõe sobre a utilização dos recursos da Reserva Global de Reversão - RGR para financiamento dos consumidores de baixa renda, e MP no. 64, de 27/08/02, convertida na Lei no. 10.604, de 17/12/02, que reparte o custo entre todos os consumidores), abertura das parcelas “fio” e “energia” das tarifas de distribuição (MP no. 64, de 27/08/02), realinhamento tarifário, até 2006, de forma a eliminar distorções, e aperfeiçoamento das revisões tarifárias periódicas das distribuidoras (Resolução da ANEEL, no. 493, de 03/09/02);

Tema VIII – Aperfeiçoamento institucional do MME e do ONS: criação da Câmara de Gestão

do Setor Energético – CGSE, em substituição a atual GCE, criação de um órgão de apoio ao planejamento – CEPEN, como OS (organização social), sob o comando do Ministério e com contrato de gestão. E no ONS: aperfeiçoamento dos procedimentos de rede e finalização dos modelos computacionais, ambos em andamento.

Pelo Decreto no. 4.261, de 06/06/02, a GCE foi extinta, a partir de 30/06/02, e seu acervo documental transferido para a Câmara de Gestão do Setor Elétrico – CGSE que, por força do mesmo decreto, passou a integrar o Conselho Nacional de Política Energética – CNPE. Posteriormente, ainda em 2002, pelo Decreto no. 4.505, de 11/12/02, em substituição à Câmara de Gestão do Setor Elétrico - CGSE, no CNPE, foi criada a Câmara de Gestão do Setor Energético, também CGSE, porém com atribuições mais amplas:

- propor ao CNPE diretrizes para elaboração da política energética nacional;
- promover a integração da política do setor energético com as demais políticas setoriais e com as políticas gerais do governo;
- gerenciar o Programa Estratégico Emergencial de Energia Elétrica criado pela Medida Provisória no. 2.198-5, de 24/08/01;
- concluir os estudos e trabalhos em andamento, iniciados no âmbito da Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica ou da Câmara de Gestão do Setor Elétrico;
- apresentar à Casa Civil da Presidência da República proposta de regulamentação da Lei no. 10.438, de 26/04/02;
- propor aos ministérios competentes a alteração de tributos e tarifas sobre bens e equipamentos que produzam ou consumam energia;
- propor ao ministério competente o ajustamento dos limites dos investimentos do setor energético estatal federal;
- propor aos ministérios competentes medidas destinadas a preservar, em qualquer condição de oferta de energia, os níveis de crescimento, emprego e renda;
- assessorar e manter informados, através de seus integrantes, os respectivos membros do CNPE sobre os assuntos e a pauta preparada para as reuniões do Plenário daquele

Conselho;

- definir metas de consumo dos órgãos da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional.

Foram também criados três comitês, no âmbito da nova câmara de gestão: o CCPE – Comitê Coordenador do Planejamento da Expansão dos Sistemas Elétricos¹⁰ (em substituição ao antigo GCPS), o CAIE – Comitê de Assuntos Institucionais de Energia (que absorverá as atribuições do Comitê de Revitalização do Modelo do Setor Elétrico) e o CACO – Comitê de Assuntos de Combustíveis.

Compõem a CGSE, o Ministro de Minas e Energia, que a presidirá, secretários de vários Ministérios (que poderão ser substituídos por titulares de órgãos de política ou assessoria econômica), dirigentes das agências ANEEL, ANP e ANA, o diretor de infraestrutura do BNDES, o ONS e até cinco membros designados pelo Ministro de Minas e Energia. A CGSE reunir-se-á, ordinariamente, a cada dois meses.

Como se verifica, a CGSE procura manter aproximadamente a mesma estrutura da antiga GCE; nem sempre consegue. Dentre outras, as diferenças são: o clima – antes, de crise; a topologia – antes, localizada no Gabinete Civil, da Presidência da República; e o poder – antes, quase total, última instância administrativa.

