

ANEEL E A PRESTAÇÃO ADEQUADA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE
ENERGIA ELÉTRICA

Geovane Anselmo Silveira Caputo

Marcio Andrey Roselli

MONOGRAFIA SUBMETIDA AO CORPO DOCENTE DA UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE GOIÁS COMO PARTE DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA
A OBTENÇÃO DO GRAU DE ESPECIALISTA DO CURSO DE PÓS-
GRADUAÇÃO *LATU SENSU* EM GESTÃO PÚBLICA.

Aprovada por:

Prof. Orivam Ibiapina da Silva, M. Sc.

(Orientador)

Prof. Gilberto Manoel de França Leite, M. Sc.

Prof. Rodrigo Speziali de Carvalho, M. Sc.

LUZIÂNIA, GO – BRASIL

MAIO DE 2008

CAPUTO, GEOVANE ANSELMO
SILVEIRA.

ROSELLI, MARCIO ANDREY.

ANEEL E A PRESTAÇÃO ADEQUADA
DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE
ENERGIA ELÉTRICA [Luziânia - GO]
2008

XI, 122 p. 29,7 cm

Monografia – Universidade Estadual de
Goiás

1. Desestatização
2. Agências reguladoras
3. Serviço público adequado
4. Defesa da Concorrência
5. Gestão pública

I. UEG II. Título (série)

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradecemos a Deus que esteve conosco nesta caminhada. Depois, nossos sinceros agradecimentos ao professor Orivam Ibiapina da Silva, pela enorme dedicação e paciência com que nos orientou e por todos os momentos em que esteve sempre pronto a ajudar. Ao professor Gilberto Manoel de França Leite pela colaboração. Também agradecemos a nossas famílias pelo apoio e compreensão, e aos colegas da ANEEL que colaboraram com as informações para essa Monografia.

Resumo da Monografia apresentada à UEG – Unidade Luziânia como parte dos requisitos necessários para a obtenção do grau de Especialista em Gestão pública (Esp.)

ANEEL E A PRESTAÇÃO ADEQUADA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE ENERGIA ELÉTRICA

Geovane Anselmo Silveira Caputo
Marcio Andrey Roselli

MAIO/2008

Orientador: Orivam Ibiapina da Silva

O presente trabalho analisará e avaliará os impactos do modelo regulatório na adequabilidade dos serviços públicos de energia elétrica. Com essa finalidade, inicialmente será apresentado a Reforma do Estado e a criação das Agências Reguladoras, além do alcance da regulação econômica no equilíbrio dos mercados dos serviços públicos.

O processo de desestatização das empresas públicas, por meio de concessões e permissões, e a criação de um modelo regulatório fizeram surgir as Agências Reguladoras autônomas, que passaram a ter a responsabilidade de zelar pela melhoria contínua dos serviços públicos no que tange a regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na prestação e modicidade tarifária. As Agências Reguladoras devem promover a concorrência entre empresas, sendo o governo parte integrante desse processo. Estas características demandam das Agências celeridade, especialidade técnica e independência em relação ao governo, além de proteção quanto à captura das agências pelos entes regulados.

Este trabalho se propõe a demonstrar os avanços e os retrocessos em relação a tais requisitos dos serviços públicos, após a instauração do modelo regulatório, mais especificamente sobre o papel da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, por intermédio da análise de indicadores de desempenho desenvolvidos para tal finalidade.

Nesse contexto, examinaremos a crise no setor elétrico, referente ao racionamento de energia elétrica, no ano de 2001, em relação à adequabilidade dos serviços públicos.

Abstract of Monograph presented to UEG – Luziânia - GO as a partial fulfillment of the requirements for the degree of Specialist in Public Management (Esp.)

ANEEL AND THE APPROPRIATE PROVISION OF PUBLIC SERVICES FOR
ELECTRICAL ENERGY

Geovane Anselmo Silveira Caputo
Marcio Andrey Roselli

MARÇO/2008

Advisor: Orivam Ibiapina da Silva

Initially, this monograph will examine the work of the State Reform and the creation of Regulatory Agencies in Brazil, beyond the reach of economic regulation of markets in the balance of public services.

In the process of destatization of public organizations, through concessions and permissions, and the creation of a regulatory model, intended to be a role for the independent regulatory agencies, which have been given responsibility for the continued improvement of public services, namely the regard the regularity, continuity, efficiency, safety, nowadays, generally, in providing courtesy and modest pricing. They must also promote competition between enterprises, the government is an integral part of that process. These features require the agencies quickly, technical expertise and independence from the government, as well as protection for the capture of agencies by regulated entities.

This study aims to demonstrate the advances and setbacks regarding such requirements of public services, after the introduction of the regulatory model, more specifically the role of the National Electric Energy Agency - ANEEL, through analysis of indicators developed, and in development, for this purpose.

In this context, examine the crisis faced by the energy sector, with respect to the rationing of electricity, in 2001, regarding the adequacy of public services under the focus of government, market and society.

PRINCIPAIS ABREVIATURAS

ANEEL: Agência Nacional de Energia Elétrica

AR: Agências Reguladoras

BNDES: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social

CADE: Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CCEE: Câmara de Comercialização de Energia Elétrica

EE: Empresas Estatais

EPE: Empresa de Pesquisa Energética

MARE – Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado

MME: Ministério de Minas e Energia

ONS: Operador Nacional do Sistema

PDRAE: Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado

PIB: Produto Interno Bruto

PND: Programa Nacional de Desestatização

PPP: Parcerias Público Privadas

SBDC: Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

SDE: Secretaria de Direito Econômico

SEAE: Secretaria de Acompanhamento Econômico

SEST: Secretaria Especial de Controle das Estatais

LISTA DE FIGURAS

FIGURA 1- PIB TRIMESTRAL DESAZONALIZADO. VALORES EM PERCENTUAL DE JAN/1996.....	69
FIGURA 2- PERCENTUAL DE PERDAS DE 53 DISTRIBUIDORAS NO PRIMEIRO CICLO DE REVISÃO TARIFÁRIA.....	77
FIGURA 3 – EVOLUÇÃO DAS PERDAS TOTAIS.....	77
FIGURA 4 – TAXA DE GRAVIDADE E DE FREQUÊNCIA DOS USUÁRIOS DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE ENERGIA. FONTE: FUNDAÇÃO COGE.....	82
FIGURA 5 – NÚMERO DE ACIDENTES COM USUÁRIOS POR GRAVIDADE E TIPO, ANO DE 2006. FONTE: FUNDAÇÃO COGE.....	83
FIGURA 6 - ACIDENTES FATAIS COM USUÁRIOS. FONTE: FUNDAÇÃO COGE.....	83
FIGURA 7 - EVOLUÇÃO DOS ACIDENTES DO TRABALHO. FONTE: FUNDAÇÃO COGE.....	84
FIGURA 8 - EVOLUÇÃO DO INDICADOR DEC(EM HORAS) NO BRASIL.....	88
FIGURA 9 - EVOLUÇÃO DO INDICADOR FEC(EM NÚMERO DE INTERRUPÇÕES) NO BRASIL....	88
FIGURA 10 – EVOLUÇÃO DOS INDICADORES COLETIVOS DE REGULARIDADE NO BRASIL.....	91
FIGURA 11 - TOTAL DE RECLAMAÇÕES DOS CONSUMIDORES.....	92
FIGURA 12 - COMPOSIÇÃO DA TARIFA FINAL (TUSD+TE) DOS CONSUMIDORES.....	96
FIGURA 13 - COMPOSIÇÃO DAS TARIFAS DE USO DOS SISTEMAS DE DISTRIBUIÇÃO.....	100
FIGURA 14 - EVOLUÇÃO MÉDIA DAS TARIFAS FINAS (TUSD+TE) SEM TRIBUTOS PARA OS USUÁRIOS DO BRASIL.....	101

LISTA DE TABELAS

TABELA 1 - COMPARAÇÃO DO REALIZADO COM AS METAS ESTABELECIDAS PARA O PLT.....	75
TABELA 2 - DADOS FINANCEIROS DO SETOR DE DISTRIBUIÇÃO.....	105
TABELA 3 - ENCARGOS SETORIAS RECONHECIDOS NAS TARIFAS DOS CONSUMIDORES DAS DISTRIBUIDORAS.....	110

ÍNDICE

1	INTRODUÇÃO	1
1.1	OBJETIVO	3
1.2	ESTRUTURA DO TEXTO.....	4
2	A REFORMA DO ESTADO E AS PRIVATIZAÇÕES NO BRASIL	5
2.1	NEOLIBERALISMO E A REFORMA DO ESTADO.....	5
2.2	POLÍTICAS NEOLIBERAIS ADOTADAS NO BRASIL	7
2.3	PRIVATIZAÇÃO NO BRASIL.....	9
2.3.1	Ligação entre a privatização e a política macroeconômica	9
2.3.2	Ações dos governos federais para a privatização	11
2.4	AS AGÊNCIAS REGULADORAS E A REFORMA DO ESTADO NO BRASIL.....	18
3	REGULAÇÃO ECONÔMICA E O INCENTIVO À COMPETIÇÃO.....	21
3.1	DIREITO DE PROPRIEDADE E O USO DE RECURSOS NO MERCADO	21
3.1.1	O Sistema de Atribuição de Direitos e a Alocação de Recursos	22
3.1.2	regulação e incentivos	23
3.2	REGULAÇÃO DOS MERCADOS	24
3.2.1	Regulação dos Serviços Públicos	25
3.2.2	Sistema de Defesa da Concorrência	27
3.3	SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA E AS AGÊNCIAS REGULADORAS	30
3.4	GRUPOS DE INTERESSE.....	34
4	O PAPEL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	36
4.1	AS AUTARQUIAS	37
4.1.1	As Autarquias Comuns.....	38
4.1.2	As Autarquias Especiais	39
4.2	DIFERENÇA ENTRE AGÊNCIA EXECUTIVA E AGÊNCIA REGULADORA.....	40
4.3	AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	42
4.4	A AUTONOMIA E AS CARACTERÍSTICAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	46
5	CONCESSÕES E O SERVIÇO PÚBLICO ADEQUADO.....	52
5.1	CONCESSÕES DO SERVIÇO PÚBLICO.....	52
5.1.1	O Contrato de Concessão	52
5.1.2	A Política Tarifária	54
5.2	A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO ADEQUADO COMO REQUISITO DA QUALIDADE DO SERVIÇO	56
5.2.1	Aspectos Legais da Prestação do Serviço Público Adequado.....	56
5.2.2	Definições do Serviço Público Adequado.....	59
5.2.2.1	Continuidade.....	59

5.2.2.2	Regularidade.....	59
5.2.2.3	Eficiência.....	59
5.2.2.4	Segurança.....	60
5.2.2.5	Atualidade.....	60
5.2.2.6	Generalidade.....	60
5.2.2.7	Cortesia.....	61
5.2.2.8	Modicidade Tarifária.....	61
5.2.3	Da Qualidade Do Serviço.....	62
6	REFLEXO DO MODELO REGULATÓRIO NA ADEQUABILIDADE DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE ENERGIA ELÉTRICA.	64
6.1	A ANEEL – AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA.....	64
6.2	A CRISE ENERGÉTICA DE 2001 - HISTÓRICO, CAUSAS E IMPLICAÇÕES PARA O ÓRGÃO REGULADOR.....	66
6.3	INDICADORES DO SERVIÇO PÚBLICO ADEQUADO NO SETOR ELÉTRICO.....	69
6.3.1	Generalidade.....	70
6.3.2	Eficiência.....	75
6.3.3	Segurança.....	79
6.3.4	Continuidade.....	85
6.3.5	Regularidade.....	89
6.3.6	Cortesia.....	92
6.3.7	Atualidade.....	93
6.3.8	Modicidade Tarifária.....	94
7	CONCLUSÃO.....	102
	REFERÊNCIAS.....	105
	ANEXO – ENCARGOS TARIFÁRIOS.....	109

1 INTRODUÇÃO

Até o início dos anos 70 o mundo viveu o auge do capitalismo caracterizado pela forte presença do Estado na economia, criando uma ampla rede de proteção social, como por exemplo: sistemas previdenciários, de assistência social e seguro-desemprego. O chamado Estado Social (*Welfare State*) subsidiava esta rede de proteção às custas de elevados gastos públicos.

Nos anos 80 ocorreu o desmantelamento do Estado Social, pois a forte presença do governo na economia levou ao mau funcionamento do mercado. Como exemplo dessa forte presença do Estado, podemos citar: excesso de intervenções na economia e de regulamentação, sindicalismo e protecionismo trabalhistas. Ademais, no cenário mundial, ocorreu neste período uma retração dos ganhos de produtividade devido ao rompimento do sistema monetário internacional, do choque do petróleo e à retração econômica dos países subdesenvolvidos (BRESSER-PEREIRA, 2005).

Durante a década de 90, o Estado priorizou o corte dos gastos públicos por meio da desestatização. Ocorreu, assim, uma redefinição do setor público, com abertura dos mercados às importações, motivados pela globalização que trouxe uma gama de mudanças na economia mundial, nos aspectos produtivos, financeiro e institucional, com grande valorização do mercado e da concorrência e a menor participação do Estado (GREMAUD, 2002).

Neste contexto, o modelo do Estado Social foi questionado em face da incapacidade de satisfazer as crescentes demandas sociais, existindo uma tendência de reduzir sua atuação na economia e buscar maior eficiência nas áreas consideradas relevantes (MORAES, 2002). Assim, muitos países adotaram como solução para a crise estatal um receituário neoliberal, que aponta como soluções a privatização de Empresas Estatais, a flexibilização da administração pública, a nova forma de regulação dos serviços públicos e a redução das políticas sociais. O poder público assume a elaboração da atividade regulatória nos setores em que antes as empresas públicas monopolistas eram as executoras do serviço público.

Desta maneira, novos instrumentos de regulação foram adotados, como, por exemplo, a criação dos entes reguladores autônomos, denominados Agências Reguladoras, fruto da

inspiração no modelo das agências norte-americanas e inglesas (SILVA, 2002). Tais Agências foram criadas como entes autônomos, pois atuam em seu próprio nome e de acordo com o sistema geral estatal, porém não independente, visto que são apêndices do sistema financeiro e orçamentário estatal (MORAES, 2002).

As funções das Agências Reguladoras foram expandidas no Brasil, passando a regular, além do setor de infra-estrutura, outros setores de interesse social, tais como cultura e saúde. Um dos motivos da expansão das funções das Agências foram suas características de concepção, como autonomia, especialização técnica, celeridade e agilidade administrativa.

A regulação, no âmbito da ciência política e econômica, aparece como uma das formas de atuação pública na economia, estabelecendo-se como alternativa da intervenção propriamente dita, pois visa à correção das deficiências do mercado por meio de edição de regras (de direito) ou pela instituição de autoridades de fiscalização (DI-PIETRO, 2003).

A partir desses conceitos, podem ser apontadas algumas idéias que, embora básicas, servem para definir a atividade de regulação:

- a) estabelecer regras de conduta;
- b) controlar a atividade privada pelo Estado, equivalente à idéia de polícia administrativa;
- c) estabelecer o funcionamento equilibrado do mercado, corrigindo suas falhas.

Com uma regulação econômica que promova a concorrência, produtores (prestadores de serviços) irão reduzir os custos e melhorar a qualidade dos produtos (serviços públicos prestados), gerando um efeito positivo para a sociedade. Apenas o fato do produtor reduzir os custos é benéfico à sociedade, pois seu lucro será reinvestido na sociedade, por meio de projetos de infra-estrutura. Cabe aqui ressaltar que quando nos referimos ao preço do produto consideramos que o mesmo é um vetor de muitas variáveis, entre as quais qualidade, confiabilidade, prazo de entrega e garantia de fornecimento (SARAIVA, 2002).

A criação das Agências Reguladoras desencadeou alguns conflitos sociais e políticos em consequência do alto grau de autonomia conferido pelo legislador infraconstitucional, por meio do estabelecimento de mandato e da estabilidade em favor dos dirigentes, com o intuito de privilegiar a eficiência da atividade regulatória com base na legitimação técnica, afastando da manifestação os representantes eleitos indiretamente pelo povo (SILVA,

2002).

Considerando os fatos apresentados, algumas questões podem ser formuladas:

- Como foi reorganizado o Estado após a Reforma Estatal?
- Quais são as atribuições das Agências Reguladoras? Tais atribuições são adequadas para o setor elétrico brasileiro?
- Quais são as contribuições do novo modelo regulatório para promoção da adequabilidade dos serviços públicos concedidos de energia elétrica?
- Que aspectos podem ser aprimorados?

Posto isto, algumas hipóteses iniciais podem ser formuladas:

- A criação das Agências Reguladoras foi necessária após a Reforma do Estado.
- A Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL contribui para melhorar adequabilidade dos serviços públicos de energia elétrica.
- Existem aspectos de aprimoramentos no sentido de sanar conflitos existentes entre agentes, consumidores e governo.

A metodologia de pesquisa será do tipo aplicada e multidisciplinar, com o objetivo de indicar oportunidades de aprimoramentos na prestação adequada dos serviços públicos regulados de energia elétrica. Será realizada uma pesquisa bibliográfica comparando as melhores práticas de regulação.

Serão apresentados, por meio de gráficos e tabelas, dados globais que indicam a eficiência das empresas reguladas do setor elétrico brasileiro em relação a adequabilidade do serviço público prestado.

1.1 OBJETIVO

Analisar e avaliar os impactos do modelo regulatório na adequabilidade dos serviços públicos de energia elétrica, no que tange a regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na prestação e modicidade das tarifas e na regulação econômica do mercado.

Além disso, apontaremos as contribuições do modelo regulatório do setor de energia elétrica para a adequabilidade dos serviços públicos prestados sob a visão do governo, dos cidadãos e dos agentes de mercado.

1.2 ESTRUTURA DO TEXTO

Para apresentar e analisar todos os aspectos citados anteriormente esta monografia foi organizada em sete capítulos, a saber:

O capítulo 1 apresenta uma visão geral sobre o trabalho a ser desenvolvido.

No capítulo 2 apresentaremos o histórico da reforma do Estado e das privatizações no Brasil, visando a compreensão da forma de concepção do modelo regulatório.

No capítulo 3 apresentaremos os principais conceitos relacionados à regulação econômica e o incentivo à competição, focando no papel do modelo regulatório para o equilíbrio do mercado.

Discorreremos no capítulo 4 sobre o papel das Agências Reguladoras, destacando suas características técnicas, administrativas e jurídicas.

O capítulo 5 apresenta os conceitos de concessões e serviço público adequado.

No capítulo 6 discorreremos sobre o reflexo do modelo regulatório na adequabilidade dos serviços públicos de energia elétrica.

O capítulo 7 apresenta as conclusões finais e enumera as sugestões de temas para trabalhos de pesquisa futuros.

2 A REFORMA DO ESTADO E AS PRIVATIZAÇÕES NO BRASIL

Este capítulo apresenta os aspectos políticos e econômicos que fizeram com que as privatizações das empresas públicas no Brasil subsidiassem a estabilidade econômica e a reforma do Estado. Apresentaremos, também, a doutrina neoliberal, no contexto nacional e internacional, e sua respectiva influência nas políticas econômicas.

2.1 NEOLIBERALISMO E A REFORMA DO ESTADO

Após a Segunda Guerra Mundial, o mundo viveu um crescimento econômico que persistiu até o início da década de 70. Este período caracterizou-se por uma forte presença do Estado na economia, predominando as políticas keynesianas¹. No caso de países desenvolvidos, criou-se uma ampla rede de proteção social que permitiam a manutenção da renda e a demanda dos indivíduos, o chamado Estado do Bem-Estar, ou em inglês *Welfare State*.

O modelo apresentado depois da Segunda Guerra centrava-se nas economias nacionais, entretanto possibilitou a internacionalização tanto pelo aumento dos fluxos comerciais, como, principalmente, dos fluxos de capitais, que colaboravam para manter a expansão da renda nos países desenvolvidos. Nos anos 70 este modelo de desenvolvimento entra em crise. Verifica-se uma redução na produtividade que impedia o crescimento contínuo de salários e lucros, o que provocou manifestações relacionadas ao conflito distributivo. Entre as manifestações da crise está o rompimento do sistema monetário internacional vigente, o sistema de *Bretton Woods*, que não estava adaptado a um intenso fluxo de capitais entre os países. Ao término da década de 70, surge o diagnóstico de que a crise econômica dos países centrais era devido as ineficiências do Estado Social, fato que estaria provocando distorções no funcionamento do mercado.

No início dos anos 80 começa um processo de desmantelamento do Estado do Bem-Estar

¹ John Maynard Keynes foi um dos mais influentes economistas do século XX. Suas idéias estimularam a adoção de políticas intervencionistas sobre o funcionamento da economia, a base do Estado Social.

por meio das reformas a favor do mercado, de acordo com os preceitos neoliberais. Para que um país pudesse dinamizar a economia, suas empresas deveriam ser mais competitivas, por meio da eliminação das distorções e das ineficiências existentes.

Com isso inicia-se a reforma do Estado, ao qual caberia cumprir as funções básicas, gerando o mínimo de distorções possíveis na economia. Coloca-se uma série de reformas nos sistemas previdenciários e de saúde, na qual o Estado assume uma responsabilidade cada vez menor, com garantias mínimas à população. As funções atípicas de Estado deveriam ser delegadas ao setor privado como, por exemplo, o setor de infra-estrutura.

A redefinição das funções do Estado promoveria a diminuição dos gastos públicos e dos déficits fiscais, possibilitando a ampliação da poupança, ou seja, o equilíbrio orçamentário passou a ser colocado como o objetivo central, o que significava que o Estado deixaria de utilizar os gastos públicos como forma de conter o nível de desemprego.

Destacamos que a necessidade das reformas pró-mercado surgiu nos países desenvolvidos, não se verificando, porém, uma implantação “*in totum*” nesses países. Todavia, as reformas foram adotadas com avidez nos países em desenvolvimento.

Ao adotar as medidas neoliberalizantes, acreditava-se que as forças do mercado restabeleceriam o equilíbrio e assim o crescimento econômico seria retomado, sendo a crise do sistema capitalista ocidental superada. Todavia, diferentemente do modelo liberal, caberia ao Estado a interferência, quando necessária, visando corrigir externalidades negativas do mercado, tais como cartéis e trustes.

No plano político os defensores das políticas neoliberalizantes começaram a ganhar eleições: Margareth Thatcher (1979) na Inglaterra, Ronald Reagan (1980) nos EUA e Helmut Kohl (1982) na Alemanha. Assim, essas medidas passaram a constituir as políticas econômicas dos principais governos.

Destaca-se que, ao final da década de 80, a maioria da Europa era governada por políticas de cunho neoliberal. Ainda nessa década, segundo Bastos (2003) ocorre o

[...] desmantelamento do Socialismo Real, inicialmente pelo que representou a queda do Muro de Berlim (1989) e culminou com a chegada de Yeltsin ao poder (1989), levando ao esfacelamento da União das Repúblicas Socialistas Soviética.

2.2 POLÍTICAS NEOLIBERAIS ADOTADAS NO BRASIL

Os anos 80 foram caracterizados por uma queda no desempenho econômico em relação à década passada. As causas da dificuldade econômica não foram às mesmas na primeira e na segunda metade da década: o país foi atingido pelo aumento das taxas de juros internacionais e pelo segundo choque do petróleo, respectivamente. Assim, o início dos anos 80 foi dominado pela necessidade de um ajuste profundo nas contas externas, pois o financiamento do grande déficit nas contas correntes do Brasil foi interrompido após a moratória do México, em 1982. A política econômica tinha por meta a geração de grandes superávits comerciais, com uma grande desvalorização cambial e uma marcante retração do PIB em 1983 (PINHEIRO; GIAMBIAGI, 2000).

Na segunda metade da década os políticos voltaram à atenção para a estabilização de preços. O Plano Cruzado procurou controlar a inflação mediante congelamento de preços, mas fracassou devido à permanência do enorme déficit público, ao aumento excessivo da base monetária e a uma queda de 8% da produção agrícola. Outros congelamentos de preços, em 1987 e 1989, não tiveram melhores resultados, pois os fundamentos econômicos continuaram a se deteriorar.

Segundo Pinheiro e Giambiagi (2000), durante todo esse período, a política econômica tentou controlar a absorção interna para obter equilíbrio externo e interno. As intervenções diretas nos preços eram um componente habitual da política econômica, inicialmente com o intuito de aumentar a competitividade dos produtores domésticos e, a partir de 1985, na tentativa de combater a inflação.

Nota-se que o governo não mudou o papel do Estado desenvolvimentista, mas passou a dar ênfase à política econômica. A prioridade não era mais a substituição de importação e o crescimento, mas sim o controle da inflação e a superação da crise cambial. Como as Empresas Estatais eram responsáveis por grande parte dos investimentos e do consumo doméstico, era necessário reduzir ou eliminar os déficits dessas empresas para estabilizar a inflação. Para alcançar essa finalidade uma série de limites foram estabelecidos para os gastos correntes, de capital e com importações das Empresas Estatais.

Destaca-se que a partir de 1975 os preços de bens e serviços produzidos pelas estatais

foram reduzidos em termos reais, inicialmente para controlar a inflação e, depois de 1982, para subsidiar a exportação de bens manufaturados.

Os indicadores econômicos – a crise cambial, principalmente – afetariam as Empresas Estatais de duas formas distintas. Antes da crise da dívida externa, no ano de 1982, essas empresas foram levadas a obter empréstimos no exterior superior às suas necessidades, objetivando o financiamento dos crescentes déficits em conta corrente do país.

Com os débitos externos elevados, as Empresas Estatais aumentaram as despesas devido à elevação da taxa de juros internacionais a partir do ano de 1979 e à desvalorização cambial após o ano de 1981. Logo, o uso das Empresas Estatais como instrumento da política macroeconômica – com limites ao investimento, aumento do endividamento, redução do valor real de preços e das tarifas e o desvio dos objetivos empresariais – promoveria à gradual e à contínua deterioração de seu desempenho, com a expansão da demanda reprimida e a perda da qualidade dos serviços (PINHEIRO; GIAMBIAGI, 2000).

Existem várias maneiras de reduzir despesas e aumentar a eficiência gerencial do Estado, como por exemplo: o rearranjo estrutural da administração pública, extinguindo, fundindo ou incorporando órgãos; a redução dos gastos públicos com corte de funcionários e empregados e, combatendo a corrupção e o mau uso dos recursos públicos.

Contudo, por afirmação ideológica ou por pressão de organismos internacionais, a maioria dos governos do terceiro mundo tem optado por realizar reformas patrimoniais. Embora tenha ensaiado alguns passos em direção à reforma tributária e a reforma gerencial, a reforma do Estado Brasileiro se concentrou no processo de desestatização das Empresas Estatais.

Nesse contexto, a partir do primeiro choque do petróleo² a política econômica brasileira deslocou-se do crescimento para a estabilização, o que levou a mudança na política em relação às Empresas Estatais, resultando no programa de privatizações.

Portanto, o programa de desestatização foi um instrumento do governo que visava financiar e sanear as dívidas públicas e, principalmente, alcançar a estabilidade econômica. Ademais, outros fatos contribuíram para a reestruturação do aparelho estatal, tais como as

² O primeiro choque do petróleo ocorreu em 1973, quando os países produtores do Oriente Médio, devido à externalidades negativas da atividade, diminuíram a produção elevando o preço do petróleo.

transformações que vinham ocorrendo na economia mundial.

Segundo Gremaud (2002) essas transformações estão ligadas à globalização, manifestada em diferentes setores da economia: comercial, produtivo, financeiro e institucional. No início, essa fase levou a profunda reforma nas estruturas econômicas nacionais, com destaque para uma ampla valorização do mercado, uma preocupação com a competitividade e uma menor intervenção do Estado na economia, reafirmando a volta do liberalismo econômico, fundamentado pelo consenso de Washington³, porém com características mais intervencionistas que o liberalismo de Adam Smith, e agora denominado neoliberalismo.

Os órgãos de financiamento internacional, tais como o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional, dos quais os países em desenvolvimento eram reféns financeiros, disciplinaram as questões fiscais, redirecionando as prioridades de gastos públicos para as áreas de saúde, educação e infra-estrutura, a reforma fiscal (ampliando a base fiscal e reduzindo impostos marginais), o estabelecimento de taxas de câmbio competitivas, a garantia dos direitos de propriedade, desregulamentação, liberalização comercial e financeira, privatização e eliminação de barreiras ao investimento estrangeiro.

No Brasil observa-se que quase todas as medidas neoliberais foram adotadas no plano de estabilização econômica, feito em conjunto com o Plano Real e implementado no governo do Presidente Itamar Franco, em 1994, para controlar a elevada inflação dos anos anteriores.

2.3 PRIVATIZAÇÃO NO BRASIL

2.3.1 LIGAÇÃO ENTRE A PRIVATIZAÇÃO E A POLÍTICA MACROECONÔMICA

Argumenta-se que a principal motivação da privatização foi à incapacidade do Brasil de estabilizar a economia e de manter um crescimento sustentado. A privatização e a política

³ Consenso de Washington é um conjunto de medidas formulado em 1989 por economistas do FMI, o Banco Mundial e o Departamento do Tesouro dos Estados Unidos, inspirados nas idéias do economista John Williamson, do *International Institute for Economy*.

macroeconômica estão ligadas sob diversos aspectos.

