

idp

idn

MESTRADO PROFISSIONAL

EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

**ARBITRABILIDADE OBJETIVA NAS CONCESSÕES DE
TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA**

BARBARA BIANCA SENA

Brasília-DF, 2021

BARBARA BIANCA SENA

ARBITRABILIDADE OBJETIVA NAS CONCESSÕES DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Administração Pública do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa como parte dos requisitos para obtenção do título de Mestre em Administração Pública. Área de concentração: Regulação, Concorrência e Infraestrutura.

Orientador

Professor Doutor Pedro Luiz Costa Cavalcante

Brasília-DF 2021

BARBARA BIANCA SENA

ARBITRABILIDADE OBJETIVA NAS CONCESSÕES DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Administração Pública do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa como parte dos requisitos para obtenção do título de Mestre em Administração Pública. Área de concentração: Regulação, Concorrência e Infraestrutura.

Aprovado em 12 / 03 / 2021

Banca Examinadora

Prof. Dr. Márcio de Oliveira Júnior - Orientador

Prof. Dr. Ministro Gilmar Ferreira Mendes (Coorientador)

Prof. Dr. Gustavo Kaercher Loureiro

Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira

S474a Sena, Bárbara Bianca
Arbitrabilidade objetiva nas concessões de transmissão de energia elétrica/
Bárbara Bianca Sena. – Brasília: IDP, 2021.

342 p.
Inclui bibliografia.

Trabalho de Conclusão de Curso (Dissertação) – Instituto Brasileiro de
Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, Curso de Mestrado profissional em
Administração Pública, Brasília, 2021.
Orientador: Prof. Dr. Márcio de Oliveira Júnior.

1. Contratos de concessão – aspectos econômicos. 2. Administração consensual.
3. Serviços públicos. I. Título.

CDD 351

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Ministro Moreira Alves
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa



DEDICATÓRIA

Ao meu marido, Rafael, e aos meus filhos, Beatriz e Gabriel.



AGRADECIMENTOS

Agradeço à Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e à Advocacia-Geral da União (AGU) pelos incentivos para realizar essa proveitosa capacitação e aos colegas de trabalho, o atual Procurador-Geral da ANEEL, Luiz Eduardo Araújo Diniz, pelo constante estímulo aos estudos, e os servidores da Superintendência de Concessões, Permissões e Autorizações e da Superintendência de Regulação Econômica e Estudos de Mercado da ANEEL pelo apoio, pelas contribuições e pelo intenso debate sobre os temas relacionados às concessões de transmissão.

Agradeço à equipe do Mestrado Profissional em Administração Pública do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, nas pessoas do coordenador do curso, Caio Resende, e dos assessores acadêmicos Matheus Souza e Renan Holtermann, sempre disponíveis para prestar o auxílio necessário; ao professor Márcio de Oliveira Júnior, que reconheceu a relevância do tema para a Administração Pública, incentivou a pesquisa e me orientou nesse processo com suas contribuições precisas e atenciosa postura; a Victor Fernandes e Gustavo Kaercher por suas colaborações e aos colegas de turma, especialmente Elba Jane, Flávia Cristina e Carine Telles, novas amigas que levarei para a vida.

Agradeço de modo especial àqueles cujo apoio foi essencial para enfrentar mais esse desafio: meu marido e meus filhos. E a todos que me acompanharam e apoiaram de alguma forma nessa trajetória.

Gratidão a Deus pela saúde e por todas as oportunidades!

RESUMO

O presente trabalho concentra-se em avaliar o escopo da arbitragem no segmento de transmissão de energia elétrica, com enfoque especial nos aspectos econômico-financeiros dos contratos de concessão. O serviço público de transmissão é prestado de forma sistêmica e em rede. É serviço essencial, elemento central do Sistema Interligado Nacional, constituindo o elo entre os demais serviços e atividades de energia elétrica. Sua importância sistêmica não admite interrupções, o que reforça a necessidade de utilização de mecanismos que permitam a célere solução de conflitos quando derivados dos contratos de concessão de transmissão. Nesse contexto, considera-se a teoria econômica dos custos de transação e dos contratos incompletos e relacionais, bem como o avanço da gestão pública para adoção de posturas consensuais, e, então, busca-se analisar a arbitrabilidade objetiva dos conflitos relacionados às concessões de transmissão para definir os objetos arbitráveis e os limites da competência do Tribunal Arbitral para decidir litígios relativos à garantia do equilíbrio econômico-financeiro das concessões. Como resultado da pesquisa avaliativa, foram apresentadas diretrizes norteadoras para o exercício do poder decisório do árbitro.

Palavras-chaves: Administração Consensual. Custos de Transação. Contratos de Concessão de Serviço Público. Contratos Complexos. Contratos Incompletos. Contratos Relacionais. Contratos em Rede. Equilíbrio Econômico-Financeiro. Serviço de Transmissão de Energia Elétrica. Arbitragem. Arbitrabilidade Objetiva.

ABSTRACT

This research focuses on assessing the scope of arbitration in the electricity transmission segment, with a special focus on the economic and financial aspects of the concession contracts. The public transmission service forms a network and is provided systemically. It is an essential service, a central element of the Brazilian National Interconnected System, constituting the link between the other electricity services and activities. Its systemic importance does not allow interruptions, which reinforces the need to use mechanisms that allow the prompt resolution of conflicts when derived from transmission concession contracts. In this context, the economic theory of transaction costs and incomplete and relational contracts is considered, as well as the advancement of public management to adopt consensual mechanisms to solve conflicts that may accrue from transmission contracts. Therefore, it seeks to analyze the objective arbitrability of conflicts related to transmission concessions to define the arbitrable objects and the limits of the jurisdiction of an Arbitral Tribunal when it is demanded to decide disputes regarding the economic and financial balance of the concessions. As a result of the evaluative research, guidelines are provided for the exercise of a referee's decision-making power.

Keywords: Consensual Administration. Transaction Costs. Public Service Concession Contracts. Complex Contracts. Incomplete Contracts. Relational Contracts. Networked Contracts. Economic and Financial Balance. Electricity Transmission Service. Arbitration. Objective Arbitration.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABRATE	Associação Brasileira das Empresas de Transmissão de Energia Elétrica
ACR	Ambiente de comercialização ou contratação regulada
ADI	Ação direta de inconstitucionalidade
ADR	<i>Alternative Dispute Resolution</i>
AGU	Advocacia-Geral da União
AgRg	Agravo regimental
AI	Agravo de instrumento
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANP	Agência Nacional do Petróleo
AP	Administração Pública
Ap.Cív.	Apelação cível
AR	Agência Reguladora
BNDES	Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social

BRR	Base de Remuneração Regulatória
CAPEX	<i>Capital expenditure</i>
CAPM	<i>Capital Asset Pricing Model</i>
CBR	<i>Cost-based regulation</i>
CC	Contrato de concessão
CC/2002	Código Civil de 2002
CCEAR	Contratos de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado
CCEE	Câmara de Comercialização de Energia Elétrica
CCG	Contratos de Constituição de Garantia de Pagamento
CCI	Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional
CCT	Contratos de conexão
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CEEE-GT	Companhia Estadual de Geração e Transmissão de Energia Elétrica
CELG GT	CELG Geração e Transmissão S.A.
CEMIG	Companhia Energética de Minas Gerais S.A.
CF	Constituição Federal
Cf.	A conferir
CGU	Consultoria-Geral da União
CHESF	Companhia Hidroelétrica do São Francisco
CJF	Conselho da Justiça Federal
COFINS	Contribuição Social para o Financiamento da Seguridade Social
CONAMA	Conselho Nacional do Meio Ambiente
COPEL	Companhia Paranaense de Energia
CPC	Código de Processo Civil (Lei nº 13.140/2015)
CPST	Contratos de prestação dos serviços públicos de transmissão
CSLL	Contribuição Social sobre o Lucro Líquido
CTEEP	Companhia de Transmissão de Energia Elétrica
CUST	Contratos de uso do sistema de transmissão
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
Dec.	Decreto
Disp.	Despacho
DIT	Demais Instalações de Transmissão

EEF	Equilíbrio econômico-financeiro
ELETRONORTE	Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A.
ELETROSUL	ELETROSUL Centrais Elétricas S.A.
En.	Enunciado
EPE	Empresa de Pesquisa Energética
EqEF	Equação econômico-financeira
Ex.	A exemplo de
FIP	Fundo de Investimentos em Participações
FT	Função de Transmissão
FUNAI	Fundação Nacional do Índio
FURNAS	FURNAS Centrais Elétricas S.A.
IAB	Instituto Acende Brasil
IBAMA	Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis
ICMBIO	Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade
IGPM	Índice Geral de Preços de Mercado
INCRA	Instituto de Colonização e Reforma Agrária
IPCA	Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo
IPHAN	Instituto do Patrimônio Histórico Nacional
IRPJ	Imposto de Renda de Pessoa Jurídica
JPSL	Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios
KW	Kilowatts
LA	Licenciamento ambiental
LAR	Lei das Agências Reguladoras (Lei nº 13.848/2019)
LBA	Lei Brasileira de Arbitragem (Lei nº 9.607/96)
LC	Lei complementar
LCA	Lei de Criação da ANEEL (Lei nº 9.426/97)
LGC	Lei Geral de Concessões (Lei nº 8.987/95)
LGL	Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/93)
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/72, com redação pela Lei nº 12.376/2010)
LP	Licença Prévia Ambiental
LPA	Lei de Processo Administrativo Federal (Lei nº 9.784/99)
LPPPs	Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei nº

	11.079/2004)
LT	Linha de transmissão
MASC	Meios adequados (ou alternativos) de solução de conflitos
MME	Ministério de Minas e Energia
MP	Medida provisória
MS	Mandado de segurança
MTPA	Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil
MUST	Montante de Uso de Ultrapassagem
NTNb	Nota do Tesouro Nacional da série B
O&M	Operação e manutenção
ONS	Operador Nacional do Sistema
OPEX	<i>Operating expenditure</i>
PA	Parcela de ajuste
Par. ún.	Parágrafo único
PBR	<i>Performance-based regulation</i>
P&D	Pesquisa e desenvolvimento
PIS	Programas de Integração Social
PMI	Plano de Modernização das Instalações
PPP	Parceria público-privada
PRORET	Procedimentos de Regulação Tarifária
PV	Parcela Variável
RAP	Receita Anual Permitida
RB	Rede Básica
RBL	Parcela da RAP referente às IT da RB descritas no objeto do contrato
RBNI	Rede Básica Novas Instalações (parcela da RAP referente a novas instalações de reforços na RB)
RBSE	Rede Básica do Sistema Existente
RDCM	Rede Demais Instalações de Transmissão (parcela da RAP referente a novas instalações de reforços nas DITs)
RDCMA	Parcela da RAP referente a reforços que entraram em operação no exercício anterior ao ano de referência
RE	Recurso extraordinário
REA	Resolução autorizativa
REIDI	Regime Especial de Incentivo para o

	Desenvolvimento da Infraestrutura
REN	Resolução normativa
Res.	Resolução
REsp	Recurso especial
RGR	Reserva Geral de Reversão
RPB	Parcela da RAP referente à Rede Básica
RPC	Parcela da RAP referente às DITs
RPEC	Parcela da RAP referente às DITs descritas no objeto do contrato
RR	Receita requerida
RTE	Revisão tarifária extraordinária
RTP	Revisão tarifária periódica
SE	Subestação
SEB	Setor Elétrico Brasileiro
SEC	Sentença estrangeira contestada
SIN	Sistema Interligado Nacional
SPE	Sociedade de Propósito Específico
SS	Suspensão de segurança
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCC	Termo de Compromisso de Cessação
TCU	Tribunal de Contas da União
TIR	Taxa Interna de Retorno
TJLP	Taxa de Juros de Longo Prazo
TJPR	Tribunal de Justiça do Estado do Paraná
TLP	Termo de Liberação com Pendências
TMA	Taxa Mínima de Atratividade
TMR	Taxa Mínima de Rentabilidade
TN	Tesouro Nacional
TRM	Taxa Referencial de Mercado
TRF 2	Tribunal Regional Federal da 2ª Região
TUSD	Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição
TUST	Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão
UHE	Usina Hidroelétrica
VNR	Valor Novo de Reposição
VPL	Valor Presente Líquido
WACC	<i>Weighted Average Cost of Capital</i> ou Custo Ponderado Médio de Capital



SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....29

2. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL, ARBITRAGEM E CONTRATOS DE INFRAESTRUTURA.....33

2.1 Instituições, custos de transação, contratos complexos, incompletos e relacionais: abordagem teórica.....	33
2.1.1 Instituições, custos de transação e contratos complexos e incompletos.....	33
2.1.2 A abordagem relacional.....	39
2.2 Administração Pública consensual e meios adequados para solução de conflitos.....	41
2.2.1 A abordagem teórica do consensualismo na Administração Pública.....	41
2.2.2. O consensualismo nas concessões de infraestrutura.....	45
2.3 A arbitragem envolvendo a Administração Pública.....	49
2.3.1 A arbitragem enquanto meio alternativo de solução de conflitos.....	49
2.3.2 O uso da arbitragem pela Administração Pública: arbitrabilidade subjetiva, vantagens da arbitragem e custos de transação.....	51
2.3.3 Arbitrabilidade objetiva em sentido amplo e em sentido estrito.....	56

3. ASPECTOS REGULATÓRIO-ECONÔMICOS DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO.....83

3.1 O bloco de juridicidade da concessão.....	84
3.2 Mecanismos de regulação econômica dos contratos de concessão.....	85
3.2.1 Modalidades de regulação econômica.....	87
3.2.1.1 Regulação pelo custo ou regulação pela taxa de retorno.....	87
3.2.1.2 Regulação por incentivos.....	89
3.3 Alocação de risco nas concessões de infraestrutura e a tutela da equação econômico-financeira da concessão nas alterações por circunstâncias exógenas ao contrato.....	95
3.3.1 A matriz de risco, a alteração das circunstâncias e o inacabamento contratual.....	101
3.3.2 A tutela da equação econômico-financeira das concessões.....	111

SUMÁRIO

4. O SEGMENTO DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA.....127

4.1 A amostra documental.....	127
4.1.1 A amostragem e a avaliação dos litígios no segmento de transmissão.....	127
4.1.2 A amostragem e a avaliação dos contratos no segmento de transmissão.....	129
4.2 A transmissão de energia elétrica no Brasil.....	130
4.3 As outorgas para exercício da atividade de transmissão e as relações verticais que derivam dessa relação base.....	135
4.4 Os leilões de transmissão e o seu papel na formação do preço do serviço.....	140
4.5 O objeto do contrato de concessão de transmissão.....	144
4.6 A regulação econômico-financeira dos contratos de transmissão.....	152
4.7 A formação da Receita Anual Permitida e a Taxa Interna de Retorno.....	157
4.7.1 A Receita Anual Permitida (RAP).....	157
4.7.2 A Taxa Interna de Retorno (TIR).....	161
4.7.3 Impossibilidade de uso da TIR como metodologia de recomposição do EEF.....	165
4.8 Os contratos de concessão de transmissão de energia elétrica e as especificidades que conformam sua matriz de riscos.....	171
4.8.1 A exigência de apresentação de garantia de fiel cumprimento.....	179
4.8.2 A remuneração do capital.....	182
4.8.3 As garantias para financiadores e investidores.....	187
4.8.4 Os riscos de construção.....	190

5. A ARBITRABILIDADE OBJETIVA E OS LIMITES DE ATUAÇÃO DO ÁRBITRO NAS CONCESSÕES DE TRANSMISSÃO.....206

5.1 A incompletude e a complexidade dos contratos e seus efeitos para delimitação da arbitrabilidade objetiva e dos poderes decisórios do árbitro.....	206
5.2 Os efeitos do caráter relacional e do paradigma da consensualidade para possibilitar a solução de conflitos por meio da arbitragem.....	212
5.3 A pertinência da análise dos contratos para definição dos poderes dos árbitros	215
5.4 Limites à atuação do tribunal arbitral derivados do regime jurídico do EEF dos contratos	220
5.4.1 A tutela do equilíbrio da equação, as questões dogmáticas incidentes e o pressuposto de admissibilidade do pleito	220
5.4.2 Parâmetros para avaliação do desequilíbrio do contrato	228

RESEARCH



1. INTRODUÇÃO

Os investimentos em transmissão têm sido crescentes por força da necessidade de interligar novas usinas ao Sistema Interligado Nacional (SIN), incrementar sua flexibilidade operacional e “modernizar, reforçar e expandir as redes” (REGIS, 2017). Esses fatores ensejam a necessidade de novas concessões precedidas de obras públicas intensivas em capital.

Existem, no entanto, questões problemáticas a serem enfrentadas, tais como as dificuldades para obter o licenciamento ambiental (LA) – as concessões de transmissão não são licitadas com a licença prévia (LP) emitida –, atrasos nas obras por motivos diversos (os riscos de construção), as questões que repercutem da prorrogação das concessões com fundamento na Medida Provisória (MP) nº 512/2012 e a alocação de riscos nesses contratos.

No segmento de transmissão, o maior risco enfrentado pelo investidor é o da alavancagem financeira. No curso da implantação da infraestrutura, o empreendedor pode se deparar com elementos incertos que repercutem sobremaneira nos contratos, comprometendo o seu equilíbrio e, em última análise, a própria concessão. Isso é relevante quando se está a tratar de contratos complexos e incompletos, como o são os contratos de concessão (CCs) de serviço público. Eles demandam longo prazo de duração e ativos específicos, com pouca previsibilidade acerca do desenrolar da sua execução e cumprimento dos compromissos assumidos (MELLO; ANUATTI, 2001). A descrição exaustiva dos riscos no contrato é algo inviável, podendo comprometer a própria vantagem promovida pela sua alocação prévia diante dos altos custos de transação incorridos a partir de determinado nível de detalhamento contratual (GUIMARÃES, 2014).

Por outro lado, o inacabamento natural desses contratos amplia a possibilidade de conflitos ao longo de sua execução, sobretudo se considerados o caráter dinâmico das concessões e a genuína possibilidade da superveniência de eventos exógenos de consequências incertas sobre as

condições de execução da avença. Ademais, são altos os custos para o Poder Concedente substituir o concessionário, ao tempo que são elevados os custos de saída da atividade para o particular, reduzindo o poder de barganha das partes e ampliando a possibilidade de posturas oportunistas (MELLO; ANUATTI, 2001). Um dos mecanismos legais disponíveis para solução desses conflitos é a arbitragem. Assim, a arbitragem poderia ser vista como um mecanismo de governança desses contratos.

Nessa ordem de considerações, o problema a ser enfrentado neste trabalho consiste em verificar a possibilidade, a conveniência e a oportunidade de uso da arbitragem para solução de controvérsias derivadas das concessões de transmissão, com enfoque nos conflitos em torno da equação econômico-financeira (EqEF) dos contratos e nos limites da atuação dos árbitros.

As questões que a pesquisa se propõe a avaliar são de duas ordens. A primeira é jurídica. Refere-se à possibilidade de solucionar os conflitos derivados das concessões de transmissão pela via da arbitragem e aos limites legais impostos à atuação do tribunal arbitral. A segunda se relaciona ao mérito do ato administrativo quando o Poder Concedente ou a Agência Reguladora, ao gerir esses contratos, decide submeter o conflito à avaliação de árbitros especialmente nomeados para tal fim. Em outros termos, diz respeito à análise da conveniência e oportunidade quanto às vantagens e desvantagens do instituto e de sua aplicação caso a caso.

Avaliar-se-á, assim, a arbitrabilidade objetiva amplamente considerada e a arbitrabilidade objetiva em sentido estrito, que diz respeito ao escopo da arbitragem, uma vez delimitado o conflito e os limites quanto ao critério de julgamento impostos aos árbitros em especial no âmbito do regime jurídico e econômico dos contratos de concessão. Para tanto, pretende-se adotar a abordagem consequencialista do direito econômico.

Como critério metodológico, buscou-se uma amostra de contratos a fim de avaliar as características das concessões de transmissão e a evolução regulatória desses contratos ao longo dos anos, bem como uma amostra de processos judiciais para verificar as controvérsias usualmente endereçadas ao Judiciário. Pela amostra, é possível constatar que a diversidade de assuntos discutidos culmina direta ou indiretamente nas relações econômicas derivadas desses contratos. Os objetivos específicos estão informados no preâmbulo de cada capítulo.

No primeiro capítulo, aborda-se a literatura econômica, traçando paralelo entre as instituições, os custos de transação e os contratos

incompletos, complexos, relacionais e em rede. Referencia-se a temática, também, sob a perspectiva do paradigma da Administração Pública consensual, indicando-se o seu papel na governança desses contratos e a funcionalidade da arbitragem sob essa perspectiva. Apontam-se alguns aspectos controversos sobre a utilização do mecanismo pela Administração Pública, em especial a discussão sobre o conceito de direitos patrimoniais disponíveis e o critério de julgamento na arbitragem sobre conflitos com o Poder Público.

No segundo capítulo, serão abordados aspectos econômicos-regulatórios dos contratos de concessão. Entende-se relevante a diferenciação de modelos regulatórios e a indicação do modelo adotado na legislação, porque ele será importante para definição dos parâmetros de avaliação do equilíbrio da EqEF dos contratos e será critério limitador da atuação do árbitro. Apontar-se-á, também, o regime jurídico da tutela do equilíbrio econômico-financeiro (EEF) das concessões, cujos delineamentos não encontram posição consensual na doutrina jurídica brasileira.

Considerando que a contratualização e a regulação discricionária das Agências Reguladoras são fatores relevantes para a instrumentalização da reforma do Estado operada a partir de 1990 e contribuem para a redução do risco político-regulatório sobre esses contratos, apontar-se-á aquilo que se entende fundamental para as bases desse regime, indicando-se os critérios e parâmetros limitadores da atuação dos tribunais arbitrais, com enfoque no tratamento das alterações supervenientes das circunstâncias ou condições provocadas por eventos externos ao contrato.

O terceiro capítulo apresentará resumidamente a análise da amostra de contratos e das características do segmento de transmissão no Brasil, informando os aspectos gerais desse serviço, bem como a análise dos aspectos econômicos mais relevantes desses contratos, observadas, ainda, as matérias conflitantes conforme verificado na amostra de processos judiciais. Observa-se que as cláusulas contratuais também serão elementos balizadores do julgamento do conflito endereçado ao tribunal arbitral. Entende-se que, conquanto o contrato não seja instrumento hábil a disciplinar todos os choques exógenos que porventura venha a ter que suportar, será a sua base objetiva que conformará os critérios mínimos ou apresentará a moldura dentro da qual a tutela da sua EqEF deverá ser acomodada (MOREIRA, 2010b; GUZELA, 2015). Portanto, o terceiro capítulo apresenta duas questões estratégicas para a conclusão da pesquisa: a identificação das matérias judicializadas no segmento de transmissão e a matriz de riscos dessas concessões.

De posse desse referencial teórico, no quarto capítulo, será avaliada a arbitrabilidade objetiva (em sentido amplo e em sentido estrito) dos conflitos que constaram da amostra de processos judiciais. Será dada especial atenção às discussões em torno do EEF dos contratos de concessão de transmissão, considerada a hipótese de mutações no cenário extracontratual. Essas mutações têm repercussões relevantes para a manutenção das concessões e para a delimitação da competência e limites da avaliação da controvérsia pelos tribunais arbitrais. Assim, delimitadas as matérias conflitantes e a matriz de riscos das concessões, será possível definir o alcance e os parâmetros para que sejam exaradas as decisões arbitrais.



2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL, ARBITRAGEM E CONTRATOS DE INFRAESTRUTURA

Neste capítulo, aborda-se a literatura econômica, traçando paralelo entre instituições, custos de transação e contratos incompletos, complexos, relacionais e em rede. Referencia-se a temática sob a perspectiva do paradigma do consensualismo na Administração Pública, indicando-se o seu papel na governança dos contratos de concessão e o papel da arbitragem sob essa perspectiva. Apontam-se alguns aspectos controversos sobre a utilização do mecanismo pela Administração, em especial a discussão sobre o conceito de direitos patrimoniais disponíveis e o critério de julgamento na arbitragem com a AP.

2.1 Instituições, custos de transação, contratos complexos, incompletos e relacionais: abordagem teórica

2.1.1 Instituições, custos de transação e contratos complexos e incompletos

Administrativistas modernos têm apontado para temas relevantes acerca de instituições e governança, entre eles a teoria econômica dos contratos incompletos ou teoria da incompletude contratual e a teoria dos custos de transação, a fim de contribuir para a construção e manutenção de relações contratuais complexas, como o são os contratos de infraestrutura (ARAUJO, 2007; NÓBREGA, 2010; 2011; 2019; 2020b; ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, 2005; MOREIRA, 2010b; GARCIA, 2019; MONTEIRO, 2010). A noção de que os agentes econômicos coordenam suas ações pelo sistema de preços cederia lugar à ideia de transação, intensificando uma abordagem microanalítica referente à estrutura organizacional, aos incentivos e ao controle, considerada sua dimensão intertemporal e sistêmica. Há uma mudança de paradigma do modelo contratual clássico, com vistas à diminuição das ineficiências do sistema e dos custos da judicialização.

O desafio elementar dos sistemas econômicos reside na coordenação das atividades que empregam os recursos disponíveis, de forma a promover a cooperação e reduzir os conflitos, aumentando o bem-estar social. Uma vez que os recursos econômicos ou os fatores de produção “não se combinam sozinhos”, as sociedades são fadadas a elaborar regras, que formam as suas instituições (FIANI, 2011, pp. 2-3), enquanto conjunto de normas (formais ou informais) que servirão para regê-las (RICHTER, 2005). As instituições constituem as regras do jogo na sociedade ou as restrições que os homens concebem para moldar a interação humana (NORTH, 1990) e estimular a cooperação (RICHTER, 2005). Elas estruturam incentivos no âmbito de um sistema de trocas, sejam elas políticas, sociais ou econômicas (NORTH, 1990).

As instituições fomentam os indivíduos a encontrarem solução para os conflitos (NORTH, 1990). Possibilitam a organização do sistema econômico por racionalidade distinta da ideia de mercados perfeitamente competitivos (FIANI, 2011). O neoinstitucionalismo, que abarca a teoria dos custos de transação, configura a quebra do modelo neoclássico.

Reconhecem-se questões complexas no âmbito dos contratos, como os custos de transação positivos, a racionalidade limitada, a assimetria informativa e os problemas de agência (ARAUJO, 2007; ANKER; TUROLLA, 2015). Um dos seus principais fundamentos refere-se à qualidade dos contratos (CASTRO; MARTINI, 2021).

Quanto ao segmento de infraestrutura, sua promoção exige investimento em ativos específicos, com elevada produtividade, mas também com alto potencial de conflito e previsão imperfeita das contingências e intercorrências futuras (RICHTER, 2005). Os arranjos institucionais desempenham papel fundamental no sentido de viabilizar as negociações, definindo os agentes habilitados a realizar determinada transação, e a forma como devem ocorrer essas interações (RICHTER, 2005; FIANI, 2018). Contudo, a negociação e coordenação entre as partes implica, necessariamente, a incidência de custos de transação. Nessa seara, como as transações se tornam custosas e complexas, envolvendo invariavelmente a participação de agentes privados, os mercados falham em promover um equilíbrio eficiente, exigindo-se a adoção de novos arranjos (NÓBREGA, 2009), como os programas estatais de infraestrutura, caracterizados por serem institucionalmente híbridos (FIANI, 2018).

A proposta da teoria dos custos de transação consistiria em examinar os limites racionais das partes na busca por seus interesses comuns, de suas informações incompletas ou assimetricamente repartidas, e as dificuldades em lidar com um frágil apoio institucional (a repercutir na segurança jurídica das relações e no incremento dos custos de transação), construído num contexto de racionalidade limitada (GALVANI, 2018). Assim, as partes devem implementar estruturas de governo, que prescrevam métodos preventivos e de autopreparação para que as intervenções de terceiros na solução de conflitos de suas relações sejam as menores possíveis (ARAUJO, 2007).

Para reduzir conflitos e induzir a cooperação, os arranjos institucionais reúnem incentivos e meios de controle, abrangendo, simultaneamente, elementos que usualmente fazem parte do arranjo de mercado e os que caracterizam uma hierarquia (WILLIAMSON, 1996). Pode-se dizer que os arranjos híbridos vinculam agentes independentes em transações de longa

duração (MÉNARD, 2011), abarcando investimentos conjuntos (*pooling resources*) em ativos específicos, instrumentalizadas por contratos (FIANI, 2018).

O mercado produz menor custo inicial, mas é inapto para minimizar e cobrir os riscos da relação. Já as estratégias de integração são mais adequadas para alocação de riscos, mas geram custos elevados (NÓBREGA, 2009). Nessa perspectiva, os contratos são um meio de colaboração estável e promovem uma solução intermediária entre o mercado e tais estratégias ao instrumentalizar juridicamente as operações econômicas e possibilitar a realização de políticas públicas (ARAUJO, 2007; GALVANI, 2018). Assim, o contrato é um dos mecanismos que formam as instituições e organizam a sociedade, possibilitando *trade-offs* (ARAUJO, 2007), verificados a partir da alocação de riscos (NÓBREGA, 2020b).

Os contratos, sobretudo os evolutivos, não seriam exaustivamente detalhados, porque, se o fossem, haveria incentivos às constantes repactuações para adequá-los às alterações nas realidades fáticas. A sua adequada instrumentalidade está em deter características heterogêneas, pois comportam, de forma simultânea, rigidez, ductibilidade e flexibilidade – elementos essenciais quando se referem a infraestrutura de grande porte. Estruturam-se por cláusulas rígidas, integralmente pré-determinadas, e abertas e, então, permitem que as partes integrem as lacunas e moldem suas reações à alteração das circunstâncias. O manejo de estruturas regulatórias e a possibilidade de renegociação seriam características próprias desses contratos e contribuem para realização de um negócio sinalagmático evolutivo que permite a sua continuidade (ARAUJO, 2007; CAMPOS NETO, 2012; GARCIA, 2017; GARCIA, 2019; MARTINS-COSTA, 2010). Pode-se concluir que, nos contratos complexos de longo prazo, a incompletude não é uma escolha, mas uma derivação lógica da sua natureza.

O reconhecimento da imersão das partes num cenário de incertezas e de incompletude contratual as poupa da minuciosa definição de condições, desobriga o intérprete da atividade criativa totalmente original e promove a redução de custos. Trata-se de progressivo avanço do contexto

institucional a conferir ao contrato, do ponto de vista da análise econômica do direito, instrumentalidade para alocação eficiente de riscos de modo a permitir a maior economia e planejamento dos custos de transação. Amplia-se a funcionalidade dos contratos para que as partes compensem, gradativamente, problemas de assimetria de informações, desconhecimento ou indiferença inicial a certos riscos e incabamento original de salvaguardas estipuladas (ARAUJO, 2007).

Nos projetos de infraestrutura, a consumação do contrato exerce papel relevante e demanda investimentos específicos. Se antes as partes eram livres para escolher com quem negociar, uma vez firmado o contrato, elas se tornam aprisionadas num contexto de monopólio bilateral (RICHTER, 2005). Isso põe em destaque a importância dos ativos específicos nos setores de infraestrutura, com especificidade de localização (devido à imobilidade) e das características físicas e especialização para uma determinada atividade particular, com caráter dedicado (FIANI, 2018).

Nesse caso, são altos os custos de saída para colocar fim nas transações. Isso deixa as partes contratantes com poucas opções externas ao contrato e baixo poder de barganha. A única forma de encerrar o contrato sem grandes prejuízos seria por meio do endereçamento do conflito a soluções heterocompositivas, como a judicialização ou a arbitragem. Esses fatos reforçam a funcionalidade do caráter incompleto e flexível dos contratos de concessão de infraestrutura.

Sobrelevam-se as incertezas, pois, mesmo que não houvesse custo de transação, seria deveras impossível estabelecer um contrato completo apto a detalhar todas as possíveis contingências futuras (FIANI, 2018). E, mesmo que fossem exaustivas, não seria tão simples reforçar o seu desempenho ou a sua executoriedade *ex post*, pois o juiz ou árbitro podem não ser capazes de avaliar esse nível esperado de desempenho (HART, 2016). Não há dúvidas de que reduzir o nível de incompletude dos contratos pode contribuir para evitar práticas oportunistas, a exemplo do *lock-in* e do *hold up*¹ (GUIMARÃES,

¹ Consiste na ameaça de interrupção do contrato por uma das partes, buscando revisar as condições pactuadas e obter, com isso, condições mais vantajosas do que as originalmente

2014), mas é natural a superveniência de fatores de risco que não tenham sido expressamente previstos nos contratos continuados de longo prazo.

Essas premissas demonstram a necessidade de constante remodelagem do Direito Administrativo para que se torne mais flexível, abrangente de concepções econômicas e matemáticas. É preciso permitir, em contratos de grandes obras, frequente interlocução entre as partes sobre circunstâncias não previstas contratualmente ou que sofreram mutações significativas, não imputáveis a nenhuma delas sob a perspectiva da alocação de riscos. A flexibilidade, enquanto “interpretação construtiva e negociada do pactuado”, bem como a “obrigação de cooperação” passam a ser admitidas nos contratos administrativos para que se possa lidar com o aleatório num cenário de “mudanças econômicas cada vez mais rápidas” (HAURIOU, 1970; MORAES; WALD; WALD, 1996, pp. 36-37).

Nesse sentido, em contraposição à tradicional teoria contratual (GALVANI, 2018), qualquer contrato, inevitavelmente, conterá brechas. Com base na teoria dos contratos incompletos, reconhecido o cenário econômico e jurídico repleto de incertezas, considera-se mais adequado estabelecer um contrato incompleto que minimize o elevado custo de extensas negociações na busca pela completude contratual excessivamente onerosa e inviável (NÓBREGA, 2009). Recomenda-se a adoção de modelo contratual que busque prioritariamente resultados ao delimitar as obrigações e maior liberdade de meios para o particular (GARCIA, 2019a).

Por outro lado, estando as partes aprisionadas em um contrato severamente incompleto, a assimetria de informações poderá ocasionar condutas oportunistas e a sua exposição às relações de agência. Isso permite que uma parte explore, de forma deliberada e estratégica, as insuficiências da tutela jurídica, a qual privilegia a ideia de contrato como fonte de obrigações judicialmente exigíveis (ARAUJO, 2007).

Esse é realmente o imbróglio central da teoria dos custos de transação, isto é, o *ex post oportunismo* (RICHTER, 2005), agravado em

estipuladas (GOLDBERG, 1976), desencadeando acirrada disputa pelas chamadas quase-rendas (FIANI, 2018).

situações envolvendo elevada especificidade de ativos que geram transações em *small numbers*, nas quais um número limitado de agentes está habilitado a participar como ofertante ou demandante.

Aliado aos problemas do *hold up*, pode-se estar diante de um cenário em que as partes estejam em posição diferenciada quanto ao poder de barganha. Com isso, as negociações podem não apresentar resultados positivos para a manutenção da avença ou para que a parte que se sente prejudicada solucione os problemas derivados do contrato. Com efeito, sem o reconhecimento do caráter incompleto e da flexibilidade, a parte com maior poder de barganha dificilmente teria incentivos para renunciar a seu poder em benefício de soluções negociadas em termos mais isonômicos. Nessa linha, é importante que a flexibilidade enseje também uma abertura para a arbitragem enquanto meio alternativo de heterocomposição adjudicatória.

Por isso, a disciplina contratual deveria ser complementada pelos arranjos de mercado (ARAUJO, 2007), de onde se verifica essa característica híbrida já mencionada. E, naqueles espaços em que o mercado não é capaz de autorregular-se, sobretudo diante do silêncio da Lei Geral de Concessões (LGC) sobre a procedimentalidade das alterações contratuais, a ela é acrescida a regulação discricionária, que deve construir uma metodologia de mutabilidade contratual organizada e fundamentada por certos princípios², a saber: boa-fé, confiança legítima, motivação, transparência, eficiência, proporcionalidade, EEF e interesse público (GARCIA, 2017).

Nesse sentido, a teoria dos custos de transação reflete uma teoria contratual sob condições de incerteza e informação assimétrica, em que a aplicação legal das cláusulas contratuais e a sua autoexecutoriedade se complementarizam. Em tal contexto, a jurisdição estatal ou a jurisdição arbitral, conforme o caso, será o instrumento de maior ou menor incentivo para a cooperação eficiente entre os agentes (GALVANI, 2018). Esse reforço

² Princípios e cláusulas gerais propiciam certa abertura hermenêutica ao intérprete. Para que a sua aplicação não se confunda com a adoção de critérios de equidade, proibida para fundamentar a decisão arbitral (cf. será tratado adiante), essas normas abertas não prescindem de instrumentalização por outras regras positivadas (*ex ante* ao surgimento do conflito) para que auxiliem o tribunal arbitral na elaboração da sentença conforme o direito.

é muitas vezes necessário para que as partes lidem com as condutas oportunistas.

Nessa linha, a incompletude contratual resulta da incerteza presente em projetos de infraestrutura a impossibilitar “a contratualização antecipada de todas as ocorrências relevantes” e poderia ser caracterizada sob três perspectivas: “(i) impossibilidade de lidar com eventos imprevisíveis; (ii) dificuldade de antecipar consequências futuras de eventos previsíveis” (ZANCHIM, 2012, pp. 190, 195) e (iii) necessidade de uma instância de heterocomposição de funcionalidade integrativa para o contrato. Isso porque, considerando que “as informações disponíveis no momento da contratualização” são limitadas e insuficientes para a execução do contrato no longo prazo, posturas cooperativas e consensuais reduzem o risco da incompletude, mas não o eliminam por completo (MONTEIRO, 2010, p. 68).

Sob o prisma econômico, o contrato estaria, então, a contribuir para circulação de títulos de valores e para governar, conjuntamente, questões relacionadas ao conhecimento, ao poder e aos interesses, respeitando-se a liberdade contratual, no sentido de optar pelo contrato ou de definir seu conteúdo (liberdade de contratar), e o caráter vinculativo de suas obrigações. O contrato propicia a circulação de riquezas e instrumentaliza as relações jurídicas. Tem-se o contrato como a principal fonte de obrigações, sendo ele, na maior parte dos casos, a única fonte de vinculação válida (ARAUJO, 2007). Esse é precisamente o caso dos contratos administrativos, como o são os contratos de concessão de serviço público em sentido amplo, que englobam as concessões comuns (LGC) e as parcerias público-privadas (LPPPs; Lei nº 11.079/2004).

2.1.2 A abordagem relacional

A análise econômica também admite uma abordagem relacional, referente à forma como as normas e o comportamento das partes no âmbito dos contratos poderiam ser avaliadas (MACNEIL, 2000). Nela se reconhece “a complexidade do jogo de interesse”, mas se propugna pela “ineficácia da intervenção externa”. Nessa abordagem, a melhor alternativa seria adotar o contrato “como quadro procedimental, uma estrutura de

governo que permite encontrar soluções adequadas a problemas radicalmente novos” sem necessidade de ensejar a dissolução do objeto ou o abandono das regras e normativas sobre o instrumento (ARAUJO, 2007, p. 394).

Então, dá-se respaldo para que ferramentas de gestão do contrato criem mecanismos que propiciem a sua flexibilidade e a solução de conflitos fundamentada na situação concreta (no “paradigma do caso concreto”), na centralidade do contrato. Sem prejuízo do uso de cláusulas, princípios e postulados gerais, como o da boa-fé, a decisão integrativa deve considerar os parâmetros materiais, diretrizes ou *standards* do próprio contrato, valorizando “soluções internas e negociais” (ZANCHIM, 2012, pp. 189, 197).

Com efeito, as relações formadas no âmbito dos setores de infraestrutura envolvem contratos complexos, incompletos e com abordagem relacional, isto é, relações duradouras instrumentalizadas com um modelo regulatório diferenciado quando comparado aos contratos administrativos clássicos, na busca de resultados eficientes; trata-se da ideia de governo por contratos ou regulação por contratos, um instrumento relevante para regulação de infraestrutura de redes (GARCIA, 2019, p. 155), mas que não afasta a possibilidade do exercício da regulação discricionária para sanar o problema do natural inacabamento.

Diante das incertezas e do inacabamento contratual, será relevante estabelecer uma estrutura de governança adequada (RICHTER, 2005). Nessa seara, admitir flexibilidade na dinâmica contratual, inserida num contexto de longo prazo e, portanto, naturalmente mutável, seria a mola mestra para assegurar a continuidade dessas relações (GARCIA, 2019).

Assim, o caráter relacional atrelado à característica da flexibilidade possibilita que os contratos disponham de mecanismos internos ou de soluções indicadas no seu desenho regulatório, como as cláusulas de renegociação e de revisão periódicas, para fins de preservar seu equilíbrio e sua estabilidade. Considerando que os contratos incompletos concedem maior abertura discricionária para a Administração Pública, esse fato demandaria necessariamente mais consensualidade, o que impõe regras de

condutas fundadas na “confiança, boa-fé, cooperação, colaboração, ética nas relações e diálogo permanente”. No entanto, em se tratando de contratos públicos, essa flexibilidade para renegociação seria limitada, estando também condicionada à manutenção da estabilidade das relações (GARCIA, 2019, p. 199).

Essa característica relacional é inerente aos contratos de concessão³. Com efeito, esses contratos são propícios ao uso de meios consensuais de conflitos, e, quando tais mecanismos são insuficientes para solução dos problemas, a adoção de mecanismo heterocompositivo alternativo ao Judiciário, ou seja, da arbitragem, que, na sua origem, também não prescinde de certa consensualidade, mostra-se interessante. Feitas essas considerações teóricas, passa-se à análise do uso de posturas consensuais no âmbito dos contratos de infraestrutura.

2.2 Administração Pública consensual e meios adequados para solução de conflitos

2.2.1 A abordagem teórica do consensualismo na Administração Pública

A natureza complexa, relacional, em rede, incompleta e flexível dos contratos de concessão de infraestrutura, fundamentais para regulação de atividades exercidas em regime de monopólio natural, enseja a necessária ponderação sobre a consensualidade no campo dos contratos administrativos. Há necessidade de instituições voltadas para a prevenção e a composição dos conflitos, a possibilitar a competição sadia ou a regulação que lhe faça as vezes, num ambiente de cooperação. Sob essas premissas,

³ De acordo com a novel premissa administrativa, a “concessão se converteu em um instrumento consensual de articulação de interesses entre o Poder Público e diversos polos de interesses de particulares”. Ela regula “múltiplos, complexos e diversificados direitos, durante longo prazo” e, por isso, assume um caráter relacional, em que deverá existir “um acordo multipolar, um pacto horizontal de colaboração e associação” (MARQUES NETO; 2015, p. 383). Abre-se um processo democrático e participativo para a elaboração dos editais, em sua maioria, regulados por *performance*, por meio do qual os agentes econômicos podem contribuir para o estabelecimento de parâmetros relativos ao projeto, às metas, aos aspectos remuneratórios e a todas as demais circunstâncias com reflexos substantivos para o contrato, favorecendo um ambiente de colaboração recíproca (GARCIA, 2019).

esta seção visa abordar a concepção consensualista, enquanto novo paradigma do direito administrativo, que impõe uma abordagem diferenciada para a governança pública e para a governança dos contratos de infraestrutura de natureza relacional.

A adoção de posturas consensuais pela Administração Pública, embora recomendável e prevista em diversos diplomas normativos, ainda encontra certa relutância na prática. O imbróglio remete para a aplicação metodológica dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, avaliada *prima facie* e *ex ante*, bem como da ideia da irrenunciabilidade das prerrogativas públicas (art. 2º, par. ún., II, da Lei de Processo Administrativo Federal – LPA) (ÁVILA, 2001; PALMA, 2015).

São dogmas questionáveis sob o prisma de seus “fundamentos jurídico-positivos de validade” e da proporcionalidade. Isso porque foram instituídos a partir de uma presunção muitas vezes contraditória em relação a “outras normas-princípios”, como é o caso das garantias fundamentais constitucionalmente asseguradas. O interesse público e o interesse privado são objetos autônomos, interligados em abstrato, cuja ponderação deve resultar de “uma análise sistemática” e, sobretudo, empírica e em concreto (ÁVILA, 2001).

Por outro lado, o princípio da proporcionalidade impõe a verificação da necessidade, da adequabilidade entre meios e fins e da proporcionalidade em sentido estrito (relação de proporção entre meios e fins ou “condição negativa” desse princípio) da suposta exigência de que a atuação administrativa seja sempre e em qualquer circunstância fundada naquelas premissas. Por trás da discussão sobre a realização de acordos administrativos, estão as ponderações quanto ao uso da autoridade estatal e a velha dualidade autoridade/liberdade (PALMA, 2015, p. 199). Seguem também questionamentos sobre a motivação teórica da diferenciação de regimes aplicáveis à Administração Pública e aos particulares, quando partes de um contrato (ALMEIDA, 2017).

Deve-se considerar prejudicada a possibilidade de aplicação do “princípio” da supremacia como fator motivacional isolado da atuação

administrativa em razão dos aspectos que envolvem a retórica da sua utilização. Nessa retórica se utiliza da sua indeterminabilidade abstrata (ÁVILA, 2001) ou do conteúdo indeterminado do seu conceito (PALMA, 2015). E, então, considera-o inconciliável com o reconhecimento de interesses privados. No entanto, estes últimos também seriam indissociáveis dos fins do Estado e, portanto, da formulação de políticas públicas. A retórica fundada no princípio da supremacia seria incompatível com determinados postulados normativos extraídos da Constituição (CF/88), máxime a ideia de proporcionalidade, como já referida, e o postulado da concordância prática (enquanto condição positiva que se relaciona à máxima concretização de bens e interesses jurídicos tutelados).

A proporcionalidade seria “uma condição mesma da realização do Direito” (ÁVILA, 2001), na medida em que não se consegue deduzir um interesse unívoco, definível aprioristicamente sem análise da situação concreta, no contexto de uma sociedade fragmentada (PALMA, 2015) e de interesses multipolares (ÁVILA, 2001).

A ideia de proporcionalidade tem permitido a prática do consensualismo na Administração Pública. Surgem severos questionamentos à tradicional retórica de funcionalidade do Direito Administrativo sob o prisma da supremacia do interesse público, enquanto parâmetro metodológico, para propiciar a realização dos fins do Estado, para colocá-la em xeque, tanto sob premissas racionalizadas pela ideia de solidariedade e justiça redistributiva quanto por ideias consequencialistas e pragmáticas.

Nesse quadro, defende-se a erosão do princípio da supremacia do interesse público, que deixaria de ser um atributo permanente da Administração Pública para se tornar uma prerrogativa concedida pela lei e caso a caso. Passa-se a defender que a ideia de supremacia e unilateralidade deve ser substituída pela noção de consenso e bilateralidade (ALMEIDA, 2017). Cria-se abertura para que os próprios contratos informem os mecanismos mais adequados para a resolução de conflitos de forma consensual (ALENCAR, 2019), e, se não fizerem, persiste espaço normativo

para que as partes transacionem ao longo de sua execução (Leis nºs 13.140/2015; 9.307/96 e 8.987/95)⁴.

Nesse quadro, a ideia de consenso passaria a integrar o conceito de juridicidade. Trata-se de um conceito mais amplo do que o de legalidade. Ele abarca a interpretação de escolhas constitucionais, inclusive o princípio da eficiência (OLIVEIRA; SCHWANKA, 2008), com respeito às opções do legislador ordinário, e a busca pela realização de valor público na execução de políticas públicas.

A proposta moderna de atuação administrativa, sobretudo, de Agências Reguladoras é realizada sobre novas bases, procurando reduzir o escopo de antigos dogmas metodológicos como a supremacia e a indisponibilidade do interesse público. Busca-se o alcance de resultados e atuação integrada e concertada das capacidades estatais. Na Administração Pública por resultados, a reserva da lei deve se coadunar com as premissas consequencialistas do Direito Econômico numa ponderação de interesses entre eficiência e legalidade, que sobreleva a margem de discricionariedade administrativa e abre grande espaço para a técnica (ARAGÃO, 2004).

Como consequência, os reiterados conflitos, nos quais a Administração Pública se envolve, devem ser dissipados, observados os postulados de mínima processualização e duração razoável dos processos, prioritariamente, no âmbito administrativo. Nessa toada, o sistema multiportas seria promissor (FREITAS, 2017), inclusive o mecanismo da arbitragem.

⁴ No campo do Direito Administrativo, a ideia de consensualidade começa a ganhar fôlego a partir da década de 1990, quando tem início um cenário de ampliação normativa prevendo mecanismos consensuais (PALMA, 2015), sendo, progressivamente, desenhadas autorizações legais expressas para possibilitar a adoção, sem resistências, de soluções consensuais pela AP (ALENCAR, 2019). Nesse plano normativo, há grande reforço a partir da primeira metade dos anos 2000, em especial no âmbito do exercício do poder normativo das agências reguladoras, considerando, ademais, os clamores por “celeridade e eficácia das decisões processuais” (PALMA, 2015, p. 192). Sem pretensão de esgotar o tema, são exemplos de diplomas normativos que apresentam soluções consensuais a Lei nº 9.496/97 (celebração de acordos pela AGU), a Lei nº 13.140/2015 (CPC), a Lei nº 11.079/2004 (PPPs) e a própria LGC, com previsões normativas nos arts. 23, XV, e 23-A.

A Administração Pública não renuncia a suas prerrogativas construídas a partir do princípio da supremacia do interesse público (imperatividade e exorbitância), apenas o alcance da ideia de interesse público é ressignificado. Admitem-se posturas consensuais e, portanto, a prática de atividades originariamente privadas no âmbito da Administração Pública, desde que conformadas com o princípio da eficiência (PALMA, 2015), expressamente mencionado no *caput* do art. 37 da CF/88, sob bases empíricas.

Com efeito, o princípio da eficiência permite que a Administração Pública realize uma análise de custo/benefício, para cada atividade que desempenha, entre privilegiar o uso das suas prerrogativas imperativas e/ou exorbitantes ou praticar atos administrativos consensuais alinhados em processo administrativo (PALMA, 2015) que permita a concertação de interesses⁵. Com isso, reconhece-se que não é apenas por meio do uso do poder de império que a Administração Pública alcança o interesse público, o qual, em conformidade com a ideia de governança pública, será atingido quando houver geração de valor público ou de resultados.

Parâmetro seguro para motivação da Administração Pública quanto às posturas consensuais *ex post* seria aquele referendado no art. 85 da Lei nº 12.529/2011 ao disciplinar o termo de compromisso de cessação (TCC) de conduta em matéria antitruste. A consensualidade se justifica na medida em que atende interesses endereçados pela lei, algo mais específico do que a vaga ideia de interesse público. Significa que o interesse público atendido é aquele ditado pelo legislador ordinário e se relaciona diretamente ao desenho da política pública a ser executada sob o prisma da eficiência. A realização do acordo será válida e eficiente na medida em que internalize os

⁵ O STF (2002) reconheceu a juridicidade de posturas consensuais ao referendar a atenuação do princípio da indisponibilidade se a transação administrativa for a melhor forma de atingimento do interesse público. A doutrina também tem reconhecido que os poderes exorbitantes não poderiam ser exercidos apenas com fundamento na previsão legal; são necessários o planejamento contratual e a definição das hipóteses em que essa prerrogativa seria utilizada (REISDORFER, 2015) ou a sua justificativa, fundada em preceitos de eficiência e com delimitação objetiva das suas condições, submetendo-se a regulação discricionária ao crivo da avaliação democrática (ZANCHIM, 2012).

valores constitucionais e a diretriz legislativa referente a determinada política pública⁶ (PALMA, 2015).

As práticas administrativas consensuais formalizam o concurso de vontades entre Administração Pública e sociedade, podendo se apresentar como um contrato ou acordo. Porém, os mecanismos de pactuação têm se diversificado em prol da atuação concertada ou “administração concertada” (MOREIRA NETO, 2003b), concepção de caráter mais amplo. Ela designaria modelos organizacionais contemporâneos de ação administrativa, possibilitando a construção de atividades consensuais e negociais, a realização de projetos conjuntos entre particulares e a Administração Pública e a melhor adequação casuística dos meios de solução de conflitos (MOREIRA NETO, 2003b).

2.2.2. O consensualismo nas concessões de infraestrutura

O consensualismo em sede de contratos pode ser bastante útil para manter os negócios jurídicos, sobretudo em contratos de concessão com obras de infraestrutura.

As práticas consensuais também permitem que a solução de conflitos seja mais célere, o que é relevante, principalmente, em casos de conflitos em torno da EqEF desses contratos. A mora – por conta do litígio ou pela conduta da Administração Pública – em reequilibrar o contrato poderá ensejar a ruína do projeto concessionário (MOREIRA, 2010b). O decurso de tempo incrementa a acumulação de custos e torna mais difícil a sua recuperação, seja pela delonga na solução ou pela inexistência de alternativas no mercado. Como consequência, a parte pode ficar fragilizada e sujeita às pressões da contraparte, tanto para renegociar quanto para recusar a renegociação, a depender das circunstâncias. Assim, a disciplina que integra a ordem jurídica contratual é importante para manutenção do

⁶ No caso do TCC, por exemplo, as finalidades públicas a serem atingidas seriam a livre iniciativa, a livre concorrência, a função social da propriedade, a defesa do consumidor e a repressão ao abuso de poder econômico, conforme o art. 1º da Lei nº 12.529/2011 (PALMA, 2015).

bem-estar dos *stakeholders*⁷ por meio de incentivos à celeridade das negociações e ao cumprimento das obrigações contratuais.

Quanto mais rápido o desfecho do conflito a garantir a manutenção ou a continuidade dos serviços públicos em condições adequadas, menores serão os impactos para a sociedade. Com efeito, a solução mais eficiente para os casos de inadimplemento contratual *ex ante* seria a renegociação (ARAÚJO, 2007). Esta poderia abranger o objeto substantivo do litígio ou o acordo quanto ao endereçamento do conflito a terceiros que possam auxiliar na sua composição, com ou sem solução adjudicada.

Embora as partes busquem estabilidade e segurança jurídica nas relações, a mutação é essencial e inerente aos contratos de concessões (GARCIA, 2017). A característica da mutabilidade adere à persecução dos fins coletivos e estatais definidos em políticas públicas (FUX; MAGALHÃES, 2017), mas produz conflitos nas relações de longo prazo.

As negociações serão mais ou menos incentivadas conforme os custos de oportunidade esperados (FUX; MAGALHÃES, 2017), mas conter o litígio ou administrá-lo de modo eficiente é também meio para atender o interesse público (GARCIA, 2016). As partes poderão manter ou recompor o equilíbrio contratual, pelo mútuo acordo (ALENCAR, 2019), com instrumentos de autocomposição, como a transação, a submissão ou a renúncia (NEVES, 2016), formalizados a partir de soluções consensuais ou negociadas (ALENCAR, 2019; SCHREIBER, 2018), como a negociação direta, a conciliação ou a mediação (ALENCAR, 2019).

Essa postura encontra respaldo na perspectiva econômica do direito, funcional e instrumental (DRESCH, 2008) para a maximização do bem-estar (POSNER, 1986) ou para a eficiência econômica. O contrato deve ser facilitador das transações do mercado, reduzindo os custos de transação

⁷ Segundo Araújo (2007, p. 115), os contratos têm formas de externalização que ensejam efeitos sobre os *stakeholders*, “ou seja, sobre a posição daqueles que, não sendo titulares das empresas e por isso não sendo formalmente parte nas relações que se estabelecem entre as empresas”, ainda assim teriam “um interesse nessas relações que é juridicamente reconhecido como relevante”. Trata-se de uma alteração na teoria das relações jurídicas, que avança para o direito público, a admitir, também nesse campo, uma “ampliação cognitiva” para o entendimento dos “vínculos jurídicos” formados entre públicos e privados.

para a melhor alocação de recursos ou redução das intervenções judiciais segundo a ideia de eficiência econômica proposta por Coase (TIMM, 2008; COOTER; ULEN, 2016).

Se, como regra, a solução que põe fim ao negócio jurídico não é a que atende o interesse comum das partes contratantes (e não seria, também, uma solução eficiente), a doutrina mais tradicional também refuta a revisão do contrato porque objetiva à intervenção do Poder Judiciário nos acordos privados (SCHREIBER, 2018). Haveria, porém, entre uma (revisão) e outra medida (resolução do contrato), para a doutrina vanguardista, remédios inovadores⁸ que, se aplicados de forma adequada, estimulariam às partes contratantes endereçar diretamente o problema do desequilíbrio, utilizando a intervenção judicial de forma subsidiária. Tratar-se-ia do dever de renegociação para casos de desequilíbrio superveniente (SCHREIBER, 2018).

Se previstas as cláusulas de *hardship*, surgiria a obrigação de renegociar em determinadas circunstâncias, e deixaria de ser imprescindível a avaliação quanto à imprevisibilidade ou excepcionalidade do evento ou sobre os riscos próprios do negócio para se proceder à renegociação (MARTINS-COSTA, 2010). Essa, inclusive, tem sido a abordagem proposta por alguns administrativistas de vanguarda, a exemplo de Moreira (2020)⁹.

A possibilidade de renegociação ou de revisão contemplaria também o “desequilíbrio contratual transcendente”, a ex. do desequilíbrio causado por eventos previsíveis ou por acontecimentos não previstos em cláusulas de revisão ou de renegociação. A disciplina da revisão do contrato, nesses

⁸ São mecanismos adaptativos, que, embora não automáticos, facilitam a revisão dos contratos, entre eles as cláusulas de renegociação. Elas permitem a acomodação dos pactos às circunstâncias, possibilitando às próprias partes recompor o equilíbrio contratual prejudicado por evento exógeno gerador de rigor substancial a um ou a ambos os contraentes. Exemplo clássico é a cláusula de *hardship* (MARTINS-COSTA, 2010).

⁹ Para Moreira (2020), haveria, para a AP, o poder-dever de tentar renegociar em casos de conflito para prevenção de litígios e soluções mais adequadas e eficientes. Já para Palma (2015), o que se teria é o poder-dever de ponderação, no caso concreto, quanto à solução mais eficiente: o uso da exorbitância ou o uso do consenso, estando essa escolha no âmbito da discricionariedade administrativa motivada.

casos, não seria apenas contratual (uma obrigação), mas, sobretudo, *ex lege* (um dever legal) (SCHREIBER, 2018; MOREIRA, 2020 *apud* TCU, 2020a).

Por esse dever, a parte onerada informaria, imediatamente, a contraparte sobre o desequilíbrio verificado, seguindo-se ao pleito de renegociação com a proposta de reequilíbrio ou, conforme o caso, respondendo a que tenha recebido nesse sentido¹⁰ (SCHREIBER, 2018).

Em todo caso, como nem sempre as partes conseguem encontrar soluções autodisciplinadas, torna-se importante ambientar, na regulação por contratos, meios alternativos ou adequados para solução de conflitos (MASC), tais como aqueles inseridos no sistema multiportas: “a conciliação, mediação (Lei nº 12.140/2015) e arbitragem (Lei nº 9.307/1996), para solução de conflitos *ex post*” (GARCIA, 2019a, p. 153) e os *dispute boards*.

Esses mecanismos alternativos¹¹, adequados e, por vezes, não adversariais serão especialmente relevantes em caso de conflitos derivados de riscos extraordinários ou incertezas cuja repartição integrará o custo de transação *ex post* (FUX; MAGALHÃES, 2017). É o caso de conflitos em torno da EqEF dos contratos, cujas cláusulas somente poderiam ser alteradas mediante concordância do contratado¹² (art. 58, §1º, da Lei Geral de Licitações – LGL).

¹⁰ Essa racionalidade é muito próxima das novas cláusulas contratuais inseridas na matriz de risco dos contratos de transmissão a partir de leilões realizados em 2017 que estariam a definir “uma espécie de *devido processo da mutabilidade*” (GARCIA, 2017, p. 428). Será dedicado capítulo específico para a análise dos contratos de concessão.

¹¹ A adoção de MASC tem sido incentivada, mas nem todos são otimistas quanto à sua eficácia ou assertividade. Sustenta-se que os acordos asseguram a pacificação social, mas impediriam a realização da justiça, pois a utilização dos ADRs partiria erroneamente do pressuposto de que as partes em conflito estariam em situação de igualdade. Então, posturas consensuais teriam eficácia limitada na aplicação do direito, sobretudo, quando se tratar de erradicar condutas discriminatórias sobre grupos menos favorecidos (FISS, 1984; cf. também ALLEN, 2009).

¹² Porém, se o conflito é levado a instâncias heterocompositivas, a recomposição admitiria soluções diversas (redução das prestações, alteração do modo de execução do contrato etc.), desde que não se desnature a prestação original (art. 313 do CC/2002); o julgador deveria envidar padrões objetivos para readequar o ajuste, partindo da proposta sugerida pelas partes (art. 479 do CC/2002), a fim de atingir os critérios ideais de revisão (DIAS; 2017).

Esses conflitos originam-se, em grande medida, a partir da superveniência de alterações nas circunstâncias em que o pacto foi firmado. Assim, os MASC são reconhecidamente facultados à Administração Pública (a ex. do que dispõe a Lei nº 13.140/2015), e sua utilização pode ser legitimamente pleiteada pelos particulares. Admite-se o uso da negociação direta, da mediação, dos *dispute boards* e da arbitragem, quando essas soluções se mostrarem mais adequadas à composição do litígio para o caso concreto, alternativamente à sua submissão ao Judiciário¹³.

Este trabalho, no entanto, volta-se ao estudo da arbitragem. Assim como os demais MASC, a arbitragem não concorre ou desprestigia a jurisdição estadual¹⁴; são meios igualmente relevantes de acesso à justiça (FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019).

Além de funcional à manutenção dos negócios jurídicos, destacada pela especialização dos árbitros, redução de custos e agilidade do rito, a arbitragem instrumentaliza valores constitucionais voltados para a Administração Pública, em especial o princípio da eficiência (art. 37, *caput*, da CF/88) e o direito fundamental à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF) (SOUZA JUNIOR, 2005). Será alternativa facultada às partes, e a sua utilização está geralmente atrelada à especialização da matéria conflitante, à sua adequação em face da natureza e à complexidade do conflito ou do contrato do qual o conflito deriva (FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019).

Assim, passa-se a considerações sobre o instituto e a possibilidade do uso desse mecanismo nas concessões de serviço público, com enfoque no segmento de transmissão.

¹³ A sugestão não é ingênua. Reconhece-se a possibilidade de que condutas oportunistas provoquem o litígio.

¹⁴ Não há desprestígio às funções jurisdicionais exercidas pelo Judiciário. Prevalece o princípio da mínima intervenção (*self-restraint*), como medida de segurança jurídica, mas o Judiciário é chamado a atuar de forma complementar, sem prejuízo da valorização da competência do árbitro (princípio da competência-competência). (cf. FICHTNER *et al*, 2019; MAZZOLA, 2019)

2.3 A arbitragem envolvendo a Administração Pública

2.3.1 A arbitragem enquanto meio alternativo de solução de conflitos

A arbitragem está prevista na Lei nº 9.607/96 (Lei Brasileira de Arbitragem – LBA). É meio alternativo ao Poder Judiciário, utilizado em função da escolha autônoma das partes envolvidas num litígio, com vínculo negocial entre si, que, pelo consenso, endereçam seu conflito ao julgamento do tribunal arbitral (KROETZ, 1997). Cuida-se de mecanismo de jurisdição privada, que pode ser utilizado por pessoas em geral, inclusive as que integram a Administração Pública, quando houver contrato ou cláusula determinando sua aplicação (SUNDFELD; CÂMARA, 2008).

Destacando importantes características do instituto, como autonomia das partes, a confiança no julgador privado e a competência para julgamento fundada numa convenção, Fouchard, Gaillard e Goldman (1999) informam que os poderes dos árbitros derivam de um acordo privado, e não das autoridades do Estado. Esse acordo vincula a atuação e o poder decisório do tribunal arbitral. Por meio do mecanismo heterocompositivo, o sujeito privado exerce o poder jurídico de compor uma controvérsia, proferindo decisão com efeitos jurisdicionais (JUSTEN FILHO, 2016), nos limites da convenção de arbitragem, mas com natureza autônoma e definitiva.

São elementos inerentes ao instituto: a sua adequabilidade para solução adjudicatória¹⁵ de conflitos, a autonomia privada das partes, a existência de um terceiro imparcial com poderes de decisão, a formação de coisa julgada material (FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019, p. 33; STJ, 2014; CAHALI, 2018; SOUZA JUNIOR, 2005).

Assim, o instituto tem origem contratual, com caráter voluntário, mas natureza jurisdicional. A decisão das partes tem consequências práticas. Convencionada a atribuição do tribunal arbitral para dirimir conflitos, não mais se pode dispor dos efeitos dessa escolha (KROETZ, 1997); não se admite

¹⁵ Nesses termos, a decisão arbitral terá os mesmos efeitos da sentença judicial, assumindo natureza de título executivo judicial (art. 31 da LBA e art. 515, VII, do CPC/2015).

denúncia ou renúncia unilateral. Não há permissão para arrependimentos, pois a convenção assume caráter obrigatório¹⁶. Destaca-se que a obrigatoriedade deriva da opção das partes por solucionar litígios pela arbitragem, o que enseja a derrogação da jurisdição estatal (FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019; STJ, 2012; KROETZ, 1997).

No Brasil, a arbitragem ganha fôlego a partir da edição da LBA e, principalmente, com a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF, 2001) pela constitucionalidade dessa lei (BARALDI, 2016; ESTEFAM, 2019; SENA, 2005). Assim, sob os auspícios da terceira onda renovatória do processo civil e do movimento de acesso à justiça (FIGUEIRA JÚNIOR, 1997b), em 1996, dá-se início a modificações no ordenamento jurídico brasileiro, com o avanço do instituto da arbitragem e de toda a conjuntura instrumental de pacificação social (FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019). Portanto, a arbitragem insere-se no contexto de processualização dos contratos administrativos ou de consensualidade de 2º grau, incorporando-se como mecanismo adequado de solução de controvérsias, inclusive, na seara administrativa (MONTEIRO, 2012).

A arbitragem tornou-se, assim, reconhecidamente um meio alternativo de solução de conflitos e, desse modo, um procedimento legalmente adequado de solução de controvérsias que envolvam direitos patrimoniais disponíveis em alternativa ao Judiciário (BRASIL, 2020b).

2.3.2 O uso da arbitragem pela Administração Pública: arbitrabilidade subjetiva, vantagens da arbitragem e custos de transação

Tem-se apontado, como marco da arbitragem com a Administração Pública, o caso Lage de 1973 (STF, 1974). Na seara das Agências Reguladoras, em 2017, a Agência Nacional do Petróleo (ANP) – com fundamento na sua Lei de Criação (Lei nº 9.478/97, art. 43, X) e, posteriormente, na Lei nº

¹⁶ Em julgado recente, o STJ admitiu a renúncia tácita por conduta contrária à boa-fé objetiva da parte que opôs exceção de cláusula arbitral (STJ, 2020).

11.909/2009, art. 21, XI¹⁷ – foi pioneira. A fim de aprimorar as rodadas de licitação, abriu audiência pública objetivando receber contribuições sobre a redação das cláusulas arbitrais de minutas de contratos de concessão para a exploração e a produção de petróleo e gás natural (ANP, 2017).

Contudo, o uso da arbitragem não foi matéria pacífica no âmbito da Administração Pública; não se reconhecia a possibilidade de utilização do mecanismo, sendo que, mesmo com a edição da LBA, o debate continuava acirrado, a pretexto de que tudo aquilo que pudesse ser associado à Administração seria, por decorrência lógica, indisponível (STJ, 2008).

Invariavelmente, o Tribunal de Contas da União (TCU) manifestava-se contrário ao uso da arbitragem pela Administração Pública¹⁸, assim permanecendo mesmo depois de 2005, quando a Lei nº 11.196 incluiu o art. 23-A na LGC¹⁹. Posteriormente, o TCU (2013b) considerou possível a inserção de cláusula arbitral em contratos firmados pela Petrobras, desde que houvesse justificativa técnica e econômica para essa opção. A essa altura, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ, 2007) já era favorável à arbitragem com sociedades de economia mista.

Em 2015, a LBA foi alterada para permitir a utilização da arbitragem pela Administração, colocando uma pá de cal na celeuma doutrinária e jurisprudencial existente sobre os limites subjetivos da arbitragem (MARRARA; PINTO, 2018). A convenção de arbitragem, embora autônoma ao contrato, é cláusula contratual como qualquer outra; a funcionalidade da autorização legal específica, conferida pela Lei nº 13.129/2015 e por normativos setoriais, para a AP convencionar sobre a arbitragem pôs fim ao

¹⁷ Essas leis trazem disposição sobre a necessidade de indicar regras sobre meios de solução de controvérsias nos contratos de concessão, inclusive a arbitragem.

¹⁸ cf. Decisões nos 286/93, 763/94, 394/95-Plenário; Acórdãos nos 584/2003, 537/2006-2ª Câmara, e nos 587/2003, 631/2003, 1.271/2005, 1.099/2006, 2.573/2012-Plenário. O entendimento mais recente do TCU é favorável ao uso da arbitragem, cf. Acórdão nº 3.160/2020-Plenário.

¹⁹ Esse artigo possibilitou expressamente o uso da arbitragem para compor conflitos derivados das concessões.

imbróglio da divergência a respeito da ofensa ao princípio da legalidade²⁰ e da incidência de dogmas metodológicos como os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público.

A controvérsia, que envolvia, a pretexto da ilegalidade, aspectos referentes à arbitrabilidade subjetiva (quem pode ser parte na arbitragem), girava, também, em torno do alcance da arbitrabilidade objetiva (que matérias seriam arbitráveis) sob o prisma da supremacia do interesse público. Portanto, antes da edição da Lei nº 13.219/2015, a controvérsia se fundava na ideia de que litígios envolvendo a Administração Pública (direta ou indireta) não atenderiam o requisito objetivo de arbitrabilidade, isto é, a disponibilidade do direito, considerando o próprio princípio matriz do regime jurídico administrativo: o da indisponibilidade do interesse público (SUNDFELD; CÂMARA, 2008).

Isso era, em verdade, uma falácia, pois a ideia de indisponibilidade é pressuposto hermenêutico-metodológico que não encontra norma positivada (PALMA, 2015; ÁVILA, 2001) e, assim, não expressa dever ou proibição, não tem natureza de regra. Desse modo, o argumento criava amarras desnecessárias à atuação administrativa. Nessa linha, refutava-se a possibilidade de que a arbitragem tivesse por objeto determinadas matérias, como, por exemplo, a prestação de serviços públicos (SUNDFELD; CÂMARA, 2008).

A despeito da tendência favorável do STJ ao uso da arbitragem pela Administração Pública, o cenário era adverso até 2015, quando a lei gerou incentivos positivos para as partes, propiciando maior segurança jurídica para a inserção de cláusula arbitral nos contratos de concessão de serviços públicos. A convenção da arbitragem em contratos administrativos reflete a gradativa superação daqueles dogmas que eram de pouca funcionalidade. Eles não eliminavam eventuais conflitos de interesse entre o administrador público e a Administração nem criavam incentivos apropriados ao

²⁰ Parcela da doutrina, antes mesmo da reforma, defendia a desnecessidade de autorização específica, bastando a lei de 1996 que referenciou o mecanismo no ordenamento jurídico brasileiro (ARAGÃO, 2010; CAHALI, 2018; FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019; BONICIO, 2015).

investimento privado em setores de infraestrutura, como o de energia (TIMM; SILVA; RICHTER, 2018).

A previsão é de cunho genérico, mas suficiente para abarcar qualquer ente da Administração Pública, inclusive as Agências Reguladoras, sobretudo se considerada a autorização expressa no art. 23, XV, da LGC para seu uso nas concessões (SILVEIRA, 2018). A arbitragem transformou-se em tendência moderna nos contratos administrativos complexos, mas recentemente a Nova Lei de Licitações trouxe também dispositivo (art. 150) para possibilitar a inserção de cláusulas consensuais em contratos administrativos comuns, inclusive, para prever a arbitragem²¹.

Então, sob o prisma subjetivo, podem se utilizar da arbitragem todas as pessoas capazes de contratar (art. 1º, da LBA; arts. 1º, 3º, 4º, 40 e 851 do CC/2002), mas, para os litígios em que a Administração Pública é parte, a arbitrabilidade subjetiva relaciona-se, precipuamente, à competência administrativa (art.1º, §2º, da LBA). A ausência de arbitrabilidade subjetiva, no campo administrativo, refere-se à falta de atribuição, conferida por lei, para a prática do ato. É, de modo geral, orientada por regras de competência, e não propriamente de capacidade civil, relacionando-se, sob o aspecto objetivo, a razões de interesse geral ou de ordem pública interna (TAWIL, 2007).

Ultrapassadas as discussões dogmáticas, é reconhecida a importância do uso da arbitragem pela AP para atração de investimentos em infraestrutura (TIMM; SILVA; RICHTNER, 2018). São inúmeras as vantagens para o uso do instituto em litígios envolvendo a Administração, sendo muito comum a referência à horizontalidade do procedimento em face dos privados, a gerar confiança no alcance de decisões justas para as partes (FERREIRA NETTO, 2008).

²¹A questão vem sendo objeto de destaque pela doutrina. Cita-se, a título ilustrativo, Oliveira (2020): “No campo da resolução de conflitos, o novo texto legal ratificará a tendência de utilização de meios adequados (ou alternativos) de solução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem, na forma já verificada em leis especiais (exemplos: Lei 9.307/1996, alterada pela Lei 13.105/2015; artigo 23-A da Lei 8.987/1995; artigo 11, III, da Lei 11.079/2004)”.

Os contratos são como “termômetros da economia”, e seu cumprimento refere-se aos custos do seu adimplemento ou inadimplemento. Sempre haverá o risco de agentes potencialmente oportunistas sentirem-se incentivados à quebra dos acordos, máxime os de longo prazo, cujo desenho negocial tende a ser lacunoso e incompleto. Nesse passo, é necessário que o direito implemente políticas públicas para reforçar o poder de barganha das partes e valorizar a manutenção dos contratos (TIMM; SILVA; RICHTER, 2018), conferindo-se acesso a fórmulas mais expeditas de solução das pendências (STF, 2001).

O estímulo a práticas cooperativas e consensuais, inclusive ao uso do instituto da arbitragem, funcionaria como elemento condutor da formalização de negócios mais seguros sob a perspectiva dos investidores (TIMM, SILVA, RICHTER, 2018). Nesse sentido, a arbitragem afigura-se útil para garantir a regularidade da execução dos serviços públicos concedidos (DALLARI, 1995). Ela se torna um mecanismo de *enforcement*, para atração de investimentos em setores de infraestrutura, inserindo-se no escopo das melhores práticas regulatórias.

Pode-se dizer que a convenção de arbitragem nos contratos administrativos, inclusive nas concessões, reduz os custos de transação porque (i) transforma o contrato em meio mais adequado para otimização de recursos ao torná-lo mais dúctil e flexível; (ii) trabalha com a racionalidade limitada e desestimula o oportunismo; (iii) gera incentivos para o seu cumprimento; (iv) permite maior celeridade na composição dos conflitos (TIMM; SILVA; RICHTER, 2018, pp. 15-20; PUGLIESE; SALAMA, 2008; GONÇALVES, 2010; NÓBREGA, 2011; JUNQUEIRA, 2019); (v) incrementa as possibilidades de atingir uma situação *second best* de eficiência (NÓBREGA, 2011, p. 117).

Sabe-se que são características da arbitragem, apontadas como vantagens para a sua utilização, inclusive por entes públicos: a neutralidade, a especialidade, a flexibilidade, a celeridade do foro e a eficácia transnacional da sentença. Além dessas vantagens, aponta-se a possibilidade de atribuição de maiores poderes ao tribunal arbitral do que normalmente se

poderia deferir ao juiz togado²² e a segurança de se ter o mesmo julgador durante todo o processo (FICHTNER *et al* 2019). No âmbito interno, especialmente quando envolve a Administração Pública e seus complexos contratos de infraestrutura, são relevantes aspectos a especialidade e a celeridade.

Consideradas as características econômicas das concessões de serviços públicos e técnicas da arbitragem, a convenção, se prevista no edital, refletirá na configuração da matriz dos contratos ao reduzir os riscos de inadimplemento (JUNQUEIRA, 2019). A cláusula arbitral integraria a EqEF do contrato de concessão ao permitir que o terceiro imparcial, equidistante das partes, venha integrar e suprir as lacunas inerentes à incompletude desses contratos (TIMM; SILVA; RICHTER, 2018).

Nas concessões de transmissão, não há previsão de uso da arbitragem para solução de controvérsias, mas isso não deve ser empecilho para que se faça essa opção²³. É provável, até mesmo, que a Administração Pública melhor realize o seu múnus convidando o concessionário “a resolver as controvérsias de direito e de fato perante o juízo arbitral” em vez de prolongar o processo administrativo (CAVALCANTI, [s.d] *apud* GRAU, 2002). A LBA admite tanto a convenção firmada *ex ante* (cláusula compromissória) quanto a convenção firmada *ex post* (compromisso arbitral).

Portanto, a ausência da cláusula arbitral no contrato de transmissão não impede *per se* a celebração do compromisso de arbitragem α

²² Para incidência do direito material, essa premissa é válida para arbitragens privadas. A flexibilidade do instituto quando a Administração é parte é mitigada quanto ao critério de julgamento, que demanda a observância de normas de ordem pública e as regras do direito positivo brasileiro, sendo possível flexibilizar aspectos procedimentais.

²³ Salles (2011, p. 257) diverge para defender a necessidade de que a convenção tenha constado do edital. A celeuma fora objeto de emenda no projeto de reforma da LBA para a edição da Lei nº 13.129/2015; propunha-se emenda ao art. 1º, §1º, da LBA para que essa fosse uma condição da arbitragem (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2014), inobstante a existência de precedente judicial (STJ, 2012b) que não criava esse tipo de amarra. Eventual aprovação dessa emenda representaria um retrocesso; exagerada restrição ao uso da arbitragem (CAHALI, 2018).

*posteriori*²⁴. Como nos contratos de concessão de transmissão não há cláusula arbitral ou cláusula compromissória, qualquer disputa que venha a ser submetida a arbitragem dependerá da celebração do termo de compromisso na superveniência do litígio.

Os princípios da juridicidade e da eficiência (art. 37, *caput*, da CF), aplicados ao caso concreto, podem motivar a convenção arbitral *ex post*, competindo ao gestor público o dever de verificar, diante do caso, qual a medida mais adequada para se alcançar a finalidade legal ou a política pública endereçada pelo legislador. É ônus da Administração Pública atuar e se posicionar ante os problemas a ela submetidos. Ao apreciar as circunstâncias presentes, analisar a hipótese concreta, decide sobre a melhor providência a ser tomada (SALLA, 2014): a negociação pelo consenso, o compromisso arbitral ou a litigância estatal.

Considerando a incerteza do porvir (ZANCHIM, 2012) e o caráter mutável e flexível das concessões (GARCIA, 2019) que refletem no inacabamento contratual, haverá necessidade de posturas consensuais e de cooperação em benefício de todos os *stakeholders*. Por outro lado, a opção em concreto pelo uso da arbitragem, assim como ocorre nos demais mecanismos consensuais utilizados pela Administração, remete à ideia de funcionalidade do acordo (PALMA, 2015) para a implementação da política (art. 6º do Dec. nº 10.025/2019).

²⁴ Para ilustrar, cite-se o En. 2 da I Jornada Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios (JPSSL). Há previsão de que a AP pode celebrar compromisso arbitral. Relativamente ao setor de transporte, indica-se a edição da MP nº 752/2016, convertida na Lei nº 13.448/2017, que explicitou a viabilidade de a Agência Reguladora firmar compromisso arbitral para resolução de controvérsia na superveniência de litígios referentes a direitos patrimoniais disponíveis (MPTA, 2016). O §1º do art. 31 possibilita que os contratos para os quais não tenha sido entabulada cláusula arbitral, inclusive aqueles em vigor, poderão ser aditados para contemplar a arbitragem como mecanismo de solução de litígios. O aditivo permitirá a inserção da cláusula arbitral para solução de conflitos supervenientes. Para o compromisso arbitral, sequer haveria necessidade de celebração prévia do aditivo (art. 6º, §2º, do Dec. nº 10.025/2019). Essa inteligência é a que mais se coaduna com a regra do art. 9º da LBA. A importância do dispositivo do decreto consiste em reafirmar a não obrigatoriedade da cláusula editalícia prévia que disponha sobre a convenção arbitral.

A avaliação quanto às características ou qualidades da arbitragem será relevante para que se verifique, no plano concreto, se a sua utilização é a mais adequada para solução do conflito que lhe será endereçado. As escolhas públicas devem ter como motivação o melhor atendimento dos fins públicos ou da política pública a que se relaciona, e, sob a perspectiva dos contratos de concessão, é dever da Administração Pública fazer tudo sob seu alcance para preservação do conteúdo e das condições do contrato. Dessa forma, não mais haveria um problema diretamente atrelado à legalidade da escolha, mas a sua juridicidade, sob o prisma do atendimento do princípio da eficiência, o que pressupõe aferir a adequação entre meios e fins.

2.3.3 Arbitrabilidade objetiva em sentido amplo e em sentido estrito

Os poderes do árbitro derivam, em abstrato, da lei, mas, empiricamente, da autonomia da vontade. Esse poder de julgar é exercido pelo tribunal arbitral até o alcance da “moldura estabelecida pelas partes”, e, observada essa moldura, ele terá o poder-dever de decidir a lide de forma definitiva. Assim, quanto aos contornos materiais da lide a ser submetida à arbitragem, ela será definida pelas partes, mas a lei limita esses poderes privados e autônomos ao se referir a direitos patrimoniais e a direitos disponíveis como requisitos cumulativos à arbitrabilidade objetiva em sentido amplo²⁵ (FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019, p. 34). A convenção arbitral também terá a função de delimitar o objeto da arbitragem (SALLES, 2011).

A ideia de arbitrabilidade teria dois sentidos. Em sentido amplo, refere-se à condição de validade da convenção de arbitragem²⁶ (CAHALI,

²⁵ Os limites da arbitrabilidade objetiva em sentido amplo serão mais bem analisados no tópico a seguir.

²⁶ Porém, conquanto inválida, fixaria competência quanto ao objeto arbitrável, pois, pelo princípio da competência-competência (art. 8º da LBA), o próprio árbitro teria a primeira palavra para afastar o seu poder para julgamento da lide (STJ, 2019, p. 2). O STJ (2016; 2019, p. 2) excepciona o princípio da competência-competência apenas “nos casos em que *prima facie* é identificado um compromisso arbitral ‘patológico’”; é necessária a configuração de

2018, p. 143) ou à avaliação teórica sobre a possibilidade de submeter o conflito à arbitragem em razão das características subjetivas (quem será parte numa arbitragem) e objetivas da disputa (FICHTNER *et al*, 2019, p. 223).