É consenso a experiência vitoriosa da Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica, a GCE. Também é consenso a participação positiva e criativa da sociedade brasileira. Nas palavras do Presidente da GCE, e ministro-chefe da Casa Civil, “o exercício de disciplina que a prática do racionamento exigiu de cada família, de cada empresa, ao longo de nove meses de duração do racionamento, constitui um processo educativo que resultou na aquisição de um valor cultural definitivo. As famílias converteram seus hábitos de consumo, empresas aplicaram-se em programas de racionalização no uso da energia e a efficientização dos equipamentos consumidores de eletricidade passou a ser padronizada em lei federal sancionada em outubro de 2001 – não por coincidência, no auge do período de racionamento” (Parente, 2002 – www.energiabrasil.gov.br).

¹⁰ O CCPE, na verdade, já existia, vinculado ao Ministério de Minas e Energia-MME

Também é verdade que a crise e a CGE mostraram falhas fundamentais, mais que do modelo, do sistema do setor elétrico brasileiro, como um todo. Tudo está a indicar que o espaço ocupado pela GCE tem a ver com a falta de política pública, planejamento, coordenação, poder e legitimidade, vazios deixados – porque não ocupados, pelos órgãos representativos da autoridade governamental no setor elétrico brasileiro, principalmente o Ministério de Minas e Energia – MME e o Conselho Nacional de Política Energética – CNPE. Muito possivelmente, situa-se aí, boa parte das causas da crise de racionamento de maio de 2001, e das vicissitudes da implementação do modelo do setor elétrico brasileiro.

Resta saber, com a saída da GCE, por quanto tempo mais o vazio do nosso sistema elétrico continuará vazio.

A criação da CGSE, procurando repetir os padrões de organização e gestão da GCE, representa ação importante e inteligente, no sentido do equacionamento dos problemas do setor elétrico, a partir de experiência que já se provou vitoriosa. Entretanto, o mesmo não se pode dizer da sua localização, no CNPE, pois, trata-se de órgão de assessoramento do Presidente da República, para a formulação de políticas e diretrizes de energia para o país, e que se reúne ordinariamente apenas a cada seis meses, duas vezes por ano. A condição nitidamente executiva da CGSE, se posta em prática, por um lado, dificilmente será compatível com o ritmo de um órgão do tipo Conselho, e, por outro, fatalmente entrará em atrito com o órgão executivo do setor, o Ministério de Minas e Energia. Corre-se o risco de frustrar promissora alternativa institucional.

Nesta oportunidade de início de um novo governo, o Decreto no. 4.505, de 11/12/02, deveria ser revisto, aplicando-se corretamente os princípios e técnicas de administração, de forma a se aproveitar os aspectos positivos da antiga GCE em prol do CNPE, do MME e do setor energético brasileiro.

6 Conclusões

Por força da lei de sua criação (Lei no. 9.427, de 26/12/96), a ANEEL tem por finalidade regular e fiscalizar os serviços de energia elétrica, bem como a atuação dos agentes. Seu contrato de gestão, com o Ministério de Minas e Energia –MME (cláusula segunda), prevê a missão de “proporcionar condições favoráveis para que o mercado de energia elétrica se desenvolva com equilíbrio entre agentes e em benefício da sociedade”. Para cumprir finalidade e missão, com independência e autonomia administrativa e financeira, foi concebida como autarquia especial, que é uma entidade de direito público interno, seus diretores possuem mandato, aprovado pelo Senado Federal, e suas decisões são última instância administrativa, somente cabendo recurso ao Poder Judiciário. Vincula-se ao Ministério de Minas e Energia - MME e executa a política definida pelo governo para o setor elétrico, nos termos da legislação e normas vigentes.

Do ponto de vista formal, a ANEEL dispõe de todas as condições para bem cumprir sua finalidade e missão, porém, na prática, sofre restrições e cerceamento nas suas ações, em virtude de limitações, no sentido amplo, algumas de caráter institucional-legal, próprias do arcabouço constitucional brasileiro, outra, de caráter cultural, explicitadas no Capítulo 3, deste trabalho, e mencionadas resumidamente, a seguir:

- a) No Brasil, diferentemente de outros países, o poder de regular das agências limita-se à estrita aplicação das leis – ação discricionária;
- b) A possibilidade de edição de medidas provisórias, constitui-se, na verdade, em permanente ameaça a autonomia e independência das agências;
- c) O regime de caixa único (art.165, § 5º, I, da Constituição Federal de 1988) funciona como poderoso instrumento de controle e interferência na atuação das agências.
- d) O fenômeno do formalismo e o efeito do prisma (“modelo prismático”) podem “distorcer” a ação das agências, diferenciando sua atuação das de órgãos similares em países desenvolvidos.