A deterioração das contas fiscais limitou a capacidade do governo de intervir na economia e de financiar os investimentos de suas empresas, cuja situação agravou-se quando o governo começou a fixar os preços dos produtos dessas empresas em níveis baixos para subsidiar as exportações e, artificialmente, controlar a inflação.

A importância da privatização como forma de sustentação dos programas de estabilização é muito controversa. Cinco aspectos da ligação entre privatização e política macroeconômica no Brasil revestem-se de interesse especial.

Primeiro, o fraco desempenho econômico foi, isoladamente, o motivo mais importante para a privatização no Brasil. A privatização limita a liberdade do governo para adotar políticas econômicas intervencionistas, forçando-o a empregar uma estratégia de desenvolvimento mais voltada para o mercado.

Segundo, até a década passada a privatização não era um elemento central da política macroeconômica do país. Mesmo assim, representou um importante papel na sinalização do compromisso de reduzir a participação do Estado na economia, sem a qual o Brasil poderia ter mais dificuldades no acesso aos mercados de capital estrangeiros (PINHEIRO; GIAMBIAGI, 2000).

Terceiro, o fracasso no controle da inflação limitava a possibilidade dos governos de adotar um programa mais ambicioso de privatização.

Quarto, a privatização foi essencial para sustentar o Plano Real. As grandes privatizações, ocorridas entre os anos de 1997 a 1998, permitiram ao Brasil atrair significativos investimentos externos diretos, o que ajudou a financiar o grande déficit em conta corrente e a impedir que a dívida pública fugisse ao controle, apesar dos vultosos déficits públicos registrados desde 1995 (PINHEIRO; GIAMBIAGI, 2000).

Quinto, embora a importância da privatização em termos macroeconômicos tenha sido recentemente reconhecida, tem-se enfatizado o seu impacto de curto prazo, sendo quase inteiramente desprezados os benefícios fiscais permanentes.

Segundo Pinheiro e Oliveira (1991) a desestatização se insere, na história da transformação do Estado brasileiro, também por razões sociais e políticas. Isso porque a privatização deveria superar a resistência dos cinco grupos de interesse que poderiam ser prejudicados

por essa política: os funcionários e empregados públicos que recebiam salários mais altos que os pagos pelo mercado; os fornecedores das Empresas Estatais que tinham nelas seus grandes consumidores; os clientes que compravam com preços subsidiados; os dirigentes que não eram avaliados pelo seu desempenho; e, os políticos que as usavam para interesses particulares ou partidários.

2.3.2 AÇÕES DOS GOVERNOS FEDERAIS PARA A PRIVATIZAÇÃO

No ano de 1979 o governo criou a Secretaria Especial de Controle das Estatais - SEST, para assegurar a introdução dos objetivos macroeconômicos na administração diária das Empresas Estatais e, em especial, para lhes impor limites ao aumento de gastos. Com a SEST, houve uma mudança na orientação da privatização, passando para a contenção da expansão das Empresas Estatais e menor intervenção estatal na economia. Tal mudança não foi ditada por motivos políticos, visto que a propriedade pública da maioria dessas empresas continuava sendo encarada como um fator essencial do desenvolvimento econômico e da segurança nacional.

Uma das primeiras medidas da SEST foi realizar um censo das instituições públicas federais, tendo sido identificado um total de 505 entidades, das quais 268 foram classificadas como Empresas Estatais. No entanto, somente em 1981 foi criada a Comissão Especial de Privatização, a qual identificou 140 empresas que poderiam ser privatizadas em curto prazo e arrolou 50 delas para venda. Entre 1981 a 1984 foram privatizadas 20 Empresas Estatais, uma foi arrendada e oito foram absorvidas por outras instituições públicas. Segundo Pinheiro e Giambiagi (2000) as receitas obtidas totalizaram US\$ 190 milhões.

O esboço inicial da privatização no Brasil foi um fracasso, pois o governo estava tentando restringir a expansão das despesas das Empresas Estatais para reduzir o consumo interno e não visando alterar a intervenção do Estado na economia. Durante a gestão do presidente José Sarney, de março de 1985 a março de 1990, a privatização manteve o mesmo ritmo lento do período anterior. Os problemas continuavam os mesmos: falta de compromisso político, inflação elevada, crescimento pequeno e irregular do PIB e restrições à

participação de potenciais investidores, como, por exemplo, a exclusão dos investidores externos (PINHEIRO; OLIVEIRA-FILHO, 1991).

Um aspecto essencial dessa primeira fase de privatização foi o papel desempenhado pelo BNDES. Das 268 Empresas Estatais, 76 eram companhias anteriormente privadas. Como a maioria dessas empresas continuava a registrar prejuízos, parte substancial dos recursos financeiros e humanos do BNDES estava sendo usado para administrá-las, o que motivou a privatização. Os procedimentos criados pelo BNDES para se desfazer dessas empresas foram: venda em leilão público em bolsa de valores, uso de uma empresa de consultoria para propor um preço mínimo e de uma firma de auditoria para supervisionar cada processo.

No final da década de 80, a situação começou a mudar. A economia continuava a piorar e a inflação atingia níveis alarmantes. O fracasso da SEST no controle dos gastos das Empresas Estatais ficou evidente. Nesse período, a opinião generalizada sobre o papel do Estado no desenvolvimento econômico estava sofrendo uma mudança radical em termos de política pública. A estratégia da substituição de importações estava sendo suplantada por um modelo econômico mais aberto e desregulamentado.

A privatização passou a ser uma das prioridades da nova administração, fato que culminou na Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, que instituiu o Programa Nacional de Desestatização (PND).

Foi criada uma Comissão Diretora da Privatização, encarregada de supervisionar o programa e tomar decisões sobre as principais questões, tais como recomendar ao presidente da República as empresas a serem incluídas no PND e aprovar a forma e as condições de venda das Empresas Estatais, em especial o preço mínimo de leilão. O BNDES foi incumbido das tarefas de administração do PND no dia-a-dia e da implementação das diretrizes determinadas pela Comissão de Privatização. Todas as privatizações foram acompanhadas pelo subcomitê da Câmara dos Deputados, pelo Judiciário e pelo Tribunal de Contas da União (PINHEIRO; GIAMBIAGI, 2000).

Uma característica distintiva do PND, principalmente até 1996, era o fato de permitir que os investidores pagassem pelas ações das Empresas Estatais não somente com dinheiro, mas também com diversos tipos de títulos públicos, que eram, principalmente, dívidas não pagas do governo.

A administração do presidente Fernando Collor de Mello tomou posse em meio a uma inflação avassaladora e as preocupações com a possibilidade do governo sustar o pagamento de suas dívidas aumentava. Depois de um feriado bancário de três dias úteis, grande parcela dos ativos financeiros da economia foi congelada no Banco Central. Esses ativos deveriam permanecer ali por 18 meses, sendo posteriormente devolvidos em 12 prestações mensais (PINHEIRO; GIAMBIAGI, 2000).

Assim, o governo acreditava que devolveria a poupança à população sem criar problemas, incentivando as pessoas a usar tais recursos para comprar ações das Empresas Estatais no processo de privatização. O governo pretendia privatizar as grandes empresas, contudo a ligação entre a privatização e o programa de estabilização foi prejudicada pois não foi privatizada qualquer empresa em 1990.

Segundo Pinheiro e Giambiagi (2000) a privatização por meio do PND mostrou ser difícil, pois havia salvaguardas na legislação visando impedir falcatruas e para assegurar a transparência. Outra causa da demora era a má situação financeira em que se encontrava a maioria das empresas em processo de privatização e a necessidade de renegociar acordos de acionistas com investidores privados nacionais e estrangeiros.

Com a aceitação de títulos do governo foram possíveis: à criação de instrumentos de financiamento em longo prazo; houve a transferência das dívidas das Empresas Estatais ao Tesouro Nacional e a sua securitização, o que tornaram essas empresas mais atraentes para os investidores privados; e garantir que as receitas não seriam usadas para financiar o aumento dos gastos.

A maioria das Empresas Estatais do tipo industrial foi privatizada entre 1991 e 1994, incluindo todas as empresas públicas dos setores de siderurgia e fertilizantes, a maioria do setor petroquímico e diversos outros setores. É interessante observar que os argumentos do início da década de 90 para ampliar o alcance das privatizações menosprezavam sua importância macroeconômica cada vez maior. Segundo Pinheiro e Giambiagi (2000) os principais argumentos eram:

O Estado não deveria executar atividades que o setor privado fosse plenamente capaz de realizar.

A privatização estimularia o investimento das ex-estatais, fato que não aconteceria se elas continuassem sendo propriedade do Estado, e aumentaria sua produtividade mediante a adoção de tecnologias mais eficientes.

A privatização diminuiria a concentração do mercado de ações e, possivelmente, aumentaria o número de acionistas no mercado de capitais. A divisão dos monopólios públicos em várias empresas ou a venda separada das Empresas Estatais do mesmo setor criaria um ambiente mais competitivo, provocando um aumento da eficiência técnica e distributiva.

Em setembro de 1992, assumiu o presidente Itamar Franco. Após uma suspensão de três meses o governo Itamar Franco deu prosseguimento ao processo de privatização, ao mesmo tempo em que dava ênfase aos pagamentos em moeda corrente, maior distribuição da propriedade das ações e inclusão de participações minoritárias detidas pelo Estado em diversas empresas. A lei também foi alterada de modo a permitir a participação sem limites de estrangeiros no PND. No final, o PND privatizou mais empresas e arrecadou mais receita no governo Itamar Franco do que na administração anterior e assim a privatização passa a ter uma ampla sustentação política.

O governo Itamar Franco reduziu as taxas de juros, permitindo que a economia se expandisse, diminuindo o desemprego e incentivando maiores taxas de investimento. Ao mesmo tempo a inflação continuava a aumentar. O fato mais notável de sua administração foi o lançamento do Plano Real, que promoveu a redução da inflação e o crescimento do PIB, fato que motivou ainda mais a privatização.

O impacto fiscal da privatização foi considerado de pouca importância. Esperava-se que a privatização das Empresas Estatais promovesse um ganho fiscal permanente, como resultado de uma lucratividade futura mais elevada em mãos privadas, o que incentivaria os compradores a pagar mais do que elas valiam para o governo, fato que geraria um aumento das receitas tributárias. Pelo mesmo raciocínio, a privatização livraria o governo da obrigação de financiar o investimento das empresas privatizadas e, constituiria um alívio fiscal imediato.

Finalmente, o uso das receitas da privatização para amortizar a dívida pública traria benefícios fiscais, já que a taxa de juros sobre a dívida pública era muito mais alta do que a taxa de retorno obtida pelo governo como acionista das empresas. No entanto, como as dimensões do programa em termos macroeconômicos eram pequenas nessa primeira fase do PND, também era pequeno o tamanho do ganho fiscal permanente.

O desempenho da economia brasileira de 1995 a 1998 contrastou com os resultados do

período anterior ao Plano Real. Até junho de 1994, a economia apresentava inflação alta, taxa de câmbio depreciada, expressivos superávits comerciais, equilíbrio em conta corrente e baixo déficit operacional. Ao contrário, no primeiro mandato de Fernando Henrique Cardoso houve, em média, uma inflação anual de 8,2%, uma expansão anual do PIB de 2,7%, uma taxa de investimentos de 17,1% do PIB (em preços constantes de 1980), um déficit comercial de US\$ 5,9 bilhões, um déficit em conta corrente de 3,6% do PIB e um déficit público de 5,2% do PIB (PINHEIRO; GIAMBIAGI, 2000).

Durante a gestão de Fernando Henrique Cardoso teve início à fase mais longa e mais importante da privatização. Essa fase incluiu as empresas de mineração e infra-estrutura, a ampliação da privatização aos estados e municípios e uma mudança no papel dos setores público e privado na economia, num grau não previsto nos estágios anteriores. Isso demandava um compromisso muito maior com o processo de privatização. De fato, a privatização das estradas e das empresas de telecomunicações foi levada a cabo diretamente pelos ministros das respectivas pastas, sem passar pelo PND. A privatização superou uma série de obstáculos, iniciando em 1996 com a distribuidora de energia Light e prosseguindo em 1997 com a venda da Companhia Vale do Rio Doce (CVRD), terminando em 1998 com a Telebrás. Essa terceira fase da privatização brasileira contrasta com as duas anteriores sob três aspectos: forma institucional, alcance e objetivos.

As mudanças no contexto institucional tiveram início em janeiro de 1995, com a substituição da Comissão de Privatização pelo Conselho Nacional de Desestatização, estreitando muito mais o vínculo entre a administração do processo e o governo federal. O PND em si foi mantido quase intacto, porém foram efetuadas outras mudanças importantes no contexto legal e institucional após a promulgação da Lei das Concessões (Lei nº 8.987/1995) e as emendas constitucionais aprovadas. A Lei das Concessões regulamentou o artigo nº 175 da Constituição Federal e introduziu importantes alterações nas normas que regem a concessão dos serviços públicos.

Destaca-se que a privatização ou desestatização é o ato do governo de transferir a propriedade ou controle do serviço ou da empresa pública à entidade do setor privado. No caso Brasileiro, a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, dispôs sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos. Assim, a maioria dos casos de desestatização foi realizada na modalidade de concessão ou permissão, onde somente o

controle foi transferido à entidade do setor privado.

A privatização foi estendida para as esferas estaduais e municipais e a extensão do PND a outros setores. A privatização em âmbito estadual foi devido ao impacto fiscal mais pronunciado e porque ilustra a influência de considerações macroeconômicas sobre a decisão de privatizar. As empresas públicas estaduais e municipais eram responsáveis pela maior parte do déficit fiscal das Empresas Estatais.

A mudança de objetivos deu ênfase em: a) receitas em dinheiro, com a substituição do financiamento indireto mediante o uso de moedas de privatização por créditos diretos do BNDES ou do Tesouro Nacional; e b) compromissos de investimento nos setores privatizados (PINHEIRO; GIAMBIAGI, 2000).

A extensão da privatização a setores com externalidades mais pronunciadas e menor lucratividade exigia um novo enfoque. Esse era o caso das estradas, pontes, esgotos e, em menor grau, ferrovias. Nesses setores, o modelo de privatização estabelecia metas de produção e/ou um plano de investimento que o novo proprietário privado precisava obedecer. Com exceção das ferrovias, a privatização foi efetuada em troca do compromisso de investir, sendo em muitos casos o vencedor que propusesse cobrar as menores tarifas dos consumidores.

Dessa forma, a privatização foi ampliada e acelerada, mas somente com a crise asiática de 1997 tornou-se de fato uma questão crucial para o governo, assumindo um papel vital na sobrevivência do Plano Real. Esse fenômeno tem duas causas: a) era a primeira vez que os valores recebidos pelas vendas das Estatais estavam se tornando significativos em termos macroeconômicos e b) com a evolução da crise asiática, a privatização poderia dar ao Brasil uma vantagem sobre outros países que foram ou poderiam ser vítimas de ataques especulativos. Nesse sentido, a privatização era encarada como uma espécie de "rede de segurança", dando margem aos déficits em conta corrente e fiscal. O governo pretendia solucioná-los por meio de políticas específicas e das chamadas "reformas estruturais" a curto prazo, antes que se exaurissem os recursos extraordinários provenientes da privatização.

A privatização tornou-se um meio de sinalizar estabilidade, ainda que precária, a um mercado preocupado com a situação fiscal e as possibilidades de sustentação da política cambial. Esses sinais de estabilidade foram essenciais para permitir que o país atravessasse

os meses críticos de novembro e dezembro de 1997, quando os mercados mundiais estavam fechados para o Brasil, com o drástico aperto de liquidez ocorrido em outubro.

A desvalorização do real em janeiro de 1999 alterou as perspectivas da economia em geral e da privatização em particular. A queda da credibilidade do governo, o fraco desempenho do PIB e a percepção de maior risco foram fatores que contribuíram para reduzir o valor real dos ativos e fazer da privatização um empreendimento difícil em 1999.

Por outro lado, a privatização proporciona uma oportunidade de atenuar as restrições que a economia enfrenta a curto prazo e de reduzir o custo social decorrente da implementação dos ajustes necessários nas contas fiscal e externa. É improvável que, sem a estabilidade de preços, o governo fosse capaz de estender a privatização às empresas de serviços públicos (PINHEIRO; GIAMBIAGI, 2000).

Atualmente no governo do presidente Luis Inácio Lula da Silva, apesar de crítico da privatização em período de campanha, vem dando prosseguimento à política de diminuição do Estado na participação da economia por meio das parcerias público privadas - PPP, instituídas pela Lei nº. 11.079, de 30 de dezembro de 2004, ou pelas já consolidadas modalidades de concessões e permissões. A PPP é uma forma de investimentos em infraestrutura ou em serviços públicos em que o parceiro privado é responsável pela execução e operação, e posteriormente são transferidos ao Estado. O setor público contrata o serviço no todo ou em parte, no caso da segunda opção o retorno do investimento é recuperado via receita proveniente de tarifas cobradas dos usuários, como é o caso de estradas e rodovias em que parte dos investimentos são recuperados via pedágio.

Outra forma de reduzir a participação do Estado na economia é por meio dos contratos de gestão com instituições governamentais de organizações sociais, a exceção das abrangidas pelo Decreto nº. 137/91. Denomina-se "organizações sociais" as entidades de direito privado que, por iniciativa do Poder Executivo, obtêm autorização legislativa para celebrar contrato de gestão com esse poder, e assim ter direito à dotação orçamentária.

Essas organizações formam um novo tipo de entidade, que o Governo denomina de "pública não estatal". Ela é pública porque executa e administra o serviço público e o patrimônio público, sob o controle por parte do poder público. Todavia, esse controle se flexibiliza, deixando de ser formal, como ocorre em relação às entidades da Administração Indireta, e passa a ser um controle de resultados. Para esse, a relação que se define entre o

ente político titular do serviço e a organização social passa a ser por meio dos contratos de gestão (DI PIETRO, 2006).

Com relação às organizações sociais, consta do Plano Diretor que o projeto dessas organizações tem como finalidade permitir a descentralização das atividades no setor de prestação de serviços não-exclusivos, nos quais não há o exercício do poder do Estado, a partir do pressuposto que esses serviços serão mais eficientemente realizados se, mantendo o financiamento do Estado, forem realizados pelo setor público não-estatal.

A transformação dos serviços não-exclusivos estatais em organizações sociais se dá de forma voluntária, a partir da iniciativa dos respectivos ministros. Têm prioridade os hospitais, as universidades e escolas técnicas, os centros de pesquisa, as bibliotecas e os museus. Tudo indica que a inspiração para o projeto das organizações sociais foram a partir dos chamados Serviços Sociais Autônomos (SESI, SESC, SENAI e outros) e, mais proximamente, o serviço social autônomo "Associação das Pioneiras Sociais" (DI PIETRO, 2006).

A privatização e a política macroeconômica continuarão a interagir por mais alguns anos, embora as questões microeconômicas tendam a adquirir mais importância no futuro.

2.4 AS AGÊNCIAS REGULADORAS E A REFORMA DO ESTADO NO BRASIL

As transformações decorrentes dos processos de privatização e desestatização redefiniram o papel do Estado Brasileiro. Hoje é amplamente reconhecido que o Estado empreendedor dos serviços públicos deve ser substituído pelo Estado Regulador com características diferenciadas, abrindo espaço para a participação da iniciativa privada em setores antes considerados de exclusiva atuação estatal. Com isso, o Estado brasileiro procura fortalecer o papel no âmbito regulatório.

O papel de Estado-empendedor é mais claro entre as décadas de 30 e 80, embora o modelo de substituição de importações se esgote desde meados dos anos 70. Entretanto, a partir dos anos 90 ocorre uma mudança sensível, aumentando a importância do Estado regulador relativamente à presença na esfera da produção de bens e serviços (OLIVEIRA et al, 2005)

O plano diretor da Reforma do Estado, em 1995, começou o processo que resultou na implementação do Estado Regulador e promoveu a redução do Estado Interventor no domínio econômico. Segundo Bresser-Pereira e Pacheco (2005) as propostas de reforma no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado – PDRAE, elaborado pelo MARE – Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, compreendem as três dimensões:

- a) uma dimensão institucional-legal, voltada à reforma dos aspectos jurídicos do setor público e a reformulação organizacional, compreendendo a criação de agências autônomas, organizações sociais, etc;
- b) a introdução de novos instrumentos de gestão, tais como contrato de gestão, contabilidade gerencial e de custos, planejamento e gestão estratégica, entre outros. Visando conceder celeridade administrativa e responsabilização da administração pública (*accountability*).
- c) uma dimensão cultural, visando aumentar o grau de confiança sobre os administradores públicos, combinado com maior compromisso com resultados.

Um dos princípios fundamentais da reforma do Plano Diretor é o de que o Estado só deve executar diretamente as tarefas que são exclusivas dele. Entre as tarefas exclusivas do Estado deve-se apontar as centralizadas de formulação e controle das políticas públicas e da lei, a serem executadas por secretarias ou departamentos, das tarefas de execução, que devem ser descentralizadas para agências executivas e reguladoras (BRESSER-PEREIRA; PACHECO, 2005).

A proposta de reforma do aparelho do Estado no Plano Diretor parte da existência de quatro setores: 1) o núcleo estratégico do Estado; 2) as atividades exclusivas de Estado; 3) os serviços não-exclusivos; e 4) a produção de bens e serviços para o mercado.

No núcleo estratégico são definidas as leis e políticas públicas. No nível federal esse núcleo é integrado pelo Presidente da República, pelos ministros de Estado e a cúpula dos ministérios, pelos tribunais e pelo Ministério Público.

Os serviços não-exclusivos ou competitivos do Estado são aqueles que são realizados pelo Estado porque os considera importante para os direitos humanos, ou porque envolvem economias externas, não podendo ser recompensados no mercado por meio da cobrança dos

serviços.

A produção de bens e serviços para o mercado é feita pelo Estado por meio das empresas de economia mista, que operam em setores de serviços públicos e/ou em setores considerados estratégicos, entretanto o Plano Diretor visava privatizar as empresas estatais de acordo com o Programa Nacional de Desestatização (PND).

As Agências Reguladoras, criadas a partir da segunda metade da década passada junto com o processo de privatização e de redefinição dos contornos da atuação do Estado ganharam importância e atraíram investimentos, na expansão da oferta e melhoria de serviços e produtos regulados.

O surgimento das Agências Reguladoras acompanhou a abertura de mercados a entes privados e conferiu maior independência técnica ao marco regulatório, estimulando novos investimentos e a livre concorrência, por meio de privatizações (OLIVEIRA et al; 2005).

Nas atividades exclusivas de Estado, as reformas promoveram a constituição de agências movidas por objetivo específico, separadas dos ministérios e departamentos formuladores de políticas, a eles conectadas por acordos prévios de resultados a agir. A literatura indica quatro razões principais que levaram à constituição de agências: a busca de economia, os objetivos para buscar a eficiência, a melhoria do processo decisório sobre orçamento público e os propósitos de transparência e maior responsabilização pelos resultados (BRESSER-PEREIRA; PACHECO, 2005).

3 REGULAÇÃO ECONÔMICA E O INCENTIVO À COMPETIÇÃO

No sistema de mercado em que os produtores e consumidores negociam numa estrutura de concorrência perfeita, os recursos escassos são empregados com o máximo de eficiência alocativa. Esse resultado é a condição de equilíbrio para cada agente e para a economia como um todo, e essa condição é conhecida como o equilíbrio ótimo de Pareto, ou seja, nenhuma transação voluntária entre agentes poderia melhorar a situação de um sem piorar a de outros (GREMAUD, 2005).

Nos mercados reais predomina estruturas de concorrência imperfeita, devido às falhas de mercado, fato que enseja a intervenção estatal.

Discutiremos nesse capítulo as circunstâncias que provocam as ineficiências alocativas do sistema de mercado, destacando as regras explícitas ou implícitas do mesmo e os instrumentos de regulação, a saber: as Agências Reguladoras e o sistema brasileiro de defesa da concorrência.

3.1 DIREITO DE PROPRIEDADE E O USO DE RECURSOS NO MERCADO

Segundo Gremaud (2005): *“mesmo numa sociedade hipotética, em que todas as estruturas de mercados operam em concorrência perfeita, podem existir falhas de mercado que impedem a ocorrência de solução de eficiência na alocação de recursos escassos”*.

Os mercados são convenções sociais regidas por leis gerais, que basicamente estabelecem os direitos de propriedade e a troca entre os indivíduos, e por estatutos específicos instituídos, visando restringir ou ampliar o conjunto de transações possíveis para certos bens ou serviços.

No centro das regras que definem a operação dos mercados está o sistema de atribuição de direitos que determina os termos gerais da contratação voluntária dos recursos entre os indivíduos da sociedade.

3.1.1 O SISTEMA DE ATRIBUIÇÃO DE DIREITOS E A ALOCAÇÃO DE RECURSOS

Os negócios são feitos por meio de contratos, como por exemplo, para trabalhar, firmamos contratos de trabalho ou de prestação de serviços. As leis e os regulamentos definem os limites para que esses contratos sejam válidos, logo os preços e as quantidades envolvidas nas negociações obedecem às restrições legais.

Nas transações de mercado existem pagamentos dos bens e serviços propriamente ditos e outros custos associados à implementação dos contratos. Ao discutirmos eficiência alocativa em mercados de concorrência perfeita, esses custos, ou os recursos empregados na atividade de conceber e fazer cumprir contratos, foram ignorados. Isso ocorre porque se adota que o sistema legal sancione, sem custos, qualquer transação realizada entre os agentes privados.

Assim, as regras direcionam o funcionamento do mercado, impondo limites ao uso de recursos e afetando os custos de realizar e cumprir os contratos. Com isso a alocação de recursos está ligada ao sistema de atribuição de direitos. Esse sistema tem o objetivo de atribuir, aos titulares dos ativos, autoridade de escolher o uso específico desejado entre uma classe de usos possíveis, e não proibidos, e que tal atribuição seja exclusiva do titular (GREMAUD, 2005).

A atribuição dos direitos de comando sobre o ativo comporta três categorias: o direito de uso, o direito de exploração e o direito de alienação. O direito de uso dá ao titular a possibilidade de escolher como usufruir, transformar ou mesmo destruir o ativo. Com direito de exploração o titular pode decidir como auferir a renda do ativo, seja explorando diretamente, seja contratando outros para fazê-lo. O direito de alienação define a capacidade do titular transferir permanentemente o ativo a outros.

Quando os três direitos sobre o mesmo ativo são atribuídos ao mesmo titular, afirma-se que existem direitos de propriedade plena.

Há a dificuldade para identificar numa única pessoa a titularidade dos direitos, e se isso for possível chama-se de propriedade individual plena. Mas existem outras três possibilidades: a propriedade plena estatal, a propriedade plena coletiva e a propriedade comum ou de livre acesso.

Segundo Gremaud (2005) na propriedade estatal aqueles que controlam o Estado executam de fato a titularidade desses direitos. Na propriedade coletiva, a titularidade dos recursos é exercida pela comunidade ou por seus representantes, excluindo pessoas estranhas à titularidade.

A definição e a garantia dos direitos exclusivos de propriedade necessitam de medidas custosas por parte dos indivíduos e do Estado. Essas medidas são adotadas pelos detentores dos ativos quando seus custos são inferiores aos rendimentos esperados. Caso contrário, os agentes econômicos assumem os custos de garantir o uso exclusivo dos ativos, sendo que, nesse caso, os ativos podem ser deixados para o livre acesso. Os recursos de livre acesso surgem também quando o Estado não garante os contratos entre agentes econômicos que disputam a utilização dos mesmos recursos.

Existem dois tipos de limitações que o Estado pode impor aos direitos exclusivos de propriedade: as proibições e as atenuações. Por exemplo, ao impor limites de velocidade nas estradas, o Estado está zelando pela segurança dos motoristas, nesse caso o direito de uso da propriedade do automóvel foi atenuado. Esse tipo de limitação deve ser distinguido de restrições que impedem o mesmo motorista de atropelar. Tais atenuações têm efeitos alocativos importantes, por exemplo, na repartição dos direitos sobre a propriedade da terra, pois qualquer redefinição na estrutura de direitos de propriedade exercida pelo Estado tem efeitos sobre a riqueza, resultando em perdas para alguns e ganhos para outros.

3.1.2 REGULAÇÃO E INCENTIVOS

Se no sistema econômico todos os agentes possuem as informações necessárias e não têm razões para que os outros descumpram o contrato, todos os recursos de valor econômico poderiam ser delineados e atribuídos à titularidade dos direitos de propriedade. Definido os direitos exclusivos de propriedade garante-se que todos os recursos são empregados em atividades cujo rendimento econômico é máximo, não sendo necessária a interferência do Estado. Essa situação é a alocação eficiente segundo o ótimo de Pareto.

Atualmente na sociedade, as negociações envolvendo bens de consumo, serviço e ativos produtivos são realizadas por meio de contratos que definem os termos. Estes, ou a

estrutura dos contratos especificam a distribuição de renda entre os participantes e as condições de uso dos recursos e são escolhidos considerando-se os custos da própria transação, os riscos econômicos e os arranjos políticos e legais em vigor.

Os agentes econômicos irão buscar maior eficiência inovando as formas de contratação, visando reduzir os custos das transações. Entretanto, cabe ao Estado definir o conjunto dos arranjos contratuais que são considerados legítimos, definindo ou limitando as regras do mercado.

