

Campinas, 29 de janeiro de 2004

Audiência Pública 043/2003

Referindo-nos à Audiência Pública em epígrafe e Nota Técnica 214/2003, a Elektro encaminha suas contribuições ao processo e reforça as contribuições enviadas pela Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica – ABRADDEE.

Atenciosamente

Luiz Sergio Assad
Diretor de Assuntos Regulatórios
Elektro Eletricidade e Serviços

Considerações sobre a Nota Técnica 214/03 – “Consolidação da metodologia de cálculo do Fator X na Revisão Tarifária Periódica das Concessionárias de Distribuição de Energia Elétrica”

Considerações Iniciais

Tendo em vista a Audiência Pública 043 e a Nota Técnica 214/2003, encaminhamos nossos comentários com relação à audiência em epígrafe. As informações contidas neste documento limitam-se ao esclarecimento do entendimento da proposta apresentada pela Aneel e não pretende discutir o referencial metodológico adotado por essa Agência. A Elektro ratifica as contribuições encaminhadas pela ABRADDEE no âmbito dessa Audiência Pública.

Componente de Produtividade (Xe)

Na referida Nota Técnica (NT), item III.1, a ANEEL propõe o recálculo da componente de produtividade (Xe) do Fator X, na segunda revisão tarifária periódica ou nos reajustes anuais, quando “as diferenças entre os valores anuais acumulados no mercado de vendas previsto (na data da revisão tarifária periódica) e do mercado efetivamente verificado superarem o percentual de 2,5%”.

Julgamos necessário que a NT esclareça qual o conceito de mercado de vendas adotado por essa Agência. Entendemos que esse mercado em MWh seja a soma das vendas aos consumidores cativos, dos suprimentos efetuados a outras concessionárias e dos consumidores “livres” atendidos pela própria distribuidora ou por outros agentes, que possuam contrato de uso do sistema de distribuição celebrado com a distribuidora.

A NT não apresenta o referencial metodológico utilizado para determinar em 2,5% a alavanca do recálculo. Entendemos que a alavanca não pode estar associada apenas ao volume total de mercado, mas deve incorporar mudanças na sua composição que afetam a receita da concessionária.

Conforme descrito no item II.1.1 da NT relativo ao procedimento de cálculo do componente Xe, na segunda revisão tarifária periódica, a ANEEL procederá o recálculo do fator X, considerando os valores realizados de vendas de energia elétrica, investimentos e custos operacionais “regulatórios” para o atendimento ao mercado realizado. As diferenças anuais serão atualizadas pela taxa WACC e corrigidas pelo índice de correção contratual entre o ano de ocorrência e o final do segundo período tarifário, e seus débitos ou créditos farão parte da parcela B do terceiro período tarifário.

Quatro questões podem ser levantadas com relação às afirmações do parágrafo anterior:

1. A ANEEL deixa claro que o índice de correção do contrato de concessão passa a partir de agora a ser o IGPM +/- (Xa), em função da Resolução CNPE 01/2003 demonstrando uma clara quebra de contrato.
2. A NT não deixa claro como será tratada a recuperação de eventuais diferenças levantadas em função do recálculo do Fator X. Esta recuperação deve ser tratada de forma equivalente aos saldos das contas de variação de Parcela A (CVA).
3. Cabe salientar que a NT não esclarece adequadamente se o repasse dos créditos ou débitos da concessionária apurados em função das diferenças no recálculo do Xe será feito em uma única parcela ou ao longo do terceiro período tarifário.
4. Da mesma forma a NT não esclarece como serão calculados os investimentos e custos operacionais “regulatórios” efetivamente realizados, o que cria uma incerteza importante do ponto de vista da concessionária e do mercado financeiro.

