

DO PROCESSO DE REVISÃO
TARIFÁRIA. CONSOLIDAÇÃO DA
METODOLOGIA DO FATOR X.

OPINIÃO LEGAL

solicitada pela

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS DISTRIBUIDORAS
DE ENERGIA ELÉTRICA – ABRADÉE

Brasília

Janeiro/2004

I – DA CONSULTA

1. Ao longo do processo de revisão tarifária das concessionárias distribuidoras de energia elétrica ora em curso, vieram a ANEEL e o Conselho Nacional de Política Energética – CNPE, por solicitação da ANEEL, a introduzir nova interpretação de norma administrativa consistente na adoção de metodologias que descaracterizam o denominado Fator X e, assim, os institutos da revisão e do reajuste tarifários previstos nos contratos de concessão.

2. Tais novos critérios restam incompatíveis com o contrato de concessão e violam ainda a regularidade e a segurança jurídica que devem presidir todo e qualquer processo administrativo e em particular aquele relativo à revisão tarifária.

3. Em face dessas circunstâncias, a **ABRADEE – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DISTRIBUIDORES DE ENERGIA ELÉTRICA**, sociedade civil sem fins lucrativos, inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 00.058.328/0001-69, com sede no Rio de Janeiro – RJ, na Rua da Assembléia n.º 10, sala 3201, consulta-nos relativamente à legitimidade da proposta submetida à Audiência Pública n.º 43/2003. Para responder sucintamente a tal consulta, oferecem-se as considerações e os requerimentos explicitados na presente opinião legal.

II – DA ILEGITIMIDADE DA DISCIPLINA DO FATOR X ADOTADA NO CURSO DA REVISÃO ORDINÁRIA DAS TARIFAS DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA

II.1) Considerações Preliminares

4. O Fator X, ou índice de compartilhamento de produtividade do modelo de regulação por incentivo, destina-se a antecipar melhorias em eficiência, para compartilhamento entre a concessionária e seus consumidores, no período entre

os processos de revisões tarifárias. Esses ganhos de produtividade são geralmente associados com o aumento de eficiência de escopo e melhoria de gestão de O&M. Contudo, face à introdução da Empresa de Referência, a ANEEL ampliou a estimativa dos ganhos de produtividade aos ganhos de escala, associados a um incremento de até 1% em função do desempenho na apuração do índice de satisfação da ANEEL (IASC).

5. Ao se considerarem os princípios básicos fundamentais que norteiam o conceito de *price-cap*, verifica-se que a importância do Fator X está em duas vertentes:

- Para que se possa induzir efetivamente o aumento de produtividade;
- Para que parcela dos benefícios do aumento de produtividade possa ser repassada aos consumidores na forma de tarifas mais módicas.

6. Desde 2001, várias metodologias já foram sugeridas e colocadas em prática. Naquela ocasião, na Nota Técnica 097/2001, referente à revisão tarifária da Escelsa, foi proposta e aplicada uma metodologia com um caráter diverso do que hoje é apresentado. Posteriormente, em 2002, foi realizada a Audiência Pública 023/2002, com o propósito específico de abordar metodologia do Fator X. Conforme a Nota Técnica 326/2002-SRE/ANEEL, a ANEEL propunha o cálculo do Fator X pela Produtividade Total dos Fatores (PTF), utilizando duas variáveis, quais sejam: X^e e X^o . De acordo com X^e , a medição da produtividade direta era dada pela estimativa de ganhos, ao se comparar o histórico de fator de produtividade da indústria regulada com o fator de produtividade da economia como um todo. O fator de produtividade seria calculado pela relação entre os valores de *inputs* e *outputs* usados na produção de bens e serviços. Já por X^o , o desempenho da concessionária, em termos individuais, seria comparado com a produtividade da indústria regulada (*benchmarking*). Como método de avaliação dos resultados (“teste de consistência”) seria utilizado o fluxo de caixa descontado, em que o Fator X representaria o percentual responsável por igualar os fluxos entre receitas operacionais, investimento líquido e ativo imobilizado em serviço,

a ser descontado pela taxa do WACC utilizado no cálculo de custo de capital da Revisão Tarifária Periódica.

7. A partir das Notas Técnicas referentes às 10 (dez) primeiras empresas em processo de revisão tarifária e, posteriormente, com a publicação das respectivas Resoluções que determinavam o reposicionamento tarifário, observou-se que a ANEEL alterou novamente a abordagem para o cálculo do Fator X, que, atualmente, pode ser obtido por meio da seguinte fórmula:

$$X = X^E + X^C + X^A - K$$

8. As principais alterações conceituais são as seguintes:

- O estabelecimento do método de fluxo de caixa descontado, antes previsto para validação dos cálculos do Fator X, agora é utilizado para a determinação da parcela X^E , com a finalidade de capturar integralmente os ganhos de escala (devido ao aumento de mercado da concessionária) e, dessa forma, pretender coerência com a introdução do conceito de Empresa de Referência adotado para o reposicionamento tarifário. As informações disponíveis indicam que foram usadas premissas da própria ANEEL para a projeção de mercado e de investimentos;
- Adição, no cálculo final, do resultado do “Índice ANEEL de Satisfação do Consumidor” (IASC) – parcela X^C .
- Devido à Resolução CNPE nº 01, de 4.4..2003, também foi acrescentado um novo indicador, X^A , que deverá “refletir a variação da remuneração da mão de obra formal na Parcela B.”

9. Ainda que possuísse a ANEEL a competência, que lhe escapa, para a introdução de regras de política tarifária, a adoção de nova metodologia em processo de revisão tarifária já iniciado, sem que se observasse a audiência pública exigida pelo § 3º do art. 4º da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro 1996, constituiu evidente irregularidade do processo administrativo e violação à segurança jurídica.

10. Em verdade, “desde cedo se consideravam os princípios da *segurança jurídica* e da *protecção da confiança* como elementos constitutivos do Estado de direito”¹. A esse respeito, assevera ainda CANOTILHO:

“Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexionada com elementos objectivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização de direito – enquanto a protecção de confiança se prende mais com as componentes subjetivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. A segurança e a protecção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da protecção da confiança são exigíveis perante *qualquer acto de qualquer poder* – legislativo, executivo e judicial. O princípio geral da segurança jurídica em sentido amplo (abrangendo, pois, a idéia de protecção de confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo têm o direito poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçadas em normas jurídicas vigentes e válidas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos por essas mesmas normas”².