O Estado está presente em todos os mercados quando sanciona um sistema de atribuição de direitos, porém, não é exato afirmar que essa presença é uma intervenção. As intervenções específicas, que se denomina regulação dos mercados, são as que limitam a oferta e a demanda em um mercado.

Segundo Gremaud (2005) as questões centrais da discussão são:

Qual o impacto das regras particulares aplicadas a mercados específicos?

Limitando as transações possíveis acabam por melhorar a alocação dos recursos quando comparados aos resultados que seriam obtidos por mercados que operasse com as regras gerais?

3.2 REGULAÇÃO DOS MERCADOS

Gremaud (2005) define regulação como o conjunto de regras particulares ou de ações específicas implementadas por agências administrativas para interferir diretamente na alocação de recursos ou indiretamente alterando as decisões de oferta e demanda.

Se o sistema de mercado assegura o uso eficiente dos recursos para a produção dos bens de caráter privado, a regulação tem como condição básica a existência de falhas de mercado. Formular e implementar a regulação de um mercado necessita de elevados custos administrativos, provoca a redistribuição de rendimentos e pode interferir na eficiência alocativa de outros mercados. Portanto, necessita de recursos quando se comparam aos ganhos de eficiência na introdução da regulação com as ineficiências de um mercado não regulado.

Quanto aos instrumentos de regulação, podemos classificar em comando e controle (C&C) e incentivos financeiros (IF). Os instrumentos de IF estão associados à transferência de recursos por meio de impostos e subsídios. Os instrumentos de C&C são associados a regras particulares implementadas por agências governamentais especialmente concebidas para esses fins.

3.2.1 REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Os mercados falham na presença dos bens públicos, que são aqueles para os quais o consumo por parte de um indivíduo não reduz a capacidade de outros de usufruir os serviços, pois se as empresas privadas não têm mecanismos para cobrar individualmente, também não terão incentivos para ofertar tais bens.

Os bens públicos (tais como a defesa nacional, saúde pública e ciência básica) não seriam produzidos nas quantidades que os consumidores estariam dispostos a pagar se fossem produzidos por privados. Isso acontece em parte, pois as firmas não têm os meios para identificar o valor econômico das apropriações individuais. Para alguns bens públicos como defesa nacional, lei e ordem, a solução tem sido a produção direta pelo Estado, mas para outros bens, como a saúde pública, educação, ciência básica e serviços de infra-estrutura, as soluções variam de país para país e com o tempo, podendo o Estado exercer a produção diretamente, contratando os serviços das empresas privadas e até a concessão para a exploração por monopólio privado.

Nas concessões de serviços públicos predomina o regime em que a empresa pode cobrar do usuário uma parte dos serviços prestados por meio de tarifas. O sistema de concessões monopolistas pode ser associado à falha de mercado identificada como monopólio natural⁴.

A associação da falha de mercado identificada como monopólio natural com os serviços públicos ocorreu historicamente, pois as tecnologias de produção apresentavam fortes economias de escala para os tamanhos de mercado relevantes. A forma tradicional de

⁴ Monopólios Naturais são associados à existência, no longo prazo, de custos marginais de produção ou de custos médios decrescentes com a escala de produção. É o que se denomina economia de escala, que faz o custo de produção de uma única empresa menor que o de duas ou mais empresas atuando individualmente no mesmo mercado, fato que inviabiliza a competição entre os produtores e a livre escolha dos usuários.

regular o funcionamento dos monopólios naturais é limitar a concorrência. Porém, os monopólios naturais podem tornar-se competitivos devido às mudanças tecnológicas, como ocorreu, por exemplo, com o sistema de telefonia móvel (GREMAUD, 2005).

Tomando a Constituição Federal de 1988, como base do nosso sistema de atribuição de direitos, verificamos que existem vários dispositivos relacionados aos serviços públicos. Entre eles, destaca-se a obrigação do Estado prestar diretamente esses serviços ou por concessão exclusiva a Empresas Estatais. Entre esses casos estavam os serviços de correios e telégrafos, telefonia, transmissão de dados e demais serviços públicos de comunicações, distribuição de gás canalizado entre outros.

A Constituição Federal, no art. 175, diz que a prestação dos serviços públicos é incumbência do Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão ou autorização, sempre por meio de licitação. Duas leis federais explicitam o regime de concessão de serviços públicos: Lei nº 8.987/1995 e a Lei nº 9.074/1995.

Para que haja firma interessada nos contratos de autorização, permissão ou concessão, o poder concedente deve ser capaz de remunerar adequadamente os ativos a serem empregados pela empresa concessionária com risco limitado.

Conforme o art. 30, parágrafo único, da Lei nº 8.987/1995, que regulamentou o artigo 175 da Constituição, “*o controle poderá ser exercido pelo poder concedente, por meio de um órgão técnico a ele subordinado ou por uma entidade a ele conveniada*”. Assim, a lei reconhece a necessidade de especialização técnica por parte da agência que irá exercer o controle e a fiscalização das concessionárias de serviço público.

Os instrumentos utilizados na concessão são instrumentos de comando e controle (C&C), previstos no contrato de concessão. Destaca-se entre esses instrumentos a capacidade de determinar as tarifas e as outras formas de remuneração do concessionário. Em vez de adotar uma regra única de determinação de tarifas, a Lei nº 8.987, art. 15, escolheu a menor tarifa como critério para o processo de licitação, isto é, as empresas competindo pelo direito de produzir, fazem a oferta da tarifa que considera mais adequada para atender aos requisitos de qualidade e de quantidade especificados. Entretanto, a agência pode se recusar a validar um resultado se a tarifa mínima for considerada muito elevada, e para isso a competência técnica é fundamental, pois ela deverá ter as informações sobre os custos de produção (GREMAUD, 2005).

Outro ponto a ser considerado é que a concessão é vigente por um longo prazo e com isso o mecanismo de reajuste ou revisão das tarifas é importante. As regras de reajuste ou revisão das tarifas mais utilizadas combinam a manutenção do valor real da tarifa constante com incentivos a ganhos de produtividade.

Portanto, as Agências Reguladoras dos serviços públicos devem estar habilitadas a determinar o número de concessionários e os controles dos preços.

3.2.2 SISTEMA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Os mercados falham na estrutura de concorrência imperfeita⁵, ou seja, as firmas atuam num mercado determinado, fixando os preços acima dos custos marginais de produção. Em tais estruturas de mercado, os preços serão superiores e as quantidades produzidas abaixo do nível de eficiência. As razões que dão origem ao poder de monopólio podem ser variadas, mas os efeitos podem ser de dois grandes grupos de mercados imperfeitos: monopólios naturais e oligopólios.

No caso dos oligopólios, o pequeno número de grandes firmas pode provocar três tipos de comportamento que levam a alocação de recursos nessa estrutura de mercado a se distanciar da alocação de uma estrutura competitiva. O primeiro tipo é a possibilidade de atuação conjunta ou cartelização; o segundo conjunto de práticas são as ações de grandes firmas voltadas a restringir a concorrência; o terceiro tipo são as práticas desleais em relação aos consumidores e fornecedores.

As práticas de ação conjunta e cartelização são ligadas à diminuição da concorrência entre as firmas operando em determinado mercado. Com menor rivalidade, as firmas tenderão a acomodar participações no mercado e a coordenar a fixação dos preços de modo a manter as participações estáveis e a aumentar os lucros. Entretanto, a coordenação pode ser exercida por uma empresa líder ou simplesmente por tentativa e erro ou acomodação das firmas que atuam tempo suficiente sem pressão competitiva de entrantes. Logo, essa

⁵ O mercado é denominado de concorrência imperfeita quando os agentes envolvidos não são tomadores de preços, isto é, afetam os preços do mercado propositalmente com suas ações. Os casos extremos de concorrência imperfeita estão associados com monopólio, em que existe um único ofertante no mercado, e ao monopólio, em que há um único demandante.

estrutura de mercado se afasta da solução competitiva e se aproxima da solução de monopólio. Uma situação como essa irá perdurar no tempo, com equilíbrio estável e sem que novas empresas sejam atraídas pelos lucros, se existirem barreiras à entrada. Essas barreiras são custos em que uma empresa entrante tem que incorrer, os chamados custos afundados (*sunk costs*). Logo, o órgão regulador deve impedir e penalizar acordos explícitos e prevenir a coalizão tácita, estimulando a competição das firmas instaladas.

O segundo tipo de comportamento é a existência de barreiras à entrada de novos concorrentes que são as ações estratégicas das firmas dominantes para expulsar os menores ou impedir a sua entrada. A caracterização de práticas com estratégias de restringir a concorrência é a mais difícil de ser identificada e exige avaliação caso a caso pela Agência de Reguladora. Das ações estratégicas para limitar as concorrências, três são claramente identificadas: a prática de preços predatórios, as vendas casadas e o controle das fontes de suprimentos (GREMAUD, 2005).

Segundo Gremaud (2005) o terceiro tipo de comportamento são as práticas desleais para com fornecedores e clientes, que são divididas em dois grupos: os contratos verticais e a discriminação de preços entre fornecedores e clientes.

Os contratos verticais são firmados entre fornecedores e clientes que têm como origem as dificuldades de manter relações de oferta e demanda de longo prazo. Os contratos verticais podem ser do tipo: vendas diretas, discriminação de preços, restrições verticais, restrições contratuais e integração vertical. Quando esse contrato é firmado de comum acordo entre duas firmas é de esperar que seja benéfico para ambas as partes.

A maior parte das falhas de mercado existentes em oligopólios está relacionadas à tentativa por parte das firmas de se aproximar dos ganhos de um monopólio não regulado, situação em que o lucro da firma é máximo. Destarte, os órgãos de defesa da concorrência, aqui incluídos as Agências Reguladoras e o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência, devem coibir tais imperfeições de mercado por meio de regulação.

A organização do sistema de defesa da concorrência está presente na CF de 1988, no art. 1º, inciso IV, em que se afirma que o Estado Democrático de Direito tem como fundamento os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; já no art. 5º, incisos XXII e XXIII, afirma que é garantido o direito de propriedade e essa atenderá a função social.

É no Título VII (Da Ordem Econômica e Financeira, Capítulo I, Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica), da CF de 1988, que encontramos no art. 170 a reafirmação de que

[...] a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade;

IV – livre concorrência;

V – defesa do consumidor;

VI – defesa do meio ambiente.

Trataremos aqui de analisar a extensão da função social e da livre concorrência. Esses assuntos são tratados na Lei nº 8.884/1994, que trata da prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e redefine a natureza administrativa da Agência Reguladora e do CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

No art. 1º da Lei nº 8.884/1994 fica estabelecido que o objetivo do CADE é tratar da prevenção e repressão de infrações à ordem econômica, tendo como base os princípios de liberdade de iniciativa, da livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

O art. 21 da Lei nº 8.884/1994 caracteriza as condutas que podem ser interpretadas como infrações à ordem econômica, sendo que ao longo dos 24 incisos, são destacadas condutas que correspondem aos três conjuntos de práticas identificadas: combinações entre as firmas no mercado para evitar a competição, ações para expulsar concorrentes que já estão no mercado ou impedir a entrada de novos, e impor controles nas relações ao longo da cadeia produtiva e de distribuição. Cabe ao CADE julgar a existência das práticas de limitação à mercados concorrenciais.

O CADE é responsável pela política de defesa da concorrência ou política antitruste. Cabe ao CADE zelar pela observância da lei, verificar a existência de infrações, aplicar as penalidades e exercer o controle dos atos e contratos que possam levar uma empresa a ter posição dominante. Portanto, o CADE é uma instância decisória, auxiliada pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE).

Os principais instrumentos de punição de que o CADE dispõe são as multas, proibições de

contratar com órgãos públicos, exibição pública por meio de divulgação dos atos na imprensa e inclusão no Cadastro de Defesa do Consumidor.

Outro destaque da regulação de mercados são os instrumentos de que o CADE dispõe e que precedem à aplicação das punições acima identificadas. O primeiro grupo de instrumentos é administrativo, podendo ser aplicado também pela SDE. Nesse grupo está incluída a medida preventiva, que cessa imediatamente certa prática se causar lesão irreparável ao mercado. Outro instrumento administrativo é o compromisso de cessação da prática sob investigação que esteja causando danos a terceiros.

O segundo grupo de instrumentos são formas de controle direto pelo CADE sobre as negociações entre agentes privados: a) controle de atos e contratos; b) compromisso de desempenho; e c) consulta. Para o instrumento consulta, os interessados em obter manifestação do CADE, antes de fazer uma fusão ou incorporação, devem apresentar informações sobre a transação a fim de evitar que a transação seja desfeita caso o CADE avalie que o contrato não levaria ao aumento da produtividade ou a melhoria de qualidade.

3.3 SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA E AS AGÊNCIAS REGULADORAS

O sistema brasileiro de defesa da concorrência (SBDC) é constituído pela Secretaria de Direito Econômico (SDE), órgão do Ministério da Justiça, pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), órgão do Ministério da Fazenda, e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça. Esse sistema é responsável por promover uma economia competitiva, por meio da repressão e da prevenção de ações que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência no Brasil, sendo a atuação baseada na Lei nº 8.884/94.

Segundo Mesquita (2007) os órgãos do SBDC atuam na defesa da concorrência baseando-se em três ações: a) Ação preventiva: que é o controle de estruturas de mercado, via apreciação de atos de concentração (fusões, aquisições e incorporações de empresas); b) Ação repressiva: que é o controle de condutas anticompetitivas ou práticas anticoncorrenciais, que visa auferir a existência de infrações à economia, das quais são

exemplos a formação de cartel, os acordos de exclusividade, etc; e c) Ação educativa: que é o papel de divulgar a cultura da concorrência, via parceria com instituições para a realização de seminários, palestras, cursos e publicações de relatórios e matérias em revistas especializadas, objetivando o interesse acadêmico pela área, o incremento da qualidade técnica e da credibilidade das decisões emitidas e a consolidação das regras antitruste junto à sociedade.

O CADE profere a decisão final no âmbito administrativo na aplicação da Lei nº 8.884/1994, destinada a todos os setores da economia, mesmo os regulados, como os de energia elétrica, de telecomunicações, de transporte terrestre e etc.

A legislação atual tem dois sistemas paralelos que devem conviver, e convergir, mas não define a maneira como essa interação deve ocorrer. A Lei nº 8.884/1994 dispõe que compete ao Plenário do CADE:

[...] requisitar dos órgãos do Poder Executivo Federal e solicitar das autoridades dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios as medidas necessárias ao cumprimento desta lei, firmar contratos e convênios com órgãos ou entidades nacionais [...], e responder a consultas sobre matéria de sua competência (ver artigo 7º, incisos X, XVI e XVII), enquanto à SDE cabe receber e instruir os processos a serem julgados pelo CADE, inclusive consultas, e fiscalizar o cumprimento das decisões do CADE, orientar os órgãos da administração pública quanto à adoção de medidas necessárias ao cumprimento desta lei [8.884/1994] e desenvolver estudos e pesquisas objetivando orientar a política de prevenção de infrações da ordem econômica (artigo 14, incisos XII, XIII e XIV).

A SDE é o órgão responsável por instruir os atos de concentração econômica e também por presidir a instauração de processos administrativos onde se investiga infrações econômicas.

A SEAE tem inúmeras incumbências como auxiliar na elaboração dos pareceres econômicos nos processos administrativos envolvendo a análise de condutas e atos de concentração junto ao CADE e à SDE, bem como ajudar na construção e implantação dos marcos regulatórios e se pronunciar sobre atos normativos e instrumentos legais que tenham impacto nas condições de concorrência, inclusive nos mercados regulados (MESQUITA, 2007).

Como atribuição das Agências Reguladoras perante o SBDC, destaca-se a determinação para a celebração dos convênios de cooperação entre essas Agências Reguladoras, a SDE e demais órgãos de proteção e defesa da ordem econômica, tendo como objetivo

harmonização das ações regulatórias.

Destaca-se que os atos ou negócios que se submetem à definição de ato de concentração adotada pela Lei nº 8.884/94 devem ser apreciados pelo CADE para serem válidos. A legislação não estabelece o caminho a ser seguido nesses casos, fazendo com que as instituições tentem superar por si mesmas.

Sobre o reconhecimento pelo CADE da imunidade antitruste⁶ dos novos setores regulados a resposta é negativa. Essa posição é confirmada numa decisão sobre o ato de concentração no mercado de seguros. Segundo Rocha (2003) no voto do Conselheiro Celso Campilongo, e no aditamento a esse voto, podem ser encontradas as manifestações mais contundentes sobre a existência de imunidade antitruste:

Naquele voto reafirmei o entendimento, já consagrado por este Plenário, de que o art. 54 da Lei nº 8.884/94, que trata do controle preventivo do abuso do poder econômico (controle concorrencial de estruturas), não estabelece exceções quanto aos atos que devam e os atos que não devam ser analisados pelo CADE [...]

Toda e qualquer isenção antitruste deve ser explícita, e ela inexistente no Direito Brasileiro. Aliás, se existisse, seria claramente inconstitucional.[...]

Como inexistente disposição de lei que afaste da competência do CADE qualquer setor de mercado, não há que se cogitar da competência de outros órgãos sem incidir em gritante inconstitucionalidade.

Quanto à afirmação da existência da imunidade antitruste no contexto da atuação das Agências Reguladoras Federais, destacamos o voto do Conselheiro Celso Campilongo no caso relacionado ao sistema financeiro. O trecho importante do voto é reproduzido a seguir (ROCHA, 2003).

É até possível que, em determinados setores da economia, a não incidência do direito da concorrência (controle de condutas e estruturas) seja parcial ou até mesmo total. Estes setores, por serem dotados de características específicas (imperfeições estruturais, limitação de recursos, abertura à exploração, privatização, etc) podem ter substituída a aplicação do controle de estruturas ou até mesmo de condutas pela utilização de mecanismos prévios de regulação.

É importante notar que a afirmação dessa possibilidade, feita pelo Conselheiro Campilongo, é submetida a uma violenta ressalva que a esvazia de qualquer relevância

⁶ A imunidade antitruste se refere a existência de setor econômico cuja Lei nº 8.884/94 não se aplica.

prática. Segundo Rocha (2003) a ressalva é:

Entretanto, esta opção não pode ser pressuposta, já que a respectiva lei do setor deve adotá-la clara e expressamente, em nome de finalidades que a justifiquem. A leitura da Lei nº 8.884/94 não permitiria pressupor que há adoção de isenção antitruste. A hipótese de isenção requereria, além de sua previsão expressa (que não há), que não exista, na lei que a institui, tratamento material da adjudicação da concorrência, já que a questão seria resolvida, exclusivamente, sob a dimensão regulatória do setor (matéria financeira exclusivamente).

Sobre essa posição refratária, a jurisprudência do CADE tem mostrado instâncias em que algum grau de abstenção tem sido adotado quando o colegiado encontra-se diante da regulação setorial. Podemos observar que a análise das decisões do CADE permite inferir dois fenômenos: em primeiro, parece existir o cuidado de evitar qualquer reconhecimento expresso da possibilidade de imunidade antitruste no meio de atuação dos órgãos federais; e em segundo, se não existe aplicação de imunidade, as decisões do colegiado não deixam de ter conseqüências na regulação setorial.

Se for certo que isso se encontra distante do reconhecimento de uma imunidade antitruste, não é menos certo que a prática parece incluir a possibilidade de entendimento mais expresso entre a autoridade antitruste e os órgãos reguladores, em matéria concorrencial (ROCHA, 2003).

A preocupação com a definição de mecanismos ou procedimentos de cooperação, que visa maior eficácia às competências complementares/concorrentes dos órgãos reguladores e antitruste, é clara nas decisões do CADE:

Ao contrário, no sistema que vem se consolidando no País, é correto dizer que o Brasil tem adotado um sistema de competências concorrentes, e conseqüentemente, a cooperação entre reguladores e autoridades de concorrência é mais do que aconselhável (ROCHA, 2003).

Baseando-se na doutrina, entende-se que a cooperação entre o órgão antitruste e o ente regulador não deve se limitar à análise dos atos de concentração, mas também deve haver previamente quando na elaboração de uma lei para a defesa da concorrência e dos editais de licitação.

Considerando que algumas Agências Reguladoras, tais como, a ANEEL, a ANP e a ANATEL, tem interagido com a SDE, a SEAE e o CADE, poderíamos ter a impressão de

que está em curso e com êxito a cooperação ditada pelo quadro geral no Brasil. Entretanto, essa conclusão é demasiadamente otimista e equivocada. As tentativas de cooperação entre autoridades antitruste e reguladoras têm padecido de graves deficiências.

Em primeiro lugar, com relação ao controle concorrencial de natureza estrutural, observava-se que a existência das agências resultou em dificuldade a mais e não justificada para o administrado.

No caso dos setores de energia elétrica e de petróleo e gás natural, com a criação das Agências Reguladoras foi acrescida nova autoridade ao rol daquelas às quais o administrado deve dirigir-se em matéria de controle concorrencial das estruturas de mercado (ROCHA, 2003).

Destacamos que o legislador, ao definir o sistema brasileiro de defesa da concorrência, não atentou para o funcionamento, do ponto de vista do desenho legal e da operação prática, do sistema de defesa da concorrência, o que teria permitido clareza quanto às atribuições dos respectivos órgãos.

A título de conclusão podemos destacar que, considerando que algumas características são resultado da natureza humana e tendem a perdurar, a solução de maior qualidade deveria partir do legislativo. Qualquer nova discussão legislativa que surja na área de defesa da concorrência consagraria um progresso se contemplasse dois passos. O primeiro passo é prever um modelo de articulação mais detalhado do que aquele existente hoje, em que a iniciativa é dos órgãos interessados. O segundo passo é conferir mandato claro para tratar da promoção da concorrência.

3.4 GRUPOS DE INTERESSE

A base para a chamada “teoria da regulamentação por grupos de interesse” foi introduzida pelo economista Stigler em 1971, com a publicação do artigo “The theory of economic regulation”. Conforme esta teoria, os grupos de pressão, ou grupos influentes politicamente utilizam o Estado para alcançar seus objetivos, tentando capturar o agente regulador por interesses de grupos privados. Segundo Coelho (2005):

[...] o autor argumenta que os grupos de interesse, mediante lobbies,

pressionariam os reguladores a adotar políticas que, em última instância, teriam interesses em assegurar posições estáveis e lucros de monopólio (manter cartéis), em detrimento dos consumidores, que possuem uma baixa ou difusa capacidade de organização e desconhecem o custo da regulamentação.

O agente regulador tende a maximizar o apoio dos vários grupos do mercado, ou seja, dos consumidores por meio de tarifas módicas, ao mesmo tempo em que viabiliza o negócio dos investidores por meio de lucros. Portanto, para satisfazer todos os interesses, o agente regulador vai procurar estabelecer a tarifa numa situação intermediária entre aquela que poderia vigorar num enquadramento de uma indústria operando em um mercado competitivo e um mercado monopolista.

O legislador criou agentes reguladores independentes do governo, cujas diretorias têm mandatos não coincidentes e estabilidade nos cargos, visando eliminar a captura do mercado e do governo. Com isso a regulação passa a ser uma atividade de Estado.

Este fato é importante, pois os investimentos em infra-estrutura demandam longos tempos de retorno dos investimentos. Assim, a viabilidade dos investimentos, frente aos riscos associados aos humores dos governantes, ficaria comprometida.

4 O PAPEL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

A transição de uma economia com forte presença do Estado não se faz rapidamente para um Estado Neoliberal. A transição para a competição, onde ela não existe, é gradual, por isso o papel da regulação de um setor específico ser tão relevante no plano do desenvolvimento econômico. Por meio da regulação procura-se substituir o mercado através das escolhas públicas. À medida que se cria um mercado, a regulação assumirá o papel de promotora da competição, para num último estágio se reduzir à intervenção regulatória (SOUTO, 2002).

A necessidade de regular as atividades cujo setor privado substituiu o setor público, bem como aquelas de interesse público, provocaram o aparecimento das novas estruturas administrativas e das novas categorias de normas, respectivamente, as Agências Reguladoras e as normas regulatórias.

A origem das Agências Reguladoras é inglesa, a partir da criação pelo Parlamento, em 1834, de vários órgãos autônomos objetivando cumprir os textos legais (MORAES et al, 2002).

O papel das Agências Reguladoras é fiscalizar e regular os serviços públicos prestados pelos concessionários, permissionários e autorizados, conforme as políticas e diretrizes do governo. As Agências devem celebrar e administrar os contratos de concessão ou de permissão dos serviços públicos e expedir as autorizações, bem como executar a fiscalização, diretamente ou mediante convênios com órgãos estaduais. Também as agências devem dirimir as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, bem como entre esses agentes e os consumidores.



Figura 1 – Equilíbrio: agentes, governo e usuários

A Figura 1 ilustra o papel das Agências Reguladoras, que em suma pode ser entendido como o de prover a sustentabilidade do setor que regula, por meio do equilíbrio entre os diversos interesses: do governo, tais como os eleitorais, de patronagem e equilíbrio fiscal, dos consumidores, representado pela maximização da adequabilidade dos serviços, em especial o da modicidade tarifária, e das empresas concessionárias, representado pela maximização dos lucros.

4.1 AS AUTARQUIAS

A Constituição Federal no art. 37, inciso XIX, determina que somente por lei específica será criada uma autarquia, que, em face da incidência do princípio da especialidade, não deverá se distanciar das finalidades e dos objetivos determinados na lei de criação.

A autarquia, como pessoa jurídica de direito público, está submetida às prerrogativas e limitações inerentes às funções típicas do Estado - que exigem o efetivo exercício da supremacia do interesse público sobre o privado.

Embora a Constituição permita tanto vínculo estatutário como o vínculo contratual com os agentes administrativos, os servidores das autarquias são encarregados de exercer os atos de autoridade regidos pelo regime jurídico de direito público, ou seja, os servidores que exerçam funções típicas de Estado não se ligam ao poder público por um contrato. O vínculo permanente dos servidores da autarquia, sob a proteção da estabilidade é de suma importância como fator inibidor da captura do agente público.

O regime jurídico das autarquias permite prerrogativas e sujeições gerais de direito público e características próprias ou específicas, como a criação e extinção por lei, o princípio da especialidade (só fazem o que a lei determina ou permite). Conforme a personalidade jurídica de direito público da autarquia, seus bens são classificados como bens públicos, isto é, são protegidos pelas características da inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade (arts. 65, 66 e 67 do Código Civil).

4.1.1 AS AUTARQUIAS COMUNS

Segundo Souto (2002) as autarquias são criadas por lei, que descentralizam uma função tipicamente pública para uma entidade possuidora de autonomia.

Essa autonomia da autarquia comum, princípio para a criação de qualquer entidade descentralizada da Administração, não é suficiente, pois está submetida ao controle político, materializado na livre nomeação e exoneração dos dirigentes.

A diretriz, na Reforma do Estado, é o resgate dessa autonomia, fixando-se um conceito de administração por resultado. O controle é exercido casuisticamente pela atribuição de títulos de Agências Executivas às autarquias comuns, permitindo-as maior liberdade gerencial, limitando o controle exercido pelo poder central à verificação das metas do contrato de gestão. Esse contrato tem por objetivo fazer com que a administração pública tenha maior liberdade administrativa, com o objetivo de alcançar melhores resultados.

A partir de 1991, vários decretos, como o Decreto nº 137/91, tratavam do contrato de gestão na área federal. Entretanto, em relação a esses contratos com entes da Administração Indireta, tem sido a matéria disciplinada somente por meio de decreto, sendo que os contratos de gestão celebrados na esfera federal acabaram sendo impugnados pelo Tribunal

de Contas, pois as obrigações do controle decorrem da própria Constituição ou das leis infraconstitucionais, não podendo ser abolidas por meio de decreto ou de contrato.

Devido à Emenda Constitucional nº 19/98, o contrato de gestão foi tratado constitucionalmente com previsão no art. 37, parágrafo 8º. Assim, as autonomias gerenciais, orçamentárias e financeiras da administração direta e indireta poderão ser ampliadas mediante o contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação das metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre: o prazo de duração do contrato; os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes; e a remuneração do pessoal. Haver-se-á de entender que tal lei, de par com os sobreditos aspectos, mencionará quais os controles que podem ser suspensos no caso de serem travados os contratos. Como consequência, resultará a ampliação da autonomia das entidades contratantes.

Uma cópia do contrato de gestão deverá ser encaminhada para registro no Tribunal de Contas da União, onde servirá de peça de referência em auditoria operacional.

O contrato de gestão é, portanto, um instrumento de controle da atuação administrativa da autarquia e da avaliação do seu desempenho e elemento integrante da prestação de contas. Além de estabelecer parâmetros para a administração interna da autarquia, os procedimentos administrativos, o contrato de gestão estabelece, nos programas anuais de trabalho, indicadores que permitam quantificar, de forma objetiva, a avaliação do seu desempenho.

Entretanto, interroga-se quanto a real natureza jurídica de um contrato de gestão, uma vez que não existem interesses opostos nesta avença. Logo, como há um interesse comum, a natureza jurídica teria a configuração de um convênio.

4.1.2 AS AUTARQUIAS ESPECIAIS

São classificadas como especiais as autarquias dotadas, segundo a lei, de regime diferenciado, com maior grau de autonomia em relação às comuns e com permissões específicas, notadamente em relação à direção e à obtenção e à gestão de recursos.