Considerações sobre o cálculo do Xe

As componentes utilizadas para cálculo do Fluxo de Caixa Descontado (FDC) foram:

- **Receita tarifária** - que é a resultante da aplicação do mercado de vendas em MWh por uma tarifa média que considera a parcela B do reposicionamento, exceto impostos e encargos. Considera-se apenas o valor da ER, Remuneração e Depreciação na data do reposicionamento.
 - ✓ Para as projeções a ANEEL considera que a receita tarifária é o produto da tarifa média na data do reposicionamento aplicada às projeções de mercado.
 - ✓ Pelo nosso entendimento quando do recálculo do Xe, a ANEEL deveria utilizar a receita real da concessionária que incorpora mudanças de estrutura de mercado ocorridas no período.
- **Custos** – a metodologia apresentada pela NT segrega os custos em O&M, Gestão Comercial e Administração. Estes custos evoluem em função do crescimento do número de consumidores e do volume de vendas, mantendo-se constante as relações verificadas quando da determinação dos custos eficientes da Empresa de Referência. Esta abordagem nos parece adequada e deve também ser utilizada no que se refere aos custos de materiais da componente Administração, que na NT são mantidos constantes para o período e iguais ao valor determinado na Empresa de Referência. Sendo assim, a Elektro propõe que os custos de materiais da componente Administração sejam recalculados anualmente em função do número de empregados administrativos determinado pela relação consumidor/empregado da Empresa de Referência.

Inadimplência

Cabe evidenciar a natureza não-gerenciável da inadimplência em nosso modelo regulado, ressalte-se que a concessionária não possui a prerrogativa de promover análise de risco de crédito e a conseqüente seleção de seus usuários, e, assim, prestá-los, indistintamente, a todos. Essa indiferenciação é corroborada, de resto, pelas decisões judiciais que proíbem a suspensão do fornecimento para usuários inadimplentes – em especial órgãos e entidades integrantes do Poder Público.

Portanto, a fixação do percentual de 0,5% da Receita para a Provisão para Devedores Duvidosos é insuficiente, uma vez que a média nacional de inadimplência afigura-se em muito superior a 0,5% da receita principalmente em momentos de crise econômica, o que é ainda mais gravoso em se considerando a trajetória projetada de redução desse nível de inadimplência para 0,2% ao final do período tarifário.

Cabe ainda ressaltar a existência de dificuldades operacionais no desligamento pois a legislação vigente associa o fornecimento de energia ao usuário e não a unidade consumidora.

Investimentos

A NT trata apenas de investimentos relacionados à expansão da rede elétrica, não considerando qualquer tipo de investimento em veículos, telecomunicações, ferramentas, edifícios e equipamentos de escritório, informática, serviços de escritório (estão todos contemplados na Empresa de Referência). Classifica os investimentos em três tipos:

1. Investimentos em subtransmissão – para tensões superiores a 34,5 kV
2. Investimentos em expansão da distribuição
3. Investimentos em renovação de distribuição

Considerações às projeções de investimentos

- 1- **Investimentos em subtransmissão** – Embora a NT afirme utilizar-se do plano de investimento apresentado pela concessionária, os valores contidos na memória de cálculo do Fator X da Elektro não são coincidentes com o plano apresentado, pois aparentemente não incluem investimentos em renovação. Nesse sentido faz-se necessário um detalhamento do critério de enquadramento utilizado para que o modelo possa ser reproduzido em sua integralidade.
- 2- **Investimentos em expansão da distribuição** – A ANEEL pressupõe que o crescimento dos ativos de distribuição é função do mercado e do número de clientes, considerando um coeficiente que reflita as economias de densidade (YVES ALBOURY – BID 1983). Em função da experiência **prática dos consultores contratados a NT determinou** um coeficiente de 0,6 para linhas, 0,9 para SE's e 0,0 para ramal de consumidores. Entendemos que esses coeficientes variam em função das características do sistema elétrico de cada concessionária. Nesse sentido, acreditamos que a NT deveria detalhar o conceito

para dar maior transparência ao processo e para que os agentes possam avaliar a adequação do mesmo.

- 3- **Investimentos em renovação da distribuição** – A ANEEL considera que o fator de renovação dos ativos de distribuição é função da vida útil dos mesmos e do seu crescimento médio anual. Novamente, com base na experiência dos consultores adotou-se um crescimento de 9%^{aa} para ativos de distribuição e 6%^{aa} para ramais de consumidores. Com relação à vida útil foi considerado um prazo de 30 anos para redes e SE's e 20 anos para ramais. Da mesma forma entendemos que as taxas de crescimento variam em função das características do sistema elétrico e do mercado, portanto a NT deveria detalhar o conceito para atribuir maior transparência ao processo.