¹ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 1998, 2ª ed., p. 250.

² Idem, *ibidem*.

11. Nessa medida, a introdução, sem prévia comunicação ou audiência pública, após cinco anos da celebração do contrato de concessão e no curso de processo de revisão tarifária ordinária já adiantado, de nova metodologia (mesmo em face de propostas absolutamente distintas submetidas à audiência pública) para a determinação do denominado Fator X viola tanto o princípio da segurança jurídica quanto o princípio da proteção da confiança.

12. Ciente dessa circunstância, veio a ANEEL a pretender legitimar, **a posteriori**, a introdução de nova metodologia por meio da realização da audiência pública até então omitida – o que agora se dá por meio da Audiência Pública nº 043/2003, relativa à proposta de consolidação da metodologia do Fator X expressa na Nota Técnica nº 214/2003-SRE/ANEEL, objeto dos comentários que se seguem.

II.2) Dos Vícios Formais

II.2.a) DA INOBSERVÂNCIA DA RESERVA LEGAL

13. A ANEEL, por meio da consolidação da metodologia do Fator X, que resultou na edição da Nota Técnica nº 214/2003, introduz, novamente, regra para os efeitos da revisão tarifária periódica de modo a marginalizar as disposições legais e contratuais e, portanto, em desconpasso com a reserva legal inserida no artigo constitucional 175, violando, assim, o contrato de concessão.

14. Com efeito, em nosso Direito, a sede da disciplina das tarifas é constitucional, como se depreende do texto do inciso III do parágrafo único do art. 175:

“Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

(....)
III – política tarifária.” (grifamos)

15. Obedecendo à disposição acima, o legislador federal estabeleceu política tarifária específica, ao editar a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, vigorando, dessa forma, o regime do serviço pelo preço, previsto expressamente no **caput** do art. 9º desta legislação:

“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.”

16. Dentre as regras do regime do serviço pelo preço, encontra-se a previsão contratual das concessões quanto à revisão desses instrumentos e que preserva o equilíbrio econômico-financeiro e o significado econômico e financeiro da própria tarifa durante toda a concessão.

17. A revisão tarifária ordinária, então, possui regra inserida no contrato de concessão e constitui um dos institutos centrais da política tarifária em vigor. Assim, como integrante da política tarifária, impõe-se que seja legitimamente disciplinada pela lei federal ou pelo contrato de concessão.

18. Diante das premissas apresentadas, podemos afirmar que:

- (i) é a Constituição que reserva a disciplina da política tarifária à lei em sentido formal;

- (ii) o legislador implementou-a, por meio da disciplina constante da Lei nº 8.987/95;
- (iii) vigora o regime do serviço pelo preço, de acordo com a disciplina legal vigente;
- (iv) consoante tal regime, as tarifas são fixadas na oportunidade da outorga da concessão e somente são alteráveis segundo as regras de revisão constantes da Lei nº 8.987/95, do Edital de licitação e do contrato de concessão;
- (v) assim, as regras da revisão tarifária ordinária somente podem vir a ser legitimamente fixadas em lei federal ou no contrato de concessão.

19. À regulação não cabe, pois, estabelecer a *política tarifária*, visto que tal matéria restou expressamente deferida à lei em sentido formal pelo já citado art. 175 da Carta Magna. Trata-se, mais especificamente, de lei federal, em face das competências legislativa e administrativa, previstas na Constituição, no art. 22, IV, bem como no art. 21, XII, “b”. Cuida-se, portanto, de competência reservada ao Congresso Nacional e ao Presidente da República, transcendendo a esfera deferida à regulação.

20. A política tarifária especificamente fixada pela Lei vigente possui, como também já ressaltado, a peculiaridade de instituir o regime do serviço pelo preço, em que se reserva às revisões a destinação exclusiva de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

21. Do mesmo modo, as normas legais são ainda integradas por aquelas constantes do contrato de concessão – o que ocorre por expressa determinação do § 2º do mesmo art. 9º da Lei nº 8.987, de 1995.

22. Assim, no que toca à fixação de tarifas, temos uma necessária conclusão acerca da esfera reservada à regulação: a implementação do determinado pela política tarifária constante de Lei e, em decorrência de expressa imposição dessa mesma Lei, pelo contrato de concessão.

23. Parece evidente, destarte, que, no que toca à política tarifária, a promoção de inovação ou de alteração somente poderá decorrer da Lei e do contrato de concessão, cabendo à ANEEL apenas cuidar de implementar essas determinações legais e contratuais.

24. Mesmo para a fixação, inovação ou alteração da política energética (que não afasta a reserva legal expressamente prevista no citado inciso III do parágrafo único do art. 175 da Constituição), também falece de competência regulatória a ANEEL. Essa é a conclusão necessária, decorrente da política energética geral e da política energética específica para o setor de energia elétrica, tal como dispostas, respectivamente, nas Leis n^{os} 9.478, de 6 de agosto de 1997, e 9.427, de 26 de dezembro de 1996.

25. Com efeito, não se reservou competência de formulação ou inovação de política energética geral ou setorial para a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. A ANEEL, como não possui previsão constitucional expressa, constitui criação exclusiva do legislador federal. Ocorre, contudo, que, ao criá-la, cuidou o legislador federal de estabelecer entre suas atribuições a de executar “*as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração da energia elétrica*” (art. 3^o, I, da Lei n^o 9.427, de 1996). Acrescente-se ao fato de que o inciso I do art. 3^o da Lei n.º 9.427/96 evidencia a incompetência da ANEEL para a fixação de políticas para o setor, a circunstância de que o **caput** do mesmo art. 3^o determina a observância do art. 29 da Lei n^o 8.987, de 1995, de onde se extrai nova vinculação da ANEEL a essa última Lei e ao contrato:

“Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

(..)

V - homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma desta Lei, das normas pertinentes e do contrato” (grifamos)

26. Em linha com esse entendimento, a submissão da ANEEL à execução de tais políticas decorre ainda de nova e expressa previsão, para o setor de energia em geral, de um órgão que propõe ao Presidente da República a política energética a ser fixada, nos termos do art. 2º da Lei nº 9.478, de 1997. Observe-se, de resto, que a política energética não se confunde com a política tarifária e nem poderia ser delegada a um órgão administrativo, uma vez que é a Constituição da República que submete a política tarifária à expressa reserva legal prevista no inciso III do parágrafo único de seu art. 175.