Algumas características das autarquias de regime especial podem ser destacadas:

- a) afastamento da estrutura hierárquica dos Ministérios e da direta influência política do Governo, com certo grau de independência;
- b) adoção de autonomia financeira, administrativa e de poderes normativos complementares à legislação própria do setor;
- c) poderes de fiscalização, operando como instância administrativa final nos atos de sua competência;
- d) controle de metas de desempenho fixadas para as atividades dos prestadores de serviço público, conforme orientações do governo e em defesa da coletividade;
- e) diretoria colegiada, sendo os membros nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal; e
- f) Os dirigentes ou diretores possuem mandato com prazo fixo.

4.2 DIFERENÇA ENTRE AGÊNCIA EXECUTIVA E AGÊNCIA REGULADORA

Tomando as experiências internacionais, como a *authority* ou *agency* americanas, a Administração Federal pela Lei nº 9.649/1998, com fulcro nos arts. 51 e 52, instituiu a possibilidade de qualificar autarquias e fundações como Agências Executivas, por meio de ato do Presidente da República, desde que demonstrem existir um plano estratégico de reestruturação e desenvolvimento institucional em andamento e que tenham celebrado contrato de gestão com o respectivo Ministério supervisor. A finalidade dessa qualificação é aumentar a autonomia de gestão das entidades e facilitar a execução de metas definidas no contrato de acordo com as diretrizes adotadas (MORAES et al, 2002).

Tais Agências Executivas, em princípio, destinaram-se à Agência Reguladora de serviços públicos e atividades, o que acabou não acontecendo, dada a generalidade dos artigos 51 e 52 da Lei nº 9.649/1998.

As Agências Executivas tem a finalidade de implementar as políticas formuladas pelo núcleo estratégico. A denominação como Agência Executiva representa mera atribuição de um título a uma entidade sob regime autárquico, que recebe tratamento especial, com aumento da autonomia por meio do contrato de gestão.

Já as Agências Reguladoras objetivam acompanhar e intervir em setores específicos, sob

controle do setor privado, regulando a relação oferta, com qualidade e preço acessível, e demanda. Não fazem política ou exercem planejamento no setor regulado.

O contrato de gestão é resultante da qualificação da Agência Executiva, contudo, não é a principal diferença entre ela e a Agência Reguladora. A dúvida sobre o contrato de gestão surge em relação ao aumento da autonomia para a entidade submetida ao regime especial. Na verdade, o referido contrato, delineará os pontos de controle finalístico, sob o qual as entidades da Administração Pública estão submetidas.

Outra diferença entre as Agências Executiva e Reguladora se refere aos recursos financeiros, nas Reguladoras são próprios, advindos da taxa de fiscalização, enquanto das Executivas são dependentes de repasse de verbas da União ou do Governo Estadual.

Destaca-se que as Agências Reguladoras possuem uma autonomia do Poder Executivo, apesar de constituírem a Administração Indireta. A autonomia funcional e financeira da Agência Reguladora é consagrada pelos seguintes preceitos obrigatórios nas leis de criação: dotação orçamentária independente, escolha dos instrumentos de regulação e modo de nomeação dos dirigentes. É importante frisar que a independência funcional é um instrumento, sendo que nada impede que a função regulatória seja exercida pela Administração Direta, o que importa é juízo técnico da execução da política, através da ponderação de custos e benefícios da limitação da liberdade pela imposição de um condicionamento da atividade econômica via função regulatória.

A independência financeira é garantida pela disponibilidade de recursos humanos e infraestrutura fixada em lei, além da previsão de dotações consignadas no orçamento geral da União, créditos especiais, transferências e repasses que lhe forem conferidos (MORAES et al, 2002).

Quanto ao modo de nomeação dos dirigentes, as leis de criação das Agências Reguladoras estabelecem mandato certo e a impossibilidade de exoneração *ad nutum* pelo chefe do Poder Executivo. A escolha dos dirigentes pelo Presidente da República deve ser baseada em critérios de mérito, previstos em lei, com o objetivo de diminuir a ingerência política das nomeações e a legislação permitiu a participação do Senado Federal na nomeação desses dirigentes.

Em relação ao mandato dos dirigentes das Agências Reguladoras, destaca-se ser

importante a previsão de quarentena para os mesmos, impedindo-os de assumir cargos nas empresas nas quais a Agência Reguladora tem relação de fiscalização. Essa previsão foi instituída posteriormente às leis de criação das Agências.

4.3 AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Constituição Federal objetivando evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a necessidade dos Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais e prevendo imunidades e prerrogativas para que pudessem exercê-las, sempre garantindo a perpetuidade do Estado democrático de Direito.

A separação dos poderes, segundo o critério funcional, consiste em distinguir três funções estatais que são: legislação, administração e jurisdição. Essas funções devem ser exercidas por três órgãos autônomos entre si, exercendo-as com exclusividade. Na obra de Montesquieu, "*O espírito das leis*", a quem devemos à separação e a distribuição clássica, tornou-se o fundamento da organização política liberal e transformou-se em dogma no art. 2º da nossa Constituição Federal (MORAES et al, 2002).

Existe a necessidade, atualmente, da adaptação da Teoria da Separação dos Poderes ao sistema político-constitucional, pois não há o antigo Estado Liberal, idealizado por Locke, Kant e Montesquieu, sem que com isso afastemo-nos das garantias consagradas pelo constitucionalismo.

O constitucionalismo não deve ser unicamente identificado com a Separação dos Poderes, porque esse princípio foi elaborado no século XVIII, para controlar os regimes monárquicos e a aristocracia, e está contida dentro de uma doutrina maior das garantias constitucionais. Logo, na separação dos poderes mais importante que a rigidez clássica será a inexistência de concentração do Poder num único órgão e a presença de diversos mecanismos constitucionais de controles recíprocos.

A definição de Lei, em seu sentido clássico no Estado Liberal, segundo Moraes e outros (2002) é apresentada a seguir:

[...] como resultado da ação do Parlamento, tinha como função definir uma ordem abstrata de Justiça, com pretensão de estabilidade e permanência e sobre a qual os cidadãos poderiam planejar suas vidas com segurança e certeza, conhecendo os limites da liberdade que a Lei oferecia e o alcance exato da permissão legal à submissão ao Poder Público. Hoje, diferentemente, a Lei, além de definir uma situação abstrata com pretensão de permanência, busca a resolução de problemas concretos, singulares e passageiros.

Nota-se a diferença entre as novas normas com o conceito de Lei imaginado pelo Liberalismo Clássico, principalmente em relação ao Direito Administrativo, onde se ordenam políticas públicas singulares definidas pela contingência e singularidade dos casos concretos específicos. As Leis aproximaram-se de Regulamentos com a necessidade de disciplinar matérias destinadas a articular e organizar fomento de crescimento econômico, de emprego, saúde, educação e etc.

A evolução da Ciência Política ocorreu com a aceitação das leis-delegadas. As razões de expansão da legislação delegadas são, entre outras, a falta de tempo do Poder Legislativo, sobrecarregado de matéria; caráter técnico dos assuntos; aspectos imprevisíveis das matérias reguladas; possibilidade de fazer experimentos por meio da legislação delegada.

A continuidade da atenuação das idéias liberais clássicas, que afirmavam a impossibilidade de delegação legislativa, é uma consequência do novo panorama administrativo do Estado, que tem o foco na descentralização e com isso exige celeridade, eficiência e eficácia fiscalizatória.

A ineficiência do Estado contemporâneo, sobrecarregado na execução de obras e serviços públicos, provocou uma reforma administrativa com a ocorrência das privatizações, sempre visando à descentralização dos serviços públicos porque as funções e atividades executadas pela Administração são algo contingente e variável historicamente, dependendo da demanda social, distinta para cada órbita cultural e diferente em função do contexto socioeconômico.

Na visão tradicional, o regime jurídico a ser convocado pela Administração Pública na sua função de realizar os interesses públicos deveria ser apenas o regime de Direito Público, baseado na subordinação e não em relações de coordenação. Dessa forma, o Direito Administrativo jamais poderia contemplar institutos de Direito Privado para o relacionamento entre a Administração Pública e entidades privadas, visando o bem-estar

geral. Entretanto, com o esgotamento do modelo público de financiamento das necessidades sociais, ocorre que a supremacia do Estado não é suficiente para atrair capital privado que complemente ou substitua os escassos recursos públicos para os diversos setores estatais (SOUTO, 2002).

Como a imposição de uma relação de supremacia estatal sobre o particular não mais atende às necessidades da sociedade, existe legalidade e legitimidade em algumas opções de parceria ou substituição da atividade estatal pela atividade particular, definindo os limites e as técnicas de controle e de garantia da atividade.

Por conseguinte, o Estado passou a concentrar-se na elaboração de metas e políticas regulatória e fiscalizatória dos diversos setores da economia, descentralizando a execução dos serviços públicos. A opção por um Estado Regulador em lugar de um Estado Gestor decorre do exercício da estruturação da Administração e por isso a necessidade da iniciativa do chefe do Poder Executivo e do legislativo criar por lei as Agências Reguladoras.

Com relação à política regulatória, essa política exigiria a verificação das razões para regular, destacando o fato de ser enfocada no interesse público, mas assume-se ser o interesse do consumidor por preços razoáveis, práticas honestas e segurança. Outro interesse da regulação é prevenir e corrigir as falhas de mercado, tomado como referência o mercado perfeito, que é aquele onde existe suficiente difusão do poder econômico, sem mercadorias públicas, sem custos de transação, sem externalidades e com informação completa.

A moderna separação dos poderes mantém a centralização governamental nos Poderes Políticos – Executivo e Legislativo – que fixarão os preceitos básicos, as metas e os objetivos da Administração Pública, entretanto, exige maior descentralização administrativa.

A idéia de descentralização administrativa na prestação dos serviços públicos e conseqüentemente o gerenciamento e fiscalização dos mesmos pelas Agências Reguladoras, foi incorporada ao Direito Brasileiro, principalmente, advindo do Direito Norte-Americano. Assim, podemos entender que as Agências Reguladoras receberão do Poder Legislativo, por meio da lei, uma delegação para exercer o poder normativo de regulação, sendo que essa Lei fixará as finalidades, a estrutura e os limites das Agências. Logo, as Agências não podem inovar primariamente na ordem jurídica, no exercício do

poder normativo, ou seja, regular matéria para a qual não existe um prévio conceito genérico na lei instituidora ou não pode aplicar sanções sem previsão legal (MORAES et al, 2002).

O Poder Legislativo definiu os parâmetros para a regulação, na forma de conceitos genéricos, e as Agências Reguladoras os implementou, pois passaram a exercer exclusivamente uma atividade gerencial e fiscalizatória que, no Brasil, correspondia à Administração Direta.

Segundo Moraes e outros (2002) o aumento do controle sobre as Agências Reguladoras pelos poderes constituídos do Estado confirma a manutenção do binômio descentralização administrativa e centralização governamental. Apesar da independência, as Agências devem ter um controle em face da necessidade da manutenção do sistema de freios e contrapesos caracterizador da idéia de separação dos poderes e de manutenção da centralização governamental.

O Poder Executivo mantém a coordenação geral da Administração Pública, indicando no projeto de Lei quais as funções e objetivos da respectiva Agência e a possibilidade de fiscalização através dos contratos de gestão e a indicação dos dirigentes da agência.

Já o Poder Legislativo, verifica os parâmetros básicos estabelecidos na delegação legislativa e se houver desrespeito a esses parâmetros poderá existir a sustação dos atos normativos da Agência com fulcro no art. 49, inciso V, da Constituição Federal.

O art. 49, inciso V, da Carta Magna estabelece que é competência exclusiva do Congresso Nacional suspender os atos normativos do Poder Executivo que extrapolem os limites do poder regulamentar ou da delegação legislativa. Logo esse artigo serve, após a incorporação das Agências Reguladoras no ordenamento jurídico, de mecanismo de controle legislativo quando houver exagero pelas Agências no exercício do Poder Normativo. Trata-se da possibilidade de controle da descentralização administrativa pela centralização governamental. Ressalta-se a possibilidade do Tribunal de Contas fiscalizar a gerência do dinheiro público por parte das Agências.

Em relação ao Poder Judiciário, entende-se que a Agência não mudou a possibilidade de controle judicial da Administração Pública. Verificando-se o Direito Comparado, destacam-se dois ramos importantes de sistema administrativo: sistema do contencioso

administrativo e sistema de jurisdição única.

O sistema do contencioso administrativo, conhecido também como sistema francês, destaca-se pela impossibilidade de intromissão do Poder Judiciário no julgamento dos atos da Administração, que estão sujeitos tão somente à jurisdição especial do contencioso administrativo. Existe uma separação jurisdicional entre a Justiça Comum e o Contencioso Administrativo, e somente esta pode julgar a legalidade dos atos administrativos.

O sistema de jurisdição única, conhecido também por sistema judiciário ou inglês, caracteriza-se pela possibilidade de pleno acesso ao Poder Judiciário, tanto para os conflitos de natureza privada, quanto para os conflitos de natureza administrativa.

No Brasil, a partir da primeira Constituição, definiu-se o sistema de jurisdição única, consagrando-se a independência das instâncias penal e administrativa, só repercutindo aquela nesta quando ela se manifesta pela inexistência material do fato ou pela negativa da autoria.

A Carta Magna de 1988 manteve a adoção do sistema de jurisdição única, explicitado no inciso XXXV, do art. 5º, que a lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Assim, sempre existirá a possibilidade da intervenção do Poder Judiciário que deverá aplicar o direito ao caso concreto.

Atualmente a Constituição distanciou a obrigação da jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado, inexistindo a exigibilidade de exaurir as vias administrativas para obter-se o provimento judicial.

Logo, a inafastabilidade do controle judicial, consagrada constitucionalmente, aplica-se integralmente as Agências Reguladoras porque a Administração Pública deve total obediência ao primado da Constituição e à legalidade, pois discricionariedade administrativa não se confunde com arbitrariedade administrativa.

4.4 A AUTONOMIA E AS CARACTERÍSTICAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

O Direito Administrativo Brasileiro teve forte influência francesa que incorporou a centralização administrativa e hierárquica, diferentemente do norte-americano que teve

influência anglo-saxão.

No Brasil, as Agências Reguladoras são constituídas como autarquias de regime especial fazendo parte da administração indireta, vinculadas ao Ministério competente da respectiva atividade, apesar da independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade dos dirigentes e autonomia financeira.

O exercício da função de administrar pode ser exercido pela Administração centralizada (direta), que é prevista na Constituição como o centro do Poder, possuindo todas as competências administrativas que cabem ao Poder Público Executivo. Entretanto, tais funções podem ser exercidas pelas entidades da Administração descentralizada (indireta) ou para particulares mediante atos administrativos (delegação ou colaboração).

A União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal têm subdivisões - ministérios e secretárias. A essa descentralização de poder, do chefe do Executivo para unidades a ele subordinadas se chama desconcentração, não sendo criada uma nova pessoa jurídica, mas uma divisão de competência em unidades. A ausência de atribuição de autonomia e personalidade jurídica a tais órgãos a distingue da descentralização por lei. Logo os órgãos não possuem personalidade jurídica própria e estão subordinados à administração direta.

As Agências Reguladoras são criadas para realizar as tradicionais atividades da Administração Direta nas concessões, permissões e autorizações de serviços públicos. Logo, existe a necessidade de descentralização administrativa e tem como função a regulação das matérias ligadas à área de atuação e a permanente fiscalização da eficiência da prestação dos serviços.

No direito brasileiro, atualmente, há uma distinção entre regular e regulamentar. Regular é um termo mais genérico, que engloba regulamentar. Contudo, têm significados distintos, sendo regular o ato de sujeitar a regra em geral, no sentido de normatizar. Já regulamentar é o ato de sujeitar a regulamentos cuja edição é da competência privativa dos Chefes de Executivo, por meio de ato administrativo característico, que é o Decreto (MORAES et al, 2002).

No Brasil não é permitida a edição de regulamentos autônomos, mas sim os que visam esclarecer a norma legal e facilitar a execução das mesmas, não podendo inovar na ordem jurídica. Logo, esse Poder das Agências Reguladoras vincula-se às normas legais

pertinentes, sem inovar na ordem jurídica e não é o de regulamentar leis e menos ainda situações jurídicas autônomas que criem direitos, deveres ou penalidades.

O poder normativo das Agências Reguladoras, logo, deverá ser operacional, regras que se prendem às disposições legais existentes. Como exemplo, podem-se citar as regras estabelecidas para licitação nos editais que devem seguir a Lei nº 8.666/1993; as condições exigíveis para concessão/permissão de serviço público.

As Agências Reguladoras tem as seguintes finalidades e características: primeiro, são criadas como autarquias de regime especial, cujas leis definem que os diretores terão mandatos fixos, e com definitividade de suas decisões em seu âmbito; segundo, destinando-se a reger relações que mantenham com os concessionários de serviços públicos, exercendo Poder Normativo para regular (ou reger) os serviços objeto dos contratos ou atos de delegação, licitar a respectiva escolha da concessionária do serviço público e celebrar os contratos correspondentes, ou outorgar unilateralmente autorização, estabelecer tarifas e a revisão, atos que são normalmente atribuições do Poder Concedente, o que lhe garante, junto com certas autonomias em licitação e na área financeira, uma independência em relação ao Poder Legislativo (pelo Poder Normativo), ao Poder Executivo (mandato dos dirigentes e não-revisão dos atos administrativos por outro órgão) e ao Poder Judiciário, pela função quase jurisdicional de solução de litígios entre elas e os delegados dos serviços públicos ou entre estes, como instância administrativa definitiva.

Não obstante, verificam-se certas modificações no ordenamento jurídico com o objetivo de favorecer a autonomia das agências, tais como as alterações que a Lei nº 9.648/1998 introduziu às Leis nºs 8.666/1993, 8.987/1995, 9.074/1995 e 9.427/1996.

As posições divergem quanto à abrangência da autonomia das Agências Reguladoras. O fato de utilizar o termo regime especial não significa que a entidade terá privilégios e prerrogativas distintas das demais autarquias ou que a possibilite furtar-se a cumprir obrigações legais e constitucionais.

As autarquias, que são patrimônios personalizados e afetados a um fim, no caso, de interesse público e sob regime jurídico de direito público, dispõem de autonomia porque são entes dotados de personalidade jurídica e patrimônio próprio, diversos dos da entidade estatal que lhes deu origem. Entretanto, essa autonomia mesmo sendo tratado no campo gerencial, orçamentário e financeiro é relativa.

Autonomia orçamentária não significa que a entidade possa realizar despesas não previstas para a autarquia na lei geral orçamentária do Estado. Para a autonomia financeira vale o mesmo princípio da orçamentária, porque a execução financeira do orçamento tem regras próprias de controle no ordenamento.

Todas as autarquias possuem autonomia orçamentária e financeira, mas não são dotadas de independência ou soberania, não podem decidir em quanto monta seu orçamento, quanto podem gastar, no que e de que forma, assemelhando-se nesses aspectos ao próprio Estado, do qual são prolongamentos.

Cabe destacar que a Lei nº 4.320/1964 possui dispositivos específicos referentes às autarquias, nos arts. 107 a 110, dos quais ressalta-se que os orçamentos dessas entidades vinculam-se ao orçamento-programa anual das pessoas políticas que lhes dão origem, também pela inclusão dos saldos positivos como receitas fazendárias, sendo na verdade os orçamentos e balanços da União, Estado, Distrito Federal e Municípios a que estejam vinculadas e, portanto, tem que obedecerem aos padrões e normas instituídos pela citada lei, não sendo permitido regime orçamentário e financeiro diferentes do regime geral. Ou seja, as agências são autônomas (porque atua em nome próprio, mas conforme o sistema geral estatal) e não independentes (porque fazem parte do regime financeiro e orçamentário geral estatal).

As Agências Reguladoras recebem atribuições do Poder Executivo concedente, várias dessas atividades enquadram-se na definição de polícia administrativa, sendo importante o poder sancionatório, de direção e controle da execução dos serviços.

Entretanto parece claro que a lei não deve dispensar a Agência Reguladora dos controles financeiros/orçamentários estatais externos (Poder Legislativo, TCU, controle jurisdicional) ou internos (leis gerais sobre Administração indireta), porque o referenciado controle é expresso na Constituição (Arts. 49, inciso X; 70; 71; 163, inciso II; e 165 parágrafo 5º) e as Agências se aplica o princípio da tutela (MORAES et al, 2002). Ainda, de acordo com Moraes e outros (2002):

[...] autonomia administrativa significa que, dada a personalidade jurídica própria, a autarquia contrata e administra em seu próprio nome, contrai obrigações e adquire direitos, mas dentro das regras do ordenamento vigente, não podendo, por exemplo, contratar servidores com salários diferentes dos pagos pelo Estado pela mesma função, ou inventar novos casos de dispensa de licitação, não previstos na Lei nº 8.666/1993.

Já para os agentes públicos permanentes da Agência Reguladora, aplicam-se as regras constitucionais referentes à admissão por concurso, vedada à acumulação de cargos, empregos ou funções, inaplicabilidade de dissídios coletivos e data-base.

Outra particularidade das Agências Reguladoras é a definitividade das decisões. Em qualquer autarquia a autoridade máxima é o dirigente (Presidente, Diretor-Geral ou Diretor) nos termos da lei criadora e do regulamento. Logo não cabe recurso hierárquico regular das decisões, porque em princípio não podem ser revistas ou alteradas pelo Executivo, e sob esse aspecto as decisões de qualquer autarquia são definitivas administrativamente.

Por se trata de pessoas jurídicas diferentes (Estado e autarquia) e não há hierarquia entre elas, somente vinculação, o recurso é cabível se previsto em lei e nesse caso não é hierárquico e nem impróprio (pois é legalmente previsto), normalmente impetrado só sob o ângulo da legalidade, pois o controle tutelar do Executivo sobre a autarquia é somente finalístico e restrito às hipóteses da lei.

No entanto, nota-se que parte da doutrina tem aceitado a possibilidade de rever os atos dos dirigentes das autarquias com fundamento no Decreto-Lei Federal nº 200/1967, que no art.19 submete à Supervisão Ministerial todo e qualquer órgão da Administração Federal, direta ou indireta, sendo que algumas doutrinas tem condicionado o recurso hierárquico impróprio à existência de lei expressa e outros nem mencionam esse particularidade. Se todas as entidades descentralizadas submetem-se, pela Lei (Decreto-Lei nº 200/1967), à Supervisão Ministerial e se qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular contra atos lesivos dessas entidades, se cabe mandato de segurança contra atos dos dirigentes seria evidente o cabimento de recurso hierárquico impróprio (ou recurso de tutela), dirigido ao Ministro de Estado competente contra o ato editado pelos dirigentes das autarquias.

A responsabilidade civil das prestadoras de serviços públicos é objetiva, pois é determinada no art. 37, parágrafo 6º, da Constituição, mas qual seria a posição das Agências Reguladoras que se colocam entre o Poder Público concedente e as prestadoras? Se no caso das prestadoras de serviço público a lei transfere às Agências as atribuições do Poder Concedente e se a responsabilidade do Estado em relação à delegação de tais serviços e mesmo concernente às entidades que cria para desempenhar os serviços é subsidiária, uma

vez que o serviço é assumido pela concessionária/permissionária/autorizada em seu próprio nome parece lógico que, no caso de execução dos serviços, a responsabilidade civil dos prejuízos causados deva ser direta e objetiva das prestadoras do serviço e subsidiária das Agências ou do próprio Poder Concedente. Mas havendo falhas ou ilegalidades na regulação e causando indiretamente prejuízos, a responsabilidade da agência poderá ser solidária a da prestadora e dependendo do caso até mesmo direta (MORAES et al, 2002).

5 CONCESSÕES E O SERVIÇO PÚBLICO ADEQUADO

5.1 CONCESSÕES DO SERVIÇO PÚBLICO

5.1.1 O CONTRATO DE CONCESSÃO

Segundo a teoria neoliberal o Estado não deve construir e manter infra-estruturas, tais como rodoviárias, de energia, de telecomunicações e de tratamento de resíduos, mas deve assumir a responsabilidade regulatória dos serviços públicos de interesse coletivo. Neste sentido se diz que o Estado Social assume hoje a forma moderna de Estado Regulador de serviços públicos essenciais.

Contudo, é freqüente o conflito entre os interesses público e privado que surge da diferença entre o objetivo principal das empresas privadas, o lucro, e o do interesse público, o serviço adequado com tarifas módicas. Segundo Di Pietro (2006):

Para o concessionário, a prestação do serviço é um meio através do qual obtém o fim que almeja: o lucro. Reversamente, para o Estado, o lucro que propicia ao concessionário é meio por cuja via busca sua finalidade que é a boa prestação do serviço.

Assim, o Estado deve dar garantias aos investidores atinentes à manutenção do equilíbrio econômico financeiro, para que assim possa dar condições à prestação do serviço adequado. Seguindo estes princípios foi editada a Lei nº 8.987/1995 (Lei das Concessões) que apresentou a formatação do sistema geral de concessões. Segundo Pinheiro e Giambiagi (2000) as principais mudanças foram:

- a) introduziu um sistema de multas proporcional à falta cometida pelas concessionárias, zelando pela qualidade dos serviços;
- b) criou a possibilidade dos grandes consumidores escolherem seu fornecedor, incentivando a livre concorrência;
- c) determinou que as tarifas não precisavam mais se basear na regulamentação do custo do serviço (as normas sobre tarifas passaram a ser definidas no contrato de concessão);

- d) enfatizou o valor das taxas cobradas dos consumidores como critério de seleção dos licitantes de uma concessão;
- e) estipulou que todas as concessões seriam outorgadas por um prazo fixo, sendo renovadas mediante novo processo de licitação, ou realizado nova licitação ou retomado o controle pelo governo;
- f) proibiu a concessão de subsídios às concessionárias; e
- g) deu aos consumidores o direito de participar do processo de supervisão da concessão.

A Lei nº 8.987/95 define no art. 2º a concessão de serviço público e a concessão de serviço público precedida da execução de obra pública:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

.....
II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;

A concessão de serviço público é um contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a pessoa jurídica de direito privado a prestação de um serviço público, para que o execute por sua conta e risco, sendo assegurada a remuneração por meio de tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço. Segundo Di Pietro (2006) uma das características do contrato de concessão de serviço público “*é a de produzir efeitos trilaterais: embora celebrado apenas entre o Poder Concedente e Concessionário, os seus efeitos alcançam terceiros, estranhos à celebração do ajuste, e que são os usuários do serviço concedido*”.

Via de regra a remuneração, por parte do concessionário ocorre por meio das tarifas cobradas de usuários. Todavia, em alguns casos, a remuneração pode ser feita por outros

meios, tal como nas concessões de rádio e televisão, em que o concessionário recebe remuneração através da publicidade, não existindo tarifas para os usuários.

Obviamente, também não há obstáculo a que possam ser previstas fontes alternativas de receita, complementares ou acessórias, como é admitido na Lei das concessões, tendo em vista a Modicidade Tarifária. Se, entretanto, o serviço fosse remunerado apenas por fontes estranhas a exploração do serviço, não existiria concessão do serviço público, mas modalidade contratual diversa, prevista na Lei das parcerias público privadas.

A Lei das concessões define ainda que os serviços concedidos sejam de livre concorrência, ou seja, é necessário assegurar, quando possível, que os serviços sejam ofertados pelo maior número possível de fornecedores de forma a permitir uma maior liberdade de escolha por parte dos consumidores.

5.1.2 A POLÍTICA TARIFÁRIA

A Lei nº 8.987/95 definiu os princípios da política tarifária dos contratos de concessão em seu artigo 9º, transcrito abaixo:

Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

.....

§ 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.

§ 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

O equilíbrio econômico financeiro é a relação que estabelece, no momento da celebração do contrato, o encargo assumido pelo contratado e a contraprestação assegurada pela administração.

De um lado o serviço público deve funcionar no interesse geral e sob a autoridade da administração, que resulta, dentre outros direitos, o da prestação de serviços adequados. De outro lado existe a idéia de que a empresa capitalista executa o serviço visando tirar o

máximo de proveito possível, tendo como consequência fundamental o direito a manutenção do equilíbrio econômico financeiro estabelecido no momento da manutenção do contrato. Segundo Di Pietro (2006):

É inerente ao contrato de concessão a idéia de que o concessionário executa o serviço em seu próprio nome e por sua conta e risco. No entanto, foi firmando-se a idéia de que o contrato de concessão, por ter por objeto a execução de um serviço público e visar, portanto, o interesse geral, deve ser essencialmente mutável e flexível, de modo a assegurar a continuidade da prestação do serviço.

A idéia do equilíbrio econômico financeiro está baseada nos princípios elencados a seguir:

- Equidade: uma das partes do contrato não pode ter locupletamento em detrimento da outra;
- Razoabilidade: proporção entre o custo e o benefício, ou seja, entre a Modicidade Tarifária e os benefícios ao consumidor;
- Continuidade do contrato administrativo: o equilíbrio econômico e financeiro é indispensável à manutenção do serviço;
- Indisponibilidade do interesse público: o contrato de concessão é necessário para atender uma necessidade imperiosa da administração e assim incumbe assegurar a continuidade por meio do equilíbrio econômico e financeiro.

Os riscos do negócio, para efeito de reequilíbrio econômico e financeiro, são divididos em áleas extraordinárias⁷, consideradas imprevisíveis, impactante e que não pode ser atribuído ao concessionário, e, portanto não imputáveis ao concessionário. Ocorrem por conta do poder concedente e são repassadas aos usuários via tarifa.