Em suma, no tocante à projeção dos investimentos e apuração dos investimentos regulatórios verificados, a metodologia adotada da NT precisa ser melhor esclarecida aos agentes envolvidos no processo para que os mesmos possam reproduzir os cálculos em sua integralidade.

Depreciação

No cálculo do Xe da Elektro, a ANEEL adota uma taxa média de depreciação de 2,5%, diferente da real estabelecida pelo critério de apuração contábil definido por essa mesma Agência, bem como distinta da taxa utilizada na Revisão Tarifária, sem que haja uma explicação na Nota Técnica. Para que exista isonomia nos impactos causados pela taxa de depreciação no processo de revisão, entendemos que apenas uma taxa deve ser utilizada para a determinação da Base de Remuneração Líquida, da Quota de Reintegração e do Fluxo de Caixa para a determinação do Xe. Cabe ainda salientar, que além da fixação de taxas distintas de depreciação, a NT desconsidera o efeito fiscal causado por essa diferenciação, o que, no mínimo, implicaria na necessidade de se agregar à receita do Fluxo de Caixa a diferença causada por esse efeito.

Capital de Giro

A ANEEL está utilizando 1/12 dos custos de Parcela B como premissa, porém não deixa claro na NT se utilizará o capital de giro real quando do recálculo do Xe. A Elektro entende que o valor de Capital de Giro mais aderente à condição operacional das concessionárias de distribuição é de aproximadamente 1/12 da receita anual bruta (incluindo impostos).

Manutenção da Condição de Equilíbrio Econômico Financeiro

Ocorrência de Inflação no período tarifário

A NT assegura que quando do recálculo da componente Xe haverá o repasse da inflação verificada no primeiro ano após a revisão tarifária sobre a Parcela B. A Elektro entende que não é do escopo do Fator X a neutralização dos efeitos inflacionários no período tarifário após a revisão tarifária. É entendimento dessa concessionária que a receita requerida definida no âmbito da revisão deveria incluir os impactos inflacionários previstos, bem como, incluir as referências físicas e

monetárias (inclusive investimentos e base de remuneração) na mesma base, o ponto médio do ano teste.

Ocorrência de eventos extraordinários no período tarifário

A Elektro entende que o mecanismo de solução para os eventos que afetem a manutenção do equilíbrio econômico financeiro da concessão é a Revisão Extraordinária, conforme previsto no contrato de concessão.

Aspectos Jurídicos

I - Da Finalidade do Fator X

O componente Fator X veio citado desde o edital de privatização para que o concessionário ficasse ciente, antes do início de tal processo, de que se não incrementasse sua eficiência, haveria redução na sua expectativa de receita. Para tanto, assim como no modelo inglês de privatização do setor elétrico, onde teve sua origem, o Fator X, no Brasil, também teve (e tem) por objetivo estimular a eficiência do concessionário.

Neste sentido, foi evidenciado às concessionárias, quando da aceitação da metodologia de reajuste de tarifas expressa no Contrato de Concessão, a utilização de um chamado Fator X. A aceitação, por parte das concessionárias, de tal Fator X, teve base na existência de uma definição (ao menos na literatura internacional) do que era o referido fator e sua vinculação expressa ao conceito (único e exclusivo) de ganhos de eficiência e produtividade, o qual, inclusive, deve ter processo de mensuração certo e objetivo.

O Fator X, portanto, ao ser inserido nos contratos de concessão das distribuidoras de energia elétrica, tinha função específica e definida, não estando à livre disposição da ANEEL estabelecer a sua natureza.

Dessa forma, o CNPE e a ANEEL, ao implementar a nova metodologia para o Fator X, alterou sua natureza, haja vista que, da forma como ora estabelecido, não teria o condão de refletir os ganhos ou perdas de eficiência da concessionária e, deste modo, não guardaria qualquer relação com a finalidade para o qual fora estabelecido e inserido no Contrato de Concessão, conforme demonstrar-se-á a seguir.

II - Do Regime das Concessões e Segurança Jurídica

O regime de concessões é dotado de prerrogativas relativas à regulação dos serviços, preservação do interesse público e da equação econômica da concessão.