Do ponto de vista objetivo, o conceito de arbitrabilidade também teria um sentido estrito. Atrela-se aos limites da competência conferida ao árbitro para avaliação da controvérsia no caso concreto (SALLES, 2011) ou ao campo de incidência da convenção arbitral, aquilo que as partes optaram por incluir como tema passível de solução pela arbitragem, já que poderiam, se quisessem, reservar certas matérias para definição pelo Judiciário (GONÇALVES, 2008).

Assim, segundo Salles (2011, p. 211), “a arbitrabilidade não pode ser limitada aos requisitos de validade da convenção de arbitragem”, pois, “na análise do caso concreto, é essa mesma convenção que delimita o objeto sob qual pode incidir a decisão arbitral”, podendo as partes ter optado por uma cláusula arbitral parcial. Não significa, todavia, que a matéria não seria arbitrável, mas que as partes decidiram excluir a apreciação do litígio pelo tribunal arbitral, preferindo deixar a questão sob o crivo do Judiciário.

Para lides com a Administração Pública, é importante distinguir as limitações aos poderes dos árbitros quanto ao critério de julgamento. Assim, a matéria pode ser arbitrável em abstrato, estar dentro dos limites da convenção arbitral, mas o tribunal arbitral terá poderes limitados para julgamento da pretensão resistida. Esses limites podem ser estabelecidos pelas próprias partes, dada a flexibilidade inerente ao instituto, mas, nos casos que envolvem a Administração, eles também estão necessariamente determinados pelo princípio da legalidade. Em termos mais amplos, pelo princípio da juridicidade, pode o tribunal arbitral, se necessário, exercer controle incidental de constitucionalidade (BERALDO, 2014).

Para a doutrina majoritária (cf. SALLES, 2011; FICHTNER *et al*, 2019; ZIMMERMANN, 2007; SOUZA JÚNIOR, 2005; BONICIO, 2015; MARRARA, PINTO, 2018; NEVES, MORAES, 2018), na arbitragem com a Administração

“claro abuso ou manipulação do instituto da arbitragem” (FINKELSTEIN, ESCOBAR; 2018, p. 276).

Pública, não poderia haver julgamento por equidade (art. 2º, §3º, da LBA), estando a lei a se referir à sua função substitutiva²⁷ (MUNIZ, 2020, p. 62); aplicar o julgamento por equidade seria algo por demais aberto, subvertendo o caráter de previsibilidade inerente ao ordenamento jurídico (MARRARA, PINTO, 2018; NEVES, MORAES, 2018), sobretudo em se tratando de regulação de serviços públicos²⁸.

Tibúrcio (2018) esclarece que o fato de se afastar o critério da equidade não impossibilita que o tribunal arbitral avalie a juridicidade do ato do particular ou da Administração Pública. Ademais, aplicar-se-iam aos tribunais arbitrais os mesmos limites que recaem sobre a atuação dos juízes togados, isto é, a impossibilidade de substituição das legítimas escolhas da Administração Pública no exercício do poder discricionário, o que é algo caro à autonomia técnica das Agências Reguladoras²⁹ (art. 3º da LAR – Lei das Agências Reguladoras).

Embora não haja vedação expressa na LBA quanto à escolha da lei estrangeira, o critério de julgamento permanece à prova das regras de ordem pública³⁰. Não se admitiria a substituição da lei aplicável ao contrato

²⁷ Carmona (2009, pp. 65-66) esclarece que a equidade autorizaria a mitigação da severidade da norma. Ela poderia ter natureza (i) formativa, para o preenchimento de lacunas; (ii) supletiva, para que o juiz estabeleça as consequências da norma quando a lei se limita a dispor sobre a hipótese; (iii) substitutiva, que permitiria ao juiz “apreciar o caso concreto afastando a incidência da lei, que normalmente, disciplinaria de modo diverso”. Nessa linha, parece-nos que o que a LBA exclui da atribuição do TA é a utilização da arbitragem substitutiva, impedindo que ele eleja, ao seu alvitre, ainda que mediante motivação razoável (ex. a situação não está prevista na lei, a norma envelheceu, deixando de acompanhar a realidade, ou a sua incidência ensejaria imerecido desequilíbrio entre as partes), “as situações em que a norma não merece mais aplicação”.

²⁸ No sentido de que haveria espaço para que a aplicação de qualquer direito positivado nas arbitragens com a AP, o En. 11 da I JPSL: “[...] é permitida a adoção das regras internacionais de comércio e/ou usos e costumes aplicáveis às respectivas áreas técnicas”.

²⁹ A regulação discricionária das Agências Reguladoras será limitadora da atuação do tribunal arbitral. Trata-se da necessidade de observância dos atos normativos de caráter geral editados antes do surgimento do conflito. A toda evidência, a Agência não poderia editar atos normativos com o único fim de limitar os poderes do tribunal arbitral a quem foi atribuída a competência para decidir sobre o conflito; a produção de atos administrativos nesses termos se daria em desvio de finalidade.

³⁰ Destaca-se que o conceito de ordem pública não está previsto na lei, embora a obrigatoriedade de sua observância encontre previsão em regras de direito positivo (cf. art.

administrativo por haver um regime jurídico a que o negócio não se furta (MARTINS, 2016)³¹. Ademais, a Administração Pública não “teria ampla discricionariedade para afastar a incidência das normas de direito que limitam a sua atuação” (FARIA; CASTRO, 2018, p. 241).

Assim, a Administração Pública Federal tem optado pela incidência do direito nacional como critério de julgamento³². Sublinha-se que o art. 3º do Dec. nº 10.025/2020 estabelece as condições em que serão arbitrados os litígios envolvendo a Administração, reduzindo, nesse aspecto, a autonomia da vontade das partes pelo consenso, o que se justifica pelas peculiaridades do regime dos contratos de concessão.

Então, a arbitragem com a Administração Pública será exclusivamente de direito, aplicando-se as regras de direito material da legislação brasileira para fundamentar a decisão. Como consequência, a sentença arbitral deverá respeitar o art. 3º da LAR, que confere autonomia decisória para as Agências Reguladoras. Ademais, considerando que alguns contratos de concessão envolvem relações jurídicas em rede, como ocorre nos contratos de transmissão, o tribunal arbitral precisa atentar-se para que suas decisões não interfiram nas políticas públicas referentes à definição de política tarifária e dos direitos dos usuários dos serviços (art. 175, par. ún., II e

2º, § 1º, da LBA; art. 17 da LINDB). Caberá à doutrina e à jurisprudência indicar o que estaria abrangido pela ordem pública a caracterizar a regra de conduta cogente. Isso, no entanto, não é algo trivial. A jurisprudência aponta que seriam leis de ordem pública as constitucionais e as administrativas. Além dessas, as processuais, as penais, as de organização judiciária, as fiscais, as de polícia, as que protegem os incapazes, as que tratam de organização de família, as que estabelecem condições e formalidades para certos atos e as de organização econômica (DINIZ, [s.d.] *apud* STJ, 2005)

³¹ No caso de eventual intenção de fraude à lei brasileira, ou mesmo que não haja dolo na escolha da lei estrangeira que infrinja a ordem pública, os próprios árbitros devem, com base na LBA (art. 2º, §1º), afastar a incidência dessa lei para aplicação da lei nacional (MARTINS, 2016, pp. 79-80).

³² Incidiriam as normas-princípios, sem que isso configurasse julgamento por equidade. O exame da jurisprudência também seria relevante, pois os precedentes seriam fonte de direito, não podendo ser deliberadamente menosprezados pelos TAs quando da prolação da sentença (FICHTNER *et al*, 2019; TUCCI, 2019; BELLOCCHI, 2017), mas haveria a possibilidade de *distinguishing*. A incidência obrigatória de precedentes na arbitragem é matéria controvertida. Note-se que incabível ação anulatória pela má interpretação da lei (MAZZOLA, 2019).

III, da CF/88). Permanece o caráter flexível da arbitragem para normas procedimentais (art. 21 da LBA), mas deve ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, conforme já determinava o art. 23-A da LGC.

Relativamente à arbitrabilidade objetiva em sentido amplo, como dito, ela se refere ao atributo ou à propensão de determinado conflito ser objeto de arbitragem (GONÇALVES, 2008, p. 8). Cuida-se de aspecto externo ao procedimento arbitral relacionado à escolha política do Estado, conforme os seus valores políticos, econômicos, sociais e morais (FICHTNER *et al*, 2019).

A delimitação da arbitrabilidade objetiva deverá balizar a autonomia da vontade das partes contratantes quanto ao escopo da convenção de arbitragem. A jurisdição privada poderá ser privilegiada nos limites da arbitrabilidade objetiva dos conflitos (GONÇALVES, 2008).

Note que, ao definir qual poderia ser o escopo da arbitragem, a lei limita-se a estabelecer que poderão ser objeto de arbitragem os direitos patrimoniais disponíveis³³. Portanto, ao tratar do objeto da arbitragem, a lei trouxe cláusula normativa aberta. Persistiriam dúvidas sobre os limites da arbitrabilidade de questões que afetam interesses públicos geridos, de alguma forma, pela Administração. A ideia de arbitrabilidade traz consigo um componente público (FICHTNER *et al*, 2019), e a dificuldade está em estabelecer os limites estampados nas regras que a definem (FOUCHARD *et al*; 1999). Essa é uma dificuldade reconhecida pela doutrina (cf. MUNIZ; SILVA, 2018).

Assim, em termos de matéria arbitrável, a definição do que sejam “direitos patrimoniais disponíveis” ficou a cargo da doutrina e da jurisprudência, quando não existir norma expressa acerca da natureza do direito ou da sua disponibilidade.

³³ Reconhecer a arbitrabilidade nas consideradas matérias patrimoniais sensíveis é tarefa árdua e em contínua evolução (GONÇALVES, 2008). A importância de ampla aceitação da arbitrabilidade de litígios com a Administração Pública relaciona-se à prevenção das *anti-arbitration injunctions*, mitigadoras da celeridade e segurança jurídica do juízo privado mesmo antes de ter início a atividade cognitiva do tribunal arbitral. Para efetiva redução dos custos de transação nos contratos administrativos, é preciso ter a segurança de que existe estabilidade institucional quanto à escolha da arbitragem (ACCIOLY, 2019).

Para uma gama de matérias, “os limites da arbitrabilidade não são tão nítidos”, como ocorre, por exemplo, no Direito Societário, no Direito Concorrencial, no Direito do Consumidor, no Direito Ambiental etc. (GONÇALVES, 2008, pp. 13-15). Há, de fato, certa dificuldade “de se fixar com precisão o âmbito da disponibilidade de direitos e interesses relativos a bens, pessoas e atividades”, o que “se torna ainda mais complexo quando envolve o Estado e suas mais multifacetadas relações jurídicas” (MARRARA; PINTO, 2018, p. 349). Em todo caso, a definição da abrangência objetiva da arbitragem não se furta à análise sistêmica do ordenamento jurídico no âmbito do qual o conflito é endereçado (BRASIL, 2020b).

Importa destacar que, a despeito de a arbitrabilidade objetiva estar prevista em cláusula geral, aberta à integração do intérprete, o objeto da arbitragem é sempre determinável, porque está relacionado ao contrato a que se refere a convenção arbitral (STF, 2001).

No direito brasileiro, o critério de arbitrabilidade está definido no art. 1º da LBA e no art. 852 do CC/2002. Pela LBA, são arbitráveis os direitos patrimoniais disponíveis. O Código Civil se apega apenas ao critério da patrimonialidade. A maior polêmica gira em torno da caracterização da indisponibilidade dos direitos.

Assim, apresentaremos a visão da doutrina brasileira sobre a arbitrabilidade objetiva de conflitos com a Administração Pública, o conceito de patrimonialidade e disponibilidade segundo a doutrina e a nossa interpretação do comando legal que disciplina a arbitrabilidade objetiva com a Administração. A partir dessas concepções teóricas, será possível determinar a arbitrabilidade objetiva nos contratos de concessão de transmissão considerando a amostra de processos judiciais apresentada.

Sobre o tema da arbitrabilidade, Câmara (2002) tem entendimento restrito quanto à matéria arbitrável na seara administrativa; para ele, só caberia a arbitragem para conflitos derivados de atos negociais do Estado (excluídos os contratos de natureza administrativa), quando a Administração Pública assumiria posição isonômica com o contratado numa relação de direito privado. Para parcela da doutrina, não bastaria a

patrimonialidade dos direitos; seria preciso também a demonstração da disponibilidade jurídica (FIGUEIRA JUNIOR, 1997), seja na arbitragem entre privados ou na arbitragem com a Administração Pública.

Quanto à caracterização da patrimonialidade, a doutrina geralmente se socorre da legislação civilista (MUNIZ; SILVA, 2018), que divide os direitos subjetivos em patrimoniais e extrapatrimoniais (cf. CAHALI, 2018; MATTOS NETO, 2002; SCAVONE JÚNIOR, 2018). São patrimoniais os direitos que decorrem de “relações jurídicas de direito obrigacional, ou seja, aquelas que encontram sua origem nos contratos, nos atos ilícitos e nas declarações unilaterais de vontade” (SCAVONE JÚNIOR, 2018) e têm valor econômico (KROETZ, 1997, p.96; MARRARA; PINTO, 2018; MUNIZ, 2020; MATTOS NETO, 2002; SCHIEFLER, 2016). Aliás, a patrimonialidade é inerente a toda relação contratual, inclusive os contratos firmados pela AP (ACCIOLY, 2019).

De acordo com Talamini (2017, p. 99), o requisito da patrimonialidade do direito abrange mais do que matérias que se revestem de valor econômico, sendo bastante amplo e flexível; para o autor, “a patrimonialidade também se configura pela aptidão de o inadimplemento ser reparado, compensado ou neutralizado por medidas com conteúdo econômico”. Accioly (2019, p. 62) esclarece que “o descumprimento de obrigações contratuais sem expressão econômica direta”, a exemplo do “dever de exclusividade” nas franquias, seria hipótese arbitrável quando enseja “repercussões patrimoniais”. As repercussões econômicas de direitos extrapatrimoniais não estariam atreladas à não patrimonialidade dos direitos de que derivam. Em outros termos, “as relações jurídicas patrimoniais” não estariam “circunscritas ao campo das atividades econômicas” (MARRA; PINTO, 2018, p. 348).

Outros também conceituam o critério da disponibilidade atrelando-o à ideia de alienabilidade, não havendo normas cogentes dispendo em sentido contrário (CARMONA, 2009; FIGUEIRA JÚNIOR, 1997; MATTOS NETO, 2002; SCAVONE JÚNIOR, 2018), à noção de pecuniaridade do direito (KROETZ, 1997), ao seu caráter extrapatrimonial (ARAGÃO, 2010; MATTOS NETO, 2002), ao poder de autorregulamentação, que consistiria na

possibilidade de transacionar, dispor ou ceder (CAHALI, 2018; TÁCITO, 1997), ou à simples “possibilidade de contratualização” (ACCIOLY, 2019, p. 103).

Encontram-se, também, ponderações no sentido de que decisões administrativas que instrumentalizam a implementação de políticas públicas não seriam arbitráveis (FINKELSTEIN; ESCOBAR, 2018). Outros atrelam o conceito à noção de ordem pública, excluindo da arbitrabilidade “questões de fundo de ordem pública” (KROETZ, 1997, p. 100). É comum a alegação de que, quando o procedimento arbitral envolve matéria de ordem pública, estaria relacionado a interesses públicos e direitos indisponíveis, não passíveis de arbitragem³⁴. Modernamente, entretanto, parcela da doutrina questiona essa lógica de vinculação da inarbitrabilidade à incidência de normas de ordem pública ao conflito (GONÇALVES, 2008; FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019; MUNIZ, 2020) e ressalva que importa apenas que a ordem pública não seja violada (KROETZ, 1997).

Existem também os que vinculam a indisponibilidade aos direitos metaindividuais, excluindo os direitos difusos e coletivos da arbitrabilidade, mas permitindo o uso do mecanismo para direitos individuais homogêneos (FIGUEIRA JÚNIOR, 1997; MATTOS NETO, 2002; OLIVEIRA; ESTEFAM, 2019). Atualmente, alguns doutrinadores vêm apontando que os direitos podem ter graus de indisponibilidade, sendo que todo e qualquer direito poderia ter aspectos patrimoniais sujeitos a arbitragem (CUNHA, 2020 *apud* MIGALHAS, 2020).

Afirma-se que a arbitrabilidade dos efeitos patrimoniais dos direitos indisponíveis (em geral)³⁵ ou a matéria indisponível pode ser causa de pedir na arbitragem (TIBÚRCIO, 2018; NERY, 2020 *apud* MIGALHAS, 2020; SCAVONE JÚNIOR, 2018)³⁶, mesmo no caso de direitos difusos e coletivos

³⁴ cf. o conhecido caso Copel vs. UEG Araucária. A Copel promoveu *anti-arbitration injunctions*, e havia sido declarada a nulidade da cláusula compromissória naquele caso (TJPR, 2004).

³⁵ Contrariamente, para Mattos Neto (2002, p. 230), direitos extrapatrimoniais (ex. direitos da personalidade), mesmo quando ensejam direitos à indenização, de cunho patrimonial e transmissível, não seriam arbitráveis.

³⁶ E, enquanto fundamento do pedido, a arbitragem poderia abarcar qualquer matéria; a causa de pedir poderia envolver direitos não patrimoniais (NERY, *in* Migalhas, 2020;

(NERY, 2020 *apud* MIGALHAS, 2020). Em suma, alguns autores admitem que de direitos indisponíveis podem derivar pretensões resistidas de ordem puramente patrimonial e disponível (KLEIN, 2010 *apud* FRANZONI; DAVIDOFF, 2014) ou questões patrimoniais arbitráveis (CARMONA, 2009; CAHALI, 2018; MARRARA; PINTO, 2018; ACCIOLY, 2019). Hoje se reconhece que direitos indisponíveis podem ser transacionáveis (PALMA, 2015).

No direito público, o critério da disponibilidade, comumente atrelada à ordem pública, fecunda a lógica de que as questões que se relacionam ao Poder Público seriam tradicionalmente tidas como indisponíveis e, portanto, não arbitráveis. Assim, o grande problema consiste em indicar o que seja um direito disponível no âmbito da Administração Pública.

Sem prejuízo da remissão para regras civilistas que se referem à patrimonialidade, à alienabilidade, à transação, à valoração econômica etc. de direitos, interesses ou bens, determinados autores afirmam que a disponibilidade do direito deve ser avaliada “empiricamente, à luz do que efetivamente dispõe a ordem jurídica e do que tem sido concretamente admitido na prática administrativa e na jurisprudência brasileira” (ACCIOLY, 2019, p. 102), devendo, ainda, ser aferida no momento da contratação (CAMELO, 2010).

Outros, de forma semelhante, alegam que a possibilidade de contratação do objeto seria o suficiente para assegurar a sua arbitrabilidade (SUNDFELD; CÂMARA, 2008; JUSTEN FILHO, 2016; GRAU, 2002; ARAGÃO, 2016; ACCIOLY, 2019; SCHIEFLER, 2016; BINENBOJM, 2005; MOREIRA, 2020b). De outro modo, afirma-se que as questões arbitráveis não são apenas aquelas derivadas de contratos (CAHALI, 2018; TIBÚRCIO, 2018).

Sobre o conceito de disponibilidade, Talamini (2005, pp. 69-70) sustenta se tratar de acepção de direito processual, e não substantiva ou material, porque “na arbitragem, não se dispõe sobre o direito material, mas sobre o modo de composição do conflito”. Assim, conclui que “o objeto de disponibilidade é a pretensão de tutela judicial”. Dito de outro modo,

ACCIOLY, 2019, p. 104) ou indisponíveis, ou ainda, matéria de ordem pública, mas o pedido deveria ser de natureza patrimonial e disponível.

inegociável seria o interesse público, mas não o modo de realizá-lo com maior eficiência (MOREIRA, 2020b).

Quanto ao requisito da patrimonialidade, Talamini (2005, pp. 69-70) afirma a existência de “parcial sobreposição entre esse parâmetro e o da indisponibilidade”. Isso se deve ao fato de que a tutela de determinados interesses de caráter não patrimonial exigiria necessariamente a intervenção do juiz, ao tempo que certos interesses disponíveis “não se revestem de patrimonialidade”, o que afasta o uso da arbitragem.

Já Lemes (2003) distingue, no âmbito dos contratos de concessão, as cláusulas financeiras e econômicas (que seriam arbitráveis por terem repercussão patrimonial) das regulamentares. Para Salla (2014, p. 55), a caracterização da disponibilidade dos direitos patrimoniais do Estado dependeria de como se projete a satisfação do interesse público: “o Estado tem o dever de dispor ou não de seus bens, à medida que a alienação ou manutenção possa convir ao benefício coletivo”. Então, o autor chama a atenção para a impossibilidade de que se confundam os direitos patrimoniais do Estado, que podem ser disponíveis ou indisponíveis, com o interesse público, “que sempre é indisponível”.

A despeito de o autor reconhecer a possibilidade de ponderações em torno do interesse público, não apenas a noção de legalidade estrita tem sido reformulada em prol do princípio da juridicidade, mas, também, como já mencionado no capítulo sobre consensualidade na Administração Pública, a indisponibilidade do interesse público é relativizada diante do reconhecimento do seu caráter multifacetado; desse modo, não pode mais ser considerado uno e indivisível (MONTEIRO, 2012). Repise-se que, modernamente, a doutrina administrativista tem sustentado a inexistência de uma ideia unitária de interesse público, não havendo propriamente uma supremacia deste, na medida em que compreende as diversas dimensões do interesse privado (BINENBOJM, 2005b; MOREIRA, 2020b), exigindo do administrador público um juízo de ponderação (FERRAZ, 2008).

A doutrina (FICHTNER *et al*, 2019; ANDRADE, 2016; PALMA, 2015; GREBLER, 2004; ANDRADE, 2016; ZIMMERMANN, 2007) também faz

referência àqueles que remetem para a distinção entre interesses públicos primários e secundários (teoria do fisco)³⁷ e entre atos de império e atos de gestão (teoria dos fins)³⁸. O uso dessas distinções é bastante comum para definir o critério de arbitrabilidade objetiva nos conflitos que envolvem a Administração Pública. Sob essa perspectiva, os motivos suscitados para considerar os direitos tutelados pela Administração como indisponíveis são metodológicos ou hermenêuticos, e não necessariamente fundados em regra de direito positivo.

Apresentando racionalidade similar à teoria dos fins, Schiefler (2016) propõe que a disponibilidade do direito seja averiguada por critério de exclusão: se o conflito disser respeito a cláusula que traduza uma potestade legal da Administração (as cláusulas exorbitantes), cujo conteúdo é obrigatório nos contratos administrativos por força de lei e deve ser observado mesmo sem disposição contratual expressa, o seu objeto não será arbitrável.

De tudo o que foi exposto, pode-se dizer que a doutrina, de modo geral, tem adotado cinco critérios para definição da arbitrabilidade objetiva: (i) a possibilidade de transação dos direitos ou interesses; (ii) a dispensa de apreciação judicial da matéria para composição do conflito; (iii) a contratualidade do objeto; (iv) a distinção entre interesses públicos primários e secundários; (v) a separação entre atos de império e atos de gestão (ACCIOLY, 2019).

Há, ainda, a ideia de que os interesses públicos seriam assim qualificados a partir de princípios e valores constitucionais (FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019). São teorias “vagas e imprecisas”, que não permitem afirmar, com segurança, diante da situação concreta, a disponibilidade do direito controvertido (ANDRADE, 2016, p. 427)

³⁷ Ex. Monteiro (2012), Martins (2016) e Muniz (2015). O STJ também tem jurisprudência nesse sentido.

³⁸ Ex. Timm, Silva e Richter (2018), Cahali (2018) e Grinover (2018). Lemes (2003) também é partidária dessa tese com a ressalva de que as consequências patrimoniais dos atos de império seriam arbitráveis.

Vale destacar a existência de uma corrente doutrinária que sustenta que o verdadeiro critério de arbitrabilidade é a expressão patrimonial do direito (FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019; CAMELO, 2010), sendo a ideia de indisponibilidade, segundo parâmetros civilistas, equivocada e obsoleta³⁹. De fato, as inovações na legislação brasileira, com destaque para o art. 26 da LINDB, têm engrandecido a seara da consensualidade administrativa, sendo certo que “o critério da patrimonialidade vem adquirindo protagonismo em relação ao requisito da disponibilidade”⁴⁰ (ACCIOLY, 2019, p. 103)⁴¹. Há, também, enunciados para interpretar questões relativas à arbitragem com a AP, como o En. 13 da I JPSL, que alude ao inadimplemento de obrigações contratuais pelas partes, à recomposição do EEF dos contratos e às cláusulas financeiras e econômicas⁴² como matérias arbitráveis.

Ademais, existem diplomas normativos os quais enumeram matérias que seriam arbitráveis em determinados contratos. Pode-se citar o art. 31, §4º, da Lei nº 13.448/2017 e o art. 2º, par. ún., do Dec. nº 10.025/2019⁴³. De acordo com Muniz e Silva (2018), o rol é meramente exemplificativo. Este

³⁹ Equivocada porque adotar o critério da disponibilidade do direito controvertido resulta na ideia de que a convenção de arbitragem seria um ato de disposição, o que não é verdade, pois ela não configura um negócio autocompositivo, como a renúncia, a desistência, a confissão e a transação. Afirmar esse critério é validar “o regresso ao critério da ligação com a ordem pública” (CAMELO, 2010). Também, seria obsoleta por esconder “o resquício de uma visão privatista da arbitragem e do processo” (FRANZONI; DAVIDOFF, 2014).

⁴⁰ Na mesma linha, Franzoni e Davidoff (2014) reiteram: disponível deve ser a pretensão para que a matéria seja julgada pelo Poder Judiciário, e não o direito material relacionado ao conflito.

⁴¹ Sobre o tema, Muniz (2020, p. 37) qualifica o entendimento como uma “visão mais *avant-garde* do problema” e pondera que, se estamos diante de um ordenamento permeado por “institutos como, por exemplo, termos de ajustamento de conduta para direitos de suma relevância”, não se pode negar a tendência no sentido da ampla disponibilidade, sendo a indisponibilidade uma regra de exceção.

⁴² O STJ tem jurisprudência consolidada no sentido de que controvérsias sobre a manutenção do EEF do contrato seriam “de caráter eminentemente patrimonial e disponível” (STJ, 2012b).

⁴³ Vale registrar a ANP reproduz o dispositivo para definir o que pode ser escopo da arbitragem nas concessões para exploração e produção de petróleo e gás natural, que foram objeto da 14ª Rodada de Licitações de Blocos.

último diploma repisa as matérias consideradas arbitráveis pela lei, regulamentando a abrangência da arbitrabilidade das discussões em torno do inadimplemento das obrigações contratuais. Além das hipóteses referenciadas pelo En. referido alhures, o Dec. acrescenta “o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato” e a incidência e o cálculo de penalidades por inadimplemento daquelas obrigações.

Alguns julgados apontam, de forma específica, questões que poderiam ser consideradas arbitráveis. O STJ (2006), por exemplo, permitiu que matérias relativas à “atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou prestações de serviços” fossem arbitráveis, mas excluiu “a possibilidade de arbitragem para assuntos relativos a serviços públicos ou atividade de polícia executadas por estatais”. A Corte (2008) também assentou a arbitrabilidade de controvérsias relacionadas ao arrendamento de instalações portuárias, cuja atividade é outorgada por contrato de arrendamento, abarcando a concessão do uso do bem público e a autorização para exercício da atividade de movimentação portuária, isto é, atividades relacionadas à gestão do bem público, a área portuária (MARRARO; PINTO, 2018, p. 359).

Na jurisprudência do STJ anterior à reforma da LBA, percebia-se uma tendência à aceitação da arbitragem em conflitos envolvendo a Administração, mas limitada a pessoas jurídicas de direito privado (arbitrabilidade subjetiva), a conflitos relacionados à atividade econômica em sentido estrito e a contratos (MARRARA; PINTO, 2018, p. 360). De acordo com Marrara e Pinto (2018, p. 367), a partir da reforma de 2015, seria incontroverso que a arbitragem abarcaria a solução de “conflitos nos mais diferentes tipos de atividade administrativa, seja ela serviço público, a intervenção direta e indireta na economia e mesmo o poder de polícia, desde que se trate de direito patrimonial disponível”.

Igualmente relevantes para a pesquisa são os julgados do Tribunal Regional da 2ª Região – TRF2 (2015) sobre a delimitação de campos de petróleo. O TRF2 considerou que esse tema está inserido no poder regulatório, no âmbito da discricionariedade técnica típica da ANP, o que

tornaria a matéria indisponível. Sobre esse caso, Accioly (2019, p. 86) defende que o conflito seria arbitrável “caso a pretensão fosse veiculada em formato pecuniário e passível de contratualização”; por outro lado, ele entende que o ato administrativo da ANP seria de natureza normativa e não poderia ser anulado pelo juízo arbitral.

A questão foi levada ao STJ (2017), que afirmou o respeito ao princípio da *Kompetenz-Kompetenz*, devendo a jurisdição arbitral preceder à jurisdição estatal. Então, o próprio tribunal arbitral deve “deliberar sobre os limites de suas atribuições” e “sobre as questões relativas à existência, à validade e à eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória” (arts. 8º e 20 da LBA). Observa-se que, ao reconhecer o princípio da competência-competência, a Corte Superior não avaliou a arbitrabilidade da matéria, restando assentado no acórdão que “o conflito de competência não se confunde com os pedidos e causa de pedir da ação originária, na qual se objetiva a declaração de indisponibilidade do direito objeto da arbitragem e consequente inaplicabilidade da cláusula arbitral”.

Não houve, assim, posicionamento da Corte sobre a arbitrabilidade do ato administrativo de delimitação de campos de petróleo e os seus reflexos na discricionariedade técnica da ANP. Com efeito, a matéria será arbitrável caso o próprio árbitro não exclua a sua competência, podendo a Agência Reguladora, se restar inconformada com o *decisum*, aviar a ação anulatória *a posteriori*, hipótese em que o Poder Judiciário poderá entender de forma diferente.

Arbitrabilidade objetiva em conflitos envolvendo a Administração Pública e critério de julgamento

A nosso ver, a problemática em questão deve ser solucionada não sob o prisma da (in)arbitrabilidade objetiva, mas do ponto de vista do critério de julgamento, conforme já tratado no tópico precedente. Abstrata e genericamente, as questões serão arbitráveis porque derivadas de um contrato; bastaria o conteúdo patrimonial do litígio para avaliação abstrata do critério da arbitrabilidade, mas, no procedimento, será preciso respeitar

a competência autônoma decorrente da sua natureza especial e da qual deriva a sua independência técnica, que é característica assegurada à Agência Reguladora por lei.

Prevista no art. 3º da LAR e, no específico caso da ANEEL, nos arts. 1º, 2º, 3º e 3º-A, LCA, a competência regulatória e decisória quanto às matérias indicadas na lei, especificamente no Setor Elétrico Brasileiro (SEB), para a regulação e a fiscalização da produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica é exercida em regime colegiado (art. 4º da LCA; art. 7º, LAR) de forma técnica e independente. A criação das Agências Reguladoras e a racionalidade da regulação que lhes é inerente trazem, ínsitas ao seu contexto, a especialização e a técnica relativas ao setor regulado. Ao lado de institutos como a arbitragem, a independência das Agências também é fator significativo para conferir segurança jurídica para os contratos e para atrair capital privado em setores de infraestrutura (REGIS, 2017).

Dessa forma, nem mesmo a jurisdição estatal poderia mitigar a competência que lhes é conferida⁴⁴. A mesma lógica deve se aplicar ao tribunal arbitral. Nesse sentido, segue a jurisprudência do STJ (2004) que afasta a possibilidade de o Poder Judiciário invadir a competência técnica das Agências Reguladoras, considerando tratar-se de “seara alheia na qual não deve se imiscuir”.

Portanto, o árbitro estaria impedido de entrar no mérito das questões regulatórias e das decisões de cunho técnico das Agências, por força da sua obrigação de decidir o conflito segundo o direito positivo brasileiro. A abertura para decisão sobre a pretensão resistida também está definida na lei. O art. 4º da LAR determina que a Agência Reguladora deve observar, na

⁴⁴ A esse respeito, Sundfeld e Câmara (2002) posicionam-se no sentido de que a questão se apresenta no âmbito da competência discricionária, segundo juízo de conveniência e oportunidade fundado em premissas técnicas, que forma o mérito administrativo, típico da função administrativa. Na hipótese, “a abrangência do controle jurisdicional há de ser delimitada”, estando impedido de realizar a opção mais conveniente ou adequada para o caso concreto, que ficaria a critério do gestor público. Ademais, o controle judicial sobre aspectos técnicos produz riscos à coerência e à dinâmica regulatória (JORDÃO, 2016). Cite-se, também, precedente do STF (2019).

sua atuação, a adequabilidade entre meios e fins, vedada a exigência de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquela necessária ao atendimento do interesse público. Com efeito, ao tribunal arbitral competirá avaliar o cumprimento das cláusulas dos contratos de concessão e a adequação, segundo o princípio da proporcionalidade, das decisões que a Agência tomou, contra a qual houve impugnação no procedimento arbitral, mas não poderá fazer as vezes de agência e substituí-la na sua missão regulatória.

Nessa linha, a arbitragem não poderá ser motivo para que o árbitro se imiscua em matéria afeta ao poder de polícia porque atrelado ao exercício das competências técnicas e regulatórias, exercidas de forma autônoma nos termos da LAR. Atuação em sentido contrário significaria julgar em desrespeito ao direito positivo. Dessa forma, o árbitro, ao decidir sobre o litígio, deverá exarar a sentença observada a necessidade de preservação dos atos regulatórios exercidos no bojo da competência independente das Agências⁴⁵.

No campo da energia, isso significa que o árbitro não poderia, por exemplo, alterar ou desconsiderar normas que estabelecem os procedimentos de rede, a qualificação das funções de transmissão (FTs), os parâmetros e a definição dos montantes de uso de ultrapassagem (MUST) para cálculo da tarifa, os limites superior e inferior de volume de energia e receita assegurados aos geradores na comercialização, os montantes comercializados em leilão no ambiente de comercialização (ou contratação) regulada (ACR) etc.

Também não poderia anular ou suspender a eficácia de contratos privados de caráter sistêmico. O exemplo mais evidente, inclusive com previsão legal (art. 4º, §§ 5º e 6º, da Lei nº 10.848/2004), é o da comercialização

⁴⁵ O árbitro poderia avaliar aspectos formais, como, por exemplo, a observância do rito legal necessário à edição dos atos normativos de cunho geral produzidos pela Agência Reguladora e aspectos relacionados à observância da legalidade estrita relativa ao conteúdo do ato quando comparado com a política pública definida na lei; entretanto, não poderia revisar aspectos técnicos, de conveniência e de oportunidade ou estabelecer escolhas diferenciadas daquelas escolhas realizadas pela Agência Reguladora para decidir o conflito.

de energia. Os contratos firmados no ACR, como os são os Contratos de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado (CCEAR), decorrem diretamente da venda de energia em leilões, e suas cláusulas são definidas *ex ante* em regulação setorial e nos editais. São contratos de caráter sistêmico, firmados para suprir o mercado cativo, conforme a necessidade declarada pelas concessionárias de distribuição, e estão no âmbito do planejamento da política pública setorial realizado pelo Ministério de Minas e Energia (MME) com o apoio da Empresa de Pesquisa Energética (EPE). Assim, a lei foi expressa ao limitar a eficácia da arbitragem “a direitos relativos a créditos e débitos decorrentes das operações realizadas no âmbito da CCEE” (art. 4º, § 7º, da Lei nº 10.848/2004).

No segmento da transmissão, são exemplos de negócios jurídicos privados relacionais e sistêmicos (i) os contratos de prestação dos serviços públicos de transmissão (CPST) firmados entre a transmissora e o Operador Nacional do Sistema (ONS), em que estão estabelecidas as condições para que as concessionárias disponibilizem o serviço para o sistema, (ii) os contratos de uso do sistema de transmissão (CUST) firmados entre o ONS e os usuários da Rede Básica (RB), por meio dos quais se estabelecem as condições para o uso da RB e a obrigação de pagamento da tarifa (TUST) pelos usuários desses serviços, (iii) os contratos de conexão (CCT) firmados, com a intervenção do ONS, que disciplinam a relação técnica, operacional e administrativa existente entre o acessante e a transmissora (CALDWELL, 2011). Nesse campo, eventuais discussões sobre créditos e débitos decorrentes desses contratos celebrados entre privados poderiam ocorrer na arbitragem, mas o árbitro não teria atribuição para suspender os efeitos e as obrigações desses negócios jurídicos porque eles se prestam a instrumentalizar políticas públicas executadas a partir dos leilões de transmissão.

Por esses mesmos motivos, não poderia o árbitro anular um contrato de transmissão ou suspender o dever de cumprimento das obrigações ali estabelecidas. Na linha do que já dispõe o art. 4º, § 7º, da Lei nº 10.848/2004 para os CCEAR, a arbitrabilidade objetiva nos contratos de concessão de transmissão também estaria limitada à discussão de créditos e débitos

derivados da relação contratual, à eventual desproporcionalidade, por qualquer motivo, da EqEF do contrato e à faculdade ou não de o concessionário ou a própria Administração Pública ter saneada essa questão.

Observa-se, ainda, que a inexecução total ou parcial do contrato poderá acarretar, a critério do Poder Concedente, a caducidade da concessão (art. 38 da LGC). Não poderia, assim, o tribunal arbitral fazer as vezes do Poder Concedente e declarar a extinção da concessão por caducidade. Ademais, a rescisão do contrato de concessão, por iniciativa da concessionária, somente pode se dar pela via da ação judicial, não podendo a concessionária paralisar os serviços até o trânsito em julgado dessa ação (art. 39, par. ún., da LGC). Portanto, nesse caso, é a própria LGC que exclui a competência do árbitro, e, caso venha a deliberar sobre essas questões, o tribunal arbitral atuará em ofensa ao art. 2º, §3º, da LBA.

Então, o árbitro não pode declarar a caducidade da concessão, extinguir ou suspender a eficácia dos contratos. Isso poderia trazer efeitos sistêmicos não permitidos pelas regras de direito positivo, contrariando o critério de julgamento na arbitragem. Uma vez declarada a caducidade, a questão (legalidade ou razoabilidade da medida) pode ser arbitrável. Como em qualquer ato administrativo, essa decisão comporta análise de legalidade, relacionada ao preenchimento dos seus requisitos de legitimidade (competência, finalidade, objeto lícito, forma prescrita em lei e motivo adequado e legítimo, conforme o contexto fático e a prova carreada nos autos), e análise quanto à observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e dos demais princípios estampados no art. 2º da LPA.

A arbitragem também comportaria discussões referentes a questões patrimoniais, como indenizações devidas ao concessionário ou à Administração Pública, em virtude da extinção precoce da concessão ou da eventual necessidade de reversão de bens. Todas as concessões de serviço público têm, em alguma medida, caráter relacional e, muitas vezes, formam relações jurídicas em rede. Por vezes, a caducidade, se confirmada, pode gerar prejuízos sistêmicos e difusos, e competiria ao Poder Concedente representar a comunidade de *stakeholders* prejudicada pelo

descumprimento do contrato. Nesse caso, estar-se-ia a discutir os efeitos patrimoniais das repercussões difusas do ato ilícito praticado por uma das partes contratantes, o que, a nosso ver, também seria matéria arbitrável.

Nesse contexto, também poderia ser objeto da arbitragem, por exemplo, a incidência ou não de multas contratuais. Assim, o tribunal arbitral poderá avaliar, com base nas provas dos autos, se existem ou não questões excludentes de responsabilidade da inexecução contratual, se a declaração de caducidade está em conformidade com a matriz de risco definida no contrato, a ocorrência de eventuais prejuízos para o concessionário ou para o Poder Concedente e nexos de causalidade com atos praticados por qualquer das partes contratantes, a metodologia de cálculo para avaliação de prejuízos, indenizações e aplicação de multas.

Assim, deve-se respeitar o caráter jurisdicional da arbitragem enquanto método de garantir o acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF). Decorre daí que os contratos de concessão no setor de energia podem prever a convenção de arbitragem, mas o objeto desses contratos terá sempre caráter sistêmico e relacional. Por isso, o que afasta a competência do tribunal arbitral para deliberar sobre o litígio derivado do contrato não diz respeito à possibilidade de decidir sobre determinadas matérias ou à disponibilidade ou não do direito; ao contrário, refere-se às limitações legais para exercício das suas atribuições relativas ao critério de julgamento, jungido que está ao direito positivo brasileiro e às normas de ordem pública, sobretudo diante da autonomia e independência das Agências Reguladoras.

Análise em concreto da arbitrabilidade em conflitos envolvendo a Administração Pública: a observância do critério da ponderação de interesses

Registre-se que, no campo doutrinário, a distinção entre interesses públicos primários e secundários é uma das teses mais bem aceitas para definição da arbitrabilidade objetiva. A dificuldade dessa lógica consiste na ausência de critério objetivo para distinguir entre um e outro tipo de interesse ou mesmo as modalidades de ato da Administração Pública

(PALMA, 2015). O próprio conceito de interesse público é vago e indeterminado, sendo a ideia de interesse público primário sempre relativa (BAPTISTA, 2018). Há também o imbróglio de que essa distinção decorre do axioma da supremacia do interesse público, de caráter autoritário, que tem sido objeto de relevantes críticas na doutrina administrativista (ÁVILA 2001; PALMA, 2015; BAPTISTA, 2018)⁴⁶.

Como consequência, o princípio da indisponibilidade do interesse público e, por decorrência lógica, o critério que distingue interesse primário de interesse secundário não podem ser oponíveis, de forma abstrata e *a priori*, para impedir o uso do mecanismo da arbitragem pela Administração Pública (FERRAZ, 2008). Na ideia de interesse público estão os postulados constitucionais, bem como a “imbricação entre interesses difusos da coletividade e interesses individuais e particulares, não se podendo estabelecer a prevalência teórica e antecipada de uns sobre outros” (BINENBOJM, 2005b, pp. 98-99). Entendimento diferente violaria o princípio da proporcionalidade, já que não há interesse prevalente (FERRAZ, 2008).

Ainda que se considere que o interesse público preponderante seja a dicção da vontade do legislador, haverá, como regra, ampla margem para a atuação do gestor, visto que, comumente, as formas legais não são explícitas quanto ao seu conteúdo. Interesse público é termo vago. Enseja naturalmente o caráter discricionário da sua avaliação. O seu conteúdo também não é estático, sendo improvável informar, fora da hipótese concreta, o grau de conformação ou conflito entre os inúmeros interesses que podem estar envolvidos. Ademais, essa avaliação comporta a ponderação de todos os interesses, sejam eles primários ou secundários (BAPTISTA, 2018).

Com as dificuldades dessa metodologia e do conteúdo incerto desses conceitos, surge a tese da verificação da disponibilidade segundo critérios de razoabilidade e proporcionalidade (FERRAZ, 2008; FICHTNER *et al*, 2019;

⁴⁶ Como dito, o contexto de fragmentação social, a pluralidade de interesses em jogo e a necessidade de assegurar a eficiência da atuação administrativa não possibilitam o reconhecimento *a priori* da natureza do interesse endereçado pela Administração Pública (ÁVILA 2001; BINENBOJM, 2005; FERRAZ, 2008; PALMA, 2015; BAPTISTA, 2018).

PALMA, 2015) para atingir eficiência (PALMA, 2015). O axioma da supremacia do interesse público curva-se à ponderação de interesses (FERRAZ, 2008), e, nessa análise, consideram-se princípios e valores constitucionais (princípio da juridicidade), para, então, redefinir, no caso avaliado, a noção de interesse público (FICHTNER *et al*, 2019).

Por essa lógica, o critério da patrimonialidade seria verificável em abstrato, mas a disponibilidade do interesse público é avaliada em concreto (ZIMMERMANN, 2007; ACCIOLY, 2019; BAPTISTA, 2018; FERRAZ, 2008; FICHTNER *et al*, 2019; PALMA, 2015), sendo um dos requisitos para a decisão administrativa a motivação voltada para resultados eficientes. De toda forma, quando se permite a realização de negócios jurídicos em torno dos direitos materiais da Administração Pública, isso não implica dizer que o gestor público poderia deles dispor a seu bel-prazer; todo e qualquer ato de disposição de bens, direitos e interesses relacionados a matéria pública ou inserida no regime administrativo depende de prévia procedimentalização de onde conste motivação adequada⁴⁷ (ANDRADE, 2016). Com efeito, a ideia de interesse público é, por definição, conceito jurídico indeterminado e relaciona-se aos fundamentos, fins e limites a que se sujeitam os atos da Administração Pública (BINENBOJM, 2005b).

Deve-se entender, assim, que a ideia de indisponibilidade do interesse público não restringe, sob qualquer perspectiva, a atividade consensual da AP, inclusive, para firmar a convenção de arbitragem. Deveras, não faz sentido deixar que problemas metodológicos para o desvendamento da indisponibilidade limitem as práticas consensuais. Sob o prisma da cultura jurídica, a consensualidade fixou-se como técnica de realização das atividades administrativas muitas vezes preferível aos meios tradicionais (GUERRA; PALMA, 2018).

⁴⁷ A indisponibilidade teria, assim, três acepções que não impediriam o exercício da atividade consensual da Administração Pública: a indisponibilidade (i) da finalidade legal, a significar que não é a vontade do administrador que direciona a ação administrativa, mas o interesse público; o gestor deve evidenciá-lo na disciplina da lei formal e conformar a sua atividade para satisfazê-lo; (ii) do dever de agir; (iii) de bens e serviços públicos (PALMA, 2015, pp. 178-179).

A despeito de ser comum que a doutrina relacione o conceito de disponibilidade e de patrimonialidade com as regras civilistas que tratam sobre os negócios jurídicos em geral, Fichtner *et al* (2019) ponderam que o conceito de patrimonialidade e disponibilidade no âmbito da arbitragem é peculiar e mais amplo do que aquele ali previsto. Essas regras não seriam condizentes com a racionalidade do critério do que seria arbitrável. A escolha do juízo arbitral também não transfigura, por si só, a natureza do interesse (ZIMMERMANN, 2007), na medida em que o interesse público seria sempre indisponível.

Por tais razões, é equivocado supor que a convenção de arbitragem implicaria renúncia do direito material sobre o qual controvertem as partes; na verdade, há renúncia ao método tradicional de heterocomposição de conflitos (que requer o seu endereçamento ao Judiciário e a submissão às regras ordinárias do processo civil) pela sua substituição por outro, mais flexível, e que as partes entenderam mais adequado para composição do litígio. Também é errôneo pressupor que arbitragem e transação são institutos que se equivalem. De acordo com o art. 840 do CC/2002, a transação é o instituto que permite que as partes coloquem fim a uma disputa mediante concessões recíprocas. A convenção de arbitragem permite apenas que as partes elejam o julgador a quem será endereçada a sua lide, “sem qualquer tipo de concessão prévia em relação aos seus direitos” (ANDRADE, 2016, p. 425).

Assim, a noção de prerrogativas exorbitantes e a racionalidade da supremacia do interesse público sucumbem à relativização da ideia da sua indisponibilidade em prol da eficiência que pressupõe a ponderação de interesses, valores e meios e fins. Esse entendimento torna dispensável a autorização legislativa específica para práticas consensuais pela Administração Pública, inclusive a eleição da arbitragem (SOUZA JUNIOR, 2005).

Eleger a arbitragem não implica renúncia do direito material controvertido, e não há sentido na limitação quanto à disponibilidade do direito por critério material abstrato de arbitrabilidade. Ao reconhecer a constitucionalização do direito, a doutrina contemporânea admite a

aplicação do critério da ponderação de interesses para fundamentar a arbitrabilidade objetiva. Ademais, o art. 852 do CC/2002, norma posterior à LBA, não se refere a direitos disponíveis, mas apenas ao seu caráter patrimonial, a derogar o critério da disponibilidade para arbitragens privadas. Esse critério estaria mantido para arbitragens que envolvem a Administração Pública, uma vez que a Lei nº 13.129/2015 é lei especial posterior ao CC/2002 (FITCHNER *et al*, 2019).

Diante da exigência legal, aponta-se certo paralelismo entre arbitrabilidade, disponibilidade e transação, do que deriva o argumento de que a arbitragem em contratos públicos dependeria de previsão específica em lei, por conta da sua indisponibilidade, e da sua inalienabilidade ou alienabilidade condicionada, nos termos dos arts. 100 e 101 do CC/2002.

Sobre esse aspecto, o sentido de disposição deve ser aquele que limita a atuação do administrador público, que não poderia dispor da coisa pública a seu bel-prazer. O direito controvertido seria disponível quando, segundo um critério discricionário de ponderação, verifique-se que o interesse público seria alcançado ou a política pública viabilizada se houvesse eleição de meio outro de solução de controvérsia que não a jurisdição estatal. O exercício da discricionariedade administrativa, no entanto, encontra limites na razoabilidade e na eficiência, com vinculação à juridicidade, sendo dependente da ponderação entre direitos fundamentais e interesses metaindividuais destacados na CF/88 (BINENBOJM, 2005b).

O exercício da discricionariedade pressupõe procedimentos técnicos e jurídicos realizados com observância de preceitos constitucionais e com ampliação da legitimidade administrativa, dando-se ênfase ao caráter participativo dos procedimentos e à eficiência, que serão instrumentos para legitimar as escolhas discricionárias da Administração Pública (BINENBOJM, 2005b).

É evidente que a proposta inicial de se avaliar a indisponibilidade do direito pelo critério metodológico da indisponibilidade do interesse público, derivado da sua supremacia, é resquício das bases autoritárias administrativistas (SOUZA JUNIOR, 2005). Assim, a subsunção à norma que

estabelece o critério de arbitrabilidade objetiva informando que os direitos devem ser disponíveis não deve ser aquela que parte da aplicação de um pressuposto metodológico que não mais se coaduna com as bases democráticas do Estado de Direito. A moderna Teoria Geral do Direito propõe o afastamento de teorias e interpretações hermenêuticas que se mostrem indiferentes “ao requisito empírico de uma boa teoria, a qual deve ser, descritiva e prescritivamente, testável por seus variados e – frequentes vezes – insatisfatórios efeitos no mundo da vida” (FREITAS, 2010, p. 28). Trata-se de reconhecer o pragmatismo no direito.

Teorias e critérios hermenêuticos de interpretação são relevantes quando se está diante de cláusulas gerais, de conteúdo aberto e indeterminado *ex ante* pelo legislador. E as propostas metodológicas aplicáveis devem estar em conformidade com os valores⁴⁸ constitucionais, segundo a lógica do princípio da juridicidade (FREITAS, 2010; BAPTISTA, 2018).

A interpretação normativa, sem prejuízo da funcionalização do direito em aspectos sociais de igualdade e solidariedade, enquanto valores republicanos fundamentais, não pode se afastar totalmente da tópica. É preciso considerar os aspectos consequencialistas que propõem a avaliação de dados empíricos e que demandam a aplicação do direito em concreto fundamentada em evidências. Essa avaliação deve estar conformada com “os princípios e o sistema de valores e interesses *constitucionais*” (SOUZA JUNIOR, 2005, p. 132).

Nessa linha, a interpretação sistêmica do direito pressupõe “a forte conexão entre o Direito posto e as exigências de ordem material, especialmente as relacionadas aos objetivos fundamentais da República”, o que afasta a possibilidade de “subsunção mecânica” e “o dogma da automática vinculatividade das normas jurídicas (princípios ou regras)”. Como consequência, a aplicação mecânica da norma tende a ofender o princípio da proporcionalidade.

⁴⁸ “Os valores não têm apenas uma distinta hierarquia, a sua idoneidade para prevalecer no caso singular depende exclusivamente das circunstâncias de cada caso” (LARENZ, 1991, p. 175).

Em resumo, à vontade do legislador se sobrepõe a “*vontade axiológica do sistema*, reconhecida somente após a interação dialética entre ordenamento e intérprete”, dialética essa que afasta “visões demasiado abstratas”, a fim de privilegiar o sujeito e o objeto da interpretação, e presume ultrapassado o “paradigma da subsunção formal” em favor do “modelo da ponderação ou da axiológica hierarquização tópico-sistemática” (FREITAS, 2010, p. 28, grifo no original). Por isso, o critério da disponibilidade do direito para fins de avaliação da arbitrabilidade do conflito somente pode ser verificado em concreto.

Portanto, a expressão “direitos patrimoniais disponíveis” é cláusula geral cujo significado carece de preenchimento. Conforme propõem Fichtner, Mannheimer e Monteiro (2019), entende-se que o critério da disponibilidade se refere a um conceito próprio do direito de arbitragem, não vinculado às concepções tradicionais do direito privado. Como tal, entendemos que se relaciona ao dever de motivação da escolha da arbitragem em detrimento da autocomposição ou da heterocomposição estatal segundo critérios de eficiência⁴⁹.

Nesse sentido, para ponderação de interesses e justificação da medida administrativa a ser adotada, a exemplo da escolha da arbitragem como mecanismo de solução adjudicatória de conflitos, o processo torna-se um instrumento central da atuação administrativa, e nele se deve fazer constar a motivação que tenha considerado a ponderação e o peso específico dos interesses em jogo no caso concreto. O controle sobre o resultado dessa ponderação somente será possível se da decisão administrativa constar fundamentação adequada (BAPTISTA, 2018, pp. 150-151). Deverão compor essa avaliação as vantagens de utilização da arbitragem, abstratamente indicadas no capítulo anterior, ao caso concreto.

⁴⁹ Num projeto que demanda a realização de grande volume de custos afundados, isto é, um projeto intensivo em capital, tanto para o Poder Concedente quanto para o investidor, possivelmente, a melhor solução, em casos de conflito em torno da EqEF do contrato, será renegociar. E, por isso, o instituto do *step in rights* é também importante. Ele permite que o investidor gerencie o projeto até que se lhe seja assegurada a sua continuidade em casos em que haja risco para a manutenção do serviço.

Costumeiramente, a importância da arbitragem é destacada para reduzir o risco e o nível de incertezas nos contratos de longo prazo, sendo também considerada o meio mais adequado de composição de conflitos em situações complexas, que demandam o “aprofundamento em matérias específicas” e exigem “estrutura e tratamento mais dedicados, difíceis de serem obtidos no Poder Judiciário pelas suas características e colossal volume de trabalho” (CAHALI, 2018, p. 125). A opção pelo uso da arbitragem deve ser estratégica, atendendo a necessidades concretas e peculiares do caso (OLIVEIRA, 2018, p. 36). Para avaliação, no plano concreto, quanto à escolha da jurisdição privada em detrimento da jurisdição estatal, deve-se levar em consideração “a complexidade técnica, o vulto econômico, a longa duração, a necessidade de soluções céleres e a presença de elementos de estraneidade” (ACCIOLY, 2019, pp. 16-17).

A arbitragem deve prevalecer nas hipóteses em que: (i) “a divergência esteja fundamentada em aspectos eminentemente técnicos”; (ii) “a demora na solução definitiva do litígio possa: (a) gerar prejuízo à prestação adequada do serviço ou à operação da infraestrutura; ou (b) inibir investimentos considerados prioritários” (art.6º, §1º, do Dec. nº 10.025/2019).

Outros balizamentos podem ser apontados, embora de maneira não exaustiva, para definir a arbitrabilidade objetiva em concreto, a saber: “a máxima realização dos interesses em jogo, o menor sacrifício possível de cada um deles, a adequação dos interesses manifestados para o alcance dos objetivos pretendidos e a prevalência dos direitos fundamentais”. Por outro lado, integrariam a “margem de certeza negativa”, isto é, aquilo que sequer pode ser objeto de ponderação: “os interesses não reconhecidos pelo ordenamento jurídico, os manifestamente insignificantes para o contexto decisório, os interesses ilícitos e os interesses pessoais” do administrador ou de terceiros (BAPTISTA, 2018, p. 151).

Podem ser motivos para não aplicar o método alternativo questões como a conveniência de definição de precedente judicial sobre a matéria controvertida, o fato de a pretensão resistida se relacionar à aspectos estruturais de política pública relevante, a probabilidade de que a prática crie discrepâncias relativamente a outros casos de mesma natureza, o fato

de a matéria atingir, de forma significativa, terceiros que não estejam envolvidos na disputa, ou se trate de questão que deva ser decidida pela autoridade administrativa, sob pena de mitigar a sua autoridade (ACCIOLY, 2019, p. 17; EUA, 1996). Quanto a este último aspecto, a Lei nº 13.448/2017 e o Dec. nº 10.025/2019 expressamente estabeleceram que a questão controvertida somente poderá ser levada à arbitragem quando exaurida a instância administrativa.

Nesse passo, a aferição supracitada refere-se à indisponibilidade como dever de agir de forma eficiente e conforme a finalidade legal, que poderá corresponder justamente à necessidade de submissão do conflito à arbitragem a depender do caso concreto. A análise deve considerar a pluralidade de interesses em jogo e a diversidade de *stakeholders* afetados pelas concessões de serviços públicos, com “uma complexa rede de relacionamentos” – “atores estatais e não estatais, financiadores, garantidores, usuários”, consumidores etc. (SOUZA JUNIOR, 2005, p. 124). Disso decorre que não há como se estabelecer *a priori* e de forma abstrata qual seria o interesse público prevalente em todas as situações. Assim, a ideia de proporcionalidade ganha especial relevância ao se avaliarem situações concretas com base em evidências empíricas e segundo parâmetros de eficiência administrativa.

Portanto, em termos de matéria arbitrável ou de definição de competência em razão da matéria em litígio, o verdadeiro critério limitador em abstrato da arbitrabilidade seria, como também propõem Fichtner, Mannheimer e Monteiro (2019), a patrimonialidade, estando a disponibilidade atrelada ao dever de motivação do ato administrativo, segundo critérios de proporcionalidade e eficiência esmerados em razões técnicas, econômicas etc. O racional de que todo interesse público seria indisponível passa a ser invertido, preponderando a presunção relativa de disponibilidade dos direitos e interesses estatais, que será confirmada de acordo com um juízo de ponderação no caso concreto (SOUZA JUNIOR, 2005).

Considera-se que os conceitos gerais definidores da arbitrabilidade objetiva são próprios do instituto da arbitragem. Entende-se, também,

necessária a relativização do princípio da indisponibilidade do interesse público devido à sua fragmentariedade. Assim, a matéria controvertida será disponível quando, atinente a direito patrimonial, a arbitragem for mais adequada à solução da controvérsia segundo um juízo de ponderação embasado no princípio da eficiência. Verdadeiramente, a arbitrabilidade objetiva, em termos abstratos, opera-se conforme o critério da patrimonialidade da controvérsia, podendo, em última análise, ser submetidos à arbitragem os aspectos patrimoniais de direitos indisponíveis ou tidos como extrapatrimoniais.

Em outros termos, o critério da patrimonialidade pode ser indicado em abstrato na lei ou na convenção de arbitragem e reflete a ideia de arbitrabilidade objetiva em sentido amplo; o critério da disponibilidade restringe-se à arbitrabilidade objetiva em sentido estrito, ou seja, à análise da situação concreta que se pretende endereçar mediante ponderação dos interesses em jogo e avaliação dos parâmetros de eficiência de acordo com as circunstâncias do caso.

Delineados os critérios de arbitrabilidade objetiva, cumpre, por fim, distinguir arbitrabilidade e escopo da arbitragem. O escopo da arbitragem será aquele definido, na cláusula compromissória ou no compromisso arbitral, como resultado da ponderação de interesses supracitada. Relaciona-se à pretensão resistida de uma das partes ou ao conflito propriamente dito (MUNIZ; SILVA, 2018) referente à matéria abrangida pela cláusula compromissória ou pelo compromisso arbitral. Quando as partes formalizam o ajuste acerca da arbitrabilidade de determinada matéria, surgido o conflito, “ficam os contratantes vinculados à solução extrajudicial da controvérsia” (STJ, 2006), que será o escopo da arbitragem.

É comum que os conflitos derivados de concessões girem em torno de temas econômico-financeiros, sobretudo, quando da superveniência de circunstâncias exógenas aos contratos. É, assim, mais provável que o juízo de ponderação antes referido motive o endereçamento desse tipo de conflito à arbitragem. Nesse sentido, no capítulo que segue, passaremos à análise do regime jurídico e econômico-financeiro dos contratos de



concessão e de sua regulação econômica, com especial atenção à ideia de EEF e da matriz de riscos desses contratos.



3

ASPECTOS REGULATÓRIO- ECONÔMICOS DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

3. ASPECTOS REGULATÓRIO-ECONÔMICOS DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

Este capítulo objetiva apresentar um panorama geral sobre o regime jurídico e econômico-financeiro dos contratos de concessão e sobre as questões relevantes que giram em torno da ideia de EEF desses contratos, com enfoque na sua regulação econômica. O referencial teórico será relevante para estabelecer os limites decisórios do tribunal arbitral ao julgar conflitos que se relacionam à EqEF dos contratos de concessão de transmissão. Como estudado, esses limites estão imbricados à arbitrabilidade objetiva dos conflitos em sentido estrito.

Porque o critério de julgamento adotado pelo tribunal arbitral será o direito positivo brasileiro, a definição sobre a existência de um regime jurídico-econômico para as concessões e a aferição do objeto tutelado pelo EEF será relevante para que a hermenêutica jurídica seja conformada com a análise econômica e empírica dos casos e, assim, incida sobre a solução do conflito.

Dar-se-á maior enfoque para discussões sobre a alteração das circunstâncias, a matriz de risco e as responsabilidades que são impostas pelos contratos de concessão, uma vez que se espera que esses objetos sejam discutidos de forma mais recorrente por concessionários e Poder Concedente⁵⁰. São diversas as teorias e os entendimentos jurídicos que debatem a equação contratual. A eles se acrescentam o debate econômico sobre a incompletude dos contratos, a assimetria de informações e os custos de transação, além do novo paradigma da consensualidade administrativa. Verifica-se que doutrina e jurisprudência brasileiras não apresentam um consenso sobre o regime do EEF.

Com efeito, o tribunal arbitral deverá internalizar as diversas teorias e aferir, sob sua perspectiva, aquela que entende ser a mais hábil para solução

⁵⁰ As divergências doutrinárias sobre a caracterização dos fatos externos ao contrato como fato da Administração, fato do príncipe ou como álea extraordinária, no caso do fato do príncipe impróprio, na teoria da imprevisão não serão endereçadas com profundidade.

dos litígios em torno da EqEF do contrato. No caso de conflito, cuida-se, portanto, de grande desafio para o operador do direito, que deverá dizê-lo e compor os litígios nos tribunais judiciais ou arbitrais, embasado por premissas econômicas, para, então, definir a quem competirá o melhor direito.

Busca-se, como resultado deste trabalho, apresentar, no cenário de discussões jurídicas e econômicas, aquilo que deverá limitar o escopo da arbitragem, ou, em outras palavras, os limites da avaliação objetiva do conflito a ser realizada pelo árbitro, considerando, também, os parâmetros estabelecidos na regulação e nos contratos de transmissão.

Nesse contexto, é reconhecida a complexidade do regime jurídico das concessões, no âmbito do qual se inserem um emaranhado de normas constitucionais e legais, abarcando-se regras e princípios, e normas regulatórias e contratuais, inclusive “a disciplina de ‘posições jurídicas’ das diversas partes” (JUSTEN FILHO, 2003, p. 289) envolvidas. Diz-se, assim, da existência de um bloco de juridicidade da concessão, tema que dará início a este capítulo.

Em seguida, serão mencionados os mecanismos disponíveis para regulação econômica dos contratos de concessão em geral, a regulação pelo custo e a regulação por incentivos. São modelos referenciados ou incorporados, em algum momento, na legislação brasileira⁵¹, o que os transforma em regra positivada limitadora da atuação do tribunal arbitral. Após, passa-se ao tema da alocação de risco nas concessões de

⁵¹ O Código de Águas (Decreto nº 24.643/34) previa que os contratos no SEB seriam regulados pelo custo. Cf. art. 180: “Quanto às tarifas razoáveis, alínea ‘b’ do artigo 178, o Serviço de Águas fixará, trienalmente, as mesmas: I - sob a forma do serviço pelo custo, levando-se em conta: a) todas as despesas e operações, impostos e taxas de qualquer natureza, lançados sobre a empresa, excluídas as taxas de benefício; b) as reservas para depreciação; c) a remuneração do capital da empresa; II - Tendo em consideração, no avaliar a propriedade, o custo histórico, isto é, o capital efetivamente gasto, menos a depreciação; III - conferindo justa remuneração a esse capital; IV - vedando estabelecer distinção entre consumidores, dentro da mesma classificação e nas mesmas condições de utilização do serviço; V - tendo em conta as despesas de custeio fixadas, anualmente, de modo semelhante”. A legislação vigente privilegia a ideia de incentivos, determinando o uso do preço teto ou de reserva (art. 9º da LGC).

infraestrutura e a tutela da EEqF da concessão nas alterações por circunstâncias exógenas ao contrato.

3.1 O bloco de juridicidade da concessão

O contrato e a disciplina jurídica vigente (Constituição, leis e regulação), quando da sua formalização, formarão o bloco de juridicidade que deverá reger o negócio jurídico até o seu termo. A LGC e a regulação por contrato são institutos jurídicos funcionais, que se “prestam a conferir legibilidade e segurança institucional a determinados projetos de investimento funcionalizados pelo interesse público” (MOREIRA, 2007).

Observa-se que cada vez mais se tem falado sobre a inserção do pragmatismo, do consensualismo (LEAL; MENDONÇA, 2016)⁵² e da racionalidade econômica no direito para que se atinjam os valores peculiares do ordenamento jurídico-constitucional. Reconhece-se a necessidade de valorar o viés econômico na interpretação jurídica (ARAGÃO, 2009). Com efeito, embora não se deva permitir que as soluções jurídicas sejam dominadas pelas soluções econômicas, o peso das consequências das decisões deveria ser considerado em qualquer meio heterocompositivo de solução de conflitos (ARAUJO, 2007).

Ademais, os contratos de longo prazo têm como objetivo que a sua executividade seja mantida ao longo da sua vigência, embora, na sua interpretação, seja comum haver divergências relevantes. De fato, “os contratos regulam o futuro, mas problemas interpretativos tendem a surgir simplesmente porque o futuro é imprevisível”. A aplicação das regras contratuais ocorrerá ao longo do tempo, mas eles não seriam considerados completos quando da sua formação (POSNER, 2005). Desse modo, do ponto de vista pragmático, a interpretação dos contratos dependeria minimamente de algum nível de conhecimento dos valores econômicos que motivaram a sua elaboração e dos mecanismos de regulação econômica que estão previstos no seu instrumento.

⁵² Nota-se a tendência do direito positivo para a abordagem consensualista (ex. art. 20, LINDB; art. 6º, LAR).

3.2 Mecanismos de regulação econômica dos contratos de concessão

A regulação econômica surge como disciplina autônoma e nova forma de atuação do Estado na economia, no Brasil, em meados da década de 1990. Nesse momento, supera-se o “binômio ‘poder de polícia’ e ‘serviço público’”, que pressupunha uma clivagem automática e excludente entre Estado e domínio econômico privado (MOREIRA; KATO, 2013). Ela tem como fundamento a necessidade de intervenção, ainda que mínima, do Estado para proteção de certos objetos. Originariamente, a regulação econômica surgiu para assegurar o direito à igualdade entre os atores de mercado; no modelo atual, o Estado opera em prol da isonomia entre os agentes e em benefício da competição, a fim de preservar o mercado, os preços e a defesa dos consumidores (ARANHA, 2019), permitindo o atingimento de objetivos determinados em políticas públicas, a exemplo da universalização dos serviços. Assim, a regulação econômica é complementar à ideia de mercado.

O mercado seria o bem jurídico tutelado pela regulação econômica com o objetivo de assegurar a igualdade de condições concorrenciais. Ela contrapõe-se à ideia de economia de mercado natural para transformá-lo em meio de realização de direitos fundamentais por intermédio da tutela de serviços, bens públicos, infraestrutura, tarifas, etc. (ORTIZ, 2003, pp. 701-741).

O mercado de energia brasileiro, até a década de 1990, funcionava com empresas integradas verticalmente. A desverticalização e a segmentação das atividades foram propostas como forma de induzir a sua eficiência (PRADO, 2009), não prescindindo da regulação para que essa ideia fosse concretizada, sobretudo porque as atividades de distribuição e de transmissão são desempenhadas em regime de monopólio natural.

Segundo essas premissas, a regulação terá, como um de seus objetivos, disciplinar o mercado e produzir incentivos para que as empresas atuem, na medida do possível, como elas o fariam em ambiente competitivo. Ademais, a desverticalização do setor elétrico demandou que fossem alterados os instrumentos tradicionais de cobertura de risco a longo prazo (PRADO, 2009). Ainda, deve-se ter em mente que os resultados da

indústria para o bem-estar social dependem tanto do desempenho dos segmentos nos quais a competição é possível quanto do desempenho dos segmentos que necessitam de maior grau de regulação (JOSKOW, 2014).

Portanto, atividades exercidas em regime de monopólio demandam a criação de um marco regulatório que apresente meios adequados para gerar incentivos à eficiência. A política tarifária deve abarcar questões como o EEF da concessão, penalidades e retribuições para redução ou incremento de produtividade e sua partilha com os usuários, o que significa com eles dividir as benesses do monopólio, a exemplo das economias de escala, propiciando serviços adequados e tarifas módicas. E, para além da proteção aos usuários, regular envolve fixar regras de operação de mercado que permaneçam estáveis. Assim, são consideradas questões elementares para a regulação do mercado: “eficiência produtiva, custos afundados, subsídios cruzados, verticalização, alocação de risco, gestão privada, critérios de acesso, estruturas de governança, critérios de entrada e saída e sistema tarifário”, todos com base teórica própria e ajustes pontuais para cada setor de infraestrutura (MOTTA, 2009).

No Brasil, a CF/88 foi o marco normativo para que o papel do Estado na ordem econômica fosse alterado. O cerne da questão está descrito nos arts. 173 e 174, que versam sobre a sua atuação direta (exercendo atividades econômicas por meio de empresas estatais), a regulação da conduta dos agentes econômicos (de forma coativa ou por meio de incentivos) e a “ordenação social”, que abrange a “disciplina, fiscalização e punição” e “o planejamento estatal da economia” (MOREIRA; KATO, 2013). Para a exploração de serviços públicos, a disciplina constitucional é complementada pelo art. 175, *caput* e parágrafo único.

3.2.1 Modalidades de regulação econômica

Passa-se a descrever as abordagens adotadas pela regulação econômica, que podem contribuir para a análise jurídica dos conflitos, com enfoque nos contratos de concessão de transmissão. Essa distinção atenta aos parâmetros econômicos é importante porque o legislador fez uma opção política a esse respeito. No art. 9º da LGC, definiram-se os parâmetros

econômicos da política tarifária a ser adotada nos contratos de concessão. Como tal, essa opção servirá para delimitar a arbitrabilidade objetiva restringindo os poderes de decisão do tribunal arbitral, principalmente, em lides referentes à EqEF das concessões, cingido que o tribunal está pelo critério de direito para julgamento desse tipo de conflito.

O árbitro não poderia, por exemplo, utilizar parâmetros ou *standards* regulatórios diferentes daqueles definidos nos Procedimentos de Regulação Tarifária (PRORET), normativo que disciplina os mecanismos de definição tarifária no segmento de transmissão. Os PRORET somente poderiam ser afastados se verificada a ocorrência de vício de legalidade, fundamentado na inobservância dos requisitos gerais de validade dos atos administrativos em contraposição à exigência legal específica, pois não poderia haver decisão por equidade.

3.2.1.1 Regulação pelo custo ou regulação pela taxa de retorno

Até a reestruturação do SEB, para regular o preço cobrado pelo serviço de transmissão, partia-se da observação dos custos do sistema de transmissão planejado e de propriedade de uma empresa de transmissão monopolista (GALETOVIC; INOSTROZA, 2008). Pressupunha-se que o regulador conseguiria impor às empresas a adoção de posturas de desempenho e produtividade eficientes e tendentes ao aprimoramento da qualidade do serviço. Acreditava-se que ele seria dotado de informações perfeitas sobre aspectos tecnológicos, custos da atividade, seus usuários, atributos de demanda enfrentados pela firma (JOSKOW, 2014).

A implantação da infraestrutura seria precedida de estimativa de custos de investimento (despesas de capital ou *capital expenditure* – CAPEX) e operação e manutenção – O&M (despesas operacionais ou *operating expenditure* – OPEX)⁵³. A partir daí, estabelecia-se o preço para que os ativos da empresa de transmissão fossem devidamente

⁵³ Seu fundamento poderia ser a auditoria dos custos de construção desses projetos ou informações exógenas, fornecidas, por exemplo, por empresas que realizam essa atividade (GALETOVIC; INOSTROZA, 2008).

remunerados, considerada uma taxa de retorno pré-definida (GALETOVIC; INOSTROZA, 2008) ou uma provisão para o lucro normal, usando como parâmetros, muitas vezes, as informações apresentadas pelas próprias beneficiárias (PARKER; DASSLER; SAAL, 2006).

Utilizava-se da metodologia de regulação pelo custo, regulação do “tipo *Cost Plus*” ou “C+” (NÓBREGA, 2014), regulação pela taxa de retorno ou *rate-of-return regulation*⁵⁴ (VISCUSI *et al*, 2005). Ela assegurava que os custos do negócio sempre fossem supridos, sem qualquer risco, independentemente da eficiência do empresário (VISCUSI *et al*, 2005). Trata-se de um tipo de regulação discricionária, baseada em custos e efetivada pelo custo do serviço segundo parâmetros *ex post* (CAMACHO; RODRIGUES, 2014).

Percebe-se que, na regulação pelo custo, há conexão ou relação direta entre receita e custo (CREW; PARKER, 2006). Os reajustes são vinculados à variação dos custos necessários para a prestação do serviço público (JUSTEN FILHO, 2003), devendo a concessionária apenas comprovar a realização de despesas para obter receita. Quanto maior elas fossem, maior seria a receita (CREW; PARKER, 2006). Então, a taxa de retorno seria algo sempre suficientemente capaz de suprir os custos de produção (VISCUSI *et al*, 2005, p. 436). O concessionário receberia uma receita fixa sempre acima do custo necessário para movimentar o seu negócio. Como consequência, a empresa espera que todo e qualquer custo seja automaticamente repassado para os usuários do serviço (PARKER; DASSLER; SAAL, 2006).

A verdade é que o regulador não tem informações perfeitas sobre os custos de oportunidade, o nível de qualidade dos serviços e os atributos da demanda e, por isso, não conhece os custos eficientes da empresa. Esse tipo de regulação gera estímulos à ineficiência e tende a possibilitar problemas morais (*moral hazard*) associados aos níveis de comprometimento gerencial e a consequente captura do regulador (CREW; PARKER, 2006; JOSKOW, 2014; VISCUSI *et al*, 2005).

⁵⁴ Tradicionalmente utilizada no setor elétrico nas décadas de 1970 e 1980 (VISCUSI *et al*, 2005).

3.2.1.2 Regulação por incentivos

Adicionalmente ao procedimento de desverticalização, houve o incremento do modelo de regulação por incentivos (regulação pelo preço teto⁵⁵). Esse modo de regulação é, portanto, estabelecido como contraponto à regulação pela taxa de retorno para propiciar melhor alocação dos custos (CREW; PARKER, 2006). Para lidar com os problemas da assimetria de informações sobre o custo de oportunidade das empresas, o regulador trabalha com a ideia de distribuição de probabilidades (JOSKOW, 2014).

Em termos jurídicos e econômicos, adotando mecanismo de regulação por incentivos, o Poder Concedente optou por realizar leilões competitivos, por meio dos quais adjudica o serviço à empresa que oferecer o menor preço pela construção e operação da infraestrutura⁵⁶. Dá-se a competição de mercado para a adjudicação do serviço; a competição pelo mercado, e não no mercado. O Poder Concedente se relacionará com um único concessionário pelos anos da vigência do contrato de concessão (ANKER, TUROLLA, 2015).

A questão fundamental na regulação por incentivos consiste em fornecer maiores estímulos para redução dos custos (GALETOVIC; INOSTROZA, 2008). Importa também estimular a inovação, práticas eficientes de precificação, a melhoria da qualidade (VISCUSI *et al*, 2005) do serviço, bem como a obtenção de ganhos de produtividade⁵⁷. A previsão da

⁵⁵ Esse tipo de regulação comporta a complementação por outras metodologias de estímulo à eficiência, como a ideia de *performance based regulation* (PBR), *benchmarking* ou *yardstick regulation* (PARKER; DASSLER; SAAL, 2006). A PBR é entendida como um sistema híbrido de regulação. O mecanismo do *revenue collar* – que estabelece limites superiores ou inferiores (gatilhos) até onde os riscos estariam alocados ao concessionário (SHAN *et al*, 2010; FARIA, TCU, 2020b) – também poderia ser estabelecido nos contratos de concessão com riscos elevados de demanda. Os contratos de concessão de transmissão utilizam-se da PBR, mas não apontam expressamente para o uso de MASC.

⁵⁶ Destaca-se, nos leilões de transmissão, que devem ser estabelecidos critérios que asseguram condições isonômicas entre os participantes e a fixação de tarifas pelo preço teto (*revenue cap*). Os editais devem ser explícitos sobre as metas e regras de ajustes das tarifas para que as propostas não carreguem o viés da incerteza (MOTTA, 2009).

⁵⁷ Nessa linha, o regulador também teria como objetivo limitar a transferência de renda dos usuários para os proprietários das firmas, o que significa utilizar parte dos ganhos de

partilha de ganhos (benefícios compartilhados, compartilhamento de lucros, *earnings sharing*, escala móvel ou *sliding scale*) em contrato é complementar à regulação pelo preço (JUSTEN FILHO, 2003; CREW; PARKER, 2006); torna-se algo recomendável, sobretudo, ao se considerar que, em monopólios naturais, é comum o incremento gradativo de produtividade pela paulatina redução de custos ao longo dos anos e aumento da eficiência⁵⁸ (SUNDFLED *et al*, 2015).

Nesse contexto, pelo leilão, o Poder Concedente estabelece preço fixo *ex ante*, uma receita garantida⁵⁹ (a partir do deságio ofertado)⁶⁰ que será reajustada por índices de preços que refletem alterações exógenas nos custos do projeto⁶¹. Assim, dissocia-se o valor da tarifa do custo real e efetivo do serviço, estabelecendo-se a padronização dos custos (JUSTEN FILHO, 2003), normalmente pela metodologia de *benchmarking*, ou seja, por análise comparativa com base no próprio mercado. Significa, em princípio,

produtividade da empresa em prol dos consumidores ou usuários dos serviços, desde que mantido o seu equilíbrio (JOSKOW, 2014).

⁵⁸ Os contratos de transmissão mais recentes trazem essa previsão.

⁵⁹ Nota-se que garantir receita é algo diferente de assegurar rentabilidade.

⁶⁰ Utiliza-se a regulação do tipo “Preço Fixo”, o que torna mais elevados os custos de eventuais renegociações; nos contratos de infraestrutura, como regra, as renegociações com fulcro na ideia de EEF são tidas como uma anomalia, e não algo inerente às mudanças do mercado e da legislação (NÓBREGA, 2014).

⁶¹ No segmento de transmissão, a modalidade regulatória *cost-based* (CBR) é utilizada para linhas amortizadas; novas linhas e reforços são contratadas por meio de leilões, com a definição do preço teto (VIANA, 2018).

que não haveria alteração de preço mesmo diante da redução ou do aumento de custos⁶² por qualquer motivo⁶³.

Para instrumentalizar essa desvinculação entre custo real e receita, a tarifa será fixada por um período – o *regulatory lag* ou ciclo tarifário (o tempo ou intervalo entre uma revisão tarifária e outra) –, necessário para que o concessionário possa se apropriar dos ganhos de eficiência e produtividade, ao tempo que compartilha os excedentes com os usuários do serviço (VISCUSI *et al*, 2005), permitindo que eles se apropriem do lucro das concessionárias até determinado limite⁶⁴ (CREW; PARKER, 2006). O *lag* também possibilita que as tarifas sejam decrescentes ao longo do tempo⁶⁵ (GUERRA, SAMPAIO, 2019).

⁶² O segmento de transmissão não está sujeito a riscos de demanda, mas os custos desse serviço podem variar de acordo com o tamanho da rede, a sua localização geográfica, o arranjo e a localização das diversas tecnologias de produção de energia em relação aos centros de carga (RIVIER; PÉREZ-ARRIAGA; OLMOS, 2013). O concessionário fica sujeito a cálculo probabilístico semelhante ao realizado para o risco da demanda, mas no tocante ao sobrecusto do serviço. Trata-se do risco associado ao custo que ultrapasse aquilo que a fórmula de reajuste seja capaz de capturar, uma vez que essa análise não deixa de ser alicerçada numa ideia de que haveria alta probabilidade de permanência da conjuntura de custos prevista (ANKER, TUROLLA, 2015).

⁶³ Esse fato não afasta a necessidade de lances altos para manutenção da viabilidade financeira do projeto em momentos de incerteza sobre os custos de oportunidade da empresa (JOSKOW, 2014) nem eventuais problemas de seleção adversa diante da assimetria informacional *ex ante* (NÓBREGA, 2014).

⁶⁴ A concessionária terá incentivos para prestar o serviço com o menor custo possível desde que possa se apropriar dos lucros. A empresa espera do regulador uma espécie de barganha regulatória (*regulatory bargain*) no sentido de poder reivindicar esses ganhos, sob pena de não operar da forma mais eficiente possível (*failure of commitment*). Porém, a apropriação integral de lucros não seria promessa regulatória factível. Esse nível de comprometimento (*regulatory commitment*) representaria um problema significativo para o regulador (CREW; PARKER, 2006).

⁶⁵ Durante o *lag*, a concessionária não estaria a compartilhar eventual economia de custos, embora a manutenção da taxa de retorno fixa (conforme tenha sido o resultado do leilão) demandasse redução proporcional do preço. Porém, o lapso temporal acaba funcionando como um incentivo para que os custos sejam reduzidos (VISCUSI *et al*, 2005).