No momento da celebração do contrato é definida a equação do equilíbrio econômico financeiro. Sempre que ocorra áleas extraordinárias o reequilíbrio deve ser mantido.

As áleas ordinárias ocorrem por conta e risco do concessionário e não autorizam o equilíbrio econômico financeiro. A intenção é a de não premiar a ineficiência do

⁷ São os acontecimentos que desafiam todos os cálculos e previsões que as partes puderam fazer no momento da assinatura do contrato. Como exemplo pode-se citar: um novo imposto criado, investimentos motivados por catástrofes naturais, etc.

concessionário.

Para evitar dúvidas quanto à classificação entre áleas ordinárias e extraordinárias é interessante que o contrato de concessão indique os encargos que serão considerados quando da recomposição do equilíbrio econômico e financeiro.

Todo concessionário tem dois momentos para a mudança do patamar tarifário: o reajuste e a revisão tarifária. Nos reajustes ocorre somente a correção monetária dos preços, não esta alterando o valor real, não implicando nos reequilíbrios econômicos e financeiros. Contudo, na revisão ocorre a alteração do valor real do preço em virtude do agravamento dos encargos.

Aqueles impactos tarifários devido às áleas extraordinárias devem ser objeto da revisão tarifária, momento em que o equilíbrio econômico e financeiro da concessionária será reavaliado pelo poder concedente.

5.2 A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO ADEQUADO COMO REQUISITO DA QUALIDADE DO SERVIÇO

Como visto anteriormente, a garantia da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão tem como contrapartida a obrigação do concessionário de prestar serviço público adequado. Essa prestação adequada, seja diretamente pelo Estado ou por meio de concessões, não pode ignorar que qualquer correção de eventuais desvios é obrigação do poder concedente.

5.2.1 ASPECTOS LEGAIS DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO ADEQUADO

A Lei nº 8.987/95 determinou no art. 6º o direito ao usuário de receber “*serviço adequado*”, definindo o termo em seu parágrafo 1º:

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na

sua prestação e modicidade das tarifas.

Esse art. 6º supracitado definiu as condições para que o serviço público seja considerado adequado, porém não explicitou tais condições, exceção feita ao princípio da atualidade dos serviços públicos. De acordo com o parágrafo 2º do art. 6º *“a atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço”*.

A intenção do legislador foi a de que o concessionário acompanhasse a evolução tecnológica do serviço concedido. A atualidade do serviço não deve ser considerada uma obrigação por parte do concessionário, uma vez que a atualidade implica, na maioria das vezes, em redução dos custos de operação e de manutenção da concessão.

No parágrafo 3º do art. 6º da Lei nº 8.987/95 inovou quando da definição do escopo da descontinuidade a ser considerada pelo poder concedente. A interrupção devido ao inadimplemento do usuário não seria considerada como descontinuidade do serviço, em benefício da Modicidade Tarifária.

Apesar de parte da jurisprudência ainda entender que a interrupção do serviço é uma forma de coação ao usuário do serviço público, baseado no aparente conflito entre a Lei das concessões e o código de defesa do consumidor, tal dispositivo veio aportar a concessionária de meios para inibir a inadimplência, contribuindo para a Modicidade Tarifária, de interesse da coletividade.

A Lei das concessões ainda dispõe que o serviço público adequado é um direito dos usuários e dever dos concessionários, dispostos respectivamente em seus artigos 7º e 31, transcritos a seguir:

Art. 7º. Sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários:

I - receber serviço adequado;

.....

Art. 31. Incumbe à concessionária:

I - prestar serviço adequado, na forma prevista nesta Lei, nas normas técnicas aplicáveis e no contrato;

Existem outras legislações que tratam dos conceitos de serviços públicos adequados. Dentre elas podemos citar a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, conhecido como Código de

Defesa do Consumidor.

O art. 22, “caput”, do Código de Defesa do consumidor dispõe sobre a prestação do serviço público com qualidade:

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. [...]

O direito ao serviço adequado ficaria desamparado se não fossem colocados à disposição dos interessados meios de fazê-lo valer quando fosse desrespeitado. Por isso o ordenamento jurídico não coloca à disposição do usuário apenas a via judicial para garantia dos seus direitos. Interessa particularmente a este estudo a classificação quanto ao órgão que o exerce, segundo o qual o controle pode ser administrativo, legislativo ou judicial (ALVES, 1999):

- a) Controle administrativo: é o poder de fiscalização e correção que a Administração Pública (em sentido amplo) exerce sobre sua própria atuação ou de concessionários, sob os aspectos de legalidade e mérito, por iniciativa própria ou mediante provocação.
- b) Controle judiciário: as decisões tomadas pela Administração Pública no exercício do controle administrativo não impedem que os interessados procurem as vias judiciais se lesados em seus direitos.
- c) Controle legislativo: é o que o Poder Legislativo exerce sobre a Administração Pública, o que representa uma interferência de um poder nas atribuições dos outros dois. Devido a essa circunstância, a ação controladora do Poder Legislativo deve restringir-se às hipóteses previstas na Constituição Federal.

A Lei das concessões apresentou as condições para que o serviço público seja considerado adequado, porém não definiu na totalidade tais condições, o mesmo podendo ser observado para toda legislação infra-constitucional federal.

5.2.2 DEFINIÇÕES DO SERVIÇO PÚBLICO ADEQUADO

De todos os princípios do serviço adequado, somente o da atualidade está plenamente caracterizado na legislação infra-constitucional federal. A seguir apresentaremos as definições encontradas na bibliografia consultada.

5.2.2.1 Continuidade

O princípio da continuidade do serviço público implica que o fornecimento dos serviços não seja interrompido sem justificção, sendo estas definidas pelo poder concedente, sempre considerando o benefício da coletividade.

Dentre os princípios do serviço adequado, o da continuidade do serviço é o que pode ser mais facilmente quantificado. Essa quantificação geralmente se dá em termos da monitoração do tempo de interrupção e/ou da frequência da interrupção.

5.2.2.2 Regularidade

Segundo Alves (1999), de acordo com o princípio da regularidade, além de contínuo, o serviço público deve ser mantido com regularidade por parte do concessionário, ou seja, não deverá apresentar variação apreciável das características técnicas da prestação aos usuários.

5.2.2.3 Eficiência

O princípio da eficiência foi inserido entre os princípios constitucionais, através do art. 37 da Carta Magna, para a Administração Pública. Isso significa que há a necessidade da prestação atender as finalidades do serviço e os parâmetros de qualidade estabelecidos pelo poder concedente (ALVES, 1999).

Ademais, a eficiência deve ser entendida como a melhor realização possível da prestação de

serviços públicos, em termos de plena satisfação dos administrados com os menores custos para o usuário.

5.2.2.4 Segurança

A segurança nada mais é do que a minimização de riscos que por ventura a prestação dos serviços possa impor aos usuários. O concessionário deve zelar pela segurança dos usuários dos serviços públicos concedidos.

A importância da segurança fica mais evidente em atividades em que o risco é intrinsecamente elevado, tal como o que ocorre nos serviços concedidos de distribuição de energia elétrica ou de transportes coletivos.

5.2.2.5 Atualidade

De acordo com o princípio da atualidade existe a necessidade dos serviços acompanharem o progresso técnico e tecnológico, bem como as alterações sociais no que diz respeito às necessidades dos usuários. A atualidade abrange a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações, bem como a conservação e a melhoria e expansão dos serviços.

5.2.2.6 Generalidade

O termo mais comumente utilizado quando queremos nos referir ao princípio da generalidade é de universalização dos serviços.

A universalização é a exigência de que os serviços sejam disponibilizados a todos os cidadãos, com uma tarifa módica. Pela conciliação do princípio do equilíbrio econômico-financeiro e da generalidade, os consumidores que não possuem condições financeiras de ter acesso aos serviços concedidos devem ser subsidiados pelos demais usuários.

Geralmente o planejamento da universalização demanda políticas de governo, de modo a

equilibrar o bônus da universalização: integração social, desenvolvimento regional e o ônus do impacto aos consumidores não subsidiados.

Assim, devem existir normas que permitam um controle das tarifas, bem como disponibilizar o serviço a pessoas que não disponham de rendimentos suficientes para o pagamento das tarifas.

Um fator crítico do atendimento da população de baixa renda é a localização da unidade consumidora. Segundo Alves (1999):

o isolamento geográfico de determinadas populações é, só por si, um fator de exclusão, pelo que se impõe que existam regras para que essas populações tenham acesso aos serviços essenciais, sob pena de se agravar essa exclusão e de se impedir a coesão econômica e social desejável.

5.2.2.7 Cortesia

De acordo com o princípio da cortesia o trato com urbanidade, educação e de forma civilizada, devido pelos concessionários aos usuários é um dever legal, disciplinado pela constituição no art. 37, parágrafo 3º, transcrito abaixo, uma vez que os destinatários são, em última análise, os senhores dos serviços públicos.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

.....
§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

- I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;
- II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;
- III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

5.2.2.8 Modicidade Tarifária

O princípio da Modicidade Tarifária é aquele aplicado aos serviços que são cobrados

individualmente e devem ser definidos num valor acessível aos usuários.

O pressuposto básico do instituto da concessão de serviço público no Direito Brasileiro é a prestação de serviço adequado, assim, o ordenamento jurídico não admite que o usuário concorde com a prestação de “serviço inadequado” sob a condição de que a concessionária reduza a tarifa. Ainda, segundo Di Pietro (2006):

O Direito à prestação de serviço adequado: além das condições que definem o serviço público adequado pode-se acrescentar o direito do usuário a tratamento igualitário, que decorre do princípio da isonomia: “Qualquer pessoa que preencha os requisitos legais tem o direito de obter a prestação que o serviço fornece, sem qualquer distinção; admite-se a fixação de tarifas diferenciadas em função da situação pessoal dos utentes.

Todavia, o consumidor pode exigir uma compensação financeira ou abatimento do preço, caso o serviço prestado pelo fornecedor não esteja dentro dos padrões mínimos adequados.

5.2.3 DA QUALIDADE DO SERVIÇO

O ordenamento jurídico brasileiro atualmente em vigor prevê o direito do usuário ao serviço público prestado de forma adequada e define os requisitos que devem ser observados para que a prestação tenha a qualidade desejada.

O concessionário deve respeitar os níveis mínimos de qualidade, estipulados pelo poder concedente. A qualidade não pode ser entendida apenas do ponto de vista da qualidade física dos bens que são objeto dos serviços essenciais, mas também do ponto de vista do atendimento, formação dos profissionais em contato com os consumidores e qualidade dos técnicos (ALVES, 1999). Os artigos 23 e 29 da Lei das concessões definem que o poder concedente deve zelar pela qualidade do serviço e acompanhá-lo por meio de indicadores.

De acordo com Falconi (1996):

Um produto ou serviço de qualidade é aquele que atende perfeitamente, de forma confiável, de forma acessível, de forma segura e no tempo certo às necessidades do cliente. Portanto em outros termos, pode-se dizer: projeto perfeito, sem defeitos, baixo custo, segurança do cliente, entrega no prazo certo no local certo e na quantidade certa. O verdadeiro critério da boa qualidade é a preferência do consumidor.

A melhoria contínua do desempenho global deve ser um objetivo permanente da

concessionária de serviço público. Um sistema de gestão da qualidade pode fornecer a estrutura para melhoria contínua com o objetivo de aumentar a probabilidade de ampliar a satisfação do usuário e de outras partes interessadas.

Em suma, os requisitos de serviço adequado nada mais são do que a segregação do princípio da qualidade dos serviços. Por isso, o legislador infraconstitucional determinou que a avaliação quantitativa da adequabilidade do serviço ocorresse por meio da avaliação de indicadores de qualidade do serviço.

6 REFLEXO DO MODELO REGULATÓRIO NA ADEQUABILIDADE DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE ENERGIA ELÉTRICA.

Este capítulo inicialmente apresenta as atribuições e a forma de funcionamento da ANEEL, sendo desenvolvido posteriormente um estudo da crise energética, situação que colocou a prova o modelo regulatório do setor elétrico. Por fim, serão analisados os indicadores de adequabilidade dos serviços públicos de distribuição de energia elétrica, visando demonstrar quantitativamente os efeitos do modelo regulatório, passando pelo período da crise energética.

6.1 A ANEEL – AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA.

A Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica, autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, com a finalidade de *“regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal”*. Essa lei especificou as atribuições do órgão regulador do setor de energia elétrica, sendo que podemos destacar dentre as principais atribuições as seguintes:

- implementar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração da energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, expedindo os atos regulamentares;
- promover, mediante delegação, os procedimentos licitatórios para a contratação de concessionárias e permissionárias de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos;
- gerir os contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público, bem como fiscalizar, diretamente ou

mediante convênios com órgãos estaduais, as concessões, as permissões e a prestação dos serviços de energia elétrica;

- dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores;
- fixar os critérios para cálculo do preço de transporte de energia nos sistemas de distribuição e transmissão e arbitrar seus valores nos casos de negociação frustrada entre os agentes envolvidos;
- estabelecer, com vistas a propiciar concorrência efetiva entre os agentes e a impedir a concentração econômica restrições, limites ou condições para empresas, grupos empresariais e acionistas, quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações;
- fixar as multas administrativas a serem impostas aos concessionários, permissionários e autorizados de instalações e serviços de energia elétrica;
- estabelecer, para cumprimento por parte de cada concessionária e permissionária de serviço público de distribuição de energia elétrica, as metas a serem periodicamente alcançadas, visando a universalização do uso da energia elétrica;
- aprovar as regras e os procedimentos de comercialização de energia elétrica, contratada de formas regulada e livre;
- homologar as receitas dos agentes de geração na contratação regulada e as tarifas a serem pagas pelas concessionárias, permissionárias ou autorizadas de distribuição de energia elétrica, observados os resultados dos processos licitatórios;

Quanto à organização, a ANEEL é dirigida por um Diretor-Geral e quatro Diretores, em regime de colegiado, com mandatos fixos e não coincidentes. O Decreto 2.335, de 06 de outubro de 1997, aprovou a estrutura organizacional da autarquia bem como as funções da diretoria colegiada.

6.2 A CRISE ENERGÉTICA DE 2001 - HISTÓRICO, CAUSAS E IMPLICAÇÕES PARA O ÓRGÃO REGULADOR.

O racionamento de energia elétrica foi o auge de uma crise energética que teve o seu início na década de 80. Sucessivos governos passaram a usar a capacidade financeira das Empresas Estatais de energia elétrica para o pagamento da dívida externa, reduzindo gradativamente a capacidade de investimentos e aumentando o endividamento, o que culminou na necessidade da reforma do setor elétrico, tendo como consequência a mudança de um ambiente estatal para um ambiente privado concorrencial (WITTNER, 2004).

O processo de privatização das Empresas Estatais de energia elétrica ocorreu de forma tardia e incompleta. O desgaste financeiro e limitações ao endividamento forçaram as Empresas Estatais de energia elétrica, federais e estaduais, a reduzir o volume de investimentos, sendo que não houve tempo hábil para que os projetos da iniciativa privada entrassem em operação (JABUR, 2001). Ademais, a meta do governo era preparar as Empresas Estatais de energia elétrica para a privatização colocando-as artificialmente em posição rentável de forma a atrair investidores estrangeiros para a licitação das concessões.

O final da década de 90 foi marcado pela consolidação dos novos grupos do setor elétrico, principalmente na área de distribuição de energia elétrica. O ambiente regulatório ainda teria que mostrar sua eficiência em um ambiente em que órgãos federais, estaduais e privados, dividem responsabilidades.

Neste contexto foi concebido um novo modelo para o setor elétrico brasileiro, com mudanças na legislação do setor e baseado no mercado livre de energia, deixando-o relativamente mais complexo que o modelo predominantemente estatal anterior.

O novo modelo demandou a desregulação do setor, com a criação de figuras como o Operador Nacional do Sistema – ONS, Mercado Atacadista de Energia – MAE, hoje CCEE – Câmara de comercialização de Energia Elétrica, e do órgão regulador ANEEL. Com o novo modelo, o governo pretendia aumentar a expansão do sistema elétrico por meio de investimentos privados.

No início de 1999 ocorreu uma forte desvalorização do real que aliado aos investimentos realizados na aquisição das concessões e nos próprios ativos operacionais causaram alto

endividamento externo por parte das empresas do setor. Ademais, como ainda ocorre, existia a aquisição compulsória da energia elétrica de Itaipu, cotada em dólares, que correspondia a cerca de 25 % do suprimento total (JABOUR, 2001).

As tarifas sofreram dois impactos simultâneos: perderam paridade com o mercado internacional por causa do efeito da variação cambial e pela contenção dos repasses previstos na parcela A, não gerenciável. Neste momento os investidores começaram a perder a confiança no setor elétrico, sendo que eles alegaram que não houve o repasse integral dos custos não administráveis como previa o contrato de concessão, fato esse que trouxe uma grande incerteza regulatória em um setor em reestruturação.

Enquanto o discurso oficial do governo apontava para uma direção, as decisões do executivo caminhavam, aparentemente, em sentido inverso. Problemas políticos refletiam na dificuldade de privatização das Empresas Estatais, o que gerava ainda mais incertezas no setor elétrico brasileiro, o que aumentava a aversão a investimentos no setor. Apesar de terem sido vendidas cerca de 80% das concessionárias de distribuição de energia elétrica que eram estatais, até o ano de 2001 a privatização só atingiu 20% das geradoras.

O governo também não teria completado de forma decidida e eficaz o modelo regulatório. Ademais, depois de anos de discussão, as autoridades não conseguiram estabelecer uma fórmula que permitisse alguma segurança quanto à evolução futura do preço do gás natural importado, combustível fundamental para o Programa Prioritário de Termelétricidade que seria a garantia contra o possível racionamento de um sistema predominantemente hídrico (MODERNA; 2001).

A falta de investimentos no setor elétrico aliada ao crescimento da demanda por eletricidade e a chuvas escassas provocaram a depleção dos reservatórios das usinas geradoras.

Neste contexto o Programa de Racionamento vigorou de 1/6/2001 a 28/02/2002 nas regiões Sudeste, Centro-Oeste e Nordeste e entre 15/08/2001 e 1/01/2002 na Região Norte. A estratégia adotada pelo governo foi a redução do consumo por meio da fixação de cotas de consumo, aumento tarifário, sobretaxas de ultrapassagem, os bônus e os cortes individuais. Segundo Wittner (2004):

[...] o anúncio das medidas gerou um debate generalizado na sociedade, sobretudo, discutia-se os impactos na economia brasileira. As previsões

eram catastróficas, gerando expectativas bastante pessimistas quanto à evolução do nível de investimentos, da produção industrial e geração de empregos.

A contratação de energia térmica de emergência onerou as tarifas do consumidor. O dinheiro adicional arrecadado com a sobretarifação foi integralmente usado para compor metas de superávit primário acordadas com o Fundo Monetário Internacional (FMI), ao invés de ter sido destinado à ampliação e melhoria do sistema elétrico (MODERNA, 2001).

Para auxiliar a gestão da crise energética foi criada a Câmara de Gestão da Crise de Energia, com o objetivo de implementar medidas de modo a mitigar os impactos do racionamento e evitar interrupções no fornecimento de energia elétrica.

Segundo Jabour (2001) houve indefinição na divisão de responsabilidades entre MME – Ministério de Minas e Energia e ANEEL, que poderiam ter sido solucionadas com o contrato de gestão entre as duas instituições, o qual não estava em vigor. Cada um atuou conforme a interpretação dos comandos legais, o que levou a lentidão e a ineficiência no processo decisório. O órgão regulador foi acusado de lentidão na tomada de decisões e responsabilizado pela contenção do repasse dos custos às tarifas de energia a partir de 1999. Os principais efeitos do racionamento foram a mudança das características do mercado consumidor, influenciada pela campanha presidencial e impactos na economia brasileira. O racionamento produziu impacto no consumo de energia elétrica de forma singular, provocando redução no consumo brasileiro e mantendo os efeitos no consumo mesmo após o seu término.

O panorama econômico do ano anterior ao racionamento de energia elétrica indica que o país vinha atravessando um período de crescimento. No ano 2000, o Produto Interno Bruto - PIB per capita cresceu 4,36%, após dois anos de resultados pouco significativos, 0,13% em 1998 e 0,79% em 1999. Este comportamento favorável da economia deve-se a três principais fatores: excelente resultado do setor industrial, bom desempenho das Contas Públicas, que ficaram dentro da meta com o FMI, e alto nível de investimentos estrangeiros diretos, em parte realizados quando da aquisição de concessões de serviços públicos (WITTNER, 2004).

No início de 2001, já era visível a deterioração da situação econômica brasileira, em parte pela crise da economia Argentina. Aliado a isso, o anúncio e posterior implementação das

medidas de racionamento de energia fizeram com que o crescimento do PIB fosse modesto, apresentando em 2001 e 2002 um crescimento de apenas 1,31% e 1,93%, respectivamente.

Na análise do PIB por trimestre e por setor, conforme a Figura 1, mostra que durante o 4º trimestre de 2001, no auge do racionamento, o PIB apresentou a retração mais acentuada. Ante o resultado do 1º trimestre de 2001, o PIB da indústria de transformação e o de comércio retraiu. O PIB do setor de serviços não sofreu declínio, mas crescendo apenas 0,5%. Nos anos seguintes, em 2002 e 2003, a economia mostrou sinais de aquecimento, com exceção do setor comercial que apresentou queda significativa a partir do 3º trimestre de 2002.

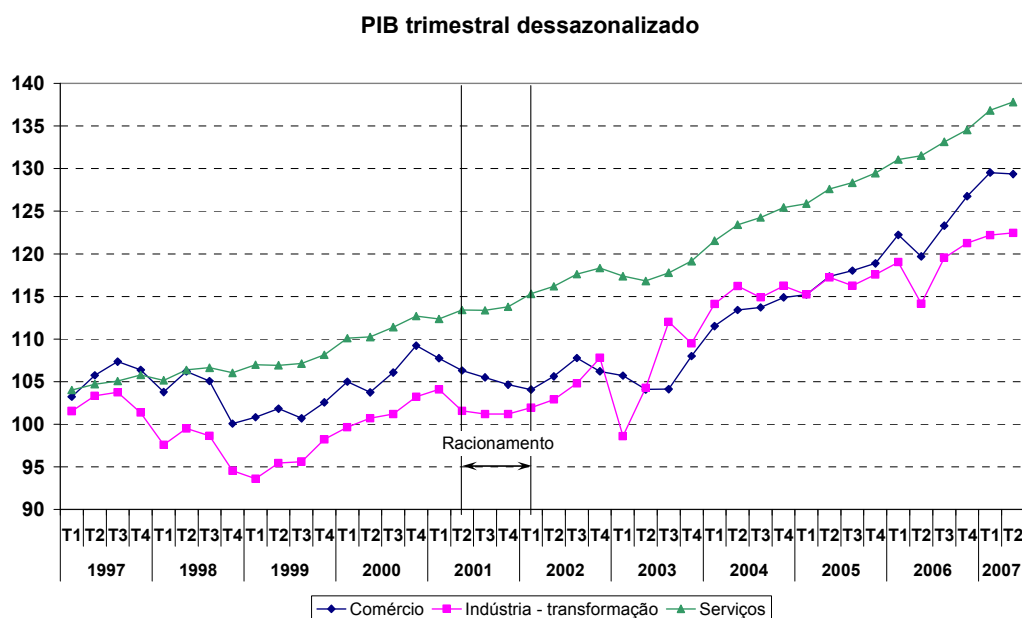


Figura 1- PIB trimestral dessazonalizado. Valores em percentual de jan/1996.

6.3 INDICADORES DO SERVIÇO PÚBLICO ADEQUADO NO SETOR ELÉTRICO

Apresentaremos nesta secção os valores apurados e sugestões de aprimoramento, quando cabível, dos indicadores dos serviços públicos adequados para o setor elétrico brasileiro.

6.3.1 GENERALIDADE

Conforme apresentado no Capítulo 5 o requisito da generalidade se refere “à exigência de que os serviços sejam acessíveis a todos os cidadãos, com uma tarifa módica”.

A partir da Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002, alterada pelas Leis nº 10.762, de 11 de novembro de 2003 e nº 10.848, de 25 de março de 2004, foi atribuída a ANEEL a competência de definir as metas de universalização para os serviços públicos de energia elétrica, utilizando como metodologia o indicador da área a ser atendida pelo programa, assim considerado para as novas unidades consumidoras com cargas instaladas de até 50kW e em baixa tensão, a título não oneroso (ANEEL, 2008).

Por meio da Resolução ANEEL nº 223, de 29 de abril de 2003, foram estabelecidas as condições gerais para elaboração dos Planos de Universalização de Energia Elétrica, regulando o disposto nos arts. 14 e 15 da Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002, e fixando as responsabilidades das concessionárias e permissionárias de serviço público de distribuição de energia elétrica.

Após a publicação da Resolução ANEEL nº 223/2003, o concessionário ou permissionário de distribuição é obrigado a atender, sem qualquer ônus para o solicitante, ao pedido de nova ligação para unidade consumidora cuja carga instalada seja menor ou igual a 50 kW, com enquadramento no subgrupo tarifário B⁸, inclusive instalação ou substituição de transformador, ainda que seja necessário realizar reforço ou melhoramento na rede em tensão igual ou inferior a 138 kV.

Para definição das metas de universalização, a concessionária deveria submeter à ANEEL o Plano de Universalização de Energia Elétrica, a ser implantado no período de 1º de janeiro de 2004 até 31 de dezembro do ano estabelecido para o alcance do programa. Conforme o parágrafo 3º do art. 6º da Resolução nº 223/2003, o Plano de Universalização deverá ser analisado pela ANEEL visando compatibilizá-lo com as metas de atendimento e com o ano para o alcance da universalização, sendo competência da Agência Reguladora determinar

⁸ Baixa tensão, compreendendo as unidades consumidoras atendidas em tensão menor ou igual a 2,3kV.

adequações necessárias ou decidir pela não-conformidade com o previsto na Resolução supracitada.

É comezinho que a universalização dos serviços de energia elétrica, além de beneficiar os consumidores, induz ao desenvolvimento social e econômico da região atendida. Contudo, a universalização é onerosa, sobretudo para regiões isoladas do país. Visando impulsionar o programa o art. 11 da Resolução nº 223/2003 possibilitou que:

O solicitante, individualmente ou em conjunto, cujo pedido de atendimento seja enquadrado no art. 4º desta Resolução, e os órgãos públicos, inclusive da administração indireta, poderão aportar recursos, em parte ou no todo, para as obras necessárias à antecipação da ligação prevista no Programa Anual, ou executar as obras de extensão de rede mediante a contratação de terceiro legalmente habilitado.

Nesse caso, os interessados serão ressarcidos pela distribuidora a partir do ano previsto para o atendimento àquele consumidor. Os valores antecipados seriam atualizados com base no IGP-M mais juros de 0,5% ao mês.

No parágrafo 2º do art. 10 da Resolução ANEEL nº 223 está definido que:

A concessionária poderá propor, para determinado Município, que a universalização seja alcançada em ano diferente do estabelecido no parágrafo anterior, desde que respeitado o limite fixado no caput, devendo, neste caso, apresentar justificativas técnicas e econômicas no Plano de Universalização.

No parágrafo 3º do artigo supracitado foi estabelecido que caso o ano máximo para a universalização de determinado Município, previsto no parágrafo 1º, for posterior ao estabelecido para a concessionária, prevalecerá o limite da concessionária.

Para as áreas de concessão ou permissão cujos contratos não continham cláusula de exclusividade, e naquelas onde não houvesse concessão, a ANEEL poderia, verificada a oportunidade e conveniência, promover licitação para a outorga de Permissão do Serviço Público de Energia Elétrica, nos termos do art. 15, da Lei nº 10.438, de 2002, visando alcançar a universalização do atendimento.

A seguir apresentamos uma estimativa do número de domicílios no Brasil atendidos com o serviço de energia elétrica (ANEEL, 2008):

- Total de domicílios no Brasil: 44.720.854;

- Total de domicílios com iluminação no Brasil: 42.277.826;
- Índice Geral de Atendimento: 94,54%.

Torna-se necessário destacar que inicialmente a Resolução ANEEL nº 223/2003 indicava o recurso a ser destinado à universalização, proveniente da Conta de Desenvolvimento Energético – CDE, previsto na Lei nº 10.438, de 2002, e regulamentado pelo Decreto nº 4.541/2002, reportava-se apenas àquele oriundo das multas da ANEEL e do Uso do Bem Público – UBP, que eram insuficientes para possibilitar uma antecipação do processo de universalização.

Ao assumir a presidência da república, Luiz Inácio Lula da Silva implantou o Programa Luz para Todos, objetivando maior celeridade no processo de universalização. Os objetivos do governo, àquela época, era o de aumentar o ritmo de atendimento e diminuir o impacto tarifário, por meio da destinação de recursos subvencionados e pelo complemento de recursos financiados pelos Estados e Municípios.

Destarte, em 11 de novembro de 2003, foi publicada a Lei nº 10.762, que alterou o art. 14 da Lei nº 10.438, de 2002, modificando as diretrizes contidas na Resolução ANEEL nº 223/2003. Na mesma data supracitada, por meio do Decreto nº 4.873, foi instituído o Programa Nacional de Universalização do Acesso e Uso da Energia Elétrica, o Programa Luz Para Todos, destinado a prover até o ano de 2008 o fornecimento de energia elétrica à parcela da população rural sem acesso à energia elétrica. A execução de tal programa, regulamentado pelo Decreto nº 4.873/2003, ensejou a antecipação do cumprimento das metas de universalização estabelecidas na Resolução nº 223/2003.