A capacidade da Administração Pública em alterar de forma unilateral as regras de concessão tem limite, pois deve obedecer as prerrogativas impostas pela lei, sendo que após a celebração de um Contrato de Concessão, este só poderá ser alterado unilateralmente desde que preenchidos os requisitos legais expressamente tipificados e se houver, em contrapartida, a manutenção do seu equilíbrio econômico financeiro.

Constitui função do Estado assegurar o bem comum, cuja competência é exercida de várias formas pelos seus diferentes organismos vinculados. Toda lei ou ato normativo deve ser emanado em harmonia com os princípios que norteiam as atividades da Administração Pública, a fim de preservar os interesses da coletividade.

Com efeito, princípio básico a reger a atividade estatal na edição de leis e atos normativos é a segurança jurídica e, devido a tal necessidade, as concessões e seus regulamentos devem estar comprometidos com tal princípio, não estando, destarte, suscetíveis à subjetividade ou alterações sem fundamento legal devidamente tipificado, por prejudicar a relativa estabilidade do setor elétrico, incluindo todo planejamento estratégico e operacional do concessionário, o que poderá acarretar completa estagnação das atividades econômicas do setor elétrico, bem como o comprometimento dos investimentos em curso.

III - Dos Atos Normativos do CNPE e da ANEEL

O CNPE e a ANEEL – como órgãos da Administração Pública - exercem seu poder regulamentar, respeitados os limites de sua competência, através de atos administrativos, e assim, a Resolução n.º 1, de 04 de abril de 2003, editada pelo CNPE - Conselho Nacional de Política Energética (“Resolução 01”), e Nota Técnica n.º 214/2003 – SRE/ANEEL, editada pela ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica (“NT 214”), configuram-se como tais.

O ato administrativo é complementar à lei. Sendo assim, caso não esteja em absoluta conformidade com as exigências do sistema normativo, incluindo os comandos emanados dos princípios gerais do Direito, estará configurada sua invalidez.

IV - Do Ato Normativo em Comento

Sem adentrarmos aqui, no mérito acerca da incompetência normativa do CNPE e da ANEEL para promulgação dos atos afetos à matéria em apreço, uma vez esta já é objeto de manifestação encaminhada pela ABRADÉE, a questão levantada consiste na medida adotada pelo CNPE em instituir o X_a como componente do Fator X, determinando que seja adotado outro índice, que não o IGPM, para a sua atualização e, ainda, a definição pela ANEEL do IPCA para atualização do X_a (considerando o custo de mão-de-obra), medida esta que acarreta o desvirtuamento do conceito do Fator X, transformando-o de componente exclusivamente afeto a ganho de eficiência, em um conceito híbrido a abrigar, inclusive, atualização monetária. Por conseguinte, altera-se, de forma unilateral, os termos contratuais originariamente firmados entre as partes.

No caso em tela, a Resolução 01 e a NT 214 não são válidos, pois foram expedidos contrariando as exigências normativas, por desrespeito expresso ao Contrato de Concessão.

Conforme exposto, o artigo 1º da Lei 8.987/95 determina que o regime das concessões será regido pela legislação aplicável, pela Constituição Federal e pelas “cláusulas dos indispensáveis contratos” (grifo nosso). É evidente que este dispositivo faz alusão ao Contrato de Concessão, que deve ter suas cláusulas cumpridas tanto pela concessionária, como pela Administração Pública.

Daí a notória invalidez dos atos administrativos em questão, pois o Contrato de Concessão determinou que a Parcela B fosse atualizada pelo IGPM ou pelo índice que venha a substituí-lo, podendo tal índice ser incrementado ou diminuído em face de um componente específico (Fator X), cujo conceito está restrito a ganho de eficiência e não atualização monetária de qualquer parte dos custos gerenciáveis da concessionária.

Não poderia, destarte, o CNPE, editar a Resolução 01 para, sequer, incluir um componente vinculado a custos gerenciáveis não afetos a ganho de eficiência, quanto mais determinar outro índice para atualização de X_a (mão-de-obra). Neste mesmo diapasão, a ANEEL, ainda que fundada na Resolução 01 do CNPE, não poderia determinar que um componente desta Parcela, a mão-de-obra (X_a), fosse atualizado pelo IPCA, o que representaria, na realidade, verdadeira alteração do próprio índice de reajustamento global do Contrato de Concessão, ademais do desvirtuamento do conceito original do Fator X.