Em consequência, a atuação da ANEEL - e das agências, em geral - ainda que dotadas, por lei, de independência e autonomia administrativa e financeira, resulta cerceada, sofre limitações.

Para a ANEEL, algumas vezes, tem sido muito difícil, senão impossível, fazer frente ao governo para cumprir sua missão de regular, fiscalizar e garantir a implementação da política de energia elétrica definida para o país. Política essa, paradoxalmente, definida pelo próprio governo.

Essa dificuldade, de fazer frente ao governo, fica evidenciada no episódio da crise de racionamento de energia elétrica, de maio de 2001, quando a ANEEL, o Operador Nacional do Sistema - ONS e o próprio Ministério de Minas e Energia não foram capazes de sensibilizar a Presidência da República para a gravidade da crise que se avizinhava. Aparentemente, faltou-lhes credibilidade, principalmente ao Ministro de Minas e Energia. E a ANEEL, ciente, desde “meados de 1999, de que havia riscos de déficit muito elevado para 2000 e 2001”, entre enfrentar o governo, no caso o Ministro de Minas e Energia, fazendo valer sua independência e autonomia, capturada, calou-se.

Igualmente, o chamado acordo geral do setor elétrico também ilustra a dificuldade de fazer frente ao governo. O acordo, de cerca de R\$ 9 bilhões, suportado pelos consumidores, através de reajuste tarifário extraordinário, tomou por base a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão. Em que pese os argumentos favoráveis, de que foi a decisão menos conflituosa e que evitou a criação de mais um contencioso, na verdade, o acordo agride a noção de mercado e de livre concorrência que, paradoxalmente, o modelo do setor elétrico brasileiro se propõe a incentivar. E resulta num fato insólito: a sociedade brasileira chamada a colaborar racionando o consumo, o que faz, acaba tendo que pagar a energia elétrica que não consumiu para compensar o que as empresas não venderam e nem geraram.

Entretanto, analisando-se o seqüenciamento das atividades, conclui-se que os contratos iniciais entre as geradoras e as distribuidoras, de 1999 a 2002, não estavam respaldados por geração física (energia assegurada, no caso das usinas hidroelétricas, e capacidade de produção

continuada, no caso das usinas térmicas), capaz de garantir os suprimentos, portanto, descumpram as normas básicas do setor elétrico.

Nesse episódio, do acordo geral do setor elétrico, as indicações apontam no sentido da captura da GCE, se é que se pode assim chamar, posto que ela representava os interesses do governo, e, mais uma vez, da ANEEL, que não se manifestou.

Todos esses fatos realçam os aspectos formalísticos, prismáticos, das sociedades dos países emergentes e de sua administração pública. É a sociologia do jeito, ou seja “o genuíno processo brasileiro de resolver dificuldades, a despeito do conteúdo das normas, códigos e leis”.

Em momentos de crise ou tensão, essas contradições exacerbam-se, tornando altamente provável o risco regulatório e gerando incertezas generalizadas que, naturalmente, inibem investimentos e ações modernizantes e comprometidas, por parte dos empresários.

No caso do setor elétrico, que aqui se analisa, como o governo, na verdade, é que está no controle, situa-se nele, e não no órgão regulador, a ANEEL, o fato gerador das incertezas. É ele que definirá o grau de estabilidade do sistema, bem como a amplitude e a qualidade do papel que será “permitido” ao órgão regulador desempenhar, isto é, de fato, fazer valer sua independência e autonomia.

Com a eclosão da crise, é criada, em 15 de maio de 2001, por medida provisória, a Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica – CGE, com amplos poderes, e não só toma as medidas para enfrentar e superar a crise, dentre elas, o racionamento, que só acabará em 28/02/02, como passa a definir políticas para o setor elétrico abrangendo, dentre outras, a expansão da oferta e a revitalização do modelo como um todo. Suas propostas e sugestões, em sua maior parte, já foram convertidas em leis e normas.