No Brasil, a LGC contemplou a fixação de receitas pelo preço⁶⁶ (o que foi incorporado na regulação setorial como mecanismo de regulação por incentivos), assim definida no seu art. 9^o⁶⁷, para os contratos de concessão de serviços públicos, como ocorre no mercado de transmissão. Dessa forma, a LGC estabeleceu premissas para a prestação de serviços públicos, a exemplo dos direitos e obrigações dos usuários, a instituição do regime do serviço pelo preço teto⁶⁸ (*price cap* ou *revenue cap*, a depender do tipo de serviço, criando incentivos de eficiência para as empresas) e a necessidade de preservação do EEF ao longo da concessão. Determinou, ainda, que a preservação da EqEF do contrato é estabelecida em conformidade com a própria LGC, com os parâmetros do edital e do contrato.

Nesse sentido, a política tarifária é definida pelo preço de reserva, sendo conformada a partir do lance ofertado em leilão. Na regulação discricionária que se segue, o regulador deverá observar os incentivos previamente estabelecidos no contrato, pois a preservação do EEF da concessão estará diretamente atrelada à manutenção das suas condições (e não propriamente da proposta de preço), nos termos do art. 10 da LGC. Os

⁶⁶ Em termos econômicos, a regulação pelo preço subdivide-se em algumas espécies, como a regulação discricionária (ou CBR) e a regulação por contrato (*Non CBR*). A primeira, embora CBR, trabalha com a ideia de simulação de mercados competitivos. Em comum, ambas possibilitam o reajuste anual do contrato por um índice inflacionário. A diferença metodológica entre as duas abordagens consiste no fato de que a primeira admite ajuste adicional para realinhar periodicamente o preço teto aos custos da firma regulada, comumente denominado Revisão Tarifária Periódica (RTP) (CAMACHO; RODRIGUES, 2014). As RTPs assegurariam remuneração adequada e tarifas mais apropriadas para os consumidores ao incentivarem incrementos de eficiência e qualidade na prestação do serviço (TCU, 2005a).

⁶⁷ Art. 9^o 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.

⁶⁸ Na regulação pelo preço se define limite de preço apropriado (segundo uma previsão de ganhos de produtividade) aplicável independentemente de qualquer redução de custos; dentro desse limite, eventuais reduções serão direcionadas ao resultado final da empresa (VISCUSI *et al*, 2005). É método regulatório de estímulo à eficiência, mas também toma como base os custos (CRB) da empresa regulada para cálculo do preço/tarifa. A diferença está na utilização de custos regulatórios formados com base em técnicas de *benchmarking* e indicativos de custos prudentes.

termos da proposta referem-se, em verdade, às condições do contrato. Portanto, a RTP é realizada conforme critérios técnicos, considerando a política tarifária que fora previamente estabelecida em lei.

Trata-se de uma regulação discricionária *ex ante*⁶⁹, que procura remunerar os custos esperados (prudentes) e os custos de capital⁷⁰. Tem caráter dinâmico e flexível, permitindo “refletir mudanças nos custos dos insumos, alterações na demanda, avanços tecnológicos e aperfeiçoamentos na qualidade do serviço”. Ela é mais adequada e adaptável para lidar com cenários de incertezas (CAMACHO; RODRIGUES, 2014). Também se possibilita a transferência de parte da tarefa de definir “variáveis de remuneração” para o “ambiente regulatório” (ANKER; TUROLLA, 2015) ou pela regulação discricionária, mais dinâmica, não tão estanque a todos os parâmetros financeiro-econômicos do contrato (momento T=0). Permite, assim, maior captura de ganhos de eficiência a cada ciclo tarifário e reduz os riscos incorridos pelo empreendedor, já que a blindagem regulatória daqueles parâmetros econômicos é feita por janelas curtas.

Nos leilões realizados até 2005, os contratos de concessão de transmissão previam tão somente os reajustes anuais⁷¹, sendo, portanto, contratos pouco flexíveis. Porém, a LGC indicava serem cláusulas essenciais as relativas “ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para reajuste

⁶⁹ É regulação *ex ante*, porque a definição do preço ocorre na RTP antes que a empresa incorra efetivamente nos custos, a partir de uma parametrização de custos eficientes (PRADO; GAMELL, 2019).

⁷⁰ O cálculo da receita requerida é feito em blocos (*building blocks approach*), contendo custos operacionais, taxa de retorno, base de ativos e depreciação acumulada. O bloco é aferido “por métodos sofisticados de engenharia, econométricos, matemáticos ou de finanças” e critérios de *benchmarking* (CAMACHO; RODRIGUES, 2014).

⁷¹ Para que se aplique a partilha de ganhos, é prudente que o edital apresente cláusula sobre a captura de efeitos financeiros do serviço pelo consumidor, pois, caso não existam tais previsões, surge a discussão sobre a possibilidade ou não de se efetivá-la. Para Marolla (2011), Porto Neto e Câmara (CÂMARA, 2009) e TCU (2005a), a partilha de ganhos seria decorrência lógica da regulação por incentivos, do regime do EEF e da modicidade tarifária, tornando-a obrigatória, independentemente de cláusula expressa, sob pena de enriquecimento sem causa. Pela impossibilidade da partilha de rendas ou de prejuízos na ausência de previsão contratual, Marques Neto e Loureiro (2014). A ANEEL seguia no sentido de preservar as disposições do contrato, não aplicando a partilha. A despeito da natureza incompleta dos contratos de concessão, a ausência de disposição expressa sobre revisão não estabelece critérios seguros para a sua interpretação e pode ocasionar conflitos.

e revisão das tarifas”. A LCA também dispõe sobre aspectos econômicos e financeiros das concessões (arts. 14 e ss.), mantendo-se a previsão de que os serviços públicos regulados – distribuição e transmissão⁷² – deveriam ser prestados sob o regime de preço teto (art. 9º), incentivando ganhos de eficiência nas concessões por meio desse mecanismo e, também, por meio de um regime econômico e financeiro que compreendesse a “apropriação de ganhos de eficiência empresarial e da competitividade” (art. 14, IV).

O mecanismo da RTP foi oportunamente inserido nas concessões de transmissão⁷³. O resultado da revisão seria o reposicionamento tarifário (art. 2º, II, da REN nº 257/2007) estabelecendo novo parâmetro de preço máximo a fim de exteriorizar os ganhos de eficiência apropriados pela concessionária nos anos que antecederão à RTP (ANEEL, 2007b).

Em todo caso, esse mecanismo se relaciona à tutela da EEF do contrato porque a ideia é que ele fosse mantido em qualquer circunstância: seja em benefício da própria concessionária, para assegurar a continuidade da empreitada e manter o retorno esperado do investimento, seja em benefício do consumidor, para garantir a aplicação prática do postulado da modicidade tarifária⁷⁴. É, assim, inerente à regulação que estabelece a partilha de ganhos a possibilidade de renúncias tanto do lado do

⁷² Ambas as atividades são prestadas em rede e reguladas pela política de preço teto, mas esses serviços têm parâmetros de formação de receita e de RTPs distintos. Na distribuição, aplica-se o *price cap*, enquanto, na transmissão, o *revenue cap*. Na transmissão, o concessionário tem direito a uma receita garantida, definida a partir do preço de reserva no leilão e do deságio ofertado. A receita sofre descontos apenas em caso de indisponibilidade dos serviços.

⁷³ Referindo-se à partilha de ganhos (sobre parcela da receita), a ANEEL reconheceu, em documentos técnicos, que a RTP seria a ferramenta regulatória do novo regime econômico e financeiro criado para assegurar a tradução dos ganhos de eficiência empresarial em modicidade tarifária, pois a RTP permitiria que a tarifa fosse alterada, para mais ou para menos, após intervalo de tempo, pela revisão das condições de desempenho da concessionária.

⁷⁴ Circunstâncias exógenas, supervenientes, diferenciadas e relevantes ou substanciais para a execução do contrato poderiam justificar o reequilíbrio a favor do concessionário ou do usuário (TCU, 2011; MAROLLA, 2011).

consumidor quanto do lado da concessionária⁷⁵ (VISCUSI *et al*, 2005). É que o equilíbrio da concessão não pressupõe “constância da remuneração”; é possível que o contrato preveja, por exemplo, “padrões variáveis de remuneração”, associados a indicadores de desempenho (ANKER, TUROLLA, 2015).

Assim, manter os preços fixos por certo tempo estimula a eficiência produtiva: a empresa poderá incrementar uma taxa de retorno maior do que a inicialmente permitida, “se ela conseguir reduzir seus custos”, ou, ao contrário, sua taxa de retorno será menor, “se seus custos subirem”. Esse resultado é intencional, e não propriamente implementação imperfeita da regulação pela taxa de retorno, ou seja, a defasagem regulatória para revisão de preços é proposital do ponto de vista econômico. É, também, importante elemento quando se analisam pleitos de EEF de contratos. Isso porque, se a Agência Reguladora pudesse ajustar os preços de forma contínua, para manter invariável a taxa de retorno definida no leilão, não haveria nenhuma defasagem (“lag” ou “delay”) e, portanto, nenhum incentivo para atuação eficiente da empresa (“cost efficiency”) (VISCUSI *et al*, 2005). Seria um retorno à regulação pelo custo.

A regulação por incentivos confere uma disciplina tarifária que repercute na EqEF para torná-la dinâmica em atenção ao dever imposto ao Poder Concedente para que sejam mantidas as condições do contrato (art.10 da LGC), fundamento da tutela do EEF. Reconhecer o dinamismo da EqEF do contrato significa dizer que ela “comporta variações constantes de encargos e vantagens”, e não “compatibilidade exata e precisa, ao longo de cada exato momento da concessão” (JUSTEN FILHO, 2003, p. 361), sem que haja quebra do sinalagma inicialmente estabelecido.

⁷⁵ Quando há redução de custos para as empresas, os consumidores estarão renunciando a eventual benefício de redução de preços, em determinado período, por força dos ganhos excedentes da concessionária. Por outro lado, eventual “tendência ascendente nos preços dos insumos” que reduza a sua TIR (VISCUSI *et al*, 2005) também estará, em regra, inserida na álea ordinária dos contratos. Tratar-se-ia, como regra, de uma eventualidade interna.

3.3 Alocação de risco nas concessões de infraestrutura e a tutela da equação econômico-financeira da concessão nas alterações por circunstâncias exógenas ao contrato

A doutrina recomenda a repartição prévia de riscos (MODESTO, 2011; GARCIA, 2019a; MOREIRA, 2007; PINTO, 2006; PRADO; RIBEIRO, 2007; NATAL, 2013)⁷⁶, consideradas as especificidades de cada setor de infraestrutura (GARCIA, 2019), ao menos dentro do escopo do grau de ótimo de completude contratual (ARAÚJO, 2007). Defende-se, ainda, a necessidade de que o Poder Concedente estabeleça, no contrato, uma distribuição eficiente de riscos (GARCIA, 2019; JUSTEN FILHO, 2019; GUIMARÃES, 2014; JIN, 2013; GONÇALVES, 2019), segundo o “princípio da otimização da alocação de riscos”⁷⁷ (GONÇALVES, 2019). A obrigação de que as condições do contrato sejam previamente estabelecidas é norma cogente (art. 10 da LGC). Justifica-se na medida em que assegura isonomia na concorrência, e sua avaliação será o primeiro pressuposto para se verificar se está ou não mantido o seu equilíbrio (ALENCAR, 2019; MOREIRA, 2010b).

A matriz de riscos assume caráter de regulação econômica, na medida em que seria potencial redutora de conflitos durante a execução do contrato (GARCIA, 2019) e repercute no comportamento dos agentes de mercado (ANKER; TUROLLA, 2015). A regulação por incentivos pressupõe essa partilha (GARCIA, 2019a). Esse é um dos aspectos mais sensíveis na formulação dos contratos de infraestrutura (NÓBREGA, 2010). A matriz de riscos é o governo contratual que os consolida em termos temporais quanto à distribuição de encargos e benefícios (RIBEIRO, 2011).

Conhecer os riscos, definir a melhor forma de distribuir e reduzi-los são questões relevantes para os contratos de infraestrutura. Naturalmente,

⁷⁶ Mello (2015; 2017) opõe-se a essa racionalidade, sustentando se tratar de conduta inconstitucional, mesmo diante das expressas disposições normativas contidas na Lei de PPPs (arts. 4º, VI, e 5º, III).

⁷⁷ Isso corresponderia a alocar o risco conforme o direito, a legitimidade ou a capacidade da parte para tomar decisões relacionadas à fonte de risco (IRWIN, 2007). Também, permite diminuir, a custos mais baixos, a probabilidade de o evento indesejável se concretizar ou de incrementar as chances de eventos desejáveis se materializarem, sem que isso propicie a transferência dos riscos para terceiros ou a redução de incentivos para que a parte responsável busque a prevenção contra a ocorrência dos fatores indesejados.

fatores de risco influenciam a rentabilidade do projeto de infraestrutura, e a sua alocação é aspecto essencial para seu sucesso (NÓBREGA, 2020b). De fato, os agentes econômicos tomam decisões de investimento em condições de risco e incerteza. Por isso, projetam diferentes cenários para exercícios envolvendo fluxos de caixa, como ex. taxa interna de retorno (TIR) e valor presente líquido (VPL). Isso porque muitas das variáveis que constituem tais fluxos são aleatórias, como receitas e despesas futuras, de modo que a EqEF do contrato não é algo linear. O investidor constrói cenários de risco e planos de contingência para mitigá-los, com vistas a assegurar a taxa mínima de atratividade (TMA) do negócio. Contudo, choques adversos podem propiciar resultados mais severos do que os projetados quando da decisão do investimento (OLIVEIRA; ESTEVES, 2020).

Ademais, essa alocação prévia de riscos encontra limites nos custos de transação – quanto maior detalhamento, maiores serão esses custos (HART, 2016) – e na impossibilidade natural de se preverem *ex ante* todas as contingências que possam ocorrer. São limites de cognoscibilidade e de custo econômico relacionados à impossibilidade de se preverem todos os problemas futuros (GUIMARÃES, 2015). E não se trata de uma regulação simplória como aquelas contidas nos contratos comutativos comuns: as concessões envolvem relações comutativas complexas e não lineares de longo prazo, o que inviabilizaria uma completa percepção da Administração Pública para que realize uma partilha adequada e eficiente de riscos (NÓBREGA, 2020b; 2019; MOREIRA, 2016). Portanto, a matriz de riscos desenhada no contrato não será capaz de disciplinar todo e qualquer evento superveniente que promova alterações nas suas condições (GUZELA, 2015).

Assim, surge o imbróglio de como solucionar a alteração das circunstâncias contratuais quando os fatores de riscos não foram previamente alocados ou quando, mesmo alocados, eles ocasionaram impactos no contrato que o afastam sobremaneira da taxa mínima de rentabilidade (TMR) prevista e/ou dos valores que poderiam ser transferidos para a tarifa sem prejudicar a sua modicidade. Como tal, repercutem na EqEF do contrato em detrimento do concessionário ou em detrimento do Poder Concedente (como consequência, da plêiade de usuários que ele

representa). De fato, é desafiador e complexo harmonizar os valores da segurança jurídica e da mutabilidade natural às concessões na gestão de serviços públicos (GARCIA, 2017).

Os diplomas normativos que regem a matéria em concessões de infraestrutura seriam a LGC, a LPPPs (cf. art. 3º, §§1º, 2º, e 3º) e a LGL (esta apenas de forma subsidiária, em caso de lacuna e quando houver compatibilidade com o regime das concessões). A doutrina administrativa indica que esses diplomas legais remetem ora para a aplicação da teoria das áleas e da teoria da imprevisão⁷⁸, ora para a teoria da base objetiva do negócio.

Podem-se resumir as linhas de pensamento em torno da matriz de riscos separando as soluções apresentadas para contratos de concessão menos sofisticados daquelas sugeridas para os mais detalhados.

Primeiramente, consideremos aquelas que dizem respeito aos contratos menos sofisticados, que nada ou pouco dizem sobre a distribuição de riscos entre as partes, o que foi muito comum nas primeiras concessões firmadas até meados da década de 1990. Para esses contratos, a doutrina aponta três possibilidades: (a) a aplicação da teoria da imprevisão fundamentada no art. 65, II, “d”, da LGL distingue os riscos próprios ao negócio dos riscos extraordinários (áleas administrativa e econômica extraordinária) (RIBEIRO, 2011; ALENCAR, 2019; GUZELA, 2015); (b) no silêncio do contrato (seja porque o contrato de concessão não dispôs sobre essa matriz de riscos, seja porque ela não contemplou todos os eventos exógenos ao contrato), o risco deve ser imputado à Administração Pública⁷⁹ (JUSTEN

⁷⁸ Para fins desta pesquisa, trataremos esses termos como sinônimos, uma vez que a doutrina que defende a sua incidência não faz distinção quanto aos seus efeitos no direito brasileiro. Não pretendemos deter-nos nas discussões acerca da distinção entre caso fortuito e força maior, fato do príncipe e teoria da imprevisão, porque o tratamento doutrinário clássico (MELLO, 2015) quanto aos efeitos da ocorrência desses fatores tem sido o mesmo, diferentemente do que ocorre no direito francês, em que fato do príncipe e teoria da imprevisão poderiam ensejar consequências distintas para fins de EEF dos contratos de concessão (ALENCAR, 2019).

⁷⁹ É uma falácia admitir que o Poder Concedente deve, enquanto e porque titular do serviço, assumir todos os riscos não previstos no contrato ou não imputados a nenhuma das partes.

FILHO, 2019); (c) na ausência de disposição expressa, o art. 2º, II, da LGC é cláusula geral a informar que os riscos devem ser assumidos pelo concessionário (KAERCHER LOUREIRO, 2020a).

Já para os contratos que apresentam maior grau de completude – como regra, mais recentes (percebe-se, no segmento de transmissão, que os contratos ficaram mais sofisticados ao longo do tempo) –, há (d) os que defendem a matriz de riscos estanque e que não comporta nenhum tipo de alteração ou de interpretação integrativa, mesmo que se diferenciem riscos e incertezas; somente poderiam ser qualificados como incertos os eventos não alocados a nenhuma das partes (ALENCAR, 2019) e (e) os que admitem que, por vezes, fatores de riscos previstos *ex ante* podem se converter em incertezas ou em eventos de consequências extraordinárias, o que seria qualificado como um evento com natureza de força maior extraordinária⁸⁰ (MOREIRA, 2020). Para o tratamento das incertezas ou dos eventos qualificados como extraordinários e imprevisíveis, alguns adotam a teoria da base objetiva do negócio (MOREIRA, 2020; GONÇALVES, 2019), outros, a teoria das áleas (MELLO, 2015), podendo, ainda, depreender-se de alguns argumentos que essas teorias podem ser complementares (ALENCAR, 2019; RIBEIRO, 2011). Aplicar-se-ia a teoria da base e, subsidiariamente, a teoria da imprevisão (art. 124 c/c art. 65, II, “d”, ambos da LGL).

A definição de riscos estabelece um modelo prévio para o investimento e permite que, no futuro, realizem-se análises consequenciais sobre a conformação do contrato, auxiliando na solução de conflitos.

Inegavelmente, caso o risco venha a ser assumido pelo Poder Concedente, será repassado aos usuários do serviço, que também não são seus verdadeiros titulares. O risco natural da atividade é do concessionário; caso contrário, não faria nenhum sentido delegar o serviço. Por isso, no silêncio do contrato, mais natural seria o compartilhamento dos riscos.

⁸⁰ Nesse caso, compreendemos que o entendimento reflete na necessidade de endereçar questões extraordinárias específicas que produziram impactos significativos na concessão e, por isso, merecem ser neutralizadas, de modo a assegurar a continuidade do serviço, sem afastamento da matriz de riscos originariamente estabelecida no contrato. Para a hipótese desta pesquisa, o tribunal arbitral não poderia alterar a matriz de riscos previamente definida em contrato, mas ele poderá endereçar os impactos significativos provocados pelos eventos exógenos (as incertezas) adotando mecanismos de neutralização do EEF, mas acautelando-se para não produzir reflexos na política tarifária estabelecida em lei e concretizada a partir do lance oferecido no leilão.

Circundam a ideia de matriz de riscos os conceitos de previsibilidade e probabilidade. O conceito de imprevisível não é unívoco. Existem três ordens de pensamento: “impossibilidade abstrata de previsão, impossibilidade concreta de previsão, ou mera improbabilidade” (SCHREIBER, 2018). Não existiria, também, uma unicidade doutrinária acerca do conceito de risco⁸¹ (NÓBREGA, 2020b; NÓBREGA, 2010). Importaria, a nosso ver, afastar análises com caráter voluntarista ou subjetivista, buscando-se, o quanto possível, a avaliação objetiva da matriz de riscos dos contratos. É necessário distinguir a concepção de risco da ideia de incerteza⁸². A caracterização da ocorrência do fator de risco ou de um evento incerto é distinção relevante para análise da manutenção das condições do contrato.

Quando esses riscos prováveis são previamente partilhados no contrato, em princípio, não haveria flexibilidade para tratar as mutações que

⁸¹ Risco significa que existiria uma variação não projetada inicialmente no valor do projeto, cujos resultados inesperados poderiam ser bons ou ruins (IRWIN, 2007). Envolve eventos conhecidos com certa probabilidade de acontecerem (NÓBREGA, 2020b), que podem ser quantificados por diferentes métodos, como “dados históricos, distribuições de probabilidades, avaliação subjetiva, opinião de especialistas, técnicas de inteligência computacional etc.” (JACINTO, 2009). A reiteração de determinados eventos no passado, por exemplo, induziria à inferência de que há maior probabilidade de ocorrerem e excluiria a ideia de incerteza fundamental. O risco poderia, então, ser compreendido como o “evento incerto, mas de possível concretização – e, portanto, dotado de alguma previsibilidade” ou probabilidade, isto é, de elementos que permitam medir a realidade (GARCIA, 2019a, p. 143). Outrossim, o risco pode se tornar uma incerteza, sendo o inverso também verdadeiro, a depender do “conjunto de variáveis e do que se sabe sobre elas”; seria possível, ainda, a redução de incertezas a partir do progresso (ZANCHIM, 2012, p. 42). Ou seja, é natural que o conjunto de probabilidades aferidas no momento da celebração do contrato se altere ao longo da sua execução (NÓBREGA, 2020 *apud* TCU, 2020a).

⁸² Situações incertas são aquelas para as quais não há cálculo estatístico que poderia prever seu acontecimento e ponderar seus possíveis resultados (NÓBREGA, 2020b); seriam circunstâncias inseridas “no domínio da absoluta imprevisibilidade” (GARCIA, 2019a, p. 143), e, portanto, imensuráveis, a exemplo de determinadas questões derivadas de uma pandemia, situação de calamidade pública ou grande recessão econômica. Note-se que isso não quer dizer que todo evento ocorrido no curso de uma pandemia, calamidade ou recessão poderá ser qualificado como incerto. Análises de causalidade serão necessárias. Porém, certos fenômenos derivados de cenários de incerteza não integrariam o “pacto adjeto”, nivelador das expectativas dos contratantes (ZANCHIN, 2012).

decorrem desses fatores. Essas mutações, ainda que provoquem alterações significativas no contrato, não permitiriam, para parcela da doutrina, aditivção, pois foram assumidas automaticamente pela parte a quem o contrato imputou o ônus da assunção daquele risco (GARCIA, 2019). Essa é a regra geral (art. 10, LGC).

Seguindo essas premissas, torna-se necessário compreender que, para a composição de conflitos, não bastaria a imprevisibilidade ou a extraordinariedade do evento em si; ele deve ser ponderado com o tipo ou a fonte de risco e a alocação dos riscos definidas no contrato sob a perspectiva empírica da análise econômica. Isso confere maior objetividade para a análise em concreto das alterações das circunstâncias supervenientes à celebração do negócio jurídico seguindo a racionalidade de que o contrato deve ser o seu elemento central. As incertezas, por sua vez, merecem tratamento peculiar.

Para regular a matriz de riscos nas concessões, a LGC, no art. 9º, §§ 3º e 4º, aloca, previamente e em caráter vinculante, determinados fatores de risco para o Poder Concedente, o que não poderá ser alterado pela regulação (por contrato ou discricionária), e estabelece previsão esparsa sobre a assunção de riscos pelo concessionário. Referida lei informa que a concessão correrá por conta e risco do contratado (art. 2º) e determina o estabelecimento de um cronograma de obras e da necessidade de apresentação de garantia de fiel cumprimento (art. 23, par. ún., I e II). O art. 5º, III, da LPPPs estabelece ser cláusula obrigatória do contrato “a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária”⁸³. O art. 23 da LGC não faz a mesma ressalva quanto à definição da matriz de riscos do contrato.

⁸³ No Direito Civil, os contratos sempre puderam dispor previamente sobre a alocação de riscos entre as partes; em verdade, isso é algo intuitivo e poderia ser extraído da norma do art. 393 do CC/2002, mas, nesse ponto, a legislação administrativista saiu na vanguarda ao sistematizar expressamente a questão em 2004, com a LPPPs (art. 5º, III) abrindo novo leque de entendimento sobre a matéria também para as concessões comuns. No campo civilista, em 2019, o Código foi alterado pela Lei nº 13.874/2019 – Lei de Liberdade Econômica –, para indicar de forma expressa aquilo que tradicionalmente sempre foi defendido seja no direito

Pela interpretação sistêmica dessas regras com o art. 10 da LGC, infere-se que haveria margem de discricionariedade para o regulador alocar, de forma eficiente, os fatores de risco do negócio, estabelecendo o regime jurídico da matriz de riscos mesmo nas concessões comuns. O art. 9º da LGC estabelece que a preservação da política tarifária definida em lei depende da preservação das condições do contrato. O art. 23, V, ao definir como cláusula obrigatória a definição de direitos e obrigações do concessionário, estaria a incluir ônus e bônus firmados na distribuição de riscos. O art. 10 apresenta “regra obrigatória para nortear a avaliação quanto à ocorrência, ou não, de desequilíbrio” no contrato de concessão e, ao fazê-lo, possibilita que a Administração Pública “venha a complementar o sentido desta norma jurídica” por meio do próprio contrato (ALENCAR, 2019, p. 77).

Assim, a regulação por contratos contém uma dimensão de riscos (GARCIA, 2019), distinta do instituto que tutela o EEF das concessões, mas que refletirá na análise dessa equação. Às teorias sobre a matriz de riscos dos contratos somam-se as teorias sobre o tratamento da EqEF para integrar o que se entende como regime jurídico econômico-financeiro das concessões. Passa-se, então, à análise dos principais aspectos do regime jurídico da EqEF dos contratos de concessão, a seu imbróglio dogmático e à proposta de tratamento dos eventos exógenos ao contrato.

3.3.1 A matriz de risco, a alteração das circunstâncias e o incabamento contratual

público, seja no direito privado: a mínima intervenção nos contratos e a excepcionalidade da revisão contratual (art. 421), ou seja, a intervenção somente será adequada se necessária para alcance dos fins indicados na política pública e tanto melhor será se as revisões contratuais forem negociadas. O novel diploma deixou também mais evidente a possibilidade de distribuição dos riscos entre as partes contratantes (art. 421-A, II e III). O art. 393 se referia apenas às consequências ou prejuízos resultantes dos eventos fortuitos, enquanto o novo regramento possibilitaria a alocação de riscos para abarcar o cumprimento da obrigação principal do contrato. Destaca-se que o art. 421-A determinou, segundo a racionalidade do princípio da força obrigatória dos contratos, “a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada”, do que se infere que há também para os contratos privados o imbróglio de como lidar com as incertezas supervenientes.

O problema inerente às cláusulas contratuais que prescrevem a matriz de riscos da concessão relaciona-se ao seu microsistema jurídico. As partes assumem posições jurídicas, enquanto conjunto de direitos e deveres, numa relação complexa em que dificilmente se estabelece correlação precisa entre as situações ativas e as situações passivas. Ao mesmo tempo, porém, as condições originais da concessão estabeleceriam certas relações imutáveis, conferindo à moldura original do contrato caráter regulatório (JUSTEN FILHO, 2003).

A grande questão no que tange à definição da matriz de riscos *ex ante* refere-se à sua completude ou não e aos efeitos práticos que essa alocação prévia poderia ocasionar para as partes no caso de alterações supervenientes das circunstâncias. A questão elementar consistirá em saber se as incertezas somente poderão ser assim qualificadas no silêncio do contrato ou na medida de sua incompletude e se, nesse caso, poderia haver compartilhamento dos resultados negativos ou positivos da superveniência do evento incerto, ou, ainda, se, havendo algum detalhamento quanto à alocação de determinado fator de risco *ex ante*, a sua ocorrência concreta permitiria que a natureza extraordinária do evento somada à “força indomável e inarredável” (FARIAS; ROSENVALD, 2016b, p. 547) dos seus efeitos ou impactos (negativos ou positivos) para a execução do contrato justificariam algum grau de compartilhamento *ex post*.

Em princípio, entendemos que, tanto na ausência de alocação *ex ante* quanto no caso da configuração de eventos extraordinários com impactos significativos, poderia haver a atividade integrativa do intérprete. Essa atividade poderá resultar no compartilhamento dos choques positivos ou negativos sofridos pelo concessionário com a Administração Pública. Isso porque os efeitos para o contrato não seriam resultado da eficiência ou ineficiência da gestão da concessão, mas de fatores supervenientes externos ao contrato. Entretanto, se os eventos exógenos de efeitos significativos e substanciais se relacionam a fatores de riscos previamente imputados à parte que sofreu o dano, para reequilíbrio do contrato, devem-se restabelecer suas condições iniciais (art. 10 da LGC). Significa dizer que o escopo da revisão contratual encontra limites naquilo que é necessário para

manter a operacionalidade da concessão. O art. 2º, II e III, da LGC funcionaria como cláusula de fechamento (KAERCHER LOUREIRO, 2020a).

O contrato administrativo teria, numa perspectiva mais autoritarista, natureza ou similitude com um contrato de adesão, de modo que a partilha de riscos não seria pactuada, mas definida *ex ante* (NÓBREGA, 2020b, p. 137). Já no ambiente da Administração Pública consensual, admite-se a participação dos *stakeholders* na elaboração dos editais por meio de consultas ou audiências públicas; todavia, ainda assim, não se poderia esperar que o contrato abarcasse todos os possíveis eventos supervenientes ao longo de sua execução. A alocação de riscos contratual seria o ponto de partida para os pleitos de reequilíbrio; suas premissas impõem, para configurar o desequilíbrio, a demonstração do desbalanceamento do contrato (ANKER; TUROLLA, 2015). Há, assim, uma correlação entre a definição da matriz de riscos e a EqEF do contrato, uma vez que o sistema de EEF teria a função de preservar, de forma permanente, essa matriz; os institutos, porém, não se confundem (RIBEIRO, 2011).

Há de se reconhecer que, embora aparente segurança, qualquer atividade econômica apresentará riscos. Inclusive, a LGC possibilitaria, em tese, a imputação de todos os riscos da concessão para o contratado (art. 2º, II), mas seria ingênuo acreditar que todos eles seriam escorados no concessionário; evidente que, cedo ou tarde, esses riscos seriam revertidos para o usuário pelo aumento das tarifas ou pela má execução do serviço (NÓBREGA, 2020b). Conquanto juridicamente a doutrina possa afastar a caracterização do desequilíbrio ou da tutela do EEF em razão da norma do art. 2º, II, se o desequilíbrio for um evento da realidade, o dever de prestação contínua e de fornecimento de serviços adequados, eficientes e seguros aos usuários (art. 22 do CDC) certamente será comprometido (STJ, 2004).

Apesar disso, o risco é algo elementar aos contratos de concessão (KAERCHER LOUREIRO, 2020a). É característico desses contratos (concessões comuns e PPPs) o deslocamento de risco para os privados, que assumem o ônus do financiamento do projeto e da obtenção do retorno do capital investido enquanto produto da exploração do serviço (GONÇALVES, 2019). Na verdade, há um intervalo tolerável ou uma medida razoável de

tolerância do risco, que é próprio à atividade econômica e que possibilita a aferição de lucros. Apenas se ultrapassado esse limite do razoável se aplicará a possibilidade de renegociação. O mero desvio quanto ao retorno médio esperado não deve ensejar a repactuação, pois esse desvio é próprio do risco do negócio. Não se supõe que “todas as tensões” derivadas da inexecução do contrato devam ser corrigidas pela tutela do EEF prevista no art. 65, II, “d”, da LGL. Essa lógica partiria da “falsa premissa de que os riscos deverão ser alocados *ex post*, e não quando da elaboração contratual”. Haveria, portanto, a necessidade de firmar a partilha de riscos *ex ante*, embora não se consiga prever todas as contingências futuras que possam impactar as partes (RIBEIRO, 2011).

Então, a matriz de riscos contratual se presta a catalogar os fatores de risco no contrato “e a preservar a relação jurídico-contratual e os benefícios aos usuários”; ela é, como regra, um dado objetivo do contrato de concessão (e não definido na lei) e, portanto, uma transação *ex ante*, que teria também a função de reduzir os custos relativos do contrato e gerar responsabilidade objetiva para a parte a quem o risco foi alocado (MOREIRA, 2020). Nessa linha, a alocação de riscos e o regime do EEF do contrato perenizam as condições originárias do modelo de negócio celebrado (ANKER; TUROLLA, 2015). É a matriz de riscos responsável por definir as condições do contrato⁸⁴ (arts. 9º e 10 da LGC). Em princípio, surgiria o direito ao reequilíbrio se o risco do evento relevante para o contrato estivesse imputado a parte diversa daquela que sofreu os impactos da sua ocorrência (RIBEIRO, 2019). Significa que, nas concessões, afasta-se a regra do art. 65, II, “d”, da LGL⁸⁵. Somente

⁸⁴ A manutenção das condições iniciais abarca o preço, as obrigações assumidas pelas partes e o rol objetivo de partilha e de imputação objetiva de riscos (MODESTO, 2011), mesmo que a alocação *ex ante* tenha sido ineficiente (BINENBOJM, 2005; MONTEIRO, 2010).

⁸⁵ Não existe uma “divisão natural de riscos”, seja em benefício do Poder Concedente, seja em benefício do concessionário, pois a alocação de riscos é “matéria tipicamente contratual” (MONTEIRO, 2010, p. 170). Depreende-se, por essa linha de entendimento, que o art. 65, II, “d”, da LGL somente se aplicaria às concessões por exclusão (ALENCAR, 2019) e em caso de lacunas. Com isso, ainda que se entenda que o art. 37, XXI, incida sobre as concessões e assegure a manutenção das condições da proposta (MARQUES NETO; LOUREIRO, 2014; JUSTEN FILHO, 2003; MODESTO, 2011) ou, quando não, admita-se que essa seja uma garantia legal conferida ao concessionário por força do art. 10 da LGC (ALENCAR,

aquilo que é realmente desconhecido, incerto, porque não acomodava avaliação de probabilidades, poderia justificar uma realocação (excepcional e concreta) de riscos no âmbito do contrato (BINENBOJM, 2005).

Por essa mesma lógica, a TIR não poderia ser avaliada de forma isolada para que se verifique a ocorrência ou não do desequilíbrio na EqEF do contrato. Conquanto se percebam disparidades em relação à TIR projetada originalmente, se o evento estava alocado ao concessionário, não haveria que se falar em desequilíbrio: seria “indispensável identificar, primeiramente, a ocorrência de evento apto a criar o desequilíbrio”, seguido do seu enquadramento ou qualificação jurídica conforme a partilha de riscos previamente adotada pelas partes. Com efeito, a realidade dos fatos não poderia ser reduzida “a uma mera equação aritmética”⁸⁶ (JUSTEN FILHO, 2019). Há de se reconhecer que a EqEF dos contratos de concessão se relaciona, em verdade, a uma análise de probabilidades traduzida na matriz de riscos contratual.

Quanto a esse ponto, faz-se uma ressalva conforme a abordagem que será dada neste trabalho. A TIR ou o afastamento considerável da média da TIR projetada pode ser um parâmetro de admissibilidade do pleito de reequilíbrio, uma espécie de gatilho para que o regulador avalie tecnicamente o pedido. Não é correto, no entanto, dimensionar o desequilíbrio (ou a medida do reequilíbrio) por meio da TIR (mecanismo

2019), a lei poderia permitir a alocação de riscos de modo tal que os particulares tenham que contemplar, na proposta, a relação de “riscos que estão dispostos a assumir” conquanto eles derivem de “situações típicas de caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária”.

⁸⁶ A EqEF do contrato contempla dois aspectos: (i) o financeiro, que corresponderia ao “lucro por ação igual a 0” ou à equiparação de lucros antes de juros e imposto de renda aos custos financeiro fixos; (ii) o econômico, que diz respeito ao tratamento da alteração de aspectos relevantes para a tomada de decisões pelos *stakeholders* (GUZELA, 2015). Santos (2016, p. 134), referindo-se a Péquignot, apresenta uma fórmula matemática para representar a equação contratual. Ela não seria aritmética do tipo $a=b$, mas poderia ser representada numa fórmula de proporção do tipo $a/b=a'/b'$, onde “ a equivale à obrigação assumida e b equivale à remuneração pactuada”.

cost-based) quando a política tarifária vigente determina a incidência de um sistema de regulação por incentivos⁸⁷.

Assim, a simples observação de um contraste entre a realidade e a relação inicialmente estabelecida entre encargos e vantagens não justifica *per se* a invocação da garantia do EEF. Do ponto de vista jurídico, é deferida especial relevância à matriz de riscos, pois é preciso que essa incompatibilidade tenha sido ocasionada por eventos alheios ao contrato (ALENCAR, 2019; GUIMARÃES, F., 2019). O incabamento contratual das concessões permitiria a tutela da EEF quando os eventos supervenientes configuram uma incerteza (ALENCAR, 2019).

Tome-se como ex. o CC n° 003/2012 (lote A, Edital n° 04/2011). A quarta subcláusula da cláusula quinta libera o concessionário dos riscos de construção quando descobertos materiais de interesse geológico ou arqueológico ao longo da faixa necessária à passagem da infraestrutura de transmissão se essa descoberta provocar alterações supervenientes ao contrato. Já a terceira subcláusula isenta o concessionário de penalidades se eventos fortuitos provocarem a indisponibilidade do serviço. Nesse caso, o contrato se refere genericamente a essas categorias, remetendo para o regramento do CC/2002 (art. 393), para fins de avaliação do inadimplemento culposo, e nada diz sobre a possibilidade de renegociação ou não em caso de impactos econômicos. É uma cláusula que, evidentemente, necessitará ser complementada pelo intérprete na superveniência do evento fortuito que provoque impactos na EqEF da concessão, porque, se não imputa o ônus ao concessionário, também não o afasta expressamente⁸⁸.

É necessário averiguar se o evento indesejado não teria afetado de forma indiscriminada todas as partes da relação jurídica (Poder Concedente, concessionário e consumidor), isto é, se, mesmo diante do grande impacto para o concessionário, o consumidor também estaria a suportar riscos para além daqueles que lhe haviam sido alocados. Apesar dos impactos

⁸⁷ Ela se presta a dar um sinal regulatório quanto à formação do preço de reserva e à recuperação dos investimentos, mas a sua aplicação *ex post* implicaria o desvirtuamento da regulação por incentivos, uma vez que a TIR é *cost-based*.

⁸⁸ Socorrer-se-ia, assim, da teoria da base objetiva complementada pela ideia de incerteza fundamental.

ocasionados pelo evento extraordinário, é possível que o contrato não esteja propriamente desequilibrado, mas que as partes estejam simplesmente numa “sinuca de bico” ou “numa paridade de infortúnios” (ALBINO; KAERCHER LOUREIRO, 2020). Daí a importância de se reconhecer que a tutela do EEF se refere à manutenção das condições de operabilidade do contrato de concessão.

Sobre essa perspectiva, a tutela do EEF relaciona-se à observância da matriz de riscos (RIBEIRO, 2011), enquanto meio de se efetivar a justiça contratual (ALENCAR, 2019). Trata-se de reconhecer o contrato essencialmente como mecanismo de troca para assegurar, além de justiça procedimental, equivalência substantiva (ARAUJO, 2007). A tutela do EEF não se confundiria com o princípio do *pacta sunt servanda*, cuja lógica seria impor o cumprimento do contrato segundo seus termos originais; a instrumentalizar a justiça contratual, seu principal objetivo seria impedir o colapso do empreendimento, além de assegurar a adequação, a continuidade dos serviços e a modicidade tarifária (ALENCAR, 2019). Seguindo essa lógica de repartição de riscos *ex ante*, a doutrina moderna tem apontado também para a ideia de base objetiva do negócio ou caso base⁸⁹, seja para reafirmar a alocação prévia, seja para contemplar a recomposição do equilíbrio contratual quando a alteração das circunstâncias derivar de eventos incertos (GONÇALVES, 2019; MOREIRA, 2010).

Pela teoria da base objetiva do negócio, é possível opor-se ao uso de critérios subjetivos⁹⁰ ou voluntaristas para solucionar o problema da alteração de circunstâncias em razão de eventos externos ao contrato, isto

⁸⁹ Estariam compreendidos pela base objetiva do negócio a administração de seus recursos materiais (economia) da concessão e o capital disponível (finanças) para que essa administração de efetive (MOREIRA, 2010b).

⁹⁰ Utilizar elementos subjetivos significaria presumir que tudo o quanto não foi estimado pelas partes corresponderia ao risco por elas assumido, salvo a comprovação de que esse risco era, ao tempo do contrato, imprevisível. A imprevisibilidade, embora requisito legal para a caracterização da onerosidade excessiva no direito privado (art. 478 do CC/2002), não seria o seu elemento central. Ela se relacionaria com a transcendência do evento quanto ao que seria normal do contrato ou à sua “trajetória histórica” em relação a determinado mercado (SCHREIBER, 2018).

é, à teoria da imprevisão de forma autônoma (SCHREIBER, 2018). Deve-se ater aos parâmetros objetivos do desequilíbrio, isto é, à onerosidade ou à onerosidade excessiva objetivamente considerada. A nosso ver, nas concessões, isso requer a transferência da análise jurídica para a análise econômica com fundamento em conceitos estatísticos. Uma grande dispersão da média do retorno esperado será o gatilho para a admissibilidade do pleito de renegociação. Como o contrato não carrega uma equação linear, a decisão de mérito dependerá de uma análise global dos aspectos jurídicos e econômicos da concessão.

É necessário se reconhecer que o silêncio não é meio hábil para criar obrigações (art. 111 do CC/2002), especialmente em contratos complexos e de longo prazo⁹¹. Sabe-se que a redação de um contrato detalhado prevendo todos os aspectos específicos relativos ao seu desempenho e execução não é tarefa simples (SCHREIBER, 2018), além de sujeita a altos custos de transação. Os contratos de concessão, complexos e relacionais, seriam

⁹¹ O silêncio não poderia significar qualquer espécie de consentimento. Por conta da incompletude, não se pode admitir que o silêncio enseje obrigações ou direitos para qualquer das partes (concessionário, Poder Concedente, consumidor ou usuário dos serviços) ou a oposição do ônus de cláusulas dúbias a quem redigiu o contrato de concessão, não apenas porque o edital conta com processos democráticos e transparentes para ser elaborado, inclusive com a possibilidade de saneamento de dúvidas quanto ao seu conteúdo *ex ante*, mas porque isso contraria a natureza pragmática e utilitarista que o Direito Econômico revela nesses contratos: o seu natural inacabamento. Embora as regras civilistas possam contribuir para a interpretação do contrato de concessão (a ex. dos arts. 111 a 114), não incidiria, no caso, o art. 423 do CC/2002. Seria “difícil imaginar a aprovação de uma mudança tarifária pelo silêncio” (ZANCHIM, 2016, p. 32). A ideia de distribuição prévia de riscos também não fugiria, em princípio, dessa lógica binária, do tudo ou nada, para o risco previsto. Ainda nesse caso, a regra é a de que o silêncio não seja considerado uma declaração de vontade (art. 111 do CC/2002), nem mesmo tácita – o que, para a sua caracterização, dependeria de “atitudes do declarante que tornam clara a sua vontade” (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 653). Se, por um lado, pelas especificidades dos contratos de concessão, o silêncio não cria obrigações, também não pode ser entendido como excludente da possibilidade de ensejar a sua revisão (CORDEIRO, 2007). Persiste o dever de manutenção do EEF, mas a regra deve ser a modulação consensual do contrato (MOREIRA, 2010b), considerando o interesse de todos os *stakeholders* (MOREIRA, 2007).

deliberadamente incompletos (NÓBREGA, 2020 *apud* TCU, 2020a), sendo o silêncio reconhecido como mera abertura para o futuro (SCHREIBER, 2018)⁹².

Assim, interpretando-se sistematicamente a teoria da base objetiva, deve-se verificar o impacto do acontecimento para o equilíbrio do contrato, o que, se verificado, poderia ensejar uma presunção relativa da extraordinariedade do evento⁹³. Com efeito, o caráter ordinário do risco, abstratamente considerado, nem sempre se prestará a afastar a tutela do EEF, pois sua ocorrência pode ter gerado desproporções manifestas no contrato (SCHREIBER, 2018). Pressupor que a partilha prévia de riscos seria suficiente para determinar que o concessionário, invariavelmente, assumiria os riscos que lhe foram impostos pelo contrato seria interpretação singela diante da diversidade de cenários macroeconômicos supervenientes⁹⁴ à assinatura do contrato, especialmente aqueles em que se assentam crises econômicas (GARCIA, 2019).

O concessionário não deveria assumir integralmente o ônus do risco que lhe foi imposto pelo contrato quando alterações da conjuntura macroeconômica lhe impõem a onerosidade excessiva, pois a alocação de riscos é caracterizada pela análise de probabilidades⁹⁵. Assim, “o risco

⁹² É preciso, assim, reconhecer a revogação tácita do art. 1º, §1º, Lei nº 8.631/93 pelo art. 4º, §3º, da LCA, porque quaisquer renegociações contratuais derivadas de alteração superveniente de suas condições pressupõem o rito de um procedimento democrático inviável de ser realizado em prazo inferior a 15 (quinze) dias.

⁹³ A referida presunção deixaria de existir (a) se as partes tiverem disposto, de forma expressa, sobre “a possibilidade daquele específico desequilíbrio contratual superveniente e afastado qualquer consequente alteração no contrato (expressa assunção do risco)”; (b) se, mesmo sem que tenham feito constar disposição expressa no contrato, “reste inequivocamente demonstrado que as partes” haviam considerado “a possibilidade daquele específico desequilíbrio superveniente entre as prestações”, porém sem a intenção de que o acontecimento específico pudesse alterar o contrato (“tácita, mas inequívoca assunção do risco”); (c) se o evento que ensejou o desequilíbrio deriva de “causa interna” ao contrato, isto é, da própria conduta da parte lesada (SCHREIBER, 2018).

⁹⁴ O cenário macroeconômico do país estaria, de certo modo, a influenciar a base objetiva do contrato, uma vez que se trata de um dos principais pilares para a atração de investimentos (GARCIA, 2019).

⁹⁵ E, como visto, mesmo com a divisão prévia dos riscos, não se pode falar assertivamente sobre uma previsibilidade “absoluta e capaz de antever todas as situações e, principalmente, todas as consequências que podem advir para uma das partes” (GARCIA, 2019, pp.190-192). Zanchim (2012, p. 39) também se refere ao risco como um fator “mantido nos estritos limites da probabilidade e da previsibilidade”.

(exemplos: custo da energia, variação cambial, demanda projetada) era previsível, a justificar a sua alocação contratual”; no entanto, “o resultado extremado dos eventos em cenários econômicos drasticamente alterados” sobre o contrato era imprevisível ou não provável: ter-se-ia “a imprevisão na previsão”. Haveria uma relação de equivalência⁹⁶ a ser preservada independentemente da partilha prévia de riscos (GARCIA, 2019, pp. 190-192).

Nesse sentido, seria legítima, em condições excepcionais, a revisão da matriz de riscos em contratos de concessão, quando essas circunstâncias fogem, sobremaneira, da base objetiva do negócio; cuida-se de circunstâncias que se caracterizam como surpresa absoluta ou algo inesperado que ganha dimensão existencial diferenciada e confere significado distinto aos riscos alocados⁹⁷. Em outros termos, o que era um fator de risco ganha contornos de incerteza, desde que o devedor se torne completamente impedido de quebrar o nexo de causalidade entre o evento exógeno (força maior) e os impactos provocados no contrato (MOREIRA, 2020).

Então, mesmo quando o fator de risco está dimensionado no contrato, isso não deveria ser empecilho para aplicação do instituto do EEF. Os fatores de riscos, tidos por ordinários, poderiam se tornar elementos exógenos e extraordinários a repercutir significativamente na equação e demandar o reequilíbrio conquanto estivesse, num primeiro momento, alocado ao concessionário⁹⁸ (MARTINS, 2012). Seria, então, necessário o

⁹⁶ O termo “equivalência” é constantemente utilizado pela doutrina, mas é preciso observar que não deve ser lido no sentido de idêntico ou igual. Existem duas metodologias para definição da TIR: a estável, assegurando a mesma TIR por janelas longas, e a atual, na qual a TIR seria assegurada por janelas curtas, e, ultrapassado esse período, o valor da taxa de retorno poderia ser distinto. Por esse método, admitir-se-iam distintas TIRs ao longo do contrato de concessão (cf. ANEEL, 2016b; 2016c; Ac. 288/2016 -TCU-Plenário).

⁹⁷ Nesse caso, aponta-se a necessidade de caracterização de três requisitos: o evento deve (i) ser posterior à contratação; (ii) “impedir a prestação contratada (não apenas torná-la mais onerosa)”; (iii) ser alheio à esfera subjetiva de quaisquer das partes contratantes (MOREIRA, 2020).

⁹⁸ Segundo Martins (2012), a distribuição de riscos que não esteja atenta ao limite do suportável pelo concessionário poderia ensejar, inclusive, a invalidade do contrato. É possível, por exemplo, que o investimento tenha colapsado por um fator exógeno, ficando muito distante da média de retorno que seria suficiente para a manutenção do serviço em

estabelecimento de um critério objetivo para viabilizar essa proposta, o que poderia se dar por meio de regulação *ex post*, complementar ao contrato, desde que a tutela do EEF do contrato de concessão seja limitada ao necessário para manutenção da operacionalidade da concessão (art. 2º da LGC).

É preciso, também, separar as situações normais daquelas situações excepcionalíssimas, acautelando-se (*ruling out*) para que a ocorrência de determinadas contingências não se converta em razão para condutas oportunistas, como o *hold up*, e ameaças para a renegociação. Isso porque aquilo que extrapola a matriz de riscos e permitiria a renegociação é o que estaria dentro de quadros verdadeiramente excepcionais, os quais consomem externalidades negativas intoleráveis para uma das partes, não se admitindo a sua avocação para circunstâncias matriciais ordinárias e de que a parte se utiliza a pretexto de vitimização para se exonerar de obrigações contratualmente previstas ou tentar reduzir a sua oneração (ARAÚJO, 2007).

Em suma, o art. 10 da LGC estaria a positivar a teoria da base objetiva do negócio e asseguraria a sua intangibilidade, já que quaisquer contratos estão sujeitos a alterações, principalmente os contratos de concessão de serviços públicos, caracterizados “por sua incompletude reforçada” (MOREIRAM, 2010b, pp. 388-389). A avaliação da matriz de riscos deverá contribuir para verificação de eventual quebra do sinalagma contratual até mesmo para que se caracterize a natureza externa do evento⁹⁹. Uma vez alocados os fatores de risco nos editais, cumpre ao adjudicatário do serviço proceder a essa avaliação e oferecer a sua proposta com a devida

condições adequadas. Todos os *stakeholders* (não apenas o concessionário) teriam, em princípio, interesse na manutenção do contrato que regula um serviço público ou uma *public utility* de caráter essencial. Nesse caso, a Administração Pública poderia compensar o concessionário para que ele volte ao ponto mínimo de sua análise de risco, o que também poderia ser objeto de avaliação pelo tribunal arbitral.

⁹⁹E não bastará que se trate de um evento externo para que se crie a obrigação de sanar um suposto desequilíbrio; a ideia de probabilidade e incerteza também deve ser considerada.

precificação dos custos de provisionamento daqueles riscos cujos ônus lhe foram imputados.

Porém, o intérprete aplicador do direito não poderá ignorar a natural incompletude dos contratos de concessão, e, por conta desse inacabamento, o grande desafio do intérprete será, considerando os *stakeholders*¹⁰⁰ e a cláusula de fechamento da LGC (art. 2º), apontar a solução mais adequada para o conflito derivado das alterações supervenientes ao contrato nas situações em que a literalidade de suas cláusulas não é suficiente para avaliação e composição do litígio.

Nessa linha, pode ser que se sucedam fatos supervenientes previsíveis, mas que, simplesmente, não foram previstos nos contratos diante dos elevados custos de transação que isso envolveria (SCHREIBER, 2018). Para esses fatos, não haveria que se perquirir a incidência da teoria da imprevisão no sentido de alocar implicitamente todos os riscos não previstos para a Administração Pública ou para o concessionário, pois não se deve apontar uma solução apriorística. A natureza e os efeitos desses eventos devem ser avaliados caso a caso, porque é justamente esse o caráter flexível que a teoria de direito econômico, de ordem consequencialista, busca aportar nos contratos complexos e de longo prazo, seja para que haja a renegociação (segundo a racionalidade relacional), seja para que os conflitos possam ser solucionados com os menores custos de transação possíveis.

3.3.2 A tutela da equação econômico-financeira das concessões

O regime jurídico da EqEF das concessões engloba dois elementos: a definição *ex ante* da matriz de riscos e a sua observância *ex post*, bem como a tutela do EEF da equação. Apesar de o EEF¹⁰¹ dos contratos de concessão

¹⁰⁰ A relação “macro da concessão” dá origem a diversas outras relações verticais, “que se projetam em cada um dos feixes intersubjetivos do universo do concessionário” (MOREIRA; 2010b, p. 279).

¹⁰¹ O próprio conceito de equilíbrio é controverso. A doutrina tradicional o conceitua como a equivalência (procedimental) das prestações. Autores modernos remetem para noções como justiça contratual, justiça material, equivalência material ou substantiva dos contratos, igualdade substancial dos contratantes (em contraposição a uma ideia de lesão

ser de extrema importância para a sua execução ao longo de sua vigência, bem como para manutenção da segurança jurídica das relações, aspectos relevantes da sua conformação (como, por exemplo, a sua positivação e o alcance dessa garantia) não encontram entendimento pacífico na doutrina de Direito Administrativo brasileira.

É sabido que, ao longo da execução dos contratos de concessão, podem ocorrer fatos supervenientes que alteram as condições fáticas iniciais e repercutem na sua EqEF. Reconhece-se, assim, a natureza mutável das concessões, a ponto de ser natural que não apenas as cláusulas regulamentares, mas, também, as cláusulas econômicas dos contratos sejam objeto de alteração¹⁰² (SANTOS, 2019).

Para que o contrato seja mantido estável e a remuneração permaneça adequada, pressupõe-se que a mutabilidade é inerente às concessões e reconhece-se como inevitáveis as alterações supervenientes (GARCIA, 2019, p. 162-163; 166; JUSTEN FILHO, 2003; SCHARF; CAGGIANO, 2019). Porém, as condições do contrato “fixam uma *relação* específica e determinada entre vantagens e encargos de ambas as partes”, condicionando a necessidade de que eventuais “modificações supervenientes” ocorram de forma integrada e sistêmica (JUSTEN FILHO,

– como princípio da equivalência ou justo preço (ARAUJO, 2007) – ou de onerosidade excessiva), boa-fé objetiva e função social do contrato, correção jurídica e fática do contrato, proporção entre as prestações e obrigações recíprocas. Nem sempre apresentam soluções pragmáticas, mas as propostas relacionam-se a uma suposta concretização de princípios ou valores constitucionais de solidariedade social e igualdade substancial entre as partes contratantes por meio da aplicação da ideia de proporcionalidade (SCHREIBER, 2018), manutenção da base objetiva do contrato – concretizada por critérios objetivos de adequação, proporcionalidade, e equidade, somados a critérios subjetivos a exemplo da boa-fé objetiva (MOREIRA, 2010b) –, “remuneração adequada aos montantes investidos e ao grau de risco em que incorrem” os concessionários (MARTINS, 2012) e, por fim, justa remuneração (KAERCHER LOUREIRO; RODRIGUES, 2020).

¹⁰² Remetendo para a ideia de estabilidade e previsibilidade da relação e para a observância da legalidade e da supremacia do interesse público, é comum a defesa de que somente as cláusulas do serviço seriam mutáveis, e, ainda assim, essa mutabilidade não teria um caráter absoluto (CARVALHO FILHO, 2017; STJ, 2001). A liberdade de agir da Administração Pública estaria restrita ao momento anterior ao contrato quando da elaboração do edital (JUSTEN FILHO, 2003).

2003, p. 301). Existe uma tensão entre flexibilidade e estabilidade das relações – especialmente em indústrias de rede¹⁰³.

Nesse contexto, a preservação do EEF é a mais relevante ferramenta para afirmar a segurança jurídica dos contratos de concessão (GUIMARÃES, B., 2019), pois, estando equilibrada a relação, o particular poderá alcançar a almejada rentabilidade econômica por sua atividade (MELLO, 2017). Nessa linha, a regulação por contrato nas concessões preocupa-se sobremaneira com o futuro, uma vez que elas envolvem investimentos de longa maturação (MOREIRA, 2016) e devem ser complementadas pela regulação discricionária. Assim, a ideia de centralidade do contrato, fundamentada no art. 10 da LGC (ALBINO; KAERCHER LOUREIRO, 2020; MARQUES NETO, 2015, p.383), deve ser ponderada com o caráter dinâmico das concessões, sendo o princípio da adaptabilidade a sua pedra de toque (MOREIRA, 2010b).

Sobre a matriz de riscos, como visto, a divergência doutrinária refere-se ao grau de flexibilidade do contrato. De um lado, defende-se a rigidez e a cristalização da matriz de riscos fixada inicialmente; de outro, uma abertura conceitual e excepcional diante de um contexto extraordinário ou de incerteza. A doutrina também diverge sobre a tutela do EEF da concessão, seu regime jurídico e as teorias aplicáveis. Alguns propugnam que as teorias comumente abordadas para solução de conflitos em torno da matriz de riscos dos contratos – a teoria das áleas e a teoria da imprevisão – não seriam suficientemente capazes de apresentar uma abordagem que solucione as complexas questões econômicas que surgem ao longo da execução dos contratos de concessão (NÓBREGA, 2020 *apud* TCU, 2020a; NATAL, 2013).

De fato, a teoria da imprevisão não tem sido avessa às críticas. Ela sofre de uma deficiência conjuntural, porque parte do pressuposto de que

¹⁰³ A flexibilidade refere-se à constante necessidade de que o regulador exerça sua legitimidade democrática (art. 174 da CF/88) e possibilite a adaptação a novas circunstâncias relativas à eficácia operacional do sistema. E a estabilidade deriva das regras cristalizadas pelo compromisso regulatório (*regulatory commitment*), vinculado a determinados marcos regulatórios antecedentes (FARACO; COUTINHO, 2007), com destaque especial para o que se considera o núcleo desse compromisso: a EqEF do contrato estabelecida concomitantemente com incentivos econômico-regulatórios (GARCIA, 2019, p. 136).

os contratos são completos, simétricos em termos de informação, lineares, num contexto econômico de racionalidade limitada (NATAL, 2013; NÓBREGA, 2020b). Ainda, confere maior atenção a elementos subjetivos como a previsibilidade dos eventos ou ao caráter extraordinário das alterações contratuais do que às circunstâncias objetivas que passaram a permear a relação jurídica (SCHREIBER, 2018). Ao se aplicar a teoria da imprevisão, ignora-se o fato de que o caráter científico da avaliação do EEF impossibilita a análise de correlação sinalagmática em abstrato (AZEVEDO, 2020). Nesse sentido, a teoria da imprevisão não retrata a “relação entre direito e realidade” (SCREIBER, 2018).

Trata-se de mera teoria, e não de direito positivado. É, portanto, destituída de conteúdo normativo. A teoria da imprevisão é limitada pela matriz de riscos contratual. A ideia de matriz de riscos requer a análise primeira da distribuição de riscos prevista *ex ante*; se o contrato de concessão não é capaz de permitir a solução para manter o seu EEF diante da superveniência de eventos exógenos, de efeitos extraordinários, incertos, incalculáveis, imprevisíveis e substanciais, verificáveis a partir de avaliações probabilísticas e estatísticas e que ensejam grave risco de levar à derrocada do projeto, isso requer a adoção de soluções negociadas para que sejam restabelecidas as suas condições iniciais. O objetivo da postura consensual seria assegurar a operacionalidade do contrato por todo o período da concessão. O alcance da revisão seria o necessário para manter as condições do contrato. Isso é algo diferente de aplicar a teoria da imprevisão para transferir os riscos próprios da atividade para a Administração Pública, que não é sócia do concessionário, ou para garantir rentabilidade, lucro ou distribuição de dividendos aos acionistas.

Desse modo, na nossa visão, o art. 65, II, “d”, da LGL não estabelece uma divisão natural de riscos, nem imputa responsabilidade objetiva a qualquer das partes. Ele apenas admite uma solução negociada quando concessionário e Poder Concedente se defrontam com os problemas da incompletude contratual. Entende-se que, havendo lacunas no direito, a teoria da imprevisão somente poderia ser aplicada em caráter complementar e subsidiário (art. 124 da LGL) à teoria da base objetiva do

negócio para solução de conflitos derivados de incertezas ou de riscos transformados em eventos de consequências incertas (incalculáveis e de substancial impacto para o contrato), desde que se demonstre o nexo de causalidade entre o evento e o dano devidamente apurado. Interpretação distinta do dispositivo legal – no sentido de transferir riscos à Administração Pública – não seria compatível com o regime estabelecido na LGC.

Sem prejuízo de assegurar a tutela do EEF do contrato, a teoria da imprevisão deve ser ressignificada no sentido de que as consequências endógenas à base objetiva do negócio provocadas por eventos externos e alheios às partes devem ser compartilhadas entre concessionário e os usuários até o limite do necessário para a manutenção do serviço, uma vez que a assunção de riscos é própria das concessões (art. 2º, III, da LGC).

Vale apontar, também, a divergência sobre a positivação e o significado da tutela do EEF do contrato. Para parcela da doutrina (MELLO, 2015; MARQUES NETO; LOUREIRO, 2014), a sua positivação estaria no art. 37, XXI, da CF/88, assegurando ao concessionário a garantia da manutenção da proposta, conforme a oferta de lance no leilão. O art. 10 da LGC seria mera reiteração dessa previsão constitucional (MARQUES NETO, LOUREIRO, 2014). Assim, costuma-se defender a incidência da teoria das áleas ou da teoria da imprevisão para o tratamento das circunstâncias supervenientes e exógenas ao contrato, com fundamento no art. 65, II, “d”, da LGL, regulamentadora do dispositivo constitucional em comento.

Por essa lógica tradicional, a tutela do EEF consistiria em estabelecer, de um lado, o direito do concessionário e, de outro, uma obrigação do Poder Concedente. Esse era, também, considerado um traço distintivo entre as concessões e os contratos de direito privado; nelas, o cenário era aquele da supremacia do interesse público em que a Administração Pública poderia exercer seus poderes exorbitantes; nos contratos de direito privado, estabelecia-se um ambiente no qual imperavam os ideais liberais (ALENCAR, 2019).

Essa racionalidade prevalecia em circunstâncias distintas e prévias à reforma do Estado, quando os contratos de concessão se submetiam à

regulação pelo custo¹⁰⁴. Adotava-se, como ponto de partida, a racionalidade do *pacta sunt servanda* e da cláusula *rebus sic stantibus*¹⁰⁵ (DI PIETRO, 2017; FURTADO, 2016) e a premissa de que o concessionário teria garantia de lucro, rentabilidade mínima ou retorno esperado para o investimento (AMARAL, 2012; CARVALHO FILHO, 2017). A abordagem adotada referia-se ao contexto em que o contrato deveria trazer elenco detalhado de deveres e obrigações impostos ao concessionário, sob a premissa da necessidade de descrição ampla e analítica, remanescendo pouca margem para inovação discricionária na regulação por contrato ou para dispor sobre mecanismos próprios de gestão (GARCIA, 2019).

Demandava-se postura garantista do Direito Administrativo diante do autoritarismo que a Administração Pública poderia exercer sobre esses contratos por meio de seus poderes exorbitantes¹⁰⁶. Assim, a alteração superveniente das condições do contrato seria solucionada pela teoria da

¹⁰⁴ A ideia de equilíbrio, sob essa perspectiva, traduziria “uma concreta correlação entre os encargos e os benefícios auferidos pelo concessionário, formada e cristalizada no momento do aperfeiçoamento do vínculo concessório” (KAERCHER LOUREIRO; RODRIGUES, 2020, p. 7), o momento T=0.

¹⁰⁵ A cláusula *rebus sic stantibus* é aquela que subordina a eficácia do contrato à manutenção do estado de coisas; a teoria da imprevisão “veio acrescer a este pressuposto da aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* a necessidade de ocorrência de um fato imprevisível (ou de fatos previsíveis cujas consequências sejam imprevisíveis)”; no entanto, a doutrina costuma usar indistintamente a terminologia (LIMA, 2007, pp. 15- 16).

¹⁰⁶ Segundo essa racionalidade, qualquer mutação nas cláusulas econômicas do contrato seria ônus do Poder Concedente, sob a premissa de que o direito administrativo assume postura mais garantista e menos democrática, aderente à ideia de exercício de prerrogativas embasadas no poder de império e nos clássicos dogmas metodológicos do regime jurídico administrativo (supremacia e indisponibilidade do interesse público), que, por sua vez, permitiriam a elaboração de cláusulas exorbitantes. Prevalencia a ideia de total equivalência material das prestações, como se fosse possível recobrar integralmente as origens do contrato de concessão (CÂMARA, 2009). Essa equivalência diria respeito não apenas aos “valores alusivos à tarifa decorrente da prestação do serviço”, mas, também, “a forma e os prazos de pagamentos e indenizações” (STF, 2014) – ou o reestabelecimento exato das mesmas condições do momento da celebração do contrato. A tutela do EEF deveria assegurar uma “posição estável do projeto do concessionário” (GUZELA, MOREIRA, 2016; MOREIRA, 2010b), desconsiderando, muitas vezes, que determinados riscos são inerentes às concessões. Ao interpretar o art. 2º, II, da LGC, Monteiro (2010, p. 166) defende que a tutela do EEF se prestaria a reduzir “grande parte do risco tido como inerente à concessão”.

imprevisão, separando as externalidades subsequentes à firma do contrato em áleas negociais (ordinárias) ou áleas extraordinárias (administrativa e econômica). Estas últimas ficariam a cargo do Poder Concedente, numa lógica binária do tudo ou nada¹⁰⁷ (MELLO, 2015; MAROLLA, 2011). É como se houvesse um silêncio eloquente do contrato a conferir ampla e irrestrita proteção ao concessionário (GARCIA, 2019)¹⁰⁸. Para essa corrente, a tutela do EEF se volta para assegurar o lucro do concessionário, e não propriamente a executoriedade da concessão, conferindo àquele, tanto na hipótese de álea administrativa quanto na hipótese de álea econômica, direitos amplos e exclusivos em face da Administração.

Verifica-se, dessa forma, de empréstimo do direito francês, que a doutrina administrativa tradicional brasileira remete para as áleas ordinárias e extraordinárias do contrato, com adaptações e abordagem protetiva mais ampla para o concessionário (FORGIONI; GRAU, 2005, p. 117; MAROLLA, 2011, p. 42; GARCIA, 2019), visto que, na França, relacionava-se a tutela do EEF à manutenção do serviço, e não propriamente ao lucro do concessionário (MAROLLA, 2011; KAERCHER LOUREIRO, 2020).

Porém, essa postura não mais se coaduna com o cenário atual de abertura democrática, com sensível aumento do grau de participação social

¹⁰⁷ Haveria necessidade de que o desequilíbrio fosse “qualificado pelo ordenamento jurídico”, pois, em termos econômicos, ele poderia “existir sem que daí decorra um dever do poder concedente de recompor a equação inicial do contrato, e um correspondente direito da concessionária a essa recomposição” (AMARAL, 2012, p. 21). De acordo com Marques Neto (2002), aquilo que se enquadrar na álea negocial está explicitamente imputado ao particular, conforme a partilha de riscos indicada no contrato, mas, “para além dessas disposições, presume-se, serão os riscos não compartilhados”. Segundo essa lógica binária, o evento, imbuído na noção de probabilidade, uma vez ocorrido, será arcado por aquele a quem o contrato imputou esse ônus, não importando se a alocação de riscos fora eficiente ou se as consequências do evento são insuportáveis ou intransponíveis para a parte. Percebe-se, assim, que a simples alocação prévia de todos os riscos, mesmo que isso fosse possível, não solucionaria apropriadamente os problemas relativos à equação econômica do contrato.

¹⁰⁸ Apontam-se, normalmente, como fundamento dessa abordagem os aspectos objetivos do princípio da segurança jurídica (SILVA, 2004), isto é, o direito adquirido e o ato jurídico perfeito (MELLO, 2015; MAROLLA, 2011), o direito de propriedade, prevenindo a expropriação do patrimônio privado do particular sem que lhe assegure a indenização correspondente (JUSTEN FILHO, 2003) e/ou o princípio da isonomia a impedir que a Administração “se locuplete indevidamente” (MAROLLA, 2011, p. 60).

e mitigação das possibilidades de exercício dos poderes exorbitantes¹⁰⁹. Isso também não é aderente à diversidade de posições jurídicas assumidas pelas partes nas concessões e ao caráter relacional e incompleto desses contratos. Há, ainda, a necessidade de distinguir o direito positivo de teorias hermenêuticas que apontam para critérios meramente metodológicos para sua aplicação¹¹⁰.

De toda forma, a indicação da categoria em que o evento exógeno se enquadra não é trivial. Mesmo que se aceite, sem qualquer questionamento crítico, a incidência da teoria da imprevisão sobre essas bases, persistiria certa controvérsia sobre a definição em concreto da natureza do evento exógeno que repercute no contrato. Cite-se, a título ilustrativo, a superveniência da pandemia da Covid-19: quais eventos derivados da pandemia, abstratamente, poderiam ser considerados força maior ou caso fortuito e o que poderia ser considerado fato do príncipe? É possível caracterizar o evento aprioristicamente, ou é preciso contrapor os fatos ao contrato em concreto? O tratamento para cada tipo de evento pode ser diferenciado a depender do contrato ou mesmo do regime jurídico vigente em cada país afetado pela pandemia.

Nesse caso, a dúvida que se coloca, em primeiro lugar, diz respeito ao tratamento do evento exógeno que derivou da pandemia. Ele caracteriza

¹⁰⁹ A “superioridade institucional” do Poder Concedente justifica-se diante do poder-dever de assegurar a “execução do projeto segundo finalidades públicas” e, como consequência, o direito de os usuários receberem o serviço adequado (MOREIRA, 2010b, p. 375), mas aquele viés autoritário tem sido gradativamente substituído por posturas democráticas e consensuais (ALENCAR, 2019).

¹¹⁰ A aplicação e interpretação do direito deve partir de sua posituação, assegurando a incidência de critérios validamente reconhecidos pelas normas jurídicas e afastando a abertura para entendimentos que privilegiem o arbítrio e afastem o caráter científico da dogmática do direito; o método ou o dogma deve servir de apoio para o intérprete partindo da norma jurídica positivada, e não o contrário (ÁVILA, 2001; ARAGÃO, 2007; PALMA, 2015). Impõe-se uma visão ampliada e menos enviesada dos contratos administrativos. Na interpretação e aplicação do direito, sobretudo se considerado o viés pragmático do Direito Econômico, é preciso afastar o padrão de Administração Pública autoritária, pelo qual a atuação administrativa em sede de contratos era fundamentada na ideia de poderes exorbitantes e que, portanto, exigia da doutrina uma postura tutelar dos interesses patrimoniais dos privados (ALENCAR, 2019).

um evento da natureza, ou à pandemia se agregam as medidas adotadas pelo Estado para o seu combate? O Estado, ao determinar o *lockdown*, fê-lo como ato necessário de combate à pandemia?¹¹¹ Houve exagero nas medidas adotadas pelo Estado? Houve omissão? Em que medida os atos omissivos ou comissivos do Estado impactaram a concessão? Se o *lockdown*, por exemplo, incrementou os custos de algumas concessões com a redução da demanda, mas, ao mesmo tempo, reduziu custos com insumos, há necessidade de reequilíbrio? Em caso afirmativo, o *lockdown* caracteriza um fato do príncipe, um evento externo de força maior diretamente derivado da pandemia ou um ato necessário e lícito praticado pelo Estado que não enseja responsabilidade do Poder Concedente?¹¹² Pode-se perquirir a avaliação do nexo de causalidade (direto ou acidental) e a incidência das teorias civilistas para avaliação do inadimplemento ou da necessidade de reequilíbrio?¹¹³. Outrossim, caso se considere a necessidade de reequilíbrio, é preciso perquirir se, antes da pandemia, o concessionário, por qualquer motivo, havia obtido lucros excepcionais e se esses lucros já foram partilhados com os usuários; em caso negativo, eles podem ser contabilizados no pleito de reequilíbrio? (TCU, 2020c). São questionamentos hábeis a serem respondidos em sede arbitral, estando atrelados ao objeto da arbitragem.

Há, também, autores que seguem a linha de que a tutela da EqEF das concessões estaria positivada no art. 37, XXI, da CF/88, mas propugnam pela aplicação da teoria da base objetiva, defendendo (i) a necessidade de observância de uma matriz de riscos estanque e cristalizada no momento

¹¹¹ Consideramos fato do príncipe apenas aqueles atos decorrentes do ente federativo que firmou o contrato de concessão; ainda assim, haveria que se perquirir se esses atos justificariam ou não o reequilíbrio do contrato caso a caso.

¹¹² Trata-se de questão controversa. Em Portugal e na Inglaterra, por exemplo, o Estado emitiu atos legislativos descaracterizando o decreto de *lockdown* como evento de força maior; em Portugal, há, inclusive, medida legislativa que se contrapõe às cláusulas dos contratos de concessão que preveem a alocação de determinados riscos ao Estado para excluir a possibilidade de reequilíbrio do contrato em virtude de determinados eventos derivados da pandemia da Covid-19, afastando-se também a responsabilidade civil do Estado por atos lícitos praticados no combate à pandemia. Sobre o tema, remete-se ao evento organizado pelo TCU (2020c).

¹¹³ No Direito Civil, a questão se volta para avaliação do inadimplemento culposos.

da celebração do contrato (MARQUES NETO; LOUREIRO, 2014) ou (ii) alguma flexibilidade se configuradas incertezas que alteram a base objetiva (MOREIRA, 2010).

Outra corrente fundamenta-se nas sensíveis distinções existentes entre os contratos administrativos comuns e os contratos de concessão. Nos primeiros, há relação de comutatividade simples, equações lineares e prazos curtos de vigência (no máximo, cinco anos). Já os contratos de concessão seriam complexos, naturalmente mutáveis, incompletos, relacionais e em rede. O sinalagma de encargos e vantagens não representa uma equação linear ao longo de todo o prazo da concessão. A sua EEF não se expressa por meio de meras fórmulas aritméticas. Para além disso, demanda análises de estatísticas probabilísticas e está sujeita a incertezas. As concessões pressupõem altos investimentos afundados, são intensivas em capital e envolvem ativos imobilizados. Ademais, nesse caso, a EeqEF está diretamente atrelada às regras de política tarifária definidas pelo legislador ordinário¹¹⁴.

Assim, essas concessões envolvem serviços altamente regulados, pela característica de monopólio natural e da necessidade de mitigar o exercício de poder de mercado pelo monopolista. São contratos de longa duração com serviços que demandam a disponibilização prévia de infraestrutura intensiva em capital, cujo retorno do investimento é demorado, isto é, maturam em longo prazo (CASTRO *et al*, 2018) e cuja atividade é realizada com significativos ganhos de escala (CASTRO, 2012). Quando licitados, os editais estabelecem premissas técnicas mínimas para o funcionamento dos serviços em rede¹¹⁵, deixando o *design*, toda a gestão

¹¹⁴ O árbitro não poderá, a pretexto de neutralizar a EeqEF, alterar as regras legais referentes à política tarifária.

¹¹⁵ Os editais, para as concessões, são menos descritivos quanto às características técnicas da infraestrutura a ser implantada, estabelecendo apenas requisitos mínimos para possibilitar a sua integração ao sistema, quando se trata de serviços de rede, e para a sua implantação, observada uma mínima viabilidade técnica e econômica. Ou seja, o edital é mais programático e menos descritivo. O concessionário terá liberdade para explorar o serviço no que toca à elaboração do projeto, propiciando o maior emprego da sua expertise, a composição do capital e a ampliação de suas receitas. Embora com editais menos descritivos, as concessões são ajustes mais sofisticados quanto às obrigações, riscos e viabilidade econômica (MARQUES NETO; LOUREIRO; 2014).

do projeto e a O&M do serviço sob conta e risco do concessionário (MARQUES NETO; LOUREIRO, 2014), conforme previsto no art. 2º, II e III, da LGC.

A segunda corrente, da qual somos adeptas, sustenta que a base constitucional das concessões de serviços públicos é o art. 175, *caput* e par. ún., da CF/88, estando a regra do art. 37, XXI, limitada aos contratos comutativos simples. Sabe-se que a remuneração do serviço é estabelecida pelo Poder Concedente mediante “tarifa a ser paga pelos usuários” (CARVALHO FILHO, 2017). O inc. III do par. ún. do art. 175 defere ao legislador ordinário a competência para o *design* da política tarifária, admitindo-se uma gama de conformações políticas por meio de sua inserção na lei (KAERCHER LOUREIRO, 2020). No caso, a lei conferiu relevância ao contrato: o art. 10 da LGC privilegia a manutenção das condições contratuais, o que difere do apego às condições da proposta como se estivéssemos a tratar de contratos comutativos simples.

Assim, ao definir a política tarifária, o legislador estabeleceu que a tutela do EEF se refere à garantia da manutenção das condições iniciais do contrato (e não literalmente da proposta¹¹⁶), em respeito à racionalidade não linear da EqEF das concessões. Trata-se da regra prevista no art. 10 da LGC, que deve ser lida em conjunto com a regra do art. 9º da mesma lei.

Por óbvio, as condições iniciais dos contratos deverão ter respeitado os parâmetros legais da política tarifária vigente ou o regime de fixação das tarifas (MAROLLA, 2011). Essa política foi definida, em termos gerais, no art. 9º da LGC e consiste na regulação pelo preço. O concessionário teria direito à definição de tarifas em montante suficiente para que o serviço seja prestado, segundo o regime de preço teto (desvincula a receita dos custos),

¹¹⁶ Kaercher Loureiro e Rodrigues (2020) destacam que determinadas concessões, como ocorre no setor elétrico, não foram licitadas, mas simplesmente prorrogadas – embora exista um contrato, não há proposta *ex ante* que vincule as partes, não cabendo a incidência do art. 37, XXI, da CF. Moreira Neto (2014) esclarece que a Constituição erigiu o princípio da tarifa política, diretamente derivado “de princípios constitucionais fundamentais e de princípios gerais, da ordem econômica, bem como o da isonomia”.

exigindo-se, em contrapartida, a manutenção de um serviço adequado (art. 175, par. ún., IV, da CF/88) (CARVALHO FILHO, 2017).

Disso deriva que haverá parâmetros objetivos definidos nos contratos de concessão para análise das controvérsias em torno do EEF, os quais incorporam a ideia de regulação por incentivos, a exemplo da aplicação da *revenue cap*, incrementada pela *yardstick regulation*, e da partilha de ganhos. Portanto, isso nos leva a avaliar o regime tarifário das concessões, que será precisamente aquele definido pelo legislador ordinário (art. 175, par. ún., III, da CF).

O art. 9º da LGC, ao definir o regime da tarifa pelo preço, estabelece, no §2º, que os contratos poderão prever mecanismos de revisão, a fim de manter-se o EEF. O art. 18, VIII, determina que o edital disponha sobre critérios de reajuste e revisão da tarifa. Então, esses mecanismos, normalmente já indicados objetivamente nos contratos, sob o prisma da regulação por incentivos, seriam, em princípio, o meio hábil para manter a EqEF equilibrada (NATAL, 2013). Os diplomas normativos modernos, por sua vez, também remetem à necessidade de avaliação dos direitos dos administrados (a exemplo do direito dos usuários e consumidores de serviços públicos, positivados no CDC) e à ponderação de interesses nas decisões administrativas¹¹⁷, segundo a abordagem do paradigma multipolar¹¹⁸ (MARQUES NETO; LOUREIRO; 2014). Tem-se admitido um subsistema normativo próprio para a concessão, que regula “o relacionamento entre diversos sujeitos” num contexto de “situações ativas e passivas” simultâneas e alternadas entre obrigações, proibições e

¹¹⁷ Ex. a LINDB (arts. 22, 23, 26, 27, 29), a LCA (art. 4º,§3º), a LAR (arts 4º e 6º, *caput* e §4º) e a LPA.

¹¹⁸ Sob o pálio desse paradigma, “a concessão deve refletir (e, por conseguinte, disciplinar) as diferentes relações jurídicas que se estabelecem em torno do objeto concedido”. Logo, a definição da tarifa teria um contorno político, não podendo ser “meramente informada por uma orientação econômica”, que só considere aspectos “como cobertura de custos, remuneração da concessionária e aperfeiçoamento e expansão dos serviços”, devendo, na sua formação, abordar também a garantia da “máxima generalidade possível de cobertura”, de “custo acessível” e da “harmonização de todos os interesses econômicos e sociais em jogo” (MOREIRA NETO, 2014).

faculdades para as partes, que assumem posições jurídicas diversas nesse complexo instituto (JUSTEN FILHO, 2003, p. 290).

Com efeito, as discussões sobre o EEF dos contratos não têm uma definição exata do seu beneficiário: não se refere apenas ao Poder Concedente ou ao concessionário, mas à adequada execução das obras e prestação do serviço, ou seja, o real objetivo do regime do EEF do contrato é a “preservação do projeto concessionário, tal como estampado no seu regime estatutário e contratual” (MOREIRA, 2016)¹¹⁹. Por essa lógica e pela leitura do art. 2º, II, da LGC, vê-se que a remuneração do concessionário não guarda necessária relação “com o resultado econômico da exploração do serviço” (PORTO NETO, [s.d] *apud* MONTEIRO, 2010, p. 162); antes se refere à manutenção e à continuidade da prestação adequada do serviço. Conseqüentemente, a tutela do EEF deve-se dirigir à manutenção do lucro operacional da concessão para que não haja a ruína do projeto, e não à garantia de obtenção de lucros ou resultados econômicos para o investidor, porque isso integra o risco próprio do negócio.