27. É forçoso concluir, destarte, que não compete à ANEEL fixar política nem tarifária – atribuída exclusivamente ao legislador federal – nem energética – essa última (que não alcança a política tarifária) conferida não só ao legislador federal, mas também a órgãos administrativos federais cuja competência decorre de expressa previsão em Lei e observa os limites desta e do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos firmados.

28. Pelas mesmas razões, é igualmente necessário reconhecer que à ANEEL cabe tão-somente implementar a política tarifária fixada em Lei e, por expressa disposição legal, consagrada nos contratos de concessão, sendo esses dois instrumentos normativos os inexoráveis parâmetros de controle da legitimidade da regulação editada exatamente para aplicá-los e garantir-lhes eficácia.

29. As razões acima expostas permitem concluir que a revisão tarifária ordinária (i) possui o sentido de promover a eficácia da política tarifária legalmente fixada e correspondente ao regime do serviço pelo preço, consubstanciando um de seus elementos fundamentais, e (ii) serve à finalidade específica de assegurar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

30. Exatamente por ser a política tarifária integrada pela revisão tarifária ordinária ou periódica, os únicos parâmetros normativos que podem legitimamente aplicar-se a esta última são a lei federal e o contrato de concessão.

31. Assim, assentadas as fontes normativas da revisão tarifária ordinária, importa considerar ilegítima a adoção de regras absolutamente ausentes do contrato de concessão e com ele incompatíveis como se afigura a consolidação da metodologia do Fator X.

II.2.b) DA INOBSERVÂNCIA DO CONTRATO DE CONCESSÃO

32. Como já evidenciamos, a política tarifária encontra-se assentada em premissas fundamentais, que são a Lei e o contrato de concessão.

33. O Contrato de Concessão, que regula a exploração dos serviços públicos de distribuição de energia elétrica, encerra disposições a respeito das tarifas aplicáveis na prestação e serviços e das suas revisões.

34. Podemos sintetizar os dispositivos referentes à Revisão Tarifária e, especificamente, ao Fator X citando três subcláusulas integrantes da Cláusula

(Sétima) de Tarifas Aplicáveis na Prestação de Serviços (subcláusulas 6ª a 8ª) dos contratos de concessão³:

“**Sexta Subcláusula** - O reajuste será calculado mediante a aplicação, sobre as tarifas homologadas, na “Data de Referência Anterior” do Índice de Reajuste Tarifário (IRT), assim definido:

$$\text{IRT} = \frac{\text{VPA1} + \text{VPB0} \times (\text{IVI} \pm \text{X})}{\text{RA0}}$$

onde:

VPA1 - Valor da Parcela A referido na Subcláusula anterior, considerando-se as condições vigentes na data do reajuste em processamento e a energia comprada em função do “Mercado de Referência”, aqui entendido como mercado de energia garantida da CONCESSIONÁRIA, nos doze meses anteriores ao reajuste em processamento;

RA0 - Receita Anual, calculada considerando-se as tarifas homologadas na “Data de Referência Anterior” e o “Mercado de Referência”, não incluindo o ICMS;

VPB0 - Valor da Parcela B, referida na Subcláusula anterior, considerando-se as condições vigentes na “Data de Referência Anterior”, e o “Mercado de Referência”, calculado da seguinte forma:

$$\text{VPB0} = \text{RA0} - \text{VPA0}$$

onde:

VPA0 - Valor da Parcela A referida na Subcláusula anterior, considerando-se as condições vigentes na “Data de Referência Anterior” e a energia comprada em função do “Mercado de Referência”;

IVI - Número índice obtido pela divisão dos índices do IGPM da Fundação Getúlio Vargas, ou do índice que vier a sucedê-lo, do mês anterior à data do reajuste em processamento e o do mês anterior à “Data de Referência Anterior”. Na hipótese de não haver um índice sucedâneo, o PODER CONCEDENTE estabelecerá novo índice a ser adotado; e

X - Número índice definido pela ANEEL, de acordo com a Oitava Subcláusula desta Cláusula, a ser subtraído ou acrescido ao IVI.

Sétima Subcláusula – A ANEEL, de acordo com o cronograma apresentado nesta subcláusula, procederá às revisões dos valores das tarifas de comercialização de energia, alterando-os para mais ou para menos, considerando as alterações na estrutura de custos

³ A numeração das cláusulas não é idêntica em todos os contratos, havendo sido tomado como paradigma o contrato de concessão da ELETROPAULO.

e de mercado da CONCESSIONÁRIA, os níveis de tarifas observados em empresas similares no contexto nacional e internacional, os estímulos à eficiência e à modicidade das tarifas. Estas revisões obedecerão ao seguinte cronograma: a primeira revisão será procedida um ano após o quarto reajuste anual concedido, conforme previsto na Terceira Subcláusula; a partir desta primeira revisão, as subseqüentes serão realizadas a cada 4 (quatro) anos.

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

35. Em síntese, prevê-se que:

(i) as revisões dos valores das tarifas de comercialização de energia serão promovidas a cada 4 anos pela ANEEL, considerando a alteração na estrutura de custos e de mercado da concessionária, os níveis de tarifa observados em empresas similares no contexto nacional e internacional, os estímulos à eficiência e à modicidade das tarifas;

(ii) os valores de X serão estabelecidos pela ANEEL nos processos de revisão das tarifas e deverão ser subtraídos ou acrescentados do IVI ou de seu substituto, nos reajustes anuais subseqüentes. Para os 4 primeiros reajustes anuais o valor de X será 0.

36. Da leitura destes dispositivos contratuais vemos que o Fator X foi criado para ter seu percentual calculado exatamente no processo de revisão tarifária, e não entre revisões. As revisões, de resto, possuem data específica para ocorrer: sendo a primeira, no contrato paradigmático, prevista precisamente para um

ano após o quarto reajuste anual. Inexiste, portanto, a possibilidade de fixação posterior ou revisão daquele fator X fixado na data da revisão tarifária periódica.

