

Revista

# JUSTIÇA CIDADANIA &

CONSTITUIÇÃO

PUBLICADA PELO SUPLENTE DA PRESIDÊNCIA DO BRASIL



PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA  
ANTÔNIO FERNANDO BARROS E SILVA DE SOUZA

**MINISTÉRIO PÚBLICO:  
AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA  
CONSTITUCIONAL**

# A JUSTIÇA NO CÁLCULO DAS TARIFAS DE ENERGIA ELÉTRICA

Jerson Kelman

Professor da Universidade Federal do Rio de Janeiro e Diretor-Geral da Agência Nacional de Energia Elétrica



n.º 8.987/95 e 9.427/96, e, como decorrência, celebrados os contratos de concessões, os quais incluíram condições para reajuste e revisão tarifária.

Os reajustes tarifários são efetuados anualmente e dependem da variação do IGP-M, do ganho de produtividade da concessionária (que deve ser compartilhado com os consumidores) e da variação dos custos não gerenciáveis pela empresa distribuidora de energia elétrica, essencialmente compra de energia e pagamento de encargos setoriais e de tributos. As revisões ordinárias das tarifas ocorrem em média a cada quatro anos, quando a ANEEL estabelece a receita necessária para a prestação do serviço, com a confiabilidade estipulada, e manter a concessão em situação de equilíbrio econômico-financeiro. Essa situação é consagrada na Constituição Federal, nas leis e nos contratos de concessão. Na revisão ordinária, a ANEEL estabelece clara distinção entre as necessidades da concessão, que devem atender aos interesses de curto e longo prazos do consumidor, e as da concessionária, que podem estar contaminadas por decisões empresárias equivocadas, cujos custos não devem ser repassados ao consumidor. Como resultado da revisão

A principal alternativa consistia em garantir contratos de venda de energia para empreendedores que investissem em termoeletricas, cujos prazos de construção são inferiores aos das hidroelétricas. Esses investimentos resultariam em tarifas mais elevadas para os consumidores - como de fato está acontecendo - quando estas usinas entrassem em operação, em 2004. Hoje, com os reservatórios das usinas hidroelétricas cheios, o que circunstancialmente dispensa o uso da energia produzida pelas térmicas, há quem advogue, inclusive na Justiça, pelo não cumprimento dos contratos. Como o tema é complexo, há juízes que têm concedido liminares revogando cálculos tarifários feitos pela ANEEL, partindo do pressuposto de que os contratos firmados quatro anos atrás foram lesivos ao interesse do consumidor. Não lhes ocorre que a situação seria diametralmente oposta se tivesse chovido pouco nos dois últimos anos e os reservatórios estivessem vazios.

A segunda parcela da conta de luz refere-se aos custos de transmissão e distribuição de energia elétrica, que se mantêm estáveis. É desta parcela que a distribuidora tem de retirar o pagamento dos custos operacionais e a remuneração de seus investimentos.

“Uma revisão extraordinária pode ocorrer quando algum evento imprevisível afetar o equilíbrio econômico-financeiro da concessão.”

Serviço público que dependa de equipamentos intensivos em capital e com vida útil medida em décadas, como o de eletricidade, só é prestado adequadamente quando as regras da concessão são claras e estáveis. É por esta razão que a Lei 9.427/96 atribuiu competência à Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL apenas para calcular tarifas que estejam em estrita consonância com o estabelecido no marco legal e nos contratos. Se, por exemplo, ao regulador fosse permitido promover “justiça social com suas próprias mãos”, arbitrando sistematicamente índices de reajuste do exclusivo agrado dos consumidores, poucas empresas permaneceriam interessadas na prestação desse tipo de serviço. Consequentemente, a qualidade se deterioraria e os próprios consumidores sofreriam as consequências. Em outras palavras, uma tarifa excessivamente baixa pode ser vantajosa para os consumidores apenas no curto prazo. Cabe à ANEEL zelar por ambos os interesses do consumidor: de curto e de longo prazos.