Então, os contratos de concessão de serviços públicos formam, invariavelmente, uma relação jurídica trilateral, cujas partes são Poder Concedente, concessionários e usuários do serviço, inferindo-se que a garantia do EEF não é direito exclusivo do concessionário (ALENCAR, 2019; MARTINS, 2012)¹²⁰. Seguindo essa premissa, inovações importantes são consideradas nas concessões modernas: (i) a distinção entre o mecanismo de manutenção do EEF e a alocação de riscos e (ii) essa alocação realizada de forma objetiva para definir a matriz de riscos (PRADO; GAMELL, 2019),

¹¹⁹ Isso demanda a “composição harmônica de interesses públicos e privados”, e não o enfoque isolado nesse ou naquele sujeito (JUSTEN FILHO, 2003, p. 290).

¹²⁰ Vale lembrar que, no serviço de transmissão, a concessionária não presta ou vende o serviço diretamente para o consumidor final de energia, mas a infraestrutura objeto da concessão é ponto fulcral na cadeia produtiva do setor, sem o que o consumidor ou não terá acesso ao serviço de distribuição, ou não usufruirá desse serviço com segurança e modicidade tarifária ideais.

inserida na base objetiva do negócio¹²¹, a dispensar o requisito da imprevisibilidade.

A funcionalidade do sistema de EEF é a de assegurar a constante observância da matriz de riscos contratual (RIBEIRO, 2011). Assim, de empréstimo da ciência econômica, é preciso diferenciar riscos e incertezas e proceder à avaliação econômica das condições do contrato, em concreto e com fundamento em evidências¹²², para que se verifique a necessidade ou não de proceder à tutela da equação contratual por meio da sua revisão.

Nessa ordem de ideias, o gatilho para avaliação quanto à existência ou não do desequilíbrio poderá ser a constatação de grande dispersão da média do retorno esperado, o que se faz por meio de análises estatísticas. Nesse caso, é preciso verificar, com fundamento em análise econômica baseada em evidências, se a concessão está realmente desequilibrada ou não. Uma vez ultrapassada a verificação do gatilho, a constatação do desequilíbrio em si mesmo pressupõe a análise de evidências econômicas e a avaliação da concessão em termos globais.

Porque é inerente às concessões a transferência de riscos para os privados (GONÇALVES, 2019; KAERCHER LOUREIRO, 2020a), essa mutabilidade terá como parâmetro de comparação o estado fático e jurídico existente no momento da firma do contrato (MAROLLA, 2011), e não exatamente o valor ou o lucro esperado; é preciso ter em conta que “o Estado não é um sócio do concessionário; é o garantidor do serviço

¹²¹ A alocação de riscos *ex ante* alça-se à condição de base do negócio, pois as partes conheceram previamente esse conteúdo específico a conformar aspecto fundamental e decisivo para a decisão de contratar. Essa distribuição prévia de riscos poderia contemplar, inclusive, eventos extraordinários e imputar esse risco ao concessionário ou ao Poder Concedente conforme a ideia de eficiência. Ao se definir o contrato o caso base, ele se torna dado aceito pelas partes como parâmetro de EEF do contrato (GONÇALVES, 2019).

¹²² Verifica-se, a partir da amostra apresentada, que a ANEEL tem adotado essa abordagem, aprimorando sucessivamente os editais de leilões ao longo dos anos, em especial quanto a revisões das cláusulas que interferem direta ou indiretamente na divisão de riscos. Atenta-se para a alteração nas cláusulas de aplicação de penalidades e execução de garantia de fiel cumprimento (*Performance Based Regulation*) e, após a edição da Lei nº 13.360/2016 (art. 19), para a procedimentalização para aferir a ocorrência de eventos exógenos e eventual desequilíbrio contratual, inclusive seu nexos de causalidade com evento externo.

delegado” (KAERCHER LOUREIRO; RODRIGUES, 2020). Fundamental é que se avalie a repercussão concreta do evento exógeno sobre o balanceamento interno do contrato (SCHREIVER, 2018).

Trata-se da aferição das condições que motivaram a avaliação do empreendedor quanto ao custo de oportunidade do investimento aliada à aferição do que é necessário para que o serviço permaneça sendo prestado de forma adequada, e dependerá “do manejo de estruturas contratuais-regulatórias que compreendam empiricamente a complexidade inerente a esses arranjos”, compatibilizando a estabilidade necessária à segurança jurídica das relações com as mudanças naturais que surgem ao longo da execução contratual (GARCIA, 2019, pp. 162-163).

Deve-se reconhecer a dinamicidade das concessões. Se é dinâmico, não pode ser estático. A racionalidade tradicional do *pacta sunt servanda* no sentido de que o reequilíbrio deveria preservar as condições da proposta a fim de voltar ao momento “T=0” ou ao momento da celebração contratual partiria do princípio de que os contratos são completos, pois, em contratos complexos, incompletos e relacionais, seria uma falácia pretender que garantir o EEF significaria voltar exatamente para o *status quo ante* (NÓBREGA, 2020a). A referida abordagem – que visa assegurar completa estabilidade para o concessionário – pressupõe a possibilidade de regular pelo custo.

Se o art. 37, XXI, da CF/88 fosse a regra aplicável às concessões, o art. 9º, *caput*, da LGC estaria eivado de vício de inconstitucionalidade, na medida em que garantir as mesmas condições da proposta ou do sinalagma idêntico ou equivalente àquele estabelecido no momento T=0 pressupõe a incidência da regulação pelo custo. Não existem contradições entre as normas constitucionais, e se sabe que a CF/88 conferiu poderes ao legislador ordinário para estabelecer a política tarifária. Por meio do art. 9º, *caput*, da

LGC, definiu-se a regulação pelo preço. Então, não faria sentido conferir esse viés ao art. 9º da LGC¹²³.

Ademais, regular pelo custo seria incompatível com a disciplina econômica da CF/88, em especial a livre iniciativa (art. 173) e a livre concorrência (art. 170). Isso porque a assunção de riscos é própria das atividades econômicas, mas a regulação pelo custo não permitia essa alocação. É preciso, portanto, manter as condições do contrato (e sua matriz de riscos), o que pressupõe a racionalidade de incentivos, e não da proposta, segundo a ideia de equivalência, que pressupõe a regulação pelo custo. O termo “manutenção da proposta” (art. 37, XXI) remete a uma noção de equivalência própria de regular pelo custo.

Dessa forma, exigir que sejam mantidas as condições da proposta é algo incompatível com a política tarifária deregulação por incentivos. A racionalidade dessa modalidade de regulação é, assim, mais aderente à teoria da base objetiva do negócio ou do caso base para tratar os eventos extraordinários que resultaram em impactos muito além do razoável ou que muito se distanciaram da média da matriz de riscos contratual. Ademais, a ideia do caso base está positivada no art. 10 da LGC. Propõe-se que a perquirição sobre mudança superveniente das circunstâncias contratuais ocorra sob o prisma objetivo e consequencialista, fundado no Direito Econômico, abandonando a racionalidade voluntarista da teoria da imprevisão e restringindo a aplicação do art. 37, XXVI, da CF/88 aos contratos comuns, mais completos e menos complexos em sua equação econômica.

Não significa, no entanto, retirar qualquer segurança jurídica dos contratos de concessão – não se nega que a EEF seja o seu ponto fulcral. Também não se nega a sua tutela jurídica. De fato, a estabilidade da EqEF é salutar para assegurar a continuidade e a manutenção de um serviço adequado (art. 6º da LGC) em benefício dos próprios usuários dos serviços.

¹²³ Não parece ter sido a intenção do constituinte determinar que a regulação das concessões ocorra pelo custo, na medida em que deu abertura para o legislador ordinário definir a política pública aplicável. O legislador favoreceu a racionalidade de incentivos à eficiência nas concessões, suprimindo um hiato normativo (MARQUES NETO, 2015) com a edição da LGC.

Apenas se corrobora que o regime jurídico econômico-financeiro das concessões será aquele estabelecido em lei (no setor elétrico, em especial, na LGC, na Lei n° 9.074/95 e na LCA) e nos contratos.

Adverte-se que o regime do EEF, que aborda a matriz de riscos e o EEF dos contratos, tutela a realização do seu objeto, que é a própria concessão. E, ao contrário do que ocorre nos contratos administrativos comuns, os contratos de concessão formam uma relação jurídica não apenas entre o Poder Concedente e o concessionário, mas, também, entre essas partes e os usuários dos serviços ou uma pluralidade de partes ou agentes que formam relações jurídicas complexas (AGU, 2020d). Isso faz com que a avaliação quanto ao EEF naqueles casos em que se configura a incerteza seja realizado com base em evidências, mas também ponderando, além dos interesses dos concessionários, os interesses dos usuários do serviço, sempre com o olhar voltado para a concessão.

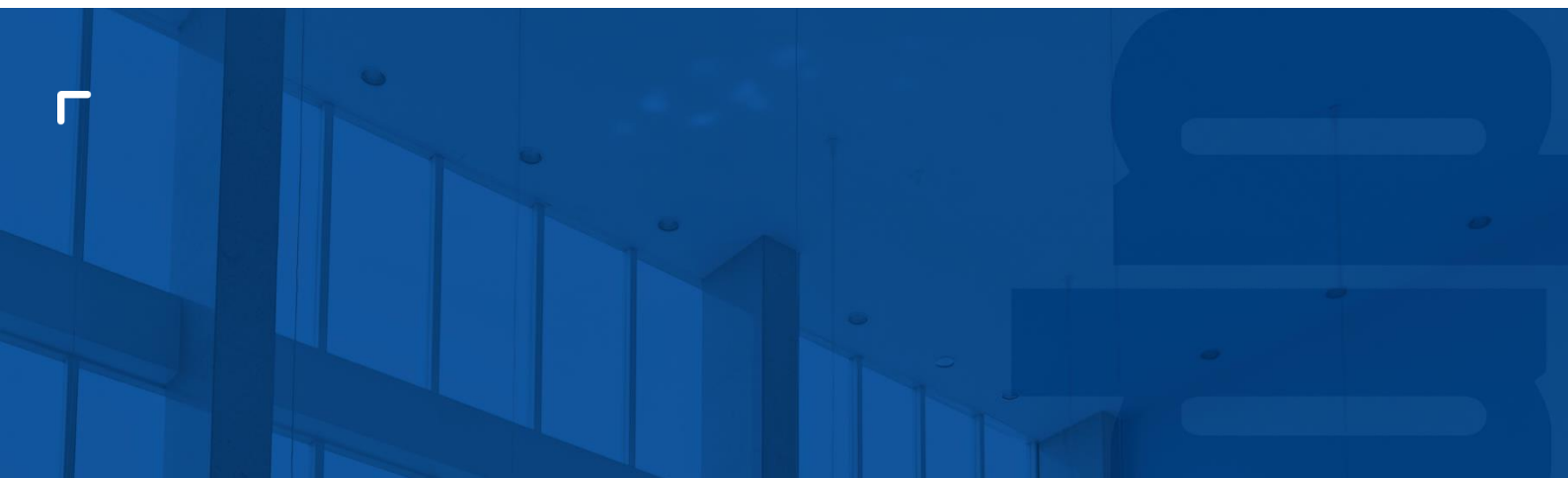
Há necessidade de avaliação objetiva dos fatos. Assim, a parte que pleiteia o saneamento de uma possível onerosidade excessiva deverá apresentar as evidências comprobatórias desse fato. Em sede de arbitragem, essa lógica se converte numa regra de ônus probatório (art. 373 do CPC), embora não se afaste o dever, imposto a todos os envolvidos ou interessados, de colaborar para o esclarecimento da verdade (art. 378 do CPC). Nesse contexto, se deterioradas as condições da alocação de riscos (MOREIRA, 2007), a parte prejudicada poderia pleitear o reequilíbrio do contrato – pois a matriz de riscos e o regime do EEF permitiriam perpetuar as condições originárias do modelo de negócios, de forma a manter o fornecimento do serviço conforme pactuado (ANKER; TUROLLA, 2015).

Em caso de superveniência de eventos incertos, alheios à vontade das partes, haveria de se reconhecer a possibilidade de repartição de prejuízos na forma de ajustes contratuais consensualmente firmados entre as partes, e não pela aplicação ampla e irrestrita da teoria da imprevisão e da ideia de EEF do contrato favorecendo exclusivamente o concessionário. Não se poderia dizer pacífica a ideia abstrata de que o contrato de concessão instrumentaliza a transferência estanque, do Poder Concedente para o concessionário, da possibilidade de fracasso da prestação de um serviço

público ou vice-versa (MOREIRA, 2007). A pretensão é permitir um ajuste que possibilite que o projeto permaneça economicamente viável e que o serviço possa continuar à disposição do usuário.

Por fim, ao relacionar o regime jurídico econômico-financeiro com a arbitrabilidade objetiva dos contratos de concessão, é preciso reconhecer que a moldura contratual deverá ser a baliza limitadora da atuação dos árbitros. Com efeito, as questões acima propostas – principalmente o que está no espectro da incerteza ou o que se encontra no campo da incompletude por não estar alocado devido aos elevados custos de transação –, conquanto precedidas da análise econômica (isto é, do balanço econômico-financeiro do contrato), deverão ser respondidas pelo intérprete aplicador do direito, o qual, na hipótese em estudo, seria o árbitro ou o tribunal arbitral.

Competirá ao árbitro, em caso de conflito, avaliar a posição que mais se revela adequada às condições do contrato e, no silêncio do negócio jurídico, estabelecer a solução mais apropriada para todos os interesses envolvidos na concessão (MOREIRA, 2007) considerando não apenas a alocação de riscos prevista no contrato, mas, também, o modelo econômico adotado e as evidências colocadas à sua disposição.





4

O SEGMENTO DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA



4. O SEGMENTO DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA

Este capítulo apresenta aspectos gerais do segmento de transmissão. Contém descrição sucinta do sistema com informações sobre conceitos elementares para complementar a análise do seu regime econômico e jurídico. Objetiva-se formar as bases para a interpretação dos contratos e a solução de eventuais conflitos com fundamento no direito nacional.

Serão descritos os tipos de outorgas para a exploração da atividade de transmissão e apresentadas as relações verticais que dela decorrem para assegurar a prestação do serviço, a sua remuneração e o acesso dos usuários às redes. Tratar-se-á, também, de forma sucinta, dos leilões e seu papel para a formação do preço do serviço. Em seguida, do objeto do contrato de concessão de transmissão, da formação da receita percebida pelas concessionárias (e, sucintamente, da regulação da qualidade do serviço de transmissão, cujos incentivos regulatórios podem refletir na receita das concessionárias), e da matriz de riscos dos contratos¹²⁴. O objetivo dessa avaliação é apresentar as condições do contrato que fundamentam a análise de pleitos de EEF, conforme a amostra de contratos avaliada.

O referencial também remete aos assuntos e conflitos relacionados ao serviço de transmissão assim verificados na amostra de processos judiciais e suas repercussões sistêmicas e os parâmetros ou *standards* regulatórios que o juiz ou o árbitro devem observar ou, no mínimo, avaliar ao prolatarem sua decisão.

4.1 A amostra documental

4.1.1 A amostragem e a avaliação dos litígios no segmento de transmissão

O escopo desta pesquisa consiste em avaliar quais assuntos ou temas, que têm ensejado conflito no âmbito dos contratos de concessão de serviços públicos de transmissão, poderiam ser analisados em sede de arbitragem (e, em caso afirmativo, quais seriam o escopo e os limites dessa

¹²⁴ Os processos tarifários (das concessões prorrogadas e licitadas) estão descritos no Apêndice E.

análise) e se muitos desses temas estariam ou não relacionados ao EEF do contrato ao menos de forma mediata. Para tanto, verificou-se quais questões relacionadas ao segmento de transmissão são ordinariamente submetidas ao crivo do Poder Judiciário.

Para obter a amostra de lides referentes ao segmento de transmissão, utilizou-se a planilha de processos prioritários do contencioso judicial da Procuradoria Federal na ANEEL. Considerando a pouca representatividade da amostra, solicitou-se à Coordenação de Contencioso da Procuradoria Federal na ANEEL que fosse disponibilizada a planilha obtida perante os órgãos de gestão da AGU de onde constavam todos os processos judiciais cadastrados no SAPIENS-AGU¹²⁵ em que a ANEEL é parte.

Pelo SAPIENS, gerou-se uma planilha contendo informações de identificação de 1.424 registros de processos¹²⁶. Consideramos que a quantidade de registros fornecida seria suficiente para a formação da amostra. Verificou-se que alguns processos relativos ao segmento cadastrados como “relevantes” na planilha de controle da PF-ANEEL não foram identificados pelo relatório gerado. Eles foram acrescentados à amostra.

A partir da razão social das empresas que litigam contra a ANEEL, identificaram-se 132 registros de processos judiciais com objeto relacionado ao segmento de transmissão¹²⁷ (Apêndice C). As matérias discutidas em juízo

¹²⁵ O SAPIENS é o sistema de inteligência jurídica utilizado pela AGU para acompanhamento e distribuição de processos judiciais e para distribuição de pedidos de assessoramento jurídico. O nome das partes, o número dos processos e as petições iniciais e de recurso consultadas para formação da amostra são de natureza pública e podem ser obtidas utilizando-se o sistema processual do Poder Judiciário.

¹²⁶ Nesses registros, podem constar processos duplicados, porque cada ação pode ensejar diversos tipos de medidas judiciais, como cautelares e recursos, ou, ainda, pode haver diversos tipos de ações com o mesmo objeto (mandado de segurança, medidas cautelares e ações ordinárias). Qualquer que seja a medida judicial em curso, ela enseja, no SAPIENS, um cadastro individualizado, seguindo o mesmo parâmetro utilizado pelo sistema de registro processual do Poder Judiciário. É possível que existam registros arquivados e que não constaram da amostra.

¹²⁷ Considerando que a alimentação do objeto dos processos no SAPIENS não é acurada, consultaram-se todos os registros individualmente para posterior classificação por assunto.

são as seguintes: execução de garantias, aplicação de penalidades, parcela variável (PV), termo de liberação e percentual da receita anual permitida (RAP) aplicável, reposicionamento tarifário, excludente de responsabilidade e EEF, indenização por transferência compulsória de ativos, declaração de caducidade da concessão, receita devida por compartilhamento de infraestrutura, indenização por bens reversíveis não amortizados, anulação de leilões de transmissão e acréscimo na tarifa de valores para indenização de bens reversíveis não amortizados.

Em seguida, os assuntos foram separados em três grupos (Apêndice A), diferenciando questões que dizem respeito (1) ao cumprimento de cláusulas contratuais com repercussões econômico-financeiras, patrimoniais e/ou a qualidade e adequação dos serviços; (2) ao exercício de competências relativas à gestão dos contratos de concessão e ao exercício do poder de polícia; (3) à execução de créditos públicos (tributários e não tributários). Percebe-se que a maior parte das discussões judiciais se refere a aspectos econômico-financeiros dos contratos.

4.1.2 A amostragem e a avaliação dos contratos no segmento de transmissão

A União possui mais de trezentos contratos de concessão de transmissão diretamente firmados com as concessionárias ou intermediados pela ANEEL. Os contratos são adjudicados por meio de leilões, e cada leilão dá origem a mais de um contrato (por lotes), cujas cláusulas são idênticas porque provenientes da mesma minuta anexa ao edital. As alterações dizem respeito ao objeto do contrato (os lotes leiloados) e suas características técnicas específicas.

Entende-se relevante a construção dessa amostra (Apêndice B) porque as discussões judiciais envolvendo o segmento de transmissão partem dos contratos de concessão¹²⁸, primeira fonte regulatória para a composição dos conflitos. Dois critérios foram considerados para construir a

¹²⁸ Não foi transcrito o inteiro teor das cláusulas citadas ao longo do trabalho, mas a consulta do seu conteúdo pode ser feita no sítio da ANEEL, onde estão disponíveis as minutas de edital e contrato e os contratos celebrados.

amostra: as concessões prorrogadas e as concessões licitadas. Do ponto de vista econômico, elas são reguladas de forma distinta no PRORET. As características econômicas das concessões prorrogadas também são aplicáveis aos demais tipos de concessão não licitadas; por isso, não se entendeu necessário fazer uma abordagem específica sobre essas concessões.

Quanto às concessões licitadas, apresentou-se amostra que abarcasse as alterações, realizadas nos editais de leilão ao longo dos anos pelo Poder Concedente, mais substantivas do ponto de vista da matriz de riscos dos contratos e do seu EEF¹²⁹.

4.2 A transmissão de energia elétrica no Brasil

O sistema de transmissão consiste na infraestrutura necessária¹³⁰ para realizar o transporte de energia até os centros de consumo (TOLMASQUIM, 2015; WALTENBERG, 2000). Trata-se de sistema operado por um órgão central, o ONS. O transporte se realiza por meio de redes de alta tensão, permitindo que a eletricidade seja entregue aos sistemas de distribuição local e, portanto, aos consumidores finais (HUNT, 2002)¹³¹. A rede de

¹²⁹ Os contratos derivados do Leilão nº 004/2011 têm cláusulas idênticas àqueles derivados do Leilão nº 004/2007. Um de seus contratos é considerado na amostra porque seu objeto visa interligar sistema isolado (Manaus-Boa Vista), de modo que as instalações de transmissão são relevantes para o sistema. Esse contrato tem sido objeto de conflitos administrativos e judiciais em virtude das dificuldades no licenciamento ambiental enfrentadas para dar início à execução do projeto. Administrativamente, a ANEEL deferiu em parte o pleito de reequilíbrio formulado pela concessionária.

¹³⁰ Em termos gerais, são linhas de transmissão e subestações de transformação (PINTO, 2018).

¹³¹ A forma como a eletricidade deve ser transportada é uma das características peculiares desse insumo. Ele não pode ser transportado em pacotes ou por outro meio. Pela sua natureza particular e custo econômico da tecnologia disponível, ela não é passível de armazenamento (LALOUX; RIVIER, 2013). Por isso, esses sistemas entregam a eletricidade em tempo real: a energia é gerada, transportada e entregue no exato momento do consumo (BLUME, 2007). Esse transporte ocorre pelo uso de uma rede – de fios de cobre ou alumínio ou, ainda, por meio de postes ou torres ou por infraestrutura construída no subsolo ou debaixo d'água – que compõe o sistema de transmissão. É rede de corrente alternada pela qual a eletricidade flui livremente de acordo com as leis da física (HUNT, 2002). E, como existem diversas centrais geradoras conectadas entre si e aos diversos centros de consumo,

transmissão interliga as unidades geradoras às redes de distribuição, o próximo segmento da cadeia de produção da indústria.

A indústria elétrica brasileira tem a peculiaridade de possuir matriz predominantemente hídrica¹³². As usinas situam-se distantes dos centros consumidores, consideradas as dimensões continentais do Brasil (SERRATO, 2006). Tem havido, também, rápida expansão de fontes renováveis (ex. energia eólica e solar), e novas usinas estruturantes são construídas a fio-d'água em regiões remotas da Região Norte do país. Como resultado, o SEB é extenso e complexo¹³³. São necessárias linhas de transmissão (LTs) de grande extensão e capacidade de transporte para que o produtor de energia seja conectado ao consumidor final, ao tempo que se produzem grandes desafios para a expansão do sistema¹³⁴ (CASTRO, 2018).

A implantação de um sistema elétrico busca propiciar caminhos alternativos para o transporte de energia, da forma mais otimizada e eficiente possível, a fim de assegurar o atendimento da carga nos diversos pontos em que se encontra localizada (KAERCHER LOUREIRO; CALABRIA, 2020). As instalações de transmissão podem servir para o transporte da energia elétrica do sistema produtor às subestações (SEs) distribuidoras ou para a interligação de dois ou mais sistemas geradores a formar um sistema

as redes de transmissão acabam por refletir um “complexo e multidirecional emaranhado de vias de transporte” da eletricidade, que assumem, como regra, o formato de *networks* (KAERCHER LOUREIRO; RODRIGUES, 2020b).

¹³² Isso representa, hoje, aproximadamente 60% da oferta de energia elétrica no Brasil

¹³³ A expansão da geração demanda a implantação de LTs, para que sejam interligadas ao sistema ou para que a rede tenha capacidade de transportar toda a carga. Ademais, a operação do sistema reflete no funcionamento e no crescimento do mercado atacadista de energia (IAB, 2015; LALOUX; RIVIER, 2013). Isso demanda a atuação do ONS com imparcialidade e independência técnica.

¹³⁴ Entre 1999 e 2017, os aspectos que motivaram os leilões de transmissão foram: crescimento da demanda de energia elétrica que “força” a ampliação da capacidade de geração e transmissão; avanço das fronteiras elétricas vinculadas às grandes Usinas Hidroelétricas (UHE) da região da Amazônia; aumento da participação da energia eólica na matriz. Como o seu potencial se encontra longe dos centros de consumo e por ser uma fonte mais dispersa, exige maior necessidade de investimentos em transmissão (CASTRO *et al*, 2018).

interligado. Quando o serviço de transmissão funciona de forma sistêmica ou em rede, permite-se a interconexão entre as linhas e a sua operação de forma síncrona, a equilibrar produção e consumo de modo dinâmico (LALOUX; RIVIER, 2013), bem como o intercâmbio das fontes entre si e entre as diferentes regiões do país, a se complementarem para atendimento da carga¹³⁵ (CALDWELL, 2011).

Portanto, centrais geradoras localizadas distantes dos principais centros de consumo (CASTRO, 2018) e a diversificação das fontes de produção em constante intercâmbio ressaltam a relevância do sistema de transmissão. A interligação das linhas e demais infraestruturas de transporte permite a transição da matriz energética e o intercâmbio de energia entre as fontes disponíveis e assegura confiabilidade e continuidade dos serviços (LEITE, 2014; SERRATO, 2006; IAB, 2012). A atividade de transmissão é essencial para o funcionamento do SIN¹³⁶ e, portanto, de grande importância para a sociedade brasileira.

A rede de transmissão funciona como “a espinha dorsal do sistema de energia elétrica” (LALOUX; RIVIER, 2013) ou seu “eixo central da estabilidade” (RENNÓ; SAMPAIO, 2006). Logo, a transmissão de energia é

¹³⁵ Isso também permite a otimização dos recursos hídricos. Ela ocorre na medida em que o seu aproveitamento conjunto possibilita que os custos de operação sejam reduzidos, utilizando-se o mínimo possível de geração térmica em regiões que apresentem condições hídricas desfavoráveis (CALDWELL, 2011, p. 4). De fato, o sistema de transmissão é concebido para ser operado de modo integrado e permitir a otimização do uso dos recursos energéticos brasileiros, possibilitando o aumento da oferta de energia elétrica no país. Segundo o ONS: “a interconexão dos sistemas elétricos, por meio da malha de transmissão, propicia a transferência de energia entre subsistemas, permite a obtenção de ganhos sinérgicos e explora a diversidade entre os regimes hidrológicos das bacias. A integração dos recursos de geração e transmissão permite o atendimento ao mercado com segurança e economicidade”.

¹³⁶ No SEB, o sistema de transmissão de energia elétrica divide-se em dois: o Sistema Isolado, localizado em regiões de difícil acesso, e o SIN, composto por quatro grandes subsistemas: Sul, Sudeste/Centro-Oeste, Norte e Nordeste. Os subsistemas regionais ainda não estão totalmente integrados entre si, mas se tem buscado realizar essa integração.

atividade considerada de interesse social exercida sob a forma de serviço público¹³⁷.

O planejamento no segmento de transmissão procura garantir que o sistema consiga atender a demanda total projetada por horizonte com o menor custo possível (economicidade), mas obedecendo a critérios de confiabilidade. Existem questões técnicas, tecnológicas¹³⁸ e socioambientais envolvidas, como a limitação de faixas de passagens ou de locais para implantação de SEs que podem refletir no tempo de implantação do empreendimento e, como consequência, na disponibilização do serviço e nas tarifas dos usuários finais da energia¹³⁹.

¹³⁷ Os sistemas elétricos são imensos, dinâmicos e complexos porque é imprescindível que a energia seja gerada e transmitida à medida que é consumida, e há necessidade de conexão das diversas centrais geradoras entre si e entre os centros de consumo (LALOUX; RIVIER, 2013). Esse sistema desempenha duas importantes funções: (i) uma função energética, que, de forma sintética, consiste na decisão quanto a qual central geradora utilizar para atender a carga; (ii) uma função elétrica, mais relacionada ao transporte de energia propriamente dito (KAERCHER LOUREIRO; RODRIGUES, 2020b). É comum que se apontem, como vantagens técnicas para a integração dos ST de energia, a promoção de maior confiabilidade nos serviços, evitando a ocorrência de blecautes quando houver interrupção de linha ou de unidade geradora, e a otimização das reservas de água, já que possibilita o planejamento e o controle da utilização dos recursos hídricos (SERRATO, 2006). A estrutura em rede permite que todas as estações sejam apoiadas por todas as demais, e isso é o que possibilita a prevenção de possíveis falhas (LALOUX; RIVIER, 2013).

¹³⁸ O ONS realiza a normatização técnica da transmissão, elaborando os Procedimentos de Rede, contendo meticulosas regras para a conexão dos agentes desse mercado à RB (TOLMASQUIM, 2015). Essas regras assumem natureza normativo-regulatória, na medida em que são submetidas à ANEEL e por ela expedidas em caráter público e cogente.

¹³⁹ Destaca-se que o planejamento engloba tanto a necessidade de implantação de novos empreendimentos quanto a de incremento de reforços e melhorias. Reforços decorrem de alterações unilaterais do contrato promovidas pelo Poder Concedente, com intervenção da ANEEL, conforme previsão contratual expressa. Reforços são obras executadas em instalações concedidas. Eles demandam emissão de resolução autorizativa (REA) pela ANEEL, prevendo a obra a ser executada e a remuneração correspondente. As obras de melhoria não demandam autorização; derivam de obrigação prevista em contrato para manter a adequabilidade e atualidade do serviço. Constam do Plano de Modernização das Instalações (PMI), elaborado pelo ONS, mas submetido à aprovação da ANEEL. Essas obras são realizadas pela concessionária em até três anos, contados da emissão do PMI. Passam

A construção das LTs que integrarão o sistema é tarefa complexa do ponto de vista técnico e institucional. Envolve a necessidade de planejamento dos órgãos centrais, a obtenção do licenciamento ambiental pelos concessionários, além da interferência de municípios que tendem a exigir exações diversas sobre o uso do solo urbano¹⁴⁰. As características econômicas do segmento de transmissão também são de importante relevo no campo da contratualização do serviço¹⁴¹.

O fato é que eventual atraso na operação das LTs (motivado por qualquer dessas questões) pode impedir o escoamento da energia comercializada no ambiente regulado (ACR)¹⁴², repercutindo na cadeia de produção e na distribuição de energia. Por outro lado, ao repercutirem no projeto concessionário, tendem a gerar conflitos.

De forma simplificada, a atividade de transmissão consiste no transporte de energia por meio de redes de alta tensão. Engloba a implantação do ativo e a disponibilização do serviço. A atividade se sujeita

a ser remuneradas a partir do ciclo seguinte de RTP com base no reconhecimento dos custos tidos como eficientes (RÉGIS, 2017).

¹⁴⁰ No processo de licenciamento ambiental, várias instituições públicas podem estar envolvidas, como IBAMA, ICMBIO, FUNAI, IPHAN etc. Requisitos ambientais tendem a limitar o uso de faixas de passagem e de locais para instalação de SEs, seja em regiões menos povoadas, como a Amazônia, seja em centros urbanos (TOLMASQUIM, 2015). Nos centros urbanos, é comum a cobrança de exações (cf. VASCONCELOS, 1997; DAMAZO, 2013; GRAU, 1999).

¹⁴¹ Trata-se de segmento da indústria elétrica (i) intensivo em capital (a implantação de uma unidade produtiva demanda vultoso capital); (ii) cujo investimento tem retorno demorado (demanda investimentos que maturam em longo prazo) (CASTRO *et al*, 2018); (iii) onde a atividade produtiva eletrointensiva deve ser realizada com significativos ganhos de escala (CASTRO, 2012).

¹⁴² A concatenação de obras é preocupação do planejamento. Ele é realizado pela EPE e precede ao lançamento do edital de leilão de venda de energia. A habilitação dos projetos dos agentes interessados também é feita de forma prévia pela EPE. No entanto, em alguns casos, fatos supervenientes – como restrições no ponto de conexão e a necessidade de promover a operação ótima do sistema – demandam, por exemplo, a alteração de características técnicas do projeto, o que pode comprometer a concatenação anteriormente planejada (CASTRO, 2018).

ao regime jurídico de serviços públicos¹⁴³ (art. 175, da CF/88), executados por privados mediante concessão (art.17, §1º, da Lei nº 9.074/95 e art. 6º do Dec. nº 2.655/98).

O serviço de transmissão é assim qualificado por critério de tensão ou por critério de função¹⁴⁴. No Brasil, essas redes são classificadas em duas grandes categorias. Elas formam a denominada “Rede Básica” e as DIT¹⁴⁵. As DIT podem ser as instalações de transmissão de energia elétrica destinadas a interligações internacionais ([art. 17, §§ 6º e 7º, da Lei nº 9.074/95](#) e art. 21 do Dec. nº 7.246/2010), conforme tenham sido definidas pelo Poder Concedente, aquelas de âmbito próprio da concessionária de distribuição e as de interesse exclusivo das centrais de geração. As DIT, portanto, não integram a RB, mas estão agregadas ao sistema¹⁴⁶.

Segundo disposto no art. 17, *caput*, da Lei nº 9.074/95, caberá ao Poder Concedente definir, entre as instalações de transmissão, as que se destinam à formação da RB¹⁴⁷ (§1º do art. 17 da Lei nº 9.074/95, com redação pela Lei nº 12.111/2009) dos sistemas interligados, as de âmbito próprio das distribuidoras, as de interesse exclusivo das centrais de geração e as destinadas a interligações internacionais.

¹⁴³ Esse tratamento não se aplica a pequenos trechos de transmissão para interconectar as usinas à RB e a RB aos sistemas de distribuição, considerados de interesse restrito da geração ou distribuição. Esses trechos são tidos como integrados à concessão, permissão ou autorização existente (GROTTI; LIMA, 2015; WALTENBERG, 2000).

¹⁴⁴ Observe o que dispunha o Dec. nº 41.019/57: “Art 4º. O serviço de transmissão de energia elétrica consiste no transporte desta energia do sistema produtor às subestações distribuidoras, ou na interligação de dois ou mais sistemas geradores. §1º A transmissão de energia compreende também o transporte pelas linhas de subtransmissão ou de transmissão secundária que existirem entre as subestações de distribuição. § 2º O serviço de transmissão pode ainda compreender o fornecimento de energia a consumidores em alta tensão, mediante suprimentos diretos das linhas de transmissão e subtransmissão”.

¹⁴⁵ Para maior detalhamento, remetemos ao Apêndice D.

¹⁴⁶ Para esta pesquisa, limitar-se-á a digressões sobre a RB e sobre as instalações de âmbito próprio das concessionárias de distribuição, aqui tratadas como DIT.

¹⁴⁷ As LTs serão as instalações que permitem a otimização eletroenergética do sistema, em contraposição às instalações de distribuição, cuja função será atender aos consumidores e aos usuários localizados na respectiva área de concessão (BRAGA, 2018).

As instalações que compõem a RB são a chave para o funcionamento do sistema e formam o SIN, sistema hidro-termo-eólico de grande porte, com predominância de UHEs e diversos titulares (ONS, *on-line*). É essa infraestrutura que constará como objeto dos leilões. Portanto, ao integrarem a RB, essas instalações serão de responsabilidade dos concessionários de transmissão. Os adjudicatários das instalações de transmissão firmarão contrato de concessão com a Administração Pública Federal, para que integrem as instalações ao sistema elétrico e as disponibilizem para operação. Assim, a RB funciona como um condomínio formado por instalações de transmissão de titularidade de inúmeras concessionárias¹⁴⁸.

As DIT são aquelas instalações que, embora necessárias ao sistema, não integram a RB. Conforme referido, pelo art. 17, *caput*, da Lei nº 9.074/95, o Poder Concedente deverá definir as instalações de transporte de energia, com níveis de tensão mais baixos, que ficarão sob responsabilidade dos concessionários de distribuição, e as que se destinam à RB. Por exclusão, aquelas que não se destinarem à distribuição nem integrem a RB serão as denominadas DIT¹⁴⁹. As DIT, embora não integrantes da RB, também serão administradas pelas transmissoras e estão previstas no art. 4º da REN nº 67/2004¹⁵⁰.

¹⁴⁸ A energia é bem fungível. Como consequência, do ponto de vista da rede que transporta a energia, não haveria como precisar qual agente de mercado está sendo beneficiado pelo uso da linha. Por isso, todos os usuários do SIN contribuem para o custeio da rede ao pagarem a tarifa associada a cada ponto de conexão e à demanda do usuário (CALDWELL, 2011).

¹⁴⁹ Na prática, o Poder Concedente definirá instalações que não integrarão a RB, por exclusão, por meio do estabelecimento de procedimentos e critérios para definir aquelas que a integram. Tolmasquim (2015) esclarece que as DIT “são formadas por instalações de transmissão e equipamentos de subestação em qualquer tensão, quando de uso exclusivo ou compartilhado de centrais geradoras, ou de uso exclusivo de consumidores livres, interligações internacionais e equipamentos associados, em qualquer tensão, quando usados para importar ou exportar energia elétrica, linhas de transmissão, barramentos, transformadores de potência e equipamentos de subestação, em tensão até 230 kW, localizadas ou não em subestações da Rede Básica”.

¹⁵⁰ Constam da amostra de processos judiciais litígios que envolvem a transferência desses ativos para os concessionários de distribuição e o valor da indenização a ser assegurada às

4.3 As outorgas para exercício da atividade de transmissão e as relações verticais que derivam dessa relação base

A exploração de atividades em torno da energia elétrica poderia, em tese, ocorrer sob o regime jurídico de serviço público ou sob a forma de atividade econômica sujeita aos princípios do livre mercado, mas, no caso brasileiro, a liberdade de mercado é mitigada pela regulação (KAERCHER LOUREIRO, 2020b), observados os ditames estabelecidos nos arts. 37, *caput*, 21, XII, “b”, e 173 ou 175, *caput* e par. ún.¹⁵¹, da CF/88.

Entre nós, alguns serviços de natureza pública, atividades ou utilidades de interesse público recebem tutela específica do Estado, existindo algumas premissas gerais a serem observadas. Esse é o caso das atividades em torno da energia. De todo modo, a opção por um ou outro modelo terá como premissa o estabelecimento de um regime jurídico pré-determinado, uma vez que a exploração da energia elétrica, no ordenamento jurídico brasileiro, é reservada à União. O estabelecimento desse regime jurídico bem como sua interpretação e aplicação sofrem os influxos de outros ramos da ciência, como a engenharia, a física e a economia (KAERCHER LOUREIRO, 2020).

Por suas características técnicas e econômicas, a atividade de transmissão é exercida exclusivamente sob o regime jurídico de serviço público orientado pelo art. 175, *caput* e par. ún., da CF/88. Com a Lei nº 9.074/95 e o processo de desestatização, o serviço de transmissão ganha autonomia, visto que ela informa que deveriam ser definidas, entre as instalações de transmissão, aquelas que se destinariam à formação da RB dos sistemas interligados (WALTENBERG, 2000). A infraestrutura destinada à formação da RB desses sistemas será precisamente aquela a ser

transmissoras (art. 15, §§ 1º e 2º, Lei nº 12.783/2013). Maior detalhamento sobre a questão pode ser encontrado no Apêndice D.

¹⁵¹ De acordo com o art. 175, par. ún., da CF/88, deverá ser matéria prevista em lei: (i) o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; (ii) os direitos dos usuários; (iii) a política tarifária; (iv) a obrigação de manter serviço adequado.

implantada para que se preste o serviço público de transmissão, objeto de concessão própria (HIROTA, 2006).

A interconexão entre diversas dimensões na indústria elétrica – a física e tecnológica, a econômica, a política e socioambiental e a jurídica (KAERCHER LOUREIRO, 2020b) – influi diretamente na implantação das infraestruturas de transmissão. Nesse segmento, os empreendimentos são licitados para a expansão e o aumento da capacidade do sistema.

A outorga de concessão do serviço de transmissão (art. 17, *caput*, da Lei nº 9.074/95) pode ser obtida das seguintes formas: **(i) mediante licitação, na modalidade de concorrência ou de leilão**¹⁵² (art. 17, § 1º, da Lei nº 9.074/95 e art. 8º da Lei nº 12.783/2013); **(ii) mediante prorrogação da outorga já existente**¹⁵³ (art. 17, § 5º, c/c arts. 19 e 22 da Lei nº 9.074/95 e art. 6º e 15, § 2º, da Lei nº 12.783/2013); **(iii) mediante ato autorizativo da equiparação das instalações necessárias aos intercâmbios internacionais, para efeitos técnicos e comerciais, aos concessionários de serviço público de transmissão**, desde que essas instalações tenham sido autorizadas a funcionar até 31 de dezembro de 2010¹⁵⁴ (art. 17, § 7º, da Lei nº 9.074/95)¹⁵⁵.

Vale notar que os contratos de concessão de transmissão de energia elétrica são reunidos em dois grandes grupos para fins regulatórios: (i) concessões licitadas; (ii) concessões prorrogadas nos termos do art. 17, § 4º, da Lei nº 9.074/95¹⁵⁶, cujos contratos foram novamente prorrogados de

¹⁵² Nessa modalidade de outorga mediante prévia licitação, também se enquadram as instalações de transmissão de energia elétrica que integram a RB e as destinadas a interligações internacionais outorgadas a partir de 1º de janeiro de 2011.

¹⁵³ São contratos de concessão não originados por procedimento licitatório.

¹⁵⁴ Essas seriam as concessionárias de serviço público de transmissão equiparadas ou por equiparação legal

¹⁵⁵ Em se tratando de prorrogação de outorga já existente, não haverá necessidade de reversão dos bens. Quando a outorga não for prorrogada e houver necessidade de licitação, pelo disposto no art. 8º, § 1º, Lei nº 12.783/2013, ela também poderá ser realizada sem a reversão prévia dos bens vinculados à prestação do serviço **(AGU, 2019a)**.

¹⁵⁶ Observa-se que, ainda que realizadas diretamente pelo Estado (por empresas públicas ou sociedades de economia mista), as tarefas ou utilidades de interesse geral, em especial

acordo com a Lei nº 12.783/2013; concessionárias equiparadas, concessionárias cujo contrato é decorrente de segregação ou desverticalização das atividades de energia elétrica, conhecidas como concessões não licitadas ou concessões existentes (ANEEL, 2020c).

Os contratos formados a partir dessas outorgas funcionarão como a relação base no segmento de transmissão, originando várias outras relações verticais, em rede, acessórias e interdependentes entre os agentes dessa indústria¹⁵⁷ (AGU, 2020a). Para que o sistema funcione adequadamente e com segurança jurídica, outros contratos são celebrados para formar novas relações jurídicas bilaterais entre os agentes participantes do mercado¹⁵⁸. Trata-se de um encadeamento de relações contratuais estabelecidas no âmbito da exploração das concessões de transmissão de forma interdependente (NÓBREGA, 2020a).

O contrato base, isto é, a concessão de serviço público terá como objeto a prestação do serviço, que se distingue do ativo de transmissão, embora dele seja dependente para que se concretize. O serviço consistirá na disponibilização da rede para o SIN.

Com a reestruturação do setor elétrico, surgiram, então, as relações verticais, formadas pelos contratos iniciais de compra e venda de energia e de uso dos sistemas de transmissão (BRAGA, 2018). São contratos distintos dos contratos de concessão de transmissão, mas que deles derivam

as relativas aos serviços de energia elétrica, sempre foram instrumentalizadas pelo instituto da concessão, utilizado como mecanismo de interligação entre a atividade dos particulares e o referido interesse geral que o Estado pretendia tutelar (MARQUES NETO, 2015).

¹⁵⁷ As transmissoras não estabelecem uma relação direta com o consumidor final de energia, mas, sem dúvida, na tarifa paga por ele, embute-se o custo operado nas relações verticais definidas nesse segmento, por também depender dessa infraestrutura para receber a energia fornecida pelas distribuidoras.

¹⁵⁸ Esses contratos, acessórios às concessões de serviços de transmissão, desdobram-se em contratos que regulam a prestação dos serviços, contratos que regulam o uso do sistema de transmissão e contratos que regulam a conexão dos usuários da rede (TOLMASQUIM, 2015).

diretamente, celebrados entre os agentes de mercado e o ONS – CUST¹⁵⁹ e o CPST – e entre usuários e transmissoras com a intervenção do ONS – CCT e contratos de constituição de garantia de pagamento (CCG). Configuram relações de cunho privado, com fortes derrogações de direito público, entre os usuários dos serviços e os concessionários, intermediadas pelo ONS (GROTTI; LIMA, 2015).

O art. 9º da Lei nº 9.648/98 determinou que a contratação do acesso e uso dos sistemas de transmissão se realize separadamente da compra e venda de energia elétrica para assegurar que o serviço de transmissão seja neutro¹⁶⁰. A concessionária poderá executar apenas a atividade de transmissão, sem interferências no mercado de geração e comercialização (GROTTI; LIMA, 2015).

A rede é essencial para o funcionamento do setor. Portanto, esses contratos instrumentalizam o art. 15, § 6º, da Lei nº 9.074/95, que assegura aos demais agentes da cadeia produtiva o livre acesso aos sistemas de rede em troca do ressarcimento do custo de transporte. Trata-se de obrigação imposta às transmissoras (e às distribuidoras) para que compartilhem suas instalações e consintam com o acesso de geradores e consumidores livres sem qualquer discriminação (RENNÓ; SAMPAIO, 2006).

A partir da formalização desses instrumentos, cada usuário da RB (inclusive os consumidores livres, nos termos do art. 52, § 2º, II, do Dec. nº 5.163/2004, passa, na prática, a ter uma relação jurídica com cada concessionária de transmissão, e vice-versa.

¹⁵⁹ O CUST servirá de lastro para o pagamento da RAP das transmissoras. Esses contratos asseguram o recebimento da RAP a partir da entrada em operação do empreendimento, enquanto contraprestação pelo acesso e uso da rede, isto é, por aqueles que usufruem da garantia de livre acesso às instalações de transmissão.

¹⁶⁰ Como o serviço de rede é atividade essencial e elementar para funcionamento do sistema elétrico, estabeleceu-se o princípio da neutralidade da transmissão para possibilitar a concorrência no mercado de geração e comercialização de energia (RENNÓ; SAMPAIO, 2006). A atividade é neutra porque não é comercial nem competitiva (GROTTI; LIMA, 2015). Isso se deve ao fato de que a rede é nevrálgica para o funcionamento do setor, devendo-se garantir o acesso aos usuários (RENNÓ; SAMPAIO, 2006) e a remuneração adequada para o serviço.

Os contratos que dizem respeito ao acesso e ao uso da rede de transmissão, em especial, no âmbito da RB, afetam os serviços disponibilizados aos usuários finais da energia (os consumidores cativos), relativamente à contraprestação pelo serviço que usufruem e, também, afetam os agentes de geração, relativamente aos custos do insumo produzido.

Nessa linha, a contratação de acesso e uso de rede está condicionada à observância de parâmetros técnicos e regulatórios. Assim, são estabelecidas condições gerais de acesso e do uso e regras operativas dos sistemas de transmissão pela ANEEL¹⁶¹. Essa normativa está dentro do espectro das normas regulamentares do serviço de transmissão de energia elétrica e, desse modo, está sujeita a modificações estabelecidas pelo órgão regulador durante o prazo de execução dos contratos¹⁶².

Então, nesse segmento, haverá uma relação jurídica básica: aquela que consiste no título autorizativo para explorar o serviço público de transmissão e cuja outorga se aperfeiçoa mediante contrato de concessão entre o adjudicatário (em leilão) do serviço e a União (art. 175 da CF/88) e os demais contratos que decorrem dessa relação e que digam respeito ao acesso e uso da rede. Por meio desses contratos, tanto aqueles que exploram instalações da RB quanto os que o fazem em relação às instalações destinadas às interligações internacionais devem permitir acesso a todos aqueles que necessitam se conectar à rede, observados o

¹⁶¹ A ANEEL deverá estabelecer as condições gerais de contratação do acesso e uso dos sistemas de transmissão e regular as tarifas correspondentes (art. 9º, par. ún., da Lei nº 9.648/98 e art. 7º do Dec. nº 2.655/98), a fim de assegurar, entre outros aspectos, que (i) não haja tratamento discriminatório aos usuários do sistema e (ii) os custos prudentes de disponibilização da infraestrutura estejam cobertos pelas tarifas pagas pelos usuários.

¹⁶² Essas regras são agregadas à concessão na qualidade de normas de natureza regulamentar. Tanto o contrato de concessão do serviço público de transmissão quanto os contratos de acesso, uso e conexão são contratos que estabelecem cláusulas regulamentares do serviço. Estes últimos seriam, assim, contratos acessórios aos contratos de concessão, já que desse título jurídico depende a sua própria existência. Conquanto celebrados entre privados, são fortemente regulados e de natureza coativa, firmados por imposição estatal como garantia do direito ao livre acesso à rede

planejamento estabelecido pela EPE e as restrições de transmissão informadas pelo ONS.

Devido aos objetivos desta pesquisa, não convém realizar maiores aprofundamentos sobre o assunto. Entretanto, a menção a esses contratos nos permite formular que o serviço público de transmissão tem natureza sistêmica, sendo regido por um contrato relacional caracterizado pela sua incompletude e por seu funcionamento em rede. Verifica-se, assim, que quando o concessionário de transmissão submete o conflito de natureza econômica à composição pela via arbitral, ele está a submeter um litígio que reflete numa série de outras relações derivadas das concessões; a solução do litígio poderá, portanto, apresentar reflexos nas demais relações verticais.

4.4 Os leilões de transmissão e o seu papel na formação do preço do serviço

No Brasil, o uso de um mecanismo que permita uma concorrência isonômica entre todos os agentes decorre, em princípio, do fato de as atividades de energia elétrica serem reservadas à União¹⁶³. A utilização desse mecanismo deriva de uma prescrição do Poder Constituinte Originário (art. 175, *caput*, da CF/88). Portanto, a utilização de leilão¹⁶⁴ para adjudicar a construção, operação e manutenção das LTs não decorre apenas de premissas econômicas¹⁶⁵. Existem imposições normativas relevantes,

¹⁶³ O MME realiza o planejamento setorial com apoio da EPE e do ONS. Em termos simplórios, esse planejamento leva em consideração a necessidade de interligar os pontos do sistema e a necessidade de atendimento do mercado das distribuidoras. Nesse último caso, o custo da linha será assumido pela própria distribuidora; no primeiro caso, o planejamento é realizado com base em modelos matemáticos que comparam as alternativas econômico-financeiras disponíveis. São alternativas que se referem à aferição da extensão das linhas, da quantidade de perdas elétricas, da necessidade de reforços ou melhorias em SEs já existentes etc. Essa análise é necessária porque o custo de novas LTs será rateado entre todos os usuários da RB.

¹⁶⁴ Mais informações sobre a realização do procedimento de leilões podem ser encontradas no Apêndice F.

¹⁶⁵ Os leilões são instrumentos de mercado também utilizados na seara pública para a realização de políticas públicas (VARIAN, 2015), inclusive no SEB (VIANA, 2018). No Brasil, o leilão é considerado instrumento essencial para a sua expansão, do ponto de vista da produção ou da transmissão, com vistas a assegurar o fornecimento de energia mediante contraprestação na forma de tarifas módicas. Apenas na transmissão, em 19/12/2019, o Leilão

primeiramente por se tratar de atividade reservada à União¹⁶⁶ (art. 21, XII, “b”, da CF/88).

Especificamente, a transmissão é realizada sob regime de serviços públicos (art. 175 da CF/88). Então, o seu exercício por privados será, em regra, submetido a rigoroso procedimento competitivo, como disposto no art. 17, §1º, da Lei nº 9.074/95 e no art. 2º da LGC¹⁶⁷, com a política de preços definida no art. 9º também desta lei¹⁶⁸.

nº 02/2019 foi capaz de atrair R\$ 4,18 bilhões em investimentos para o país (AGÊNCIA ESTADO, 2019).

¹⁶⁶ Quanto à governança dos leilões do SEB, EPE, MME e ANEEL são instituições essenciais para instrumentalizá-la, com objetivos de expandir a infraestrutura ou, simplesmente, implantar reforços para melhor funcionamento do sistema. A ANEEL é a entidade que detém atribuição legal (art. 3º, II, da LCA) para promover os procedimentos licitatórios destinados à contratação de concessionários de serviços público para transmissão de energia elétrica.

¹⁶⁷ Em 1995, a edição da LGC veio suprir um hiato normativo, que se sentia desde a Carta de 1930, balizando o uso das concessões de serviço público (MARQUES NETO, 2015). Em 1997, com a Lei nº 9.491, possibilitou-se que as desestatizações fossem realizadas na modalidade de leilão, e, nelas, estavam incluídas empresas que prestavam o serviço de transmissão. Em 2009, a Lei nº 11.943 deu nova redação ao §1º do art. 17 da Lei nº 9.074/95 para, expressamente, possibilitar que esse procedimento fosse realizado na modalidade de concorrência ou de leilão. Nesse intervalo de tempo, o mecanismo de leilão somente poderia ser utilizado se a licitação do empreendimento fosse realizada para fins de desestatização dos seus ativos (ORTIS, 2010).

¹⁶⁸ Os critérios de julgamento estabelecidos pela LGC, para as concessões de serviços públicos em geral, eram diferentes daqueles previstos na LGL. Em 1998, a Lei nº 9.648 alterou o art. 15 da LGC, para ampliar as possibilidades de definição, no edital, do critério de julgamento das propostas, a saber: (i) o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado; (ii) a maior oferta, nos casos de pagamento ao Poder Concedente pela outorga da concessão; (iii) a combinação, dois a dois, dos critérios (i), (ii) e (vii); (iv) a melhor proposta técnica, com preço fixado no edital; (v) a melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica; (vi) a melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica ou (vii) a melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas. No SEB, os critérios legais ordinariamente utilizados em leilões são o do menor valor oferecido para a tarifa ou o da maior oferta, nos casos de pagamento ao Concedente pela outorga.

A estabilidade regulatória¹⁶⁹ é elemento chave para a atratividade de competidores no leilão¹⁷⁰.

Nesse contexto, os leilões dão início ao processo de outorga estabelecendo um mecanismo competitivo¹⁷¹, cujo vencedor será a empresa ofertante do menor preço anual para realizar a atividade durante um período pré-estabelecido pelo regulador¹⁷² (GALETOVIC; INOSTROZA, 2008;

¹⁶⁹ A concepção e implementação de qualquer tipo de leilão não prescinde de instituições e estrutura regulatória robustas, de modo que a independência técnica dos reguladores – para que não se sujeitem a condutas oportunistas do governo e haja segurança jurídica para atrair investimentos (MUELLER, 2009) – é de grande importância para que se realize a supervisão regulatória dos resultados do certame. Para que isso ocorra, é essencial que esteja vigente um Estado de Direito em que os contratos sejam cumpridos e devidamente executados (MAURER; BARROSO, 2011). A percepção de segurança jurídica pelos privados relaciona-se diretamente ao cumprimento dos contratos (GUERRA; SAMPAIO, 2019). Outrossim, para que não haja uma percepção de que o investimento seria de alto risco, é importante que as tarifas estabelecidas reflitam adequadamente os custos dos serviços (MAURER; BARROSO, 2011) mesmo quando submetidas a um regime de incentivos (baseado em análises comparativas ou *benchmarking*), quando elas deverão refletir os custos considerados prudentes.

¹⁷⁰ As regras definidas para o certame devem ser firmes e persistentes. Admitem-se aprimoramentos em novos certames, como parte do processo de aprendizado, mas eles não devem ocorrer de forma frequente e inesperada. Ademais, é preciso assegurar que o procedimento seja transparente e justo (MAURER; BARROSO, 2011).

¹⁷¹ Quanto à negociação da construção das LTs, o regulador poderia, ao menos em termos econômicos, fazê-lo por contratação direta, escolhendo uma empresa e negociando bilateralmente o preço, o que normalmente ocorreria segundo o mecanismo de regulação pela taxa de retorno. O problema dessa sistemática é que as informações fornecidas pelas empresas em operação, mesmo aquelas informadas nos processos de RTP, podem ser estrategicamente manipuladas, indicando custos superfaturados com a finalidade de aumentar o preço teto. Significa dizer que nem sempre será possível definir acuradamente os custos *ex post* da atividade (GALETOVIC; INOSTROZA, 2008).

¹⁷² Quando se utiliza esse mecanismo, há maior moderação na assimetria de informação existente entre o regulador e o agente regulado (GALETOVIC; INOSTROZA, 2008). Considera-se que os leilões são instrumentos hábeis para aumentar a concorrência, assegurar eficiência econômica e solucionar a questão da alocação de excesso de oferta. Quanto mais competitivo ou mais facilitada a entrada de interessados, em tese, mais efetivos seriam os leilões. Argumenta-se que o incentivo para aumento da competitividade por meio de leilões (mesmo em circunstâncias de baixa concorrência e em pequenos mercados) é geralmente prática mais efetiva e benéfica para o mercado do que o estabelecimento do preço de reserva (REGO, 2012; MAURER; BARROSO, 2011).

MAURER; BARROSO, 2011). Assim, os leilões funcionam como mecanismo de formação de preço, para se chegar à adjudicação do serviço.

Verifica-se, então, que, no Brasil, a atividade de transmissão, por suas características tecnológicas e econômicas, que demanda investimentos de alto custo a exigir retorno em longo prazo, é exercida sob o regime de monopólio natural, porém outorgada a privados sob o regime de prestação de serviços públicos mediante o estabelecimento de um mecanismo competitivo (os leilões) que assegure a todos os interessados igualdade de condições na concorrência.

Para realizar o leilão, a ANEEL estabelece um preço de reserva estimado em valor ligeiramente superior ao que seria a receita teto suficiente para prestação do serviço (ANEEL, 2016b). Os empreendimentos são leiloados em lotes, com o estabelecimento de premissas ou características técnicas mínimas relativas ao projeto do empreendimento, que podem trazer reflexos para a formação do preço. Essas características são definidas com base em estudos prévios disponibilizados por instituições que atuam no planejamento das políticas setoriais (MME e EPE). São estudos de natureza informativa, disponibilizados concomitantemente com o edital, sem, contudo, integrá-los como anexo ou com força vinculante.

Não são vinculantes porque se trata de um contrato *turn key* (chave na mão), significando que o concessionário terá ampla liberdade para gerir seu empreendimento – definir seu projeto e a metodologia de implantação da infraestrutura (contratação de mão de obra, compra de equipamentos etc.) – sob sua conta e risco (art. 2º, II, da LGC).

De fato, todos os editais que compõem a amostra estabelecem a prerrogativa de as transmissoras livremente conduzirem seus negócios, gerenciarem os recursos humanos e escolherem a tecnologia adequada ao serviço concedido. Com efeito, nos editais, a União “limita-se a traçar as linhas gerais do empreendimento” (LIMA, R; 2007, p. 21) ou os pontos do sistema que deverão ser conectados pelas linhas licitadas. A escolha sobre a melhor forma de implantação do empreendimento bem como a solução das questões socioambientais e geográficas envolvidas e que poderão

repercutir na obra de construção do empreendimento são alocadas como risco do proponente vencedor.

Isso fica bem evidente a partir da leitura das cláusulas (repetidas em todos os editais). Elas prescrevem que eventuais pleitos fundados na “inadequação ou inexatidão dos estudos e projetos disponibilizados”, no “desconhecimento das condições locais que influenciem direta ou indiretamente os prazos para a entrega de materiais, mão-de-obra, equipamentos” e nas “condições climáticas, pluviosidade, geologia, geotecnia, topografia, estradas de acesso, infraestrutura regional, meios de comunicação, condições sanitárias e poluição ambiental” não serão deferidos. A partir de 2017, os editais passaram a ser mais claros quanto aos riscos alocados às concessionárias, evidenciando que “são riscos de responsabilidade exclusiva da transmissora”: a identificação do objeto da concessão por meio dos estudos disponibilizados; a gestão da obra de implantação da infraestrutura necessária à disponibilização do serviço, incluindo, como regra geral, a construção, geologia e arqueologia; a elaboração dos projetos básico e executivo.

Os editais informam o que deverá ser implantado (a unidade produtiva que constitui cada lote), o prazo para obra, premissas técnicas mínimas e a maior receita possível para construir, operar e manter o empreendimento (CASTRO; MARTINI, 2021). Para cada lote, a ANEEL define o valor estimado dos investimentos necessários e a sua respectiva RAP máxima admitida. Os lances¹⁷³ dizem respeito à RAP¹⁷⁴ que será percebida para a construção do objeto do respectivo lote e para prestação dos serviços concedidos durante todo o período do contrato.

¹⁷³ É salutar que cada proponente, ao ofertar seu lance financeiro, tome como base todos os custos com aquisições, indenizações, serviços, obras e tributação relativos à implantação, montagem, operação e manutenção das instalações de transmissão, além dos custos para a remuneração do investimento, o ressarcimento dos estudos técnicos que acompanham o edital, o atendimento às exigências do órgão ambiental, a elaboração do Projeto Básico Ambiental e a implementação de medidas compensatórias (IAB, 2012).

¹⁷⁴ A RAP tem natureza de contraprestação (do serviço posto à disposição) na forma de tarifa, sobre a qual incide o postulado da modicidade tarifária (art. 6º, §1º, da LGC).

Nesse passo, a RAP constituída pelo lance vencedor será devida a partir da entrada em operação comercial das instalações licitadas, ou seja, a partir da disponibilidade do serviço, em doze parcelas mensais, podendo sofrer descontos por indisponibilidade ou redução da capacidade das instalações de transmissão (IAB, 2012), conforme critérios definidos no edital, no contrato e pela regulação setorial.

Essas premissas que permeiam a formação do preço do serviço refletem diretamente na formulação da matriz de riscos dos contratos de concessão de transmissão e não podem ser desconsideradas pelo tribunal arbitral ao julgar lides que derivem desses contratos.

4.5 O objeto do contrato de concessão de transmissão

O serviço de transmissão consiste em colocar à disposição do ONS a infraestrutura que constou do lote objeto do leilão, conforme especificações técnicas ali estabelecidas, adicionadas as obrigações informadas no contrato e reguladas pela ANEEL. São obrigações relevantes nesses contratos de concessão: o prazo de concessão, o prazo para realização da obra e a manutenção da unidade produtiva em estado adequado, inclusive quanto à capacidade de funcionamento, para que o ativo possa ser utilizado segundo a conveniência técnica do ONS (CASTRO; MARTINI, 2021).

Serviços e ativos de infraestrutura de transmissão são conceitos distintos. Para manutenção da sustentabilidade da concessão, os ativos devem ser remunerados adequadamente, conforme as condições definidas nos contratos. E, para prestação adequada dos serviços, é preciso que os ativos estejam disponíveis. O serviço de transmissão depende da existência dos ativos de infraestrutura e consiste na sua disponibilização ao ONS.

O contrato de concessão tem como objeto a efetiva disponibilidade das instalações de acordo com a capacidade de transporte nele regulada. Quando os usuários da rede fazem uso das instalações de transmissão intermediados pelo ONS, eles estão, na verdade, contratando um montante da disponibilidade da capacidade da rede, que independe do fluxo de energia que passa pelas LTs disponíveis (AGU, 2018a). Portanto, o objeto do contrato será a disponibilização de determinada instalação de transmissão,

e não o volume de energia transportada: as transmissoras vendem a disponibilização da infraestrutura e recebem receita em razão do tempo em que o serviço ficou disponível (TCU, 2007).

Como regra, os contratos apresentam o rol de instalações que deverão ser construídas e implantadas em determinado prazo, e o edital apresenta especificações quanto à configuração básica do empreendimento, indicando características e requisitos técnicos que precisam ser observados pela transmissora na elaboração do seu projeto¹⁷⁵ (ANEEL, 2019b).

Trata-se, assim, de um projeto do tipo *greenfield*, isto é, ao lançar o leilão, ainda não existe uma infraestrutura física pronta para ser operada e disponibilizar o serviço. Haverá um investimento que pressupõe o financiamento e a alocação de recursos para que o projeto seja implantado, e o serviço, disponibilizado¹⁷⁶.

Os contratos de concessão de serviço público de transmissão estabelecem, assim, típicas obrigações de fazer. Nessa linha, ao firmar o contrato, o concessionário gera, para o Poder Concedente, uma expectativa legítima de que terá condições técnicas e financeiras de construir, operar e manter as suas instalações, observado o prazo previsto no edital e respeitadas as leis e regulamentos aplicáveis. É, dessa forma, natural que se espere do concessionário de transmissão que ele tenha sucesso na conclusão do empreendimento e, logicamente, na disponibilização das instalações, dentro do prazo definido em contrato (AGU, 2018a).

A operação das instalações de transmissão contratadas somente se dará com confiabilidade e segurança se tiverem sido atendidos determinados requisitos objeto de estudos técnicos elaborados sob a coordenação da EPE (art. 4º, VII, da Lei nº 10.847/2004) previamente à publicação do edital. Esses estudos, portanto, dão embasamento para

¹⁷⁵ Como exemplo, cf. cláusula segunda e Anexo 6-10, Lote 10, do Edital de Leilão nº 02/2019

¹⁷⁶ A título de exemplo, cita-se a cláusula segunda do CC nº 010/2020 (Leilão nº 02/2019).

especificação do objeto do leilão, embora não sejam parte integrante do edital.

Logo, nesse segmento de mercado, os leilões têm como objeto a construção e montagem, operação e manutenção das instalações de transmissão específicas e necessárias a tornar o serviço disponível. A infraestrutura é leiloadada em lotes, que detalham as instalações a serem implantadas, sob conta e risco do empreendedor.

Assim, para que a infraestrutura seja colocada à disposição e o serviço seja prestado adequadamente, conforme os parâmetros contratuais e regulatórios estabelecidos, podem-se arrolar algumas atividades que a concessionária desenvolve: (i) construção ou implantação da infraestrutura durante o prazo determinado em contrato; (ii) manutenção, realizada sob a coordenação do ONS, para que o sistema permaneça com boas condições de funcionamento, o que consiste em averiguar a existência de peças defeituosas ou com desgaste, verificar a existência de elementos, como árvores, que possam afetar o fio, entre outros; (iii) operação, no sentido de promover determinadas alterações físicas na configuração da rede, a exemplo do acionamento de interruptores ou capacitores; (iv) expansão, atualização ou realização de melhorias, se forem necessários novos ativos (HUNT, 2002), conforme as possibilidades estabelecidas no contrato.

Nessa linha, as transmissoras se obrigam a construir, operar e manter a infraestrutura necessária ao escoamento da energia elétrica. Essa estrutura é, como regra, formada por um conjunto de instalações ou FTs, conforme se diz no jargão técnico. O conceito de FT é apresentado no art. 2º, VII, da REN nº 191/2005:

VII – Função Transmissão (FT): conjunto de instalações funcionalmente dependentes, considerado de forma solidária para fins de apuração da prestação de serviços de transmissão, compreendendo o equipamento principal e os complementares, conforme disposto no Anexo desta Resolução;

A FT consiste no bloco funcional de infraestrutura enquanto unidade mínima necessária à prestação do serviço de transmissão. Esse conceito é

relevante na medida em que constitui o objeto licitado em sua integralidade. A infraestrutura não será considerada disponível (o cumprimento da obrigação de fazer não se aperfeiçoa) enquanto todos os equipamentos integrantes da FT não estiverem implantados com o atendimento dos seus atributos técnicos¹⁷⁷.

Os contratos de concessão também apresentam, na cláusula primeira, termos e expressões técnicas relevantes e seus respectivos significados. Entre esses conceitos, para fins de avaliação e atesto da entrega da infraestrutura objeto do contrato, vale conferir os seguintes:

XIV. FT – FUNÇÃO TRANSMISSÃO: conjunto de instalações funcionalmente dependentes, considerado de forma solidária para fins de apuração da prestação de serviços de transmissão, compreendendo o equipamento principal e os complementares, nos termos da regulamentação específica¹⁷⁸.

XVI. GRUPO DE FT: conjunto de Funções Transmissão – FT definido no contrato de concessão ou ato autorizativo, cuja entrada em OPERAÇÃO COMERCIAL deve ocorrer na mesma data.

XVIII. INSTALAÇÕES DE TRANSMISSÃO: SUBESTAÇÕES, LINHAS DE TRANSMISSÃO e seus terminais, transformadores e suas conexões e demais equipamentos, destinadas a cumprir funções de regulação de tensão, controle de fluxo de potência ou conversão de frequência, integrantes da concessão do SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSMISSÃO (ANEEL, 2019b).

Sob o risco de repetição, destaca-se que parcela relevante do objeto contratual consiste em construir e implantar a infraestrutura descrita no edital em sua integralidade (a FT ou o conjunto de FTs que compõem o seu objeto) e no prazo ali definido¹⁷⁹. O edital condiciona o recebimento da RAP

¹⁷⁷ O conceito de FT serve também como parâmetro técnico para diferenciar hipóteses em que a ANEEL pode demandar reforços na rede ou, ao contrário, deveria realizar o procedimento licitatório para adjudicar novo serviço.

¹⁷⁸ O referido conceito é repetido no Módulo 1 (Glossário) da recente REN n° 906/2020, que consolida as regras dos serviços de transmissão de energia elétrica.

¹⁷⁹ Parte significativa do risco do empreendedor refere-se ao CAPEX, em especial a necessidade de grande alavancagem financeira.

ao Termo de Liberação das Instalações emitido pelo ONS. A REN nº 841/2018 esclarece que, quando se trata de um “Grupo de FTs”, a entrada em operação comercial desse conjunto de FTs definido no contrato deve ocorrer na mesma data, pois o pagamento da receita é condicionado à entrada em operação do empreendimento com implantação finalizada.

Mesmo que o edital preveja a entrega parcelada do objeto do contrato, subdividindo o escopo dos lotes leiloados em Grupos de FTs, estabelecendo prazos distintos para entrada em operação de cada conjunto de instalações, que seriam gradativamente integradas ao sistema, a entrega do objeto, ainda que escalonada, somente se concretiza quando a concessionária constrói e implanta a FT ou o conjunto das FTs especificadas na cláusula contratual e na data estabelecida para cada Grupo de FT. O pagamento da receita da concessionária depende dessa constatação prévia, verificada pelo ONS.

Os critérios para entrada em operação das FTs estão previstos em resolução normativa da ANEEL¹⁸⁰. É possível, assim, que o ONS emita Termos de Liberação com Pendências (TLP), para hipóteses em que é realizada a entrega parcial de determinado conjunto de instalações que são imediatamente disponibilizadas ao sistema, mas não operam na sua capacidade total ou operam com restrições de segurança. Em casos como esse, normalmente, possibilita-se o recebimento do percentual da receita que seria devida caso as instalações estivessem integralmente disponíveis. Isso, no entanto, depende de previsão contratual.

A emissão do referido TLP, como regra, independe da relação de dependência entre as FTs integrantes do Grupo de FTs (ANEEL, 2019e). Ela é, na verdade, condicionada ao atendimento dos requisitos estabelecidos em contrato e na regulação setorial, considerada a unidade mínima necessária para que o serviço seja prestado de forma adequada. Esses requisitos são ordinariamente definidos com fundamento em interesses sistêmicos.

Nesse caso, a transmissora fará jus apenas a um percentual da RAP, conforme tenha sido definido no contrato de concessão, ou, caso não haja

¹⁸⁰ Atualmente, a REN nº 841/2018 rege a matéria.

previsão expressa em contrato, conforme prescreva o ato regulatório. Trata-se de possibilidade dada à concessionária, desde que observados determinados requisitos técnicos, de ter antecipada parcela da sua receita, embora o objeto contratual, considerado o seu conjunto, não esteja integralmente disponível para o sistema. Pode-se citar, como exemplo, o CC nº 017/2014 (Leilão nº 01/2014), que contém cláusula escalonada de entrega do objeto do serviço.

A parcela do objeto do contrato de concessão referente à construção e à implantação da infraestrutura será considerada entregue quando o empreendimento for colocado à disposição do sistema por meio do ato de liberação do ONS. Significa dizer que a receita será devida à transmissora a partir da disponibilidade das instalações para que sejam operadas. O pagamento da receita está, assim, dissociado da utilização da infraestrutura pelo SIN ou do fluxo de energia que passa pela rede. Portanto, fundamental é que as instalações estejam disponíveis para o sistema, não importando se estão efetivamente sendo utilizadas pelo operador. Uma vez disponíveis as instalações previstas no contrato, a transmissora fará jus à RAP.

Há, ainda, casos em que o edital prescreve a possibilidade de que seja antecipada a entrada em operação comercial do empreendimento conforme a data de necessidade para o sistema. Isso ocorre, como regra, quando há descasamento entre as obras de transmissão e as obras de geração, ou seja, estas últimas estão previstas para entrar em operação em data anterior àquela prevista para disponibilização do ponto de acesso para a central geradora.

Podem-se citar alguns exemplos em que o edital de transmissão prescreveu a possibilidade de antecipação da entrada em operação condicionada ao reconhecimento concreto da necessidade sistêmica pela ANEEL: o Leilão nº 01/2014, na minuta que deu origem ao CC nº 019/2014, e o Leilão nº 04/2018, na minuta que originou o CC nº 002/2019. Em verdade, essa foi uma inovação dos editais a partir de 2014.

Como regra, o edital estabelece uma faculdade para a transmissora, que goza “de ampla liberdade na condução de seus negócios, no

gerenciamento dos recursos humanos e na escolha e utilização de tecnologia adequada ao serviço concedido” (cf. Cláusula Quinta – Prerrogativas da Transmissora, do CC nº 002/2019 – Leilão nº 04/2018). Nessa hipótese, caso a antecipação não se concretize, não haverá consequências negativas para a concessionária.

Por outro lado, embora seja uma faculdade posta no edital que possibilita a antecipação, era comum, também, a previsão de que a ANEEL fosse ouvida antes da liberação comercial e da efetivação do pagamento. Isso porque, como dito, a previsão é normalmente motivada por uma necessidade sistêmica¹⁸¹. Mesmo estando concluídas as obras de transmissão em data anterior àquela indicada no edital, conforme a previsão de necessidade sistêmica, se ela não se concretiza, haverá liberdade para o indeferimento da entrada em operação antecipada da LT, impedindo o recebimento antecipado da receita. Era comum que o edital, embora estabelecesse essa faculdade, também condicionasse a antecipação da receita à necessidade sistêmica.

Em verdade, a única motivação para a antecipação da entrada em operação comercial da transmissora seria o benefício sistêmico. O edital apresentava um prazo como limite mínimo o qual seria tecnicamente viável para construção e implantação do empreendimento¹⁸². O prazo definido

¹⁸¹ Havendo atraso do gerador, a antecipação da receita geraria apenas ônus financeiro para o consumidor e nenhum benefício para o sistema. A condicionante sistêmica imposta para o exercício da pretensão de antecipar a entrada em operação comercial sempre fora entendida como uma regra decorrente dos editais; tratar-se-ia de uma possibilidade, e não de um direito subjetivo adquirido pelas transmissoras. Sabe-se que os atos administrativos não prescindem de motivação adequada. É por isso que a antecipação da entrada em operação comercial das instalações de transmissão não poderia ser entendida, nesses editais, como um direito subjetivo da concessionária. Não se tratava de verificação de critérios para edição de atos administrativos vinculados. A possibilidade de disponibilizar a infraestrutura de transmissão antecipadamente não era o único requisito para que a entrada em operação comercial antecipada fosse autorizada: fundamental era a avaliação do benefício sistêmico, que demanda análise de mérito administrativo.

¹⁸² Por outro lado, o planejamento da expansão dos sistemas de transmissão é também relacionado ao planejamento da expansão da geração, de modo que a alteração do prazo previsto no edital de transmissão não faria sentido sem que houvesse benefícios sistêmicos relacionados ao atendimento da carga e ao aumento de capacidade de geração.

para entrega da infraestrutura relaciona-se a estudos técnicos previamente elaborados com o apoio da EPE. De fato, a antecipação tem por finalidade agregar benefício ao sistema, que, ao dispor das LTs, poderá escoar a energia antes do esperado, utilizando-se das instalações de transmissão (AGU, 2018a). Não sendo esse o caso, a ANEEL poderia indeferir eventual pleito de antecipação da operação mesmo que o edital previsse essa possibilidade.

A partir do edital de Leilão nº 02/2019, as cláusulas contratuais passaram a dispor especificamente sobre as condições para antecipação da entrada em operação de cada lote¹⁸³ (cf. cláusula sexta e alínea “r” da primeira subcláusula da cláusula décima sétima dos CCs).

Ao longo dos anos, os editais previram prazos maiores para a implantação da infraestrutura, podendo chegar a até sessenta meses, a depender do porte das obras, das condições locais, das questões fundiárias e das condicionantes para o licenciamento ambiental¹⁸⁴. Por outro lado, diante da necessidade de atendimento das cargas, o Edital nº 02/2019 incentivou a antecipação da entrega da infraestrutura mediante antecipação da receita das transmissoras (ANEEL, 2019h). Como a necessidade sistêmica, nesse caso, era conhecida *ex ante*, o edital estabelecia essa possibilidade mantida a condicionante, isto é, a receita seria devida se a data de entrada em operação fosse “igual ou posterior à data de necessidade”; a diferença, nesses casos, é que, se preenchidos determinados pressupostos indicados na cláusula sexta, a transmissora estaria previamente autorizada a antecipar a sua entrada em operação comercial (ANEEL, 2019g).

As demais obrigações da concessionária dizem respeito à manutenção, à disponibilidade e à capacidade operativa durante todo o prazo de execução contratual das instalações de transmissão. Caso as

¹⁸³ No caso, alguns lotes se destinavam ao atendimento de distribuidoras, por meio de SE com nível de tensão menor que 230 kW. Nessa linha, as distribuidoras informaram prazos e quantidade de acessos necessários para que o Poder Concedente pudesse compatibilizar essa necessidade com as obras de transmissão conferindo a possibilidade de antecipação dos prazos de entrega.

¹⁸⁴ Isso incrementou a concorrência nos leilões e evitou que o leilão de determinados lotes ficasse deserto.

instalações fiquem indisponíveis, a transmissora poderá sofrer redução equivalente da receita (segundo parâmetros regulatórios¹⁸⁵), em conformidade com o disposto no art. 14, IV, da LCA, que possibilita a incidência da regra da partilha de perdas e ganhos com os usuários do serviço. Poderá, ainda, sofrer penalidades contratuais e regulatórias.

O desconto na receita refere-se à aplicação da PV por atraso ou por indisponibilidade, cuja natureza é de componente da remuneração da concessionária, a permitir a variação da receita percebida conforme o nível de eficiência do serviço colocado à disposição dos usuários. Portanto, esse ponto relaciona-se diretamente à regulação da qualidade do serviço, e o desconto na receita propriamente dito não tem natureza de penalidade, mas de incentivo à sua prestação adequada, conforme os parâmetros contratuais, incidindo a regra da *exceptio non adimpleti* (art. 476 do CC/2002), do princípio da vinculação ao instrumento convocatório e do princípio da boa-fé objetiva, do qual decorre a proibição do *venire contra factum proprium*.

Destaca-se que, entre os litígios que compuseram a amostra e que se referem ao cumprimento de cláusulas contratuais com repercussões econômicas, estão as discussões em torno da PV, incentivo regulatório que possibilita o desconto na receita da transmissora em virtude da indisponibilidade das linhas por atraso na operação ou por restrições operacionais.

4.6 A regulação econômico-financeira dos contratos de transmissão

A regulação econômica dos contratos de transmissão busca assegurar a competição ao tempo que garante tarifas módicas e serviço adequado.

Os editais de leilão costumam dispor sobre vários lotes de empreendimentos a serem concedidos e geram, portanto, mais de um contrato de concessão. A cada leilão, a minuta de contrato sofre algum tipo

¹⁸⁵ Atualmente, a qualidade dos serviços de transmissão é regulada pela REN nº 729/2016.

de aprimoramento, embora nem sempre diretamente ligado às cláusulas econômicas. De todo modo, a RTP deve se ater aos termos do edital que fundamentou a adjudicação do contrato.

Com efeito, a amostra de contratos de concessão apresentada buscou esmerar as alterações mais relevantes que refletem na regulação econômica do serviço de transmissão. Outras mudanças ocorreram ao longo dos anos, a exemplo daquelas inseridas nas condições de participação e de habilitação técnica, para incrementar mecanismos regulatórios com a finalidade de atração de investimentos para o setor¹⁸⁶. A esse despeito, esse não foi o foco da amostra, realizada com a intenção de estabelecer assuntos potencialmente conflitantes relacionados às questões econômico-financeiras dos contratos de concessão e apresentar as normas contratuais disponíveis para composição de conflitos. Portanto, a pesquisa não pretende dar atenção àqueles aspectos.

Esta seção será subdivida para que se possa abordar: (i) aspectos gerais sobre a formação da RAP máxima e a aplicação da *revenue cap regulation*; (ii) a regulação econômica nos contratos das concessões prorrogadas; (ii) a evolução da regulação econômica das concessões licitadas, apontando eventuais modificações no cálculo da RAP, a matriz de riscos e os procedimentos tarifários.

Entende-se que todos esses aspectos são relevantes na oportunidade de compor conflitos que envolvem a EqEF do contrato. Trata-se de avaliação necessária para, estabelecida a arbitrabilidade objetiva da EqEF desses contratos, definir os limites da competência do tribunal arbitral e os parâmetros decisórios aos quais se encontrariam vinculados por força da obrigatoriedade de que decidam com base no direito positivo brasileiro. É nessa perspectiva que serão apontados maiores detalhamentos sobre as

¹⁸⁶ O Leilão nº 07/2014, por exemplo, é um dos editais no qual se autorizou a participação dos FIPs (regulados pela Instrução Normativa CVM nº 391/2003), condicionada à duração do Fundo por prazo compatível ao prazo da exploração da atividade de transmissão, à constituição de SPE para obter a outorga de concessão e à proporção do somatório dos termos de compromisso dos investidores que fosse equivalente à proporção do custo do empreendimento considerada a sua participação na referida SPE.

características econômicas do serviço conforme elas tenham sido abordadas nos editais de leilão de transmissão.