37. Tanto é assim que a própria ANEEL, quando divulga as Notas Técnicas após as Audiências Públicas de cada concessionária, dispõe neste mesmo sentido na cláusula sobre o Cálculo do Fator X, afirmando que o X é:

“o número índice definido pela ANEEL, de acordo com a Oitava Subcláusula desta Cláusula, a ser subtraído ou acrescido ao IVI.” (grifamos)

38. Portanto, o contrato de concessão é bastante claro ao determinar que o Fator X será estabelecido exclusivamente no momento das revisões tarifárias.

II.2.c) DA VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA

39. Essa mesma circunstância viola ainda os pressupostos de generalidade e abstração das normas jurídicas, uma vez que a edição de regras absolutamente inovadoras durante o processo administrativo de cuja aplicação já se faz possível conhecer os resultados obviamente constitui ilegitimidade adicional e violação ao dever de proporcionalidade e razoabilidade. Cuida-se, novamente, de violação ao ato jurídico perfeito e aos princípios constitucionais da proteção da confiança e da boa-fé – subprincípios integrante do macroprincípio da segurança jurídica. Tal irregularidade procedimental resta manifesta, de resto, em face do inciso XIII do art. 2º da Lei de Procedimento Administrativo (Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999) que torna “vedada aplicação retroativa de nova interpretação”.

40. Nessas condições, já perpetrada essa irregularidade, o resultado menos gravoso seria a fixação definitiva deste Fator X ao menos em momento anterior

à sua incidência. Ao pretender promover a revisão permanente deste Fator X que já não foi fixado atempadamente, a ANEEL viola adicionalmente o contrato de concessão e a segurança jurídica. Se se considera, de resto, que a segurança jurídica é condição necessária à financiabilidade de toda e qualquer atividade econômica (em especial os investimentos de longo prazo em infra-estrutura), parece evidente que, além da violação à disciplina da revisão tarifária constante do próprio contrato de concessão, promove-se, pelo comprometimento da financiabilidade da atividade, nova violação ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

II.2.d) DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DE ISONOMIA

41. Em decorrência da violação do princípio de segurança jurídica, é inegável a existência de violação à isonomia na implementação de método de cálculo em momento posterior à aplicação desse mesmo cálculo. O que a ANEEL pretende com a divulgação da consolidação da metodologia de cálculo do Fator X é reconstruir a metodologia em um contexto em que vários concessionários tiveram ciência do percentual correspondente ao seu Fator X anteriormente à disponibilização das regras que, em tese, teriam servido de base para o seu cálculo.

42. Ora, o conceito de isonomia traduz a afirmação da igualdade de direitos, o que somente se dá por meio de uma aplicação de regras gerais e abstratas fixadas em momento anterior ao conhecimento dos efeitos concretos de sua aplicação sobre situações particulares. Se há direitos que podem ser mensurados quantitativamente, deve haver regras que disciplinam, *a priori*, a sua concretização futura em contextos específicos. Estas regras devem ser conhecidas ANTES da determinação do *quantum* referente ao direito que cabe ao indivíduo. Dito de outro modo: as regras procedimentais e de quantificação devem ser fixadas antes de sua aplicação concreta a situações particulares.

43. Há, portanto, uma seqüência necessária no processo de determinação de um direito em casos concretos: primeiro uma regra procedimental é elaborada e divulgada, de modo geral e abstrato, inclusive para o fim de viabilizar

eventuais contestações, e, somente em um segundo momento, vir a ser aplicada a todos os agentes.

44. No caso da consolidação da metodologia de cálculo do Fator X, é evidente a inobservância desse requisito: as regras que deveriam ser gerais e abstratas não só foram elaboradas já sendo possível prever a sua aplicação concreta a cada agente como também tais regras estão sendo revistas e consolidadas em momento posterior a sua própria aplicação, quedando, de resto, inútil o procedimento de audiência pública ora promovido em face de já se haver promovido a aplicação da regra que se estaria a examinar neste momento.

II.3) Da Teleologia do Regime do Serviço pelo Preço e da Regulação por Incentivos

45. Como acima exposto, a política tarifária constitui matéria reservada à lei por expressa determinação do inciso III do parágrafo único do art. 175 da Constituição da República. Por sua vez, o art. 9º da Lei nº 8.987, de 13.02.1995, implementa tal política tarifária por meio da eleição do regime do serviço pelo preço, segundo o qual o serviço será remunerado pela tarifa inicial e regrado pelas normas constantes daquela Lei, do Edital e do contrato de concessão. A alteração dessa tarifa inicial dar-se-á, nos termos daquela Lei e do contrato de concessão, por meio de revisões ordinárias e extraordinárias e de reajustes anuais. Não há, portanto, legitimidade da regulação para introduzir normas constitutivas que inovem ou alterem a política tarifária vigente e reservada à lei, competindo antes ao regulador tão-somente a estrita execução do que impõem a Lei nº 8.987, de 1995, e o contrato de concessão.

46. O Fator X integra esse regime tarifário e, definido no processo de revisão tarifária para cada ciclo tarifário, será somado ou subtraído ao indexador contratual quando do reajuste tarifário.

47. Tal Fator X vem sendo entendido como um índice de compartilhamento do ganho de produtividade, que promove, ao mesmo tempo, o estímulo à eficiência, na forma de apropriação, pela empresa, de parte dos ganhos de eficiência, e o estímulo à modicidade tarifária, na forma de apropriação, pelo consumidor, dos ganhos de eficiência a partir do momento em que são repassados à tarifa, ocasionando sua redução.

48. A correção normativa dessa interpretação encontra-se expressa no inciso IV do art. 14 da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996:

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

...

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

49. Para explicitar o conteúdo último desse dispositivo, observe-se o que estabelece o art. 13 da Estrutura Regimental da ANEEL, constante do Anexo ao Decreto nº 2.335, de 8 de outubro de 1997, **verbis**:

“Art. 13. O exercício da livre competição deverá ser estimulado pelas ações da ANEEL, visando à proteção e defesa dos agentes do setor de energia elétrica e à repartição de forma justa dos benefícios auferidos, entre esses agentes e os consumidores.”.