## A tarifa ontem

De acordo com o Código de Águas (Decreto 24.643/34), as tarifas deveriam proporcionar a cobertura do custo do

serviço e prover à concessionária a remuneração de 10 a 12% sobre o capital. Essa regra induzia à maximização dos investimentos, resultando num sistema economicamente ineficiente. A situação agravou-se quando o Governo começou a impor tetos aos reajustes tarifários, com o objetivo de controlar a inflação. Como as tarifas não eram suficientes para garantir os percentuais de remuneração, as denominadas insuficiências tarifárias eram contabilizadas na Conta de Resultados a Compensar - CRC, em favor das concessionárias. Em decorrência, ocorreu uma generalizada inadimplência entre empresas do Setor Elétrico que só veio a ser sanada com o advento da Lei n.º 8.631, de 1993, que pôs fim à equalização tarifária e possibilitou a liquidação da CRC, ao custo para o contribuinte de cerca de 25 bilhões de dólares.

## A tarifa hoje

Esgotada a capacidade de endividamento do Estado, o caminho natural foi criar condições que viabilizassem a atração de capitais privados para custear esse setor fundamental da infra-estrutura nacional. Para tanto, foi preciso que o Governo emitisse sinais claros e seguros aos investidores. Nesse contexto é que foram aprovadas as Leis

ordinária, a tarifa de uma concessionária pode aumentar ou diminuir. Uma revisão extraordinária pode ocorrer quando algum evento imprevisível afetar o equilíbrio econômico-financeiro da concessão.

Grosso modo, o que os consumidores pagam na conta de luz pode ser dividido em três partes aproximadamente iguais. A primeira parcela refere-se ao custo de compra de energia. Em muitos casos tem crescido por conta da substituição de antigos contratos entre geradores e distribuidoras, com tarifas reguladas, por novos contratos livremente negociados às vésperas do racionamento de 2001, inclusive entre partes relacionadas (geradora e distribuidora pertencentes ao mesmo grupo econômico). Com o Novo Modelo do Setor Elétrico, consubstanciado na Lei n.º 10.848/04, não se admite mais esta liberalidade: as distribuidoras não podem mais escolher de qual gerador preferem comprar energia. Agora, são obrigadas por lei a se consorciar com as demais distribuidoras e, por meio de um leilão, celebrar contratos com os geradores que lograrem ofertar os menores preços ao consórcio.

Entretanto, na época em que muitos destes contratos foram firmados, a preocupação estava focada em medidas que pudessem evitar ou mitigar o iminente racionamento.

A terceira parcela, que engloba tributos e encargos (apresentados no Anexo), é a que mais tem aumentado. A alíquota e o método de apuração do PIS-COFINS mudaram e diversos Estados revisaram a alíquota do ICMS. Além disso, considerando a decisão do STF que diz que os recolhimentos realizados ao PIS e à COFINS devem compor a base tributária, confirmando a forma de cálculo (por dentro) praticada pelos Estados, temos, por exemplo, que uma alíquota de 25% de ICMS se converte, na prática, em 33%, e, uma de 30% em 43%. No sentido inverso, o que é pago de ICMS é agregado à base de cálculo de PIS e COFINS, constituindo um movimento circular e multiplicativo - uma espécie de vórtice arrecadatário - que traga as economias do consumidor. Os principais encargos são utilizados para subsidiar: (a) a geração térmica na Amazônia Legal (sistemas isolados), que tem crescido muito devido à elevação de consumo, principalmente em Manaus, e do preço do petróleo; (b) os consumidores de baixa renda; (c) o esforço de universalização - levar eletricidade a todos os brasileiros; (d) a geração térmica a carvão na Região Sul; (e) as chamadas fontes alternativas de energia (eólica, bio-eletricidade e pequenas centrais hidroelétricas); (f) a compensação financeira distribuída aos municípios e estados

afetados pela implantação de usinas hidroelétricas; (g) as pesquisas científicas e tecnológicas relacionadas à eletricidade e ao uso sustentável dos recursos naturais; e (h) as térmicas “emergenciais” que foram contratadas por ocasião do racionamento de 2001. Quando analisado isoladamente, cada encargo ou tributo, sempre criado por uma lei, pode ser plenamente justificado. Quando somados constata-se que a conta pode estar ultrapassando a capacidade de pagamento do consumidor.