A governança e o projeto regulatório para o segmento de transmissão consideram a circunstância de que se trata uma atividade exercida sob monopólio, aspecto relevante para o ambiente competitivo de comercialização de energia. Se elementos como propriedade, operação e preço da infraestrutura não fossem regulados, quando serviços de rede são essenciais, as transmissoras poderiam exercer forte poder no mercado atacadista, o que seria nefasto para o desempenho do sistema (RIVIER; PÉREZ-ARRIAGA; OLMOS, 2013).

Portanto, a necessidade de regulação de preços, no caso do segmento de transmissão, decorre do fato de se tratar de um serviço prestado em mercado não competitivo (SAINTIVE; CHACUR, 2006). Segundo Hunt (2002), ressalvadas questões de segurança e confiabilidade sistêmica, haverá apenas uma rodovia para transporte da corrente elétrica¹⁸⁷, embora essa rodovia forme um grande sistema no caso brasileiro. Tal fato demanda do Estado o estabelecimento de mecanismos que emulem a concorrência (SAINTIVE; CHACUR, 2006).

É preciso, também, que a rede seja operada de modo integrado, como um todo (a dar importância à figura de um operador central) e que as prestadoras desses serviços sejam independentes dos agentes de mercado (RIVIER; PÉREZ-ARRIAGA; OLMOS, 2013).

¹⁸⁷ A noção de economia de escala remete à ideia de que não é econômica a construção de várias linhas para o mesmo fim, desde que “parte significativa da capacidade da linha seja usada”. Do ponto de vista do uso da terra e do impacto ambiental envolvido, também seria contraproducente a instalação de diversas infraestruturas para a mesma finalidade (RIVIER; PÉREZ-ARRIAGA; OLMOS, 2013, p. 263). A ampliação do segmento de transporte de energia em alta tensão é necessária para expansão do sistema e aumento da capacidade para atendimento da carga; porém, a duplicação da rede envolve custos vultosos, e a existência de concorrência nesse mercado não incentivaria a entrada de novas empresas (PRADO, 2009). Há, assim, altas barreiras à entrada de novos *players* e altos custos de transação envolvidos em eventual desmobilização dos ativos. Por isso, o que justificaria a possibilidade de duplicar a infraestrutura seria, como regra, questões relacionadas à confiabilidade e à segurança do sistema (RIVIER; PÉREZ-ARRIAGA; OLMOS, 2013, pp. 263-264).

Entende-se necessário abordar outros aspectos, além da característica de monopólio e dos mecanismos regulatórios, que motivam a regulação econômica do mercado de transmissão, considerando suas peculiaridades e o que está descrito nos contratos de concessão. Vale destacar que certos aspectos, para um economista, podem ser absolutamente óbvios, mas não o são para grande parte de operadores do direito.

A regulação econômico-financeira dos contratos de concessão de transmissão é diferenciada conforme o “tipo” de concessão. Existiram as denominadas “concessões existentes”, que foram prorrogadas com fundamento na Lei nº 12.783/2013, resultado da conversão da MP nº 579/2012; agora, são denominadas “concessões prorrogadas”.

Essas concessões têm parâmetros próprios de fixação da RAP, pois não foram licitadas e são reguladas pelo Submódulo 9.1, PRORET para fins de RTP. A regra também se aplica às concessionárias de transmissão que firmaram novos contratos de concessão em virtude da segregação de atividades de transmissão e distribuição disciplinada na Lei nº 10.848/2004 e às concessionárias de transmissão equiparadas, nos termos da Lei nº 12.111/2009.

Para as concessões licitadas, a RAP será a menor proposta ofertada em leilão tomando como parâmetro a RAP máxima definida pela ANEEL. Elas são reguladas pelo Submódulo 9.2, PRORET para fins de RTP.

As concessões existentes e as concessões leiloadas entre 2000 e 2006 não previam a RTP; ela passou a ser prevista apenas nos contratos de concessão firmados a partir de 2008. A metodologia de cálculo da RTP também será diferenciada conforme o tipo de contrato, se licitado ou não.

A RTP tem a finalidade de definir o reposicionamento das tarifas ou “novos níveis tarifários para a concessionária, de acordo com as alterações nos custos de serviço”. Permite que as tarifas permaneçam gerando receitas para cobertura de custos operacionais e realização da “remuneração justa que impulsionou o agente privado a engajar-se no certame licitatório” e,

assim, assegurem a manutenção da comutatividade do contrato (GUERRA, 2019, p. 549).

Para as concessões licitadas com contratos firmados a partir de 2008, a RTP abarcará ganhos de eficiência operacional e avaliação de capital de terceiros no intervalo regulatório. Destacam-se os parâmetros de eficiência que guiam as revisões tarifárias, tanto as ordinárias¹⁸⁸ quanto as extraordinárias, em virtude da incidência da regulação por incentivos, conforme consolida o art. 9º da LGC.

A despeito das diferenças existentes entre os contratos firmados desde a primeira reforma do SEB até os mais atuais, todos eles tomam por base a ideia de regulação por incentivos, em que o Poder Concedente estabelece a RAP máxima admitida para a prestação do serviço.

Considerando as distinções na regulação econômica dos contratos de concessão, a pesquisa foi subdividida em duas partes: uma para tratar das concessões licitadas e outra para analisar as concessões prorrogadas. Serão apontadas as peculiaridades e a evolução das cláusulas dos certames licitatórios que ainda regem muitos contratos em curso¹⁸⁹.

Levando em consideração os aspectos econômicos relativos aos contratos de infraestrutura e as características da rede de transmissão, a regulação setorial e os contratos devem se preocupar em estabelecer regras ou *standards* de conduta observando três fatores fundamentais: investimento, acesso e precificação ou alocação de custos de rede, buscando atingir os seguintes objetivos:

- contribuir para a expansão eficiente da rede,

¹⁸⁸ O item 42 do submódulo 9.1, PRORET está assim redigido: “42. A abordagem adotada pela ANEEL para o cálculo dos custos operacionais regulatórios na revisão tarifária periódica busca definir o nível eficiente de custos para execução dos processos, de acordo com as condições previstas nos contratos de concessão e regulamentação, assegurando uma prestação de serviço adequada e que os ativos manterão sua capacidade de serviço inalterada durante toda a sua vida útil”.

¹⁸⁹ A evolução pormenorizada das concessões licitadas e o detalhamento das concessões prorrogadas foram descritos no Apêndice E.

- garantir a viabilidade econômica do negócio de transmissão através de remuneração adequada,
- aumentar a eficiência econômica dos usuários da rede, tanto a curto prazo (obtenção da operação ideal) quanto a longo prazo (enviando sinais de localização corretos para futuros usuários da rede, sejam eles geradores ou consumidores),
- e contribuir para a operação eficiente da rede de transmissão e a manutenção adequada de suas instalações (RIVIER; PÉREZ-ARRIAGA; OLMOS, 2013, p. 263).

Relacionada à característica de monopólio natural e às ideias de economia de escala e intensivo capital, aponta-se também a especificidade dos ativos, como acontece, de modo geral, nos contratos de grande vulto, nos quais se realizam *sunk costs* porque os investimentos são específicos, sem possibilidade de seu uso alternativo (NÓBREGA, 2014).

Essa característica enseja o problema do refém ou *hold up*, encorajando, além de *performance* inadequada (ANGELO, [2006]), a exploração da fragilidade de uma parte pela outra em renegociações *ex post*; ou seja, o contrato gera uma relação de elevada dependência e viabiliza posturas oportunistas, como a apropriação de rendas (NÓBREGA, 2014). Uma maneira de contornar ou mitigar o problema de ganhos oportunistas e contribuir para uma boa *performance* e melhor governança de contratos complexos e incompletos, como os são os contratos de concessão de infraestrutura, seria dispor sobre meios para revelar informações no período de execução contratual, a exemplo do controle externo sobre a eficiência na execução dos contratos (NÓBREGA, 2014) e sobre MASC, como os *dispute board* e a arbitragem.

A diversificação de fontes produtoras de energia e o crescimento de projetos renováveis de geração, que demandam acesso às instalações de transmissão, colocam em destaque a necessidade de uso eficiente da rede¹⁹⁰. Com isso, os custos da atividade de transmissão e as regras para a

¹⁹⁰ O impacto econômico da transmissão sobre o custo do serviço de fornecimento de energia é relativamente menor do que o impacto das demais atividades e instalações de energia, mas, esses fatores ensejam a necessidade de uso eficiente e expansão das redes e aumento de capacidade do sistema, evidenciando a regulação econômica do segmento.

sua alocação têm ganhado mais evidência (RIVIER; PÉREZ-ARRIAGA; OLMOS, 2013). Com efeito, no caso do sistema de transmissão, as redes integram um segmento de mercado – o serviço de transmissão – que possui preços regulados ou administrados segundo determinados critérios econômicos.

Sobrelevada importância é deferida ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, uma espécie de maldição devido à genuína incompletude de contratos de longo prazo, cujas relações comutativas são mais complexas do que aquelas existentes nos contratos comuns. Contudo, esse princípio também exprime uma moldura ou limite que deve ser observado na interpretação dos contratos de concessão para compor conflitos. Outrossim, os custos de renegociação tendem a ser diretamente proporcionais ao nível de incompletude dos contratos de concessão (NÓBREGA, 2014).

Nesse passo, práticas consensuais e MASC, como a arbitragem, podem contribuir para maior estabilidade regulatória e para a utilização eficiente do sistema de transmissão ao possibilitar a solução mais célere de conflitos que travam a execução de obras de implantação ou disputas sobre a realização de reforços e melhorias nas redes. Por isso, a arbitragem pode ser um mecanismo eficiente para colocar fim a determinados conflitos.

4.7 A formação da Receita Anual Permitida e a Taxa Interna de Retorno

Este tópico contempla aspectos gerais sobre a formação da receita das concessionárias licitadas com fundamento nos leilões mais recentes. Destaca-se que fundamental para compreender o recebimento de receitas pelas transmissoras é o entendimento quanto à política tarifária adotada, isto é, a política de preço teto (REGIS, 2017).

4.7.1 A Receita Anual Permitida (RAP)

A receita das concessionárias é a RAP, sendo estabelecida pelo preço conforme a política definida em lei (art. 175, par.ún., III, da CF e art. 9º da LGC). Ela tem natureza de tarifa ou preço público: é a contraprestação pelo serviço

público do fio. Por isso, a entrada em operação comercial do empreendimento é condição *sine qua non* para que a concessionária passe a auferir receitas. A RAP é anual e paga em 12 parcelas mensais. Ela é, para as novas instalações de transmissão, a receita estabelecida após a realização do procedimento licitatório (como regra, um leilão) no âmbito do qual é definido um preço máximo (*revenue cap*) pelo qual a União estará disposta a conceder o serviço. Esse valor representa o limite da remuneração para que o serviço do fio seja prestado conforme o investimento a ser materializado pelo concessionário¹⁹¹ (PAULO, 2012).

Parte considerável da receita da concessionária servirá à remuneração do capital empregado. Ele equivale a cerca de 75% (setenta e cinco por cento) da RAP, considerada a soma da amortização e do retorno sobre o capital¹⁹² (ANEEL, 2013; BRAGA, 2018).

O lance ofertado no leilão precisa espelhar o capital investido, sua remuneração, o custo operacional do empreendimento e os investimentos em pesquisa e desenvolvimento tecnológico e conformará a condição inicial para definir a EqEF do contrato (REGIS, 2017). De fato, para aferição da RAP máxima¹⁹³, os principais elementos regulatórios considerados são: (i) a estimativa de custos para construção das instalações de transmissão; (ii) os custos de O&M dessas instalações; (iii) o custo de capital (TCU, 2016). Para estabelecimento da RAP, é preciso definir uma base de remuneração, que dependerá de dois fatores: a base de remuneração do capital (retorno do capital) e a taxa de rentabilidade do capital (a taxa de retorno adequada ou retorno sobre o capital) (ANEEL, 2007a). Assim, a RAP engloba diversos

¹⁹¹ A *revenue cap regulation*, utilizada para o cálculo da RAP, é “uma variante do *price-cap*, que se baseia na receita permitida, estabelecida pelo regulador”. O regulador cliva a receita em diferentes itens estabelecendo parâmetros regulatórios para cada um deles (ANEEL, 2007b). Utiliza-se o *building blocks approach*: o cálculo da RAP toma como base os investimentos e despesas para construir e operar as instalações.

¹⁹² A transmissão é realizada por meio de redes fixas, com característica de monopólio natural. Demanda alta alavancagem operativa ou grande capital imobilizado em confronto com os ganhos anuais (ANEEL, 2007a).

¹⁹³ Nos leilões mais recentes (a partir do 02/2019), a ANEEL tem feito constar cláusula que expressa o valor estimado para RAP máxima e base de cálculo de penalidades contratuais (Cláusula Primeira, item XIX, do CC n° 010/2020, Lote 10, do Leilão n° 02/2019).

componentes¹⁹⁴ que se referem à remuneração da RB, das DITs, de reforços¹⁹⁵ ou de melhorias¹⁹⁶ e de O&M¹⁹⁷. Então, a RAP é ajustada para permitir a conformação do serviço adequado às condições de cada empreendimento segundo a lógica de menor custo para realizá-lo nesses termos¹⁹⁸ (TCU, 2007).

¹⁹⁴ A RAP das concessionárias licitadas é formada pela soma das receitas aplicadas para remunerar seus ativos de acordo com as categorias indicadas no contrato de concessão. Ela é estimada tomando como base a receita requerida para o ano subsequente (cf. Leilão nº 02/2010 e CC nº 010/2020, terceira subcláusula da cláusula sétima).

¹⁹⁵ Reforços em instalações de transmissão existentes constituem-se em serviço adicional ao objeto dos contratos de concessão e devem ser autorizados pela ANEEL (art. 6º do Dec. nº 2.655/98). O reforço aumenta o objeto inicial do contrato de concessão, ampliando o escopo da prestação do serviço inicialmente contratada, com a finalidade de aumento de capacidade, confiabilidade ou vida útil das instalações existentes ou de conexão de novos usuários. Caracteriza alteração unilateral do contrato. A realização do reforço depende de estudos do planejamento e confere à concessionária o direito a perceber um adicional de RAP. Em se tratando de reforços de grande porte (ex. instalação de transformadores de potência e de equipamentos de compensação de reativos ou recapitação/repotenciação de equipamentos), o contrato de concessão assegura o estabelecimento prévio de RAP no ato que autoriza a implantação do reforço. Para reforços de pequeno porte, “a ANEEL autoriza sua implantação e a transmissora terá a correspondente parcela adicional de RAP estabelecida no processo de reajuste anual de receita subsequente a entrada em operação comercial desses reforços” (ANEEL, 2020). Para cálculo da RAP, a ANEEL usa, como regra, a metodologia de fluxo de caixa marginal e toma como base seu banco de preços unitários de ativos (sobre o método de fluxo de caixa marginal) (RIBEIRO, 2017).

¹⁹⁶ O incremento de melhorias nas instalações de transmissão é obrigação prevista em contrato com o objetivo de manter a prestação adequada do serviço (art. 6º da LGC). As melhorias não dependem de estudos prévios do planejamento e se relacionam à troca de equipamentos por obsolescência, inexistência de peças de reposição, risco de dano a instalações, desgastes prematuros ou restrições operativas intrínsecas, conforme disciplina o Submódulo 9.7, PRORET. A transmissora, ao substituir equipamentos com vida útil regulatória, fará jus à parcela adicional de RAP calculada em razão da sua vida útil remanescente (ANEEL, 2020).

¹⁹⁷ O valor da RAP deve permitir “ao concessionário arcar com seus custos, inclusive aqueles relacionados com tributos e encargos, e auferir a rentabilidade pactuada” (TCU, 2002). O lance deve considerar a recuperação do investimento inicial (*payback*) ao longo do prazo de concessão, observada a metodologia de cálculo da RAP.

¹⁹⁸ O seu conceito contempla a ideia de “serviço adequado às condições de cada empreendimento e corresponde à ideia de menor custo para execução do serviço tido como adequado. Assim, o leilão realizado para a outorga da concessão de transmissão

Há uma diferença importante entre o cálculo da receita das concessionárias licitadas e a formação da receita das concessionárias não licitadas. Existe assimetria de riscos entre um e outro tipo de concessão (HUBNER *et al*, 2020), embora ambas devam ser reguladas com a metodologia de incentivos. As licitadas permaneceriam a receber receita pelo ativo enquanto houver a prestação do serviço contratado. As não licitadas “são remuneradas pela valoração da base de remuneração utilizada para prestação do serviço” (HUBNER *et al*, 2020, p. 20)¹⁹⁹. A racionalidade de definição de RAP máxima aqui descrita refere-se às concessões licitadas.

Estabelecido o preço máximo admitido (RAP máxima), o adjudicatário do serviço será aquele que ofertou a menor proposta de RAP para execução do objeto contratual. Os editais preveem que a RAP suficiente para prestar o serviço durante o período de disponibilidade das instalações de transmissão para operação comercial será o valor da proposta financeira vencedora (cf. cláusula 5 do Edital nº 02/2019), tendo como parâmetro o preço teto ou o preço de reserva do leilão (art. 9º da LGC).

propicia a escolha do agente eficiente, pois sua metodologia premia o investidor que mais se distanciar para baixo do preço-teto, que é justamente a receita anual permitida” (AGU, 2018a). Como visto, a ideia de eficiência econômica, aplicada na regulação por incentivos, tem sido o aspecto-chave, “a mola mestra” da regulação moderna (CUNHA, 2020), inclusive no segmento de transmissão. Sua premissa básica é incentivar a empresa a incrementar melhorias no processo produtivo para delas se apropriar e auferir maiores ganhos. Normalmente, utiliza-se de um preço teto ou de uma receita fixa, conforme o caso, e da ideia de PBR, na medida em que vence o certame aquele empreendedor cujo projeto apresenta o *design* mais eficiente.

¹⁹⁹ As transmissoras que adjudicaram o serviço em leilão terão a RAP fixa por 30 (trinta) anos. Isso pode desestimular melhorias que asseguram a continuidade do serviço, com a disponibilização da infraestrutura de forma adequada e de maneira a garantir a confiabilidade do sistema, já que não poderia haver incremento de receitas a partir da realização de melhorias. Além disso, “o consumidor paga uma RAP definida com base no período de amortização dos ativos, o qual ocorre, em geral, antes da metade do contrato, representando uma RAP muito alta para a sua metade final, quando deveria cobrir, basicamente, os custos de O&M e a rentabilidade do capital” (HUBNER *et al*, 2020, p. 20). Por outro lado, há, para as concessionárias licitadas, menores riscos em relação à manutenção de uma receita adequada à prestação do serviço, já que sofrem RTP a cada cinco anos. Observa-se que o esgotamento da vida útil da infraestrutura pode demandar uma melhoria (substituição do equipamento), um reforço (relativo à FT) ou mesmo uma nova licitação (ex. Grupo de FTs), a depender do caso.

A RAP teto é aferida com base no método da TIR²⁰⁰, refletindo o custo de oportunidade do investimento. Porém, o risco do negócio consiste justamente em não haver garantia de que o investimento será lucrativo durante o prazo de concessão; não há garantia de nenhum valor de taxa de desconto durante a execução do projeto. Trata-se de avaliação de risco que é feita segundo a discricionariedade de cada participante no leilão. Há garantia de uma receita fixa, padronizada, mas não de lucratividade ou de incidência de TIR *flat*.

Para o oferecimento do lance nos leilões, é imprescindível que o ofertante avalie a matriz de riscos do contrato. Como visto, anexo aos contratos de concessão, são apresentadas as características essenciais do projeto (art. 18, VI, da LGC). O planejamento setorial também oferece estudos técnicos, que, embora não sejam documentos vinculantes, trazem informações sobre aspectos ambientais e sobre o meio socioeconômico, contemplando a estrutura fundiária regional, questões socioculturais, a arqueologia, eventual existência de comunidades indígenas, a demografia das áreas urbanas, a infraestrutura regional etc.

Desse modo, a proposta de preço corresponde ao valor da RAP para que as interessadas participem do certame e executem o contrato, assegurando equilíbrio entre os agentes e modicidade tarifária, em benefício da sociedade (art. 3º, IV, Anexo I, do Dec. nº 2.335/97 e art. 6º da LGC). O adjudicatário do serviço passa a ter direito ao recebimento da RAP a partir da data em que efetivamente coloca à disposição as instalações de transmissão para serem comercialmente operadas.

Significa dizer que, se houver atraso na entrada em operação, além da possibilidade de sofrer penalidades contratuais e execução da garantia de fiel cumprimento (ao menos conforme descrito nos editais mais recentes), a transmissora não receberá nenhuma receita até que haja a sua liberação comercial pelo ONS.

²⁰⁰ Nóbrega (2019) aponta problemas metodológicos quanto ao uso da TIR nas concessões de infraestrutura.

4.7.2 A Taxa Interna de Retorno (TIR)

A TIR é o método utilizado para o cálculo da RAP máxima (Submódulo 9.8 PRORET) levando em consideração a necessidade de cobertura dos investimentos realizados na concessão. Ela é sinal econômico informado por metodologia *cost-based*, sobre premissas de custos de capital próprio e de terceiros, e se relaciona ao custo de oportunidade para a atração de investimentos²⁰¹. É modelo matemático que permite relacionar risco e retorno (ANEEL, 2017a; 2016b).

O retorno do capital (ou a taxa de rentabilidade) se traduz na cobertura dos custos relativos ao investimento realizado com os ativos; expressa o fluxo constante ao longo da sua vida útil²⁰² (CALDWELL, 2011). Essa remuneração do capital está diretamente relacionada à Base de Remuneração Regulatória (BRR) e ao custo de capital (ANEEL, 2017).

Assim, a taxa de rentabilidade do capital equivale ao custo de oportunidade dos recursos e relaciona-se ao risco da implantação do empreendimento e exploração da atividade (ANEEL, 2007a). O retorno esperado é medido a partir dos riscos assumidos²⁰³. Medir o risco, avaliar

²⁰¹ A avaliação da taxa de retorno sobre o capital repercute no funcionamento de indústrias reguladas; para sua definição, considera-se “que o custo do capital é o retorno mínimo esperado pelos investidores para angariar recursos” (ANEEL, 2013) para implantação do empreendimento. Cuida-se de importante aspecto quando se pretende “preservar a atratividade de investimentos para o setor” (ANEEL, 2007b). Por meio da TIR, os investidores avaliam a rentabilidade prospectiva do investimento, e o Poder Concedente poderá verificar a sua implicação nos elementos essenciais do projeto: investimento, financiamento, rendimentos, gastos e prazo da concessão (MARTINS, 2019)

²⁰² Para que se verifique se a TIR efetiva permanece assegurando a atratividade mínima do empreendimento, a qualquer tempo, analisa-se o fluxo de caixa (TCU, 2008).

²⁰³ A definição do valor da TIR reflete na sustentabilidade do negócio. Ela dependerá da correta alocação dos recursos, mas o custo de oportunidade ou a TMA do projeto e o retorno obtido com a sua exploração podem ser diferentes para cada investidor. O custo de oportunidade é variável de empreendedor para empreendedor. Alguns podem ter uma vantagem em custo operacional (ex. já possui ativos naquela região) que leva seu custo com manutenção a patamares menores que os inicialmente definidos regulatoriamente. Outros investidores possuem acionistas que aceitam aplicar recursos próprios a taxas inferiores ao que emprestariam para terceiros, economizando nos custos com transações associadas à captação de recursos para a realização de capital. Isso reflete em grande número de possibilidades de taxas de retorno do projeto consideradas atrativas (ANEEL, 2017a).

como ele pode ser recompensado e verificar quanto se está disposto a assumir são as questões elementares para a decisão de investimento (ANEEL, 2007a).

Pela teoria da TIR, o fluxo de caixa anual da concessionária deve possibilitar $VPL^{204}=0^{205}$ (ANEEL, 2007a; TCU, 2008). Isso significa que o projeto apresenta condições financeiras para gerar retorno igual à TMA²⁰⁶ (GALÍPOLO; HENRIQUES, 2019). A TMA equivale ao WACC²⁰⁷ na metodologia de fluxo de caixa.

²⁰⁴ O VPL é técnica pela qual se aufero o custo de oportunidade do investimento, comparado com o valor das taxas de mercado; ele equivale a um “piso”, à TMA (MOREIRA, 2010b). A TMA permite “comparações intertemporais de desembolsos e receitas” (ANEEL, 2016b), observadas as diferenças de valores entre custo de capital próprio (é comum que sejam mais altos porque o acionista assume o risco do negócio integralmente) e custo de capital de terceiros (normalmente mais baixos porque os financiadores assumem apenas o risco da inadimplência). É método para calcular o valor do dinheiro no tempo. Diminui-se o custo do investimento inicial do valor presente de pagamentos futuros descontados a uma taxa apropriada. Assim se definem, em valores atuais, os benefícios e custos programados ao longo do prazo de investimentos. Quando se estabelece a taxa (descontada do fluxo de caixa), a rentabilidade do empreendimento pode ser mensurada. Como o dinheiro tem valor no tempo, as entradas e as saídas são avaliadas como dinheiro presente (MOREIRA, 2010b). O método apresenta um problema: é comum que previsões iniciais em investimentos de longo prazo se alterem durante a sua execução. E, se alterados os investimentos iniciais, o indicador deixa de ser viável (MACKEVICIUS, TOMASEVIC, 2010; NÓBREGA, 2019).

²⁰⁵ Anular o VPL, igualar a equação do VPL do fluxo de caixa a zero ou igualar o fluxo de entradas de caixa com as saídas, num dado momento, permite que a TIR seja comparada à taxa mínima de referência definida *ex ante* (GUERRA, SAMPAIO, 2019; NÓBREGA, 2019; TCU, 2002), isto é, o fluxo de receitas com os valores investidos (BARBOSA *et al*, 2019). O $VPL=0$ requer avaliação adicional do investidor, pois o projeto pode representar perdas em caso de pequenas alterações na situação do mercado; se eliminada a probabilidade de tal risco e ausentes as alternativas investimentos mais rentáveis, o projeto poderia ser realizado, sendo o investidor indiferente a outras opções que produziriam o mesmo efeito (MACKEVICIUS; TOMASEVIC, 2010, p. 117).

²⁰⁶ Na análise do valor do negócio, utiliza-se a metodologia do fluxo de caixa descontado, pela qual são analisados quatro elementos: fluxo de caixa líquido, período de projeção, taxa de desconto (retorno exigido, custo do capital ou custo de oportunidade) e valor residual (GUERRA; SAMPAIO, 2019).

²⁰⁷ A metodologia de cálculo do WACC está prevista no PRORET (Submódulo 9.8), que sofre atualizações ao longo do tempo. Nos contratos de concessão de transmissão, o banco de preço dos custos de investimento e o prazo de investimentos são discutidos em consultas públicas específicas e nas consultas abertas durante o procedimento licitatório.

A referida taxa reflete o mínimo de retorno que será obtido por meio de determinado projeto a fim de que o valor de mercado da empresa permaneça o mesmo. E, considerando que o VPL deverá ser zero, é natural que, ao longo do exercício da concessão, existam valores positivos e negativos (especialmente nos primeiros anos) a serem somados, todos eles impactados pelo número de vezes em que o desconto incide (GUERRA, SAMPAIO, 2019). A concessão é, portanto, dinâmica, e não estática.

O VPL representa a função entre os custos do projeto e os benefícios que produz. A fórmula parte do pressuposto de que os fluxos de caixa e as taxas de juros serão constantes, com enfoque no valor presente, deixando o tempo do projeto em segundo plano. Isso ressalta o caráter complexo da análise de investimentos maturados em longo prazo (MOREIRA, 2010b), já que a TIR final do projeto contempla taxa de risco zero fixa, conquanto seja elemento volátil, e um adicional pelo risco do empreendimento definido no edital (BARBOSA *et al*, 2019).

Assim, a taxa de retorno afeta diretamente os fluxos de recursos financeiros (JUSTEN FILHO, 2019); a sua definição reflete, quando da celebração do contrato, a correlação entre as suas condições (art. 10 da LGC) e o seu EEF. A doutrina administrativista costuma apontar ainda que, se a TIR não fosse mantida estática, ela também refletiria negativamente nos fluxos financeiros (GUERRA; SAMPAIO, 2019; BINENBJOM *et al*, 2020)²⁰⁸; no entanto, a TIR possui natureza artificial, porque representa uma estimativa, e, como tal, não assegura uma coincidência efetiva com a realidade. Isso

²⁰⁸ Cita-se o posicionamento de Binenbojm *et al*. (2020, pp. 51-56): “o cálculo do reequilíbrio deve observar a TIR projetada porque foi essa a razão determinante para o particular decidir realizar o investimento, a qual, de outro lado, foi aceita pelo Poder Público como estimativa específica de retorno assegurada ao contratado. [...] (i) A TIR do Projeto lançada no Plano de Negócios apresentado quando da licitação reflete exatamente a rentabilidade que a Concessionária espera ter com o valor a ser investido no projeto, bem como o seu custo de oportunidade para participar do certame e manter sua posição contratual. Logo, é o único índice capaz de reequilibrar de forma integral o Contrato de Concessão. (ii) Não há taxas alternativas para a recomposição financeira do Contrato de Concessão. O cálculo do reequilíbrio deve observar, necessariamente, a TIR projetada porque foi a razão determinante para o particular decidir realizar o investimento, a qual, de outro lado, foi aceita pelo Poder Público como estimativa específica de retorno assegurada ao contratado”.

porque o cotejo entre os variados aspectos do investimento inclui a definição de uma taxa de desconto, definida de forma homogênea para todo o período de execução do contrato de longo prazo, embora os custos efetivos do empreendimento sejam naturalmente variáveis, e não fixos (JUSTEN FILHO, 2019).

A TIR relaciona-se aos elementos internos do projeto e, como tal, não assegura lucratividade absoluta. Com efeito, é natural a existência de distorção entre a TIR projetada e a TIR efetiva, o que estaria ordinariamente inserido no risco do negócio (NÓBREGA, 2019)²⁰⁹.

Como dito, o WACC é rubrica diretamente relacionada à TIR do projeto. Consiste em técnica financeira que possibilita o cálculo da rentabilidade de projetos, consolidando as expectativas dos acionistas, mas não se presta exatamente a assegurar o equilíbrio da EqEF do contrato (MOREIRA, 2010b). Observa-se que, na regulação pelo preço, avaliam-se essencialmente os custos futuros (não os custos reais da própria concessão), e se tomam como parâmetro os custos de uma empresa real ou teórica considerada marco de eficiência (REGIS, 2017).

²⁰⁹ Nóbrega (2019) corrobora o entendimento de outros especialistas na temática. Eles destacam “séria restrição associada ao cálculo da TIR”, como reflexo da “geração de inúmeras taxas quando os fluxos de caixa apresentam inúmeras mudanças de sinais, dada a limitação matemática envolvida” (BALARINE, 2003, p. 23), de modo que a sua aplicação estaria a pressupor certa linearidade da EqEF, o que não ocorre nas concessões com obras de infraestrutura. Sob o prisma matemático, enquanto a fórmula para aferir o VPL é linear (isto é, “adicionando um ou mais períodos para análise dos investimentos, isso aumenta ou diminui o resultado final do VPL sem alterar os resultados dos períodos anteriores”), para a aferição da TIR, “acrescentar outros períodos poderia levar a mudanças na direção da curva e comprometer o resultado final”. A TIR “é altamente sensível à confiabilidade das previsões sobre o inteiro fluxo de caixa do projeto” (NÓBREGA, 2019), sendo que os projetos de concessão têm, como regra, fluxos de caixa não convencionais, impedindo que o cálculo da TIR seja linear, o que dificultaria o seu uso como parâmetro de avaliação do equilíbrio do contrato. Assim, o uso da TIR como metodologia de definição da RAP máxima incrementa o risco da gestão financeira associada à concessão, porque pode não ser o método mais apropriado para avaliação de investimentos em cenários de incertezas. Além dos problemas enfrentados devido à linearidade da sua técnica em contraposição à não linearidade da equação nas concessões, o uso da TIR para eventual reequilíbrio do contrato contraria a racionalidade da regulação por incentivos. Em todo caso, o problema insere-se na avaliação de risco do concessionário.

A despeito da natureza essencialmente linear da técnica financeira propiciada pelo método da TIR (NÓBREGA, 2019), ele é, como visto, o método aplicado no segmento de transmissão para o cálculo da RAP máxima²¹⁰. Relativamente à verificação do EEF do contrato com base na TIR, a doutrina crítica ainda é incipiente (NÓBREGA, 2019). Guerra e Sampaio (2019) chamam a atenção para o fato de que a aplicação de uma TIR estática no tempo poderia resultar justamente no desequilíbrio da concessão²¹¹. De modo geral, a doutrina (GUERRA; SAMPAIO, 2019; GUERRA, 2019; GUIMARÃES, F., 2019) e a jurisprudência administrativa (TCU, 2011) apontam para uma correlação entre a TIR e o EEF dos contratos.

4.7.3 Impossibilidade de uso da TIR como metodologia de recomposição do EEF

A despeito da insistência doutrinária para uso da TIR como metodologia de reequilíbrio do contrato, observa-se que os contratos de transmissão não se utilizam da regulação pelo custo, mas da regulação por incentivos, embora a formação do preço de reserva tome como base a avaliação de custos.

É inconteste também que os agentes econômicos tomam decisões de investimento em condições de risco e incerteza. Por isso, analisam

²¹⁰ Pode fazer sentido utilizar a TIR para o cálculo da RAP teto porque ela permite (ao menos em tese) que haja a cobertura dos custos do investimento, promovendo um sinal regulatório para o mercado. A TIR é calculada com base numa avaliação regulatória de custos, segundo parâmetros de *benchmarking*.

²¹¹ Nessa linha, parcela da doutrina tem admitido a incidência de uma TIR flexível quando da revisão dos contratos de concessão. Isso equivaleria a reavaliar constantemente a rentabilidade dos investimentos com base na taxa de custo de capital ou na taxa de desconto, e não com base na própria TIR do projeto; esse seria, em tese, um indicador mais confiável quanto à sua rentabilidade (MACKEVICIUS; TOMASEVIC, 2010), porque possibilitaria “fixar taxas de reinvestimento mais realistas para os fluxos de caixa intermediários” (a ensejar “um cálculo mais correto do rendimento anual do projeto”) (MCKINSEY; CO., 2005) e, assim, poderia eventualmente ser utilizado para aferição da RAP. O problema de adotar a TIR flexível que toma por base o custo de capital, nesse caso, refere-se ao fato de que o contrato assegura uma receita fixa, mas não rentabilidade certa, atrelada ao risco do negócio (garante-se apenas a rentabilidade necessária para a manutenção do serviço adequado e para a continuidade do serviço nesses termos) e ao fato de que as RTPs já abarcam ou capturam o custo com capital de terceiros (o contrato de concessão proíbe que revisões extraordinárias utilizem os parâmetros previstos para as RTPs).

distintos horizontes quanto à variação de fluxos de caixa, cujas variáveis são aleatórias (OLIVEIRA; ESTEVES, 2020). Então, não se pode pressupor que a EqEF do contrato seja algo linear.

Por vezes, interessados em adjudicar o serviço apresentam lances enviesados pelo otimismo, contemplando a perspectiva de renegociação subsequente para que o contrato se adapte à situação mais realista. Trata-se de conduta oportunista²¹², prejudicial ao interesse público, que reduz o *value for money* dos projetos (ANKER; TUROLLA, 2015). Por outro lado, mesmo quando o investidor avalia os cenários de risco e elabora esquemas de contingência para a sua redução, adversidades supervenientes podem propiciar danos superiores àqueles projetados *ex ante* por esses agentes (OLIVEIRA; ESTEVES, 2020).

A doutrina costuma defender a necessidade de garantir que a TIR não represente um valor abaixo do originalmente contratado (GUERRA; SAMPAIO, 2019); de fato, a grande dispersão da média quanto ao retorno esperado deve ser um gatilho para a avaliação quanto à necessidade de reequilíbrio contratual, mas o direito ao reequilíbrio se verifica a partir de evidências, tendo em vista que a concessão não é estática, mas dinâmica.

Há também a possibilidade de que determinadas rubricas compensem outras. Dessa forma, é possível que obrigações e encargos atribuíveis a cada uma das partes possam se alterar sem que haja

²¹² Sabe-se que o risco moral, decorrente da assimetria de informações, é problema comum nas contratações públicas (NÓBREGA, 2014). Na ciência econômica, a ideia de risco moral ou *moral hazard* designa “a resposta comportamental de um agente econômico diante de determinada blindagem oferecida contra os efeitos de um evento futuro e incerto” (VEREZA, 2018). É, assim, um comportamento comum em contratações públicas, especialmente quando envolve a execução de obras, demandando renegociações por conta de alterações qualitativas no projeto supostamente imprevisas ou previstas, porém com alegada elevação de custos não possíveis de serem previstas (NÓBREGA, 2014). O *moral hazard* refere-se, então, à conduta da parte beneficiada por uma blindagem, que corresponderia à “expectativa indenizatória” contra “a probabilidade ou a magnitude do evento cuja ocorrência desencadeia o pagamento da compensação” (VEREZA, 2018); “se isso ocorre logo no início da execução contratual, os ganhos competitivos da licitação são mitigados. O *Moral Hazard* também ocorre em boa medida pelo acúmulo de custos de transação na fase pré-contratual que culminam com o “alívio” desses custos pela má execução” (NÓBREGA, 2014).

desequilíbrio, uma vez que mantidas as proporções de pesos e cargas inicialmente estabelecidas (GUZELLA; MOREIRA, 2016).

Portanto, a nosso ver, a TIR poderia ser utilizada como parâmetro para avaliação da admissibilidade do pleito de revisão da EqEF do contrato se constatada uma grande dispersão da TMR estimada como consequência do evento externo superveniente. Porém, o resultado dessa análise também deverá ser integrado por outros fatores, como a avaliação da matriz de riscos do contrato e a configuração do cenário de incertezas. Ademais, a situação de desequilíbrio demanda uma análise comparativa que leve em conta não apenas a realidade inicial e a realidade atual (GARCIA, 2019; JUSTEN FILHO, 2003), mas igualmente a aferição prospectiva da situação do contratado e da relação jurídica global, considerando os demais *stakeholders*.

É preciso separar bem as situações. O tratamento não pode ser o mesmo para todas elas, pois, além das questões jurídicas (a centralidade do contrato), é preciso avaliar, economicamente, o quanto o concessionário se dispersou da matriz de riscos, isto é, do resultado médio esperado pelo seu investimento e se essa dispersão não poderia ser compensada prospectivamente: somente reduções de *cash flows* não reversíveis ou não compensáveis poderiam justificar o pleito de reequilíbrio (MARTINS, 2012)²¹³ e desde que fundadas em elementos de incerteza.

Os eventos externos que motivam o reequilíbrio dos contratos pressupõem também a definição de marco temporal para que sejam abarcados pela teoria da imprevisão ou pela teoria da base objetiva do negócio, evitando-se que a parte insira no pleito de revisão o impacto do lance oportunista ou prejuízos oriundos da má gestão do seu negócio, e não propriamente do evento de grande magnitude para o contrato. O pleito deve, desse modo, passar por uma espécie de *screening test* (OLIVEIRA; ESTEVES, 2020), inclusive com a delimitação temporal da circunstância superveniente, seguido da avaliação de causalidade.

²¹³ Martins (2012) pondera: “se a redução do *cash flow* num dado ano — e a consequente baixa da TIR — puder ser compensada em anos posteriores — por exemplo, por via de um aumento do preço dos serviços — as divergências da TIR poderão ser atenuadas ou até anuladas”.

Demonstrada essa dispersão, a etapa seguinte será avaliar como e em que medida se recomporão os parâmetros do contrato, considerando a impossibilidade de que se provoque uma dispersão no lado oposto da relação e prejudique sobremaneira o usuário do serviço²¹⁴.

A doutrina administrativista muito debate sobre os efeitos da TIR para a EqEF dos contratos de concessão de serviços públicos com obras de infraestrutura associada, mas há uma contradição aparente entre a norma da LGC que espelha o método de cálculo da receita teto nos contratos de transmissão e a regra que condiciona o equilíbrio da equação à manutenção das condições do contrato, o que não pode significar a incidência de métodos de regulação pelo custo. Já se viu que manter as condições do contrato pressupõe a manutenção da sua matriz de riscos. Ela é mantida na medida em que permanecem aplicáveis os parâmetros de riscos informados no edital e não pressupõe a ideia de rentabilidade fixa.

Então, o regime regulatório-econômico do contrato é estabelecido pelo preço. Trata-se de regra que demanda a aplicação da RI, enquanto o método matemático de aferição da TIR é *cost-based*. Quero dizer, a TIR é resultado da avaliação prévia dos custos a serem efetivados para a implantação da infraestrutura, considerando as análises e estudos técnicos anteriores (os “R”s) que fundamentaram a publicação do edital (embora sem caráter vinculante). Nessa linha, reequilibrar pela TIR só seria possível num ambiente de regulação pelo custo.

Inobstante a RAP máxima tenha sido definida com base na TIR²¹⁵, ela não é parâmetro correto para aferição de desequilíbrio em contrato de

²¹⁴ Atente-se às noções de universalidade e adequação do serviço, que abrange a ideia de modicidade tarifária.

²¹⁵ Em termos simplificados, a metodologia de cálculo da RAP máxima se assemelha à avaliação do retorno de um mútuo financeiro de longo prazo. Considera-se o valor regulatório do investimento necessário para implantação das linhas, o tempo necessário para o empreendedor recuperar esse investimento e uma taxa de retorno que leva em conta o custo de oportunidade do investimento. Do ponto de vista do ofertante, o lance do leilão sempre partirá do pressuposto de que o VPL é maior que zero. O VPL zero corresponderia à indiferença entre participar ou não do leilão, porque, se há liquidez, investir no projeto teria a mesma atratividade de investir em outras opções de investimento disponíveis no mercado, inclusive investimentos de maior liquidez.

concessão. Normalmente, o pleito do investidor requer a avaliação do EEF com base na TIR real do projeto, o que não é possível. Além do problema da assimetria, a lei não autoriza que o contrato de concessão confira um cheque em branco²¹⁶ (art. 2º da LGC).

Outrossim, a metodologia financeira que utiliza a TIR como avaliação do custo de oportunidade do investimento é falível quando os projetos envolvem fluxos de caixa intermediários (MICKSEY & CO., 2005; NÓBREGA, 2019) e não lineares, sendo essa a hipótese dos contratos de concessão. Se o parâmetro de avaliação do investimento é exclusivamente a TIR do projeto, há grande probabilidade de que o investidor tenha criado expectativas irreais de retorno equivalente ao investimento programado (MICKSEY; CO., 2005).

Não haveria, para o concessionário, garantias de que os fluxos de caixa assegurem a TIR efetiva quando da oferta de lances, menos ainda de que o custo de oportunidade do investimento possa ser reavaliado considerando taxas iguais à TIR efetiva a cada período de execução do contrato²¹⁷.

Sendo o risco da gestão financeira imputado ao concessionário, não há garantia de que o resultado da análise dos fluxos de caixa intermediários será idêntico ao custo de oportunidade inicial do projeto avaliado com base numa TIR inicial. Uma vez adjudicado seu objeto, as intempéries do negócio inseridas no risco normal da atividade são de responsabilidade única e exclusiva do concessionário. Por isso, o uso da TIR ou de qualquer outro

²¹⁶ Assegurar que a TIR não represente retorno abaixo do originalmente contratado significa transformar o regime de regulação em regulação pelo custo, travando a TIR das intempéries do risco associado àquele investimento no futuro. Como a TIR real se verifica a partir de custos incorridos, ao travar a TIR, o Poder Concedente dará cobertura econômica integral àqueles custos associados. Assim, como a política tarifária estabelece a obrigatoriedade de aplicação da regulação por incentivos, a dispersão da média de retorno pode ser o parâmetro para dar início à avaliação do pleito de reequilíbrio, mas a TIR não pode ser a metodologia aplicada para a recomposição da EqEF do contrato.

²¹⁷ Observa-se que o risco dos investimentos sempre foi imputado ao concessionário (art. 2º, II, da LGC), mas, nos contratos adjudicados em leilões mais recentes (a partir de 2016), as cláusulas são mais claras. Atribuem expressamente a ônus exclusivo da transmissora o risco da gestão econômico-financeira do negócio (cf. alínea “c” da primeira subcláusula da cláusula décima sexta c/c a primeira subcláusula da cláusula sétima do CC nº 010/2020).

método financeiro para avaliação do custo de oportunidade do negócio, seja ele mais ou menos falível, é também risco do investidor.

Para definição da RAP máxima, que fundamenta a RAP “*bid*”, a ANEEL toma como base janelas curtas²¹⁸, considerando as peculiaridades desse serviço, especificamente o fato de os maiores custos (afundados) da concessão relacionarem-se ao CAPEX; nessa rubrica, está o maior risco do contrato. Com janelas curtas não se privilegia a estabilidade. Assim, as alterações conjunturais para além do estrutural do patamar – WACC – definido no edital serão mais impactantes no início do projeto²¹⁹.

Para fins de avaliação da necessidade de reequilíbrio de uma concessão, considera-se que o investidor tem como meta obter uma receita equivalente à cobertura dos custos com o projeto mais os custos com investimentos (juros). Não é necessário que o retorno do investimento seja capaz de distribuir dividendos (capital próprio); o contrato, do ponto de vista dos financiadores do projeto (capital de terceiros), necessita ter lucro operacional. Se há lucro operacional, o projeto é capaz de se manter, isto é, a continuidade do serviço estará assegurada. Na ausência de lucro operacional, o que se espera é a derrocada do projeto.

Em casos de atraso no cronograma de implantação em que se pleiteia a excludente de responsabilidade do empreendedor, a tendência é a de que o pedido de reequilíbrio ou revisão do contrato venha fundamentado na ideia de incidência de uma “TIR real”, o que não é possível deferir se a política pública desenhada pela lei é embasada na metodologia de regulação por incentivos. É precisamente a racionalidade do art. 9º, *caput*, da LGC. Então, como dito, aplicar a “TIR real” do projeto significa regular pelo custo, e essa não foi a escolha política realizada pelo legislador ordinário. Também não se pode alterar a taxa de risco (*spread*) inicialmente

²¹⁸ Trata-se de alteração efetuada na metodologia de cálculo entre os anos de 2015 e 2016, quando o BNDES deixou de ser a principal fonte de financiamento dos projetos.

²¹⁹ Ao longo nos primeiros anos, precisamente até a implantação completa do empreendimento, o concessionário realizará os maiores investimentos. O OPEX será menos significativo se comparado aos custos iniciais do projeto.

definida; ela está atrelada à matriz de risco do contrato, e o seu recálculo ocasionaria burla ao art. 10 da LGC.

Tendo em vista a racionalidade da atração dos investimentos, segundo o custo de oportunidade avaliado pelo investidor, ciente da natureza afundada dos custos de implantação, o lance somente se concretiza se, à época da decisão, as perspectivas de recuperabilidade e rentabilidade associadas ao investimento (traduzidas por uma taxa de retorno) são adequadas para os riscos incorridos. Após a realização daquele investimento inicial, o que ocorre posteriormente é, como regra, fruto dos riscos incorridos com aquele contrato. Os contratos não asseguram garantia de retorno para o investimento; seu objetivo é assegurar a continuidade da concessão em parâmetros adequados.

Portanto, a TIR é importante para o cálculo da RAP teto, e a avaliação quanto à dispersão da sua média pode ser relevante para definição de gatilhos ou da admissibilidade de eventuais pleitos de revisão tarifária extraordinária (RTE) da EqEF dos contratos. Porém, ela não poderá ser adotada como metodologia de RTE. Além da impossibilidade de se regular pelo custo, a TIR para reequilíbrio de vários fluxos de caixas adicionais não se mostra adequada porque, matematicamente, produz várias respostas possíveis, e somente uma delas fará sentido econômico (NÓBREGA, 2019).

Ademais, como se verá, os contratos vedam a aplicação da metodologia de revisão ordinária (que se refere ao WACC e, portanto, ao capital de terceiros) a revisões extraordinárias. Se os mecanismos contratuais já capturam os problemas econômico-financeiros enfrentados pelo concessionário e está estabelecido na matriz de riscos contratual determinado *lag* regulatório, em princípio, não haveria justificativa para a RTE. Repise-se, a TIR é metodologia de regulação pelo custo que se justifica para definição da RAP teto, mas foge aos parâmetros legais de regulação por incentivos que permeiam as revisões, ordinárias ou extraordinárias.

Como alternativa, os critérios metodológicos para aferição da receita em caso de necessidade de reforços poderiam ser aplicados. Em termos simplificados, reforços consistem na ampliação do escopo do serviço para

fins de assegurar a confiabilidade sistêmica, quando a concessionária recebe uma autorização da ANEEL e percebe um adicional de receita (Submódulo 9.7 PRORET). Nessas hipóteses, a ANEEL simula um cenário concorrencial considerando a estrutura de capital regulatória em termos ótimos (que é a mesma utilizada para o cálculo da RAP máxima), considerada uma taxa de desconto sem o deságio verificado empiricamente nos leilões. Nesse caso, na simulação da competição, geralmente se leva em conta um valor de reintegração do investimento, somado ao WACC regulatório (custo dos ativos), e o valor de O&M segundo critérios de *benchmarking*²²⁰.

Passa-se, agora, à análise pontual das cláusulas contratuais das concessões de transmissão que devem ser parâmetros de direito para o julgamento das arbitragens que envolvam esses serviços.

4.8 Os contratos de concessão de transmissão de energia elétrica e as especificidades que conformam sua matriz de riscos

A amostra de contratos de concessão foi utilizada para avaliação dos aspectos econômico-financeiros dos contratos de transmissão. Para tal fim, dividimos os contratos em duas modalidades: concessões prorrogadas²²¹ e concessões licitadas. Cada contrato é específico e detém peculiaridades a despeito de versarem sobre o mesmo tipo de serviço – a disponibilização da infraestrutura de rede para o transporte da energia elétrica.

Assim, as concessões licitadas também foram subdivididas em categorias conforme se percebeu que os contratos de concessão tinham sofrido alterações ou inovações entendidas como relevantes para estabelecimento dos poderes de julgamento do tribunal arbitral, limitado que está pelo critério de direito. Avaliaram-se apenas as cláusulas

²²⁰ Avalia-se o custo médio das demais transmissoras em atuação no mercado para se alcançar um parâmetro de receita viável para a exploração do serviço.

²²¹ Originaram-se a partir da prorrogação de concessões existentes criadas a partir da segregação das atividades de geração/transmissão ou distribuição/transmissão. Isso porque “a transmissão de energia elétrica era [...] uma atividade vinculada à geração ou à distribuição de energia elétrica, caracterizada por um monopólio regional verticalizado” (GIRARDI, TISI, 2016, p. 42).

regulamentares com possíveis reflexos econômicos e as cláusulas econômicas, desconsiderando-se questões como condições de participação no leilão ou de habilitação para posterior adjudicação do seu objeto.

Com base nesse critério e para as conclusões desta pesquisa, os contratos de concessão foram assim classificados: (i) contratos firmados entre 2000 e 2006; (ii) concessões adjudicadas a partir de 2008 até 2013; (iii) concessões adjudicadas a partir de 2014 até 2017²²²; (iv) leilões realizados a partir de 2017 até 2019.

Destacam-se alguns aspectos entendidos como relevantes para a conformação da matriz de riscos dos contratos de concessão de transmissão. Em termos simples, pode-se dizer que esses contratos contemplam uma receita para a concessionária composta pela remuneração dos ativos e da O&M²²³.

Desde a segregação das atividades de energia, a ANEEL passou a utilizar a metodologia de regulação por incentivos, em detrimento da regulação pelo custo²²⁴. A regulação por incentivos, por sua vez, diferentemente do método anterior, baseia-se em parâmetros de eficiência

²²² A análise detalhada dessas três primeiras categorias de contratos de concessão que compuseram a amostra está disponibilizada no Apêndice E.

²²³ Nas concessões prorrogadas, a RAP anual dessas concessionárias seria formada por três parcelas. As duas primeiras referem-se à remuneração de ativos das instalações da RB e das DITs. A terceira é a parcela de ajuste (PA). A PA é utilizada nos reajustes anuais periódicos para adicionar ou subtrair valores da receita da concessionária, se verificada, respectivamente, a ocorrência de déficit ou de excesso de arrecadação.

²²⁴ Conceitualmente, existe uma diferença entre depreciação contábil calculada pelas próprias concessionárias e depreciação regulatória dos ativos. O desempenho das concessionárias poderia ser apurado, conforme o fim a que se destinam, segundo três modelos contábeis: fiscais, societários e regulatórios. A metodologia da contabilidade regulatória é a mesma dos demais tipos, mas, nela, o órgão regulador estabelece critérios próprios para determinadas avaliações, como é o caso do tempo de depreciação de um ativo (PIOTO, 2013). A ANEEL realiza uma contabilidade regulatória, que toma como parâmetro o Manual de Contabilidade do Serviço Público de Energia Elétrica (REN nº 605/2014) e o Manual de Controle Patrimonial do Setor Elétrico, e informa como se dará a apuração dos ativos e a sua depreciação, observadas as particularidades do setor (PIOTO, 2013). Assim, o valor de depreciação regulatório é o que, de fato, compõe a BRR das concessionárias, e, portanto, é com base nesse parâmetro que se realizam as revisões tarifárias.

e, assim, não assegura às concessionárias o reconhecimento integral de seus custos (ANEEL, 2016).

A partir de 2007, os editais de leilões passaram a contemplar a PV como incentivo regulatório para manutenção da qualidade do serviço. Trata-se, como visto, de desconto na receita da concessionária em caso de indisponibilidade das instalações.

A transmissora, ao firmar o contrato, reconhece não apenas a receita, mas a RAP resultante do leilão em conjunto com as regras de reajuste e de revisão constantes do contrato adequadas para manter o EEF da concessão do serviço público²²⁵. Isso porque, desde a edição do Edital nº 4/2007, os contratos de concessão preveem cláusula de RTP após um intervalo que permita que a Agência Reguladora capture os ganhos de eficiência empresarial em favor do usuário (art. 14, IV, da LCA). Em relação aos contratos anteriores, essa é a diferença mais substancial: além de admitir a revisão dos custos de capital de terceiros, mitigando os riscos do investidor²²⁶, há expressa possibilidade de captura dos ganhos de eficiência operacional²²⁷. As RTPs acontecerão a cada ciclo de cinco anos, até o 15º ano; passados quinze anos da concessão, a RAP torna-se plana até o termo do contrato.

Verifica-se que a receita da concessionária é previamente definida para todo o período contratual²²⁸ (HUBNER *et al*, 2020), o que conferiria

²²⁵ A ANEEL tem utilizado a metodologia do WACC para definir a taxa de remuneração das novas concessões de transmissão, adotando-se a ideia de estrutura ótima de capital. Esse método é associado à metodologia do *Capital Asset Pricing Model* (CAPM) para a avaliação do custo do capital próprio e ao *benchmarking* financeiro para a aferição do custo do capital de terceiros (ANEEL, 2007c).

²²⁶ A ideia de revisar apenas a base de custos com capital de terceiros é a de reduzir riscos para o investidor. Considera-se que revisar toda a base de ativos (capital próprio e de terceiros) poderia trazer insegurança e reduzir a atratividade do segmento de transmissão.

²²⁷ São aplicadas a PBR, a *yardstick* (por *benchmark*) e a *earnings sharing* (partilha de ganhos) *regulation*.

²²⁸ Conforme esclarecido, segue aquela racionalidade de definição de estrutura ótima de capital. De Fraja e Stones (2004) apontam que essa metodologia tem a vantagem de permitir renegociações apenas nos períodos de RTP, prevenindo contra infundáveis negociações e conflitos para os casos em que se permitiria algum nível de variação de preço; por outro lado, uma política tarifária definida com base nessa máxima também

menos discricionariedade ao regulador para alterações supervenientes da receita e enseja maior complexidade para análise dos pleitos de reequilíbrio num contexto de regulação por incentivos.

Ressalte-se, ainda, que o contrato prevê expressamente que os parâmetros para revisão do custo de capital de terceiros, nele estabelecidos, não poderiam ser utilizados para eventuais pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato: “os ganhos de eficiência que majorem o lucro do contratado, assim como as perdas de gestão ou na execução que minorem o retorno estimado, não são causas, per si, de recomposição”; estarão inseridos na álea ordinária do contrato (teoria da imprevisão) ou na sua matriz de riscos própria (teoria da base objetiva). Diante da possibilidade dessa partilha, não haveria um equilíbrio real ou material, embora a pretensa equivalência entre encargos e vantagens permaneça ilesa (MARQUES NETO; LOUREIRO, 2014). Significa dizer que, mesmo quando da ocorrência de eventos extraordinários, a estrutura ótima de capital estabelecida no edital de leilão não poderá ser modificada; ademais, o intervalo entre uma e outra revisão seria suficiente para incorporar na tarifa perdas ou ganhos referentes aos custos de capital de terceiros²²⁹.

O edital também repisa a norma do art. 9º, § 3º, da LGC, condicionando a neutralidade tarifária de tributos e encargos legais à comprovação do impacto para o equilíbrio do contrato. Deriva dessa norma a ideia de que seria conflitante com a regulação pelo preço a garantia automática de

poderia ensejar perdas de bem-estar com a imposição de um preço fixo, porque isso levaria os consumidores a pagarem mais quando as situações econômicas não estão boas. A esse despeito, os autores não descartam a necessidade de que o regulador estabeleça a estrutura de capital ótima das empresas, uma vez que essa estrutura afeta o custo total do empreendimento e, como consequência, o preço final pago pelos usuários dos serviços.

²²⁹ Sobre o tema da RTP, Regis (2017, p. 42) pondera que ela consiste em forma de partilha de riscos entre Poder Concedente e concessionário “ou de alocação das ineficiências deste último em sua própria remuneração. Ao mesmo tempo, é um mecanismo de promoção de estabilização contratual, viabilizando a captura de elementos cuja variação ao longo do tempo já é conhecida de antemão. Sua previsão tem especial relevância nos contratos de concessão, dados seus prazos extensos, que, no caso de serviços de transmissão, chegam a ter 30 (trinta) anos”.

neutralidade tributária na tarifa. Por isso, é imprescindível a demonstração do impacto²³⁰.

O estabelecimento da RAP máxima foi tratado em tópico anterior. Aqui se destaca, mais uma vez, que a análise do *payback* e o uso de outros métodos de avaliação do risco do investimento (ex. VPL, TIR) para a oferta do *bid* no leilão de transmissão (GALÍPOLO; HENRIQUES, 2019) estão no âmbito próprio das decisões gerenciais da concessionária. Trata-se de uma decisão econômica e gerencial da empresa que, em princípio, não poderia ser legalmente (arts. 2º, II, e 10 da LGC) transferida ao consumidor ou ao usuário do serviço, desde que observados determinados parâmetros contratuais de risco.

O legislador ordinário optou por estabelecer um modelo de negócio, expressamente informado nos editais e nas minutas dos contratos de concessão de serviços de transmissão, todos licitados com implantação de obra de infraestrutura associada, que transfere para o empreendedor a gestão da concessão, sob sua conta e risco (art. 2º, III, da LGC). Assim, atribuiu-se responsabilidade ao empreendedor quanto ao valor da proposta de preços apresentada no leilão, à captação de recursos para gestão do seu fluxo de caixa e à obtenção de licenças ou autorizações necessárias para a construção dos empreendimentos, incluindo a licença ambiental. Todos esses aspectos deveriam necessariamente ser considerados quando da oferta da proposta de preços no leilão, sob pena de se inviabilizar a continuidade da concessão.

No segmento de transmissão, o preço teto é estabelecido com vistas a assegurar a viabilidade econômica do empreendimento e a modicidade tarifária. Nessa linha, a concessão do serviço mediante remuneração superior ao teto definido pela ANEEL seria considerada lesiva ao consumidor (TCU, 2008).

A Agência Reguladora, quando exerce suas funções para regulação de serviços públicos de energia elétrica, deve se orientar pelos princípios

²³⁰ Vale destacar que o dispositivo legal, quando comprovado o impacto, admite a revisão para mais (a favor da concessionária) ou para menos (beneficiando o consumidor).

basilares prescritos pela CF/88, no art. 170, que apresenta postulados gerais para o exercício de atividades econômicas, e no art. 175, *caput* e par. ún., que traz a disciplina das concessões de serviços públicos em geral.

No segmento de transmissão, a infraestrutura constitui uma utilidade pública, e a remuneração do concessionário está associada à exploração da atividade qualificada como serviço público, que, como visto, consiste na disponibilização das instalações, uma obrigação de fazer. A utilidade deve ser oferecida aos usuários do serviço “segundo as regras de mercado e nos limites da regulação setorial” (JUSTEN FILHO, 2003, p. 332). Nesse contexto, é salutar a observância dos prazos de execução dos cronogramas de implantação, que integram a obrigação de fazer do concessionário. A própria remuneração da transmissora poderá ser impactada pelo atraso no cronograma, seja por conta da aplicação de incentivos regulatórios sobre a qualidade do serviço (PV), seja porque o início do pagamento da receita é condicionado à entrada em operação comercial do empreendimento. São mecanismos regulatórios criados para prevenir os conflitos de agência a que estaria sujeito o Poder Concedente; assim, os contratos de concessão preveem, até certo limite, indicadores de desempenho que condicionam a remuneração da transmissora. Esses indicadores se relacionam à maior ou menor disponibilidade das instalações, e, também, à necessidade de garantias de execução do contrato (*performance bond*) (ANKER; TUROLLA, 2015).

A esse despeito, aponta-se que, no Brasil, por suas características, o serviço de transmissão de energia elétrica é uma atividade de baixo risco. Por conta das características peculiares ao segmento de transmissão, nesse mercado se tem uma percepção de risco diferenciada quando se compara com a noção de risco para o restante da economia. Como resultado da aplicação da *revenue cap regulation*, as concessionárias recebem estímulos reais para que reduzam seus custos (ANEEL, 2013).

A obrigação de fazer, que consiste na construção, implantação, operação e manutenção de determinada infraestrutura, assumida pela transmissora, é cumprida seguindo seu projeto próprio, porém condicionado às especificações técnicas contidas no edital e nos

procedimentos de rede. Ela fará a livre gestão da obra e, posteriormente, da O&M do empreendimento, com o objetivo de disponibilizar as instalações de transmissão pelo maior tempo possível. Uma vez que estejam em operação comercial, a empresa não enfrentará riscos associados à variação do mercado de consumo de energia elétrica, mas apenas o risco quanto à redução de parcela da receita por indisponibilidade (PV) (ANEEL, 2013).

Os riscos podem ser de diversas matizes, a saber: riscos inerentes à gestão do negócio, a exemplo das opções de compra de materiais de construção e da contratação de empregados para que se realizem as etapas da produção; riscos financeiros, referentes à captação de recursos no mercado para financiamento do projeto, envolvendo questões como a sazonalidade dos títulos e dos valores mobiliários; riscos econômicos, que se relacionam à variação entre aferição de lucros e prejuízos no exercício da atividade econômica; riscos ambientais, consubstanciados nas exigências legais e nas dificuldades e complexidades inerentes ao processo de licenciamento ambiental no Brasil, entre outros (AGU, 2005).

Zanchim (2012), referindo-se às PPPs em geral, classifica os riscos em públicos, econômico-financeiros, de mercado (demanda), de construção, de O&M, ambientais e de adequação tarifária. Para este trabalho, não se adotará nenhuma classificação específica sugerida pela doutrina; apontar-se-ão os fatores de risco mais relevantes para o segmento de transmissão conforme tenham sido previstos nos contratos, tendo, também, como parâmetro a amostra de litígios apresentada.

Outro risco assumido pela concessionária diz respeito à eventual necessidade de “reposição ou recuperação de todos os bens da concessão em casos de sinistros ou outros fatos extraordinários danosos”, incluindo-se “os riscos de dano a instalações, desgastes prematuros ou restrições operativas intrínsecas” (ANEEL, 2020).

No que se refere aos custos de O&M, eles também seriam, em sua maioria, fixos e previsíveis, porque dizem respeito à própria expertise do serviço prestado. O risco da demanda está alocado para o Poder Concedente, sendo suportado pelos usuários na tarifa do serviço. Não

haveria, também, grandes riscos de inadimplência (*default risk*), já que existe um número limitado de usuários da rede (ANEEL, 2013). Além disso, aplica-se um sistema de pagamento com natureza condominial, pois todos os consumidores ou usuários pagam a todos os agentes de transmissão ou de geração. Descontos na receita da concessionária são realizados apenas em razão de eventual indisponibilidade do serviço ou redução da capacidade operacional das instalações, conforme a regulação econômica da qualidade do serviço.

Existem, ainda, os riscos regulatórios, atinentes à própria natureza mutável das cláusulas regulamentares dos contratos. Referem-se às alterações legais e regulatórias supervenientes em relação à prestação do serviço público. A nosso ver, são riscos ordinários, próprios da atividade regulada, ressalvada eventual configuração de fato da Administração ou fato do príncipe²³¹.

Ademais, os contratos de concessão prescrevem que estaria sob conta e risco do concessionário: a identificação e conhecimento do objeto do contrato por meio do edital, seus anexos e os relatórios ou estudos técnicos disponibilizados pela EPE; a elaboração de projetos básicos e executivos; o gerenciamento da obra como um todo, incluindo questões geológicas e arqueológicas, a construção e a implantação do empreendimento, o cumprimento do cronograma de implantação²³², a

²³¹ Em sentido diverso, manifesta-se Regis (2017, p. 51) com ênfase para as alterações regulatórias introduzidas pela MP nº 579/2012: “Ainda com relação à alocação de riscos, cabe fazer referência ao risco regulatório, que, embora em cláusula distinta daquela que trata especificamente dos riscos da transmissora, é expressamente previsto nos contratos, que estipulam que aplicam-se ao contrato as normas legais relativas ao serviço público de transmissão vigentes e as que vierem a ser editadas pelo Poder Concedente e pela ANEEL. O risco regulatório, não tendo sido destacado em cláusula específica como um risco ordinário de negócio atribuível ao empreendedor, não deve ser automaticamente percebido como tal. Na prática, entretanto, modificações na regulação, muitas vezes mais gravosas para as transmissoras, vêm sendo aplicadas imediatamente. Ademais, muitas vezes as mudanças introduzidas através de leis têm forte conteúdo político, tendendo ao benefício da cadeia de usuários em detrimento das transmissoras”.

²³² Observa-se que, ao longo dos anos, o prazo de implantação dos empreendimentos foi sendo ampliado. O Leilão nº 04/2007, por exemplo, trazia contratos com prazo de

implantação de reforços e melhorias com receita autorizada pela ANEEL, a contratação de bens e serviços para a execução das obras e para posterior exploração do serviço; a gestão econômico-financeira dos seus negócios, inclusive captação de recursos para alavancagem financeira; a obrigação de que o projeto tenha conformidade com os procedimentos de rede; o compartilhamento da infraestrutura, a operação e manutenção das instalações durante a exploração do serviço; o ônus de sofrer descontos na receita em caso de indisponibilidade das instalações; a implementação de reforços e melhorias nas instalações (com receita autorizada pela ANEEL); a solução de questões fundiárias, a limpeza do terreno e a obtenção de servidões de passagem (REN nº 740/2016); a obtenção do licenciamento ambiental, observados os prazos previstos na legislação²³³; greves realizadas por funcionários contratados pela concessionária de transmissão ou por subcontratados e prestadores de serviços da concessionária; danos provocados por falhas quanto à segurança no local de trabalho; eventuais negociações para a transferência de ativos para terceiros, no caso, por exemplo, de seccionamento de linhas existentes.

Além disso, ressalvados os casos expressos em lei, a ANEEL não reconhecerá reivindicações referentes à inadequação ou imprecisão de estudos e projetos disponibilizados; desconhecimento das condições locais que influenciam direta ou indiretamente os prazos para entrega de materiais, mão de obra e equipamentos; condições climáticas, chuvas, geologia, geotecnia, topografia, estradas de acesso, infraestrutura regional, meios de comunicação, condições sanitárias e poluição ambiental²³⁴.

Até este ponto, foram feitas considerações sobre as características econômico-financeiras das concessões considerando-se as três primeiras categorias de contratos licitados. Doravante, serão mencionadas as inovações no que se refere à EqEF do contrato. De fato, a partir do Leilão nº

implantação de 21 meses; já o edital do Leilão nº 02/2019 trabalhou com a necessidade sistêmica de 36 meses.

²³³ A preocupação com a avaliação dos prazos surgiu com as alterações legislativas ocorridas nos anos de 2015 e 2016, que passaram a admitir a possibilidade de que o atraso no licenciamento fosse considerado um evento extraordinário para fins de avaliação quanto à necessidade de reequilíbrio

²³⁴ Há referência expressa nos editais a esse respeito.

02/2017, introduziram-se importantes alterações na regulação da matriz de riscos dos contratos. No próximo tópico, apresentar-se-ão algumas questões gerais, mas específicas da alocação de riscos nesses contratos, destacando-se as inovações introduzidas a partir de 2017. Passa-se, portanto, à análise de temas específicos que também conformam a matriz de riscos desses contratos.

4.8.1 A exigência de apresentação de garantia de fiel cumprimento

A alta barreira à entrada de novos *players* na área de concessão e a ideia de estabilidade do contrato, característico da situação monopolista que deriva desse fato, induzem a criação de meios coercitivos que inibam, na medida do possível, atitudes oportunistas do particular, cuja tendência é buscar maximizar seu lucro; dessa forma, as garantias de proposta (*bid bond*) e as garantias de execução do contrato (*Performance Bond Enforcement*) buscam prevenir que os contratos sejam firmados com aventureiros e que o Poder Concedente se sujeite à maldição do vencedor (*winner's curse*) no leilão, na medida em que esse tipo de *player* tende a adquirir má reputação perante o mercado e a apresentar dificuldades para obter as referidas garantias. São, portanto, mecanismos que atuam como incentivos *ex ante* o projeto da concessão. Do ponto de vista do concessionário, a exigência de garantias envolve custos financeiros que, certamente, serão precificados e embutidos na proposta de preço (ANKER; TUROLLA, 2015).

Assim, os contratos de concessão de transmissão preveem o oferecimento de garantias com características de *performance bond enforcement* (ANEEL, 2019e; 2019f) (obrigações de desempenho para conclusão da implantação das instalações de transmissão) com vistas a reduzir as consequências sistêmicas quanto à confiabilidade e à adequabilidade do suprimento em caso de descumprimento do cronograma de construção. Trata-se da exigência de apresentação da garantia de fiel cumprimento em percentual sobre o valor do investimento.

O Leilão nº 04/2007 (cláusula 9.11) passou a contemplar a possibilidade de dedução do valor de multas administrativas, aplicadas no exercício do poder de polícia quando verificado o atraso não justificado no cumprimento de marcos intermediários da construção ou na entrada em operação comercial das instalações, da garantia de fiel cumprimento (ANEEL, 2007a). Em 2017, a redação dos editais foi aprimorada nesse ponto. O atraso na execução da obra ou o descumprimento das condições contratuais, no entendimento do regulador, poderiam ensejar a execução da garantia de fiel cumprimento independentemente de aplicação de penalidades contratuais e sem necessidade de quantificação prévia do prejuízo, pois este seria decorrência lógica da indisponibilidade sistêmica das instalações.

Nessa linha, a ANEEL se posiciona no sentido de que o não cumprimento dos contratos provocaria prejuízo automático ao sistema, embora de difícil quantificação; no entender da Agência, não se haveria que aguardar a superveniência de evento mais grave para o sistema para só então se proceder à execução da garantia²³⁵ (ANEEL, 2019e). A questão não é pacífica. Transmissoras e seguradoras levam, com frequência, a discussão ao Judiciário, alegando ser necessária a prévia aplicação de penalidade ou a

²³⁵ “14. O não cumprimento das obrigações previstas pelo Edital/Contrato de Concessão (tais como: declaração de caducidade da concessão, intempestividade na entrada em operação comercial e/ou na renovação da garantia) provoca prejuízo automático e de difícil quantificação, pois qualquer critério metodológico de mensuração poderá ser objeto de contestação administrativa e/ou judicial. 15. Por exemplo, o atraso na disponibilização de determinado escoamento de energia oriundo de usinas de geração (que visa aumentar a confiabilidade e a segurança no atendimento de determinada região) implica, inexoravelmente, em danos concretos de *per si* à operação do Sistema Interligado Nacional – SIN, tendo em vista a interdependência de diversos empreendimentos que fazem parte de tal sistema. 16. De fato, a quantificação do prejuízo não seria razoável, pois seria necessário aguardar a ocorrência de algum evento sério no sistema, como por exemplo, uma sobrecarga naquela interligação, numa linha ou transformador, uma restrição operativa séria, e até mesmo um desligamento intempestivo com impacto no sistema como um todo (ou seja, algo extremamente temerário), para finalmente avaliar a existência/impacto de prejuízo ao sistema. Na realidade, o prejuízo já ocorre de *per si*, ou seja, pela simples ausência dos ganhos de confiabilidade e segurança esperados com a entrada em operação do empreendimento no sistema” (ANEEL, 2019e).

prévia quantificação do prejuízo²³⁶, sob pena de transmudar a exigência de garantia em cláusula penal.

Defendem, ainda, considerando que o seguro garantia oferecido no leilão não constitui título executivo extrajudicial (arts. 784 e 803, I, do CPC), que a Administração deveria indicar o montante de perdas e danos sofrido (*an e quantum debeat*) em processo administrativo com observância do devido processo legal, ressalvada a hipótese de a quantia líquida e certa já ter constado da garantia (STJ, 2003). Mesmo neste último caso, a execução da garantia dependeria da existência do prejuízo. A esse despeito, no entendimento da Agência Reguladora, o não cumprimento das obrigações contratuais no prazo previsto frustraria as expectativas da Administração, produzindo externalidades negativas para toda a comunidade de usuários dos serviços contratados, de onde já se extrairia o efetivo prejuízo.

Do ponto de vista econômico, condicionar a execução da garantia à prévia quantificação do prejuízo numa indústria que funciona em rede desnatura a lógica da *performance bond enforcement*. Porém, do ponto de vista jurídico, a questão é controversa, e existem precedentes em ambos os sentidos. Para os casos de inexecução total do contrato, o Judiciário, no entanto, vem se pronunciado no sentido de que não seria necessária a quantificação do prejuízo (ANEEL, 2013)²³⁷. Conflitos com esse objeto compuseram a amostra.

²³⁶ Cf. decisão proferida no pedido de concessão de efeito suspensivo à Apelação nº 018063-27.2019.4.01.0000.

²³⁷ Decisões recentes têm sido favoráveis ao entendimento da ANEEL. A título ilustrativo, cite-se trecho da sentença proferida nos autos da Ação Ordinária nº 58960-46.2012.4.01.3400: "Como se vê, não se trata de mero atraso a justificar a quantificação dos prejuízos. As Autoras simplesmente não executaram o empreendimento, e, nenhuma responsabilidade pode ser atribuída à ANEEL pela inexecução mencionada, mas apenas às Autoras, tal como definido nesse feito. Com isso, cai por terra toda a argumentação de que os prejuízos precisam ser apurados, diante da inexecução total do(s) contrato(s). Dito isso se tem que, não há qualquer ilegalidade na execução da(s) garantia(s) na forma pretendida pela ANEEL, a teor do contido no item 10.6.4.5.3 do Edital de Leilão nº 003/2008 (f.216)." Cf., também, as decisões nos MS nºs 1001008-48.2019.4.01.3400 (sentença); 1056056-55.2020.4.01.3400 (e AI nº 1039719-06.2020.4.01.0000-liminar indeferida) e 1007755.14.2019.4.01.3400 (AI nº 1030339-56.2020.4.01.0000) (liminares indeferidas). Neste

Em muitos casos, todavia, a ANEEL enfrenta dificuldades para efetivar as execuções das garantias de fiel cumprimento na hipótese de inadimplência parcial ou total do contrato. Na tentativa de assegurar maior efetividade à política de *performance bond enforcement*, cujo objetivo final, na verdade, seria prevenir a inadimplência contratual, a questão passou a ser mais bem endereçada no Leilão nº 02/2019. Houve uma mudança de paradigmas no tocante à execução de garantia de fiel cumprimento. Foram inseridas cláusulas que dispõem, de forma expressa, sobre a possibilidade de aplicação de multa contratual, com fundamento na LGL, pelo descumprimento dos termos e prazos estabelecidos no contrato, seguida da execução da garantia de fiel cumprimento caso persista o inadimplemento, pela transmissora, da multa aplicada (ANEEL, 2019f).

4.8.2 A remuneração do capital

Convém observar que a estrutura de capital é dividida entre um ativo (capital próprio) e um passivo (capital de terceiros) da empresa. À medida que a dívida vai sendo amortizada, o patrimônio líquido da concessionária aumentaria, refletindo no fluxo de caixa da empresa e no seu balanço patrimonial (ANEEL, 2013). Portanto, o tratamento conferido para definir a estrutura de capital, que reflete no cálculo da RAP máxima, é elemento inserido na matriz de riscos do contrato de concessão, na medida em que essa estrutura não poderá ser modificada ao longo da execução contratual, de modo que o ofertante deve considerá-la na formação do preço.

De fato, os itens que refletem de maneira mais significativa no sucesso do procedimento do leilão e do empreendimento referem-se aos elementos econômicos²³⁸ para o estabelecimento da RAP máxima, que se relacionam à estrutura de capital do projeto (TCU, 2016).

último: “a garantia de fiel cumprimento se pauta na necessidade de o Poder Concedente receber a contrapartida das empresas concessionárias, já que eventuais inadimplementos, como o concretizado, poderiam gerar instabilidade no setor elétrico, repercutindo na política pública de fornecimento de energia elétrica e na credibilidade de seus agentes”.

²³⁸ Ex. variáveis econômicas (TIR, Beta (β) misto e custo de capital de terceiros) e a precificação dos investimentos.

Buscando privilegiar o postulado da modicidade tarifária e a regra do art. 9º da LGC, bem como afastar os problemas de agência, o regulador fixa o preço máximo para a exploração do serviço tomando como base uma estrutura de capital ótima²³⁹.

No segmento de transmissão, a avaliação do custo de capital fundamenta-se em metodologias que verificam dados do passado (*backward looking*), o que seria compatível com a RTP de ativos existentes, implantados com recursos obtidos no passado. Apontam-se críticas a essa metodologia para defender que o custo de capital deveria ser estimado a partir de métodos que o refletissem prospectivamente²⁴⁰ (IAB, 2015). De toda forma, esse é um fator conhecido do investidor ao ofertar seu lance no leilão, que deverá tentar precificar esse tipo de risco.

Para formação da estrutura de capital ótima, a análise do balanço patrimonial da concessionária nem sempre reflete as condições reais de financiamento; a ANEEL leva em conta a diversidade de situações existentes no mercado de transmissão: se a concessionária é existente, de capital público, ou licitada, de capital privado (como regra); a diversificação das instalações (rede básica e DITs) e o percentual de ativos referentes a cada tipo de instalação que concessionária detém; o período em que os investimentos foram concentrados. Por isso, a amostra que permitirá a

²³⁹ Há uma tendência de que a concessionária use a sua estrutura de capital para influenciar a definição do preço teto pelo regulador, na tentativa de se beneficiar de uma alta relação entre dívida e capital – um maior uso do capital de terceiros para alavancagem financeira. Quando reguladores aceitam essa prática, acabam por estabelecer preços mais altos para as tarifas com o objetivo de prevenir a concessionária contra efeitos financeiros adversos (DE FRAJA; STONES, 2004). Essa lógica, no entanto, não encontraria guarida no ordenamento jurídico brasileiro, em que um dos postulados da prestação adequada do serviço é a modicidade tarifária. A repartição ótima entre capital próprio e capital de terceiros também é oportuna para afastar problemas de agência a que o Poder Concedente e financiadores do projeto se sujeitariam em caso de adjudicatários do serviço aventureiros; considerando que o capital próprio é mais custoso para o financiador do projeto, o estabelecimento de um parâmetro regulatório quanto ao nível prudente de utilização de capital próprio eleva o interesse do concessionário para o sucesso do negócio e sua consequente operação em longo prazo (ANKER, TUROLLA, 2015).

²⁴⁰ Taleb (2015) também sugere que esse processo é mais complexo do que o *forward looking*.

aplicação do método de *benchmarking* pode não conter as distorções apontadas (ANEEL, 2013).

Até 2015, a ANEEL aplicava a média aritmética dos valores relativos à alavancagem (capital de terceiros) das transmissoras licitadas anteriormente. Posteriormente, a ANEEL passou a considerar o custo do financiamento perante o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), uma vez que essa era a fonte majoritária de alavancagem financeira de longo prazo disponível no segmento. Em 2016, a metodologia de cálculo da RAP sofreu alterações, consubstanciadas na REN nº 749. A estrutura de capital foi revista para que pudesse contemplar uma fração maior de financiamentos a taxas de mercado, mais elevadas do que as praticadas pelo BNDES²⁴¹. Então, realizou-se um ajuste na metodologia de revisão da RAP, pela substituição do componente de dívida atrelado à TJLP por taxas de mercado. Em 2017 (Leilão nº 02), o custo da dívida passou a incluir debêntures de empresas do SEB (ANEEL, 2017).

Como dito, a avaliação do custo de capital utiliza a metodologia WACC associada ao método CAPM para o cálculo do capital próprio. Parte-se do princípio de que o capital compreenderia uma variação de investimentos com variação de retornos. A diversificação seria a forma de reduzir ou eliminar risco do investimento, e, por isso, a medida do risco refletiria a variância de retornos. Esses investimentos seriam ativos negociados no mercado e estariam abrangidos pelo grupo de “risco não sistemático”, “específico” ou “diversificável”. Porém, uma parcela do investimento não seria diversificável e estaria compreendida no denominado “risco sistemático”. Esta última seria recompensada pela diversificação de retornos dos demais ativos (ANEEL, 2013). No Leilão nº 02/2017, o cálculo do WACC para capital próprio (estimativa de investimento) passou a contemplar a composição de Notas do Tesouro Nacional da série B (NTNBs) mais prêmio de risco do negócio (ANEEL, 2017), com vistas a possibilitar uma precificação realista do custo de capital. Esse fato ensejou alterações na composição do capital de terceiros. Passou-se a considerar o

²⁴¹ O BNDES reduziu a sua participação máxima em financiamentos de empreendimentos elétricos de 70% para 50% do capital requerido.

custo de captação de recursos no mercado de capitais e, para o período de construção, o uso majoritário de capital próprio (ANEEL, 2016b).