50. Ora, resta evidente que a norma sob exame exige a repartição dos benefícios e estímulos à eficiência, sem que o que nenhum sentido haveria na existência de regulação por incentivo e no regime do serviço pelo preço – esse último previsto nos arts. 14 e 14 da Lei nº 9.427/96 e no art. 9º da Lei nº 8.987/95.

51. Deste modo, não se mostra adequado promover nova interpretação de norma administrativa para, em evidente aplicação retroativa, fazê-la incidir sobre processo de revisão tarifária já iniciado e desconsiderar entendimento e

proposição já submetidos à audiência pública – o que restaria vedado pelo inciso XIII do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784, de 29.01.1999.

52. Como demonstrado, a Lei 9.427, de 1996, e o Decreto nº 2.335/97 pressupõem que seja dado à concessionária o direito de apropriar-se dos ganhos de eficiência empresarial e competitividade. O estímulo à eficiência reside justamente na possibilidade de a concessionária apropriar-se de parcela desses ganhos, que equivalem aos ganhos que, no mercado competitivo, uma empresa que incrementasse a sua eficiência empresarial auferiria até que os concorrentes conseguissem atingir o mesmo grau de eficiência, o que culminaria na redução dos preços ao consumidor, pois, deste modo, o segmento de negócios fica sobre-rentável atraindo novos competidores até que haja um ajuste dos preços para torná-lo ao seu nível normal de rentabilidade. Assim, não se mostra razoável que as tarifas revistas capturem por completo os ganhos de produtividade, o que eliminaria qualquer estímulo à redução de custos e melhorias de gestão. No mesmo sentido, é importante frisar que a eficiência operacional já está sendo capturada em sua totalidade por meio do emprego da Empresa de Referência.

53. Nessa medida, não se mostra compatível com o contrato de concessão, o regime legal e contratual do serviço pelo preço e a regulação por incentivos uma nova disciplina que, inobservando a reserva legal da política tarifária, impede o compartilhamento do ganho de produtividade a que faz jus a concessionária distribuidora.

54. Fixadas tais considerações gerais, passamos a examinar aspectos particulares de cada um dos itens componentes da metodologia do Fator X submetida à consulta pública pela ANEEL.

II.4) Do Fator X^E

55. Relativamente ao Fator X^E , observa-se questão fundamental relativa à impossibilidade de seu recálculo.

56. Como acima exposto, o contrato de concessão exige a sua fixação no processo de revisão tarifária ordinária ou periódica que, segundo o mesmo contrato, ocorre e conclui-se em datas previamente fixadas.⁴ Em tais datas, o Fator X deve, segundo o mesmo contrato⁵, ser estabelecido e, portanto, inexistente a possibilidade de seu recálculo. Nem se diga, de outro lado, que tal recálculo é necessário para o fim de evitar que uma projeção equivocada, por parte do regulador, dos ganhos de produtividade e eficiência venha a onerar as concessionárias. Com efeito, é evidente que o risco e o erro das previsões do regulador somente a ele são imputáveis e jamais poderão onerar as concessionárias. Disso não decorre, contudo, a legitimação do recálculo do Fator X, pois, para prevenir contra o desequilíbrio originado pela não-realização das previsões do regulador, existe o instituto da revisão tarifária extraordinária⁶, previsto exatamente para situações de desequilíbrio circunstanciais.

⁴ Sétima Subcláusula da Cláusula Sétima do contrato da Eletropaulo: "... Estas revisões obedecerão ao seguinte cronograma: a primeira revisão será procedida um ano após o quarto reajuste anual concedido, conforme previsto na Terceira Subcláusula; a partir desta primeira revisão, as subseqüentes serão realizadas a cada 4 (quatro) anos."

⁵ Oitava Subcláusula da Cláusula Sétima do contrato da Eletropaulo: "**Oitava Subcláusula** - No processo de revisão das tarifas, estabelecido na subcláusula anterior, a ANEEL estabelecerá os valores de X, que deverá ser subtraído ou acrescido do IVI ou seu substituto, nos reajustes anuais subseqüentes, conforme descrito na Subcláusula Sexta desta cláusula. Para os primeiros 4 (quatro) reajustes anuais, o valor de X será zero."

⁶ Nona Subcláusula da Cláusula Sétima do contrato da Eletropaulo: "Sem prejuízo dos reajustes e revisões a que se referem as subcláusulas anteriores desta Cláusula, caso hajam alterações significativas nos custos da CONCESSIONÁRIA, incluindo as modificações de tarifas de compra de energia elétrica e encargos de acesso aos sistemas de transmissão e distribuição de energia elétrica que possam ser aprovadas pela ANEEL durante o período, por solicitação desta, devidamente comprovada, a ANEEL poderá, a qualquer tempo, proceder à revisão das tarifas, visando manter o equilíbrio econômico-financeiro deste Contrato."

57. Assim, ao promover o recálculo e a possibilidade de revisão permanente do Fator X, a ANEEL promove, concomitantemente, duas contrariedades ao contrato de concessão: (i) inobserva a determinação contratual de fixação prévia do Fator X e a conseqüente segurança jurídica, previsibilidade e financiabilidade da prestação do serviço; bem como (ii) elimina todo e qualquer sentido prático da revisão tarifária extraordinária, instituto previsto exatamente para o fim de fazer frente a circunstâncias imprevisíveis ou previsíveis mas de conseqüências relevantemente danosas ao equilíbrio da concessão.

58. Tais circunstâncias estão a exigir, destarte, a imediata revisão da proposta, com a eliminação da possibilidade de recálculo do Fator X.

II.5) Do Fator X^C

59. No que toca ao fator de qualidade (X^C), propõe a ANEEL a utilização do IASC, conceito não contemplado na Audiência Pública 23/2002 e tampouco na Nota Técnica 326/02. Várias razões justificam a revisão da adoção do IASC para, sob a forma do X^C, promover redução adicional do IGPM na fórmula do IRT, a saber (e há estudos técnicos promovidos e oferecidos pela ABRADEE que detalham essa circunstância):

- A ausência de previsão contratual e a violação ao contrato (em especial, o caráter assimétrico da fórmula adotada);
- A aplicação de um critério subjetivo, em desfavor dos critérios objetivos e regulatórios já existentes;
- A incidência de dupla penalização;
- Os desvios de finalidade e funcionalidade;
- A violação aos princípios da proporcionalidade (desnaturação, ônus excessivo, pequeno desvio com grande repercussão) e da razoabilidade (ampliação da litigiosidade);
- O caráter aleatório do IASC.