A par das suas excepcionais condições de organização e de poder, a ação, positiva, da GCE, veio a preencher um vazio institucional existente no setor elétrico, vazio esse, ao que tudo indica, deixado - porque não ocupado, pelos órgãos do governo responsáveis pelo exercício

daquelas atribuições, principalmente, o Ministério de Minas e Energia - MME e o Conselho Nacional de Política Energética - CNPE. Possivelmente, situa-se aí boa parte das razões da crise de maio de 2001 e das vicissitudes da implementação do modelo do setor elétrico brasileiro.

Na oportunidade da assunção de um novo governo, desde janeiro de 2003, parece razoável considerar que o foco das preocupações, quanto ao setor elétrico brasileiro, deveria ser o de ocupar corretamente aquele espaço institucional, em termos de definição de políticas, planejamento, coordenação, poder e legitimidade, tomando por paradigma a experiência da GCE. O Decreto no. 4.505, de 11/12/02, que vinculou a Câmara de Gestão do Setor Energético – CGSE, sucessora da CGE, no Conselho Nacional de Política Energética - CNPE, órgão de assessoramento do Presidente da República, deveria ser revisto, buscando-se localização mais de acordo com o seu caráter executivo, no Ministério de Minas e Energia.

Em síntese, e buscando responder sucintamente às questões lançadas na Introdução deste trabalho:

1. A atuação da ANEEL, em que pese a independência e autonomia de que, formalmente, é dotada, na prática, sofre limitações e cerceamento, de natureza institucional-legal e cultural;
2. Este cerceamento gera incertezas, exacerbando o risco regulatório, imobilizando as empresas e inibindo investimentos do capital privado;
3. O fato gerador dessas incertezas situa-se no governo, é ele que define o grau de estabilidade do sistema, bem como a amplitude e a qualidade do papel que será “permitido” ao órgão regulador desempenhar, isto é, de fato, fazer valer sua independência e autonomia; talvez, por isso, é sempre muito difícil a ANEEL confrontar-se com o governo;
4. Se não é da ANEEL a responsabilidade principal e direta pela eclosão da crise de racionamento de maio de 2001, registra-se, no mínimo, o seu silêncio (captura), evitando confronto com o Ministro de Minas e Energia, quanto à inevitabilidade e gravidade da crise, que era do seu conhecimento, desde meados de 1999, e no episódio do acordo geral do setor elétrico, quanto à falta de respaldo (geração física) dos contratos iniciais das distribuidoras;

5. A par das suas excepcionais condições de organização e poder, o sucesso da ação da GCE vem confirmar a existência de um vazio institucional no setor elétrico brasileiro, não preenchido, principalmente, pelo MME e CNPE.

E, ainda:

6. Embora atuar como poder concedente não seja uma atividade propriamente de regulação, a ANEEL, hoje, pode exercer esse papel melhor que o Ministério de Minas e Energia – MME, em termos de eficiência e proteção contra pressões, no sentido amplo;

7. A dependência da ANEEL, em relação às informações das empresas reguladas, pode ser minorada com o auxílio de um bom planejamento indicativo, devidamente alinhado com a política energética, e que defina metas flexíveis e aponte orientações consistentes para o desenvolvimento do setor;

8. Melhor definindo-se as políticas energéticas e aperfeiçoando-se o seu planejamento, temas da alçada do Ministério de Minas e Energia - MME, diminui-se a percepção dos agentes quanto aos chamados “riscos regulatórios”;

9. O desenvolvimento de ações pró-ativas e com maior presença junto aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e à população, em geral, constitui-se em condição fundamental para que a ANEEL fortaleça sua condição de agente de Estado e cumpra plenamente sua missão;

10. A adoção da arbitragem poderá diminuir significativamente os prazos das demandas judiciais, referentes ao setor elétrico brasileiro, ganhando-se, ao mesmo tempo, em qualidade nas decisões porque se poderá dispor de árbitros especializados no setor;

11. A experiência internacional das agências reguladoras não segue um padrão, é fortemente influenciada pelas idiosincrasias dos respectivos países. O Brasil estará no caminho certo se aperfeiçoar seu próprio modelo e, dadas as características peculiares de porte e fonte primária do seu sistema elétrico, constituir-se em paradigma internacional.