#### As competências da ANEEL em matéria tarifária

É clara a competência da ANEEL para estabelecer os reajustes e as revisões das tarifas de energia elétrica. Ela decorre diretamente do art. 29, V, da Lei 8.987/95, combinado com o art. 3º da Lei 9.427/96. A mesma lei, em seus artigos 14 e 15, estabelece o regime econômico-financeiro dos contratos de concessão de energia elétrica, lançando diretrizes para o exercício dessa competência, como, por exemplo, a apropriação dos ganhos de eficiência empresarial e competitividade. O contrato de concessão, por sua vez, estabelece uma fórmula paramétrica apenas para o reajuste anual, sendo parcimonioso ao tratar da revisão tarifária. Portanto, foi conferida à ANEEL a discricionariedade técnica para o cumprimento desse ofício.

Não tendo a Lei fixado os critérios, mas a linha geral, coube ao regulador, especialmente para a revisão tarifária, estabelecer a metodologia que contemplasse, entre outros aspectos, a aferição dos custos eficientes e dos investimentos prudentes de uma empresa. O objetivo é estimular a eficiência econômica da concessionária e fazer com que esse avanço reverta em favor do consumidor, por meio da modicidade tarifária. Entre os diversos métodos disponíveis para se chegar a esse objetivo, coube à ANEEL, no estrito exercício de suas competências, definir aquele que melhor se subsumisse à linha dos princípios dos dispositivos legais e contratuais que disciplinam as concessões de serviços de energia elétrica.

A missão essencial do regulador de um serviço monopolista, como no caso da distribuição de energia elétrica, é garantir que sejam respeitados os direitos dos consumidores e dos prestadores do serviço de eletricidade que atuam com eficiência e prudência. O consumidor tem o direito de receber o serviço com nível adequado de qualidade e de pagar uma tarifa justa. O prestador do serviço, por sua vez, tem o direito de obter adequado retorno sobre o capital investido. Assim, compete à ANEEL evitar que

se produzam situações de abuso de posição dominante, derivada da situação de monopólio, e verificar se os níveis de qualidade do serviço são apropriados. Para estabelecer tarifas justas, o regulador desenvolveu metodologias que são utilizadas no processo revisional das tarifas, tais como: empresa de referência que estabelece custos operacionais eficientes; base de remuneração que apura os investimentos prudentes efetuados na concessão, estrutura ótima de capital, que minimiza o custo do capital; e fator X que compartilha com os consumidores os ganhos esperados de produtividade do prestador do serviço.

#### O Judiciário e as questões tarifárias

Recentemente, o que tem ocorrido é a utilização da via judiciária para a redução dos valores das tarifas por meio da impugnação dos cálculos tarifários feitos pela ANEEL. São questionados nos processos as opções metodológicas e os critérios técnicos. Esse debate, em verdade, pouco ou nada tem de controle ou imposição de legalidade. É trazido ao Judiciário com o objetivo de discutir questões de discricionariedade técnica adotadas pela ANEEL no estrito exercício de suas competências. Como se sabe, não é dada ao Poder Judiciário a competência de pronunciar-se acerca do mérito administrativo, sob pena de afrontar-se o princípio constitucional da independência e harmonia entre os Poderes da República. Quando o faz, a reversão da decisão cabe ao próprio Judiciário.

A consequência desse fenômeno é o surgimento de uma preocupante insegurança jurídica, que resulta no aumento da percepção do chamado “risco regulatório”. As concessionárias deixam de ter a previsibilidade de seus níveis tarifários, que é elemento essencial para uma política de investimentos. A percepção de risco diminui o interesse na prestação do serviço e, conseqüentemente, faz com que as empresas demandem remuneração mais elevada do capital. Ao final, são os consumidores que pagam a conta, por meio de tarifas mais elevadas.