Tanto o cálculo do custo de capital próprio quanto a aferição do custo de capital de terceiros envolvem uma componente *beta* que reflete os riscos do negócio (capital próprio) e os riscos financeiros (capital de terceiros necessário para a alavancagem financeira). Há, assim, uma medida de risco inserida na fórmula de cálculo da remuneração do capital. A componente *beta* refletiria a volatilidade do retorno dos investimentos em comparação ao comportamento do mercado acionário²⁴² (ANEEL, 2013).

Para definição da componente *beta*, a ANEEL adotava, até 2016, a abordagem que privilegiava a estabilidade da TJLP (em detrimento da abordagem que consideraria a atualidade da taxa) (TCU, 2016), nos últimos cinco anos. O uso dessa abordagem objetivava prevenir que o custo de capital fosse “fortemente impactado por um momento atípico”; era “um objetivo da ANEEL fazer com que as metodologias” produzissem “resultados estáveis” não sujeitos a alterações “por pequenas variações na conjuntura da economia” (ANEEL, 2013).

Guimarães F. (2014; 2017) ressalva que adotar a TIR ou outra taxa de rentabilidade como fator de reequilíbrio do contrato de concessão produziria contradições conflitantes com a matriz de riscos²⁴³. Sustenta, assim, que garantir o EEF por meio da TIR estável retira incentivos para que o concessionário reduza custos e gere ganhos de produtividade e eficiência. De fato, pela racionalidade da regulação por incentivos, não há sentido na demanda por tutela do EEF da concessão por variações na TIR ao longo da vida do projeto, porque a TIR verificada em determinado momento histórico do contrato pode ser distinta da TIR performada efetivamente ao longo de

²⁴² A partir dessa metodologia, a estimativa de retorno de determinado ativo refletirá “a soma de uma taxa livre de risco e um retorno associado a um risco não diversificável, o que faz com que o retorno esperado varie linearmente com relação ao beta do ativo” (ANEEL, 2013).

²⁴³ Guimarães (2014; 2017) fala em “antinomia contratual”; “se a TIR for utilizada como fator de recomposição do equilíbrio contratual”, as perdas financeiras, em virtude, por exemplo, do decréscimo da demanda (ou por incremento de custos), seriam “neutralizadas”, a ensejar que o fator de risco, antes transferido ao concessionário, transforme-se em ônus da Administração Pública.

toda a concessão²⁴⁴. Como dito, o imbróglio diz respeito à ausência de linearidade da EqEF da concessão e à impossibilidade de uso da TIR para reequilibrar as concessões submetidas à política de incentivos.

Na transmissão, ao contrário da distribuição, a regulação é mais voltada para o que foi disposto no contrato. Pode-se dizer que, na distribuição, privilegia-se a regulação discricionária nas RTPs, enquanto, na transmissão, elas são mais fortemente reguladas pelo contrato, ou seja, como regra, as variáveis econômicas não são rediscutidas a cada ciclo (5, 10 ou 15 anos); como se verifica dos anexos aos contratos (comumente o anexo V ou VI), a cada leilão são definidos índices ou alíquotas fixas para as rubricas que remuneram a base de capital. Como consequência, os pleitos extraordinários de recomposição do reequilíbrio, quando deferidos pela ANEEL, atualizam a BRR ou permitem a recomposição do prazo contratual (art. 19 da Lei nº 13.360/2016), conforme a análise do caso, mas segundo os parâmetros expressos no contrato.

Convém observar que a regra editalícia é uma via de mão dupla: se não beneficia o concessionário naquilo que é considerado risco ordinário do negócio, também mantém mais estável a sua remuneração mesmo quando o cenário econômico não o beneficia. Não haveria, em qualquer caso, ajustes a favor do usuário. Quanto ao capital de terceiros, há uma metodologia própria que admite o cálculo dinâmico do WACC regulatório para licitações

²⁴⁴ Justen Filho (2019) pondera que a evolução concreta do empreendimento produz variações que impactam a TIR a todo momento na execução do contrato, mas, como visto, esse entendimento (estabilidade ou flexibilidade da TIR) não é uníssono. Para Guerra e Sampaio (2019), a TIR é, na prática, sempre flexível, e ela não poderia estar abaixo do retorno esperado em nenhum dos ciclos tarifários da concessão. A flexibilidade da TIR teria como fundamento a necessidade de manutenção das condições da proposta, nos termos do art. 10 da LGC (GUERRA; SAMPAIO, 2019), e poderia ser aplicada com fundamento no princípio da proporcionalidade (SCHWIND, 2013). Essa lógica, se aceita, submeteria a regulação por contrato a critérios mais rígidos e destoaria da natureza essencialmente mutável das concessões. A nosso ver, no entanto, pode fazer sentido usar a TIR para definição da RAP máxima, mas não se pode dizer o mesmo para a avaliação de pleitos de reequilíbrio quando a política tarifária é a que estabelece a regulação pelo preço. Observa-se que as concessões de transmissão não preveem a necessidade de apresentação de um plano de negócios. A realização do projeto está inteiramente alocada como risco do concessionário. Esse é mais um motivo para não se aplicar a TIR como metodologia de reequilíbrio desses contratos.

(não se trataria de um número específico, mas de um método); haveria o recálculo do WACC nas RTPs, mas esse recálculo somente surte efeitos no bloco referente ao capital de terceiros.

Nessa ordem de considerações, se tais parâmetros não forem suficientes para a continuidade do serviço, ou seja, se o concessionário não conseguir manter os parâmetros de qualificação financeira necessários para manter o contrato, restará à Administração Pública declarar a caducidade da concessão, conforme previsto nos editais, nos contratos e no art. 38, § 1º, IV, da LGC (SCHWIND, 2013).

Assim, a partir da recomendação do TCU (2016) para modelar o custo de capital de terceiros com base no cálculo do risco país, a ANEEL passou a adotar janelas curtas, optando pelo critério da atualidade da TIR em detrimento do critério da estabilidade. Com efeito, a Agência passou a adotar o valor vigente para a TJLP. Além disso, a ANEEL leva em consideração o fato de que, para o investidor, importa o valor da taxa de retorno líquida, isto é, já deduzidos os juros e tributos. Nessa linha, a opção regulatória é a de calcular “a taxa de retorno após os impostos” e, então, adicionar “a esta taxa um percentual correspondente ao pagamento dos tributos sobre a renda”, que seriam o IRPJ e a CSLL (ANEEL, 2013). São diferenças relevantes na modelagem econômico-financeira das concessões de transmissão que devem refletir no julgamento de eventuais conflitos a esse respeito.

Considerando o maior grau de risco do negócio durante o prazo de implantação da infraestrutura, a ANEEL alterou a componente *beta* utilizada no CAPM para aferir o custo de capital próprio para essa etapa do projeto tomando como base um indicador de risco maior, “passando-se a utilizar o *beta* médio desalavancado das empresas de capital aberto no ramo de construção pesada nos Estados Unidos”. Ao longo da construção, leva-se em consideração o uso de 100% de capital próprio (ANEEL, 2017). Com a entrada em operação comercial das instalações, volta-se a aplicar a metodologia anterior (IAB, 2015).

Em 2017, no Leilão nº 02, foram alterados os percentuais de componentes da fórmula aplicada à RTP. A TRM e o prêmio de risco *Spread S2* cujos valores eram iguais a zero passaram a ter um percentual superior estabelecido no edital, e a constante α passou a ser igual a 1 (um); essa modificação ensejou um aumento na remuneração do capital, o que permitiu reduzir a estimativa de riscos do negócio.

No Leilão nº 02/2019, passou-se a prever que a amortização ou a depreciação dos ativos e do investimento vinculados à exploração do serviço (parcelas RBL e RPEC) deve ocorrer durante o período de concessão, sem direito a indenizações para os investimentos abrangidos pela RAP teto ao término do contrato (décima terceira subcláusula da cláusula sétima).

4.8.3 As garantias para financiadores e investidores

Como regra, para explorar a atividade, os investidores criam uma SPE²⁴⁵. Desde as primeiras concessões licitadas, os editais de transmissão admitem como garantia de contratos de financiamento os direitos emergentes da concessão, desde que não haja comprometimento da operacionalização e da continuidade da prestação do serviço (primeira subcláusula da cláusula quinta do CC nº 096/2000, citado na amostra). Trata-se de aplicação expressa, nos editais, da norma contida no art. 28 da LGC.

A Lei nº 11.196/2005, resultado da conversão da “MP do Bem”, com a inclusão dos §§2º, 3º e 4º no art. 27²⁴⁶ da LGC, já havia incorporado, para as concessões comuns, instituto antes previsto no ordenamento jurídico

²⁴⁵ A SPE é “sociedade instrumental, criada exclusivamente para o atendimento de determinado escopo, que no caso de uma concessão de serviço seria a exploração desta concessão” (PINHO, 2017).

²⁴⁶ O art. 27 da LGC apresenta duas possibilidades: a transferência da concessão e a transferência do controle acionário. A transferência do controle societário distingue-se da cessão da outorga, pois, no primeiro caso, a sociedade que firmou o contrato com a AP continua sendo a mesma após a alteração societária: “a mudança do controle gera efeitos na intimidade do concessionário” ou “nas relações entre as pessoas dos sócios, e não na personalidade jurídica da sociedade” (AGU, 2009b). Haverá apenas alteração no poder de administração e comando da concessionária com a transferência do capital social a novos acionistas. O instituto permitiria, então, a transferência da senhoria da atividade (AGU, 2009b) realizada para os próprios investidores, sem que se altere o seu objeto social, elemento que é estabilizado no tempo com a adjudicação do contrato (PINHO, 2017).

brasileiro apenas pela Lei nº 11.079/2004 (art. 5º, §2º, I), e, portanto, até então, desconhecido pelo Direito Administrativo pátrio: o *step-in right* ou o direito de assunção de controle pelo financiador²⁴⁷ (RIBEIRO, 2011). O art. 27 da LGC, no entanto, condiciona a transferência da concessão ou do controle societário à anuência do Poder Concedente.

Observa-se que, antes mesmo da alteração legislativa, os editais permitiam o ingresso do *step-in rights* dos financiadores das instalações de transmissão com o objetivo de reduzir os riscos do investimento e, como consequência, diminuir taxas de juros e de garantias. Logicamente, essa redução de custos esmeraria o valor do lance no leilão. Porém, os negócios jurídicos que ofereciam os direitos emergentes da concessão em garantia poderiam ter sua eficácia reduzida ao indiretamente implicar a Administração. A ausência de base legal expressa incrementava o risco de que a transferência não fosse autorizada.

Ademais, o inciso I do parágrafo único (renumerado para inciso I do §1º pela alteração legislativa) condicionava a referida anuência ao atendimento das “exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço”, o que, segundo Ribeiro (2011), comprometia “a possibilidade dessa transferência de controle a instituições financeiras, por conta de exigência de qualificação técnica, nos moldes da havida na licitação para o projeto”. A posição do autor contradizia a antiga jurisprudência do TCU; porém, mesmo a Corte de Contas passou a admitir a reorganização societária com a manutenção do contrato licitado ainda que ausente tal previsão no edital²⁴⁸ (TCU, 2006).

²⁴⁷ Sobre as concessões de infraestrutura em geral, Ribeiro (2011) esclarece que, mesmo antes da alteração legislativa que trouxe expressamente o *step-in-rights*, ordinariamente se fazia “constar dos contratos de financiamento, de concessões ou outros, o direito dos financiadores assumirem o controle da concessionária em caso de inadimplemento do contrato de financiamento, ou descumprimento grave de qualquer das suas cláusulas, especialmente aquelas que impõe limites relativos à condução da vida financeira da concessionária, o que se chama, na linguagem do mercado financeiro, *financial covenants*”.

²⁴⁸ Ribeiro (2011) faz uma distinção entre as transferências ordinárias de controle (art. 27, *caput* e §1º, da LGC), aquelas efetuadas por questões estratégicas e de gestão da empresa,

A regulação (REN n° 532/2013) também disciplinou o tema ressaltando a necessidade de anuência prévia nas hipóteses em que a execução das garantias implicasse a transferência do controle societário da SPE. Com efeito, a ANEEL também passou a admitir, na regulação discricionária, que a aplicação da regra do art. 28 poderia resultar no *step-in*²⁴⁹ do investidor.

Em 2015, a Lei n° 13.097 incluiu o art. 27-A na LGC, permitindo ao investidor assumir o controle e a propriedade resolúvel das ações (§3°) ou a administração temporária da concessão (§4°), mesmo inexistindo vínculo societário direto. Apesar das previsões genéricas nos editais, a ANEEL regulou a questão, em 2012, pela REN n° 484 (art. 9°) e, posteriormente, pela REN n° 766/2017, que revogou a REN n° 532/2013.

Os editais de transmissão referem-se, expressamente, à regra do art. 28, condicionando-a a anuência prévia, mas a transferência de controle acionário tem sido admitida sem maiores dificuldades quando no interesse da manutenção do serviço.

As alterações legislativas, ao preverem expressamente esse tipo de acordo entre investidores e controladores das SPEs, aumentou a segurança jurídica para as avenças, em especial para financiamentos realizados na

dependentes da anuência do Poder Concedente, das transferências de controle acionário para os investidores, quando haveria efetivo risco para a manutenção do serviço. Neste último caso, a troca de controle acionário ocorre “para os financiadores do próprio projeto, que são aqueles que, ao lado dos usuários e da Administração Pública mais perderiam com eventual quebra da continuidade do serviço”, por meio da extinção do contrato, hipótese em que, segundo o autor, aplicar-se-ia um regime jurídico especial e menos rigoroso. No entanto, ainda nesses casos, entende-se necessária a avaliação prévia do Poder Concedente, tendo em vista que as atividades concedidas são reservadas à União, que sempre pode optar pela delegação ou pela assunção direta do serviço (ao menos até que seja realizada nova licitação), conforme melhor aprouver para o interesse público.

²⁴⁹ O *step-in right* costuma ser, na verdade, uma exigência dos próprios investidores nos casos de projetos de infraestrutura *greenfield*, nos quais o concessionário assume o risco da alavancagem financeira. Assim, para concessão dos créditos de financiamento, investidores exigem as *substitution clauses* para que possam assumir o controle acionário da empreitada no caso de inadimplência do contrato de mútuo financeiro (SHAN et al., 2010).

modalidade de *project finance*²⁵⁰, cujas expectativas “de receita do projeto constituem o lastro principal do investimento” (RIBEIRO, 2011)²⁵¹.

Observa-se, no entanto, que o direito estabelecido por lei cria uma potestade para o financiador, oferecendo-lhe a eventual assunção do controle acionário como garantia, ao tempo que incrementa os meios de “assegurar a continuidade da concessão e o recebimento de seu crédito”. Por outro lado, não retira o direito de a Administração intervir no serviço concedido ou retomá-lo, por caducidade ou encampação (RIBEIRO, 2011). Essa é também possibilidade assegurada pela lei (art. 29, III e IV, arts. 32 a 34 e arts. 35 a 39 da LGC). De fato, a alteração do controle societário demanda a avaliação da adequação aos requisitos legais e de mérito relacionada ao interesse público em manter o contrato de concessão e a implantação do empreendimento (AGU, 2020c).

4.8.4 Os riscos de construção

Os riscos de construção têm relação direta com o projeto da infraestrutura a ser implantado, sendo, também, afetados por questões políticas e macroeconômicas. A alocação dos riscos de construção relaciona-se à responsabilidade atribuída a cada parte a respeito da arquitetura do projeto (ZANCHIM, 2012).

Os editais prescrevem que o concessionário tem ampla liberdade para gerenciar seu negócio (cf. *caput* da cláusula terceira, décima subcláusula da cláusula quarta e inciso I da cláusula quinta do CC nº 001/2008), devendo assumir os riscos relacionados à construção, à implantação, à operação e à manutenção da infraestrutura. Trata-se de um

²⁵⁰ O *Project Finance* é uma “arrojada técnica de financiamento de projetos que exijam elevado aporte de capitais”, como os são os serviços licitados mediante implantação prévia de vultosos ativos imobilizados. É uma lógica que se contrapõe à ideia de *corporate finance*, isto é, autofinanciamento das empresas, que enseja a “despersonalização da relação contratual”. Ocorre uma união contratual entre parceiros de negócios, em que o que importa é o financiamento do projeto, “não o patrimônio nele imobilizado ou as pessoas nele envolvidas” (MOREIRA, 2010a).

²⁵¹ Nesse cenário, o direito em questão funciona como garantia dos financiadores contra o risco de ineficiência ou deficiência da gestão da SPE. Seu exercício se dá, em regra, após configuração da inadimplência da SPE, com o objetivo de evitar a sua falência ou a rescisão do contrato com a AP por inadimplemento (RIBEIRO, 2011)

contrato a preço limite, como visto, no âmbito do qual o risco de sobrecusto na construção estaria inteiramente alocado ao parceiro privado (ZANCHIM, 2012). A ideia segue a lógica do art. 2º, III, da LGC, que prescreve que a atividade deverá ser explorada “por conta e risco” do concessionário.

Justen Filho (2003, p. 333) é crítico quanto à imprecisão da terminologia “por conta e risco”. Segundo o autor, o preceito não poderia induzir a ideia de que o concessionário deva assumir “ampla e ilimitada gestão do serviço, prestando-o como se dele fosse titular”. Isso porque não se estaria a tratar de uma atividade econômica privada em sentido estrito, mas de uma atividade reservada ao Estado exercida em regime de delegação. Nesse sentido, o empresário exerceria uma autonomia relativa, uma vez que “a concepção fundamental do empreendimento é desenvolvida pelo Estado”. Segundo Zanchim (2012), o risco de construção é algo amplo, com variáveis que dificultariam a sua descrição precisa. Poderia, também, configurar o risco de crédito, já que se relacionaria à “expectativa de perda financeira relacionada à obra”²⁵². O risco de construção envolveria, ainda, complicadores técnicos, sendo, também, “bastante sensível aos riscos públicos e econômico-financeiros”.

De fato, é possível que “a ocorrência de eventos imprevisíveis que inviabilizem a conclusão das obras no prazo previsto” comprometa “a viabilidade da concessão”, uma vez que o atraso tende a ensejar a “elevação do passivo financeiro decorrente da demora em obter receitas, o que acarreta redução dos resultados previstos e inviabiliza a amortização dos investimentos realizados” (JUSTEN FILHO, 2019). Com efeito, o equilíbrio do contrato administrativo, que envolve obras especializadas e cujo prazo de execução é de longa duração, seria “essencialmente dinâmico” (DI PIETRO, 2019, p. 360).

Para Justen Filho (2003), o Poder Concedente não poderia agir de forma displicente e insensível à sorte do concessionário, de modo que os

²⁵² Zanchim (2012, pp. 116-117) propõe que se simplifique a aferição do risco de construção, adotando-se, como referência, para perdas financeiras, “os dados de preços para empreendimentos semelhantes”, e, se não for possível pela ausência de projetos equivalentes, a análise teria de “retornar aos padrões tradicionais”.

riscos assumidos devem ser limitados, ou seja, haveria uma margem imprescindível de intervenção estatal para amoldar o serviço e resguardar minimamente o sucesso do empreendimento. Nessa linha, considerando uma relação custo-benefício, segundo a teoria dos custos de transação, o Estado deveria definir um modelo de negócio que estabeleça uma margem de risco limitada do empreendimento para que se previna a frustração do projeto.

No caso do segmento de transmissão, entretanto, há uma análise *ex ante* de viabilidade econômica cujas informações são colocadas à disposição dos investidores interessados no projeto, mas essa análise não tem caráter vinculante. Há, portanto, uma modelagem prévia da matriz de riscos da concessão que transfere o risco de construção para o empreendedor²⁵³, inclusive o fato de eventualmente os estudos técnicos não refletirem as condições de mercado.

De acordo com a terceira subcláusula da cláusula quinta, a ANEEL poderia reconhecer eventos fortuitos ou de força maior, a exemplo de sabotagem, terrorismo e catástrofes consideradas calamidades públicas, como excludentes de responsabilidade, conquanto inseridos na álea extraordinária do contrato. Reconhecidas eventuais excludentes, poder-se-ia afastar a aplicação de penalidades ou mesmo eventuais consequências comerciais, postergando o cronograma de obras, em que pese a cláusula seja expressa apenas quanto à atipicidade da conduta administrativa. Não há previsão genérica de revisão de preço como estabelecido pelo art. 65, II, “d”, da LGL e pelo art. 23, IV, da LGC (REGIS, 2017).

A quarta subcláusula da cláusula quinta trata da “descoberta de materiais ou objetos ao longo da faixa de terra necessária à passagem das

²⁵³ A modelagem licitatória adotada pelo Poder Concedente “coloca na responsabilidade do agente o projeto construtivo, incluindo variação no traçado proposto, alteração das estruturas das torres e equipamentos utilizados, sendo previamente estabelecidos apenas pontos de conexão e requisitos operativos mínimos de eficiência. Assim, a concessionária tem total liberdade para gerir seu negócio de modo a encontrar o que melhor se adequa ao modelo, excluindo a possibilidade de levantar dificuldades relativas ao trajeto exposto” (ANEEL, 2020b).

linhas de transmissão, de interesse geológico ou arqueológico”, admitindo que, se esse fato provocar alterações no contrato, as suas condições iniciais poderiam ser renegociadas. A sexta subcláusula da cláusula quinta refere-se aos embargos administrativos ou judiciais relativos ao uso da faixa de servidão da LT que prejudiquem os prazos de execução da obra, indicando que esses eventos também poderiam, a depender das circunstâncias, ensejar a revisão dos cronogramas de construção.

A quinta subcláusula da cláusula quinta versa sobre o risco ambiental e social. Esse risco é compartilhado entre a concessionária de transmissão e o Poder Concedente, uma vez que eventos não imputáveis à transmissora também poderiam ser motivadores de reconhecimento de excludente de responsabilidade e/ou eventual desequilíbrio econômico que deveria ser sanado.

As cláusulas contratuais que cuidam, de forma mais direta, do risco do negócio remetem para a teoria da imprevisão, referindo-se aos eventos fortuitos ou de força maior, para fins de renegociação do contrato ou excludente de ilicitude na avaliação de infrações contratuais. Na álea ordinária, o risco é assumido de forma integral pelo empreendedor. Na álea administrativa, as cláusulas econômicas asseguram o reequilíbrio econômico-financeiro nos casos em que a alteração unilateral promovida a bem do serviço público impacte negativamente na economia da concessão (DI PIETRO, 2019). Relativamente à aplicação de penalidades, a Administração Pública assumiria os riscos por fatos do príncipe, fatos da Administração, eventos fortuitos ou de força maior, desde que comprovado o nexo causal entre esses fatos e a elevação de custos que ensejou o desequilíbrio. Essas questões são relevantes quando se está a tratar dos riscos da construção, o momento de maior alavancagem financeira do projeto.

A esse despeito, os contratos, de modo geral, têm uma matriz de riscos definida quanto aos aspectos comerciais da concessão. Ao longo de suas cláusulas e, mais recentemente, em cláusulas voltadas para definição expressa da matriz de riscos e a procedimentalização de pleitos de excludente de responsabilidade, fica evidente que o risco de alavancagem

financeira e o risco de construção, inclusive, quanto ao licenciamento ambiental foram, de modo geral, alocados para a concessionária. É possível reconhecer a excludente de ilicitude quando há problemas exógenos relacionados à fase de implantação para fins de aplicação de penalidades administrativas sem reconhecimento dessa excludente para fins comerciais, já que, em termos de EqEF da concessão, a matriz de riscos imputa, sem ressalvas, determinados ônus aos privados.

Na seara ambiental, o grau de risco do projeto de transmissão pode ser maior ou menor a depender das suas características. Determinados projetos, por exemplo, têm custo fundiário elevado, o que deveria estar precificado na RAP, porque as informações gerais sobre os aspectos do projeto são apresentadas em relatórios técnicos²⁵⁴ publicados na mesma oportunidade em que é publicado o edital. No que se refere ao investimento, a parcela inicial de financiamento do projeto é a mais representativa, pelo fato de se tratar de uma indústria intensiva em capital imobilizado. Exige-se, assim, na instalação do projeto, um aporte significativo de recursos; porém, implantado o empreendimento, ao longo do tempo, haverá a amortização gradativa da dívida (ANEEL, 2013).

Pelas disposições contratuais, o concessionário de transmissão assumiria todas aquelas categorias de riscos comentadas²⁵⁵. Há precedentes administrativos da ANEEL no sentido de que os adjudicatários dos serviços, ao oferecerem sua proposta no leilão, devem ter prévio conhecimento das condições locais da implantação do empreendimento (decisão referente ao CC nº 007/2013) (ANEEL, 2017c) e devem assumir “riscos financeiros e comerciais associados ao projeto, à construção do empreendimento, à manutenção, à operação e à prestação do serviço” (AGU, 2019c; 2019e), além

²⁵⁴ Cita-se, como exemplo, “o Relatório de Caracterização e Análise Técnica e Ambiental - R3, que compõe a documentação técnica do Edital n. 01/2014, especificamente do Lote C, já apresentava de forma clara várias especificidades para implantação dos empreendimentos: **região de alta sensibilidade ambiental separada pela serra do mar; existência de aeródromos nas proximidades; localização das subestações em área de mangue; e custos fundiários com valores significativos em razão de região densamente povoada e com várias indústrias**” (ANEEL, 2020b, negrito no original).

²⁵⁵ O risco da demanda não é um aspecto relevante de risco para esse segmento.

“dos riscos inerentes às questões ambientais e aos possíveis embargos judiciais” (decisão referente ao CC nº 024/2009) (ANEEL, 2016c).

A mora no licenciamento e na obtenção de servidões de passagem seria a principal causa dos atrasos na implantação²⁵⁶. Os estudos de planejamento realizam análise preliminar sobre a viabilidade técnica e financeira do empreendimento. Contudo, a confirmação da viabilidade ambiental somente ocorre com a emissão da LP²⁵⁷ (IAB, 2015; CARDOSO, 2014).

No modelo de negócio adotado no Brasil para o segmento de transmissão, o risco do licenciamento ambiental é expressamente transferido para o empreendedor. Para o IAB (2015), os problemas de construção e atrasos na implantação poderiam ser consideravelmente reduzidos se os leilões fossem realizados apenas após a emissão da LP. Como esse ônus é transferido para o concessionário, haveria uma elevação do risco do negócio diante da incerteza associada ao tempo e ao custo de realização do projeto, ensejando lances mais conservadores nos leilões.

Considera-se, porém, que esse seria um risco quantificável. Quando for possível quantificar os riscos por meio de análises de probabilidades, as questões supervenientes que elevam os custos de implantação do empreendimento estarão inseridas ordinariamente na matriz de riscos do contrato e não poderão, em princípio, ser realocadas. Por isso, as complexidades ambientais apontadas têm sido entendidas como eventos que resultam em despesa previsível alocada ao concessionário²⁵⁸ e que, portanto, teria sido previamente precificada nos lances ofertados nos leilões.

²⁵⁶ O atraso no licenciamento ambiental pode “gerar delongas na compra de materiais, contratação de serviços e na própria execução da obra” (REGIS, 2017, p. 54).

²⁵⁷ O art. 4º, VI, da Lei nº 10.847/2004 faculta à EPE a obtenção da LP antes de realizar o certame, conforme sua discricionariedade técnica, mas essa medida somente tem sido adotada para os leilões de geração.

²⁵⁸ A Agência entende que será pequena a “variabilidade durante sua construção, já que se tem uma ideia razoável a respeito das características geológicas e climáticas e dos impactos sobre o meio ambiente, conforme estudos prévios, no caso de empreendimentos para licitação” [novas instalações da RB e DITs] “e do conhecimento da própria concessionária, no caso de empreendimentos autorizados” [reforços e melhorias] (ANEEL, 2013).

Tem-se entendido, na prática, que, apesar dos sobrecustos que o atraso no licenciamento ambiental pode ocasionar para a implantação dos empreendimentos, pedidos de reequilíbrio fundamentados nesse atraso seriam atitudes oportunistas²⁵⁹ dos agentes econômicos²⁶⁰. É notória a ocorrência de atrasos decorrentes da inserção, no processo de licenciamento, de todas as demandas socioambientais envolvidas²⁶¹. Além disso, em alguns casos, o lance era bastante agressivo, com altos deságios²⁶².

²⁵⁹ A garantia do equilíbrio da EqEF do contrato se volta à prevenção de condutas oportunistas de ambas as partes, Poder Concedente e concessionário. A garantia do EEF também busca desincentivar o Poder Concedente a promover alterações ineficientes ou oportunistas, sem a devida compensação ao particular (BINENBOJM *et al*, 2020).

²⁶⁰ Cita-se ex. em que a ANEEL (2014b) analisa os riscos assumidos pelo empreendedor e pondera sobre o deságio ofertado no leilão. No caso, considerou que o pleito se contrapunha à necessidade de manter o ambiente concorrencial para se ter uma RAP justa perante os reais custos e riscos envolvidos no negócio. A RAP ofertada pela vencedora do certame deve ser suficiente para assegurar o EEF consideradas as condições do contrato, devendo remunerar a depreciação dos investimentos e os custos de O&M das instalações ao longo da concessão e “observar eventuais situações que podem não refletir a realidade do mercado ou aspectos intangíveis ou imponderáveis quando da realização do leilão”. Ela é formada a partir da estimativa das partes, compondo a receita da transmissora. Os descontos em relação ao preço teto, “ofertados pelos pretendentes a concessões, evidenciam a capacidade das empresas em estruturar modalidades de financiamentos e consórcios, de modo a obter ganhos não só na implantação, como também na manutenção dos ativos de transmissão. Além disso, os concorrentes, em sua maioria, são empresas atuantes no segmento, com capacidade de obter ganhos de escala”, não considerados pela ANEEL ao definir a RAP. A concessionária concluiu que “não deveriam existir maiores óbices para a implantação dos dois circuitos novos”, e, com isso, sua proposta apresentava 56% de deságio em relação à RAP leilão. Então, assumiu um risco com a oferta de expressivo deságio, o que, por sua vez, não teria sido atitude temerária, tendo em vista que as demais concorrentes também o fizeram. Os demais lotes do leilão tiveram descontos de 40% a 56,86%. De fato, nas atividades empresariais, os ganhos relacionam-se intimamente aos riscos e às incertezas. E a avaliação empresarial, nesse caso, havia determinado o resultado do certame, afastando concorrentes que, ao ofertarem deságio menor, foram possivelmente mais cautelosos quanto aos riscos que motivaram o pleito de repactuação (cf. voto do Relator no Desp. nº 4.582/2014).

²⁶¹ cf., por ex., Res. CONAMA nº 237/97; IN IBAMA nº 184/2008; Lei nº 9.985/2000; Dec. nº 6.848/2009.

²⁶² O TCU, em 2007, fazendo referência ao deságio médio de 54% observado no Leilão nº 04/2007, considerou que seria necessário que o Poder Concedente promovesse ajustes na metodologia de cálculo da receita das transmissoras para que o preço teto dos leilões fosse mais bem estimado. O Tribunal (2005a) já havia se manifestado, no mesmo sentido, quando, analisando o resultado de sete leilões anteriores, observou que os lances foram vencedores com deságio equivalente a 42,91% da receita estimada (TCU,2008). Em outra oportunidade, a ANEEL (2020b) considerou que o baixo deságio de 5% (cinco por cento) indicava “o

A despeito desses fatores, posteriormente à realização dos certames, era comum que as transmissoras apresentassem pedido de tutela do EEF, fundamentado, como regra, no atraso²⁶³ para o licenciamento, como se esse fato fosse algo imprevisível ou improvável²⁶⁴.

Não obstante o seu viés voluntarista, a previsibilidade é alçada, no contrato, como fato relevante para solução de conflitos que surgem no momento da execução da obra, porque a cláusula quarta dos editais anteriores a 2017 remete, como dito, para a aplicação da teoria da imprevisão no tocante ao exercício do poder de polícia em processos administrativos punitivos e alteração dos prazos do cronograma. Com efeito, a ANEEL tende a não deferir os pleitos de reequilíbrio da EqEF dos contratos quando fundamentados no atraso pontual da emissão da licença de instalação. Essa negativa, como regra, leva à judicialização (REGIS, 2017, p. 56).

Considerando o alto grau de deságio apontado, poder-se-ia questionar sobre a definição do preço teto dos leilões: estariam esses preços muito elevados e atrativos, ou o deságio é oferecido pelos concorrentes levando em consideração a possibilidade de adoção de condutas oportunistas *ex post*, com vistas a assegurar a viabilidade econômica da

conhecimento dos licitantes acerca dos desafios operacionais relativos à implantação dos empreendimentos, inclusive no que tange a obtenção do licenciamento ambiental”, a demonstrar a precificação prévia dos riscos assumidos pelo empreendedor na oferta de lances

²⁶³ O TCU (2014b) realizou auditoria selecionando uma amostra de 227 projetos leiloados ou autorizados, sendo 163 empreendimentos de LT (aproximadamente 29,8 mil km de extensão) e 64 de SE; nessa oportunidade, constatou atrasos em 83% das LTs e em 63% das SEs. O relatório de acompanhamento das obras de transmissão elaborado pela ANEEL em 2019 apontou que 32,93% dos empreendimentos (num total de 137) estavam com cronograma de implantação atrasado, sendo a média de atraso de 994 dias (ANEEL, 2019h).

²⁶⁴ As propostas vencedoras em leilões de concessão do serviço de transmissão vinham apresentando deságio considerável em relação ao preço teto estabelecido pelo Poder Concedente. Em pesquisa que analisou a “dinâmica do mercado de transmissão de energia elétrica no país”, aponta-se que, entre os anos de 1999 e 2017, o deságio médio total teria sido de 22,8%, e a quantidade média de dias necessários para a obtenção do licenciamento ambiental e à execução da obra seria bastante aproximada: 485 e 585 dias, respectivamente, a evidenciar as repercussões do LA na execução da obra (CAZARRO, 2017) e, conseqüentemente, para formulação dos lances.

proposta formulada para desbancar os demais concorrentes?²⁶⁵ Não é possível apresentar uma resposta *a priori*. Em circunstâncias como essas, eventual conflito sobre a intangibilidade da EqEF do contrato deve ser analisado caso a caso, considerando as circunstâncias fáticas concretas apresentadas ao regulador e a própria matriz de riscos dos contratos.

Por ser a gestora dos contratos, a ANEEL é o órgão competente (art. 3º, IV, da LCA) para avaliação de pleitos de excludente de responsabilidade por atrasos na implantação. Porém, para que a excludente seja reconhecida, é necessária a comprovação do nexo causal entre o evento apontado como danoso e a elevação de custos de construção. É preciso reconhecer, ainda, que o corriqueiro atraso na emissão do licenciamento ambiental deveria ser fator de aprendizagem para os proponentes adjudicatários do serviço.

Assim, para os atrasos decorrentes do licenciamento, a quinta subcláusula da cláusula quinta prescrevia que o reconhecimento da excludente de responsabilidade e de eventual necessidade de reequilíbrio do contrato abrangeria apenas a álea extraordinária e estaria sujeito à avaliação de mérito da Agência, apresentada a comprovação do evento danoso, do seu nexo de causalidade com o lapso temporal transcorrido para emissão da licença e da conduta não concorrente do concessionário para a configuração do atraso da obra. Seria necessário, portanto, comprovar o nexo causal entre a mora da Administração e o aumento de custos.

²⁶⁵ Para o IAB (2015), a questão estaria, na verdade, a refletir uma má alocação de riscos; considera notório o problema do LA e sugere que as instalações de transmissão deveriam ser licitadas somente após a emissão da LP. Para Castro e Martini (2021), os altos deságios são resultado da elevada atratividade dos investimentos. Isso poderia ser explicado por variáveis conjunturais: (i) a existência de vantagens competitivas para agentes que atuam na mesma área de concessão, possuindo instalações próximas aos locais de implantação do objeto leilado; (ii) a falta de experiência de entrantes atraídos pela atratividade dos investimentos e segurança dos contratos – essa segurança é representada pela aplicação de índices de correção confiáveis; explícita informação sobre os elementos integrantes da remuneração do capital e alinhamento do banco de preços unitários dos ativos com os valores de mercado; (iii) a própria presença desses entrantes; (iv) o estímulo à eficiência no planejamento da construção com o pagamento da RAP a partir da operação comercial; (v) a baixa margem de risco de inadimplência da receita.

Também se consideravam, nessa avaliação, os prazos previstos para a sucessão dos atos no processo de licenciamento e a própria diligência do empreendedor em cumprir a legislação e, conseqüentemente, adotar as providências administrativas requeridas pelas instituições envolvidas no processo. Nesse caso, o ônus da prova estaria a cargo do empreendedor.

A simples imputação do ônus de obter a LP para o empreendedor não tem sido suficiente, na prática, para que os conflitos sejam solucionados na via administrativa. Os precedentes da Agência²⁶⁶ seguiam no sentido de que a intangibilidade da EqEF do contrato não estaria assegurada em face dos eventos ordinários ou do risco comum da atividade. Não bastaria, assim, o mero desequilíbrio contratual, pois o contrato estabelece que algumas questões, porque naturalmente existentes nas atividades empresariais, estariam inseridas na álea ordinária do contrato e seriam, quando muito, caracterizadas como fortuitos internos.

Então, os fatos que estivessem abarcados pelos riscos ordinários de mercado, no espectro de intercorrências naturais e previsíveis, não seriam reconhecidos como motivadores do reconhecimento de excludentes ou de pedidos de reequilíbrio. Permaneceriam no âmbito de responsabilidade do concessionário, ou seja, teriam (ou deveriam ter) sido considerados no momento da formulação da proposta de preços no leilão.

Entende-se que, mesmo quando eventos ordinários impactam a equação econômico-financeira do contrato em prejuízo do concessionário, o Poder Concedente não poderia repará-los, sob pena de transferir todo o ônus da concessão ou o risco do negócio para os usuários do serviço, ignorar

²⁶⁶ cf. Pareceres n^{os} 1.290/2009-PF/ANEEL e 48/2013, 110/2014 e 114/2014-PGE/ANEEL/PGF/AGU e Desp. ANEEL n^{os} 3.651/2013, 4.577/2014, 3.293/2015, 3.294/2015. A ANEEL reconheceu a excludente de responsabilidade da transmissora apenas em situações excepcionalíssimas. Cf. Desp. n^{os} 725/2017 e 2.502/2019, em que o pleito de reequilíbrio fora parcialmente reconhecido porque se entendeu que parcela do atraso na implantação do empreendimento poderia ser imputado a atos da Administração Pública. Por vezes, deferese o pleito de alteração de cronograma para afastar a aplicação de penalidade, mas esse fato não é suficientemente capaz de assegurar o deferimento do pleito de EEF que depende da avaliação da manutenção das bases objetivas do contrato com fundamento em evidências e considerada a dinamicidade da concessão.

os incentivos competitivos do leilão (*revenue cap*, art. 9º da LGC) e ofender a isonomia entre os interessados na adjudicação do objeto do contrato.

O entendimento da ANEEL se justifica diante da notoriedade dos recorrentes atrasos nos processos de licenciamento no Brasil, que envolvem não apenas a questão ambiental, mas outros assuntos sociais complexos, a exemplo da questão indígena. Sabe-se, de antemão, que o processo ambiental é lento (IAB, 2015). Cazarro (2017) apontou, em 2017, que o prazo médio para obtenção de licenças foi de 465 dias.

Segundo o IAB (2015), a mora no procedimento ambiental decorre de vários fatores igualmente relevantes: a atuação do Ministério Público sobre o funcionalismo na aplicação do art. 67 da Lei nº 6.905/2008, que enseja um rigor excessivo dos analistas ambientais ao avaliar os pleitos de licença; as exigências do próprio processo de licenciamento ambiental, o que faria dele um dos mais rigorosos do mundo; o fato de o procedimento envolver a participação de vários outros órgãos²⁶⁷ e eventuais questões indígenas envolvidas. Diversos trabalhos e artigos também informam sobre os impactos do LA nos empreendimentos de transmissão (CARDOSO, 2014; CARDOSO *et al*, 2014; PIRES, 2011; ABRANCHES *et al*, 2020; SALES, 2012).

Portanto, apesar das críticas ao modelo, em princípio, haveria uma margem esperada e previsível ou provável de atrasos em processos de licenciamento ambiental, que se supõe tenha sido precificada no leilão, pois essa foi a abordagem de negócio discricionariamente escolhida pelo Poder Concedente. O debate, no entanto, não é trivial, e a questão tem ensejado conflitos acerca da EqEF do contrato²⁶⁸. Por outro lado, não se ignoram as

²⁶⁷ ICMBIO, IPHAN, FUNAI, INCRA, Fundação Cultural Palmares e Ministério da Saúde.

²⁶⁸ Em 2015, provocada pelo MME, a Consultoria-Geral da União (CGU) manifestou-se (BRASIL, 2015c; 2015d) em tese, sem análise pontual das variáveis relativas à formulação de lances (e seus deságios) e à aplicação da matriz de riscos dos contratos de concessão para caso específico. Entendeu que, se a AP Federal tiver sido a responsável pelo atraso do LA, estaria, em tese e *a priori*, configurada a hipótese de revisão do EEF (álea administrativa), sem prejuízo da demonstração donexo causal. O mesmo raciocínio não poderia ser aplicado quando o processo de licenciamento tramitasse na esfera estadual ou municipal. A manifestação foi aprovada pelo AGU e tornou-se de observância obrigatória para seus órgãos vinculados (art. 42 da LC nº 73/93). Ela não vinculava o Colegiado da ANEEL, mas apenas seu órgão de assessoramento jurídico. Destaca-se que o papel do assessoramento

repercussões sistêmicas do atraso na implantação dos empreendimentos de transmissão (TCU, 2014b).

Embora o atraso do processo de licenciamento ambiental possa, em tese, configurar um fato do príncipe, para a questão ambiental, o contrato trazia previsão expressa de um risco compartilhado, mas imputava o ônus da prova ao concessionário, não bastando o fato de o licenciamento ter extrapolado o prazo regulamentar; para além disso, havia a necessidade de avaliar a responsabilidade pelo atraso (o próprio nexo causal).

Como dito, o problema envolve a avaliação da probabilidade das repercussões negativas da mora no licenciamento. Não é possível admitir que o atraso seria algo improvável. Pela teoria da imprevisão, seria necessário comprovar que as consequências do atraso são incalculáveis e não gerenciáveis pela transmissora. Pela teoria da base objetiva do negócio, a comprovação se refere ao nível de dispersão da matriz de riscos e ao nexo causal, o que somente seria possível mediante análise do caso.

Observa-se que, em 2016, a Lei nº 13.360 estabeleceu a possibilidade de reconhecimento de excludentes, entre outros fatores, pelo atraso na emissão da licença. Como resultado dessa dialética institucional, em 2017, importantes modificações nos contratos de concessão foram implementadas²⁶⁹. Verifica-se que a parcial alteração da matriz de riscos dos contratos derivou de uma escolha política implementada pelo legislador ordinário. Em razão do art. 19 da Lei nº 13.360/2016, o edital de Leilão nº

consiste em interpretar normas constitucionais, infraconstitucionais e da concessão em curso, objetivando auxiliar o regulador para que a sua atuação ocorra com segurança jurídica, mitigando riscos de conflito e judicialização. Assim, mesmo para um caso concreto, o assessoramento não tem como função indicar se há ou não necessidade de reequilíbrio da EqEF. A correta alocação de recursos depende de análise técnica. Trata-se de avaliação que não prescinde dos dados empíricos. Inicialmente, o entendimento da CGU foi rechaçado pela ANEEL, a pretexto de que teria o condão de alterar a matriz de riscos inicialmente estabelecida nos contratos (cf. Desp. nºs 3.293/2015 e 3.294/2015). Por configurar nova interpretação, a manifestação alcançaria apenas os casos pendentes de julgamento. Seus efeitos perduraram até o advento da Lei nº 13.360/2016 (BRASIL, 2019d), que passou a nortear a matriz de riscos dos contratos objeto de leilões posteriores à alteração normativa.

²⁶⁹ Importante alteração se referiu à RTP do custo de capital. Foram feitas alterações no cálculo do capital próprio e de terceiros, contemplando novos valores e nova descrição da TRM e novos valores para a *Spread s2* e para a constante α (cf. primeira subcláusula da cláusula sétima do contrato de concessão, Anexo V e tabela, item 5.6, edital). (ANEEL, 2017b).

02/2017 acrescentou cláusulas (cf. cláusula décima sexta) para aclarar o entendimento da ANEEL no que tange à matriz de riscos do contrato e ao modelo de negócio escolhido pelo Poder Concedente. Como resultado, o regulador nada mais fez do que explicitar o entendimento que já vinha adotando em precedentes administrativos com vistas a aumentar a segurança jurídica, possibilitando que o empreendedor tome decisões mais conscientes quanto à alocação de riscos do contrato quando oferecer a proposta de preço no leilão e, como consequência, a redução de conflitos.

Na questão ambiental, como regra, quando o procedimento extrapola o limite previsto na legislação para o licenciamento ambiental, o prazo de concessão pode ser prorrogado pelo período equivalente²⁷⁰ (cf. quarta subcláusula da cláusula décima sexta). Para a hipótese de eventos fortuitos de qualquer espécie que impactarem o projeto, o contrato estabelece um procedimento a ser seguido para que a questão seja avaliada pela ANEEL (cf. cláusula décima sétima).

A ANEEL definiu um rito procedimental, possivelmente, com a ideia de prestigiar o empreendedor que atua com boa-fé. Estabeleceu o prazo de dez dias da data da ocorrência do evento para que ele notifique o regulador sobre o acontecimento danoso e forneça uma descrição dos fatos, contendo a estimativa da duração do evento extraordinário e do seu impacto no desempenho das obrigações contratuais do concessionário, a fim de que se decida sobre a possibilidade de postergação de marcos intermediários e/ou do início de operação comercial²⁷¹. Explicita, ainda, que a não observância do

²⁷⁰ A prorrogação do prazo de outorga é medida excepcional. A CF/88 estabelece a obrigatoriedade de licitação como regra (art. 21, XII, “b”, c/c art. 175). E a prorrogação pode não ser o melhor critério para reestabelecer o EEF da concessão. A escolha entre prorrogar, indenizar ou aumentar a receita pela via da tarifa dependerá da avaliação técnica sobre qual metodologia será mais adequada para restabelecê-lo (cf. Parecer n° 375/2020/PFANEEL/PGF/AGU).

²⁷¹ A AGU (BRASIL, 2019d) entendeu (para o segmento de geração) que eventos apontados como excludente de responsabilidade (art. 19 da Lei n° 13.360/2016) poderão ser alegados, perante a ANEEL, em até cinco anos da data da entrada em operação comercial do empreendimento, reconhecendo efeitos prospectivos à lei. Trata-se da aplicação do prazo prescricional para o exercício de pretensões em face da Administração, matéria reservada a lei.

prazo de dez dias “caracterizará renúncia ao direito de invocar o caso fortuito ou força maior como excludente de responsabilidade pelo eventual descumprimento de suas obrigações contratuais”.

Entende-se que o rito estabelecido oferece, na verdade, um norte para o empreendedor quanto ao proceder para comprovar a ocorrência do evento e do nexo causal com o atraso na implantação do empreendimento, facilitando, inclusive, o controle de juridicidade sobre a questão. Atende, também, a reclamos doutrinários para que os editais “se ocupem com maior grau de detalhamento sobre os prazos para as manifestações das partes, formas e meios por que as partes e terceiros podem se comunicar, a publicidade das alterações”, estabelecendo um rito procedimental para análise das mutações circunstanciais após a assinatura do contrato. A doutrina também propõe que o tempo é, de fato, elemento fundamental quando se trata de pleitear a revisão do contrato, pois “quanto mais a parte demorar, mais estará sujeita a questionamentos sobre o verdadeiro impacto do evento no equilíbrio contratual”; por outro lado, a demora estaria a sugerir “despreocupação” (GARCIA, 2019a, pp. 176; 224)²⁷².

Note-se que, a partir do Leilão nº 02/2019, prescreveu-se que, não sendo o caso de inexecução total do contrato que enseja a extinção da concessão por caducidade, a avaliação de excludentes de responsabilidade não prescinde do início da operação das instalações licitadas (cf. nona subcláusula da cláusula décima primeira).

Nesse sentido, importa, como sempre o foi, a comprovação dos fatos e do nexo causal entre esses fatos e o atraso da obra, sem que tenha havido concorrência de causas imputáveis ao concessionário. O mesmo raciocínio poderia se aplicar aos pleitos de reequilíbrio da equação econômica do contrato, acrescentada a comprovação do efetivo desequilíbrio e a

²⁷² Como o pedido de renegociação não poderia ser apresentado de forma vazia, o prazo estabelecido em edital deveria ser suficiente, de acordo com a complexidade do evento, para que o empreendedor reúna todas as informações pertinentes ao evento e aos seus impactos no contrato (ZANCHIM, 2012). A cláusula de renúncia, no entanto, é questionável e pode gerar pouca efetividade prática quanto à prevenção de conflitos.

necessidade de demonstração da causalidade do evento com a elevação de custos ensejadores da disparidade financeira ocorrida.

Em todo caso, problemas atrelados aos riscos de construção, a ex. do risco de alavancagem financeira e as repercussões de atrasos nas obras por problemas com o licenciamento ambiental ou obtenção de servidões de passagem, são causas frequentes de pleitos de excludente e de reequilíbrio dos contratos. Regis (2017, p. 57) esclarece que “nem sempre é possível a imediata verificação da ausência de culpa dos empreendedores pelos atrasos, o que provocava o agravamento dos riscos do empreendedor” e, por sua vez, aumenta a chance de conflitos.

Os atrasos na construção, além de incrementarem o risco do empreendedor, ensejam problemas sistêmicos tais como a capacidade de escoar a energia e, por vezes, “o pagamento da RAP para transmissoras cujas obras de transmissão ficaram prontas”, mas são “subutilizadas em razão da não execução de obras complementares necessárias” (TCU, 2014b)²⁷³. Nessa linha, a célere solução de controvérsias para assegurar a executoriedade dos contratos pode ser vantajosa não apenas para o empreendedor, mas, também, para o próprio Poder Concedente.

Mecanismos privados de solução de controvérsias, como a arbitragem, poderiam ser aventados para resolver esse tipo de conflito. Nessa linha, a prévia utilização de mecanismos consensuais, como o *dispute board*, poderia apresentar maiores evidências fáticas sobre a matéria debatida e auxiliar o convencimento do árbitro para a solução do conflito. Lança-se, no entanto, mais uma questão: se a alocação de risco no edital não foi adequada, ela poderia ser alterada, por uma instância externa ao

²⁷³ Um dos problemas sistêmicos ocasionados pelo atraso na implantação das LTs passou a ser endereçado pela REN nº 841/2018, no art. 10 (“as Transmissoras responsáveis por Pendências Impeditivas de Terceiros deverão custear a parcela de RAP da FT ou do Grupo de FT durante o período do impedimento”) c/c o art. 2º (“...ficam estabelecidos os seguintes termos [...] IV – Pendências Impeditivas de Terceiros: pendências de transmissoras, distribuidoras, geradores, consumidores ou importadores/exportadores apontados como terceiros que impossibilitam a operação integrada de uma FT ou Grupo de FT ao SIN”).

contrato, durante o período de execução contratual?²⁷⁴ Nesse caso, mesmo que a alocação de riscos tenha sido ineficiente, ela não poderá ser transferida a outra parte da relação. À primeira vista, parece que eventual decisão que altere a alocação de risco inicialmente prevista no contrato, além do problema da legalidade estrita, incorreria em ingerência indevida no mérito administrativo. De qualquer forma, o órgão regulador trabalha o problema, por meio da abertura de procedimentos democráticos e

²⁷⁴ Regis (2017, pp. 66-69), em pesquisa que avaliou os riscos ambientais nas concessões de transmissão, suscitou questões similares, informando que o instrumento evidencia que os riscos inerentes à condução dos negócios, assim como os atinentes ao licenciamento ambiental, são atribuídos à concessionária, que deverá arcar com seus custos ordinários, entregar os estudos necessários e agir de modo eficiente e tempestivo. Entende, no entanto, que a demora do órgão ambiental, para além dos prazos legais, e a oposição de exigências imprevisíveis e excessivamente custosas não deveriam ser entendidas como fatos razoáveis, inerentes ao negócio, como o faz a ANEEL. Defende, então, que nem todo elemento de risco ambiental seria álea ordinária. Exemplifica a eventual necessidade de alterar a localização das torres por exigências dos órgãos ambientais, para concluir que mesmo a cláusula expressa de alocação de risco sobre o licenciamento ambiental ao empreendedor não transferiria o risco extraordinário associado ao processo administrativo, mas somente aquilo que for ordinário (ex. a apresentação dos estudos devidos nos prazos regulamentares, o cumprimento tempestivo das exigências do órgão ambiental e o custeio das despesas ordinárias associadas). Cf. também Gonçalves (2019), “a circunstância de o contratante assumir um determinado risco (v.g., de procura ou de construção) não significa que tenha de suportar as consequências de todo e qualquer facto que produza efeitos no domínio desse risco”. Entendemos, no entanto, que a autora parte de algumas premissas equivocadas, porque não apenas o risco do licenciamento ambiental, mas o risco da elaboração e implantação do projeto é alocado ao empreendedor. Sobre o tema, a ANEEL (2020b) se manifestou inúmeras vezes. A alteração de projeto por motivo de licenciamento ambiental, como regra, não exclui a responsabilidade da transmissora, mas apenas se comprovado que os parâmetros mínimos editalícios são ambientalmente inviáveis. Não se contrata um projeto específico; não há projeto básico ou plano de negócios vinculante. São estabelecidos critérios técnicos mínimos para a concessão. A obrigação de fazer estabelecida no contrato de concessão consiste em entregar a infraestrutura conectando dois pontos do sistema, não importando o percurso da rede ou a localização das torres. Embora se possa discutir que, em determinadas circunstâncias, as consequências econômicas do atraso na implantação extrapolam o que seria razoavelmente esperado (e delas derivem verdadeiras incertezas), o reequilíbrio somente poderia ser deferido se reconhecida a excludente de responsabilidade e o nexo causal do evento com o resultado danoso para a concessão, segundo um juízo discricionário da ANEEL, o que, por certo, não pode ser interpretado como a inexistência de uma alocação prévia de risco que não deva ser observada. A alocação de risco integra o regime jurídico-econômico do contrato e não pode ser desconsiderada.

participativos, exercendo, assim, sua função integrativa²⁷⁵ A resposta para essas questões dependerá da distinção, na hipótese, entre a configuração de um risco alocado no contrato de concessão ou de uma incerteza.

²⁷⁵ Cuida-se de um desses problemas que envolvem a tensão entre os princípios de legalidade e da eficiência, mas a doutrina manifesta-se majoritariamente pela impossibilidade de alteração da matriz de riscos do contrato, sobretudo em se tratando de fatos que poderiam ter sido previstos *ex ante*. No Procedimento Arbitral nº 23.433/GSS/PFF (Concessionária de Rodovias Galvão BR-153 SPE/S/A x ANTT e União), o tribunal arbitral decidiu nesse sentido, prezando pela segurança jurídica para as partes em virtude da garantia da manutenção da base econômica dos contratos de longo prazo formada a partir dessa matriz de riscos. Seria a estabilização da matriz de riscos o pressuposto para assegurar a preservação do conteúdo econômico do contrato de concessão, traduzido, pois, num “acordo sobre partilha de riscos” (GUIMARÃES, 2017).

5

A ARBITRABILIDADE OBJETIVA E OS LIMITES DE ATUAÇÃO DO ÁRBITRO NAS CONCESSÕES DE TRANSMISSÃO

5. A ARBITRABILIDADE OBJETIVA E OS LIMITES DE
ATUAÇÃO DO ÁRBITRO NAS CONCESSÕES DE
TRANSMISSÃO

Este capítulo tem a função de demonstrar o resultado da pesquisa, considerando o referencial teórico discutido nos capítulos anteriores bem como as amostras avaliadas. Para tanto, esse referencial teórico, com foco no segmento de transmissão, será integrado e relacionado nos tópicos que seguem com a ideia de arbitrabilidade objetiva em sentido amplo e em sentido estrito

O capítulo está subdividido nas seguintes seções: (i) a incompletude e a complexidade dos contratos e seus efeitos para delimitação da arbitrabilidade objetiva e dos poderes decisórios do árbitro; (ii) os efeitos do caráter relacional e do paradigma da consensualidade para possibilitar a solução de conflitos por meio da arbitragem; (iii) a pertinência da análise dos contratos para definição dos poderes dos árbitros e (iv) limites à atuação do tribunal arbitral derivados do regime jurídico do EEF dos contratos.

A quarta seção será dividida em duas subseções: (a) a tutela do equilíbrio da equação, as questões dogmáticas incidentes e o pressuposto de admissibilidade do pleito e (b) parâmetros para avaliação do desequilíbrio do contrato. Passemos a elas.

5.1 A incompletude e a complexidade dos contratos e seus efeitos para delimitação da arbitrabilidade objetiva e dos poderes decisórios do árbitro

Projetos de infraestrutura intensivos em capital a demandar, portanto, vultosos investimentos afundados trazem, em seu bojo, elevados custos financeiros e operacionais, ao que se soma o interesse público desatendido em razão do atraso nas obras de implantação do empreendimento. Nesse cenário, é recomendável, e não raras vezes imposto, que as controvérsias tenham solução célere a fim de que o contrato seja mantido, ou que haja um desfecho do conflito para que o Poder Concedente possa, eventualmente, reliciar a concessão. Nesse passo, a arbitragem é capaz de oferecer uma solução em tempo justo e razoável.

Determinar quais controvérsias seriam arbitráveis no segmento de transmissão significa estabelecer a arbitrabilidade objetiva em conflitos derivados desses contratos. A definição de arbitrabilidade dos conflitos

deriva da política pública estabelecida pelo legislador ordinário para viabilização do acesso à justiça. Nessa linha, a lei estabeleceu que serão arbitráveis os direitos patrimoniais disponíveis. A arbitrabilidade é condição de validade da convenção arbitral, mas, ao definir o escopo da arbitragem, a lei trouxe cláusula geral aberta, ficando a critério do intérprete aplicador do direito a delimitação dos direitos e interesses arbitráveis.

Partindo da premissa do inacabamento contratual nas relações de longo prazo, significa que haverá ampla margem de discricionariedade para o aplicador do direito exercer as funções interpretativas e integrativas do contrato (ARAÚJO, 2007). Reconhecida a lógica do inacabamento contratual, a regulação por contrato disciplina os *standards* mínimos a serem observados, e a regulação discricionária seria aplicável no cenário de incompletude; a regulação se torna automaticamente discricionária por meio do exercício da função regulatória e integrativa exercida pelas Agências Reguladoras; como consequência, o árbitro também poderia se utilizar de um espectro normativo e integrativo mais amplo para decisão dos conflitos, sem prejuízo ao respeito da independência técnica do regulador.

Essa racionalidade aplica-se especialmente aos conflitos que envolvem o regime jurídico do EEF dos contratos. São conflitos que não podem ser avaliados em tese, mas apenas em concreto. Todavia, em termos abstratos, a ideia de EEF da equação contratual é também de natureza vaga e atrela-se à própria ideia de incompletude, o que confere a possibilidade de avaliação flexível quanto à tolerabilidade da alteração das circunstâncias fáticas em torno do negócio jurídico celebrado entre a Administração Pública e o particular. Esse fato confere funcionalidade à tutela do EEF dos contratos por meio da arbitragem. A noção de equilíbrio do contrato seria “útil justamente porque é flexível” (CÂMARA, 2009, p. 171), observados os limites da partilha de riscos *ex ante* (GUIMARÃES, F., 2019). Como consequência, permite ao árbitro enquadrá-la ou não na qualidade de situação inusitada hábil ao desequilíbrio do pacto original e que, portanto, necessita de saneamento.

A questão, porém, não é simples. Como na interpretação de qualquer contrato, surgem diversos problemas de ordem dogmática²⁷⁶, ligados a teorias e a opções ideológicas, cujas bases necessitam estar previamente endereçadas pelo intérprete a fim de que, no exercício da função integrativa e criativa de dizer o direito, seja possível estabelecer sob que parâmetros ou *standards* e em quais teorias a tarefa hermenêutica se fundamentará (MARTINS-COSTA, 2015).

Nos contratos de concessão, não bastaria a mera constatação do evento exógeno e a quantificação do impacto correspondente na sua EqEF; exigir-se-ia, ademais, o cotejo desse fator com a alocação de riscos, como forma de aferir se a renegociação seria necessária; se for verificado que o fato exógeno deriva de fator de risco imputado a uma das partes, ela deveria, ao menos em princípio, assumir esse ônus integralmente, dando continuidade à execução contratual (MARQUES NETO; LOUREIRO; 2019).

É verdade que a pré-partilha de riscos se encontra na regulação por contrato, mas o risco em si mesmo e a sua avaliação não encontram assento no mundo do Direito, quer dizer: o seu estudo não é jurídico. Portanto, no campo dos fatos, da economia de cunho consequencialista, os fatores de risco e sua análise de probabilidades estão em constante mudança. É de sua própria natureza a dinamicidade, mas, para parcela da doutrina, a sua matriz contratualizada se transforma num objeto estático. Se o fator de risco não se operar, o investimento alcançará o resultado esperado em sua plenitude, mas, se ele “incidir em absoluto, só haverá prejuízo” (MOREIRA, 2007); contudo, esse raciocínio, no caso das concessões de serviço público, poderia comprometer o próprio objeto da concessão.

Nessa linha, o direito se incumbem de criar instrumentos jurídicos que reduzam a probabilidade de sua ocorrência, permitam a gestão de seus efeitos ou facilitem a sua alocação adequada. Cuida-se de medidas jurídicas que “serão mais ou menos eficientes a depender do risco que esteja em jogo

²⁷⁶ Martins-Costa (2015) apresenta algumas questões a serem ponderadas pelo intérprete; entre elas: “o que buscamos com a interpretação contratual? O que está no núcleo da coisa interpretada? [...] O que tem maior relevância para o intérprete – o momento da formação ou o da execução do contrato?”.

e da capacidade de sua avaliação”, o que remonta, mais uma vez, ao imbróglio do inadimplemento contratual, já que, qualquer que seja o grau ótimo de acabamento que se tenha definido, nenhum instrumento jurídico será suficientemente capaz de prevenir ou impedir a superveniência de alterações circunstanciais na avença proveniente de riscos ou incertezas (MOREIRA, 2007).

A incompletude levaria também à delonga das negociações em casos de conflitos, fazendo com que a renegociação envolva altos custos de transação e induza as partes a buscarem meios heterocompositivos ou heterorreguladores (ARAUJO, 2007).

Além disso, o inadimplemento contratual relativo à alocação de riscos pode produzir deturpações no resultado do leilão, uma vez que, somado à não linearidade da EqEF, deteriora a possibilidade de comparação entre a proposta e o estágio em que a concessão se encontra. Isso aumenta os custos de transação, permite posturas oportunistas e, em determinadas hipóteses, enseja problemas de seleção adversa, propiciando que o adjudicatário do serviço seja o sujeito que buscará a renegociação em vez do desejado empreendedor com maior capacidade e eficiência. A incompletude também pode conduzir a um beco sem saída (*hold up*) que verte para renovações e revisões em contratos recentemente celebrados, prejudicando a estabilidade da relação e a continuidade do vínculo²⁷⁷ (GUIMARÃES, F., 2019).

Aceitar a ideia de inadimplemento pressupõe, no entanto, reconhecer a possibilidade de ativismo jurisdicional. A lógica seria a de que é preciso privilegiar, na interpretação dos contratos, o “contextualismo”, segundo o qual ela levaria em conta aspectos internos e externos, inicialmente avaliando a finalidade do contrato e, por fim, “o peso que as circunstâncias

²⁷⁷ São fatores que podem distorcer o resultado da licitação e sujeitar o Poder Concedente (paralisação do serviço, risco político etc.) e o concessionário (concentração dos investimentos na fase pré-operacional) a diversas suscetibilidades, produzindo o efeito de *lock-in* (GUIMARÃES, F.; 2019).

têm no desempenho das condutas a que o devedor ficou adstrito” (ARAÚJO, 2007, pp. 509-510)²⁷⁸.

No caso da arbitragem, o ativismo estaria limitado por parâmetros legais, como, por exemplo, o critério de julgamento e a ideia de centralidade²⁷⁹ do contrato. Existiria uma moldura limitadora da ação integrativa do intérprete. Isso é aplicável especialmente nos contratos de concessão, sobretudo quando o que se discute, em torno da sua EqEF, são os processos ordinários de reposicionamento tarifário sujeitos a regulação discricionária da Agência Reguladora e com parâmetros gerais pré-definidos em contrato.

Trata-se de um sistema complexo que deve conciliar flexibilidade e eficiência com segurança jurídica e legalidade. Por sua vez, segurança jurídica envolve a análise referente “a que se ater, a que seguir e a que obedecer” (MARTINS-COSTA, 2015), conforme critérios prévios estabelecidos pelo direito (*ex lege* ou via contrato).

A natural flexibilidade de acomodação das circunstâncias para assegurar a viabilidade da concessão não autorizaria a completa desvinculação do edital (MARQUES NETO; LOUREIRO, 2019). Além disso, a limitar o ativismo estaria a definição dos parâmetros dentro dos quais o tribunal arbitral poderá substituir a vontade das partes, bem como quais seriam “os ganhos e perdas dessa intervenção” para fins de “aperfeiçoamento substantivo do contrato” (ARAÚJO, 2007, p. 512).

A esse despeito, repise-se: a incompletude contratual confere ao julgador ampla margem de discricionariedade decisória. No entanto, em razão da segurança jurídica, isso não afasta a necessidade de avaliação da realidade dos fatos em concreto e de adoção de critérios hermenêuticos (boa-fé, eficiência, legalidade, função social do contrato etc.), considerada a sua função para o contrato, a função do próprio contrato, “o tipo de relação

²⁷⁸ O contextualismo se opõe à ideia de textualismo, de contrato completo, como regulador de todas as circunstâncias supervenientes, presumindo-se que “o silêncio das partes corresponde a uma vontade de não-vinculação” (ARAÚJO, 2007, pp. 509-510).

²⁷⁹ “O recurso à vontade normativamente relevante das partes”, segundo CORDEIRO (2007, p. 106).

contratual em causa” e “a fase da relação obrigacional”. Devem-se apontar, “nos elementos concretos do caso, as circunstâncias que importam” eventual violação desses cânones (MARTINS-COSTA, 2015), ou que merecem ser reconhecidas a fim de que eles sejam concretizados.

Nos conflitos que resultam da interpretação, integração e aplicação de parâmetros regulatórios já existentes, o árbitro não poderia se furtar à aplicação desses *standards* regulatórios. A sua atuação se limitará à análise dos elementos probatórios e à indicação quanto à correção ou não do *decisum* no que tange à incidência das normas ou fórmulas regulatórias. É que os contratos de concessão, como o são os de transmissão, adotam complexas fórmulas matemáticas e estatísticas levadas em consideração para o reajuste (CÂMARA, 2009) e a revisão das tarifas, como, por exemplo, os ganhos de produtividade, e trazem, em seu bojo, os mais diversos aspectos técnicos relacionados ao serviço.

Então, pode haver abertura interpretativa do direito ou a avaliação de *experts* quanto aos elementos técnicos – financeiros ou tecnológicos – auditando-se os resultados apresentados pelo órgão regulador. Em razão da flexibilidade interpretativa que deriva do inacabamento contratual, em casos de conflitos em torno da EqEF, por exemplo, se entender que o contrato se encontra desequilibrado, haverá, para o árbitro, certa flexibilidade para definir métodos e meios de recomposição do contrato. Nessa linha, poderá definir se a melhor solução seria a extensão do prazo da concessão, o aumento da receita ou, ainda, a indenização pecuniária, desde que não haja, no contrato, previsão expressa sobre o tema.

Não haveria, entretanto, a possibilidade de que o árbitro substitua a Agência Reguladora no seu *múnus* e haja como uma espécie de regulador positivo, criando normas, parâmetros ou mecanismos regulatórios diferentes daqueles previstos em contrato ou na regulação discricionária produzida nos processos de reposicionamento tarifários, ressalvada eventual extrapolação dos limites legais no exercício da atividade regulatória.

Não poderia, outrossim, transformar os instrumentos contratuais que disciplinam o EEF da concessão “em fator que elimine por completo os riscos inerentes à exploração econômica do serviço público objeto da concessão” (CÂMARA, 2009, p. 188) e os estímulos necessários à implementação da regulação por incentivos prevista no contrato ou na regulação discricionária. Não sendo o caso de nulidade de atos regulatórios de efeitos concretos, por patente ofensa a lei, não poderia o árbitro dizer o direito de forma distinta do que foi previsto na regulação da Agência Reguladora.

Quanto à (im)possibilidade de o árbitro anular um ato regulatório de efeitos abstratos, isso causaria grave risco de ofensa sistêmica ao SEB, o que impediria a sua atuação, tendo em vista a não patrimonialidade dos direitos envolvidos, como regra, de caráter difuso. Isso porque o SEB assume importância ímpar, envolvendo não apenas interesses atrelados à segurança nacional, como também à garantia de direitos fundamentais e básicos aos cidadãos.

É indubitável a presença de relevante interesse público em todas as atividades econômicas exploradas no seu âmbito, sobre as quais sempre haverá, em menor ou maior grau, “a interferência do Estado em todas as fases de sua cadeia sistemática” (GROTTI; LIMA, 2015). Assim, se a pretensão do concessionário envolve a necessidade de anulação de um ato regulatório de efeitos gerais e abstrato, a arbitragem não o socorre, devido à natureza não patrimonial das competências endereçadas às Agências Reguladoras. Nessas hipóteses, restar-lhe-ia somente a possibilidade de exercer sua pretensão perante a jurisdição estatal.

5.2 Os efeitos do caráter relacional e do paradigma da consensualidade para possibilitar a solução de conflitos por meio da arbitragem

A racionalidade dos contratos relacionais é a de incentivo à colaboração entre as partes. Isso traria a predisposição para interações proveitosas e redutoras dos custos de transação, a exemplo da proposta de submeter o conflito derivado de alterações imprevisíveis, improváveis ou das

consequências extraordinárias da alteração dessas circunstâncias à arbitragem.

Com efeito, “mais do que uma decisão prévia e definitiva acerca da afectação desses recursos e da definição de um programa rígido de obrigações”, a ideia de contrato relacional propiciaria, por meio do mecanismo da arbitragem, “uma forma de salvar equilíbrios de interesses” na hipótese de “constatação de impossibilidades objectivas de cumprimento” (ARAUJO, 2007, p. 630). Assim, sob o prisma da consensualidade, quando houver desequilíbrio²⁸⁰, os contratos comportarão não apenas a possibilidade de renegociação prévia quanto ao mérito do conflito em torno da EqEF do contrato de concessão, mas, também, a possibilidade de submissão do conflito à arbitragem.

A ideia de consensualidade surge com a superação de antigos dogmas metodológicos vindicados no regime jurídico administrativo, mitigando a racionalidade da ultrapassada noção de supremacia do interesse público e, como consequência, o espectro de incidência dos poderes exorbitantes da Administração Pública. A indisponibilidade dos direitos e interesses públicos passa a ser avaliada sob novo viés, segundo a ideia de proporcionalidade e eficiência da atuação administrativa. Como tal, somente pode ser aferida caso a caso. Entende-se que o conceito de indisponibilidade somente restringirá a atuação administrativa consensual na medida da sua desproporcionalidade e ineficiência para a execução da política pública a ser implementada no caso concreto.

Sob o prisma da arbitragem, adota-se o entendimento de Fichtner, Mannheimer e Monteiro (2019) no sentido de que o conceito de patrimonialidade e, sobretudo, de disponibilidade no âmbito da arbitragem é peculiar e mais amplo do que aquele previsto nas regras civilistas, que não

²⁸⁰ O tema da intangibilidade da EqEF do contrato é, como regra, debatido partindo do pressuposto de que o desequilíbrio seria prejudicial ao concessionário. Nada impede, porém, que haja um desequilíbrio que afete os usuários, cuja tutela dos interesses cabe ao Poder Concedente. Nesse caso, a Administração Pública poderia estabelecer um procedimento consensual (GARCIA, 2019) para deliberar sobre o assunto, evitando que a temática seja objeto de litígio.

seriam condizentes com a racionalidade da definição do escopo da arbitragem. Nesse passo, a aferição do interesse público para fins de determinar a arbitrabilidade objetiva do conflito derivaria de uma análise de ponderação de interesses em jogo e, portanto, impossível de ser determinada *a priori* (ZIMMERMANN, 2007).

Nessa linha, mesmo quando o edital não prevê *ex ante* a convenção de arbitragem, não haverá impeditivo teórico ou dogmático para a lavratura do termo de compromisso arbitral de comum acordo entre as partes, desde que, dentro da ponderação de interesses realizada, verifique-se que tal solução será aquela que melhor atenderá os interesses do Poder Concedente, concessionário e demais *stakeholders* do ponto de vista da eficiência²⁸¹.

Serão arbitráveis, ao menos em termos abstratos, todas as questões patrimoniais em torno do contrato. A disponibilidade do conflito deve ser analisada em cada caso, segundo a ideia de eficiência e funcionalidade do acordo (PALMA, 2015), isto é, a sua funcionalidade para alcance e implementação adequada da política pública, demonstrada a vantagem do uso do mecanismo (art. 6º do Dec. nº 10.025/2019). A arbitragem terá preferência no caso de controvérsias fundadas em aspectos eminentemente técnicos e sempre que a delonga na solução do problema possa ensejar prejuízos à concessão ou tolher investimentos tidos como prioritários (art. 6º, §1º, do Dec. nº 10.025/2019).

Com efeito, os conflitos em torno da EqEF da concessão são, como regra geral, arbitráveis. Do ponto de vista econômico e financeiro, poder-se-iam endereçar à arbitragem as discussões que envolvem os processos ordinários ou extraordinários de reposicionamento tarifários, ou mesmo a

²⁸¹ Não estando o instituto previamente previsto no edital, a Administração deverá demonstrar as vantagens e desvantagens de submeter o conflito à arbitragem, ponderando aspectos econômicos, como os custos de transação, eventuais condutas oportunistas do concessionário, como os problemas de *hold up*, a necessidade de preservação do contrato do ponto de vista sistêmico em contrapartida à caducidade e à relicitação do seu objeto, avaliando também a necessidade de que o concessionário desista de ações judiciais conexas ao pleito arbitral.

necessidade de que se realize uma RTE da equação diante das alterações contratuais supervenientes.

Em verdade, essas alterações contratuais podem ser resultado: (a) da alteração das circunstâncias supervenientes capturadas pelos processos tarifários ordinários; (b) da criação de novas obrigações para o contratado ou (c) de circunstâncias imprevisíveis ou improváveis supervenientes à licitação (JURKSAITIS, 2015). Os conflitos relacionados à EqEF do contrato decorrem não apenas das alterações supervenientes, mas também da aplicação de parâmetros de regulação por incentivos, como, por exemplo, o componente variável da receita resultante da mensuração do desempenho da disponibilidade da infraestrutura (PV) e eventual discordância quanto aos resultados dos processos ordinários de reposicionamento tarifários. Podem decorrer, ainda, do problema das relações de agência e da assimetria de informações.

Conforme constatado pela amostra de processos judiciais apresentada, as matérias discutidas em juízo são as seguintes: execução de garantias, aplicação de penalidades, incidência do desconto da PV (termo de liberação e percentual da RAP aplicável), reposicionamento tarifário, excludente de responsabilidade e reequilíbrio econômico-financeiro, indenização por transferência compulsória de ativos, declaração de caducidade da concessão, receita devida por compartilhamento de infraestrutura, indenização por bens reversíveis não amortizados, anulação de leilão de transmissão e acréscimo na tarifa de valores para indenização de bens reversíveis não amortizados.

Com exceção de declaração de caducidade propriamente dita e de pleitos de anulação de leilão, as questões que foram apresentadas na amostra de contratos estariam no escopo objetivo da arbitragem. Estariam fora do escopo da arbitragem os conflitos que envolvam a validade do contrato de concessão e a discricionariedade administrativa para decidir sobre a manutenção do contrato ou eventual declaração de caducidade (art. 38 da LGC). A Administração tem o poder-dever de zelar pela continuidade do serviço público essencial, mas a análise quanto à validade e à vigência dos contratos não seria alcançada pela arbitribilidade objetiva, uma vez

que repercutiria em direitos difusos e indisponíveis, a exemplo dos reflexos sistêmicos para o SEB. A titularidade do serviço e o poder de fiscalização sobre o serviço também são questões não patrimoniais e, que, portanto, não poderiam ser levadas à arbitragem.

A rescisão do contrato de concessão, por iniciativa da concessionária, deve ocorrer pela via da ação judicial, não podendo paralisar os serviços até o trânsito em julgado dessa ação (art. 39, par. ún., da LGC). Portanto, nesse caso, é a própria LGC que exclui a competência do árbitro, e, caso venha a deliberar sobre essas questões, o tribunal arbitral atuará em ofensa ao art. 2º, §3º, da LBA.

Então, o árbitro não pode declarar a caducidade da concessão, extinguir ou suspender a eficácia dos contratos, porque isso poderia trazer efeitos sistêmicos não permitidos pelas regras de direito positivo, e, portanto, contrariaria a regra de julgamento com base no critério de direito. O árbitro estaria impedido de entrar no mérito das questões regulatórias e das decisões de cunho técnico das Agências Reguladoras, por força da sua obrigação de decidir o conflito segundo o direito positivo brasileiro. Porém, uma vez declarada a caducidade, a questão (legalidade ou razoabilidade da medida) pode ser objeto da arbitragem. Em outras palavras, o árbitro poderá decidir sobre a responsabilidade pelo fim precoce da concessão, sobre a manutenção das demais penalidades aplicadas e o valor das multas e indenizações devidas em virtude da extinção da concessão. De modo geral, haverá possibilidade de discussão das repercussões patrimoniais da declaração de caducidade em sede arbitral.

5.3 A pertinência da análise dos contratos para definição dos poderes dos árbitros

Conforme proposto nos capítulos anteriores, a ideia de centralidade dos contratos é essencial para a conformação do direito positivo quando do julgamento das arbitragens que têm como parte a Administração Pública. As regras de cada contrato de concessão serão, portanto, limitadoras da atuação do tribunal arbitral.

Como se observa, existem diferenças substanciais entre os contratos de transmissão firmados ao longo dos anos. Existem blocos de contratos de concessão com cláusulas idênticas, mas esses contratos vão sendo reformatados e aprimorados ao longo dos anos, especialmente no que toca à matriz de riscos que compõe o regime jurídico econômico-financeiro dessas concessões.

Os contratos firmados entre 2000 e 2006 não contemplavam revisões tarifárias ordinárias, ressalvada a necessidade de assegurar o reequilíbrio em caso de alterações supervenientes de tributos e encargos legais, os casos de ampliação ou reforço na infraestrutura de transmissão, os casos de alterações unilaterais e os casos de acréscimo de receitas acessórias (cf. cláusulas sexta, oitava, nona, décima segunda e décima terceira subcláusulas).

Considerando que a Agência Reguladora pressupunha que todos os incentivos seriam capturados pelo uso do mecanismo de leilão, pode-se dizer que a base objetiva desses contratos pouco resolveria em caso de conflitos, senão quando complementada pelo binômio risco vs. incertezas. Objetivamente, há de se pressupor que o equilíbrio seria mantido do início ao fim, sem possibilidade de compartilhamento de ganhos ou de perdas com os usuários do serviço ao longo da execução contratual. Nessa linha, somente eventos improváveis, incluídos no campo da incerteza ou da álea extraordinária dos contratos, poderiam, eventualmente, justificar o deferimento do pleito de reequilíbrio; sua comprovação seria mais problemática, na medida em que a concessão é dinâmica, e os ganhos auferidos até a oportunidade nunca haviam sido compartilhados com os usuários.

Pela racionalidade desses contratos, as transmissoras poderiam auferir maiores lucros ao longo de sua execução, e, como consequência, os riscos assumidos seriam maiores, nos termos do art. 2º, II, da LGC. Ainda assim, em situações excepcionalíssimas e de difícil comprovação, se os eventos exógenos supervenientes forem tais que causem um impacto substancial sobre o contrato e prejudiquem a continuidade ou a prestação do serviço adequado, poder-se-á admitir a partilha desses riscos com os

usuários pela via da RTE ou outros mecanismos que se mostrarem adequados diante do caso. Isso porque o regime do EEF das concessões, como visto, objetiva assegurar a sua preservação, e não o lucro do concessionário. Não se busca assegurar a repartição de dividendos, mas a operacionalização do serviço adequado. De toda forma, a grande dispersão da média de retorno esperado poderia ser o gatilho para a abertura do processo de revisão, a fim de que a Agência Reguladora avalie suas premissas fáticas e verifique se há necessidade de eventual reposicionamento. Da mesma forma, pode ser o gatilho para a avaliação do tribunal arbitral.

Quanto aos contratos firmados a partir dos leilões de 2007, eles se tornam mais sofisticados, apresentando mecanismos diversos de regulação por incentivos, a exemplo da partilha de ganhos que ocorrerá após o *lag* regulatório. Essa partilha se opera sobre a base de remuneração de terceiros e sobre os ganhos de eficiência operacional. Além disso, esses contratos trazem fórmulas contendo rubricas apropriadas à economia financeira do serviço que consideram suas peculiaridades permitindo a realização de RTP. Para tanto, os contratos impõem o uso da metodologia do fluxo de caixa descontado. As RTPs poderão ocorrer até o décimo quinto ano do contrato, quando a RAP se tornará plana.

Por determinação dos contratos de concessão e em atenção ao art. 10 da LGC, a utilização dos parâmetros regulatórios previamente estabelecidos para a realização das RTPs (sobre o capital de terceiros) não se presta a motivar pedidos de reequilíbrio. Aplica-se a ideia da teoria da base objetiva do negócio, e se pressupõe que as questões endereçadas pelas cláusulas de RTP seriam suficientes para a captura de ganhos e perdas durante os primeiros quinze anos da concessão. A ideia é que esse seja o tempo médio necessário para a amortização dos ativos. Em termos simples, eventual alegação de desequilíbrio que tenha como base a amortização da alavancagem financeira será mais difícil de ser justificada porque o contrato pressupõe que sua captura deva ocorrer dentro do *regulatory lag* previamente estabelecido.