O ato administrativo que contraria a lei é viciado, motivo pelo qual dá ensejo a sua nulidade, a qual pode ser operada pelo próprio ente da Administração Pública que a editou, ou pelo Poder Judiciário mediante propositura da ação competente pelo interessado. Uma vez determinada a nulidade, o ato administrativo terá seus efeitos desconsiderados desde sempre (efeito *ex tunc*), como se nunca houvesse sido editado.

V - Da Natureza Jurídica e das Limitações à Alteração Unilateral do Contrato de Concessão

Valendo-se das prerrogativas do artigo 175 da Constituição Federal, o processo para concessão de serviço público é precedido de licitação e formalidades legais intrínsecas. Deste modo, o Contrato de Concessão é classificado pela doutrina, de forma predominante, como um contrato administrativo, sendo imprescindível o preenchimento de certos requisitos para sua formação e validade.

Constituem conceitos indissociáveis e basilares do Estado de Direito, os princípios da legalidade (artigo 37, CF) e da segurança jurídica, os quais abarcam o respeito e cumprimento dos contratos legalmente firmados pelas partes. Tais princípios estão traduzidos em nossa Constituição Federal, constituindo cláusulas pétreas, não podendo ser alteradas ou sofrerem questionamentos de sua validade e aplicação.

Regra geral, portanto, impedir a alteração unilateral dos contratos, incluindo, neste rol, os Contratos de Concessão. As eventuais alterações unilaterais trazidas na legislação pátria constituem exceções expressas e estão adstritas aos exatos termos da lei específica, que deverá, neste sentido, ser interpretada de forma unicamente restritiva.

No caso em questão, por quaisquer dos prismas que se analise, seja pelo desvirtuamento do conceito do Fator X e de sua finalidade contratual, seja pela alteração do índice de correção de parte da Parcela B do IGPM para o IPCA, há que se chegar à conclusão de que se configurou uma alteração unilateral injustificada e imotivada do contrato, posto não encontrar guarida em qualquer dispositivo legal que pudesse ampará-la.

Ainda nesta linha de raciocínio e apenas a título de argumentação, mesmo que hipoteticamente fosse possível a alteração unilateral do Contrato de Concessão pela ANEEL, tal prerrogativa deveria observar a condição essencial de recomposição do

equilíbrio econômico-financeiro da concessão, de maneira concomitante, pois caso contrário, sofreria embargos legais.

VI - Da Metodologia Utilizada para Definição do Componente de Qualidade (X_c)

A criação, pela NT 214, do componente X_c do Fator X, denominado “Componente de Qualidade”, definido com base no IASC – Índice de Satisfação do Consumidor e que será obtido por pesquisas junto aos consumidores atendidos, pode, em primeira análise, até confundir o intérprete da norma e do contrato no sentido de atender ao conceito originário do Fator X, ou seja, ganhos de eficiência e produtividade. Entretanto, a isto não se presta este componente e tal interpretação está eivada de equívoco, uma vez que os referidos ganhos de eficiência não poderiam ser passíveis de avaliação e mensuração por intermédio de tal instrumento.

Ao definir esta metodologia, a ANEEL desrespeitou as determinações do artigo 23 da Lei 8.987/95, incisos III e IV.

Em adição, o método proposto pela ANEEL mostra-se demasiadamente subjetivo, contrariando obrigação expressa do regulador, o qual tem por prerrogativa respeitar a segurança jurídica na concessão, conforme já exposto.

Insta ressaltar, neste aspecto, que a tarifa paga pelo consumidor à contraprestação pelo fornecimento de energia elétrica, desde a privatização, sofreu consideráveis acréscimos em virtude do aumento da carga tributária, aliada à instituição de novas taxas e contribuições (iluminação pública, por exemplo), o que traz, de forma imediata, um impacto negativo para a imagem da concessionária perante o consumidor, pois este último desembolsa valor maior pelo mesmo consumo. Sendo assim, uma avaliação da eficiência do serviço que tome por base a pesquisa junto àqueles, mostrar-se-á destituído de valor para o fim a que se destina, sendo, invariavelmente, prejudicial aos índices reais de qualidade do serviço apresentados pela concessionária na atividade de distribuição de energia elétrica. Não obstante, existem outros métodos e procedimentos técnicos e objetivos, previstos no próprio Contrato de Concessão, aptos a fornecer a mensuração a que se busca.