Não se trata de querer afastar a atuação do Poder Judiciário no controle da legalidade dos atos administrativos praticados pelas agências reguladoras. No entanto, em se tratando de matéria tarifária, na maioria das vezes, não há controle de legalidade a ser exercido, vez que se questionam opções técnicas discricionárias tomadas no exercício de competências legais. O que tem acontecido, por vezes, são decisões judiciais que extrapolam o exercício do controle finalístico dos atos administrativos das agências, invadindo a

**“A missão essencial do regulador de um serviço monopolista, como no caso da distribuição de energia elétrica, é garantir que sejam respeitados os direitos dos consumidores e dos prestadores do serviço de eletricidade que atuam com eficiência e prudência.”**

### DEMONSTRATIVO DOS ENCARGOS SETORIAIS PAGOS PELOS CONSUMIDORES DE ENERGIA

ENCARGO	BASE DE CÁLCULO	DESTINAÇÃO	GESTOR (A)	VALOR ANUAL ESTIMADO R\$ MILHOES
Reserva Global de Reversão – RGR	2,5% do Ativo Reversível Líquido, limitado a 3% da Receita Operacional.	- Indenizar ativos vinculados à concessão - Fomentar expansão e manutenção do setor elétrico	Centrais Elétricas Brasileiras S.A. – ELETROBRÁS	1.200
Taxa de Fiscalização de Serviços de Energia Elétrica – TFSEE	0,5% sobre o benefício econômico; é cobrado 0,5% da Receita Operacional Líquida, deduzida a energia comprada para revenda.	- Prover a ANEEL de recursos para o exercício de suas atividades.	Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL/ Tesouro Nacional	270
Conta de Consumo de Combustíveis – CCC	É cobrada pela quantidade de recursos necessários para as suas finalidades e rateada pelos agentes que fornecem energia a consumidores finais, proporcionalmente a seus mercados.	- Subsidiar custos com geração térmica (óleo diesel), com maior incidência nos sistemas isolados; - fomentar investimentos que substituam geração subsidiada com recursos da CCC - (CCC sub-rogação).	Centrais Elétricas Brasileiras S.A. – ELETROBRÁS.	3.419
Conta de Desenvolvimento Energético – CDE	Composta de três fontes de receita: - quotas anuais pagas por todos os agentes que comercializam energia com consumidor final (*) - Multas aplicadas pela ANEEL - Multas pelo Uso do Bem Público – UBP, cujos valores para geradoras que migraram da condição de concessionárias de serviços públicos para produtor independente de energia foram estabelecidos nos respectivos contratos de concessão, com base em 2,5% da receita auferida pelo agente, em substituição da RGR. (**)	- Propiciar o desenvolvimento energético dos Estados e a competitividade da energia produzida a partir de fontes eólica, pequenas centrais hidrelétricas, biomassa, gás natural e carvão mineral nacional, nas áreas atendidas pelos sistemas interligados, - promover a universalização do serviço de energia em todo o país - garantir recursos para atendimento à subvenção econômica destinada à modicidade tarifária de fornecimento de energia aos consumidores finais integrantes da Subclasse Residencial Baixa Renda.	MME / ELETROBRÁS	1.816
Compensação Financeira pela Utilização de Recursos Hídricos	É cobrado dos geradores hidráulicos à razão de 6,75% vezes Tarifa Atualizada de Referência – TAR, vezes a Energia Gerada – EG. (6,75% x TAR x EG). Agentes com capacidade instalada até 30 MW são isentos.	- Compensar perdas de terras produtivas pela inundação ocasionada pela construção de barragens para geração de energia hidráulica. Dos 6,75% sobre a base: 0,75% são destinados para a Agência Nacional de Águas; Os 6% restantes são assim destinados 45% para os Estados, 45% para os Municípios e 10% para a União, sendo 3% para o MMA; 3% para o MME e 4% para o MCT/FNDCT.	ANEEL / Tesouro Nacional	1.016