60. Com efeito, inexistente previsão contratual acerca da consideração da satisfação do consumidor como elemento da Revisão Tarifária Periódica, tampouco do Fator X. Ao referir-se aos elementos a serem considerados na Revisão Tarifária Periódica, o Contrato de Concessão elenca apenas as “alterações na estrutura de custos e de mercado da concessionária”, os “níveis de tarifas observados em empresas similares no contexto nacional e internacional”, os “estímulos à eficiência e à modicidade das tarifas”.⁷ Nenhum deles corresponde ao índice de satisfação do consumidor. Em verdade, inexistente, como se registra abaixo, estímulo ou incentivo algum à eficiência que possa traduzir-se por meio da manifestação do usuário acerca de sua percepção do serviço. Nessa medida, introduziu-se novo escopo na Revisão Tarifária Periódica que, ausente do Contrato de Concessão, vem a violá-lo.

61. Uma segunda impropriedade reside no fato de que o X^C corresponde ao juízo subjetivo do usuário do serviço e não às condições objetivas em que o mesmo é prestado e aos parâmetros de qualidade igualmente objetivos e normativamente impostos à concessionária – tais como o DEC e FEC. Assim, está-se a

⁷ Vide, a respeito, a Sétima Subcláusula da Cláusula Sétima do Contrato de Concessão da Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo S.A..

atribuir a dados aleatórios e não objetivos prevalência sobre os índices objetivos e normativos de qualidade do serviço.

62. Para assegurar a observância dos níveis de qualidade previstos na regulamentação vigente, cumpre lembrar que as concessionárias estão constantemente sob fiscalização. São previstas multas punitivas pelo não cumprimento de tais indicadores, ou seja, poderia ocorrer uma dupla penalização das concessionárias. Para confirmar o caráter punitivo da utilização do IASC no cálculo do Fator X e seu desvio em relação ao escopo da Revisão Tarifária Periódica previsto no Contrato de Concessão, nas notas técnicas anteriores referentes às audiências públicas das dez primeiras empresas que estiveram em processo de revisão tarifária periódica está mencionado que o “*regulador considera conveniente contemplar, no Fator X, a avaliação dos consumidores para o serviço que estão recebendo da concessionárias, de forma a penalizar aquelas concessionárias que prestam um serviço que, na percepção dos seus clientes, não alcança um nível de satisfação adequado*”. Tal como decidiu o Supremo Tribunal Federal em matéria tributária, trabalhista e administrativa, encontra-se vedada a admissão de *bis in idem* na imposição de ônus, isto é, de dupla sanção ou “penalização”⁸.

63. Esse princípio geral do direito representa também uma projeção do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso e encontra-se consagrado como imperativo administrativo na dicção do inciso VI do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que veda a “imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”, o que, evidentemente, impede a dupla “penalização”.

64. Por igual, a adoção do X^C implica violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, contrariando o inciso LIV do art. 5º da Constituição da República e art. 2º, **caput** e inciso VI do parágrafo único, da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. A utilização do IASC, ao desnaturar o Fator X e o

⁸ Vide, a respeito, o RE nº 179.193/PE, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 19.01.01, e o AI no 193.665/BA, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

próprio IASC por contrariar suas finalidades específicas, impõe ônus desarrazoado ao concessionário. Do mesmo modo, para que seja compatível com o princípio da proporcionalidade, uma restrição a direito deve satisfazer os requisitos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.⁸

65. De fato, o princípio da proporcionalidade exige que uma restrição a um direito seja adequada para realizar o fim a que se destina (isto é, que seja eficaz). Inobserva-se a exigência de adequação, pois a restrição (redução do reajuste tarifário em razão do nível de satisfação do usuário) é ineficaz para incentivar a atuação eficiente do concessionário (finalidade do Fator X). Registra-se, portanto, uma inadequação entre meios e fins.

66. A restrição é ainda desnecessária (e somente o que é adequado pode ser necessário), pois há meio alternativo e igualmente eficaz que se mostra menos gravoso para a concessionária para o fim de impor-lhe eficiência e qualidade – a eficiência e os ganhos de produtividade já se encontram contemplados por outros elementos da metodologia (Empresa de Referência e X^E) e a qualidade pelos índices regulatórios e contratuais que obrigam a concessionária. A restrição a direito introduzida pelo X^C é, portanto, desnecessária.

⁸ Nos dizeres de José Joaquim Gomes Canotilho, o princípio da proporcionalidade, ou da proibição do excesso:

“... significa, no âmbito específico das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, que qualquer limitação, feita por lei ou com base na lei, deve ser adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida).

(1) A exigência da adequação aponta para a necessidade de a medida restritiva ser apropriada para a prossecução dos fins invocados pela lei (conformidade com os fins).

(2) A exigência da necessidade pretende evitar a adopção de medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias que, embora adequadas, não são necessárias para se obterem os fins de protecção visados pela Constituição ou a lei. Uma medida será então exigível ou necessária quando não for possível escolher outro meio igualmente eficaz, mas menos 'coactivo', relativamente aos direitos restringidos.

(3) O princípio da proporcionalidade em sentido restrito (= princípio da 'justa medida') significa que uma lei restritiva, mesmo adequada e necessária, pode ser inconstitucional, quando adopte 'cargas coactivas' de direitos, liberdades e garantias 'desmedidas', 'desajustadas', 'excessivas' ou 'desproporcionadas' em relação aos

67. O X^C viola ainda o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, pois introduz restrição excessiva ao concessionário, permitindo que desvios na percepção pelos usuários quanto à imagem de determinada concessionária cause a esta ônus excessivo.

68. O X^C apresenta também desvios de finalidade⁹ (em clara violação ao art. 2º, *caput* e inciso XIII do parágrafo único, da Lei nº 9.784, de 1999) e de funcionalidade tanto em relação ao Fator X quanto em relação à própria pesquisa IASC.