Por essa lógica e tendo em vista a racionalidade da teoria da base objetiva do negócio, eventos exógenos ao contrato, a pretexto da superveniência do desequilíbrio da equação, não justificariam a alteração, para fins regulatórios, da estrutura ótima de capital inicialmente estabelecida no contrato. Ademais, considera-se que o intervalo entre uma e outra RTP seria o período necessário para incorporação de perdas ou de ganhos pela concessionária. Uma vez que a concessão é dinâmica, dificilmente seria demonstrado um grande desequilíbrio por força da alteração da estrutura de capital num período inferior ao ciclo tarifário.

A partir de 2014, os editais passam a admitir, em alguns casos, a entrega escalonada de parcelas do objeto dividido em conjuntos de FTs. A receita correspondente somente será percebida se preenchidas as condições do contrato, a saber: a entrega do conjunto de FTs e a sua liberação comercial pelo ONS. Como regra, os contratos demandam a entrega simultânea dos conjuntos de FTs que requerem a construção como seu objeto; ademais, quando não houver autorização expressa, a antecipação da entrada em operação comercial das FTs dependerá do interesse sistêmico, com prévia anuência da ANEEL. Sendo essas as bases objetivamente estabelecidas no contrato, dificilmente se poderia justificar um pleito de reequilíbrio com fundamento no atraso na entrega de um dos equipamentos que entregam o conjunto de FTs, a exemplo de um compensador estático ou de um transformador. A entrega do conjunto de forma simultânea e conforme a necessidade sistêmica é risco ordinário da concessionária e se relaciona à ideia de adequação do serviço (art. 6º da LGC).

Destacam-se, ainda, os altos deságios apresentados em contratos firmados até 2017 e os pleitos supervenientes de reequilíbrio fundamentados, sobretudo, em atrasos no licenciamento ambiental. Rememore-se que, até a edição da Lei nº 13.360/2016, o risco da obtenção das licenças (prévia e de instalação) estava ordinariamente transferido para as concessionárias, somente se justificando o seu afastamento se reconhecida a excludente de responsabilidade pela ANEEL.

A ideia da teoria da base objetiva do negócio para análise das repercussões dos deságios nas propostas é ainda mais salutar. Primeiramente porque, se os contratos não foram suficientemente claros quanto ao risco da obtenção do licenciamento ambiental, incidirá a cláusula geral do art. 2º, II, da LGC, que atribui ao concessionário o risco da exploração da atividade; porém, de modo geral, os contratos de concessão imputaram ao concessionário o risco da obtenção da licença ambiental, inserindo-a na álea ordinária do negócio.

Com a superveniência da Lei nº 13.360/2019, passou-se a admitir a excludente de responsabilidade da concessionária se demonstrada a mora inequívoca da Administração (mesmo quando o licenciamento é competência dos Estados), bem como onexo causal direto com o atraso, ficando, no entanto, o ônus da prova afeto à própria concessionária. Vale lembrar que, em média, espera-se que as obras atrasem até dois anos por problemas no licenciamento, o que se leva a crer que há uma média no atraso do processo administrativo que seria previamente precificada nos lances. Nem o imbróglio do processo de licenciamento ambiental nem o atraso de até dois anos na obra de implantação se caracterizam como incertezas, porque historicamente é o que tem, de fato, ocorrido, segundo demonstrado em estudos acadêmicos (CAZARRO, 2017), auditorias do TCU (2014b) e processos fiscalizatórios.

A partir dos leilões realizados em 2017, os contratos de concessão sofreram outros aprimoramentos. Houve o estabelecimento de alocação prévia de riscos diferenciada do que se dispunha nos contratos anteriores em função da superveniência da regra contida no art. 19 da Lei nº 13.360/2019. Ademais, a AGU (BRASIL, 2019; 2019d) exarou opinativos no sentido de que a lei se aplica a fatos ocorridos após a sua vigência, respeitados os seus efeitos prospectivos diante do prazo prescricional de cinco anos, contados da data de entrada em operação comercial do empreendimento, para pleitos de excludente de responsabilidade.

Nessa linha, os efeitos prospectivos da lei permitiram alteração parcial da matriz de riscos de contratos adjudicados antes da sua vigência, mas cujo empreendimento se encontrava em atraso quando da sua publicação ou

dentro do aventado prazo de cinco anos anteriores à publicação do diploma normativo. A possibilidade de alteração da matriz de riscos contratual em favor do concessionário do serviço deriva de uma escolha política do legislador.

Com o estabelecimento de uma matriz de riscos mais bem definida nos contratos de concessão, a teoria da base objetiva do negócio ascende como metodologia mais adequada para a solução de conflitos derivados desses contratos. Aliás, essa metodologia se coaduna com a ideia de centralidade do contrato e não pode ser descartada mesmo na hipótese de aplicação da teoria da imprevisão. Há sempre um padrão mínimo de alocação de riscos nos contratos de concessão que não pode ser desconsiderado, especialmente pelo uso de teorias não positivadas e de cunho voluntarista. Assim, sobretudo diante do caráter voluntarista da teoria da imprevisão, entende-se que a sua aplicação tem natureza subsidiária, apenas em caso de lacunas na lei e nos contratos, não podendo justificar a alteração da moldura contratual mínima. É preciso se ater sempre à ideia de centralidade da avença que é aderente à racionalidade do art. 10 da LGC, conforme a política tarifária definida pelo legislador ordinário (art. 175, par. ún., da CF/88).

A relevância do aprimoramento da matriz de riscos dos contratos, a partir da edição da Lei nº 13.360/2019, diz respeito ao fato de se admitir que os prazos regulamentares do processo de licenciamento ambiental sejam observados para fins de definição da responsabilidade da Administração Federal ou de terceiros (a ex. da Administração Estadual)²⁸² a admitir a excludente de responsabilidade, ainda que parcial, do concessionário para fins de aplicação de penalidades contratuais, havendo, ainda, a possibilidade de recomposição do prazo da outorga, se necessário. O fato mitiga o risco do licenciamento ambiental, mas não afasta a alocação desse risco para o concessionário.

²⁸² O atraso do licenciamento ambiental por mora da Administração Pública Estadual poderia ser qualificado como álea econômica extraordinária; não entendemos que se trata de fato do príncipe.

De modo geral, repise-se que as peculiaridades de cada contrato, conforme discriminado no capítulo anterior, funcionarão como limites ao poder decisório do tribunal arbitral, vinculado que está ao direito positivo brasileiro quanto ao critério de julgamento na arbitragem.

5.4 Limites à atuação do tribunal arbitral derivados do regime jurídico do EEF dos contratos

5.4.1 A tutela do equilíbrio da equação, as questões dogmáticas incidentes e o pressuposto de admissibilidade do pleito

O concessionário, pelo uso da jurisdição privada, busca, geralmente, a tutela da rentabilidade do projeto, conforme a expectativa inicialmente oferecida, considerando a decisão de privilegiar o investimento na infraestrutura necessária à realização do serviço ou da atividade de interesse público em detrimento de investimentos com maior liquidez. Porém, isso é algo diferente de assegurar o direito ao lucro ou à rentabilidade fixa. Naturalmente, esses investimentos são realizados num cenário de riscos e incertezas e com delineamentos *ex ante* próprios no contrato. Portanto, a possibilidade de endereçar o conflito à arbitragem, no campo da EqEF dos contratos de concessão, refere-se à busca pela devida remuneração sobre o crédito referente ao investimento que disponibiliza ao Concedente (GALÍPOLO; HENRIQUES, 2019).

Existem delineamentos próprios do regime do EEF dos contratos que deverão limitar ou conformar a atuação do tribunal arbitral nas arbitragens envolvendo a Administração. Esse instituto deve operar como “instrumento complexo, solene e de funcionamento esporádico”, não se prestando a “enfrentar bagatelas” (CORDEIRO, 2007, pp. 106, 111). As “portas da revisão” contratual não podem ser utilizadas nos tribunais “para solapar o tradicional princípio da obrigatoriedade das convenções”, nem a teoria da imprevisão, a teoria da base objetiva do negócio ou a onerosidade excessiva prestam-se à panaceia para o descumprimento de contratos (VENOSA, 2013, p. 489). Significa que, ao avaliar os pedidos endereçados à arbitragem, o tribunal arbitral deve considerar que o contrato de concessão concentra grande

parte do risco das eventualidades no particular, ao tempo que existe uma abertura regulatória para adaptação das circunstâncias supervenientes (CORDEIRO, 2007, p. 107).

De fato, não será toda e qualquer alteração circunstancial que irá justificar eventual pleito de reequilíbrio, mas apenas aquela que causar uma excessiva onerosidade (SCHREIBER, 2018). Naturalmente, o concessionário realiza o investimento sobre uma estimativa de renda apta a compensar o custo dos capitais investidos (MARTINS, 2019), mas, caso isso não ocorra exatamente como estimado, é perfeitamente possível que a questão configure um mero fortuito interno, de gestão própria do concessionário.

Há casos em que a elevação de custos pode ser compensada pela redução de outras rubricas (CÂMARA, 2009, pp. 169-170); assim, a avaliação do impacto deve sempre ser ponderada no contexto global do fluxo de caixa da concessão, considerados os demais elementos interligados e interdependentes (MARQUES NETO; LOUREIRO, 2019). Ademais, a pretexto de reequilíbrio, não se poderiam eliminar “por completo os riscos da exploração da atividade econômica do serviço público objeto da concessão” (CÂMARA, 2009, p. 188).

Submetido o conflito sobre reequacionar ou não o contrato, o tribunal arbitral deverá responder, em relação à alteração das circunstâncias, às questões relativas (i) à “sua natureza”, (ii) ao problema das alterações que estejam fora do âmbito das cláusulas específicas de alteração contratual e (iii) ao “problema das alterações que, caindo no seu âmbito, ultrapassem pela sua intensidade, o que as partes terão previsto” (CORDEIRO, 2007, pp. 106, 111).

Então, o intérprete aplicador do direito, no caso o árbitro ou o tribunal arbitral, deve estar atento para desvendar determinados questionamentos, que poderiam ser assim descritos: (i) houve algum evento com potencial para afetar o equilíbrio inicial do contrato?; (ii) esse evento estava inserido na matriz de riscos do contrato? E, em caso afirmativo, à luz da matriz de riscos do contrato, de quem seria a responsabilidade pelo risco do evento ensejador do desequilíbrio?; (iii) qual foi o efetivo impacto do evento para a

concessão (para que a obra possa ser implantada ou para que seja mantida a continuidade do serviço?); (iv) os mecanismos internos ao contrato – reajuste e revisão – são ou foram suficientes para assegurar o equilíbrio da sua EqEF?; (v) seria a TIR o melhor instrumento para aferir a rentabilidade dos investimentos? A TIR prevista ou projetada pode ser o parâmetro para recomposição se comparada com a TIR efetiva? O parâmetro para avaliação do desequilíbrio ou do reequilíbrio deve ser a TIR?; (vi) se os mecanismos contratuais ordinários não são hábeis a assegurar o reequilíbrio, e o risco do evento exógeno havia sido integralmente alocado ao particular, a executoriedade da concessão permaneceria viável se constatada uma grande dispersão da TMA estimada como consequência do evento cujo risco estava previsto e alocado?; (vii) como tratar juridicamente o evento de impacto negativo que não tenha sido previsto na matriz de riscos ou cuja consequência tenha sido insuportável?; (viii) se o risco não havia sido alocado *ex ante*, deve-se olhar para o contrato apenas sob a perspectiva do concessionário, ou a situação em que o evento coloca o Poder Concedente (e a comunidade de usuários) é também relevante? Os demais *stakeholders* são agentes legitimamente integrantes da relação contratual e devem ser considerados na avaliação?; (ix) em caso de impacto negativo, substancial e extraordinário para o serviço, qual seria a medida econômica mais adequada e eficiente para recompor o EEF do contrato?

Ainda, para resposta a esses questionamentos, surgem outros de índole dogmática vinculados ao critério de julgamento das arbitragens com a Administração Pública: (i) qual é a possibilidade de acolhimento da teoria da imprevisão no âmbito do direito positivo brasileiro?; (ii) se o risco não foi alocado de forma eficiente no contrato, a teoria da imprevisão poderia servir como instrumento para alterar a sua matriz de riscos, com fundamento no evento extraordinário e nas repercussões negativas para o serviço? A teoria da imprevisão poderia ser utilizada para modificar as cláusulas de revisão da EqEF do contrato?²⁸³ A teoria da imprevisão poderia ser utilizada para alterar

²⁸³ Indagações semelhantes foram propostas por Loureiro na série de Webinários realizada pelo TCU (2020b) para debater os impactos da pandemia nos setores de infraestrutura do país.

o modelo regulatório adotado pelo contrato?; (iii) o direito positivo assegura a intangibilidade da EqEF apenas para o concessionário, isto é, imputa todos os ônus da incerteza para o Poder Concedente e para os usuários do serviço?; (iv) seria possível alterar a própria base econômica do contrato quando circunstâncias ao contexto macroeconômico tenham provocado “uma perturbação estrutural da equação inicial da distribuição de riscos” (MARTINS 2012)?; (v) é necessário importar do direito privado a teoria da base objetiva do negócio para solução de conflitos em torno da EqEF da concessão? Essa teoria é suficientemente capaz de apresentar respostas para a incompletude do contrato?; (vi) preceitos, postulados e princípios de direito privado podem ser adotados na interpretação das cláusulas dos contratos de concessão?²⁸⁴

O tribunal arbitral deve estar atento à possibilidade de aplicação das teorias criadas para lidar com a alteração superveniente das circunstâncias porque terá as regras de direito positivo como limite de sua incidência.

Algumas premissas, em abstrato, conforme descrito em capítulos anteriores, podem ser apontadas: (i) “os agentes econômicos tomam decisões de investimento em condições de risco e incerteza”; (ii) ao fazê-lo, “projetam diferentes cenários para exercícios envolvendo fluxos de caixa”; (iii) grande parte das variáveis consideradas pelos agentes e “que constituem os fluxos de caixa são aleatórias, tais como receitas e despesas futuras”; (iv) verificada a distribuição de riscos do contrato, o adjudicatário do serviço trabalha com “cenários de estresse” e “planos de contingência para mitigar eventuais riscos”, objetivando manter a TMA (OLIVEIRA; ESTEVES,

²⁸⁴ Em sentido semelhante, Garcia (2019) faz as seguintes indagações: (i) como proceder quando se está diante de profunda mudança nas condições e circunstâncias que levaram as partes a celebrar o contrato e a definir a própria matriz de risco?; (ii) e se as consequências dos riscos contratualmente assumidos desvelarem proporções ruinosas para um dos contratantes, gerando profundo desequilíbrio na relação originalmente estabelecida?; (iii) aplica-se a teoria da imprevisão mesmo para riscos contratualmente previstos? Imprevisão na previsão é viável, ou se trata de despautério jurídico? No mesmo sentido: “devem as partes suportar integralmente as consequências dos riscos contratualmente assumidos quando se tornam extraordinariamente custosos em razão da abrupta mudança do cenário, como vem ocorrendo com a crise econômica brasileira?” (GARCIA, 2019b).

2020); (v) a matriz de riscos estabelecida *ex ante* visa precipuamente assegurar o cumprimento do contrato contra o arrependimento (ARAUJO, 2007); (vi) mesmo se considerada a alocação de riscos prevista no contrato de concessão, nenhum dos contratantes goza de uma proteção integral sobre todo e qualquer risco previsto, porque é preciso manter os incentivos para que as partes adotem providências tendentes a reduzir sua exposição ao fator de risco (ZANCHIM, 2012, p. 148).

Como visto, os eventos externos e alheios à vontade das partes podem ter diversas conotações: (i) eventos previstos na matriz de riscos ou “fatos extraordinários previsíveis”; (ii) eventos prováveis (circunstâncias normais), mas não previstos em razão dos altos custos de transação envolvidos ou pela falta de diligência das partes – são “fatos ordinários imprevisíveis” (SCHREIBER, 2018) ou não prováveis; (iii) eventos incertos, que correspondem às circunstâncias anormais, não abarcadas por probabilidade estatística.

Possivelmente, os eventos externos, em qualquer dessas circunstâncias, serão a maior fonte de conflito em torno do contrato. Então, em última análise, o reequilíbrio ou a revisão do contrato poderia ocorrer tanto para eventos incertos quanto, excepcionalmente, para eventos prováveis, mas de consequências incertas e de grande magnitude, pois não se pode admitir que a manutenção das condições, fundadas na ideia procedimental de igualdade na concorrência para o mercado, transforme-se, no caso em concreto, num arbítrio (CORDEIRO, 2007).

É crucial também o reconhecimento de que as normas que versam sobre o EEF dos contratos são de ordem pública²⁸⁵, ao tempo que há uma relação direta entre a noção de equilíbrio e a concretização do interesse

²⁸⁵ Significa dizer que a abertura para tratar do assunto se refere a “regras de procedimento, métodos de avaliação, sinais de alarme quanto a alterações ou convenções especiais de arbitragem”, não sendo possível, “nos contratos públicos, suprimir a faculdade de adaptação às circunstâncias, concentrando designadamente, no particular, o risco das eventualidades”. Outrossim, a continuidade do serviço público, raiz do instituto, não permite que a Administração Pública faça “depender as suas funções de áleas incontroláveis” (CORDEIRO, 2007, p. 107)

público consistente na manutenção do serviço concedido ou na viabilidade da execução contratual.

A nosso ver, a teoria da base objetiva do negócio que privilegia a ideia de centralidade do contrato é a que primeiro sustentará a decisão do tribunal arbitral, uma vez que positivada no art. 10 da LGC. Contudo, a teoria da imprevisão pode ser aplicada para solucionar os problemas em torno da EqEF, em caso de lacunas, se a incerteza atrelada ao risco do negócio incrementar substancialmente os custos de transação (GARCIA, 2019, p. 186; SANTOS, 2019). No entanto, para ser aplicada, a teoria da imprevisão necessita ser ressignificada ou “temperada com as especificidades jurídicas dos modelos concessionários” (GUIMARÃES, 2014, p. 333), complementada pela análise econômica, pela própria teoria da base objetiva do negócio e pelos postulados hermenêuticos de interpretação de contratos.

Essa ressignificação da teoria da imprevisão permite a distribuição de riscos *ex ante*, de fatores que originariamente seriam considerados extraordinários, para qualquer das partes, e possibilita, também, a caracterização da incerteza não apenas quanto ao evento em si, mas, sobretudo, nas consequências ou externalidades negativas que o contrato sofreu em virtude do evento. Não se prestaria a beneficiar ou prejudicar exclusivamente um ou outro sujeito da relação contratual. Permitiria uma espécie de compartilhamento de responsabilidades, excluído o seu caráter voluntarista para encontrar respaldo na distinção entre risco e incerteza, sem prejuízo da observância dos preceitos econômicos da regulação por incentivos. É possível que o evento provável, mas externo, cujo risco foi devidamente alocado a qualquer das partes resulte num quadro de incerteza, tornando o fator de risco não suscetível de exames de probabilidade quanto à sua dimensão.

Nessa linha, a não probabilidade do evento pode se converter em incerteza, e ela não assumiria um caráter autônomo, avaliado segundo uma racionalidade abstrata, para fins de caracterizar ou não a necessidade de reequilíbrio; importaria a sua avaliação de forma instrumental à análise concreta dos impactos do acontecimento para a proporcionalidade interna do contrato e a do nexo causal, sendo estes últimos os fatores capazes de

afastar posturas voluntaristas das partes ou do intérprete. O nexo de causalidade deve ser avaliado porque somente causas externas ao contrato poderiam justificar o pleito de desequilíbrio (SCHREIBER, 2018) quando o risco havia sido alocado à parte prejudicada.

A despeito de haver delimitação de riscos previamente definida no contrato, circunstâncias adversas, imprevisíveis e externas, “de grande magnitude” (OLIVEIRA; ESTEVES, 2020), denominadas cisnes negros (TALEB, 2015), *fat tails* (BREMNER; KEAT, 2009/2010), eventos de cauda ou eventos extremos, e de consequências insuportáveis ou intoleráveis para qualquer das partes, “podem proporcionar resultados muito piores que os inicialmente projetados” quando da formalização do contrato, afetando, via de regra, os parâmetros iniciais que levaram à decisão de investimento (OLIVEIRA; ESTEVES, 2020). Assim, as consequências do fato previsível ou provável, ainda que devidamente alocado, podem ser imprevisíveis e intoleráveis para a execução do contrato (GARCIA, 2019b).

A teoria da base objetiva do negócio e a teoria da imprevisão não alcançariam, em princípio, as circunstâncias normais (no sentido de que foram fatores de risco distribuídos no contrato). Porém, se alicerçadas nos princípios da boa-fé e da lealdade e na quebra da base objetiva do negócio por eventos incertos, possibilitariam a revisão negociada dos contratos (WALD *et al*, 1996; GARCIA, 2019b; MARTINS, 2012; GONÇALVES, 2019).

Esses eventos exógenos e incertos pressupõem também a definição de um marco temporal para que sejam abarcados por essas teorias, evitando-se que a parte aproveite o ensejo para inserir no pleito de revisão prejuízos oriundos da má gestão do seu negócio, e não propriamente do evento de grande magnitude para o contrato. O pleito deve, portanto, passar por uma espécie de *screening test* (OLIVEIRA; ESTEVES, 2020), inclusive com a delimitação temporal da circunstância superveniente.

Desse modo, a revisão se voltaria para sanar o problema dos reflexos [negativos, substanciais ou significativos, extraordinários e excessivamente onerosos] das novas situações criadas, conquanto derivadas de eventos prováveis e normais. Abarcaria também aquelas circunstâncias

denominadas “*interferências imprevistas (sujétions imprévues ou changed conditions)*”, que ocorrem na vida dinâmica da operação” (WALD; MORAES; WALD, 1996, pp. 37-38), desde que tenham, comprovadamente, alterado o lucro operacional do empreendimento e comprometido a sua manutenção. Nesse caso, o evento exógeno teria repercutido para além do ordinário imputável pela matriz de riscos, permitindo um incremento na tarifa até o limite do escopo necessário para a manutenção do serviço adequado. Admitir-se-ia, assim, o compartilhamento dos prejuízos – ocasionados pelo evento exógeno, alheio às partes, de impactos substanciais para o contrato – entre todos os *stakeholders*.

Isso porque, em determinadas situações, a imprevisibilidade ou o improvável não estariam no evento exógeno em si mesmo, mas nos efeitos que esse evento, apesar de originariamente inserido na análise de probabilidades do concessionário, trouxe para o contrato. Em outras palavras, esses efeitos é que seriam caracterizados como incertos, visto que superam sobremaneira a razoável probabilidade aferida dos resultados provocados por qualquer fator de risco (MARTINS, 2012; GONÇALVES, 2019; GARCIA, 2019b).

Segundo Martins (2012), sem prejuízo de outras possibilidades, é comum que a TIR verificada se disperse da média esperada por conta de desvios nos investimentos, muito comuns quando se opera o atraso nas obras, e nos rendimentos (receitas). É preciso ponderar, no entanto, que “situações do tipo cisnes negros são excepcionais e devem ser tratadas como tal” (OLIVEIRA; ESTEVES, 2020). Com efeito, a revisão deve ocorrer na medida em que os objetivos dos contratos dela necessitam para ser realizados. É preciso assegurar uma TMR que seja suficiente para a continuidade do serviço e sua prestação adequada²⁸⁶.

²⁸⁶ Gonçalves (2019) também considera a possibilidade de que tenha havido uma dispersão da média, isto é, um alto nível de desvio do que fora inicialmente previsto na racionalidade econômica do plano de negócios do concessionário; porém, “a determinação de um montante que, de uma só vez, proceda à ‘reposição’ do equilíbrio contratual, tendo em consideração o nível de desvio entre o caso base inicial e o caso base revisto”, dependeria da concretização do caso base como um documento de natureza contratual. Na hipótese

Nessa linha, a eventual incidência da teoria da imprevisão na previsão não seria um “total despautério jurídico” (GARCIA, 2019b), porque a grande dificuldade enfrentada no âmbito dos contratos relacionais complexos e de longa duração consiste na “afetação do risco, relativamente a eventos futuros, no momento que se celebra o contrato” (MARTINS, 2012).

Portanto, entende-se que a dispersão da média quanto ao retorno esperado pode ser o pressuposto para avaliação do pleito de reequilíbrio. Nessas circunstâncias, o pedido estaria a superar pressupostos mínimos de admissibilidade. Isso não dispensa, no entanto, o tribunal arbitral da necessidade de observância dos demais parâmetros da base objetiva do negócio. A elevada dispersão da TIR projetada pode, então, ser o parâmetro de gatilho para avaliação do pedido do concessionário, mas a TIR não pode ser a medida da recomposição caso se entenda que o contrato esteja realmente desequilibrado.

Da complexidade desses contratos derivaria um modelo normativo aberto e dinâmico propício a mutações, desde que limitadas pela moldura regulatório-econômica. Se, para a solução do caso, o projeto de partilha de riscos é parcialmente mitigado pela situação de incerteza, os parâmetros regulatórios (o modelo de regulação adotado) e a base da EqEF do contrato de concessão não poderiam ser modificados. Isso porque, qualquer que seja “o valor expresso, em concreto, pela boa fé, nos casos efectivos de alterações supervenientes, deve-se ter presente que o contrato subsiste válido e eficaz” (CORDEIRO, 2007).

5.4.2 Parâmetros para avaliação do desequilíbrio do contrato

Sobre os critérios a partir dos quais se definiria o equilíbrio da EqEF, eles se relacionam aos *standards* definidos na lei e nos contratos de concessão. Segundo Prado e Gamell (2019), “há íntima relação entre o

de desvio, o valor da reposição corresponderia “ao valor econômico resultante da diferença entre certas quantidades estimadas no caso base e as quantidades que são possíveis estimar agora, com a ponderação resultante do impacto do evento causador do desequilíbrio”. Entretanto, outra questão que se coloca é como aferir essa dispersão utilizando-se de bases econômicas sólidas (NÓBREGA, 2019).

modelo de regulação econômica e o tipo de mecanismo de recomposição do equilíbrio”.

Os eventos externos ora mencionados seriam verdadeiras causas típicas de mutação dos contratos (MARTINS, 2012), com a finalidade de suprir as lacunas ou aberturas do seu inacabamento. Embora típicas, são causas excepcionais.

O arranjo contratual *ex ante* deve ser valorizado, de acordo com a noção de eficiência dinâmica, que seria preponderante na relação jurídica. Privilegiar essa eficiência significa priorizar a moldura do contrato de concessão estabelecida *ex ante*, isto é, “o plano no qual se estabelecem, para as partes” e “para todos os interesses presentes e futuros, os incentivos de longo prazo”, os quais serão os parâmetros a serem considerados pelo direito e pela ciência econômica. A eficiência estática, que recomenda a aceitação das propostas de modificações contratuais, é excepcional e só se justifica “por motivos muito evidentes e poderosos”. Deve ser fundada em “considerações de razoabilidade (de boa-fé)”, enaltecendo a ideia de “incumprimento eficiente” e não permitindo uma redistribuição oportunista de riscos (ARAÚJO, 2007, p. 626).

Sem que se proponha uma fidelidade cega e literal (GARCIA, 2019, p. 181), a base objetiva do negócio (art. 10 da LGC) remeteria para a ideia de centralidade do contrato e para a aplicação de postulados como boa-fé objetiva (art. 113 do CC/2002). Adicionados à ideia de incompletude, esses postulados normativos permitem a hermenêutica sistêmica para que o intérprete reconheça a mutabilidade das circunstâncias que refletem nas condições da avença e solucione os conflitos advindos da nova situação fática.

É preciso prevenir a derrocada do concessionário e a paralisação do serviço. A desproporcionalidade enfrentada deve ser corrigida em termos econômicos e financeiros, o que não significa impor a ideia de equivalência estática nem assegurar remuneração pelo custo, de modelagem *flat*, quando a regulação por contrato está informada pela lógica de regulação por incentivos. Portanto, essa análise não prescinde dos parâmetros

regulatórios voltados para o estabelecimento de incentivos econômicos. Normalmente, o contrato define, “dentro da sua realidade, aquele crivo (que pode até mesmo ser construído a partir do cotejo de mais de um parâmetro) que entende mais adequado para orientar a recomposição” (MARQUES NETO; LOUREIRO, 2019).

É o que ocorre nos contratos de transmissão para a operacionalização das RTPs, realizadas a cada ciclo tarifário, com o objetivo de reavaliar a remuneração do capital de terceiros. Há, no entanto, ressalva de que esses parâmetros não poderiam ser invocados para efeito de RTE da concessão. O que, por um lado, impediria que a remuneração do capital de terceiros fosse objeto de questionamento para fins de RTE, por outro, nos meandros da incompletude, confere maior liberdade para o tribunal arbitral estabelecer uma metodologia de recomposição se esta vier a ocorrer mediante incremento da receita, desde que observe a ideia de regulação por incentivos.

É comum que os pleitos de reequilíbrio venham fundamentados na dispersão do valor da TIR projetada. Porém, no segmento de transmissão, os contratos submetem-se à regulação por incentivos (art. 9º da LGC), e não há previsão contratual que obrigue a aplicação da metodologia de cálculo da TIR ou do VPL para que se proceda à revisão da EqEF. Rememore-se que o contrato não estabelece obrigação de apresentar um plano de negócios ao Concedente.

Nessa linha, a observância das condições iniciais do contrato (art. 10 da LGC) não remete para a necessidade de que seja mantido o parâmetro de rentabilidade inicialmente projetado pelo investidor. Assim, entender diferentemente seria contrário à própria racionalidade da assunção de riscos nas concessões de serviços públicos (art. 2º, II e III, da LGC). Não se está a dizer que o contrato não deva ser reequilibrado se as evidências estiverem a comprovar o seu desequilíbrio. Afirma-se, apenas, que a TIR pode ser o gatilho ou o parâmetro de admissibilidade do pleito de reequilíbrio, mas a comprovação do desequilíbrio não se opera apenas numa simplória comparação entre a TIR original e a TIR atual. Afirma-se, também, que, num

cenário de regulação por incentivos, não há aderência da metodologia da TIR para definição dos níveis necessários de reequilíbrio.

Se o tribunal arbitral optar pelo apego à metodologia da TIR para avaliação do pleito de reequilíbrio a pretexto de manter as condições do contrato, então ele deve se ater à “TIR original” regulatória. Nesse caso, a TIR regulatória seria o único parâmetro admissível, muito embora seu valor tenha sido estabelecido no momento da celebração do contrato em conjuntura econômica possivelmente distinta daquela existente quando do pleito de revisão.

Poder-se-ia pensar na revisão da TIR original sem, contudo, usar parâmetros reais, isto é, admitir-se-ia, em última análise, a aplicação da TIR original com parâmetros regulatórios mais atuais, revistos segundo critérios de eficiência. O problema dessa solução é que sempre haverá mais de uma técnica regulatória disponível, e a decisão sobre qual delas se deve utilizar é eminentemente técnica e diretamente vinculada às competências autônomas e independentes exercidas pelo órgão regulador. É fácil perceber, nesse caso, a alta possibilidade de ingerência do tribunal arbitral na autonomia técnica da Agência Reguladora, o que contraria a racionalidade da criação do regime de autarquias especiais com poderes regulatórios autônomos capazes de propiciar estabilidade normativa para o mercado e para os usuários do serviço.

O uso da TIR original regulatória também parece algo contraditório com o próprio pleito de RTE, na medida em que a alteração das conjunturas econômicas geralmente está vinculada aos impactos da incerteza superveniente que o pleito de revisão objetiva sanear. A alteração do cenário econômico é, muitas vezes, um dos fundamentos do pleito de revisão, que, obviamente, não dispensa a comprovação embasada em evidências²⁸⁷. É

²⁸⁷ No Procedimento Arbitral nº 23.433/GSS/PFF, o tribunal arbitral exarou decisão no sentido de que caberia à requerente comprovar o evento extraordinário e imprevisível posterior à firma do contrato de concessão, pressuposto do seu direito à revisão (CCI, 2020, p. 68).

preciso comprovar a ruptura da equação e o seunexo causal com o evento disruptivo.

Por outro lado, desconsiderar a TIR original para estabelecer uma nova TIR aplicável seria o mesmo que estabelecer parâmetros de um novo leilão para um contrato já existente, sem o benefício do mecanismo da concorrência. Recorda-se que a concorrência é um dos instrumentos necessários para assegurar eficiência no segmento de transmissão. Mesmo na hipótese de incidência da regulação discricionária (como no caso de ampliação dos serviços com reforços), haverá a necessidade de trabalhar com a ideia de simulação dos mercados competitivos. A eficiência, por sua vez, está diretamente atrelada à adequabilidade e modicidade do preço do serviço.

Diante desses problemas, essa racionalidade também não seria adequada. Verifica-se, assim, a inconveniência e o imbróglio regulatório quanto ao apego à TIR para estabelecer parâmetros de EEF do contrato em curso.

Como regra, o que o concessionário espera, na avaliação do pleito de reequilíbrio, é justamente a alteração do parâmetro regulatório utilizado para a verificação do custo de oportunidade do investimento. São parâmetros naturalmente alteráveis ao longo do tempo, e nisso está o risco da concessão. Modificar esses parâmetros para possibilitar a mudança de condições do contrato significa alterar os próprios parâmetros do leilão, o que, por vias reflexas, poderia violar o princípio de concorrência para o mercado, que permeia os leilões e concorrências públicas necessários para a concessão dos serviços (art. 21, XII, “b”, c/c 175, *caput*, da CF/88). Como tal, essa conduta estaria a violar o princípio da igualdade para concorrência e da economicidade inerentes às contratações públicas (GONÇALVES, 2018).

Nos contratos mais antigos, a TJLP utilizada pelo BNDES era o parâmetro de custo de oportunidade do investimento. Com a entrada de novos financiadores (capital de terceiros) além do BNDES, os títulos públicos passaram a ser um novo indicador. Repisa-se que, no segmento de transmissão, o maior risco assumido pelo concessionário é o risco de

construção ou o CAPEX, e isso é da própria natureza dessa concessão. É o concessionário que gerencia integralmente o *design* do projeto e a obra de implantação da infraestrutura. O Poder Concedente sequer determina o traçado, menos ainda marca de equipamentos e maquinário, quantitativo e expertise da mão de obra etc. Nada disso é de seu conhecimento. A obrigação do concessionário é uma obrigação de fazer, que, como regra, corresponde à ligação do ponto A ao ponto B do sistema no prazo definido no edital e, então, manter a LT disponível para que o sistema seja operado.

Quando há pleito de reequilíbrio, o regulador sofre com os problemas da assimetria de informação. Por outro lado, é natural do serviço a possibilidade de altos ganhos conjunturais ao longo do tempo em favor do concessionário, sobretudo diante da economia de escala inerente à característica do monopólio natural do segmento. Nem mesmo os mecanismos de repartição de ganhos previstos no contrato permitiriam grandes capturas dos ganhos conjunturais percebidos pelo concessionário em favor dos usuários. A longo prazo, a transmissão tende a ser um investimento altamente lucrativo, não sujeito a risco da demanda²⁸⁸. Isso pode fazer com que a decisão arbitral, deferindo o pleito de reequilíbrio, uma vez transitada em julgado, produza grandes prejuízos para os usuários a longo prazo, na medida em que os aspectos conjunturais do serviço tendem a permitir que a concessão seja gradativamente reequilibrada.

Um dos fatores mais impactantes para o atraso do cronograma é o tempo para obter a licença ambiental, cujo risco é imputado ao empreendedor. É também provável e conhecido o atraso médio das obras derivado dos problemas com o licenciamento. Em média, os processos de licenciamento para as obras de transmissão costumam demandar algo em torno de dois anos. Para que o atraso ocasione a revisão do contrato, ele deve ter sido bem superior ao tempo médio que se espera para conclusão do processo administrativo, e o empreendedor deve demonstrar as

²⁸⁸ As características desses contratos fazem com que sejam “os melhores que a economia brasileira oferece nos setores de infraestrutura”; são elas: o prazo de trinta anos, a previsibilidade da RAP, dada a sua indexação, ou sua qualidade de preço fixo, a adimplência total, derivada do funcionamento em rede do sistema (os usuários funcionam como condôminos) e a liquidez para venda futura da concessão (CASTRO, MARTINI, 2021, *on-line*).

consequências extraordinárias desse evento para a manutenção do serviço. Como se trata de risco próprio do concessionário, espera-se que o atraso comprometa substancialmente a continuidade do empreendimento ou possa ensejar a derrocada do projeto se os recursos não forem reposicionados numa janela curta de tempo, como a janela do ciclo tarifário ou outra menor. Isso porque, como dito, os ganhos conjunturais normalmente obtidos nesse segmento tendem a permitir o reequilíbrio do contrato no longo prazo.

Mas o que fazer em casos em que, por motivos extraordinários e alheios às partes, o atraso na implantação é também extraordinário, suplantando inclusive o tempo inicialmente conferido para entrega do objeto ou o *lag* regulatório normalmente admitido entre um ciclo e outro? Nesse caso, é provável que a execução da obra tenha início em cenário econômico conjuntural totalmente diferente daquele no qual realizado o leilão. No entanto, isso não altera o fato de que a mudança no parâmetro de avaliação do custo de oportunidade do investimento significa alterar os parâmetros do edital e as condições do contrato sem o benefício que a concorrência operaria.

Nesse caso, a tendência seria a própria declaração de caducidade da concessão, que se tornou inviável. Porém, se, em alguma medida, do ponto de vista da eficiência econômica, é mais vantajoso seja para o consumidor, seja para o Poder Concedente, em face dos custos de eventuais indenizações devidas, renegociar do que licitar, a questão posta será como proceder. Qual é o limite do reequilíbrio? Quais seriam os seus parâmetros metodológicos? Como restaurar o EEF da concessão se constatado que a mera atualização da RAP *bid* não seria suficiente para prevenir a derrocada do projeto, com a amortização suficiente dos investimentos e recursos necessários para operação da infraestrutura pelo prazo remanescente da concessão? Seria necessário assegurar maior fluxo de caixa no início do projeto devido aos seus altos custos afundados? Se essa for a conclusão do tribunal arbitral, o reequilíbrio deve ser assegurado na medida da necessidade de manutenção do serviço sem contrariar as condições regulatórias e econômicas iniciais do contrato de concessão.

Se o tribunal arbitral decidir aplicar a atualização regulatória da TIR original (já vimos que não é possível aplicar a TIR real), haverá a necessidade de simular a concorrência que existiria se fosse realizado um novo leilão, aplicando-se deságios também atuais²⁸⁹. Essa é precisamente a racionalidade aplicável para implantação de reforços.

A atuação do tribunal arbitral deve ser limitada pela simulação da eficiência, com possíveis deságios, sem o que se afrontará o princípio da competição pelo mercado e o princípio da economicidade dos certames. A decisão pelo reequilíbrio não conseguirá evitar a possibilidade de que sejam ainda maiores ganhos conjunturais futuros em benefício do concessionário, na medida em que formará coisa julgada e se tornará imutável.

Assim, uma maneira de diminuir os efeitos de uma possível seleção adversa ou do *hold up* seria modificar a RAP para os primeiros anos do projeto, mas permitir a retomada da RAP *bid* para as próximas janelas tarifárias, permitindo que o regulador exerça seus poderes regulatórios conforme definido em contrato nos ciclos tarifários subsequentes. Se essa lógica for economicamente inviável, mais um motivo para que a revisão se opere nos estritos limites do indispensável para a manutenção e continuidade do serviço, pois a imutabilidade da decisão arbitral, como dito, poderá ocasionar prejuízos conjunturais para os usuários, visto que a mutabilidade é ponto fulcral nas concessões.

Pondera-se, também, que o contrato estabelece os parâmetros definidos para a realização de RTPs do capital de terceiros; eles não podem servir de parâmetro para revisões extraordinárias (RTEs). Parece lógico que, se o desequilíbrio é capturado pela RTP, não há que se falar em RTE, uma vez que os mecanismos ordinários do contrato já permitiriam sanear o problema equacional do contrato.

²⁸⁹ É sabido, no entanto, que a simulação da concorrência nunca será capaz de estabelecer parâmetros perfeitos de eficiência. Não será possível avaliar efetivamente a eficiência por meio da competição; por outro lado, só faz sentido simular eficiência em janelas mais curtas diante da impossibilidade de prever perfeitamente o futuro. Se a regulação não se deu pela competição, naturalmente haverá mais imperfeições ao longo do tempo.

Também, nesse segmento, por conta de o risco estar mais concentrado no CAPEX e diante dos ganhos conjunturais que se realizam naturalmente ao longo dos anos, não faria tanto sentido pensar em RTE durante o período de operação da linha. Apesar da incompletude dos contratos de concessão e da vinculação desse aspecto ao seu longo prazo de execução, na transmissão, as incertezas têm mais reflexo quando ocorridas durante a fase de implantação da infraestrutura do que propriamente na fase de operação. Os percalços durante a operação do projeto dificilmente estarão fora da matriz de riscos alocada ao concessionário.

Dois exemplos práticos podem ser mencionados: o atraso substancial no cronograma de obras e a alteração de traçado com a necessidade de realização de novos investimentos não previstos nos “R”s por motivo de força maior, caso fortuito, fato da Administração ou fato de terceiros. O atraso no cronograma pode demandar uma revisão que requeira o reequilíbrio propriamente dito, e a necessidade de realização de novos investimentos pressupõe a complementação da receita.

No primeiro caso, é preciso definir quais seriam os parâmetros a serem utilizados, conforme as condições do contrato²⁹⁰; no segundo, se a adequação do empreendimento não provocou alteração no curso das obras e a LT não entrou em operação previamente à modificação (não caracteriza reforço²⁹¹, mas um complemento do investimento necessário para a disponibilização do serviço), a RAP *bid* demandaria um complemento com os mesmos parâmetros de definição da RAP teto, considerado o valor do deságio ofertado, desde que isso não contrarie a regulação contratual sobre demanda por reforços.

Nesse ponto, importante destacar que a questão também pode envolver o imbróglio da substituição de equipamentos e a sua

²⁹⁰ Como já mencionamos de forma reiterada, somos contrários ao uso da TIR porque a sua metodologia contraria a essência da regulação por incentivos.

²⁹¹ Não se nega a dificuldade fática para a diferenciar a hipótese de uma alteração unilateral oriunda da demanda por reforços. Reforços têm regras regulatórias próprias para o incremento da RAP. Ele ocorre por critérios de *benchmarking* e simulação da concorrência com apoio de um banco de preços definido *ex ante*.

caracterização como melhorias que já estariam inseridas entre as obrigações contratuais da transmissora para prestação adequada do serviço e, portanto, não admitiriam adicional de receita²⁹²; pode envolver ainda reforços autorizados e necessários à confiabilidade e segurança sistêmica, quando a concessionária dependerá da anuência do regulador e fará jus ao adicional da RAP, conforme expressamente previsto em contrato.

Qualquer que seja a hipótese de revisão do contrato, não se admite a alteração dos parâmetros regulatórios e da matriz de riscos definida inicialmente no contrato.

Em razão da própria dificuldade em trabalhar com o futuro longínquo, que é precisamente o problema dos custos de transação e da incompletude do contrato, em casos de reequilíbrio, o recálculo da RAP *bid* levará em conta uma janela curta. Como o *design* do projeto é todo do concessionário, o regulador sofrerá com alto nível de assimetria de informações. E é bem provável que o árbitro enfrentará o mesmo problema.

De duas, uma: o tribunal arbitral (i) não concede o reequilíbrio por ausência de provas (aliás, a presunção de legitimidade das decisões regulatórias anteriores à submissão do conflito à arbitragem pressupõe que o ônus da prova seja imputado ao concessionário) diante da falta de evidências suficientes do desequilíbrio ou (ii) considera suficientes as evidências disponibilizadas, decidindo sobre o reequilíbrio, possivelmente com maior grau de conhecimento técnico, mas, ainda sim, com grande risco de captura²⁹³.

A discussão que permeia o atraso de cronograma de obras e o equilíbrio da equação é naturalmente um conflito em torno de custos regulatórios e custos efetivados, custos realizados e não realizados, ou custos eficientes e prudentes e custos não prudentes. Por sua vez, o imbróglio da

²⁹² A substituição de “equipamentos obsoletos ou com problemas de desempenho, mas ainda não depreciados” é obrigação inerente à prestação do serviço adequado, que não possibilita o incremento de receita (HUBNER *et al*, 2020, p. 22) e, assim, não poderia justificar o deferimento de pleitos de reequilíbrio.

²⁹³ O mesmo risco que incorreria o juiz togado.

avaliação de custos, além da assimetria de informações envolvida, é também um problema que remete para a metodologia regulatória aplicável – regulação pelo custo e regulação pelo preço (embora esta última, em alguma medida, também seja *cost-based*).

Levar o conflito à arbitragem em casos de atrasos na implantação, em última análise, poderá ser uma decisão entre reliciar ou renegociar. Isso dependerá de avaliação que considere o benefício marginal para o consumidor (do ponto de vista dos custos de transação) e para o Poder Concedente (ex. da avaliação das chances de vitória numa ação judicial em curso e suas repercussões para o erário), a RAP teto que fora definida para o leilão e a simulação de nova concorrência.

Essa avaliação deve considerar o novo paradigma administrativo consensual de abertura democrática, que abarca a natureza relacional dos contratos de concessão e considera o interesse de todos os *stakeholders*. Como consequência, não se deve pressupor que a superveniência do evento exógeno não amparada pela matriz de risco do contrato enseja a transferência automática desse ônus para o Poder Concedente ou para os usuários dos serviços. Nesse caso, os ônus podem e devem ser repartidos (art. 10 da LGC). Por isso, a necessidade de se avaliar aquilo que é economicamente necessário para a manutenção da relação contratual sob o ponto de vista sistêmico e sob o ponto de vista das outras partes envolvidas (além do concessionário) impactadas pelo evento exógeno.

Não se trata de assegurar o lucro²⁹⁴ inicialmente previsto pelo concessionário²⁹⁵, mas de garantir a implantação da infraestrutura para que

²⁹⁴ A doutrina aponta que não seria adequado aferir o EEF do contrato pelo lucro, uma vez que não representaria, necessariamente, liquidez para o projeto. (MARTINS, 2012).

²⁹⁵ Na França, a pandemia da Covid-19 foi declarada um evento de força maior pelo Ministério da Economia e Finanças (Portaria nº 319/2020). Por essa portaria, a execução do contrato de serviço público poderia ser suspensa, mediante suspensão temporânea do pagamento do concessionário. Na hipótese de se tratar de um serviço que não comportaria paralização, o concessionário passaria a ter direito à compensação pelo custo adicional causado pela pandemia. Observa-se que foi assegurado ao concessionário apenas o ressarcimento dos custos adicionais, e não pela perda da receita. O governo francês não buscou assegurar a manutenção do lucro, mas a continuidade do serviço tido como essencial (TCU, 2020c).

o serviço seja colocado à disposição ou de prover a continuidade do serviço. Assim, o que se reequilibra é o contrato, e não a expectativa desse ou daquele sujeito que integra a relação. Aplica-se a ideia do “princípio do *favor negotii*” (MARTINS, 2012) a limitar as competências materiais do tribunal arbitral.

Submetido o conflito à arbitragem, a decisão sobre a necessidade de reequilibrar deve ser limitada por uma racionalidade que respeite as condições do contrato: a RAP teto, a RAP *bid* (isto é, o deságio inicial), a simulação da concorrência em abstrato de um novo certame e a necessidade de preservação da concessão.

Dentro dos parâmetros disponíveis, a simulação da concorrência que mais se aproximaria dessa racionalidade é aquela que o contrato prevê para remuneração das autorizações unilaterais para demanda de reforços nas instalações de transmissão. Nesse caso, a regulação econômica também é *ex post*, e o contrato dispõe que não se aplicam os parâmetros ordinários de revisão (pressuposto necessário para as RTEs) do capital de terceiros. Pelo contrato, deve-se aplicar a metodologia de revisão tarifária imediatamente antecedente à operação do ativo.

Assim, para requerimentos de equilíbrio submetidos à arbitragem, cuja discussão envolva o CAPEX e a incidência de causas excludentes de responsabilidade (art. 19 da Lei nº 13.360/2016) pelo atraso no cronograma de implantação da infraestrutura, o parâmetro regulatório que deverá limitar a atuação objetiva do árbitro, sob o prisma do direito aplicável, será aquele definido na última regulação discricionária estabelecida pela Agência Reguladora para remuneração dos ativos implantados para reforços nas concessões existentes.



6

CONSIDERAÇÕES FINAIS



6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho, procurou-se apresentar as características gerais da atividade de transmissão, inclusive seus aspectos regulatórios, econômicos e tecnológicos, e as hipóteses em que essa atividade se enquadra como um serviço público, sendo, portanto, objeto dos contratos de concessão de transmissão, complexos, incompletos, relacionais e em rede. Esses contratos são firmados num ambiente sistêmico que faz com que os conflitos deles derivados repercutam em relações privadas firmadas pelos demais agentes de mercado. Trata-se de serviço essencial, com infraestruturas imprescindíveis à segurança nacional, à economia do país e à concretização de direitos fundamentais difusos e coletivos dos cidadãos em geral. A sua disponibilização está atrelada a elementos regulatórios, econômicos e tecnológicos.

Haverá, desse modo, a possibilidade de que os conflitos derivados desses contratos sejam endereçados ao tribunal arbitral, mas haverá limites à atuação do árbitro, que ficará restrita ao escopo dos direitos patrimoniais disponíveis. Apresentaram-se, assim, aspectos relacionados à arbitrabilidade objetiva de conflitos derivados dos contratos de concessão de transmissão, com foco nos aspectos econômicos desses contratos, considerada a amostra de processos e contratos avaliada e os limites de atuação ou da competência do tribunal arbitral para decidir as controvérsias derivadas dessas concessões.

O conceito de arbitrabilidade objetiva é algo próprio do instituto da arbitragem. Não obstante o auxílio de conceitos civilistas e administrativistas, trata-se de instituto peculiar com conformação que lhe deve ser apropriada.

Abstratamente, para avaliar a arbitrabilidade objetiva dos conflitos, importa averiguar a patrimonialidade do objeto a ser endereçado ao tribunal arbitral. Em conflitos que derivam de concessões, a caracterização da patrimonialidade não será problemática. Com exceção de pleitos para anular o leilão, dificilmente será negada a arbitrabilidade abstrata do conflito.

Em termos concretos, importa avaliar a disponibilidade do direito. Previamente ao lançamento do edital, para aferir a disponibilidade, a Administração Pública poderá avaliar que tipos de conflito pretende sejam solucionados pela via da arbitragem, ponderando os custos de transação e os benefícios que os usuários podem auferir com os lances ofertados no leilão a partir da redução daqueles custos. Nesse campo, é preciso abstrair as concepções civilistas e antigos dogmas metodológicos do regime jurídico administrativo. Adota-se a concepção vanguardista no sentido de que a disponibilidade do direito não é algo que se possa avaliar em abstrato. Ela somente será aferível de forma empírica e está diretamente relacionada ao dever de motivação do gestor público para a prática de atos administrativos em geral.

Portanto, a sua aferição está relacionada à recepção das posturas consensuais no âmbito da Administração Pública e a critérios de eficiência administrativa. A disponibilidade do direito será avaliada com fundamento nos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da eficiência. Será arbitrável aquele conflito em que, diante das circunstâncias concretas, verificam-se vantagens, segundo uma avaliação de custo/benefício, quanto ao uso da arbitragem para a Administração Pública no sentido de alcançar valor público para a executoriedade das concessões.

Vale lembrar que, no segmento de transmissão, não há cláusula convencionando a arbitragem, de modo que esse mecanismo seria utilizado apenas a partir do termo de compromisso arbitral firmado *ex post*. Nessa seara, diante da superveniência do conflito sobre a EqEF da concessão e da ausência de previsão *ex ante* quanto ao uso do mecanismo, diversos aspectos poderão ser considerados em comparação com as características do instituto da arbitragem, a exemplo da sua celeridade e do custo do procedimento. A título ilustrativo, o gestor público poderá ponderar discricionariamente sobre a melhor decisão administrativa entre declarar a caducidade da concessão (e, como consequência, rellicitar), ou manter o contrato em face dos aspectos sistêmicos envolvidos, da necessidade sistêmica mais imediata de dar andamento a obras paralisadas, dos

benefícios tarifários da pronta implantação e disponibilização da infraestrutura, de questões que poderão ser endereçadas à arbitragem etc.

Portanto, a arbitragem é MASC para as concessões de serviços públicos de transmissão. A arbitrabilidade objetiva desses conflitos deverá ser analisada caso a caso ante os desafios enfrentados pelo Poder Concedente e pelo órgão regulador.

Todavia, o endereçamento do conflito à arbitragem também dependerá do concurso da vontade do concessionário, que, naturalmente, fará a sua própria análise quanto ao custo de oportunidade da medida. Desse modo, persistem, até certo ponto, os problemas de barganha, as ameaças de *hold up* e os altos custos de transação, visto que as negociações, referentes aos conflitos derivados dos contratos avaliados na amostra, serão necessariamente *ex post*.

Pode-se dizer, então, que, do ponto de vista da disponibilidade do direito, a arbitrabilidade objetiva dos conflitos derivados das concessões de transmissão deve ser avaliada caso a caso, em concreto, não se admitindo análise em tese. O critério a ser utilizado pelo gestor é o da ponderação segundo parâmetros de eficiência e a busca de resultados conforme a política pública setorial.

Uma vez delimitada positivamente a arbitrabilidade objetiva e submetido o conflito à arbitragem, a observância do critério de julgamento (§3º do art. 2º da Lei nº 9.307/96) será salutar para a efetividade do procedimento arbitral. O árbitro ou o tribunal estarão restritos à aplicação do direito positivo brasileiro (em especial, os arts. 9º e 10 da LGC), o que inclui a observância das normas contratuais e implica a incidência da teoria da base objetiva do negócio e a incidência da regulação discricionária da Agência Reguladora.

Nos conflitos que envolvem discussão sobre o EEF das concessões, o tribunal ficaria subordinado à observância do modelo de regulação tarifária adotado (o regime de *price cap*), porque ele está expressamente positivado e diretamente relacionado ao compromisso regulatório (*regulatory commitment*) e, por consequência, à matriz de riscos desses contratos. Em

outros termos, a escolha da metodologia tarifária – matéria de política pública endereçada pelo legislador ordinário (art. 175, par. ún., da CF/88 c/c art. 9º da LGC) – é elemento fulcral da regulação econômica. Assim, a regulação pelo preço repercute diretamente na formulação ou na modulação da matriz de riscos regulada por contrato e não pode ser desconsiderada nas razões de decidir do tribunal arbitral.

Embora o EEF seja matéria para discussão empírica, mediante debate detido e sistêmico no segmento de transmissão, o tribunal arbitral ficaria, então, impossibilitado de invadir as competências regulatórias da Agência Reguladora e limitado aos parâmetros estabelecidos no âmbito da regulação discricionária. Isso é relevante para a análise dos conflitos em torno do EEF da concessão, submetida ao regime jurídico especial aplicável a esses contratos e à matriz de riscos neles estabelecida.

Portanto, a abertura hermenêutica do tribunal arbitral está diretamente relacionada aos limites da incompletude contratual e estará subordinada à configuração de incertezas, eventos supervenientes que ensejam a extrapolação de padrões razoáveis de prejuízo operacional a demonstrar uma grande dispersão da TMA do empreendimento e a demonstração, por evidências, da possível derrocada do projeto (ou da impossibilidade de manutenção da adequabilidade do serviço) se a EqEF não for reequilibrada. É preciso ter em mente que o regime jurídico do EEF dos contratos tutela a concessão (ou a continuidade dela), e não a obtenção de rendas ou lucros pelo investidor.

Dessa forma, para que a sentença arbitral não esteja sujeita à anulação, deve-se observar o critério de julgamento imposto pela lei (arts. 2º, §3º, 26, II, e 32, III e IV, da LBA): aquele que determina a aplicação do direito positivo brasileiro. Em caso de pleitos de reequilíbrio, isso significa aplicar o regime jurídico da equação econômico-financeira dos contratos.



REFERÊNCIAS

REFERÊNCIAS

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRANCHES, Ricardo; *et al.* **Licenciamento ambiental de novos sistemas de transmissão no Brasil:** critérios para enquadramento pelos órgãos ambientais. Rio de Janeiro: GESEL, 2020. (Texto para discussão do setor elétrico, n. 89).

AGÊNCIA ESTADO. Leilão da Aneel atrai R\$ 4,18 bi em investimentos [Online]. **Agência Estado**, 19 dez. 2019. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/mercados/leilao-da-aneel-atrai-r-418-bi-em-investimentos/>. Acesso em: 24 dez. 2019.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (Brasil). **Acompanhamento diferenciado da expansão da transmissão [relatório]**. Brasília: ANEEL, set. 2019j. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/documents/656808/0/Relat%C3%B3rio+Trimestral+de+Acompanhamento+Diferenciado+dos+Empreendimentos+de+Transmiss%C3%A3o/46a5edc5-c67c-48fe-b7dc-abeaa023402c>. Acesso em: 17 dez. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (Brasil). **Análise da regulamentação associada a reforços e melhorias em instalações de transmissão de energia elétrica: Relatório de AIR n.º 1/2020-SRT-SCT-SFE-SFF-SGT-SRM/ANEEL [relatório]**. Brasília: ANEEL, 2020c. Disponível em: https://www.aneel.gov.br/consultas-publicas?p_p_id=participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet&p_p_lifecycle=2&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_cacheability=cacheLevelPage&p_p_col_id=column-2&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_idDocumento=39843&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_tipoFaseReuniao=fase&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_jspPage=%2Fhtml%2Fpp%2Fvisualizar.jsp. Acesso em: 17 dez. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (Brasil). **Contrato de Concessão n.º 01/2008-MME-UHE Santo Antônio**. Contratos de Geração [on-line]. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/documents/10184//15031193//Contrato+de+Concess%C3%A3o+MME+n%C2%BA+001-2008.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (Brasil). **Contrato de Concessão n.º 02/2008-MME-UHE JIRAU**. Contratos de Geração [on-line]. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/documents/10184//15031196//Contrato+de+Concess%C3%A3o+de+Gera%C3%A7%C3%A3o+n%C2%BA+002-2008.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (Brasil). **Contrato de Concessão n.º 01/2010-MME-UHE Belo Monte**. Contratos de Geração [on-line]. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/documents/10184//15031172//Contrato+de+Concess%C3%A3o+de+Gera%C3%A7%C3%A3o+n%C2%BA+001-2010+MME.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (Brasil). **Contratos de Transmissão**. [on-line]. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/contratos-de-transmissao>. Acesso em: 17 dez. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (Brasil). **Despacho nº 1.485/2020**. Conhece e, no mérito, nega provimento ao requerimento administrativo protocolado pela Empresa Litorânea de Transmissão S.A - ELTE, com vistas ao reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão de Transmissão ANEEL 016, de 2014, com redução do objeto, referente às obras do conjunto da Subestação Domênico Rangoni, mantendo a Subestação Manoel da Nóbrega ou, subsidiariamente, rescisão amigável; e determina à Superintendência de Fiscalização de Eletricidade - SFE o prosseguimento do processo punitivo citado, com vistas à apurar eventuais falhas e transgressões decorrentes do não cumprimento do contrato. Brasília: ANEEL, 2020b. Disponível em: http://biblioteca.aneel.gov.br/index.asp?codigo_sophia=205455. Acesso em: 17 dez. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (Brasil). **Despacho nº 2.502/2019**. Autoriza a celebração do Termo Aditivo ao Contrato de Concessão ANEEL 003 de 2012, para constar o reequilíbrio econômico-financeiro e o valor associado ao Compensador Estático de Reativos - CER da Subestação Boa Vista, totalizando o valor do RAP, atualizado até 31.10.2019; recompõe o prazo de implantação do objeto, a partir da assinatura do Aditivo; e convoca a contratada para assinar o aditivo. Brasília: ANEEL, 2019i. Disponível em: http://biblioteca.aneel.gov.br/index.asp?codigo_sophia=197017. Acesso em: 17 dez. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (Brasil). **Despacho nº 3.293/2015**. Nega conhecimento do pedido de reconsideração da Linhas de Xingu Transmissora de Energia S.A - LXTE, em face do Despacho ANEEL 4.829 de 2014, que negou provimento à solicitação de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão citado. Brasília: ANEEL, 2015a. Disponível em: http://biblioteca.aneel.gov.br/index.asp?codigo_sophia=166772. Acesso em: 17 dez. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (Brasil). **Despacho nº 3.294/2015**. Nega conhecimento do pedido de reconsideração da Linhas de Macapá Transmissora de Energia S.A - LMTE, em face do Despacho ANEEL 4.830 de 2014, que negou provimento à solicitação de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão citado. Brasília: ANEEL,

2015b. Disponível em:
http://biblioteca.aneel.gov.br/index.asp?codigo_sophia=166766. Acesso em:
17 dez. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (Brasil). **Despacho nº 3.651/2013**. Anula o Despacho SCT/ANEEL 365 de 18.02.2013, por vício de competência; e conhece e, no mérito, nega provimento do pedido da ATE V - Londrina Transmissora de Energia S.A, de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão ANEEL 009 de 2007. Brasília: ANEEL, 2013b. Disponível em:
http://biblioteca.aneel.gov.br/index.asp?codigo_sophia=151159. Acesso em: 17 dez. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (Brasil). **Despacho nº 4.577/2014**. Conhece e, no mérito, nega provimento ao pedido de reconsideração interposto pela Londrina Transmissora de Energia S.A - ATE V em face do Despacho ANEEL 3.651 de 29.10.2013. Brasília: ANEEL, 2014a. Disponível em:
http://biblioteca.aneel.gov.br/index.asp?codigo_sophia=160214. Acesso em: 17 dez. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (Brasil). **Despacho nº 4.584/2014**. Homologa os Contratos de Compartilhamento de Pontos de Fixação em Postes, celebrados individualmente entre Light - Serviços de Eletricidade S.A e SAT TV MAIS - Assessoria, Instalação e Manutenção de Sistemas de TV Coletiva Ltda - ME, nos termos do art. 16 do Regulamento Conjunto para Compartilhamento de Infraestrutura entre os Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo, bem como determina o cumprimento das obrigações especificadas. Brasília: ANEEL, 2014b. Disponível em:
http://biblioteca.aneel.gov.br/index.asp?codigo_sophia=160161. Acesso em: 17 dez. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (Brasil). **Espaço Consumidor:** perdas de energia. Disponível em:
<http://www2.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=801&idPerfil=4>. Acesso em: 17 dez. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (Brasil). **Leilão ANEEL:** folder do leilão de transmissão n.º 02/2019 [on-line]. 28 p. Brasília: ANEEL, 2019c. Disponível em:
https://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/editais_transmissao/documentos/Folder_Leilao-de-Transmissao_02.2019-aneel.pdf. Acesso em 22 fev. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (Brasil). **Leilão de Transmissão ANEEL nº 002/2019**. Brasília: ANEEL, 2019b. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/transmissao4>. Acesso em: 17 dez. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (Brasil). **Memorando nº 67/2019-SRT/ANEEL**. Brasília: ANEEL, 2019d.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (Brasil). **Nota Técnica nº 138/2007-SCT/ANEEL**. Brasília: ANEEL, 2007a.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (Brasil). **Nota Técnica nº 23/2017-SRT/ANEEL**. Brasília: ANEEL, 2017.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (Brasil). **Nota Técnica nº 28/2017-SEL-SCT/ANEEL**. Brasília: ANEEL, 2017b.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (Brasil). **Nota Técnica nº 75/2013-SRE/ANEEL**. Brasília: ANEEL, 2013.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (Brasil). **Nota Técnica nº 08/2019-SEL-SCT/ANEEL**. Brasília: ANEEL, 2019f.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (Brasil). **Nota Técnica nº 127/2018-SRM/ANEEL**. Brasília: ANEEL, 2018.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (Brasil). **Nota Técnica nº 18/2019-SEL-SCT/ANEEL**. Brasília: ANEEL, 2019g.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (Brasil). **Nota Técnica nº 212/2016-SRM/ANEEL**. Brasília: ANEEL, 2016b.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (Brasil). **Nota Técnica nº 260/2016-SRM/ANEEL**. Brasília: ANEEL, 2016c.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (Brasil). **Nota Técnica nº 336/2016-SGT/ANEEL**. Brasília: ANEEL, 2016a.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (Brasil). **Nota Técnica nº 430/2019-SCT/ANEEL**. Brasília: ANEEL, 2019e.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (Brasil). **Nota Técnica nº 45/2007-SCT/ANEEL**: Primeira Revisão Tarifária Periódica das concessionárias de transmissão de energia elétrica do Brasil. Metodologia e critérios gerais. Brasília: ANEEL, 2007c.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (Brasil). **Nota Técnica nº 49/2007-SRE/ANEEL**: Primeira Revisão Tarifária Periódica das

concessionárias de transmissão de energia elétrica do Brasil. Metodologia e critérios gerais. Brasília: ANEEL, 2007b.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (Brasil). **Nota Técnica nº 490/2019-SCT/ANEEL**. Brasília: ANEEL, 2019h.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (Brasil). **Perdas de Energia Elétrica na Distribuição [relatório]**. Brasília: ANEEL, jan. 2019a. Disponível em:

<https://www.aneel.gov.br/documents/654800/18766993/Relat%C3%B3rio+Perdas+de+Energia+Edi%C3%A7%C3%A3o+1-2019.pdf/b43e024e-5017-1921-0e66-024falbed575>. Acesso em: 17 dez. 2020

AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCMBUSTÍVEIS (Brasil). **Aviso de Audiência Pública e Consulta Pública nº 24/2017**: rodadas de licitações de petróleo e gás natural: Rio de Janeiro: ANP, 2017. Disponível em: <http://rodadas.anp.gov.br/pt/avisos/882-consulta-e-audiencia-publicas-n-24-2017-clausula-arbitral-dos-contratos-para-exploracao-e-producao-de-petroleo-e-gas-natural>. Acesso em: 17 dez. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCMBUSTÍVEIS (Brasil). 14ª Rodada de Licitações de Blocos. Edital e modelo de contrato. Disponível em: <http://rodadas.anp.gov.br/pt/14-rodada-de-licitacao-de-blocos/edital-e-modelo-do-contrato-de-concessao>. Acesso em: 17 dez. 2020.

AKERLOF, George A. The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 84, n. 3, p. 488-500, ago. 1970.

ALBINO, Jean; KAERCHER LOUREIRO, Gustavo. Caso Fortuito e Força Maior nos contratos de compra e venda de energia? Provavelmente não, mas isso não significa o fim da história (Parte I). **Canal Energia – Mercado Regulado**, 11 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.canalenergia.com.br/artigos/53134088/caso-fortuito-e-forca-maior-nos-contratos-de-compra-e-venda-de-energia-provavelmente-nao-mas-isso-nao-significa-o-fim-da-historia-parte-i>. Acesso em: 17 dez. 2020.

ALENCAR, Letícia. **Equilíbrio na concessão**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALLEN, Dominique. Againsta settlement? Oewn Fiss, ADR anda Australian Discrimination Law. **International Journal of Discrimination and the Law**, v. 10, n. 4, 2009.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no direito administrativo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p.325–326.

AMARAL, Carlos Cintra do. **Breves notas sobre o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de obras públicas**: comentários Cintra do Amaral: comentário CELC n.º 127, 2005. Disponível em: <http://celc.com.br/pdf/comentarios/c2005/c127.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2020.

AMARAL, Carlos Cintra do. **Concessão de Serviços Públicos**: novas tendências. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

ANDRADE, Gustavo Fernandes de. Arbitragem e Administração Pública: da hostilidade a gradual aceitação. *In*: Melo, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Rezende. **A reforma da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.412-457.

ANGELO, Dorival Izidoro. Coordenação de obras públicas federais: a performance dos contratos fiscalizados em função dos custos de mensuração dos serviços e a probabilidade de existência de *hold up*. *In*: SIMPÓSIO FUCAPE DE PRODUÇÃO CIENTÍFICA, 4. **Anais eletrônicos [...]**, Espírito Santo: Fucape Business School, [2006]. Disponível em: http://legado.fucape.br/_public/producao_cientifica/2/angelo%20-%20coordenacao%20de%20obras%20publicas.pdf. Acesso em: 17 dez. 2020.

ANKER, Tomas. TUROLLA, Frederico A. Desequilíbrio econômico-financeiro em contratos de participação privada de longo prazo. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (orgs.). **Contratos Públicos e Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 237-255.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A “supremacia do interesse público” no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo. *In*: SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 1-22.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A arbitragem no direito administrativo. **Revista da AGU**, Brasília, v.16, n. 3, p. 19-58, jul./set. 2017.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Interpretação consequencialista e análise econômica do Direito Público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade. *In*: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (org.). **Regulação e Agências Reguladores. Governança e Análise de Impacto Regulatório**. Brasília: ANVISA: Casa Civil da Presidência da República, 2009.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Princípio da Eficiência. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**. Belo Horizonte, v. 2, n. 4, jan./mar. 2004.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Revisão Tarifária substitutiva da modelagem econômica licitada. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 35-53.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Arbitragem e regulação. **Revista de Arbitragem e Mediação**. Vol. 27, p.70-102, out/dez., 2010.

ARAGÃO, Cid Arruda. **Controle judicial sobre a regulação do setor elétrico: uma análise crítica a partir do estudo do caso do GSF**. 2017. 140 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/235/12431>. Acesso em: 17 dez. 2020.

ARANHA, Marcio Iorio. **Manual de Direito Regulatório** (e-book). London: Laccademia Publishing, 2019.

ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007.

ARAÚJO, Fernando. Uma análise económica dos contratos: a abordagem económica, a responsabilidade e a tutela dos interesses contratuais. *In*: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito & Economia**. 2 ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 193-202.

ACCIOLY, João Pedro. **Arbitragem em Conflitos com a Administração Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

ASCENSÃO, J. Oliveira. A alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo código civil. **Pensar**, Fortaleza, v. 13, n. 1, p. 7-20, jan./jun. 2008. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/795>. Acesso em: 17 dez. 2020.

ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. *In*: SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. *In*: **Revista Diálogo Jurídico**. Ano I. vol. I. n.7. Salvador: CAJ, outubro/2001.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2019.

AZEVEDO, Fábio. Sem shopping, sem aluguel: covid-19 e alocação de risco. [on-line]. **Migalhas Edílicas**, São Paulo, 13 abr. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-edilicias/324393/sem-shopping-sem-aluguel-covid-19-e-alocacao-de-risco>. Acesso em: 17 dez. 2020.

BALARINE, Oscar Fernando Osorio. Desvendando o cálculo da TIR. **RAUSP Management Journal**, v. 38, n. 1, p. 15-24, 2003. Disponível em: <http://www.spell.org.br/documentos/ver/16713/desvendando-o-calculo-da-tir>. Acesso em: 17 dez. 2020.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BARBOSA, Fernando de Holanda; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro; GUERRA, Sérgio. Equilíbrio financeiro em projetos de infraestrutura e a TIR flexível. **Cadernos FGV Projetos**, Rio de Janeiro: FGV Projetos, n. 32, 2019. Disponível em: https://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/miolo_tir_03.04.19_completo.pdf. Acesso em: 17 dez. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BELLOCCHI, Márcio. **Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de Arbitragem nos termos da Lei nº 9.307/96**. São Paulo: Atlas, 2014.

BERTALANFFY, Ludwig, **General systems theory**: foundations, development, applications. New York: Braziller, 1968.

BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas (PPPS) e a Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, v. 241, p. 159-176, jul. 2005a. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43332>. Acesso em: 17 dez. 2020.

BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: um Novo Paradigma para o Direito Administrativo.

Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, v. 3, n. 8, p. 77-113, jan./mar. 2005b.

BINENBOJM, Gustavo.; CYRINO, André; VORONOFF, Alice; KOATZ, Rafael L. F. **Direito da regulação econômica: teoria e prática**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. **Redfern and Hunter on international arbitration**. 6. ed. The Hague: Oxford University Press, 2015.

BLUME, Steven W. **Electric power system basics for the nonelectrical professional**. Nova Jersey: John Wiley & Sons, 2007.

BONICIO, Marcelo José Magalhães. Arbitragem e Estado: ensaio sobre o litígio adequado. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, v. 11, n. 45, p. 155-174, abr./jun. 2015.

BORCH, K. **Economics of Uncertainty** (e-book). Princeton: Princeton University Press, 1968.

BRAGA, Rodrigo Bernardes. **Manual de direito da energia elétrica**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

BRASIL. Advocacia-Geral da União (AGU). Consultoria-Geral da União. Departamento de Consultoria. **Despacho do Consultor-Geral da União nº 056/2015**. Brasília: AGU, 2015d.

BRASIL. Advocacia-Geral da União (AGU). **Nota nº 265/2019/DECOR/CGU/AGU**. Brasília: AGU, 2019.

BRASIL. Advocacia-Geral da União (AGU). **Parecer nº 122/2020/PF/ANEEL/PGF/AGU**. Brasília: AGU, 2020c.

BRASIL. Advocacia-Geral da União (AGU). **Parecer nº 262/2020/PF/ANEEL/PGF/AGU**. Brasília: AGU, 2020d.

BRASIL. Advocacia-Geral da União (AGU). **Parecer nº 80/2020/PF/ANEEL/PGF/AGU**. Brasília: AGU, 2020a.

BRASIL. Advocacia-Geral da União (AGU). **Parecer nº 02/2020/PF/ANEEL/PGF/AGU**. Brasília: AGU, 2020b.

BRASIL. Advocacia-Geral da União (AGU). **Parecer nº 048/2013-PF/ANEEL/PGF/AGU**. Brasília: AGU, 2013.

BRASIL. Advocacia-Geral da União (AGU). **Parecer nº 094/2018-PF/ANEEL/PGF/AGU**. Brasília: ANEEL, 2018a.

- BRASIL. Advocacia-Geral da União (AGU). **Parecer nº 110/2014-PGE/ANEEL/PGF/AGU.** Brasília: AGU, 2014b.
- BRASIL. Advocacia-Geral da União (AGU). **Parecer nº 114/2014-PGE/ANEEL/PGF/AGU.** Brasília: AGU, 2014c.
- BRASIL. Advocacia-Geral da União (AGU). **Parecer nº 1290/2009-PF/ANEEL.** Brasília: AGU, 2009a.
- BRASIL. Advocacia-Geral da União (AGU). **Parecer nº 183/2014-PGE/ANEEL/PGF/AGU.** Brasília: AGU, 2014a.
- BRASIL. Advocacia-Geral da União (AGU). **Parecer nº 203/2017-PF/ANEEL/PGF/AGU.** Brasília: AGU, 2017.
- BRASIL. Advocacia-Geral da União (AGU). **Parecer nº 237/2019-PF/ANEEL/PGF/AGU.** Brasília: AGU, 2019a.
- BRASIL. Advocacia-Geral da União (AGU). **Parecer nº 277/2012-PF/ANEEL/PGF/AGU.** Brasília: AGU, 2012.
- BRASIL. Advocacia-Geral da União (AGU). **Parecer nº 344/2019-PF/ANEEL/PGF/AGU.** Brasília: AGU, 2019c.
- BRASIL. Advocacia-Geral da União (AGU). **Parecer nº 375/2020/PF/ANEEL/PGF/AGU.** Brasília: AGU, 2020e.
- BRASIL. Advocacia-Geral da União (AGU). **Parecer nº 452/2019-PF/ANEEL/PGF/AGU.** Brasília: AGU, 2019d.
- BRASIL. Advocacia-Geral da União (AGU). **Parecer nº 485/2019-PF/ANEEL/PGF/AGU.** Brasília: AGU, 2019f.
- BRASIL. Advocacia-Geral da União (AGU). **Parecer nº 540/2019-PF/ANEEL/PGF/AGU.** Brasília: AGU, 2019e.
- BRASIL. Advocacia-Geral da União (AGU). **Parecer nº 725/2015-PF/ANEEL/PGF/AGU.** Brasília: AGU, 2015a.
- BRASIL. Advocacia-Geral da União (AGU). **Parecer nº 815/2015-PF/ANEEL/PGF/AGU.** Brasília: AGU, 2015b.
- BRASIL. Advocacia-Geral da União (AGU). **Parecer nº 892/2009-PF/ANEEL.** Brasília: AGU, 2009b.
- BRASIL. Advocacia-Geral da União (AGU). **Parecer nº 03/2015/DECOR/CGU/AGU.** Brasília: AGU, 2015c.

BRASIL. Advocacia-Geral da União (AGU). Procuradoria-Geral Federal. Procuradoria Federal na ANEEL. **Parecer nº 275 /2005-PF/ANEEL**. Brasília: ANEEL, 2005.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Gabinete Deputado Federal Edinho Araújo. **Projeto de Lei nº 7.108**, de 2014 (Em apenso o PL nº 2.937, de 2011). Brasília: Câmara dos Deputados, 2014. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1266978&filena-me=EMR+1+PL710814+%3D%3E+PL+7108. Acesso em: 2 set. 2020.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 365 da IV Jornada de Direito Civil**. Brasília: CJF, [s.d]. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/483>. Acesso em 13 jul. 2020.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios**. In: Jornada Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, 1., ago. 2016. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/?_authenticator=60c7f30ef0d8002d17dbe298563b6fa2849c6669. Acesso em 05 set. 2020.

BRASIL. Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (MTPA). **EMI nº 00306/2016 MP MTPA**, de 7 de novembro de 2016. Brasília: MTPA, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Exm/Exm-MP-752-16.pdf. Acesso em 05 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **REsp. 1.164.700/PR**. Segunda Turma. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília: STJ, 4 maio 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **SEC 802/US**. Corte Especial. Relator: Ministro José Delgado. Brasília: STJ, julgado em 17 ago. 2005, DJ em 19 set. 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg n. REsp 1.171.443/RS**. Primeira Turma. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília: STJ, 6 fev. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg na SS 2.727/DF**. Corte Especial. Relator: Minsitro Felix Fischer. Brasília: STJ, 3 set. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1.439.746/SP**. Segunda Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília: STJ, julgado em 15 maio 2014, DJe em 23 maio 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1518605/MT**. Terceira Turma. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília: STJ, julgado em 7 abr. 2016, DJe em 12 abr. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **CC 111.230/DF**. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília: STJ, julgado em 8 maio 2013, DJ em 3 abr. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **CC 139.519/RJ**. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Relator para acórdão: Ministra Regina Helena Costa. Brasília: STJ, julgado em 11 out. 2017, DJe em 10 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência em Teses organizada por ramos do Direito**. Edição n.122. Secretaria de Jurisprudência. Seção de Jurisprudência em Teses. Brasília, abr. 2019. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/tematica/download/JT/JT_Ramos_ed_1.pdf. Acesso em: 25 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **MS 11.308/DF**. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília: STJ, julgado em 9 abr. 2008, DJ em 19 maio 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RE 581.947 ED**. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília: STJ, julgado em 18 dez. 2013, DJe em 19 dez. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RE 85714**. Primeira Turma. Relator: Ministro Soares Munhoz. Brasília: STJ, julgado em 19 jun. 1979, DJ em 3 jul. 1979.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.602.076/PR**. Terceira Turma. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília: STJ, julgado em: 15 set. 2016, DJe em 30 set. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.707.455/RJ**. Segunda Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília: STJ, julgado em 15 mar. 2018, DJe em 16 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1021113**. Segunda Turma. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília: STJ, julgado em 11 out. 2011, DJe em 18 out. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1248237/DF**. Primeira Turma. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília: STJ, julgado em 18 set. 2014, DJe em 1 out. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1297974/RJ**. Terceira Turma. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília: STJ, julgado em 12 jun. 2012, DJe em 19 jun. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1321614/SP**. Terceira Turma. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Relator do Acórdão: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília: STJ, julgado em 16 dez. 2014, DJe em 3 mar. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1348081/RS**. Terceira Turma. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília: STJ, julgado em 2 jun. 2016, DJe em 21 jun. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 216.018/DF**. Segunda Turma. Relator: Ministro Franciulli Netto. Brasília: STJ, julgado em 05 jun. 2001, DJ em: 10set. 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 476.450/SP**. Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília: STJ, julgado em 18 nov. 2003, DJe em 19 dez. 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 572.070/PR**. Segunda Turma. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília: STJ, julgado em 16 mar. 2004, DJ em 14 jun. 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 606.345/RS**. Segunda Turma. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília: STJ, julgado em 17 maio 2007, DJe em 8 jun. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 609.329/PR**. Quarta Turma. Relator: Ministro Raul Araújo. Brasília: STJ, julgado em 18 dez. 2012, DJe em 7 fev. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 609.329/PR**. Quarta Turma. Relator: Ministro Raul Araújo. Brasília: STJ, julgado em 18 dez. 2012, DJe em 7 fev. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 612.439/RS**. Segunda Turma. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília: STJ, julgado em 25 out. 2005, DJ em 14 set. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 744.077/DF**. Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília: STJ, 10 out. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 744.446/DF**. Segunda Turma. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília: STJ, julgado em 17 abr. 2008, DJe em 5 maio 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 8.473/RJ**. Quarta Turma. Relator: Ministro Athos Carneiro. Brasília: STJ, julgado em 23 out. 1991, DJ em 25 nov. 1991.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 802.428/SP**. Primeira Turma. Relator: Ministro Francisco Falcão. Brasília: STJ, julgado em 2 maio 2006, DJ em 25 maio 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 831.808/SP**. Terceira Turma. Relator: Ministra Nancy Andrigui. Brasília: STJ, julgado em 18 maio 2006, DJ em 28 ago. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 904.813/PR**. Terceira Turma. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília: STJ, julgado em 20out. 2011, DJe em 28 fev. 2012b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 914.087/RJ**. Primeira Turma. Relator: Ministro José Delgado. Brasília: STJ, julgado em 4 out. 2007, DJ em 29 out. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 1.894.715/MS**. Terceira Turma. Relator: Ministro Paulo de tarso Sanseverino. Brasília: STJ, julgado em 17 nov. 2020, DJe em 20 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Agravo de Instrumento n. 52.181**. Relator: Ministro Bilac Pinto. Brasília: STF, julgado em 14 nov. 1973. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=22084>. Acesso em: 28 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ap. Cív. 3.021/MG**. Relator: Ministro Pedro Lessa. Brasília: STF, DJU em 4 jun. 1918.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Pleno. **ADI n. 1.746**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília: STF, julgado em 18 set. 2014, DJe em 12 nov. 2014. Disponível em:

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25313919/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1746-sp-stf/inteiro-teor-151825300>. Acesso em: 22 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **RE n.º 253.885-0/MG**. Primeira Turma. Relator: Ministra Ellen Gracie. Brasília: STF, julgado em 4 jun. 2002, DJU em: 21 jun. 2002. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=25832>. Acesso em: 22 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **RE n.º 253.885-0/MG**. Primeira Turma. Relator: Ministra Ellen Gracie. Julgado em: 4 jun. 2002. DJU em: 21 jun. 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Sentença Estrangeira 5206 AgR**. Tribunal Pleno. Relator Sepúlveda Pertence. Brasília: STF, julgado em 12 dez. 2001, DJ em 30 abr. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Tribunal Pleno. **AI 52181**. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Bilac Pinto. Brasília: STF, julgado em 14 nov. 1973, DJ em: 15 fev. 1974. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur157298/false>. Acesso em: 24 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Tribunal Pleno. **SE 5206 AgR**. Relator: Sepúlveda Pertence. Brasília: STF, julgado em 12 dez. 2001, DJ em: 30 abr. 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>. Acesso em: 22 set. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR). **AI 149555-0**. Terceira Câmara Cível. Relator: Desembargador Ruy Fernando de Oliveira. Paraná: TJPR, julgado em 06 abr. 2004.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF 2). **AI n.º 0101145-19.2014.4.02.0000**. Oitava Turma Especializada. Relator: Desembargador Marcelo Pereira da Silva. Rio de Janeiro: TRF-2, julgado em: 22 jan. 2015, DJ em: 29 jan. 2015.