DEMONSTRATIVO DOS ENCARGOS SETORIAIS PAGOS PELOS CONSUMIDORES DE ENERGIA

ENCARGO	BASE DE CÁLCULO	DESTINAÇÃO	GESTOR (A)	VALOR ANUAL ESTIMADO R\$ MILHÕES
Royalties Itaipu, incidente sobre a energia gerada de acordo com o Tratado Brasil/Paraguai	É proporcional ao produto da energia gerada pelo preço do GWh em US\$	Min. do Meio Ambiente 3%; Min. de Minas e Energia 3%; Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – FNDCT 4%; Estados 45%; Municípios 45%.	ANEEL/Tesouro Nacional.	485
Pesquisa e Desenvolvimento e Eficiência Energética	1% incidente sobre a Receita Operacional Líquida. (Lei nº 9.991/2000; Decreto nº 3.867/2001 e Resolução ANEEL nº 185/2001).	Os recursos são destinados ao MCT/Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - FNDCT, ao MME, à Empresa de Pesquisa Energética- EPE e parte permanece com os agentes a serem aplicados em projetos aprovados pela ANEEL.	Ministério da Ciência e Tecnologia, EPE, Agentes e ANEEL	200
Encargo de Capacidade Emergencial - ECE	0,0060 por KWh (Resolução ANEEL 108, abril de 2005).	Prover a CBEE de recursos para garantir disponibilidade de potência para geração de energia térmica com o intuito incrementar oferta de energia no mercado.	Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial -CBEE	1.600

\*CDE – Base de cálculo – quotas terão valor idêntico às estipuladas para o ano de 2001, com ajuste anual, a partir de 2002, na proporção do crescimento do mercado de cada agente (quotas de CCC que seria extinta gradualmente Lei nº 9.648/1998),

\*\* Aos agentes que não se enquadram na condição acima mencionada, os valores serão de acordo com o resultado da licitação (quem se dispõe a pagar o maior valor a título de UBP, é vencedor do certame).

seara do mérito administrativo, o que refoge ao exercício da atividade jurisdicional.

Essa preocupação com os limites da atuação do Poder Judiciário em matéria tarifária vem ocupando os debates nos meios acadêmicos, envolvendo especialmente membros do próprio Judiciário. Em recente seminário acerca do controle jurisdicional dos atos das agências reguladoras, uma Desembargadora Federal perguntou ao Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal – STF, acerca da possibilidade de revisão judicial dos aspectos ligados aos preços estabelecidos pelas agências reguladoras, sobretudo por envolver “critérios de discricionariedade técnica”. O eminente ministro, embora ressaltando que o nosso sistema é universalmente “judicialista”, ressaltou que a banalização desse tipo de intervenção provoca uma profunda instabilidade jurídica, o que afronta a própria razão de ser das agências reguladoras, que na sua visão é garantir maior estabilidade das relações, com vistas a dar a perspectiva de retorno dos investimentos. E acrescentou que, embora a intervenção busque a redução de preços, esse cenário poderia apontar em médio prazo ao contrário do resultado pretendido.

### Conclusão

Encontrar o equilíbrio entre uma tarifa que proporcione a atração de investimentos e a modicidade tarifária é o grande desafio da ANEEL. É difícil imaginar que possam existir interessados em aportar recursos em infra-estrutura, cuja vida útil se mede em décadas, num país que viesse a adotar movimentos pendulares, sinalizando amor e ódio aos investidores, de acordo com a boa ou má vontade de São Pedro no enchimento dos reservatórios. Ao observar a evolução das tarifas é importante reconhecer que a energia mais cara é aquela que não existe por falta de investimentos. Assim, cabe ao regulador estabelecer regras no presente com o olho no futuro, em prol do interesse coletivo.

No passado, as regras do Setor Elétrico incentivavam a ineficiência e o desarranjo institucional. De um lado, as concessionárias tinham asseguradas a cobertura do custo do serviço e a remuneração legal do investimento. De outro lado, o Governo estabelecia o controle de tarifas, com objetivo de conter o processo inflacionário. Esta inconsistência custou um passivo, como já dito, de 25 bilhões de dólares, pago pelos contribuintes em 1993. Ninguém quer ver este filme novamente.