Foi estabelecido no art. 5º do Decreto nº 4.783/2003 que o Programa LUZ PARA TODOS observará as seguintes prioridades:

- I - projetos em Municípios com índice de atendimento inferior a oitenta e cinco por cento, segundo dados do Censo 2000;
 - II - projetos de eletrificação rural que beneficiem populações atingidas por barragens, cuja responsabilidade não esteja definida para o executor do empreendimento;
 - III - projetos de eletrificação rural que enfoquem o uso produtivo da energia elétrica e que fomentem o desenvolvimento local integrado;
 - IV - projetos de eletrificação rural em escolas públicas, postos de saúde e poços de abastecimento d'água;
 - V - projetos de eletrificação rural que visem atender assentamentos rurais;
- e

VI - projetos de eletrificação para o desenvolvimento da agricultura familiar.

Cabe ressaltar que o Programa Luz para Todos é coordenado pelo Ministério de Minas e Energia (MME) com o gerenciamento da Eletrobrás e de suas empresas subsidiárias, tendo como obrigações básicas a análise técnica-orçamentária dos programas de obras feitos pelas distribuidoras, o acompanhamento da execução dos mesmos, a liberação de recursos financeiros (RGR e CDE) e a fiscalização e o andamento das obras.

As famílias não atendidas pelos serviços de energia elétrica estão localizadas predominantemente em localidades de menor Índice de Desenvolvimento Humano e dentre as famílias de baixa renda. Cerca de 90% destas famílias têm renda inferior a três salários-mínimos e 80% está localizada no meio rural. Assim, tais consumidores são priorizados pelo programa (MME, 2008).

Pela legislação vigente, a ligação da energia elétrica nas residências se dá com a instalação de um ponto de luz por cômodo (até o limite de três) e duas tomadas, de forma gratuita, e pode ser solicitada à concessionária de distribuição ou à cooperativa de eletrificação rural do município. Com investimentos estimados da ordem de R\$ 12 bilhões, o programa Luz para Todos antecipa, em sete anos, a universalização da energia elétrica inicialmente proposta (ELETROBRÁS, 2008).

O Programa Luz Para Todos (PLT) oferece soluções para a utilização da energia de forma a promover o desenvolvimento social e econômico das comunidades, contribuindo para redução da pobreza e elevação da renda familiar. Com a energia elétrica espera-se que haja uma maior facilidade de integração dos serviços de saúde, abastecimento de água, saneamento e educação.

Dentro dessas diretrizes, em 28 de novembro de 2005, a ANEEL publicou a Resolução Normativa nº 175 que estabeleceu as condições para a revisão dos Planos de Universalização de Energia Elétrica, visando à antecipação de metas propostas inicialmente pela Resolução Normativa nº 223/2003, considerando os objetivos dos Termos de Compromisso firmados com o Ministério de Minas e Energia – MME, no âmbito do Programa LUZ PARA TODOS.

Visando manter o equilíbrio econômico e financeiro o parágrafo 5º do art. 4º da Resolução Normativa nº 175/2005, estabeleceu ainda que:

[...] caso os recursos provenientes da Administração Pública Federal, do Distrito Federal, dos Estados ou dos Municípios, inclusive da administração indireta, não sejam repassados à concessionária, por motivos não imputáveis à mesma, as metas do Programa LUZ PARA TODOS poderão ser revistas, proporcionalmente ao repasse não ocorrido.

Com isso o legislador infraconstitucional condicionou a execução do PLT à essencial liberação dos recursos pelos Estados e Municípios.

No art. 6º da Resolução Normativa nº 175/2005, foi estabelecido quais os dados, por Município, que a distribuidora deve enviar a ANEEL até o último dia útil do mês subsequente ao término de cada trimestre civil, a partir do 4º trimestre do ano de 2005. O objetivo desse artigo é possibilitar a ANEEL o acompanhamento do andamento do programa. No art. 8º da supracitada Resolução, foram definidas certas condições visando reduzir o custo adicional proveniente da implantação do Programa LUZ PARA TODOS, no período de 2005 a 2008. Essas condições são:

- I – limitação em 8% (oito por cento) do impacto tarifário para os consumidores;
- II – preservação do equilíbrio econômico-financeiro da concessão; e
- III – cumprimento das metas do Programa LUZ PARA TODOS pelas concessionárias.

Havendo a impossibilidade do atendimento simultâneo das condições descritas nos incisos I e II citados anteriormente, a concessionária deverá solicitar, a qualquer tempo, a revisão das metas do PLT, constantes do Anexo da Resolução supracitada. A Tabela 1 compara os indicadores apurados e metas do PLT para o período de 2004-2006.

Tabela 1 – Comparação do Realizado com as Metas estabelecidas para o PLT. Fonte: Sistema ANEEL.

Ano	2004	2005	2006	Total de Ligações
Realizado	74.535	335.347	480.217	890.099
Metas (Res. Normativa nº 175/2005)	218.470	496.630	490.334	1.205.434

Podemos notar da Tabela 1 que os indicadores de universalização realizados estão aquém das metas estabelecidas para o PLT (somente 73,8% do valor estabelecido como meta foi

realizado para o período de 2004-2006), fato que evidencia fragilidades do programa. Essa diferença se deve a vários fatores, dentre eles podemos citar: o limite de repasse tarifário aos consumidores de 8%; problemas de licenciamento ambiental para as linhas de transmissão; demora no repasse dos recursos referentes à CDE e RGR e recursos municipais e estaduais para as distribuidoras.

Com relação aos indicadores de generalidade, a metodologia é simples, todavia sua apuração é complexa. Ademais, é necessário aprimoramentos na forma de viabilizar financeiramente os empreendimentos de universalização dos serviços concedidos.

6.3.2 EFICIÊNCIA

Conforme definido no capítulo 5 *“a eficiência deve ser entendida como a melhor realização possível da prestação de serviços públicos, em termos de plena satisfação dos administrados com os menores custos para o usuário”*.

Quanto à satisfação do usuário os indicadores apresentados anteriormente e a serem apresentados quantificam tal anseio. Todavia, a avaliação da eficiência com relação aos custos muitas das vezes é subjetiva e de difícil quantificação.

Destarte, muitas são as dimensões da eficiência da prestação dos serviços públicos. Um dos indicadores capazes de avaliar a eficiência com que os recursos estão sendo utilizados é o das perdas de energia elétrica no sistema de distribuição.

Sabe-se da existência de perdas ao longo da cadeia geração-transmissão-distribuição de energia elétrica. Na distribuição de energia, as perdas influem na quantidade de energia contratada pela distribuidora, que compõe os custos não gerenciáveis da receita requerida, denominada nos contratos de concessão como *Parcela A*, cujos montantes e variações são repassados diretamente às tarifas, aumentando os custos da energia ao usuário final (ANDREY-ROSELLI; YATSU, 2007a).

As perdas de energia são classificadas em perdas técnicas e não-técnicas, esta última conhecida também como perdas comerciais. As perdas técnicas são decorrentes das leis da Física relativas aos processos de transporte, transformação de tensão e medição de energia. Já as perdas não-técnicas representam as demais perdas associadas à distribuição de energia

elétrica, tais como furtos de energia, erros de medição, etc. Esse tipo de perda está diretamente associado à gestão comercial da distribuidora (ANDREY-ROSELLI; YATSU, 2007b).

O montante de perdas globais, ou totais, de um sistema de distribuição de energia é facilmente obtido pela diferença entre a energia requerida pela distribuidora e o mercado faturado. Para a segregação dessas perdas, deve-se proceder ao cálculo das perdas técnicas e por diferença obtemos as perdas não-técnicas. Contudo, a mensuração das perdas técnicas não é trivial, além de possuir certo grau de imprecisão.

As perdas técnicas podem ser determinadas, por meio de simulações, medições e avaliações do sistema elétrico. Porém, a avaliação das perdas técnicas num sistema de distribuição é muito complexa, fundamentalmente pela quantidade de elementos que constituem cada segmento que compõe o sistema e, conseqüentemente, pelo número de parâmetros necessários para sua caracterização segmentada. (ANDREY-ROSELLI; YATSU, 2007a).

Já a administração das perdas não técnicas é de grande complexidade, pois depende das características socioeconômicas da região atendida, no que diz respeito ao comportamento dos usuários, o qual está diretamente relacionado com o desenvolvimento social, econômico e educacional da população (ANDREY-ROSELLI; YATSU, 2007b).

A concessionária tem um conjunto de ferramentas e possibilidades para gerenciar essas situações, em geral muito mais efetivas e sem as conseqüências negativas da suspensão do fornecimento. Pela experiência dos números do primeiro ciclo de revisão tarifária (2003-2006), os montantes de perdas informados pelas distribuidoras indicam que o potencial de rentabilidade econômica dessas soluções pode ser alto.

No primeiro ciclo de revisão tarifária das distribuidoras de energia, foram considerados os valores declarados e históricos para as perdas técnicas. A Figura 2 apresenta dados de perdas técnicas e não-técnicas para 53 distribuidoras.

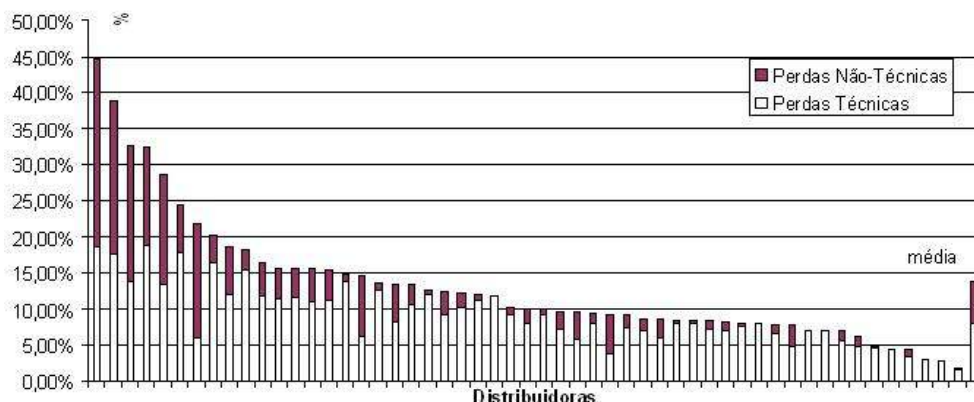


Figura 2– Percentual de perdas de 53 distribuidoras no primeiro ciclo de revisão tarifária.

Pelos resultados apresentados, foi diagnosticado que os valores apresentados não foram aceitáveis do ponto de vista da eficiência. A Figura 3 ilustra ainda a evolução dos indicadores de perdas técnicas e não-técnicas no Brasil.

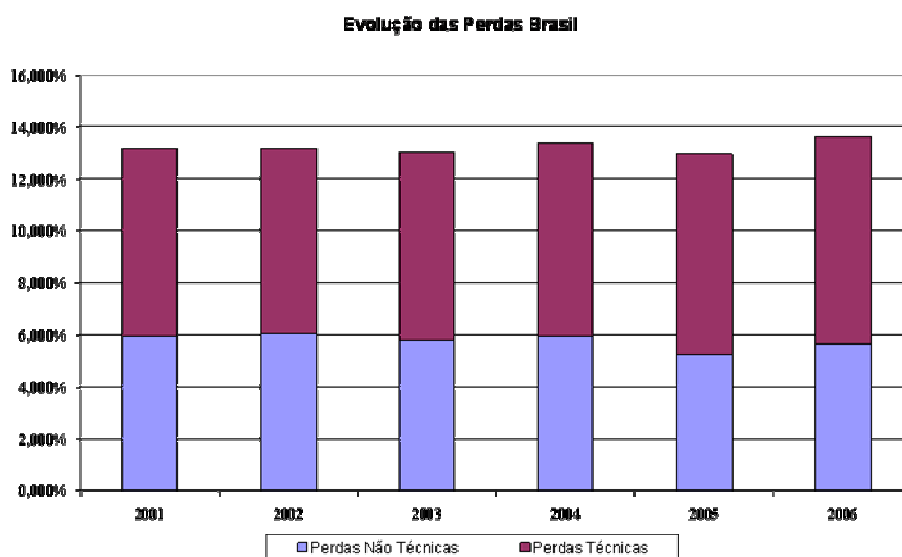


Figura 3 – Evolução das perdas totais.

Como pode ser observado, apesar de uma ligeira redução das perdas não técnicas os montantes globais de perdas estão estagnados.

No modelo de regulação *price cap*, as ações da distribuidora são regidas por incentivos. Como no ciclo de revisão tarifária é definido um limite de perdas de energia que será considerado no repasse para a tarifa, o grande incentivo da distribuidora está em obter um

nível inferior ao pré-estabelecido, pois tal critério de regulação, em sua essência, gera incentivos para o combate às perdas elétricas, uma vez que a distribuidora pode se apropriar dos ganhos advindos de uma perda real menor do que a regulatória (ANDREY-ROSELLI; YATSU, 2007b). Assim, deve-se buscar o estabelecimento de metas factíveis e que induzam a distribuidora a buscar uma maior eficiência de sua gestão comercial.

Como consta na Resolução Normativa ANEEL nº 234/2006, para a definição dos valores regulatórios de perdas não-técnicas, serão considerados os seguintes fatores, dentre outros possíveis:

- a. Níveis atuais e históricos de perdas e inadimplência da distribuidora;
- b. Estudo apresentado por cada distribuidora, contendo, no mínimo: i) diagnóstico completo da situação atual das perdas não-técnicas na respectiva área de concessão; ii) desempenho da distribuidora na redução das perdas nos últimos anos; e iii) proposta para o nível de perdas não-técnicas a ser atingida na próxima revisão tarifária periódica;
- c. Definição de indicadores para comparação entre as distribuidoras;
- d. Melhores práticas de combate realizadas por algumas distribuidoras que estão contribuindo para a efetiva diminuição do furto de energia;
- e. Efetividade na recuperação dos valores frutos de perdas de energia;
- f. Investimentos realizados para o combate às perdas de energia;
- g. Número de unidades consumidoras sem medição; e
- h. Ações de eficiência energética em comunidades baixa renda.

Essa determinação pode ser feita mediante a fixação de um valor único para todo o período tarifário ou mediante a definição de uma “trajetória” ou curva decrescente. Ao se segregar as perdas conforme sua origem (técnicas e não-técnicas) abre-se o horizonte para um combate mais eficiente, considerando as particularidades e apresentando metas específicas para as perdas não-técnicas, com base no mapeamento de cada área de concessão.

Por fim, os ganhos de eficiência podem ser compartilhados entre os usuários e o concessionário, em benefício da Modicidade Tarifária e do equilíbrio econômico-financeiro. Para isso é necessário quantificar a eficiência da concessão por meio de indicadores objetivos, tal como o de perdas técnicas e não-técnicas de energia.

6.3.3 SEGURANÇA

Como visto no capítulo 5 *“a segurança nada mais é do que a minimização de riscos que por ventura a prestação dos serviços possa impor aos usuários. O concessionário deve zelar pela segurança dos usuários dos serviços públicos concedidos”*.

De acordo com Coutinho (2002) o risco relacionado a acidentes expressa uma probabilidade de possíveis danos dentro de um período específico de tempo. O valor quantitativo do risco pode ser conseguido multiplicando-se a probabilidade de ocorrência (obtida por meio de uma taxa de falha) de um acidente pela medida da conseqüência/dano/gravidade (perda material ou humana) causada por este acidente.

Destarte, a segurança é freqüentemente definida como “isenção de riscos”. Entretanto é praticamente impossível a eliminação completa de todos os riscos. Podemos então definir segurança como *“uma condição ou conjunto de condições que objetivam uma relativa proteção contra um determinado risco”* (COUTINHO, 2002). Contudo, para que o concessionário zele pela segurança dos usuários ele deve adotar procedimentos e tecnologias capazes de reduzir os riscos a custos viáveis.

Aspectos legais:

Analisando os diplomas legais é possível constatar que não existe regulação sobre indicadores mínimos ou requisitos de segurança para usuários de serviços públicos concedidos. Isto se deve a dificuldade de apuração dos indicadores de acidentes com usuários, tarefa que exige um sistema complexo de apuração.

Isto posto, a ANEEL optou em inserir nos contratos de concessão, no apêndice 8, os seguintes indicadores de segurança:

- Taxa de freqüência de acidentes do trabalho;
- Taxa de gravidade de acidentes do trabalho;

- Número de acidentes com terceiros envolvendo a rede elétrica e demais instalações da Concessionária;
- Total de indenizações pagas em decorrência de acidentes;
- Número de pedidos de indenização por queima de aparelhos e indenizações efetivamente pagas pela Concessionária.

Contudo, os dados referentes a estes indicadores só são enviados à ANEEL quando solicitados, devendo ser objeto de relatório de acompanhamento estatístico e estar disponíveis para auditoria da Agência Reguladora, a qualquer tempo. Estas informações servirão apenas como indicadores do grau de excelência dos serviços prestados, não implicando em qualquer tipo de penalidade à Concessionária.

O órgão regulador optou em inserir nos contratos de concessão, em suma, indicadores de acidentes do trabalho e acidentes com terceiros ou usuários, este último de difícil auditoria, haja vista a dificuldade de apuração e controle por parte da concessionária.

Nos contratos de concessão não estão definidos a forma e critérios de apuração dos indicadores supracitados. A regulamentação dos indicadores de acidentes do trabalho é feita pelo Ministério do Trabalho e Emprego – MTE, por meio da Portaria 3.214, de 08 de junho de 1978, que criou a figura dos Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho, com atribuição, dentre outras, de enviar anualmente as estatísticas de acidentes.

Paralelamente a legislação trabalhista, a Lei nº 8.213/91 determina no artigo 22 que todo acidente de trabalho ou doença profissional deverá ser comunicado pela empresa ao INSS, sob pena de multa em caso de omissão. Ademais, tal lei define o que seria um acidente do trabalho:

É o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados previdenciários, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

Cabe ressaltar a importância da comunicação, principalmente o completo e exato preenchimento do formulário, tendo em vista as informações nele contidas, não apenas do ponto de vista previdenciário, estatístico e epidemiológico, mas também trabalhista e social.

Estatísticas de acidentes:

A forma de apuração dos indicadores de segurança do trabalho é descrita na norma técnica ABNT 14280/1995. Nela estão contidas as seguintes definições:

Cálculo de Homens hora de exposição ao risco: as horas homens são calculadas pelo somatório das horas de trabalho de cada empregado.

Medidas de avaliação de freqüência: deve ser calculada com a aproximação de centésimos e calculada pela seguinte expressão:

$$F_A = \frac{N \times 1000000}{H}$$

Onde:

FA é a taxa de freqüência dos acidentes, dependendo do tipo de estatística pode se utilizar acidentes típicos ou de trajeto, com ou sem afastamento, etc.
Exemplo: freqüência de acidentes de trajeto no mês utilizamos em N o número de acidentes de trajeto no mês.

N é o número de acidentes

H representa as horas homem de exposição ao risco

Medidas de avaliação de gravidade: deve ser calculada com a aproximação de centésimos e calculada pela seguinte expressão:

$$G = \frac{T \times 1000000}{H}$$

Onde:

G é a taxa de gravidade dos acidentes

T é o tempo computado ou debitado

H representa as horas homem de exposição ao risco

A taxa de gravidade de acidentes é dada pela quantidade de dias de afastamento do acidentado, para o caso de incapacidade temporária. Para o caso de capacidade permanente

utilizamos uma equivalência da gravidade do acidente em dias, por meio de uma tabela constante da própria norma.

Os dados enviados ao ministério do trabalho e emprego e para fins previdenciários não são públicos por empresa individual. No entanto, as Agências Reguladoras poderiam utilizar dos dados já apurados pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

Com relação aos dados dos acidentes com terceiros e de indenização por queima de aparelhos, uma regulação específica deveria ser expedida pela ANEEL de modo a definir claramente a forma de apuração e os critérios de tais indicadores, além da obrigatoriedade.

Apesar do controle dos acidentes com usuários e trabalhadores não ser sistemático, anualmente é publicado o relatório anual de estatísticas de acidentes do setor elétrico, financiado pela ELETROBRÁS e realizado pela Fundação COGE. Apesar de não oficial, os dados podem ser utilizados como referência para a análise da evolução da segurança do trabalho e dos usuários. As figuras 4 e 5 ilustram, respectivamente, a evolução dos indicadores de taxa de gravidade e de frequência dos usuários dos serviços públicos de energia (2004-2006) e o número de acidentes com usuários por gravidade e tipo (ano de 2006).

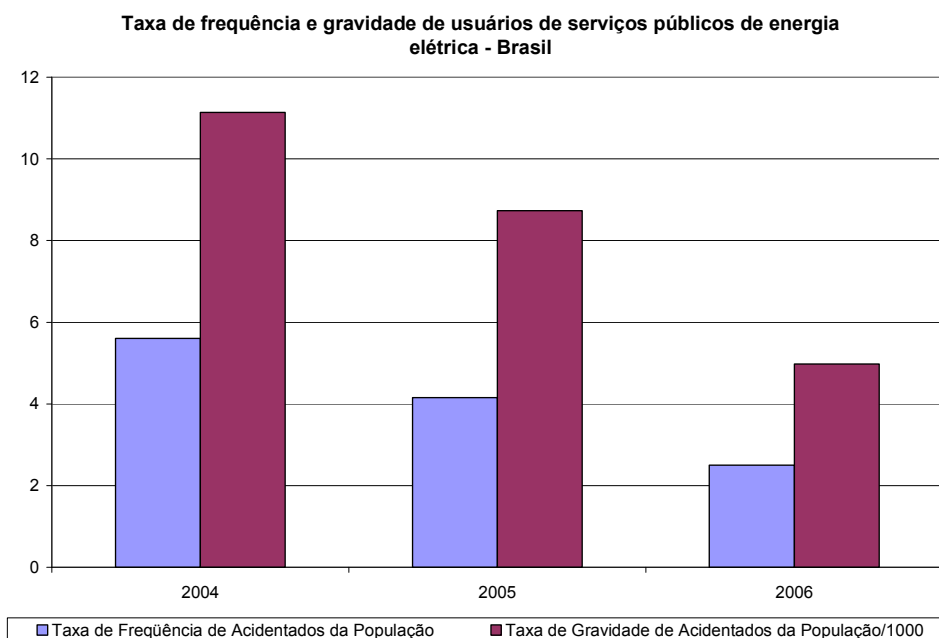


Figura 4 – Taxa de gravidade e de frequência dos usuários dos serviços públicos de energia. Fonte: Fundação COGE.

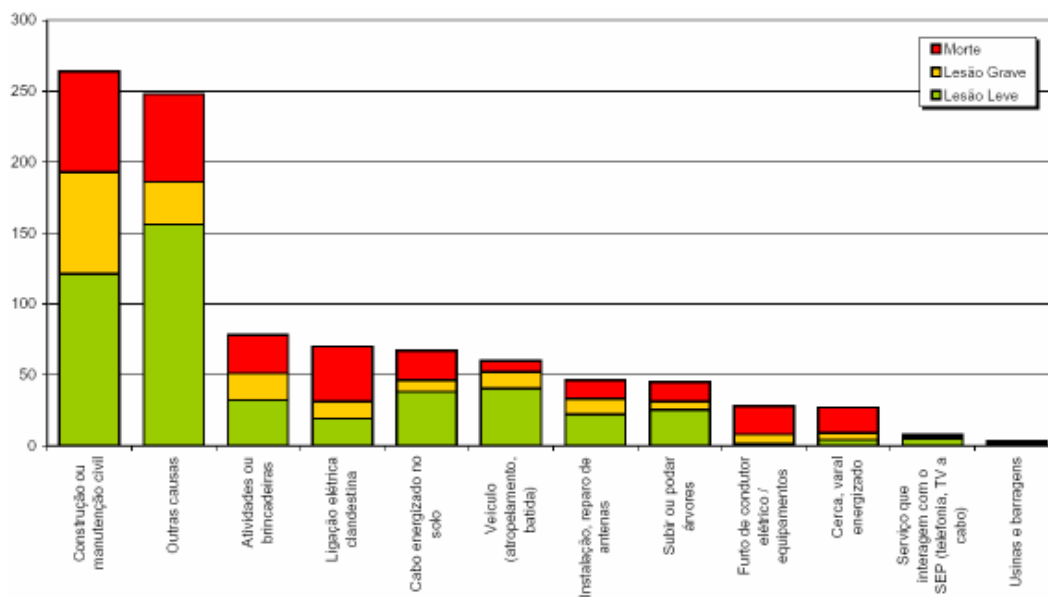


Figura 5 – Número de acidentes com usuários por gravidade e tipo, ano de 2006. Fonte: Fundação COGE.

Na Figura 4 observamos uma tendência de redução dos indicadores de acidentes com usuários. Na Figura 5 constatamos que a construção civil ainda é a maior causa de acidentes. A Figura 6 mostra a evolução dos acidentes fatais ocorridos com usuários.

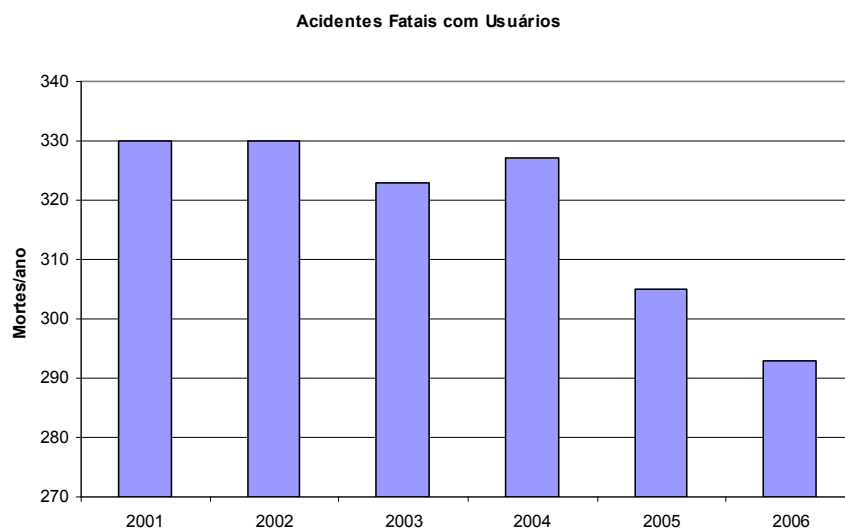


Figura 6 - Acidentes Fatais com Usuários. fonte: Fundação COGE.

A Figura 7 a seguir apresenta a evolução das taxas de gravidade e frequência de acidentes do trabalho.

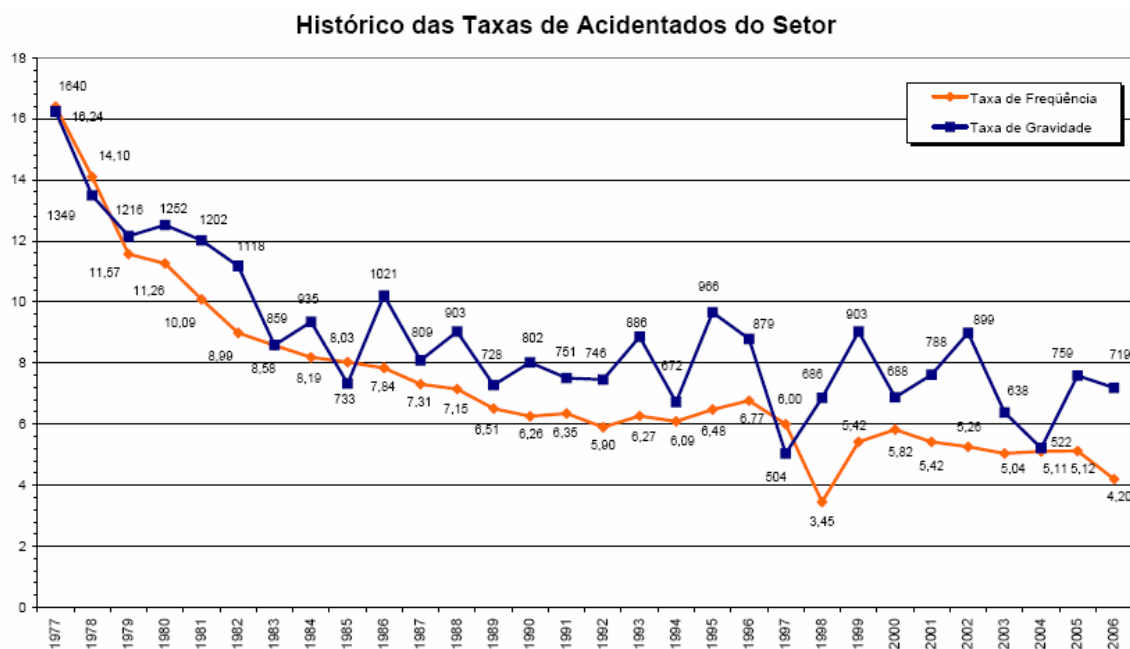


Figura 7 - Evolução dos acidentes do trabalho. Fonte: Fundação COGE.

Podemos observar o decaimento dos indicadores de acidentes do trabalho nas empresas do setor elétrico, grande parte motivada pela edição da Portaria 3.214/78 do MTE, que trata das normas de saúde e segurança do trabalho. As estatísticas não refletem a totalidade das empresas do setor elétrico, todavia, a amostra de 72 empresas filiadas à Fundação COGE é suficiente para verificar a evolução dos acidentes do trabalho no setor elétrico brasileiro.