69. Com efeito, a adição de uma pesquisa de satisfação do consumidor ao índice de produtividade econômica (X^E) desvirtua o caráter precípuo e fundamental do Fator X indicado em tópico anterior, que deveria servir para compartilhar ganhos de eficiência com o consumidor. Na forma apresentada, como visto, cuida-se somente de um instrumento adicional de penalidade para as concessionárias. Dessa forma, é imperativo reconhecer a utilização do IASC como totalmente inapropriada ao contexto e à finalidade do Fator X, à luz de todos os conceitos firmados para sua aplicação. Não se pode incluir nesse cálculo uma pesquisa de satisfação que não mede objetivamente condição econômica da relação insumo e produto da concessionária. Este conceito é totalmente incompatível com o estado da arte de configuração de cálculo do Fator X, não só como demonstrado no início do texto, mas também em todos os textos divulgados pela ANEEL que tratam da questão.

resultados obtidos.” (*Direito Constitucional*, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 1989, p. 487 e 488).

⁹ Afirma Celso Antonio Bandeira de Mello sobre o princípio da finalidade: “Assim, o princípio da finalidade impõe que o administrador, ao manejar as competências postas a seu encargo, atue com rigorosa obediência à finalidade de cada qual. Isto é, cumpre-lhe cingir-se não apenas à finalidade própria de todas as leis, que é o interesse público, mas também à finalidade específica abrigada na lei a que esteja dando execução. Assim, há desvio de poder e em consequência nulidade do ato, por violação da finalidade legal, tanto nos casos em que a atuação administrativa é estranha a qualquer finalidade pública, quanto naqueles em que ‘o fim perseguido, se bem que de interesse público, não é o fim preciso que a lei assinalava para tal ato’. É que a lei ao habilitar uma dada conduta o faz em vista de um certo escopo, não lhe é indiferente que se use, para perseguir dado objetivo, uma outra competência, que se estribe em uma outra atribuição conferida pela lei, pois, na imagem feliz do precitado Caio Tácito: ‘a regra de competência não é um cheque em branco’” (*Curso de Direito Administrativo*, Malheiros, 6ª edição, p. 53).

70. Observe-se, por fim, que esse desvio de funcionalidade poderá produzir externalidades, tais como a introdução desnecessária de litigiosidade e antagonismo entre a concessionária e o usuário ou induzir a gastos ineficientes e desnecessários do concessionário em publicidade e práticas não afetas à concessão para o fim exclusivo de projetar determinada imagem junto aos usuários sujeitos à pesquisa de satisfação.

71. Esse desvio de finalidade em relação ao escopo do Fator X reproduz-se igualmente em relação ao próprio IASC. Na medida em que a resposta à pesquisa pelo usuário do serviço reste influenciada pelo conhecimento da circunstância de que essa resposta produzirá a externalidade positiva de promover redução na tarifa de energia elétrica, é provável que a manifestação do usuário deixe de ser representativa da finalidade precípua do próprio IASC. Com isso, estaria a ANEEL não só a desnaturar o Fator X, mas também, e igualmente, a desqualificar o próprio IASC como índice de satisfação do consumidor.

72. Não se encontra, na utilização do IASC, qualquer relação econômica de causa e efeito com a questão de eficiência, pela razão adicional de que vários outros fatores influem no seu resultado final, afetando de maneira decisiva a avaliação que se pretende dar para a performance operacional eficiente da concessionária, que independerá do nível de investimentos e melhorias em termos de eficiência e produtividade esperada.

73. Em verdade, o IASC, ao se vincular à imagem da concessionária percebida pelo usuário, possui caráter aleatório, decorrente da data em que se realiza a pesquisa e de fatores múltiplos, alheios ao serviço e não-gerenciáveis pela concessionária, que influenciam a satisfação do usuário, tais como o custo dos serviços, a renda do usuário, a influência de questões climáticas sobre o serviço, os distintos níveis de exigência entre usuários de distintas áreas, o desconhecimento dos limites das responsabilidades e deveres dos concessionários (em especial, sua ausência de responsabilidade pela transmissão e geração de energia elétrica), etc.

74. Há ainda um outro aspecto técnico a ser comentado quanto à própria metodologia da pesquisa. Como já exposto anteriormente, há inúmeras razões para a não utilização do IASC no cálculo do Fator X, mas não se pode deixar de apresentar duas observações que, entendemos, devam ser avaliadas sob o prisma dos conceitos de estatística.

75. A primeira delas refere-se à comparabilidade entre a performance das empresas. O estudo da Ciência Estatística ensina que a comparabilidade de resultados obtidos por meio de avaliações amostrais requer uma de duas condições: envolver um mesmo produto aplicado a dois universos distintos ou dois produtos aplicados a um mesmo universo. O primeiro caso possibilita a análise comparativa de desempenho do objeto sob estudo quando submetido a condições distintas, enquanto o segundo permite a comparação de performance de dois ou mais objetos submetidos a um mesmo ambiente.

76. Por esses princípios, os resultados obtidos por cada uma das empresas não permitem comparabilidade entre si, uma vez que estão aí envolvidos produtos distintos (os serviços de cada empresa, que são típicos quando considerados aspectos como a extensão de sua área de concessão, densidade populacional e de carga) avaliados em universos distintos (as características de seus consumidores: renda, participação dos diversos segmentos como residencial, comercial e industrial).

77. Ainda que esses resultados permitissem comparabilidade, ocorre um segundo ponto referente ao Intervalo de Confiança a ser considerado sobre o resultado da pesquisa amostral, o que leva não a um valor específico, mas a uma faixa dentro da qual se pode afirmar, com determinado grau de confiança, que se encontra o verdadeiro resultado. Vê-se, portanto, que uma eventual comparação de performances deve ser feita a partir de faixas estabelecidas pelo intervalo de confiança.

78. Assim, tomando-se a pesquisa concluída no ano de 2002 como exemplo e adotando que a pontuação obtida por cada empresa reflete a proporção de satisfação verificada a partir de uma amostra de tamanho 300 (que é justamente o

montante de consumidores entrevistados para a pesquisa), pode-se afirmar, pela aplicação dos conceitos estatísticos de Intervalo de Confiança, com 95% de certeza, que concessionárias com pontuação 60 apresentam o real resultado dentro de uma faixa de 54,5 a 65,5. Em outras palavras, estatisticamente não é possível se aferir com precisão o resultado, uma vez que o Intervalo de Confiança produz uma faixa muito grande de possíveis resultados, ainda mais se considerarmos que justamente é esse resultado que irá servir para compor o quanto será aplicado no cálculo do Fator X.