Afora o objetivo principal, este trabalho aborda algumas questões que podem merecer aprofundamento para um melhor esclarecimento e compreensão. É o caso de verificar, até que ponto será possível generalizar suas conclusões - quanto ao cerceamento da atuação da ANEEL, e sua dificuldade de fazer frente ao governo - para as demais agências brasileiras, também legalmente independentes e autônomas, tendo em vista que parece tratar-se de um arranjo organizacional que tende a se solidificar e desenvolver no país. Outro ponto, que merece maior reflexão e sistematização, refere-se aos antecedentes da crise de racionamento de energia elétrica de maio de 2001, suas causas, e até que ponto as razões de natureza institucional, de poder e de gestão foram determinantes na sua eclosão, bem como a identificação da efetiva responsabilidade do governo, nas figuras do Ministro de Minas e Energia e do Presidente da República. Ou, visto por outro ângulo, o que leva o Presidente da República a não considerar o alerta ou as observações do seu Ministro de Minas e Energia e outras autoridades do setor elétrico, sobre a gravidade da crise que se avizinhava. Também poderia valer a pena investigar, se é efetiva uma certa insensibilidade do setor elétrico brasileiro, como um todo, em captar, preventivamente, e responder com rapidez, a eventuais crises ou turbulências. E, seguindo essa linha de raciocínio, até que ponto essas questões de natureza institucional, de poder e de gestão, predominaram sobre as de natureza estritamente técnica, como razões das vicissitudes da implementação do modelo do setor elétrico brasileiro, até agora.

De toda a sorte, este trabalho não tem a pretensão de apontar o rumo que norteará o setor elétrico brasileiro, mas, sim, busca enaltecer a necessidade da adoção de medidas pró-ativas, ao invés de reativas.

O desempenho do órgão regulador pós-crise parece ressentir-se do “golpe” recebido durante o racionamento, e a alternância do poder nacional vem gerar nova retração, uma vez que, possivelmente, por desconhecimento do verdadeiro papel das agências, elas tornaram-se a “bola da vez”, inclusive sofrendo forte contingenciamento em seus orçamentos.

Passados praticamente um semestre, da assunção do novo governo, ainda não se vislumbra qualquer horizonte no sentido da reorganização político-institucional do setor elétrico brasileiro.

Também não se vislumbra a definição de um plano, para o país, que, caracterizando as premissas básicas de constituição de uma efetiva Matriz Energética Nacional, a partir das quotas-parte, que cabem a cada setorização energética, venha a possibilitar a implementação de um planejamento, de médio e longo prazos, para o setor elétrico. Parâmetros de controle operacional e de conformidade evolutiva, naturalmente integrantes desse planejamento, possibilitariam seu permanente monitoramento pelos agentes, criando, assim, uma condição harmônica de relacionamento entre eles, e viabilizando a prevenção de riscos, tanto no que se refere à oferta, quanto ao consumo. Dessa forma, poderia o órgão regulador melhor exercer e evoluir na missão de agente de Estado, de regular, fiscalizar e garantir a implementação de uma política energética para o país, lastreada em objetivos nacionais representativos de uma ampla comunhão de interesses, independentemente do matiz ideológico do governo em mando.