Sugere-se que a ANEEL deve iniciar o controle dos acidentes com usuários e do trabalho de modo a avaliar este importante indicador da adequabilidade do serviço público, que muitas das vezes influi também no indicador de eficiência, uma vez que os custos com acidentes são onerosos para as empresas do ponto de vista econômico e de sustentabilidade.

6.3.4 CONTINUIDADE

Os indicadores de continuidade do serviço público de distribuição indicam o grau de disponibilidade do serviço prestado pela concessionária e são classificados em dois tipos: os de duração das interrupções e de frequência com que estas interrupções ocorrem.

Em 27 de janeiro de 2000, a ANEEL editou a Resolução ANEEL nº 024 que incorporou todos os avanços dos regulamentos e contratos de concessão, visando padronizar a forma de coletar e de armazenar os dados de interrupção, o tempo a partir da qual a interrupção será contabilizada, os indicadores de continuidade coletivo⁹ e individual¹⁰, o período de apuração, o cálculo dos indicadores, o período de aviso para interrupções programadas, a forma de estabelecimento das metas de continuidade e a multa por sua violação.

A partir desta resolução ficaram estabelecidas as condições para aplicação de análises comparativas entre as empresas distribuidoras, uma vez que os indicadores passam a ser apurados uniformemente por todas as concessionárias. Logo, a Resolução ANEEL nº 024/2000 introduziu o conceito de melhoria contínua dos indicadores de continuidade. (ANDREY-ROSELLI; CAPUTO, 2006).

Os indicadores coletivos, estabelecidos conforme a Resolução ANEEL nº 024/2000, são utilizados pela ANEEL para análise do desempenho das diversas distribuidoras, enquanto que os indicadores individuais indicam o desempenho da concessionária perante cada unidade consumidora.

Os indicadores coletivos são definidos como DEC (Duração Equivalente de Interrupção por Unidade Consumidora) e FEC (Frequência Equivalente de Interrupção por Unidade Consumidora).

O indicador DEC indica o tempo médio que cada unidade consumidora do conjunto¹¹ considerado ficou sem o fornecimento de energia elétrica, no período de observação,

⁹ Indicador coletivo refere-se à média ponderada de um conjunto de unidades consumidoras .

¹⁰ Indicadores individuais referem-se à unidade consumidora .

¹¹ Os conjuntos de unidades consumidoras são subáreas geográficas da concessionária, que identificam geograficamente os consumidores, devendo ser formadas por unidades consumidoras situadas em áreas contíguas .

considerando-se as interrupções iguais ou maiores que 3 (três) minutos. A duração da interrupção está ligada aos meios humanos e materiais empregados para a recomposição e reparo da rede, bem como as facilidades existentes para se recuperar um sistema após cada interrupção (ANDREY-ROSELLI; CAPUTO, 2006).

O indicador FEC exprime o número de interrupções que, em média, cada unidade consumidora do conjunto considerado sofreu no período de observação, considerando-se as interrupções iguais ou maiores que 3 (três) minutos. A frequência das interrupções caracteriza a fragilidade do sistema frente ao meio ambiente e a degradação do sistema por envelhecimento e/ou falta de manutenção adequada (ANDREY-ROSELLI; CAPUTO, 2006).

As fórmulas de apuração dos indicadores DEC e o FEC são apresentadas a seguir:

$$DEC = \frac{\sum_{i=1}^k Ca(i) \times t(i)}{Cc}$$

$$FEC = \frac{\sum_{i=1}^k Ca(i)}{Cc}$$

Onde:

Ca(i): Número de unidades consumidoras interrompidas em um evento (i), no período de apuração;

t(i): Duração de cada evento (i), no período de apuração;

i: Índice de eventos ocorridos no sistema que provocam interrupções em uma ou mais unidades consumidoras;

k: Número total de eventos no período considerado; e

Cc: Número total de unidades consumidoras, do conjunto considerado, no final do período de apuração.

Para o estabelecimento das metas de continuidade, a Resolução ANEEL nº 024/2000 propõe três parâmetros a serem considerados: as metas já estabelecidas em alguns contratos

de concessão, o histórico de desempenho das empresas e os padrões de continuidade resultante da análise comparativa entre as empresas.

O não atendimento das metas individuais implica em multa que será revertida, automaticamente, na forma de crédito em favor do consumidor na fatura de energia elétrica do mês posterior à apuração. Assim, o estabelecimento de punições previstas na Resolução é orientado prioritariamente ao consumidor afetado pelos desligamentos (ANDREY-ROSELLI; CAPUTO, 2006).

As metas de continuidade dos conjuntos são valores máximos admissíveis para os indicadores apurados, a serem observadas com periodicidade mensal, trimestral e anual. Definidas em Resolução específica, os valores das metas trimestrais e mensais são de 60% e 30%, respectivamente, das metas dos valores anuais.

A comparação entre os conjuntos de unidades consumidoras, de cada distribuidora, define as metas de continuidade. Para a comparação entre conjuntos de unidades consumidoras a metodologia os discrimina em grupos semelhantes, baseado em características geográficas, físicas e elétricas.

A técnica utilizada para agrupar os conjuntos com características semelhantes é conhecida como “*cluster analysis*”. Esta técnica é empregada quando não se consegue um conjunto de equações que defina com exatidão os valores a serem assumidos por determinadas variáveis de um problema. Com isso, sabendo os valores assumidos por estas variáveis, busca-se prever os valores possíveis de serem atingidos pelas demais, com base numa análise estatística do comportamento em condições similares (ANDREY-ROSELLI; CAPUTO, 2006).

Inicialmente, são definidas as metas para os conjuntos de um determinado cluster utilizando “*Yardstick Competition*”, técnica que consiste em encontrar um elemento padrão, cujos valores apurados serão as metas dos conjuntos restantes. A ANEEL utiliza como elemento padrão de desempenho, ou seja, a meta final a ser atingida por cada conjunto do cluster, o percentil de 10% do cluster para os conjuntos que são atendidos pelo Sistema Interligado Nacional (SIN) e no caso dos atendidos pelo Sistema Isolado a mediana do cluster.

Evolução dos indicadores:

As Figuras 08 e 09 apresentam a evolução e análise dos indicadores de DEC e FEC no Brasil durante o período de 1996 a 2006.

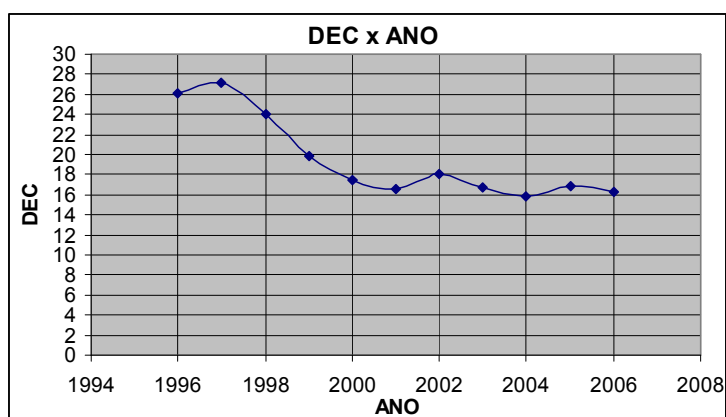


Figura 8 - Evolução do indicador DEC(em horas) no Brasil.

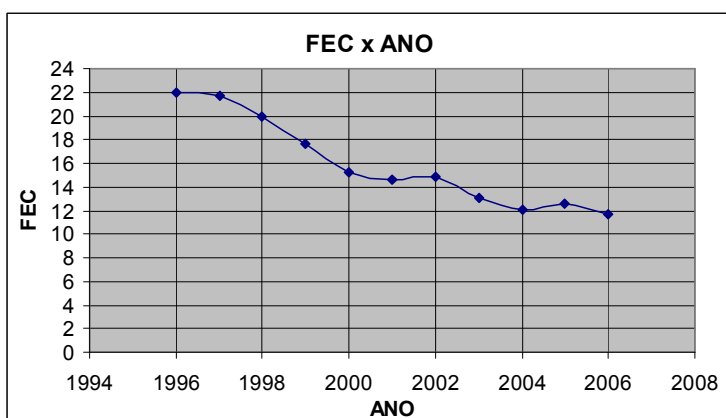


Figura 9 - Evolução do indicador FEC(em número de interrupções) no Brasil.

A mudança na metodologia de controle dos dados pelo órgão regulador por meio de sistemas informatizados, de penalidades aos concessionários e de processos baseados na melhoria contínua, motivaram a redução gradual dos indicadores de continuidade apurados. Entre os anos de 2000 e 2002 observamos uma inflexão no gráfico. Nesse período os concessionários de distribuição sofreram os reflexos do período do racionamento e pós-racionamento.

Como dito anteriormente no período racionamento os investimentos foram retraídos, fato que implicou na redução da oferta de energia, na capacidade de transmissão e distribuição, além da degradação dos indicadores de continuidade.

Por fim, com relação aos indicadores de continuidade, observamos que esses apresentam consistência metodológica, porém pecam na apuração dos indicadores, que são de difícil auditoria. Tal fato será mitigado pela obrigação de certificar o processo de apuração a partir do ano de 2009.

6.3.5 REGULARIDADE

A regularidade do serviço público de energia elétrica indica o grau de conformidade desse serviço em relação aos padrões técnicos estabelecidos para os níveis de tensão. Os equipamentos elétricos são projetados para operarem em uma faixa de tensão pré-definida, que não devem ser ultrapassados, sob pena de acarretar danos nos equipamentos e riscos aos usuários.

Em 26 de novembro de 2001, a ANEEL aprovou a Resolução ANEEL nº 505 que incorporou todos os avanços dos regulamentos e contratos de concessão, visando padronizar a forma de coletar e de armazenar os dados de conformidade da tensão em regime permanente, os limites aceitáveis para essa tensão, o tempo de medição, a amostragem utilizada, os indicadores coletivo e individual, a forma de cálculo dos indicadores, o prazo para regularizar os níveis de tensão fora dos limites aceitáveis e a multa a ser paga ao consumidor que não teve regularizada a tensão dentro do prazo estabelecido (CAPUTO; ANDREY-ROSELLI, 2006).

Os indicadores individuais estabelecidos na Resolução ANEEL nº 505/2001 são o DRP (Duração Relativa da Transgressão de Tensão Precária) e DRC (Duração Relativa da Transgressão de Tensão Crítica). O DRP indica quanto tempo das leituras de tensão ficaram nas faixas precárias, no período de observação definido, e é apresentado na forma de percentual do tempo total de amostragem. O DRC indica quanto tempo das leituras de tensão ficaram nas faixas críticas, no período de observação definido, e é apresentado na forma de percentual do tempo total de amostragem.

O indicador coletivo estabelecido na Resolução nº 505/2001 é o ICC (Índice de Unidades Consumidoras com Tensão Crítica), indica o percentual da amostra dos conjuntos de unidades consumidoras com transgressão de tensão crítica.

Matematicamente podemos definir os indicadores como se segue:

$$DRP = \frac{nlp}{1.008} \times 100[\%]$$

$$DRC = \frac{nlc}{1008} \times 100[\%]$$

$$ICC = \frac{CC}{CA} \times 100[\%]$$

Onde:

nlp = número de leituras situadas nas faixas precárias;

nlc = número de leituras situadas nas faixas críticas; e

1.008 = número de leituras válidas a cada 10 (dez) minutos no período de observação.

CC = total de unidades consumidoras com leituras situadas na faixa crítica; e

CA = total trimestral de unidades consumidoras objeto de medição.

Na Resolução supracitada está definido como limite aceitável de DRP o valor de 3% e para o DRC está definido o valor de 0,5%. Caso esses limites sejam violados, a distribuidora deverá regularizar a tensão de fornecimento dentro dos prazos estabelecidos pela ANEEL. Se isso não ocorrer o concessionário deverá compensar financeiramente os consumidores afetados.

Apesar do indicador ICC ser o único indicador coletivo regulado, como sugestão para um segundo indicador coletivo apresentamos o ICP (Índice de Unidades Consumidoras com Tensão Precária), que indica o percentual da amostra com transgressão de tensão precária, sendo a fórmula dele:

$$ICP = \frac{CP}{CA}$$

Onde:

CP = total de unidades consumidoras com leituras situadas na faixa precária; e

CA = total trimestral de unidades consumidoras objeto de medição.

A Figura 10 apresenta a evolução dos indicadores ICC e ICP durante o período de 2003 a 2006 no Brasil. Destacamos que somente a partir de 2003 a ANEEL iniciou a apuração dos dados de conformidade da tensão em regime permanente.

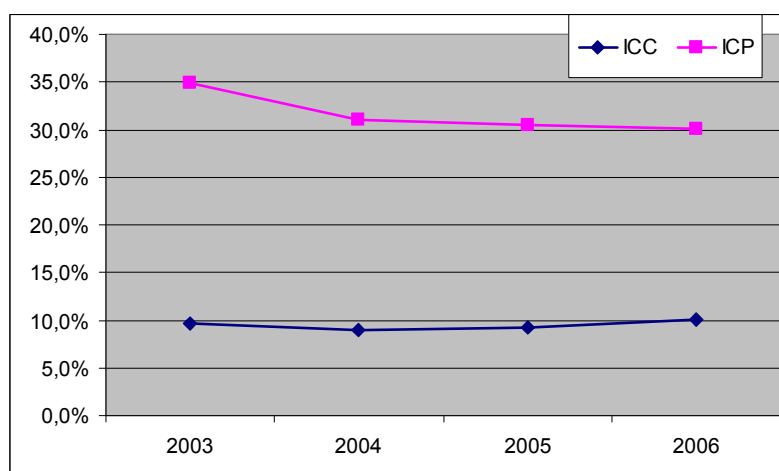


Figura 10 – Evolução dos indicadores coletivos de regularidade no Brasil.

Podemos constatar um decaimento dos indicadores ICP, sendo que o indicador ICC se manteve praticamente constante.

A melhoria dos indicadores coletivos foi e vem sendo motivada pela constante monitoração por meio de sistemas informatizados e pela aplicação de compensações financeiras e multas que oneram as concessionárias que transgridem os limites de operação do nível de tensão.

O indicador de regularidade utiliza metodologia de apuração via amostragem e medição. Esta forma de apuração torna-o facilmente auditável e imune a interpretação e discricionariedades do concessionário.

6.3.6 CORTESIA

A cortesia na prestação do serviço público está relacionada à obrigação da Administração Pública em oferecer aos usuários esse serviço com tratamento urbano, com educação e de forma civilizada.

Dos princípios do serviço público adequado o da cortesia é o mais evidente ao consumidor. Facilmente o usuário não se lembra de uma interrupção de energia ocorrida, mas dificilmente se esquece do mau atendimento.

Apesar da importância para os usuários, a cortesia é requisito do serviço adequado mais subjetivo e de difícil quantificação. Depende de pesquisas visando aferir o sentimento dos consumidores com relação à urbanidade do concessionário. Por causa de tais dificuldades o princípio da cortesia não é aferido por meio de indicadores.

A ANEEL controla o número total de reclamações recebidas, que pode ser classificada como procedente ou improcedente. Uma vez procedente pode estar relacionado a problemas de continuidade, Modicidade Tarifária, regularidade, etc.

Todavia, as distribuidoras são obrigadas a manter uma central de atendimento ao cliente. Destarte, para que a reclamação seja direcionada à ANEEL tem que existir alguma falha no relacionamento entre o cliente e a concessionária. A Figura 11 apresenta o total de reclamações de consumidores.

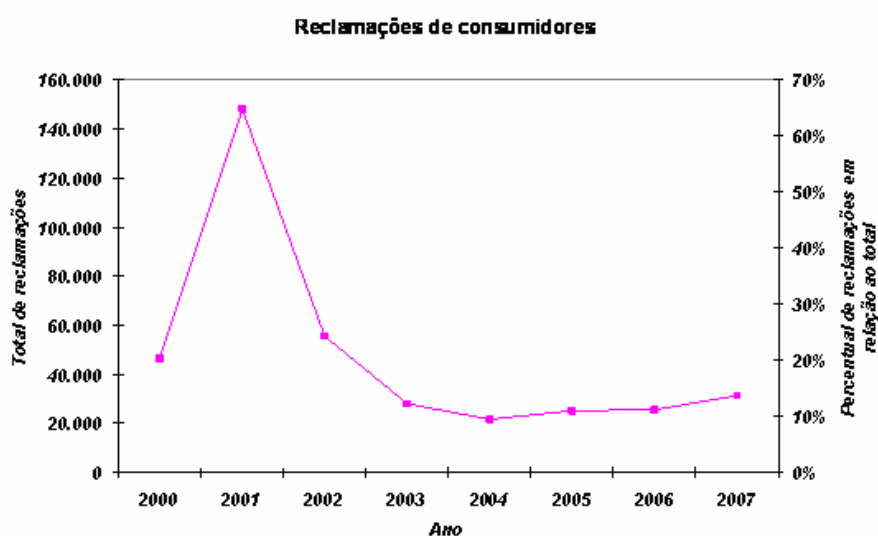


Figura 11 - Total de reclamações dos consumidores.

Da Figura 11 poucas conclusões podem ser tiradas, uma vez que os valores parecem constantes ao longo do tempo, à exceção do ano de 2001, o período do racionamento. Nesse período vários usuários registraram reclamações motivadas pela maciça divulgação da Agência pela mídia e pelo novo cenário de escassez energética.

Sugerimos que uma pesquisa deve ser realizada com os usuários dos serviços públicos concedidos de modo a aferir a cortesia por parte dos concessionários e assim controlar todas as dimensões da qualidade do serviço público.

6.3.7 ATUALIDADE

Conforme definido no capítulo anterior *“a atualidade abrange a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço”*.

No setor elétrico, diferente de outros serviços públicos concedidos, tal como do setor de telecomunicações, a evolução tecnológica é lenta. As tecnologias dos equipamentos e materiais no setor elétrico pouco foram alteradas desde a promulgação da Lei nº8.987/1995. Ademais, regulatoriamente, equipamentos e materiais no setor elétrico possuem cerca de 20 anos de vida útil, o que torna sua atualização lenta e gradual de modo a não impactar na Modicidade Tarifária.

Contudo, a avaliação da atualidade do serviço público é refletida em outros indicadores da adequabilidade do serviço, fato que o torna *“auto regulado”*. Os materiais e equipamentos elétricos evoluem na direção de redução dos custos de manutenção e operação, de minimização do período de indisponibilidade, reduzindo os indicadores de continuidade, e cada vez mais eficientes do ponto de vista energético, o que reduz as perdas nos sistemas elétricos.

A apuração dos indicadores de atualidade é subjetiva e de difícil apuração. Todavia os indicadores são indiretamente refletidos por outros indicadores. A atualidade reflete na redução de perdas (eficiência) e na redução das interrupções (continuidade).

6.3.8 MODICIDADE TARIFÁRIA

O objetivo a ser alcançado pela regulação econômica é reproduzir, no desempenho da empresa monopolista regulada, os efeitos de um ambiente de concorrência, observados em mercados competitivos. (SRE, 2005).

A seguir são apresentados alguns dados sobre o setor de distribuição de energia elétrica no Brasil:

Tabela 2 - Dados financeiros do setor de distribuição referente ao ano de 2006. Fonte: ABRADÉE.¹²

Consumidores	58 milhões
Receita Bruta	R\$ 90 bilhões
Encargos e Tributos	R\$ 34,7 bilhões
Consumo Total	313 mil GWh
Participação no PIB	2,2%
Investimentos Anuais	R\$ 6,5 bilhões

Os usuários cujas unidades consumidoras são atendidas em baixa tensão pagam pelos serviços por meio da fatura enviada mensalmente pela distribuidora, um valor referente à quantidade de energia elétrica consumida, no mês anterior, estabelecida em kWh (quilowatt-hora) vezes um valor unitário, chamado tarifa, medida em R\$/kWh (reais por quilowatt-hora), que corresponde ao preço de um quilowatt consumido em uma hora.

A ANEEL estabelece as tarifas com a finalidade de garantir ao consumidor o pagamento de um valor justo e que garanta o equilíbrio econômico-financeiro da concessionária de distribuição, para que assim possa oferecer o serviço com mínimo de qualidade, confiabilidade e continuidade exigidas pela regulação e pelos consumidores (SRE, 2005).

¹² Associação Brasileira das Distribuidoras de Energia Elétrica.

As tarifas para o uso do sistema de transmissão e para o uso do sistema de distribuição são calculadas com base no custo de referência em substituição ao custo realizado no serviço, pois assim busca-se diminuir a assimetria de informações e aumenta a eficiência das distribuidoras e das transmissoras, visando a Modicidade Tarifária. Esse comando legal foi definido pelo Poder Executivo no Decreto nº 2.655/98, no art. 7º.

Foi estabelecido no art. 31 da Resolução Normativa nº 166, de 10 de outubro de 2005, que é obrigação das concessionárias ou permissionárias de distribuição informa:

[...] aos respectivos consumidores do Grupo “B”, na fatura de fornecimento, o valor correspondente à energia, ao serviço de distribuição, à transmissão, aos encargos setoriais e aos tributos, observando a estrutura de custo estabelecida neste artigo.

§ 1º O valor correspondente à energia deverá ser definido, em R\$, a partir da soma dos valores faturados relativos aos seguintes itens:

I – Tarifa de Energia Elétrica – TE, exceto o item relativo a Encargos de Serviços do Sistema;

II – Perdas na Rede Básica relativa à TUSD – Fio A;

III – Perdas Técnicas; e

IV – Perdas Não Técnicas.

§ 2º O valor correspondente ao serviço de distribuição deverá ser definido, em R\$, a partir do valor faturado relativo a componente TUSD – Fio B.

§ 3º O valor correspondente à transmissão deverá ser definido, em R\$, a partir da soma dos valores dos itens que formam a componente TUSD – Fio A, exceto o valor relativo ao item Perdas na Rede Básica.

§ 4º O valor correspondente aos encargos setoriais deverá ser definido, em R\$, a partir da soma dos valores relativos aos seguintes itens e componentes:

I – TUSD – Encargos do Serviço de Distribuição;

II – TUSD – CCC S/ SE/ CO ou TUSD – CCC N/ NE ;

III – TUSD – CCC isolado ;

IV – TUSD – CDE S/ SE/ CO ou TUSD – CDE N/ NE ;

V – TUSD – PROINFA;

VI – Encargos de Serviços do Sistema; e

VII – TFSEE, P&D e Eficiência Energética, referente à aplicação da TE.

Destarte, a Resolução Normativa nº 166/2005 obrigou as concessionárias e permissionárias de distribuição a informar, na fatura de energia dos consumidores atendidos em baixa tensão, a parcela relativa à compra de energia e a utilização dos sistemas de transporte de energia elétrica. Tal comando visa tornar transparente aos consumidores, os diversos itens que compõem as tarifas.

Assim, é possível decompor a tarifa final em TUSD¹³ e em TE (tarifa de energia) e as distribuidoras irão agrupar tais componentes de modo a identificar, na fatura do consumidor final os custos relativos: (i) à produção de energia elétrica; (ii) ao transporte da energia (transmissão); (iii) ao serviço de distribuição; e (iv) aos encargos setoriais. Deverá ser destacada também na fatura a quantia referente aos tributos. Ressalta-se que o ICMS é embutido na fatura de forma separada dos outros componentes. A Figura 12 abaixo apresenta a configuração final da tarifa (TUSD+TE) (ANDREY-ROSELLI; YATSU, 2007a):

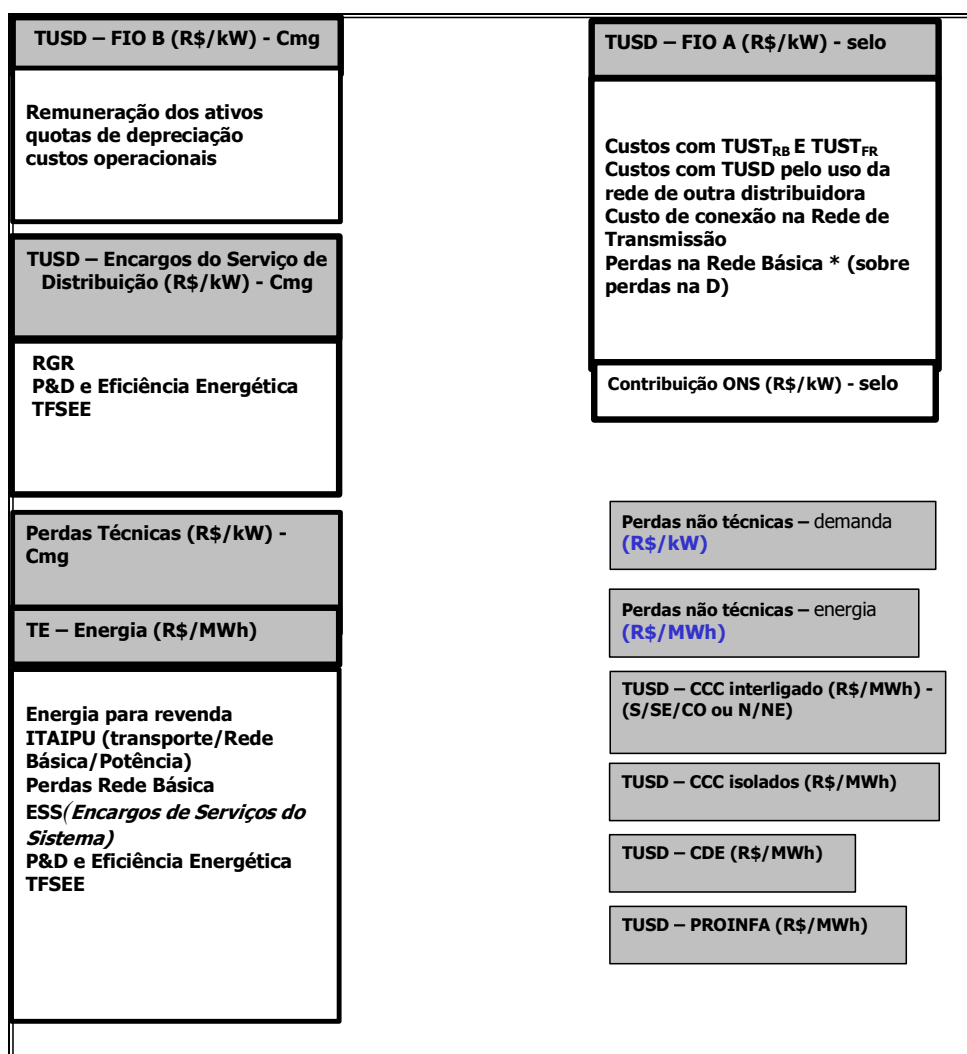


Figura 12 - Composição da tarifa final (TUSD+TE) dos consumidores.

¹³ TUSD – Tarifas de Uso dos Sistemas de Distribuição, em R\$/kW.

Podemos destacar os seguintes fatores que influenciam diretamente na Modicidade Tarifária:

- Disponibilidade dos recursos energéticos;
- Política de meio-ambiente;
- Estabilidade do marco legal, jurídico e regulatório;
- Disponibilidade de capital com baixo custo;
- Qualidade e confiabilidade na prestação do serviço público;
- Política sócio-econômica (subvenções e encargos setoriais);
- Eficiência operacional dos agentes;
- Tributos.

A disponibilidade dos recursos energéticos e a política de meio-ambiente influenciam diretamente no preço da energia elétrica a ser paga pelos consumidores. Se esses fatores provocarem um déficit na energia gerada para atender a demanda do mercado consumidor, por meio da postergação na construção de novas usinas ou provocarem uma insuficiência dos recursos para a geração de energia elétrica (insuficiência de água ou gás ou óleo ou carvão ou qualquer outro recurso), o preço da energia aumentará e com isso não estará sendo atendido à Modicidade Tarifária.

Já a estabilidade do marco legal, jurídico e regulatório influencia na atração de investimentos para o setor elétrico. Se existe um modelo do setor instável ou existem várias decisões judiciais que são contrárias ao modelo regulatório, o investidor fica com dúvida sobre a rentabilidade e a segurança do investimento. Com isso, o risco do investimento, num modelo instável, é alto e esse risco é precificado e considerado no cálculo da taxa de retorno do investimento. Portanto a tarifa do consumidor final será maior para esse modelo instável de regulação do que num modelo estável.

A disponibilidade de capital com baixo custo está relacionada com o modelo estável do setor elétrico e o mercado de energia. Um modelo estável para o setor deve ter: políticas públicas de desconto bem estabelecidas, leis claras para que não haja margem para dupla interpretação e pouca interferência dos poderes executivo, legislativo e judiciário. Ademais,

o mercado de energia está relacionado com a inadimplência no pagamento das faturas, as perdas não-técnicas e ao aumento do consumo de energia.

Destarte, na remuneração sobre o capital investido a ser incluída nas tarifas há que se considerar a necessidade de preservar a atratividade de investimentos para o setor, significando que a remuneração deve corresponder exclusivamente ao custo de oportunidade do capital do investidor. O cálculo da remuneração requer que se defina o valor do investimento a ser remunerado (ou base de remuneração) e a taxa de retorno adequada a ser aplicada sobre esse valor.