79. Todas essas razões estão a exigir venha a ANEEL a rever a metodologia neste ponto.

II.6) Do Fator X^A

80. Merece reparos a introdução, por meio da Resolução nº 1, de 4 de abril de 2003, do Conselho Nacional de Política Energética – CNPE, de componente adicional no denominado Fator X.

81. Com efeito, ignoro-se inicialmente a circunstância de que carece o CNPE (bem como a ANEEL e qualquer outro órgão administrativo) de competência para elaborar política tarifária, que, como já mencionado, encontra-se reservada entre nós à lei, nos termos do inciso III do parágrafo único do art. 175 da Constituição Federal e que, sabidamente, não se confunde com política energética.

82. Por igual, ainda que se admitisse toda a introdução de disciplina do Fator X que evidentemente transcende as leis existentes sobre a matéria e o contrato de concessão (o que aqui se rejeita e se cogita apenas para o fim de permitir o exame exauriente da matéria), afigura-se incompreensível que o Fator X seja concomitantemente disciplinado por atos constitutivos (isto é, que inovam a sua disciplina) tanto da ANEEL quanto do CNPE. Com efeito, ainda que admitida essa disciplina (e não se tratasse, como de fato se trata, de política tarifária que a Constituição expressamente reserva à lei), somente uma das duas alternativas poderia

ser válida: ou (i) se trata de definição de política energética, sendo inválidos os atos constitutivos da ANEEL que introduziram os itens X^e e X^c; ou (ii) se trata de atos meramente regulatórios de implementação de regras tarifárias decorrentes da Lei e do contrato de concessão, inexistindo legitimidade para intervenção do CNPE ou de órgão algum para introduzir opções administrativas de política energética e não tarifária. Nessa medida, não se compreende a razão pela qual teria a ANEEL solicitado manifestação do CNPE em matéria que já disciplinara por atos seus e, assim, supostamente, não constituiria opção de política energética sabidamente vedada à ANEEL.

83. Além dessa evidente ilegitimidade formal, a Resolução sob exame padece ainda de vícios materiais.

84. Em primeiro lugar, cuida-se de clara inobservância do contrato de concessão, pois, pretende-se inequívoca segmentação dos custos da Parcela B para alteração do seu indexador de correção monetária. Com efeito, identificou-se, entre os distintos elementos da Parcela B, especificamente o custo de mão-de-obra e introduziu-se o componente X^A do Fator X exatamente para absorver a diferença entre o indexador contratual (IGPM) e a correção monetária de todo o setor formal da economia. Assim essa segmentação como também a alteração do referido indexador constituem clara violação ao contrato de concessão.

85. Do mesmo modo, enquanto toda a metodologia adotada pela ANEEL pretende-se e declara-se não invasiva, a alteração do indexador de determinados custos da Parcela B obviamente implicará condicionamentos à livre gestão assegurada ao concessionário.

86. Inspirado na lição dos constitucionalistas portugueses J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, o Supremo Tribunal Federal, consagra a liberdade de gestão, não observada pela ANEEL, como garantia constitucional:

“Ora, como bem acentuam GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (Constituição da República Portuguesa Anotada, vol. I, 2ª edição, pág. 328, Coimbra Editora, Coimbra, 1984), no comentário ao artigo 61º, item I (que trata da ‘iniciativa econômica privada’, da Constituição portuguesa) a iniciativa privada, quando tem conotação econômica, comporta um duplo sentido:

‘Consiste, por um lado, na liberdade de iniciar uma atividade econômica (direito à empresa, liberdade de criação de empresa) e, por outro lado, na liberdade de gestão e atividade de empresa (liberdade de empresa, liberdade de empresário’.

Nesse segundo sentido de liberdade de gestão e atividade da empresa, a liberdade de iniciativa econômica abarca a liberdade de determinação dos preços pelo empresário. Essa liberdade, no entanto, não é absoluta, como salienta CELSO RIBEIRO BASTOS (Comentários à Constituição do Brasil, vol. VII, págs. 16/17, Editora Saraiva, São Paulo, 1990), ao comentar o caput do artigo 170. Com efeito, depois de observar que ‘a liberdade de iniciativa e de empresa pressupõe o direito de propriedade da mesma sorte que é de certa forma uma decorrência deste e que, por envolver o seu exercício liberdade de mercado, ‘o empresário deve ser o senhor absoluto na determinação de que o produzir, quando produzir e por que preço vender’, arremata:

‘Esta liberdade, com todas as outras de resto, não pode ser exercida de forma absoluta. Há necessidade sim de alguns temperamentos. O importante, contudo, é notar que a regra é a liberdade. Qualquer restrição a esta há de decorrer da própria Constituição ou de leis editadas com fundamento nela’¹⁰.

¹⁰ Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 319 – Questão de Ordem, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 30.4.1993.

87. Nem se diga não se aplicar tal liberdade de gestão ao regime de concessões, pois o inciso II do art. 2º da Lei nº 8.987, de 1995, confere ampla liberdade de organização empresarial ao concessionário no sentido de explorar o serviço “por sua conta”. Nessa medida, também em respeito à livre gestão e ao caráter reconhecidamente não-invasivo da regulação, nenhuma razão haverá para vincular-se a um paradigma estrito de custos de mão-de-obra e a sua suposta evolução segundo a correção monetária decorrente de índice distinto daquele contratualmente previsto, após concluída a fixação de seus níveis de receita de equilíbrio em um processo de revisão tarifária.

III – CONCLUSÕES

88. Em resumo, em respeito aos imperativos constitucionais, legais e contratuais acima invocados e ao equilíbrio econômico-financeiro assegurado às concessionárias distribuidoras, é imprescindível que a ANEEL:

- Assegure o compartilhamento dos ganhos de escala entre a concessionária e os consumidores;
- Reveja a utilização do X^E , de modo a evitar o recálculo do Fator X em obediências às disposições legais e contratuais;
- Retire do Fator X o componente X^C , eivado de diversas ilegalidades;
- Retire do Fator X o componente X^A , porquanto o mesmo não reflete ganhos de produtividade e possui vícios outros.

89. É a nossa opinião.

Brasília, 28 de janeiro de 2004.

André Serrão Borges de Sampaio