Devido ao caráter subjetivo que se apresenta, outra circunstância que poderá causar digressões a finalidade do X_c é o conhecimento do usuário quanto a possibilidade de redução da tarifa em decorrência do resultado da pesquisa do IASC.

Como se não bastasse os argumentos supra mencionados, fato ainda mais grave é que a ANEEL, ao definir a metodologia de cálculo do X_c com base no IASC, não objetivou buscar os ganhos de produtividade e eficiência das concessionárias, vez que como divulgado na NT 214, considerou conveniente tal contemplação de forma a **penalizar** as concessionárias.

Considerando que os critérios para atingimento e mensuração da qualidade na prestação dos serviços das concessionárias, bem como as respectivas penalidades, já se encontram definidas nos Contratos de Concessão, a definição do X_c conforme indicado no parágrafo anterior, aliado à existência de outros mecanismos contratuais e legais previstos (DEC e FEC), incorreu na dupla penalização das concessionárias (“bis in idem”), o que é vedado pelo ordenamento jurídico e jurisprudência pacificada de nossos Tribunais.

VII – Conclusão

a) Os órgãos reguladores, na edição de atos administrativos, estão vinculados ao cumprimento do Contrato de Concessão, atentando ao princípio da segurança jurídica.

b) A Inserção, pelo CNPE e ANEEL, através da Resolução 01 e NT 214, respectivamente, de componentes que não tenham correlação direta e imediata com o incremento de eficiência e produtividade das concessionárias de distribuição de energia elétrica, constitui desnaturação da finalidade contratual precípua do Fator X e, por conseqüência, alteração unilateral do Contrato.

c) A utilização de índice diferente do IGPM em qualquer custo gerenciável das concessionárias, qualquer que seja a forma de fazê-lo, contraria e modifica o Contrato de Concessão e, portanto, qualquer ato do CNPE e da ANEEL neste sentido, padece de ilegalidade.

d) No que tange ao “Componente de Qualidade”, definido com base no IASC – Índice de Satisfação do Consumidor, e que será obtido por pesquisas junto aos consumidores atendidos pela Elektro, sua definição também desnatura o conceito contratual originário do Fator X, mostrando-se, ainda, de caráter extremamente subjetivo, o que, além de contrariar o corolário da segurança jurídica, desrespeita as determinações do artigo 23 da Lei 8.987/95, incisos III e IV.

e) O estabelecimento do Componente de Qualidade do Fator X como penalidade às concessionárias, caracteriza dupla penalização (“bis in idem”), o que é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio.

f) A Resolução 01 e a NT 214 não são válidas no que tange à metodologia estabelecida para o X_a e X_c , pois foram expedidos em afronta às exigências normativas, posto que o artigo 1º da Lei 8.987/95 determina que as concessões serão regidas pela legislação aplicável, pela Constituição Federal e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos.

g) Os dispositivos em questão padecem de nulidade, a qual pode ser operada pelo próprio ente da Administração Pública que a editou, ou pelo Poder Judiciário mediante propositura da ação competente pelo interessado. Uma vez declarada sua nulidade, o ato administrativo terá seus efeitos suspensos desde sua edição (efeito *ex tunc*), como se não houvesse sido editado.

h) Ainda que a ANEEL defendesse o argumento de que é possível alterar o Contrato de Concessão unilateralmente, deveria demonstrar qual a base jurídica garantidora deste direito, vez que não existe no sistema normativo brasileiro qualquer dispositivo que lhe ampare a assim proceder. Mesmo que possível fosse a alteração unilateral do Contrato de Concessão pela ANEEL, tal prerrogativa deveria observar a condição essencial de recomposição do equilíbrio econômico da concessão, de maneira **concomitante**, pois caso contrário sofreria embargos legais.