Considerando ainda que as empresas possam financiar suas atividades com capital próprio e capital de terceiros e que o custo de cada alternativa de financiamento é diferente, há que se definir a participação desses capitais no financiamento das atividades da concessionária, isto é, a estrutura de capital – uma vez que distintas estruturas de capital possuem custos de capital diferenciados. Dessa forma, a taxa de retorno deve refletir o custo do capital próprio e o custo do capital de terceiros ponderados pelas respectivas participações no capital total.

A qualidade e a confiabilidade na prestação do serviço público de energia elétrica requeridas pelos consumidores ou exigidas pela ANEEL influenciam diretamente nos investimentos a serem reconhecidos nas tarifas. Por exemplo, se uma rede de distribuição não está de acordo com os padrões de qualidade do serviço e de confiabilidade exigidos pode ser necessário fazer investimentos vultosos na rede provocando o aumento significativo da tarifa, ou pode ser necessário contratar novas equipes de manutenção e operação.

Outro fator que causa grande impacto na Modicidade Tarifária é a política sócio-econômica que está ligada com os seguintes encargos: CCC, CDE, RGR, P&D, ESS, TFSEE, Proinfra, Baixa Renda (cerca de 20% dos consumidores são suportados por subsídios cruzados), iluminação pública (desconto de até 50%), rural (desconto entre 10% e 40%), cooperativas rurais (desconto de até 65%) e outros descontos na TUSD e TUST para alguns geradores e consumidores. Segundo a ABRADÉE, estima-se que atualmente os descontos anuais na TUSD para os geradores de fonte alternativa (PCH e Biomassa) e para os consumidores que contratam essas energias estejam em R\$ 240 milhões, sendo que esses descontos são absorvidos por cerca de 100 geradores e por cerca de 300 consumidores. Ainda segundo a

ABRADEE, para os consumidores de baixa renda o valor anual do benefício é da ordem de R\$ 1,56 bilhões da CDE, sendo que 14 milhões de consumidores são beneficiados.

Os Encargos Setoriais fazem parte das políticas de Governo para o setor elétrico e são todos definidos em Lei. Os valores são definidos por Resoluções ou Despachos da ANEEL, para efeito de recolhimento pelas concessionárias ou permissionárias de distribuição dos montantes cobrados de cada consumidor por meio das tarifas de fornecimento de energia elétrica. A tabela a seguir apresenta os valores dos encargos setoriais para os 2004, 2005 e 2006 que foram reconhecidos nas tarifas dos consumidores das distribuidoras.

Tabela 3 - Encargos setoriais reconhecidos nas tarifas dos consumidores das distribuidoras.

FONTE: ANEEL.

Encargos Setoriais	2004	2005	2006
	R\$ Milhão	R\$ Milhão	R\$ Milhão
Reserva Global de Reversão – RGR	1.177,20	1.181,80	1.282,3
Conta de Consumo de Combustível – CCC	3.322,60	3.419,30	4.525,70
Taxa de Fiscalização de Serviços de Energia Elétrica – TFSEE	220,2	270,8	307,1
PROINFA	-	-	385,17
Conta de Desenvolvimento Energético – CDE	1.455,40	2.044,10	2.283,40
Compensação Financeira pela Utilização de Recursos Hídricos – CFURH	779,6	1.003,70	1.100,00
P&D e Eficiência Energética	500	381,7	374
Encargos de Serviços do Sistema – ESS	141	172	191,6
Operador Nacional do Sistema - ONS	8,9	9,6	10,2
TOTAL	7.604,90	8.483,00	8.781,80

No anexo apresentamos a descrição dos principais encargos setoriais do setor elétrico.

A determinação da eficiência operacional dos agentes contribui diretamente na Modicidade Tarifária. A definição dos “custos operacionais eficientes” constitui um dos grandes desafios para o regulador. A análise dos custos da própria empresa expõe o regulador aos efeitos da "assimetria de informação". A assimetria de informação se refere ao fato de que o prestador do serviço regulado é quem possui todas as informações (técnicas, operativas,

financeiras, contábeis, etc.) vinculadas à prestação do serviço público. O Regulador tem acesso parcial e limitado às informações que, em geral, são apresentadas pela empresa. Apesar de a ANEEL poder realizar auditorias constantes nas informações recebidas, é evidente que a situação de ambas as partes em relação ao acesso e ao manejo dessas informações é totalmente assimétrica. Logo, torna-se necessária uma ação regulatória não baseada apenas em informações fornecidas pelas concessionárias e em auditorias das mesmas, mas na definição externa de parâmetros de eficiência que permitam determinar as tarifas dos serviços regulados e, ao mesmo tempo, constituam referências para orientar a gestão empresarial sem, contudo, causar ingerências indevidas na empresa.

Demonstramos, a seguir, a influência dos tributos nas tarifas de uso do sistema de distribuição (TUSD), segundo a ABRADÉE:

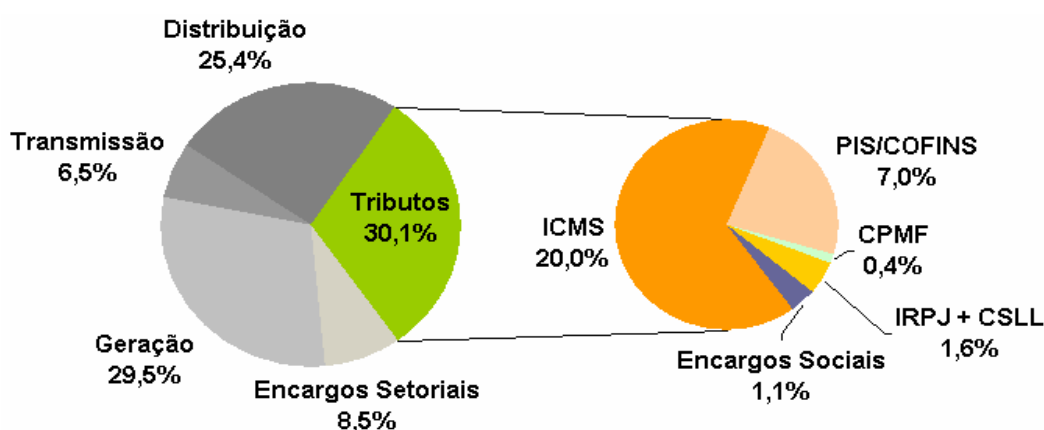


Figura 13 - Composição das tarifas de Uso dos Sistemas de Distribuição.

Além dos conflitos de interesse entre os setores do governo, investidores e consumidores, os interesses governamentais podem ser divergentes entre si. De um lado, existe a necessidade de arrecadação fiscal e uma tendência de transferir ao consumidor obrigações que poderiam ser vistas como típicas de financiamento pelo contribuinte, como a condução de políticas sociais. Por outro lado a relevância da Modicidade Tarifária como meio de promover a competitividade na economia, a qualidade de vida da população e o desenvolvimento (PEDROSA, 2005).

A Figura 14 apresenta a evolução média das tarifas finais (TUSD+TE), sem tributos. Podemos notar que a variação do IPCA foi menor do que a variação das tarifas de uso dos sistemas de distribuição e das tarifas de energia. Essa variação da tarifa final acima do IPCA é motivada, principalmente, pela distorção provocada pelo uso tarifário para controle da inflação e para subsidiar as exportações.

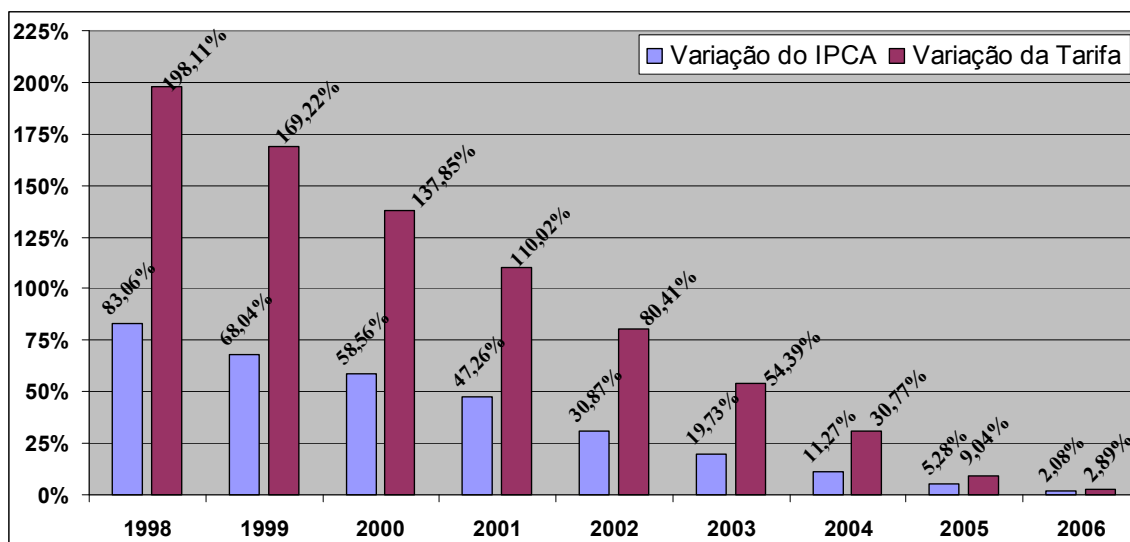


Figura 14 - Evolução Média das tarifas finas (TUSD+TE) sem tributos para os usuários do Brasil.

Por fim, o indicador de Modicidade Tarifária tende a contrastar com os outros indicadores de adequabilidade de serviços públicos de energia elétrica, uma vez que a manutenção de tais indicadores tende a onerar as tarifas. Cabe ao regulador prover o correto equilíbrio entre a Modicidade Tarifária e o restante dos requisitos do serviço adequado, baseado nas necessidades dos usuários.

Contudo, não existe um indicador para o requisito da Modicidade Tarifária. Uma forma de construir tal indicador seria por meio de comparações entre as tarifas das diversas empresas de energia elétrica e/ou comparar a evolução das tarifárias.

7 CONCLUSÃO

Inicialmente, foi realizada uma revisão do período de Reforma Estatal que culminou na criação das Agências Reguladoras, as quais foram criadas com o objetivo de tornar o Estado mais eficiente, eficaz e efetivo nos aspectos administrativo, político e nas relações com a sociedade e o mercado. Destarte, as Agências Reguladoras alteraram o paradigma da forma de gestão estatal, que passa do Estado burocrático, produtor e empresário, para o Estado gerencial, regulador e, sobretudo, democrático, tendo a atribuição adicional de regular o desenvolvimento social e econômico.

Podemos afirmar em relação às Agências Reguladoras os seguintes aspectos:

- a) assumiram o papel antes desempenhado pela Administração Pública Direta. Elas exercem esse papel quando o objeto da concessão é um serviço público, conforme especificado no art. 21, XI e XII, da Constituição ou quando o objeto é a exploração de uma atividade econômica monopolizada, como nas hipóteses do art. 177 da Constituição.
- b) desempenham dupla função. De um lado assumem os poderes e os encargos do poder concedente nos contratos de concessão, como os de fazer licitação, contratar, fiscalizar, punir, alterar e etc. Por outro lado, exercem a regulação, que é entendida em sentido mais amplo, de modo a contemplar a competência para estabelecer regras de conduta, para fiscalizar, reprimir, punir, resolver conflitos, não só no âmbito da própria concessão, mas também nas relações com outras prestadoras de serviços.
- c) que no modelo atual, é uma entidade da Administração Pública Indireta, em regra uma autarquia de regime especial, com função de regular a matéria que se insere em sua esfera de competência, outorgada por lei e sendo uma entidade da Administração Indireta, está sujeita ao princípio da especialidade.
- d) possuem certa independência em relação aos três poderes: em relação ao Legislativo, pois dispõem de função normativa; em relação ao Executivo, porque as normas e as decisões não podem ser alteradas por autoridade estranha ao próprio

órgão; e em relação ao Judiciário, pois dispõem de função quase-jurisdicional no sentido de que resolvem, no âmbito das atividades reguladas, litígios entre os vários agentes que exercem o serviço público e entre esses e os usuários dos referidos serviços.

- e) estão sujeitas ao controle exercido pelo Congresso Nacional, previsto no art. 49, X, da Carta Magna, porque são autarquias, e a todas as normas constitucionais que se referem à Administração Indireta.
- f) não existe um fundamento legal para a reserva da discricionariedade técnica. Na medida em que se reconhece, sem qualquer controvérsia, a possibilidade do Judiciário examinar matéria de fato, por mais técnica que seja, e na medida em que é perfeitamente possível o arbítrio, o erro, o dolo, a culpa na definição dos critérios técnicos, também não se pode deixar de reconhecer que a discricionariedade pode causar lesão ou ameaça de lesão e por isso ensejar a correção judicial.
- g) definir as cláusulas dos contratos de concessão, permissão ou autorização com a possibilidade de alterá-las unilateralmente por motivo de interesse público.

O estudo utilizou informações do setor elétrico brasileiro que, diferentemente de outros segmentos regulados de infra-estrutura, possui o controle de apuração dos dados, que possibilita a análise da transição dos diferentes modelos. Tal monitoração é importante na medida em que transforma requisitos em valores objetivos e quantificáveis

O trabalho analisou os impactos do modelo regulatório na adequabilidade dos serviços públicos de energia elétrica no que tange aos seguintes princípios: a regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na prestação e modicidade das tarifas e na regulação econômica do mercado. Para isso, identificou os indicadores utilizados no setor elétrico brasileiro, relacionando-os aos princípios supracitados. De forma geral, podemos concluir, pelos dados apresentados, que o modelo regulatório contribuiu para a promoção da adequabilidade dos serviços públicos concedidos de energia elétrica.

A análise demonstrou que, após a implantação do modelo regulatório no setor elétrico, os indicadores de adequabilidade dos serviços públicos monitorados decaíram. Contudo, para

alguns requisitos não foi possível analisar sua variação, haja vista que não existe metodologia de mensuração.

Nesse sentido, observamos que a ANEEL contribuiu para que houvesse a normatização dos principais indicadores objeto do estudo.

No período pesquisado, ficou evidente um aumento tarifário. Uma explicação é a alta carga tributária e o fim do uso tarifário para fins de controle inflacionário.

Sugerimos para trabalhos futuros a análise do impacto da carga tributária no modelo regulatório do setor elétrico. Outra sugestão para trabalhos futuros é que seja analisado o impacto regulatório social e econômico, como resultado de um processo de envolvimento entre as diversas instituições governamental e a sociedade. Ademais, sugerimos que se faça uma análise comparativa da qualidade regulatória entre os países.

Por fim, como observado no trabalho, existe um trade-off entre os requisitos de adequabilidade dos serviços públicos, tal como o de modicidade tarifária e continuidade ou o de eficiência e generalidade. A aferição do ponto de equilíbrio que otimize o benefício social deve ser encontrado, utilizando da democracia participativa, por meio de audiências públicas, consultas técnicas e pesquisas de opinião.

REFERÊNCIAS

- (01) ALVES, André Hiroshi Hayashi. **O direito do administrado ao serviço público adequado e os Meios de defesa desse direito**. Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas Curso de Graduação em Direito, Departamento de Direito, Santa Catarina, 1999.
- (02) ANDREY-ROSELLI, Marcio. YATSU, Robson Khun. KASHIMOTO K. **Cálculo de Perdas Técnicas de Energia em Sistemas de Distribuição**. ALTAE-07 - CONGRESO INTERNACIONAL SOBRE ALTA TENSIÓN Y AISLAMIENTO ELÉCTRICO. México, Cuernavaca: Nov. 2007a.
- (03) ANDREY-ROSELLI, Marcio. YATSU, Robson Khun. **Perdas técnicas, Comerciais e seus Impactos na TUSD – Tarifas de Uso dos Sistemas de Distribuição**. XIII SEPEF – Seminário de Planejamento Econômico – Financeiro do Setor Elétrico. São Paulo – SP: Out. 2007b.
- (04) ANDREY-ROSELLI, Marcio. **Relação Entre Investimentos e Qualidade em Sistemas de Distribuição de Energia Elétrica Utilizando Redes Neurais Artificiais**. ALTAE-07 - Congreso Internacional Sobre Alta Tensión Y Aislamiento Eléctrico. México, Cuernavaca: Nov. 2007.
- (05) ANEEL. Obtido no site www.aneel.gov.br. Acesso em 12/01/2008.
- (06) BASTOS, Fábio de Mendonça. **Neoliberalismo e a Recente Política de Privatização no Brasil: O Caso da Malha Nordeste da Rede Ferroviária Federal S. A. – RFFSA**. Dissertação (Mestrado em Engenharia de Transportes) – Programa de Mestrado em Engenharia de Transportes, Centro de Tecnologia, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2003.
- (07) BRESSER-PEREIRA, Luis Carlos. **Macroeconomia pós-Plano Real: as relações básicas**. In: João Sicsú; Luiz Fernando de Paulo e Renaut Michel (Orgs.). Novo Desenvolvimentismo. Barueri: Manole, 2005.
- (08) BRESSER-PEREIRA, Luis Carlos. PACHECO, Regina Silvia. **A Reforma do Estado Brasileiro e o desenvolvimento**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Salvador – BA. Número 3 – Setembro/Outubro/Novembro de 2005.

- (09) CAPUTO, Geovane Anselmo Silveira. ANDREY-ROSELLI, Marcio. Qualidade da Energia em Sistemas de Distribuição. ABAR – Congresso Brasileiro de Regulação. Recife – PE: Mai. 2006.
- (10) COELHO, Jaime César. CANEDO, Márcio. orgs. **A Regulação Econômica no Brasil e no MS**. Matogrosso do Sul:Ed. Uniderp: 2005.
- (11) COUTINHO, Carlos Alberto. **Análise e Gerenciamento de Riscos de Processos Industriais**. Universidade Federal Fluminense, 2002.
- (12) DI PIETRO, Maria Sylvia Zanelia (Org.). **Direito Regulatório: Temas Polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
- (13) DI PIETRO, Maria Sylvia Zanelia. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 5ª ed. São Paulo. Editora Atlas, 2006.
- (14) ELETROBRAS, Obtido no site www.aneel.gov.br. Acesso em 22/01/2008.
- (15) FALCONI, Vicente. TQC: **Controle da Qualidade total (no estilo japonês)**. Belo Horizonte, MG. Fundação Christiano Ottoni, Escola de Engenharia da UFMG, Rio de Janeiro. Ed. Bloch, 1996.
- (16) GREMAUD, Amaury. VASCONCELLOS, Marco Antonio. TONETO JUNIOR, Rudinei. **Economia brasileira contemporânea**. 4ª edição. São Paulo: Atlas 2002.
- (17) GREMAUD, Amaury Patrick. [et al]. PINHO, Diva Benevides e VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de, organizadores. **Manual de Economia**, 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.
- (18) JABUR, Maria Ângela. **Racionamento: do susto à consciência**. São Paulo: Terra das Artes, 2001.
- (19) MESQUITA, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas. **Atuação conjunta e articulação pragmática entre o CADE, a SDE, a SEAE e as Agências Reguladoras na Defesa da Concorrência, Usando como Base de Análise o Setor Elétrico Brasileiro**. II PRÊMIO SEAE 2007. Brasília: 2007.

- (20) MME, Obtido no site www.mme.gov.br. Acesso em 19/01/2008.
- (21) MODERNA. **Racionamento: A difícil gestão da escassez e as chances de superação** in Revista Eletricidade Moderna, ano XXIX, nº328, julho de 2001. Editora Aranda.
- (22) MORAES, Alexandre de. Araújo, Edmir Netto de. Lehfeld, Lucas de Souza. Barroso, Luís Roberto. Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. Tojal, Sebastião Botto de Barros. **Agências Reguladoras**. São Paulo. Editora Atlas, 2002.
- (23) Oliveira, Gesner. Fujiwara, Thomas. Machado, Eduardo Luiz. **A Experiência Brasileira com Agências Reguladoras**, 2005.
- (24) PEDROSA, Paulo Jerônimo Bandeira de Melo. **Desafios da regulação do setor elétrico, modicidade tarifária e atração de investimentos**. Brasília: ANEEL, 2005.
- (26) PINHEIRO, Armando Castelar. OLIVEIRA FILHO de, Luiz Chrysóstomo. **Privatização no Brasil: Passado, Planos e Perspectivas**. Brasília, Rio de Janeiro: IPEA, 1991.
- (27) PINHEIRO, Armando Castelar. GIAMBIAGI, Fabio. **A Privatização no Brasil: o caso dos serviços de utilidade pública**. Rio de Janeiro: BNDES, 2000.
- (28) POSSAS, Mario. Regulação e Incentivo a competição. In: SARAVIA, Enrique. PECCI, Alketa. Brasília, Edson Américo. Orgs. **Regulação, defesa da concorrência e concessões**. São Paulo – SP: 2003.
- (29) ROCHA, Bolívar Moura [org.]. **A Regulação da Infra-Estrutura no Brasil – Balanço e Propostas**. São Paulo: IOB – Thomson, 2003.
- (30) SARAIVA, Henrique, PECCI, Alketa (orgs.). **Regulação, defesa da concorrência e concessões**. 1ª ed. Rio de Janeiro: FGV, 2002.
- (31) SILVA, Fernando. Quadros da. **Agências reguladoras: a sua independência e o princípio do estado democrático**. Curitiba: Juruá, 2002.

- (32) SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. 1º Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- (33) SRE. Nota Técnica nº 302/2005-SRE/ANEEL, de 04 de outubro de 2005.
- (34) WITTWER, Enrique e outros. **Os efeitos causados pelo racionamento de energia elétrica nas micro, pequenas e médias empresas brasileiras**. In Anais do X congresso brasileiro de energia – CBE, Volume II, 2004.

ANEXO – ENCARGOS TARIFÁRIOS

Reserva Global de Reversão (RGR): Encargo criado pelo Decreto nº 41.019, de 26 de fevereiro de 1957, tendo sua vigência estendida até 2010, através da Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002. Refere-se a um valor anual estabelecido pela ANEEL, pago mensalmente em duodécimos pelas concessionárias, com a finalidade de prover recursos para reversão e/ou encampação dos serviços públicos de energia elétrica, como também para financiar a expansão e melhoria desses serviços. Seu valor anual equivale de 2,5% a 2,707% dos investimentos efetuados pelas concessionárias em ativos vinculados à prestação do serviço de eletricidade e limitado a 3,0% de sua receita anual. Sua gestão fica a cargo da ELETROBRÁS - Centrais Elétricas Brasileiras.

Conta de Consumo de Combustíveis (CCC): Criado pelo Decreto nº 73.102, de 7 de novembro de 1973. Pago mensalmente por todos os agentes que comercializem energia elétrica com o consumidor final. Tem como finalidade o rateio dos custos relacionados ao consumo de combustíveis para a geração de energia termoelétrica nos Sistemas Isolados, especialmente na Região Norte do país. Os valores da CCC são fixados anualmente pela ANEEL, para cada concessionária de distribuição, em função do seu mercado e podem variar em função da necessidade de uso das usinas termoelétricas. A partir do ano de 2006, restringe-se à cobertura de custos de geração termoelétrica dos sistemas isolados. Sua gestão fica a cargo da ELETROBRÁS.

Taxa de Fiscalização de Serviços de Energia Elétrica (TFSEE): Instituída pela Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Equivale a 0,5% do benefício econômico anual auferido pela concessionária, permissionária ou autorizado do serviço público de energia elétrica. Seu valor anual é estabelecido pela ANEEL com a finalidade de constituir sua receita, para a cobertura do custeio de suas atividades e é paga mensalmente em duodécimos pelas concessionárias. Sua gestão fica a cargo da ANEEL.

Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica (PROINFA): Instituído pela Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002, tem o objetivo de aumentar a participação de fontes alternativas renováveis na produção de energia elétrica no país, tais

como: energia eólica (ventos), biomassa e pequenas centrais hidrelétricas. A cada final de ano, com base na Resolução Normativa nº 127, de 6 de dezembro de 2004, a ANEEL publica as cotas anuais de energia e de custeio a serem pagas em duodécimos, por todos os agentes do Sistema Interligado Nacional (SIN) que comercializam energia com o consumidor final ou que pagam pela utilização das redes de distribuição, calculadas com base na previsão de geração de energia das usinas integrantes do PROINFA e nos referentes custos apresentados no Plano Anual específico elaborado pela ELETROBRÁS. São excluídos deste rateio os consumidores integrantes da Subclasse Residencial Baixa Renda com consumo igual ou inferior a 80 kWh/mês. Sua gestão fica a cargo da ELETROBRÁS-Centrais Elétricas Brasileiras.

Conta de Desenvolvimento Energético (CDE): Criada pela Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002, com a finalidade de prover recursos para: *i)* o desenvolvimento energético dos Estados; *ii)* a competitividade da energia produzida a partir de fontes eólica, pequenas centrais hidrelétricas, biomassa, gás natural e carvão mineral, nas áreas atendidas pelos sistemas elétricos interligados; *iii)* promover a universalização do serviço de energia elétrica em todo o território nacional. Os recursos são provenientes: (a) dos pagamentos anuais realizados a título de Uso de Bem Público – UBP, estabelecidos nas concessões de geração; (b) multas aplicadas pela ANEEL; e (c) dos pagamentos de cotas anuais por parte de todos os agentes que comercializem energia elétrica com o consumidor final no Sistema interligado Nacional, com base nos valores da CCC dos sistemas interligados referentes ao ano de 2001, atualizados anualmente pelo crescimento de mercado e pelo IPCA. Sua gestão fica a cargo do Ministério de Minas e Energia e da ELETROBRÁS.

Compensação Financeira pela Utilização de Recursos Hídricos (CFURH): Criada pela Lei n.º 7.990, de 28 de dezembro de 1989. O cálculo da CFURH baseia-se na geração efetiva das usinas hidrelétricas, de acordo com a seguinte fórmula: $CFURH = TAR \times GH \times 6,75\%$, onde TAR refere-se à Tarifa Atualizada de Referência estabelecida anualmente pela ANEEL (em R\$/MWh) e GH é o montante (em MWh) da geração mensal da usina hidrelétrica. Destina-se a compensar os municípios afetados pela perda de terras produtivas, ocasionada por inundação de áreas na construção de reservatórios de usinas hidrelétricas. Do montante arrecadado mensalmente a título de compensação financeira, 45% se destinam aos Estados, 45% aos Municípios, 4,4% ao Ministério de Meio Ambiente, 3,6% ao

Ministério de Minas e Energia, e 2% ao Ministério de Ciência e Tecnologia. A gestão da sua arrecadação fica a cargo da ANEEL.

P&D (Pesquisa e Desenvolvimento) e Eficiência Energética: Criado pela Lei nº. 9.991, de 24 de julho de 2000, que estabelece que as concessionárias ou permissionárias ou autorizadas de serviços públicos de distribuição de energia elétrica ficam obrigadas a aplicar, anualmente, o montante de, no mínimo, 0,75% (setenta e cinco centésimos por cento) de sua receita operacional líquida em pesquisa e desenvolvimento do setor elétrico e, no mínimo, 0,25% (vinte e cinco centésimos por cento) em programas de eficiência energética no uso final. As concessionárias de geração e empresas autorizadas à produção independente de energia elétrica ficam obrigadas a aplicar, anualmente, o montante de, no mínimo, 1% (um por cento) de sua receita operacional líquida em pesquisa e desenvolvimento do setor elétrico, excluindo-se, por isenção, as empresas que gerem energia exclusivamente a partir de instalações eólica, solar, biomassa, pequenas centrais hidrelétricas e cogeração qualificada. As concessionárias de serviços públicos de transmissão de energia elétrica ficam obrigadas a aplicar, anualmente, o montante de, no mínimo, 1 % (um por cento) de sua receita operacional líquida em pesquisa e desenvolvimento do setor elétrico. Os recursos são destinados ao Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – FNDCT, ao Ministério de Minas e Energia e aos agentes que submetem para aprovação da ANEEL os projetos. Estão envolvidos com a sua gestão os Ministérios de Ciência e Tecnologia e de Minas e Energia, como também a ANEEL, a ELETROBRÁS e os próprios agentes.

Encargo de Serviços do Sistema (ESS): Com base no que dispõe o art.18 do Decreto nº2.655, de 2 de julho de 1998, a ANEEL homologou as Regras de Mercado relativas aos Encargos de Serviços do Sistema – ESS, através da Resolução nº 290, de 4 de agosto de 2000. Representa o custo incorrido para manter a confiabilidade e a estabilidade do Sistema para o atendimento do consumo. Esse custo é apurado mensalmente pela CCEE e é pago pelos agentes da categoria consumo aos agentes de geração. A maior parte desse encargo diz respeito ao pagamento para geradores que receberam ordem de despacho do ONS, para atendimento a restrições de transmissão. Sua gestão fica a cargo da CCEE.

Operador Nacional do Sistema (ONS): Em 2004, com a instituição do atual modelo do setor elétrico, o Operador Nacional do Sistema Elétrico teve suas atribuições ratificadas pelo Decreto nº 5.081, de 14 de maio de 2004. O atual estatuto do ONS foi aprovado pela Resolução Autorizativa nº 328 da ANEEL, de 12 de agosto de 2004. Além dos encargos relativos ao uso das instalações da rede básica, as distribuidoras pagam mensalmente valores relativos ao custeio das atividades do ONS, que tem como missão coordenar e controlar a operação dos sistemas elétricos interligados, bem como administrar e coordenar a prestação dos serviços de transmissão de energia elétrica. Anualmente, o ONS submete à aprovação da ANEEL seu orçamento e os valores das contribuições mensais de seus associados. Sua gestão fica a cargo do ONS.