Referências Bibliográficas

- Andrade, M. T. e RAMALHO, E. L. O setor de energia elétrica e suas inter-relações com o mercado, UNICAMP, In: preços e tarifas essenciais com foco nos mercados de gás e eletricidade, Seminário, IRR *Conferences*, 2002
- Araújo, H. C. e Pires, J, C. L. Regulação e arbitragem nos setores de serviços públicos no Brasil: problemas e possibilidades, *Revista de Administração Pública – RAP*, FGV, Rio, out/nov 2000
- Bajay, S.V. Políticas energéticas, planejamento e regulação, módulo 4, do Curso de Especialização sobre o Novo Ambiente Regulatório, Institucional e Organizacional dos Setores Elétrico e de Gás Natural – Cenários 2000, Núcleo Interdisciplinar de Planejamento Energético – NIPE, UNICAMP, 2000
- Barroso, L. R. Agências reguladoras, constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática, “*Jus Navigandi*”, Teresina, a. 6, n. 59, out. 2002. Disponível 09 mai 2003
- Bresser Pereira, L. C. *A reforma do estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle*. Brasília, MARE, 1997 – Cadernos Mare de Reforma do Estado
- Bobbio, N. *Estado, governo e sociedade*, Ed. Paz e Terra, 6^a. ed., Rio, 1997
- Borenstein, C. R. Regulação em setores de infra-estrutura: a sociedade no controle externo das organizações, *Revista de Administração Pública – RAP*, FGV, Rio, out/nov 2000
- Carvalho, J. F. Descaminhos da política energética, *Revista Brasileira de Energia*, v.16, n.1, 1^o. sem/1997
- Comissão de Análise do Sistema Hidrotérmico de Energia Elétrica (decreto do Presidente da República, de 22/05/01) Relatório sobre a crise energética, Brasília, 2001

- Campos, A M., Ávila, J. P. e Silva, D. S. Avaliação das agências reguladoras: uma agenda de desafios para a sociedade brasileira, *Revista de Administração Pública – RAP*, FGV, Rio, out/nov 2000
- Di Pietro, M. S. Z. *Parcerias na administração pública – concessão, permissão, franquias, terceirização e outras formas*, 3ª. ed., São Paulo, Ed. Atlas, 1999
- Etzioni, A *Organizações modernas*, Ed. Pioneira, São Paulo, 1989, 190 p.
- Guerreiro Ramos, A *Administração e estratégia do desenvolvimento*, FGV, Rio, 1966, 451 p.
- Justen Filho, M. *O direito das agências reguladoras independentes*, Ed. Dialética, São Paulo, 2002, 639 p.
- March, J. G. e Simon, H, *Teoria das organizações*, FGV, Rio, 1970, 353 p.
- Moreira Neto, D. F. Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA: natureza jurídica, competência normativa e limites de atuação, *Revista de Direito Administrativo*, 215, jan/mar, 1999
- Maciel, C. S. O controle dos atos de concentração nos mercados de energia elétrica, Núcleo Interdisciplinar de Planejamento Energético – NIPE, UNICAMP, São Paulo, 2001
- Meireles, H. L. *Direito administrativo brasileiro*, 19ª. Ed., Ed. Malheiros, São Paulo, 1994
- Pinto Junior, H. A As missões da regulação: lições internacionais e seus desdobramentos para a organização da Agência Nacional de Petróleo – ANP, *séries ANP*, no. 1, Rio, 2001
- Pires. J. C. L. O processo de reforma do setor elétrico brasileiro, *Revista do BNDES*, v. 6, n. 12, Rio, 1999

- Pires, J. C. L. e Goldstein, A. Agências reguladoras brasileiras: avaliação e desafios, Revista do BNDES, v. 8, n. 16, Rio, dez, 2001
- Pires, J. C. L., Gostkorzewicz, J., Giambiagi, F. O cenário macroeconômico e as condições de oferta de energia elétrica no Brasil, *BNDES, Textos para Discussão*, 85, Rio, março 2001
- Porter, M. *Estratégia competitiva – técnicas para análise de indústrias e da concorrência*, Ed. Campus, Rio, 1986, 362 p.
- Riggs, F. W. *Administração nos países em desenvolvimento*, FGV, Rio, 1968, 509 p.
- Rosa, L.P., Tolmasquin, M. T. e Pires, J. C. L. *A reforma do setor elétrico no Brasil e no mundo, uma visão crítica*, Ed. Releime-Dumarã, Rio, 1998
- Russo, B. P. Compartilhamento da infraestrutura – tema: arbitragem, Associação Brasileira das Distribuidoras de Energia Elétrica – ABRADDEE, São Paulo, 2001
- Sauer, I., Vieira, J. P. e Mercedes, S. Os impactos da reestruturação setorial e do racionamento sobre os consumidores de energia elétrica In: *Anais do Congresso Brasileiro de Energia*, Rio, 1993