BREMMER, Ian. KEAT, Preston. **The fat tail**. The power of political knowledge in an uncertain world. New York, NY: Oxford University Press, 2009/2010.

BUSHNELL, James. Transmission rights and Market power. **The Electricity Journal**, v. 12, n. 8, p. 77-85, out. 1999.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**: mediação, conciliação, tribunal multiportas. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

CALDWELL, Maria Luiza Ferreira. **Análise da Remuneração e Desempenho da Rede Básica**. 2011. 118 f. Dissertação (Mestre em Regulação) Departamento de Economia da Universidade de Brasília – UnB, Brasília, 2011. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/8816?mode=simple>. Acesso em: 17 dez. 2020.

CALILI, Rodrigo Flora. **Desenvolvimento de sistema para detecção de perdas comerciais em redes de distribuição de energia elétrica**. 2005. 130

f. Dissertação (Mestre em Engenharia Elétrica) – Departamento de Engenharia Elétrica da PUC-Rio, Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/colecao.php?strSecao=resultado&nrSeq=7629@1>. Acesso em: 17 dez. 2020.

CAMACHO, Fernando Tavares; RODRIGUES, Bruno da Costa Lucas. Regulação econômica de infraestruturas: como escolher o modelo mais adequado? **Revista do BNDES**, n. 41, p. 257-288, jun. 2014. Disponível em: https://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev4106.pdf. Acesso em: 17 dez. 2020.

CÂMARA, Jacintho Arruda. **Tarifas nas concessões**. São Paulo: Malheiros, 2009.

CAMPOS NETO, Carlos Alvares da Silva. Aeroportos no Brasil: investimentos e concessões [On-line]. **Radar nº 18**, fev. 2012. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/radar/temas/infraestrutura/246-radar-n-18-aeroportos-no-brasil-investimentos-e-concessoes#:~:text=Atualmente%2C%20o%20Brasil%20possui%2067,passa%20geiros%20por%20meio%20destes%20terminais>. Acesso em: 8 dez. 2020.

CANOTILHO, Joaquim Gomes. Constitucionalismo e geologia da Good Governance. In: CANOTILHO, Joaquim Gomes. **“Brancos” e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 325–334.

CARAMELO, António Sampaio. Critérios de arbitrabilidade dos litígios: revisitando o tema. **Revista de arbitragem e Mediação**. São Paulo, v. 7, n. 27, p. 129-161, out./dez. 2010.

CARDOSO JUNIOR, Ricardo Abranches Felix. **Licenciamento Ambiental de sistemas de transmissão de energia elétrica no Brasil**: estudo de caso do sistema de transmissão do Madeira. 2014, 178 p. Tese (Doutor em Planejamento Energético) – Programa de Planejamento Estratégico, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <http://www.ppe.ufrj.br/index.php/pt/publicacoes/teses-e-dissertacoes/2014/380-licenciamento-ambiental-de-sistemas-de-transmissao-de-energia-eletrica-no-brasil-estudo-de-caso-do-sistema-de-transmissao-do-madeira>. Acesso em: 17 dez. 2020.

CARDOSO JUNIOR, Ricardo Abranches Felix; MAGRINI, Alessandra. DA HORA, Antonio Ferreira. Environmental licensing process of power

transmission in Brazil update analysis: case study of the Madeira transmission system. **Energy Policy**, v. 67, p. 281-289, 2014.

CARMONA, Carlos Alberto. Das boas relações entre os juízes e os árbitros. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 87, n. 22, p.81-89, jul./set. 1997.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei n.º 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo** (e-book). 31. ed., São Paulo: Atlas, 2017.

CASTELLS, Manuel. **A era da informação: economia, sociedade e cultura: Fim de Milênio**. 5. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. V. 3.

CASTRO, Nilvaldi de. **A evolução do setor elétrico brasileiro e os 100 anos de cpfl**. Palestra em vídeo de 02 ago. 2012. Disponível em: [https://institutocpfl.org.br/podcast/a-evolucao-do-setor-eletrico-brasileiro-e-os-100-anos-de-cpfl-nivalde-j-de-castro/#:~:text=Pesquisa%20no%20site-.A%20evolu%C3%A7%C3%A3o%20do%20setor%20el%C3%A9trico%20brasileiro%20e%20os%20100,CPFL%20%7C%20Nivalde%20J.%20de%20Castro&text=%E2%80%9Csetor%20el%C3%A9trico%20brasileiro%20\(seb,econ%C3%B4mico%20e%20social%20do%20brasil](https://institutocpfl.org.br/podcast/a-evolucao-do-setor-eletrico-brasileiro-e-os-100-anos-de-cpfl-nivalde-j-de-castro/#:~:text=Pesquisa%20no%20site-.A%20evolu%C3%A7%C3%A3o%20do%20setor%20el%C3%A9trico%20brasileiro%20e%20os%20100,CPFL%20%7C%20Nivalde%20J.%20de%20Castro&text=%E2%80%9Csetor%20el%C3%A9trico%20brasileiro%20(seb,econ%C3%B4mico%20e%20social%20do%20brasil). Acesso em 20 set. 2019.

CASTRO, Nilvaldi de. MARTINI, Sidnei. **Como explicar os resultados dos leilões de transmissão?** GESEL – Grupo de Estudos do Setor Elétrico. Janeiro, 2021. Disponível em: http://gesel.ie.ufrj.br/app/webroot/files/publications/19_castro_2021_01_11.pdf. Acesso em 11 jan. 2021.

CASTRO, Nivalde de; et al. **TDSE 81: o Papel dos Leilões na Expansão do Segmento de Transmissão do Setor Elétrico Brasileiro: 1999-2017**, GESEL- Grupo de Estudos do Setor Elétrico, Março, 2018. Disponível em: http://www.gesel.ie.ufrj.br/app/webroot/files/publications/51_TDSE%20Leilao%20de%20Transmissao-%20VFF.pdf. Acesso em: 23 dez. 2020.

CAZARRO, Pablo Martins. **A análise da dinâmica dos investidores nos leilões de transmissão de energia elétrica no Brasil entre 1999 e 2017**. 2017. 100f. Dissertação (Mestrado em Ciências) - Instituto de Energia e Ambiente, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017.

CHARRETT, Donald. Dispute board and dispute resolution. **Inhouse counsel**. mar. 2013.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 6. ed. Califórnia: Berkeley Law Books, 2016.

CORDEIRO, Antônio Menezes. **Contratos públicos:** subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro. (Cadernos o Direito. n.2), Coimbra: Almedina, 2007.

COSTA, Candice Sousa *et al.* **Aspectos relevantes em licitações e contratos de energia elétrica.** Pará de Minas, MG: Editora VitualBooks, 2012.

CRETELLA JÚNIOR, José. Teoria do “Fato do príncipe”. **Revista de Direito Administrativo.** v. 75. p. 23-30, 18 jun. 1964

CREW, Michael; PARKER, David. Development in the theory and practice of regulatory economics. *In:* CREW, Michael; PARKER, David. **International Handbook on Economic Regulation.** Edward Elgar: Cheltenham, UK, 2006. p. 1-33. Disponível em: https://books.google.com.br/books?hl=ptBR&lr=&id=gERlOXslp44C&oi=fnd&pg=PA1&dq=related:gGINqm-4VbSexM:scholar.google.com/&ots=SKkht0k6h&sig=uvllojevcpk2z9XlfQOO_XPbLNc&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 23 dez. 2020

CUÉLLAR, Leila; MOREIRA Egon Bockmann. Administração Pública e mediação: notas fundamentais. *In:* CUÉLLAR, Leila *et al.* **Direito Administrativo e alternative dispute resolution:** arbitragem, dispute board e negociação. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 43-74.

CUNHA, Bruno Queiroz. O pós-pandemia será desregulatório ou regulatório?: eficiência econômica, mola mestra da regulação atual, ainda eu siga instrumental, poderá perder peso relativo. **Regulação; Jota**, 19 maio 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/o-pos-pandemia-sera-desregulatorio-ou-re-regulatorio-19052020>. Acesso em: 21 mai. 2020.

DALLARI, Adilson Abreu. Arbitragem na concessão de serviço público. **Revista de informação legislativa.** Brasília: Senado Federal, v. 32, n. 128, out./dez. 1995.

DAMAZO, Estevão José. Uso de bem público por concessionária de energia elétrica e limites à sua oneração. **Jurisp. Mineira**, Belo Horizonte, v. 64, nº 207, p. 19-36, out./dez. 2013.

DE FRAJA, Gianni; STONES, Clive. Risk and Capital Structure in the Regulated Firm. **Journal of Regulatory Economics**, v.26. n.1 p. 69-84, feb. 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Ebook.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DIAS, Antônio Pedro Medeiros. **Revisão e resolução do contrato por excessiva onerosidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do novo processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2017.

DRESCH, Rafael de Freitas Valle. Análise econômica do Direito: uma análise exclusiva ou complementar? *In*: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito & Economia**. 2 ed., ver. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 193-202.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1978.

ELETROBRAS. **Dicionário de energia elétrica**. Rio de Janeiro: Eletrobrás, 2012.

EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA(EPE). **Expansão da transmissão**. Brasília: EPE. Disponível em: <http://epe.gov.br/pt/areas-de-atuacao/energia-eletrica/expansao-da-transmissao>. Acesso em 01 out. 2019

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA). **The Administrative Dispute Resolution Act of 1996**: Pub. Law 104-320 (amending Pub. Law 101-552 and Pub. Law 102-354). Disponível em: <https://www.adr.gov/pdf/adra.pdf>. Acesso em: 11 set. 2020.

ESTEFAM, Felipe Faiwichow. **Cláusula arbitral e administração pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

FARACO, Alexandre Ditzel; COUTINHO, Diogo R. Regulação de indústrias de rede: entre flexibilidade e estabilidade. **Revista de Economia Política**, v. 27, n. 2 (106), p. 261-280, abr./jun. 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rep/v27n2/a07v27n2.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2020.

FARIA, Marcela Kohlbach de; CASTRO, Leonardo Viveiros de. Arbitragem e Administração Pública. *In*: MUNIZ, Joaquim de Paiva; BONIZZI, Marcelo José

Magalhães; FERREIRA, Olavo A. V. Alves. **Arbitragem e Administração Pública: Temas polêmicos**. Ribeirão Preto: Migalhas, 2018, p. 235-250.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: parte Geral e LINDB**. Salvador: JusPodivm, 2016a.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: parte Geral e LINDB**. Salvador: JusPodivm, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: obrigações**. Salvador: JusPodivm, 2016b.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: contratos. Teoria Geral e Contratos em espécie**. Salvador: JusPodivm, 2016c.

FERRAZ, Raffaella. **Arbitragem em litígios comerciais com a Administração Pública**: exame a partir da principalização do Direito Administrativo. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

FERREIRA NETTO, Cássio Telles. **Contratos administrativos e arbitragem**. Rio de Janeiro, Elsevier, 2008.

FIANI, Ronaldo. Arranjos institucionais e custos de transação em parcerias público-privadas. *In*: GOMIDE, A. A.; PEREIRA, A. K. **Governança da Política de Infraestrutura**: condicionantes institucionais ao investimento. Rio de Janeiro: IPEA, 2018, p. 113-136.

FIANI, Ronaldo. **Cooperação e conflito**: instituições e desenvolvimento econômico. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; NONTEIRO, André Luís. **Teoria Geral da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**: análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997b.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Manual da Arbitragem**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997a.

FINKELSTEIN, Cláudio; ESCOBAR, Marcelo Ricardo. Arbitragem na Administração Pública. *In*: MUNIZ, Joaquim de Paiva; BONIZZI, Marcelo José Magalhães; FERREIRA, Olavo A. V. Alves. **Arbitragem e Administração Pública: Temas polêmicos**. Ribeirão Preto: Migalhas, 2018, p. 261-280.

FISS, OWEN M. Against Settlement. **HeinOnline: The Yale Law Journal**, v. 93, n. 6, may 1984. Disponível em:

https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4597232/mod_resource/content/0/Against%20Settlement%20-%20Owen%20Fiss.PDF. Acesso em: 22 dez. 2020.

FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. **International commercial arbitration**. The Hague: Kluwer, 1999.

FRANZONI, Diego. DAVIDOFF, Fernanda. Interpretação do critério da disponibilidade com vistas à arbitragem envolvendo o Poder Público. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, RT, ano 11, v. 41, abr-jun. 2014.

FREITAS, Juarez. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 276, p. 25-46, set./dez. 2017. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/72991/71617>. Acesso em: 22 dez. 2020.

FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2014.

FREITAS; Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 2010.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FUX, Luiz; MAGALHÃES, Andréa. Imprevisão, incompletude e risco. Uma contribuição da teoria econômica aos contratos administrativos. *In*: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. **O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017)**. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 426-441.

GALETOVIC, Alexander; INOSTROZA, Juan Ricardo. [A lesson from Argentina: setting transmission tolls in a competitive auction is much better than regulating them](#). **Energy Economics**, Atlanta, v. 30, n. 4, p. 1334-1366, jul. 2008.

GALÍPOLO, Gabriel Muricca; HENRIQUES, Ewerton de Souza. Rentabilidade e equilíbrio econômico-financeiro do contrato. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 455-472.

GALVANI, Leonardo. Análise econômica do contrato e eficiência contratual. **EALR**, v. 9, n. 2, p. 194-211, maio/ago. 2018.

GARCIA, Flávio Amaral. A imprevisão na previsão e os contratos concessionais. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 119-133.

GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação**. São Paulo: Malheiros, 2019.

GARCIA, Flávio Amaral. Mutabilidade nos contratos concessionais: aspectos endocontratuais e procedimentais. *In*: WALD, Arnaldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. **O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017)**. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 426-441.

GIRARDI, Cláudio; TISI, Yuri Schmitke A. Belchior, A Polêmica Transferência das Demais Instalações de Transmissão (DITs) das Transmissoras para as Distribuidoras, *in*: DA ROCHA, Fabio Amorim (Org.), **Temas relevantes no direito de energia elétrica (vol. V)**, Rio de Janeiro: Synergia, 2016, p. 39-84.

GOLDBERG, Victor. Regulation and administered contracts. **The Bell Journal of Economics**, New York, v. 7, n. 2, p. 426-448, 1976. Disponível em: <http://idv.sinica.edu.tw/kongpin/teaching/contract/goldberg.pdf>. Acesso em 30 jun. 2019.

GONÇALVES, Eduardo Damião. **Arbitrabilidade objetiva**. Tese (doutorado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

GONÇALVES, Pedro Costa. **Direito dos contratos públicos**. 3. ed. v. 1. Coimbra: Almedina, 2018.

GONÇALVES, Pedro Costa. Função do Caso Base em Contratos Administrativos de Concessão. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 325-337.

GONÇALVES, Tatiana de Oliveira. **Arbitragem em contratos: análise econômica**. Dissertação (mestrado em Direito). Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2010. Disponível em: <https://www.yumpu.com/pt/document/read/47817096/arbitragem-em-contratos-analise-economica-milton-campos>. Acesso em: 22 dez. 2020.

GRAU, Eros Roberto. Concessionária de serviço público: bens públicos, direito de uso. 20 ago. 1999. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 218, p. 343-356, out./dez. 1999.

GRAU, Eros Roberto. Da arbitrabilidade de litígios envolvendo sociedade de economia mista e interpretação da cláusula compromissória. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 5, n. 18, p. 395-406, out./dez. 2002.

GRAU, Eros. FORGIONI, Paula. **O Estado, a empresa e o contrato**. São Paulo: Malheiros, 2005.

GREBLER, Eduardo. A solução de controvérsias em contratos de parceria público-privada. **Revista de Mediação e Arbitragem**, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 60-72, maio/ago. 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Fundamentos legitimantes da arbitrabilidade de conflitos derivados de atos de gestão da administração. *In*: MUNIZ, Joaquim de Paiva. BONIZZI, Marcelo José Magalhães; FERREIRA, Olavo A. V. Alves. **Arbitragem e Administração Pública**: Temas polêmicos. Ribeirão Preto: Migalhas, 2018, p. 251-259.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti; LIMA, Cristiana Maria Melhado Araujo. As modificações no setor de energia elétrica e os contratos de concessão. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (org.). **Contratos públicos e direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 295-350.

GUERRA, Sérgio. A imprevisão na previsão e os contratos concessionais. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro**: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação. Belo Horizonte: Fórum, 2019b, p. 119-133.

GUERRA, Sérgio. Concessões de serviços públicos: aspectos relevantes sobre o equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno (TIR). *In*: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro**: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019a, p. 547-560.

GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 135-169, nov. 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77653/74316>. Acesso em: 03 set. 2020.

GUERRA, Sérgio; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Concessões de serviços públicos e o tempo: aspectos relevantes sobre o impacto da variável “prazo” para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. *In: Equilíbrio financeiro em projetos de infraestrutura e a TIR flexível: Financial balance in infrastructure projects and flexible IRR.* (Cadernos FGV Projetos, 32). Rio de Janeiro: FGV Projetos, 2019, p. 21-84. Disponível em: https://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/miolo_tir_03.04.19_completo.pdf. Acesso em: 22 dez. 2020.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. O prazo nas concessões e as normas que estipulam vigência máxima do vínculo: algumas inquietações. *In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação.* Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 57-69

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. A repartição de riscos na parceria público-privada. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 6, n. 24, out./dez. 2008.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Concessão de serviço público.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição. *In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação.* 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 99-118.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 15, n.º 58, p. 37-60, abr./jun. 2017.

HAURIOU, André. **Le Droit Administratif de l'Aléatoire, in Mélanges Offerts a Louis Trotabas**, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1970.

HIROTA, H. H. **O mercado de concessão de transmissão de energia elétrica no Brasil.** 2006. Dissertação (Mestrado) – Departamento de Economia da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2006.

HUBNER, Nelson *et al.* **Aprimoramentos na Regulação do Setor de Transmissão:** contribuições às Consultas Públicas da ANEEL n° 5 e n° 30 de 2020. (Texto para discussão do setor elétrico, n. 92), Rio de Janeiro: GESEL/UFRJ, 2020. 27 p.

HUNT, Sally. **Making competition work in electricity.** Nova York: John Wiley & Sons, 2002.

INSTITUTO ACENDE BRASIL (IAB). Leilões no Setor Elétrico Brasileiro: Análises e Recomendações. **White Paper 7**, n.7, p. 52, 2012.

INSTITUTO ACENDE BRASIL (IAB). Transmissão: o elo integrador. **White Paper 15**, p.40p., 2015.

IRWIN, Timothy. **Government Guarantees:** allocation and valuing risk in privately financed infrastructure projects. Washington D.C.: The World Bank, 2007.

JACINTO, Carlos Magno Couto. **Acoplamento, simulação e otimização de estratégias de desenvolvimento de campos de petróleo e gás sob incerteza com aplicações na construção de poços e campos inteligentes.** Tese (Doutorado em Engenharia Civil), Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro: UFRJ/COPPE, 2009. 136 p.

JIN, Xiao-Hua. Risk allocation, transaction cost economics and PPP. *In: The Routledge Companion to Public-Private Partnerships* Routledge. Abingdon: Routledge, 26 fev. 2013.

JOSKOW, Paul L. Incentive regulation in theory and practice: electricity distribution and transmission networks. *In: ROSE, Nancy L (ed.). Economic Regulation and Its Reform: what Have We Learned?*, University of Chicago Press, 2014.

JUNQUEIRA, André Rodrigues. **Arbitragem nas parcerias público-privadas:** um estudo de caso. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. Considerações sobre a equação econômico-financeira das concessões de serviço público: a questão da TIR. *In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). Tratado do equilíbrio econômico-financeiro:* contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 501-528.

JUSTEN FILHO, Marçal. Agências reguladoras e democracia: existe um déficit democrática na “regulação independente”? *In: ARAGÃO, Alexandre*

Santos de (coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 244-245.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo do espetáculo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 57-80.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Editora Dialética, 2003.

KAERCHER LOUREIRO, Gustavo. **Estudos sobre o Regime Econômico-Financeiro de Contratos de Concessão**. São Paulo: Quartier Latin, 2020a.

KAERCHER LOUREIRO, Gustavo. **Instituições de Direito da Energia Elétrica**: Volume I – Propedêutica e Fundamentos. São Paulo: Quartier Latin, 2020b.

KAERCHER LOUREIRO, Gustavo; CALABRIA, Felipe Alves. O operador Nacional do Sistema - ONS e a operação do Sistema Interligado Nacional - SIN. *In*: KAERCHER LOUREIRO, Gustavo. **Instituições de direito da energia elétrica**, 2020. Disponível em: https://gustavokaercher.com.br/wp-content/uploads/2020/05/Capitulo_XI_Volume_II_-_O_Operador_Nacio.pdf. Acesso em: 23 dez. 2020.

KAERCHER LOUREIRO, Gustavo; RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. **Tem mesmo base constitucional o equilíbrio econômico-financeiro das concessões?** por um modelo flexível do regime econômico das concessões de serviço público. FGV: CERI, 2020. Disponível em: <https://dc5142.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2020-07/a-constituicao-protege-o-eef-formatado.pdf>. Acesso em: 23 dez. 2020.

KROETZ, Tarcísio Araújo. **Arbitragem**: conceito e pressupostos de validade de acordo com a Lei 9.307/96. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

KRONMAN, Anthony. Contract law and distributive justice. **The Yale Journal**. v. 89, n. 472, 1980. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2068&context=fss_papers. Acesso em: 22 dez. 2020.

LALOUX, Damián; RIVIER, Michel. Technology and operation of electric power systems. *In*: PÉREZ-ARRIAGA, Ignacio J. **Regulation of the power sector**. Springer:[s.n.], 2013.

LANDAU, Elena. Medida Provisória 579: uma guinada de 360° [On-line]. **Valor Econômico**, São Paulo, 21 nov. 2012. Disponível em: <http://www.provedor.nuca.ie.ufrj.br/eletrobras/estudos/landau10.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2020.

LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de. (org.) **Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016. Disponível em : <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18009/Transforma%c3%a7%c3%b5es%20do%20Direito%20Administrativo.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 20 dez. 2020.

LEE, João Bosco. O conceito de arbitrabilidade nos países do mercosul. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. São Paulo, v. 3, n. 8, abr./jun. 2000, p.348-360.

LEITE, Antonio Dias. **A energia no Brasil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lexikon, 2014.

LEMES, Selma Maria Ferreira. **Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos- Arbitrabilidade Objetiva: confidencialidade ou publicidade processual?**. Disponível em: http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri15.pdf. Acesso em: 28 dez. 2020.

LIMA, Bernardo Medeiros Marangon. **Metodologia para a contratação ótima do montante de uso do sistema de transmissão**. 2011. 88 f. Dissertação (Mestrado em Engenharia Elétrica) – Universidade Federal de Itajubá, Itajubá, 2011. Disponível em: <http://www.jwmarangon.eng.br/dissertacoes/bernardo/bernardo.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2020

LIMA, Renata Faria. **Equilíbrio econômico-financeiro contratual: no direito administrativo e no direito civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

LUHMANN, Niklas. **Risk: A sociological theory**. Tradução de Rhodes Barret. Berlin; New York: Walter de Gruyter, 1993.

MACKEVICIUS, Jonas; TOMASEVIC, Vladislav. Evaluation of investment projects in case of conflict between the internal rate of return and the net present value methods. **Ekonomika**. Vol. 89, n.4, 2010, p. 116-130. Disponível em: <https://www.journals.vu.lt/ekonomika/article/view/962/483>. Acesso em 23 dez. 2020.

MACNEIL, Ian. Relational contract theory: Challenges and queries. **HeinOnline**, v. 94, n. 3, p. 877-908, 2000. Disponível em:

<http://alliancecontractingelectroniclawjournal.com/wpcontent/uploads/2017/04/MacNeil-I.-1999-2000-%E2%80%98Relational-Contract-Theory-Challenges-and-Queries%E2%80%99.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2020

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**. Tradução Allan Vidigal Hastings, Elisete Paes e Lima, Revisão Técnica Manuel José Nunes Pinto. São Paulo: Cengage, 2020.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Revisão contratual**: onerosidade excessiva e modificação contratual equitativa. São Paulo: Almedina, 2020.

MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. **Concessões de serviço público**: a equação econômico-financeira dos contratos. São Paulo: Editora Verbatim, 2011.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Breves considerações sobre o equilíbrio econômico-financeiro nas concessões. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 227, p. 105-109, jan./mar. 2002. Disponível em:
<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46904/44549>. Acesso em 23 dez. 2020.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O equilíbrio econômico e financeiro nas concessões: dinamismo e segurança jurídica na experiência brasileira. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro**: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 135-157.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. A (re)afirmação do equilíbrio econômico-financeiro das concessões. **Revista de Direito Público da Economia- RDPE**, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, jul./set. 2014. Disponível em:
<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=204514>. Acesso em: 7 jun. 2020.

MARRARA, Thiago; PINTO, João Otávio Torelli. Arbitragem e Administração Pública. *In*: MUNIZ, Joaquim de Paiva; BONIZZI, Marcelo José Magalhães; FERREIRA, Olavo A. V. Alves. **Arbitragem e Administração Pública: Temas polêmicos**. Ribeirão Preto: Migalhas, 2018, p. 341-369.

MARTINES, Fernando. Lei de Arbitragem completa 20 anos e especialistas apontam rumos para a área [On-line]. **Consultor Jurídico**, 24 set. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-24/lei-arbitragem-faz-20-anos-especialistas-apontam-rumos-area>. Acesso em: 23 dez. 2020.

MARTINS, André Chateaubriand. Arbitragem e Administração Pública. In: CAHALI, Francisco José. FREIRE, Thiago Rodovalho Alexandre. **Arbitragem: estudos sobre a Lei n.13.129, de 26-5-2015**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 67-83.

MARTINS, António. Sobre o equilíbrio financeiro das concessões e a taxa interna de rendibilidade (TIR) accionista: uma perspectiva económica. In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 407-420.

MARTINS, Humberto Falcão; MARINI, Caio Marini, Governança Pública Contemporânea: uma tentativa de dissecação conceitual. **Revista do TCU**, n. 130, 2014.

MARTINS, Humberto Falcão; MARINI, Caio Marini. Governança Pública Contemporânea: uma tentativa de dissecação conceitual. **Revista do TCU**, n. 130, 2014. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/40>. Acesso em: 28 dez. 2020.

MARTINS, Licínio Lopes. O equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo: algumas reflexões. **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, mar./ago. 2012, p. 199-240.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. A Cláusula de Hardship e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 25, n. 7, p. 11-39, abr./jun. 2010.

MARTINS-COSTA, Judith. Como harmonizar os modelos jurídicos abertos com a segurança jurídica dos contratos?: (notas para uma palestra). **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 5. jul./set 2015. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2016/1/2016_01_1051_1064.pdf. Acesso em: 23 dez. 2020.

MATTOS NETO, Antonio José de. Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da lei da arbitragem. **Revista de Processo-REPRO**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 106, ano 27, abril/junho 2002, p. 221-236.

MAURER, Luiz; BARROSO, Luiz, **Electricity Auctions: an overview of efficient practices**. Washington: The World Bank, 2011.

MAZZOLA, Marcelo. Temas contemporâneos na arbitragem: do clássico ao circuito alternativo e alguns “curtas-metragens”. **Revista de Processo**. Vol. 291/2019. Maio/2019, p.427-466.

MCKINSEY & COMPANY. Cuidado com a TIR. **HSM Management**, n. 48, jan./fev. 2005.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Serviço público e concessão de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2017.

MELLO, Maria Tereza Leopardi; ANUATTI, Francisco. Arbitragem e risco regulatórios em contratos de concessão. *In*: SEMINÁRIO BRASILEIRO DA NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL, 2., 2001. **Anais eletrônicos [...]**, 2001. Disponível em: https://www.academia.edu/37449924/ARBITRAGEM_E_RISCO_REGULAT%C3%93RIO_EM_CONTRATOS_DE_CONCESS%C3%83O?auto=download&email_work_card=download-paper. Acesso em: 9 nov. 2020.

MÉNARD, Claude. Hybrid Organizations. *In*: KLEIN, Peter. SYKUTA, Michael. **The Elgar Companion to Transaction Cost Economics**, Edward Elgar, 2011, p.176-184.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIGALHAS. **Webinar: aspectos atuais da arbitragem** [Youtube]. 17 ago. 2020. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=BWgo-Y-qm5E&ab_channel=Migalhas. Acesso em: 28 dez. 2020. 1h47m47s.

MODESTO, Paulo. Reforma do estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 2, maio/jul., 2005. Disponível em: <http://www.direitoestado.com.br>. Acesso em: 7 jun 2020.

MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as parcerias público-privadas. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Parcerias públicoprivadas**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 468-521.

MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo. Administração Pública consensual e a arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: RT, vol. 35, p. 107 - 133, Out - Dez/2012.

MONTEIRO, Vera. **Concessão**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 209, p. 81-90, jul. 1997. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47043/46028>. Acesso em: 4 set. 2020.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial (e-book)**. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século: o caso brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**. Belo Horizonte, v. 1, n. 3, out./dez. 2003b. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12537>. Acesso em: 19 fev. 2019.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, v. 231, p.129-156, jan./mar. 2003a.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.) **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 545-564.

MOREIRA, Egon Bockmann. A indisponibilidade do interesse público ainda faz algum sentido? [On-line]. **Publicistas, Jota**, 22 dezembro 2020b. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/a-indisponibilidade-do-interesse-publico-ainda-faz-algum-sentido-22122020>. Acesso em: 31 dezembro 2020.

MOREIRA, Egon Bockmann. Concessões de serviço público e *Project Finance*. **Revista Zênite, Informativo de Licitações e Contratos**, Curitiba, v. 17, n. 199, set. 2010a.

MOREIRA, Egon Bockmann. Contratos administrativos de longo prazo: a lógica de seu equilíbrio econômico-financeiro. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 79-88.

MOREIRA, Egon Bockmann. Contratos de concessão, força maior extraordinária e revisão da matriz de riscos. Fundamentos jurídicos e modos de usar [On-line]. **Opinião & Análise, Jota**, 30 maio 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/contratos-de-concessao-forca-maior-extraordinaria-e-revisao-da-matriz-de-riscos-30042020>. Acesso em: 16 julho 2020.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/1995: parte geral**. São Paulo: Malheiros, 2010b.

MOREIRA, Egon Bockmann. Riscos, incertezas e concessões de serviços públicos. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, v. 5, n. 20, p. 35-50, out./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=49831>>. Acesso em: 6 jul. 2020.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUZELA, Rafaella Peçanha. Contratos administrativos de longo prazo, equilíbrio econômico-financeiro e Taxa Interna de Retorno (TIR). *In*: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 337-356.

MOREIRA, Egon Bockmann; KATO, Mariana Almeida. Regulação econômica e segurança energética: breves notas sobre o caso brasileiro. *In*: ROCHA, Fábio Amorim da (coord.). **Temas relevantes no direito de energia elétrica: tomo II**. Rio de Janeiro: Synergia, 2013, p.210-239.

MOTTA, Ronaldo Seroa da. Princípios de regulação econômica. *In*: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (org.). **Regulação e Agências Reguladoras: governança e Análise de Impacto Regulatório**. Brasília: ANVISA: Casa Civil da Presidência da República, 2009, p. 87-104.

MUELLER, Bernardo. Instituições e salvaguardas no sistema regulatório brasileiro. *In*: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (org.). **Regulação e Agências Reguladoras. Governança e Análise de Impacto Regulatório**. Brasília: ANVISA: Casa Civil da Presidência da República, 2009.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. **Curso Básico de Direito Arbitral**: teoria e prática. Curitiba: Juruá, 2020.

MUNIZ, Joaquim de Paiva; SILVA, João Marçal Rodrigues da. Arbitragem com entes públicos: questões controvertidas. *In*: MUNIZ, Joaquim de Paiva. BONIZZI, Marcelo José Magalhães. FERREIRA, Olavo A. V. Alves. **Arbitragem e Administração Pública: Temas polêmicos**. São Paulo: Migalhas, 2018, p. 149-163.

NATAL, Tatiana Esteves. A divisão de riscos e o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos de concessão de serviço público no Estado Regulador. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, n. 67, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**: volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

NEVES, Flávia Bittar; MORAES, Felipe. Peculiaridades do procedimento em arbitragens com a Administração Pública. *In*: MUNIZ, Joaquim de Paiva; BONIZZI, Marcelo José Magalhães; FERREIRA, Olavo A. V. Alves. **Arbitragem e Administração Pública**: temas polêmicos. São Paulo: Migalhas, 2018, p. 411-436.

NÓBREGA, Marcos. Análise econômica do direito administrativo. *In*: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 404-416.

NÓBREGA, Marcos. Contratos incompletos e infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviço público e PPPs. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 18, maio/jul. 2009. Disponível em: <http://www.direitoestado.com.br>. Acesso em: 19 fev. 2019.

NÓBREGA, Marcos. **Direito de infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

NÓBREGA, Marcos. **Direito e economia da infraestrutura**. Belo Horizonte: Fórum, 2020b.

NÓBREGA, Marcos. Os limites e a aplicação da Taxa Interna de Retorno. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro**: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 529-536.

NÓBREGA, Marcos. **Risco e incerteza nos contratos do setor elétrico**: força maior, incerteza fundamental e a obrigação de renegociar [*On-line*]. **Coluna da ABDE. Jota**, 8 maio 2020a. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/risco-e-incerteza-nos-contratos-do-setor-eletrico-08052020>. Acesso em: 8 maio 2020.

NÓBREGA, Marcos. Riscos em projetos de infraestrutura: incompletude contratual; concessões de serviço público e PPPs. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 22, maio/jul. 2010. Disponível em: <http://www.direitoestado.com.br>. Acesso em: 19 fev. 2019

NORTH, Douglass C., **Institutions, Institutional Change and Economic Performance**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

OLIVEIRA JUNIOR, Márcio de; ESTEVES, Luiz Alberto. Covid-19, falência e concorrência: uma proposta de screening test [*On-line*]. **Blog do Ibre**, 18 maio 2020. Disponível em: <https://blogdoibre.fgv.br/posts/covid-19-falencia-e-concorrencia-uma-proposta-de-screening-test>. Acesso em: 22 jun. 2020.

OLIVEIRA, Adilson de; SALOMÃO, Luiz Alfredo. **Setor elétrico brasileiro**: estado e mercado. Rio de Janeiro: Synergia, FGV Energia, 2017.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A agenda da arbitragem com a Administração Pública: “mais do mesmo” ou há espaço para inovação? **Contraponto jurídico: posicionamentos divergentes sobre grandes temas do Direito**, São Paulo, p. 1312, 2018.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; ESTEFAM, Felipe Faiwichow. **Curso prático de arbitragem e Administração Pública**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação, **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 8, n. 32, p. 31-50, abr./jun. 2008.

OPERADOR NACIONAL DO SISTEMA ELÉTRICO (ONS). **A contratação do sistema de transmissão**. Disponível em:

<http://www.ons.org.br/paginas/energia-no-futuro/transmissao/contratacoes>. Acesso em: 17 maio 2020.

OPERADOR NACIONAL DO SISTEMA ELÉTRICO (ONS). **O Sistema Interligado Nacional**. Disponível em: <http://www.ons.org.br/paginas/sobre-o-sin/o-que-e-o-sin>. Acesso em: 2 maio 2020.

ORTIS, Cláudio Santos. As licitações de concessão de geração e transmissão de energia elétrica e os leilões combinatórios. *In*: CASTRO, Marcus Faro de; KAERCHER LOUREIRO, Gustavo (Org.). **Direito de energia elétrica no Brasil: aspectos institucionais regulatórios e socioambientais**. Brasília: ANEEL, 2010, p. 79-107.

ORTIZ, Gaspar Arino. **Principios de derecho público económico**: modelo de estado, gestión pública, regulación económica. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Fundación de Estudios de Regulación, 2003.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2007.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

PARKER, David; DASSLER, Thoralf; SAAL, David. S. Performance benchmarking in utility regulation: principles and the UK's experience. *In*: CREW, Michael A., PARKER, David. **International Handbook on Economic Regulation**. Northampton, Massachusetts: Edward Elgar, 2006.

PAULO, Goret Pereira. **A utilização de leilões em modelos de expansão da rede de transmissão de energia elétrica**. 2012. 133 f. Tese (doutorado) - Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2012. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10279/TESE_FINAL_versao%20final.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 24 dez. 2020.

PEREIRA, Anna Carolina Migueis. *Dispute boards* e administração pública: a utilização dos *dispute boards* como alternativa extrajudicial de solução de conflitos nos contratos administrativos. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, v. 15, n. 168, p. 9-28, fev. 2015.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PINHO, Clóvis Alberto Bertolini de. Reorganizações societárias e os limites da responsabilidade objetiva na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013). **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, ano 17, n. 197, p. 25-36, jul. 2017.

PINTO, Marcos Barbosa. Repartição de riscos nas parcerias público-privadas. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 25, p. 155-182, jun. 2006. Disponível em:

https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/10056/1/RB%2025%20Reparti%20a7%20a3o%20de%20Riscos%20nas%20Parcerias%20P%20b%20lico-Privadas_P_BD.pdf. Acesso em: 24 dez. 2020.

PINTO, Milton de Oliveira. **Energia elétrica**: geração, transmissão e sistemas interligados [E-book]. Rio de Janeiro: LTC, 2018.

PIOTO, Marcelo Senna Valle. **Os bens reversíveis e a remuneração das transmissoras de energia elétrica**. 2013. 45 f. Monografia (Curso de Especialização em Direito Regulatório) - Instituto de Direito Público, Brasília, 2013. Disponível em: https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/779/1/Monografia_Marcelo%20Senna%20Valle%20Pioto.pdf. Acesso em: 24 dez. 2020.

PIRES, Adriano. Transmissão causa apreensão no setor elétrico [On-line]. **Comentando a notícia**, 26 jun. 2011. Disponível em: <https://comentandoanoticia.blogspot.com/2011/06/transmissao-causa-apreensao-no-setor.html>. Acesso em: 26 maio 2020.

POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. 3rd. ed. [s.l.]: Wolters Kluwer, 1986.

POSNER, Richard A. The law and economics of contract interpretation. **Texas Law Review**, n. 83, p. 1581-1614, 2005.

PRADO, Lucas Navarro; GAMELL, Denis Austin. Regulação econômica de infraestrutura e equilíbrio econômico-financeiro: reflexos do modelo de regulação sobre o mecanismo de reequilíbrio a ser adotado. In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro**: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 251-269.

PRADO, Mariana Mota. O setor de energia elétrica. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (coord.). **Direito econômico**: direito e economia na regulação setorial. São Paulo: Saraiva, 2009. E-book. p. xx-xx.

PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. **Revista Direito GV**, v. 4, n. 1, p. 15-27, 2008. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35168>. Acesso em: 23 dez. 2020.

REGIS, Vlândia Viana. **Reequilíbrio econômico-financeiro de contratos de concessão de serviços de transmissão**: estudo de casos. 2017. 115 f. Dissertação (mestrado) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/20322>. Acesso em: 23 dez. 2020.

REGO, Erik Eduardo. **Proposta de aperfeiçoamento da metodologia dos leilões de comercialização de energia elétrica no ambiente regulado: aspectos conceituais, metodológicos e suas aplicações**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012. Disponível em: https://www.aneel.gov.br/documents/656835/14876412/Tese_Erik_Eduardo_Rego.pdf/162eb55b-f53a-495d-a4e6-720bf0a9df77. Acesso em: 23 dez. 2020.

REISDORFER, Guilherme F. Dias. Contratos administrativos: considerações sobre o regime contratual administrativo e a aplicação das competências exorbitantes. **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, v. 4, n. 6, set. 2014/fev. 2015.

RENNÓ, Marília; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Transmissão de energia elétrica: apresentação do modelo brasileiro. *In*: LANDAU, Elena (org.). **Regulação Jurídica do Setor Elétrico**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006. p. 301-325.

RIBEIRO, Maurício Portugal. **10 Anos da Lei de PPP, 20 Anos da Lei de Concessões**. Viabilizando a Implantação e Melhoria de Infraestruturas para o Desenvolvimento Econômico-Social (com participação de Gabriel Galipolo, Gabriela Miniussi Engler Pinto, Lucas Navarro Prado e Paulo Vitor Torres da Matta). Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <https://portugalribeiro.com.br/10-anos-das-lei-de-pps-20-anos-da-lei-de-concessoes/>. Acesso em 11 jan. 2021.

RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs**: melhores práticas em licitações e contratos. São Paulo: Atlas, 2011. Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/ebooks/concessoes-e-ppps/>. Acesso em 03 jun. 2020.

RIBEIRO, Maurício Portugal. O que todo profissional de infraestrutura precisa saber sobre equilíbrio econômico-financeiro de concessões e PPPs (mas os nossos juristas ainda não sabem). *In*: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 537-546.

RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP - Parceria PúblicoPrivada**. São Paulo: Malheiros, 2007.

RICHTER, Rudolf. The new institutional economics: its start, its meaning, its prospects. **The European Business Organization Law Review** (EBOR), n. 2, p. 161-200, 2005.

RIVIER, Michel; PÉREZ-ARRIAGA, Ignacio J.; OLMOS, Luis. Electricity transmission. *In*: PÉREZ-ARRIAGA, Ignacio J (ed.). **Regulation of the power sector**. Londres: Springer, 2013. p. 251-340

ROCHA, Henrique Martins; OLIVEIRA, Uálison Rébula de. Cenários prospectivos para a o gerenciamento de riscos e incertezas: uma ferramenta a ser explorada pelas organizações. *In*: SIMPOSIO DE ENGENHARIA DE PRODUÇÃO – SIMPEP, 13., 2006, Bauru, SP. **Anais eletrônicos** [...]. Bauru, SP: UNESP, 2006. Disponível em: https://simpep.feb.unesp.br/anais/anais_13/artigos/22.pdf. Acesso e: 29 maio 2020.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

SAINTIVE, Marcelo Barbosa; CHACUR, Regina Simões. **A regulação tarifária e o comportamento dos preços administrados**. Brasília: SEAE/M, 2006. (Documento de trabalho, n. 33). Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/en_us/biblioteca-digital/a-regulacao-tarifaria-e-o-comportamento-dos-precos-administrados.htm. Acesso em: 22 dez. 2020.

SALES, Cláudio J. D. Sem conexão [On-line]. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 21 ago. 2012. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,sem-conexao-,919447,0.htm>. Acesso em: 26 maio 2020.

SALLES, Carlos Alberto. **Arbitragem em contratos administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)**. São Paulo: Malheiros editores, 2008.

SANTOS, José Anacleto Abduch. Parceria público-privada na modalidade concessão patrocinada: equilíbrio econômico-financeiro e taxa interna de retorno. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 473-500.

SARAIVA, Leonardo. **Arbitragem na administração pública: particularidades, governança, compliance, accountability e o desafio envolvendo os tribunais de contas no processo de sua institucionalização.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem: mediação e conciliação.** 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SCHARF, Stéphanie Luíse Pagel; CAGGIANO, Heloisa Conrado. Os critérios de análise de projetos de investimento e os contratos administrativos de longo prazo. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação.** 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 561-582.

SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. Arbitragem nos contratos administrativos e o critério para identificação dos litígios que envolvem direitos patrimoniais disponíveis. **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**, Curitiba, n. 272, p. 989-995, out. 2016.

SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar.** São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SCHWIND, Rafael Wallbach. Desnecessidade de manutenção de índices financeiros nos contratos de concessão. **Interesse público**, Belo Horizonte, v. 15, n. 78, p. 143-166, mar./abr. 2013. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/60320>. Acesso em: 29 dez. 2020.

SENA, Barbara Bianca. A natureza jurídica da arbitragem no Brasil. **Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, v. 13, p. 186-315, dez. 2005.

SERRATO, Eduardo. **Fronteiras paramétricas de eficiência para o segmento de transmissão de energia elétrica no Brasil.** 2006. 79 f. Dissertação (Mestrado em Economia) – Universidade de Brasília, Brasília, 2006. Disponível em <https://repositorio.unb.br/handle/10482/2214>. Acesso em: 21 dez. 2020.

SHAN, Liang; GARVIN, Michael J.; KUMAR, Raman. Collar options to manage revenue risks in real toll public-private partnership transportation projects. **Construction Management and Economics**, v. 28, n. 10, p. 1057-1069, out. 2010.

SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**,

Rio de Janeiro, v. 237, jul./set. 2004, p. 271-316. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44376/44830>. Acesso em: 21 dez. 2020.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e; FRADERA, Vera Maria Jacob de (org.). **O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014

SILVEIRA, Bruna Alcino Marcondes da. A arbitragem dos conflitos envolvendo as agências reguladoras. *In*: MUNIZ, Joaquim de Paiva; BONIZZI, Marcelo José Magalhães; FERREIRA, Olavo A. V. Alves. **Arbitragem e administração pública: temas polêmicos**. Ribeirão Preto: Migalhas, 2018. p. 35-61.

SOUZA JUNIOR, Lauro da Gama e. Sinal verde para a arbitragem nas parcerias público-privadas (a construção de um novo paradigma para os contratos entre o estado e o investidor privado). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 241, p. 121-157, jul./set. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43331/44671>. Acesso em: 06 set. 2020.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Controle Judicial dos atos administrativos: as questões técnicas os limites da tutela de urgência. **Interesse Público**, v. 4, n. 16, p. 23-38, out./dez. 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de direito administrativo: RDA**, n. 248, p. 117-126, maio/ago. 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de; ROSILHO, André. As cláusulas de reajuste nos contratos públicos e a segurança jurídica. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (org.). **Contratos públicos e direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 215-236.

TÁCITO, Caio. Arbitragem nos litígios administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 210, p. 111-115, out. 1997. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47088/45799>. Acesso em: 1 set. 2020.

TÁCITO, Caio. Concessionária de energia elétrica - postes - taxa municipal: parecer. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 211, p. 351-362, jan./mar. 1998; Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47154/45648>. Acesso em: 17 dez. 2020.

TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composição em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória). **Revista de processo**, v. 30, n. 128, p. 59-77, out. 2005.

TALEB, Nassim. **A lógica do cisne negro**: o impacto do altamente improvável. Rio de Janeiro: Best Seller, 2015.

TAWIL, Guido Santiago. El Estado y el arbitraje: primera aproximación. **Revista de arbitragem e mediação**, v. 4, n. 14, p. 99-150, jul./set. 2007.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. **Revista de Processo**, v. 22, n. 85, p. 181-189, jan./mar. 1997.

TIBURCIO, Carmen. A arbitragem envolvendo a administração pública [Online]. **Âmbito Jurídico**, 31 dez. 2008. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/a-arbitragem-envolvendo-a-administracao-publica/>. Acesso em 18 dez. 2020.

TIBURCIO, Carmen. Arbitragem envolvendo a Administração Pública: arbitrabilidade subjetiva e objetiva. Histórico e situação atual. *In*: MUNIZ, Joaquim de Paiva; BONIZZI, Marcelo José Magalhães; FERREIRA, Olavo A. V. Alves (coord.). **Arbitragem e administração pública**: temas polêmicos. Ribeirão Preto: Migalhas, 2018. p. 35-61.

TIMM, Luciano Benetti. Ainda sobre a função social do direito contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva *versus* eficiência econômica. *In*: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito & Economia**. 2 ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 63-96.

TIMM, Luciano Benetti; SILVA, Thiago Tavares; RICHTER, Marcelo de Souza. Os contratos administrativos e a arbitragem: aspectos jurídicos e econômicos. *In*: MUNIZ, Joaquim de Paiva; BONIZZI, Marcelo José Magalhães; FERREIRA, Olavo A. V. Alves (coord.). **Arbitragem e administração pública**: temas polêmicos. Ribeirão Preto: Migalhas, 2018. p. 13-34.

TOLMASQUIM, Mauricio Tiomno. **Novo modelo do setor elétrico brasileiro**. 2. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Synergia, 2015.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (Brasil). **Acórdão nº 1099/2006**. Plenário. Relator: Augusto Nardes. Sessão de 05/07/2006. Brasília: TCU, 2006b. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-27058%22>. Acesso em: 17 dez. 2020.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (Brasil). **Acórdão nº 1271/2005**. Plenário. Relator: Marcos Bemquerer. Sessão de 24/08/2005. Brasília: TCU, 2005b. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-23711%22>. Acesso em: 17 dez. 2020.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (Brasil). **Acórdão nº 1816/2014**. Plenário. Relator: Marcos Bemquerer. Sessão de 09/07/2014. Brasília: TCU, 2014. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-1317466%22>. Acesso em: 17 dez. 2020.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (Brasil). **Acórdão nº 2071/2006**. Plenário. Relator: Marcos Vinícius Vilaça. Sessão de 08/11/2006. Brasília: TCU, 2006. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-27699%22>. Acesso em: 17 dez. 2020.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (Brasil). **Acórdão nº 2145/2013**. Plenário. Relator: Benjamin Zymler. Sessão de 14/08/2013. Brasília: TCU, 2013b. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-1221766%22>. Acesso em: 17 dez. 2020.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (Brasil). **Acórdão nº 2316/2014**. Plenário. Relator: José Jorge. Sessão de 03/09/2014. Brasília: TCU, 2014b. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-1317602%22>. Acesso em: 17 dez. 2020.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (Brasil). **Acórdão nº 2380/2008**. Plenário. Relator: Benjamin Zymler. Sessão de 29/10/2008. Brasília: TCU, 2008. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-40723%22>. Acesso em: 17 dez. 2020.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (Brasil). **Acórdão nº 2573/2012**. Plenário. Relator: Raimundo Carreiro. Sessão de 26/09/2012. Brasília: TCU, 2012. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-1248915%22>. Acesso em: 17 dez. 2020.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (Brasil). **Acórdão nº 288/2016**. Plenário. Relator: José Mucio Monteiro. Sessão de 17/02/2016. Brasília: TCU, 2016. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-1641068%22>. Acesso em: 17 dez. 2020.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (Brasil). **Acórdão nº 2927/2011**. Plenário. Relator: Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 09/11/2011. Brasília: TCU, 2011. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-1193182%22>. Acesso em: 17 dez. 2020.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (Brasil). **Acórdão nº 3160/2020**. Plenário. Relator: Vital do Rêgo. Sessão de 25/11/2020. Brasília: TCU, 2020e. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A3160%2520ANOACORDAO%253A2020/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=fc291860-5213-11eb-aa24-69d5e1d630fb. Acesso em: 08 jan. 2021.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (Brasil). **Acórdão nº 3282/2011**. Plenário. Relator: Augusto Nardes. Sessão de 07/12/2011. Brasília: TCU, 2011. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-1218452%22>. Acesso em: 17 dez. 2020.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (Brasil). **Acórdão nº 393/2002**. Plenário. Relator: Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 30/12/2002. Brasília: TCU, 2002. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-11636%22>. Acesso em: 17 dez. 2020.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (Brasil). **Acórdão nº 453/2007**. Plenário. Relator: Augusto Nardes. Sessão de 28/03/2007. Brasília: TCU, 2007. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-30329%22>. Acesso em: 17 dez. 2020.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (Brasil). **Acórdão nº 537/2006**. Segunda Câmara. Relator: Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 14/03/2006. Brasília: TCU, 2006c. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-25749%22>. Acesso em: 17 dez. 2020.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (Brasil). **Acórdão nº 584/2003**. Segunda Câmara. Relator: Ubiratan Aguiar. Sessão de 10/04/2003. Brasília: TCU, 2003. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-12856%22>. Acesso em: 17 dez. 2020.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (Brasil). **Acórdão nº 587/2003**. Plenário. Relator: Adylson Motta. Sessão de 28/05/2003. Brasília: TCU, 2003. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-15083%22>. Acesso em: 17 dez. 2020.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (Brasil). **Acórdão nº 631/2003**. Plenário. Relator: Marcos Vinícius Vilaça. Sessão de 04/06/2003. Brasília: TCU, 2003a. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-9645%22>. Acesso em: 17 dez. 2020.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (Brasil). **Acórdão nº 649/2005**. Plenário. Relator: Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 25/05/2005. Brasília: TCU,

2005a. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-23625%22>. Acesso em: 17 dez. 2020.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (Brasil). **Acórdão nº 853/2013**. Plenário. Relator: José Jorge. Sessão de 10/04/2013. Brasília: TCU, 2013. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-1268358%22>. Acesso em: 17 dez. 2020.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (Brasil). **Decisão nº 286/1993**. Plenário. Relator: Homero Santos. Sessão de 15/07/1993. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-5150%22>. Acesso em: 17 dez. 2020.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (Brasil). **Decisão nº 394/1995**. Plenário. Relator: Fernando Gonçalves. Sessão de 09/08/1995. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-70857%22>. Acesso em: 17 dez. 2020.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (Brasil). **Decisão nº 763/1994**. Plenário. Relator: Carlos Átila Álvares da Silva. Sessão de 13/12/1994. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-70539%22>. Acesso em: 17 dez. 2020.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (Brasil). **Desajustes econômico-financeiros e possíveis soluções**. Brasília, TCU, 2020b. 1 vídeo (2h36min). Publicado no canal do TCU. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=k1dObkyn_a0. Acesso em 30 de maio 2020.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (Brasil). **Discussões jurídicas do reequilíbrio de concessões em infraestrutura - terceira seção**. Brasília, TCU, 2020a. 1 vídeo (2h13min). Publicado no canal do TCU. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=LiwYUk2iOjY&feature=youtu.be>. Acesso em: 14 jul. 2020.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (Brasil). **Discussões Jurídicas do Reequilíbrio de Concessões em Infraestrutura - Primeira Seção**. Brasília, TCU, 2020c. 1 vídeo (2h36min). Publicado no canal do TCU. Disponível em: <https://youtu.be/I5M5GKuHTSY>. Acesso em 07 jul. 2020.

TUCCI, Rogério Cruz e. **Questões polêmicas do processo arbitral**: subsídios para o advogado do contencioso arbitral. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

VARIAN, Hal R. **Microeconomia**: uma abordagem moderna. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. v. 2.

VIANA, Alexandre Guedes. **Leilões com mecanismo alocativo para um novo desenho de mercado no Brasil**. 2018. 624 p. Tese (Doutorado) - Escola Politécnica, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/3/3143/tde-06042018-082743/pt-br.php>. Acesso em: 17 dez. 2020.

VICKREY, William. Counterspeculation, auctions, and competitive sealed tenders. **The Journal of Finance**, v. 16, n. 1, p. 8–37, mar. 1961. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2977633?seq=1>. Acesso em: 17 dez. 2020.

VISCUSI, W. Kip; HARRINGTON JR., Joseph E.; VERNON, John M. **Economics of regulation and antitrust**. 4th. ed. Cambridge, MA: The MIT Press, Cambridge Center, 2005.

WALD, Arnold. *Dispute resolution boards*: evolução recente. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 30, p. 139-154, jul./set. 2011.

WALD, Arnold; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. **O direito de parceria e a nova lei de concessões**: análise das Leis 8.987/95 e 9.074/95. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

WALTENBERG, Davi. A. M. O direito de energia elétrica e a ANEEL. *In*: **Direito administrativo econômico**. SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). São Paulo: Malheiros, 2000. p. 352-377.

WILLIAMSON, Oliver Eaton. The economics of governance. **The American Economic Review**, v. 95, n. 2, p. 1–18, 2005.

WILLIAMSON, Oliver Eaton. **The mechanisms of governance**. New York: Oxford University Press, 1996.

ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos de Parceria Público Privada (PPP)**: risco e incerteza. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos públicos e direito privado**: interpretação, princípios e inadimplemento. São Paulo: Almedina, 2016.

ZIMMERMANN, Denny. Alguns aspectos sobre a arbitragem nos contratos administrativos à luz dos princípios da eficiência e do acesso à justiça. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, RT, ano 6, v. 12, jan.-mar. 2007, p.69-93.



ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (orgs.). **Direito & economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.



APÊNDICES

APÊNDICES

APÊNDICES

APÊNDICE A - DADOS DA AMOSTRA DE PESQUISA – TEMAS DEBATIDOS EM PROCESSOS JUDICIAIS

Medidas judiciais relacionadas ao segmento de transmissão classificadas por grupos de assuntos	QUANT.
TODOS OS ASSUNTOS	132
1-Cumprimento de cláusulas contratuais	
1.1-Cláusulas econômicas dos contratos, repercussões na tarifa-remuneração da transmissora (inclusive ativos de transmissão)	72
1.2-Execução de garantias	18

2-Exercício de competências administrativas, poder de polícia e aplicação de penalidades	29
3-Executoriedade de créditos do Poder Concedente/Agência Reguladora	12

Fonte: Elaboração própria, 2021

APÊNDICE B – DADOS DA AMOSTRA DE PESQUISA – RELAÇÃO DE CONTRATOS DE CONCESSÃO DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA

Contratos de concessão			
Leilões	Concessões de Transmissão	Prorrogações MP n° 579/2012	Vigência
Concessões existentes	Contrato n° 006/97	-	-
	Contrato n° 055/2001	Termos Aditivos	01/01/2043
	Contrato n° 057/2001	Termos Aditivos	01/01/2043
	Contrato n° 058/2001	Termos Aditivos	01/01/2043
	Contrato n° 059/2001	Termos Aditivos	01/01/2043
	Contrato n° 060/2001	Termos Aditivos	01/01/2043
	Contrato n° 061/2001	Termos Aditivos	01/01/2043
	Contrato n° 062/2001	Termos Aditivos	01/01/2043
	Contrato n° 063/2001	Termos Aditivos	01/01/2043
Leilão n° 02/2000	Contrato n° 095/2000	-	20/12/2030
	Contrato n° 096/2000	-	20/12/2030
	Contrato n° 097/2000	-	20/12/2030
Leilão n° 04/2007	Contrato n° 001/2008	-	17/03/2038
	Contrato n° 002/2008	-	17/03/2038
	Contrato n° 003/2008	-	17/03/2038
	Contrato n° 004/2008	-	17/03/2038

	Contrato n° 005/2008	-	17/03/2038
	Contrato n° 006/2008	-	17/03/2038
	Contrato n° 007/2008	-	17/03/2038
Leilão n° 04/2011	Contrato n° 001/2012	-	12/01/2042
	Contrato n° 002/2012	-	18/01/2042
	Contrato n° 003/2012	-	25/01/2042
	Contrato n° 012/2012	-	09/12/2041
	Contrato n° 013/2012	-	09/12/2041
	Contrato n° 014/2012	-	09/12/2041
	Contrato n° 017/2012	-	09/12/2041
	Contrato n° 020/2012	-	09/12/2041
	Contrato n° 021/2012	-	09/12/2041
	Contrato n° 022/2012	-	09/12/2041
Leilão n° 01/2014	Contrato n° 016/2014	-	05/09/2044
	Contrato n° 017/2014	-	05/09/2044
	Contrato n° 018/2014	-	05/09/2044
	Contrato n° 019/2014	-	05/09/2044
	Contrato n° 021/2014	-	05/09/2044
Leilão n° 02/2017	Contrato n° 001/2018	-	08/03/2048

	Contrato n° 002/2018	-	08/03/2048
	Contrato n° 003/2018	-	08/03/2048
	Contrato n° 004/2018	-	08/03/2048
	Contrato n° 005/2018	-	08/03/2048
	Contrato n° 006/2018	-	08/03/2048
	Contrato n° 007/2018	-	08/03/2048
	Contrato n° 008/2018	-	08/03/2048
	Contrato n° 009/2018	-	08/03/2048
	Contrato n° 010/2018	-	08/03/2048
	Contrato n° 011/2018	-	08/03/2048
Leilão n° 02/2019	Contrato n° 010/2020	-	20/03/2050

Fonte: Elaboração própria, 2021

APÊNDICE C – DADOS DA AMOSTRA DE PESQUISA – RELAÇÃO DE PROCESSOS JUDICIAIS

Lista de Processos Judiciais²⁹⁶			
1002272-18.2019.4.01.0000	0007533-49.2008.4.01.3400	0061205-25.2015.4.01.3400	1029702-42.2019.4.01.0000
1002594-23.2019.4.01.3400	0012141-85.2011.4.01.3400	0023176-81.2007.4.01.3400	1030749-51.2019.4.01.0000
1003339-18.2019.4.01.0000	0013207-76.2015.4.01.0000	0043556-47.2015.4.01.3400	1034249-13.2019.4.01.3400
1007633-98.2019.4.01.3400	0020164-93.2006.4.01.3400	0025083-13.2015.4.01.3400	1034449-35.2019.4.01.0000
1007633-98.2019.4.01.3400	0020787-60.2006.4.01.3400	1004367-45.2015.4.01.3400	1038158-63.2019.4.01.3400
1007755-14.2019.4.01.3400 1030339-56.2020.4.01.0000	0023662-66.2007.4.01.3400	1008144-67.2017.4.01.3400	1040358-58.2019.4.01.0000
1007771-65.2019.4.01.3400	0024671-82.2015.4.01.3400	0017741-92.2017.4.01.0000	1041056-64.2019.4.01.0000
1009093-23.2019.4.01.3400	0033928-10.2010.4.01.3400	1001008-48.2019.4.01.3400	5009405-16.2019.4.02.0000
1011052-44.2019.4.01.0000	0034874-69.2016.4.01.3400	0059473-43.2014.4.01.3400	5071335-21.2019.4.04.7100
1012010-30.2019.4.01.0000	0034978-08.2009.4.01.3400	9815-16.2015.4.01.3400	1039897-71.2019.4.01.3400
1013153-39.2019.4.01.3400	0035797-47.2015.4.01.0000	1006081-98.2019.4.01.3400	0005082-36.2017.4.01.3400
1013616-78.2019.4.01.3400	0037020-88.2013.4.01.3400	1003014-91.2020.4.01.3400	0006438-66.2017.4.01.3400
1014814-68.2019.4.01.0000	0037020-88.2013.4.01.3400	0008898-26.2017.4.01.3400	1020607-22.2018.4.01.0000
1015056-27.2019.4.01.0000	0049740-87.2013.4.01.3400	0010552-48.2017.4.01.3400	1027366-02.2018.4.01.0000
1016102-36.2019.4.01.3400	0054129-62.2015.4.01.0000	0016753-56.2017.4.01.3400	1032489-78.2018.4.01.0000

²⁹⁶Os mesmos dados podem ser obtidos em consulta ao sistema de acompanhamento processual disponibilizado pelos sítios dos Tribunais Regionais Federais; para facilitar a conferência dos dados pelo leitor, estão disponibilizados os números dos processos judiciais apontados na amostra.

1018064- 12.2019.4.01.0000	0074631- 70.2016.4.01.3400	0020852- 69.2017.4.01.3400	1036554- 19.2018.4.01.0000
1018222- 67.2019.4.01.0000	0079765- 49.2014.4.01.3400	0022231- 45.2017.4.01.3400	1037019- 28.2018.4.01.0000
1020230- 17.2019.4.01.0000	0886755- 30.2018.8.13.0000	1005332- 52.2017.4.01.3400	5000803- 23.2018.4.04.7111
1021065- 87.2019.4.01.3400	1000414- 54.2016.4.01.0000	1006030- 58.2017.4.01.3400	5023673- 75.2016.4.04.7000
1021163- 72.2019.4.01.3400	1000964- 84.2018.8.26.0538	1011918- 08.2017.4.01.3400	5036139- 09.2013.4.04.7000
1021328- 37.2019.4.01.0000	1001383- 35.2017.4.01.0000	1012047- 13.2017.4.01.3400	5051615- 82.2016.4.04.7000
1021417- 60.2019.4.01.0000	1006350- 26.2017.4.01.0000	1006983- 85.2018.4.01.3400	1008383- 71.2017.4.01.3400
1023334- 02.2019.4.01.3400	1006397- 97.2017.4.01.0000	1006918- 90.2018.4.01.3400	1005788- 36.2016.4.01.3400
1023827- 76.2019.4.01.3400	1006958- 43.2016.4.01.3400	1005394- 58.2018.4.01.34.00	1018852- 45.2018.4.01.3400
1026721- 40.2019.4.01.0000	1007433- 96.2016.4.01.3400	1010381- 40.2018.4.01.3400	1019232- 68.2018.4.01.3400
1026891- 12.2019.4.01.0000	1009836- 82.2018.4.01.0000	1010462- 86.2018.4.01.3400	1003024- 72.2019.4.01.3400
1028087- 02.2019.4.01.3400	1009904- 32.2018.4.01.0000	1012483- 35.2018.4.01.3400	1007102- 12.2019.4.01.3400
1028088- 84.2019.4.01.3400	1010326- 41.2017.4.01.0000	1016932- 36.2018.4.01.3400	1010070- 15.2019.4.01.3400
1028418- 81.2019.4.01.3400	1010326- 41.2017.4.01.0000	1007167- 41.2018.4.01.3400	1010394- 05.2019.4.01.3400
1017594- 97.2018.4.01.3400	1012544- 90.2018.4.01.3400	1013218- 68.2018.4.01.3400	1020844- 07.2019.4.01.3400
1056056- 55.2020.4.01.3400; 1039719- 06.2020.4.01.0000	1016950- 57.2018.4.01.3400	1016762- 64.2018.4.01.3400	1024082- 34.2019.4.01.3400
1056056- 55.2020.4.01.3400	58960- 46.2012.4.01.3400	1018063- 27.2019.4.01.0000	

Fonte: Elaboração própria, 2021

APÊNDICE D – CLASSIFICAÇÃO DAS INSTALAÇÕES DE TRANSMISSÃO

A Rede Básica

Pelo art. 17, *caput*, da Lei n° 9.074/95, o Poder Concedente definirá a infraestrutura que formará a RB do SIN. A RB é de interesse sistêmico porque, interligando as instalações do SEB (geradores e distribuidores e geradores entre si), tem a função de otimizar os recursos eletroenergéticos. A atribuição para estabelecer os procedimentos e critérios para definição de instalações integrantes da RB foi delegada à ANEEL pelo art. 6°, §2°, do Dec. n° 2.655/98. Ao integrar a RB, essas instalações serão de responsabilidade dos concessionários de transmissão. Para que as novas instalações de transmissão integrem a RB, elas deverão ser submetidas a um procedimento de competição pública, que poderá ocorrer na forma de concorrência ou de leilão²⁹⁷ (art. 17, *caput* e §1°, da Lei n° 9.074/95).

Porque o sistema precisa ser operado de forma otimizada e integrada, a lista de empreendimentos licitados fundamenta-se em estudos técnicos da EPE, segundo o planejamento da expansão do sistema, e nas análises de curto prazo realizadas pelo ONS (art. 13 da Lei n° 9.648/98), projetadas com observância dos procedimentos de rede, tudo com vistas “a assegurar a otimização dos recursos eletroenergéticos existentes ou futuros” (art. 17, §1°, da Lei n° 9.074/95; art. 6° da REN n° 67/2004). Em termos regulatórios, as regras do sistema de transmissão e os critérios para a composição da RB do SIN foram, inicialmente, previstos nas Res. ANEEL nos 245²⁹⁸ e 262, de 1998. Nessa época, as concessionárias de geração eram também proprietárias da infraestrutura de transmissão, para o transporte da sua própria produção até os centros de consumo (BRAGA, 2018); iniciava-se o processo de reestruturação do SEB (COSTA *et al*, 2012).

A partir da edição da Lei n° 9.648/98 (art. 9°), a comercialização de energia passou a ser realizada em separado da contratação de acesso às redes, ensejando a necessidade de desverticalização das atividades de energia elétrica. Isso fez com que o segmento de transmissão tivesse os dois tipos de concessão previstos no art. 2° da LGC: a concessão de serviço público e a concessão de serviço público precedida de obra pública (REGIS, 2017). Assim, foram segmentadas as IT de titularidade de agentes de geração estatais vinculados à União e aos Estados para que as primeiras concessionárias de

²⁹⁷ No Brasil, os serviços de transmissão são outorgados pela União a agentes privados, por meio de leilões, no âmbito dos quais se estabelecem premissas técnicas, econômicas e jurídicas a serem observadas pelos adjudicatários dos serviços.

²⁹⁸ Essa resolução foi revogada pela Res. n° 433/2000, também revogada pela REN n° 67/2004.

transmissão fossem criadas. Por essa res., comporiam a RB SEs com níveis de tensão de, no mínimo, 230 kW. A ANEEL editou, ainda, as Res. n^{os} 66/99 e 166, de 2000, que atualizaram a lista de instalações que compõem a RB. Essas res. permitiram fossem firmados os primeiros contratos de concessão de serviço público de transmissão (BRAGA, 2018) – as denominadas “concessões existentes” (pois não se submeteram ao processo competitivo prévio, sendo resultado da segregação das atividades de energia nas empresas) (CALDWELL, 2011) para fins de diferenciação das concessões licitadas.

Em seguida, a ANEEL editou a Res. n^o 281/99²⁹⁹, para que fossem definidas as condições de acesso às redes. O acesso compreende o uso e a conexão a essas redes. Editou, também, a Res. n^o 282/99³⁰⁰, para estabelecer as tarifas de uso dos sistemas de transmissão (TUST) e de distribuição (TUSD). A Res. n^o 245 foi substituída pelas REN n^{os} 67³⁰¹ e 68 (esta última conforma as instalações por exclusão), ambas de 2004, com o objetivo de aperfeiçoar os critérios de composição da RB. Nesse sentido, RB é formada pelas instalações de transmissão, classificadas segundo regras e condições definidas pela ANEEL, que integram o SIN (HIROTA, 2006). A definição das instalações que serão parte da RB toma por base critérios técnicos e está estabelecida nos arts. 3^o, 3^o-A (ligações internacionais) e 4^o (estes dois últimos, por exclusão), todos da REN n^o 67/2004³⁰². Essas linhas são operadas pelas concessionárias de serviço público de transmissão, mediante contratos

²⁹⁹ Essa res. encontra-se vigente, mas sua redação original foi alterada pela Res. n^o 219/2003 e pela REN n^o 507/2012. A Res. n^o 219/2003 também sofreu alterações pela REN n^o 77/2004, esta última sucessivamente alterada pelas REN n^{os} 271/2007 e 745/2016.

³⁰⁰ Essa res. foi revogada pela REN n^o 177/2004, sucessivamente revogada pela REN n^o 559/2013.

³⁰¹ A REN n^o 67/2004 define as instalações de transmissão como aquelas necessárias “para prestação do serviço público de transmissão de energia elétrica, abrangidas pelas Resoluções 166 e 167, de 2000, acrescidas das instalações de transmissão autorizadas por resolução específica da ANEEL, aquelas integrantes de concessões de serviço público de transmissão outorgadas desde 31 de maio de 2000 e, ainda, as instalações de transmissão que tenham sido cedidas, doadas ou transferidas a concessionária de transmissão” (art. 2^o, II).

³⁰² Segundo previsto no art. 3^o dessa res., formam a RB: (i) as “linhas de transmissão, barramentos, transformadores de potência e equipamentos de subestação em tensão igual ou superior a 230 kW”; (ii) “transformadores de potência com tensão primária igual ou superior a 230 kW” e (iii) transformadores de potência com “tensões secundária e terciária inferiores a 230 kW, bem como as respectivas conexões e

firmados com o Poder Público. A RB funciona como um condomínio formado por instalações de titularidade de inúmeras concessionárias. Todos os usuários do SIN contribuem para o custeio da rede ao pagarem a tarifa associada a cada ponto de conexão e à demanda do usuário (CALDWELL, 2011).

As Demais Instalações de Transmissão – DIT

Esta espécie de instalação foi criada para sanar hiatos regulatórios quanto à atribuição do dever de operar determinadas infraestruturas e, também, de expandir ou de ampliar a quantidade desse tipo de ativo considerado essencial para o funcionamento da rede de distribuição que, como tal, assumiu importância sistêmica. São as denominadas instalações de fronteira. Como se verifica, embora sejam instalações de transmissão, as DIT informadas no inciso III do art. 4º da REN nº 67/2004 desempenham, na prática, funções de distribuição, isto é, atendimento da demanda de carga em níveis de tensão mais baixos (tensão inferior a 230 kV)³⁰³. Esses ativos, embora com natureza jurídica de infraestrutura de transmissão, serão instalações do âmbito próprio da distribuição³⁰⁴ (art. 5º, §3º, da REN nº 67/2004). Originariamente, devido às suas características, seriam integrantes de concessões de distribuição, mas, por força do art.17, §2º, da Lei nº 9.074/95, integram as concessões de transmissão, podendo, a critério do Poder Concedente, ser transferidas para as distribuidoras (nesse caso, as tratativas para que a transferência seja efetivada é risco imputado à transmissora, ao menos em contratos mais recentes). Significa dizer que as DIT se prestam “essencialmente para o atendimento dos consumidores e usuários de determinadas distribuidoras” (BRAGA, 2018), mas são operadas por transmissoras, e a remuneração de seus ativos se dá pela tarifa de transmissão (AGU, 2014a). Essas instalações, como aquelas que compõem

demais equipamentos ligados ao terciário, a partir de 1º de julho de 2004”. Considerando os subgrupos apresentados no bojo da REN nº 414/2010 (art.2º, XXXVII), a RB é composta pelas linhas referendadas como Subgrupo A1 (tensão de fornecimento igual ou superior a 230 kV) e Subgrupo A2 (tensão de fornecimento de 88 kV a 138 kV).

³⁰³ Existem casos em que elas desempenham funções de transmissão, mas com baixo nível de tensão.

³⁰⁴ Com isso, sujeitam-se às regras de conexão próprias das instalações de transmissão, mas com padrões de tensão superiores aos empregados no segmento de distribuição (BRAGA, 2018). Assim, consumidores livres e centrais geradoras que se conectam às DIT seguem regras diferenciadas de conexão à rede relativamente àqueles consumidores e geradores que se conectam diretamente às redes de distribuição com níveis de tensão equivalentes aos níveis das DIT.

a RB, são operadas por transmissoras e devem ser disponibilizadas diretamente aos interessados em acessá-las mediante contraprestação pelos encargos correspondentes.

O fato de as DITs de tensão inferior a 230 kW serem qualificadas como estruturas de transmissão de âmbito próprio da distribuição enseja algumas repercussões de ordem regulatória e de governança. Do ponto de vista regulatório, a questão repercute na formação da TUST, pois os agentes de distribuição que fizerem uso dessa infraestrutura, de forma exclusiva ou compartilhada, ou a ela estejam conectados de forma compartilhada com outros agentes ou com consumidores livres deverão pagar parcela da TUST, a denominada TUST-FR³⁰⁵ (cf. art. 5º da REN nº 67/2004), e da TUSD, paga por consumidores livres quando acessantes de DITs³⁰⁶. Do ponto de vista de governança, assim como ocorre com as instalações da RB, o planejamento para expansão das DIT é feito pelo MME com o apoio da EPE e do ONS³⁰⁷. Porém, esse fato pode dificultar sejam realizadas ampliações e reforços nas DIT na mesma velocidade da demanda do consumo de energia pelos usuários da rede de distribuição³⁰⁸, uma vez que o planejamento da expansão das redes de transmissão se volta, como regra, para a RB. Por outro lado, a atividade principal das transmissoras consiste em disponibilizar linhas de alta tensão, de modo que a operação e a manutenção de infraestrutura de redes de tensão inferior a 230 kW tendem a demandar a contratação de mão de obra especializada e a aquisição de ativos sem ganhos de escala.

³⁰⁵ A TUST-FR compreende a Rede Básica de fronteira e as DIT compartilhadas. A peculiaridade é que as TUST-FR são devidas apenas para as distribuidoras.

³⁰⁶ O acessante deve seguir os PR, sem prejuízo do que dispõe o PRODIST. Os PRs (módulo 7) endereçam as diferenças operativas entre linhas de transmissão e DITs, mas as regras de conexão para as DITs são mais complexas. O acessante deve estabelecer relações jurídicas tanto com uma transmissora quanto com uma distribuidora. É possível que existam duas linhas com mesmo nível de tensão (abaixo de 230 kW), sendo uma de titularidade da distribuidora e outra da transmissora, interligando os mesmos pontos (as duas saem e chegam aos mesmos pontos), mas os procedimentos de rede demandam condições operativas mais severas do que o PRODIST, uma vez que se refere à conexão num sistema de transmissão, funcionalmente diferente do sistema de distribuição.

³⁰⁷ O ONS elabora, com frequência anual, um planejamento para expansão das DIT que leva em consideração os planos do Poder Concedente (BRAGA, 2018).

³⁰⁸ A demora na efetivação desses reforços pode ocasionar prejuízo ao atendimento da carga e à disponibilização da infraestrutura de transporte para as centrais geradoras despachadas, comprometendo o serviço de distribuição.

Nesse sentido, **em termos econômicos**, a depender do caso, pode ser que as atividades de transmissão e de distribuição se tornem mais eficientes se determinados ativos classificados como DIT forem transferidos aos concessionários de distribuição. Isso efetivamente ocorreu em alguns contratos, como no caso dos termos aditivos aos contratos de concessão de transmissão firmados com fundamento na MP nº 579/2012, convertida na Lei nº 12.783/2013³⁰⁹. Nesses casos, a lei previu, no art. 15, §§1º e 2º, a possibilidade de indenização às transmissoras pelos seus ativos ainda não amortizados ou não depreciados, inclusive as DIT, facilitando eventual decisão administrativa quanto à transferência dessas instalações para as distribuidoras. Disposições contratuais mais recentes já trazem essa previsão³¹⁰ (ANEEL, 2019d).

A questão referente à transferência das DITs foi objeto de questionamento em duas ações judiciais, promovidas pela CTEEP e pela ABRATE³¹¹. A CTEEP não questiona a possibilidade de transferência discricionária dos ativos, mas o valor da indenização que seria estabelecida para os ativos não amortizados. Já a ABRATE questiona a própria competência da ANEEL para determinar a transferência compulsória das DITs, sustentando que essa transferência configuraria alteração unilateral.

Pelo que foi dito sobre a arbitrabilidade objetiva nas concessões de serviço público, pode-se dizer que as questões debatidas no juízo estatal poderiam, do ponto de vista abstrato e em tese, ser objeto de arbitragens. No primeiro caso, a

³⁰⁹ Pode-se citar, como exemplo, o Quinto Termo Aditivo ao CC nº 059/2001, firmado entre ANEEL e CTEEP, para prorrogar o prazo da concessão por 30 anos. A previsão está contida nas terceira e quarta subcláusulas da cláusula segunda do Aditivo.

³¹⁰ A exemplo da sétima subcláusula da cláusula quarta da minuta de contrato de concessão do Edital nº 02/2019. No caso de transferência de DITs não amortizadas para as distribuidoras, elas devem indenizar as transmissoras. Como resultado, esse ônus é transferido para a tarifa do serviço de distribuição ao consumidor final, pois sua composição inclui os investimentos para ampliação ou reforços na rede realizados pelas concessionárias de distribuição.

³¹¹ CTEEP: MS nº 1004367-45.2015.4.01.3400 em face do Diretor-Geral da ANEEL, no qual a empresa pede a suspensão do Processo Administrativo nº 48500.004452/2014 -60, que versa sobre a transferência das DITs para as distribuidoras. A CTEEP queria impedir o uso do banco de preços da ANEEL para definição dos valores dos ativos. O MS foi denegado em primeira instância considerando que o tema ainda se encontrava em discussão em audiência pública. ABRATE: nº 1006548-19.2015.4.01.3400. A ABRATE ajuizou a ação representando as nove concessionárias de transmissão cujo contrato de concessão foi prorrogado por 30 anos com base na MP nº 579/2012, convertida na Lei nº 12.783/2013: CTEEP, CEEE GT, COPEL, ELETROSUL, CEMIG, CELG – GT, CHESF, ELETRONORTE e FURNAS.

discussão é meramente patrimonial; no segundo, a controvérsia refere-se à avaliação dos requisitos de legitimidade exigidos para a prática de qualquer ato administrativo – no caso, o pressuposto da competência ou do sujeito competente. No entanto, segundo o juízo de ponderação necessário para motivar o endereçamento do conflito à arbitragem, é possível que ele não se justifique em tais hipóteses.

Fonte: Elaboração própria, 2021.

APÊNDICE E – ANÁLISE DA AMOSTRA DE CONTRATOS DE CONCESSÃO DE TRANSMISSÃO

Concessões prorrogadas

Quando ocorreu a segregação das atividades de energia e foram formadas as primeiras concessões de transmissão, que deveriam manter e operar as instalações classificadas como RB e como DIT, a metodologia utilizada para definir a receita dessas transmissoras consistiu apenas em subtrair da tarifa de suprimento vigente à época as novas tarifas aplicadas para os contratos iniciais de geração (CALDWELL, 2011). A RAP anual das concessionárias seria formada por três parcelas: as duas primeiras relativas à remuneração de ativos das instalações da RB e das DIT; a terceira é a parcela de ajuste (PA)³¹². Em termos simples, a receita da concessionária é composta pela remuneração dos ativos e da O&M³¹³.

³¹² A PA é utilizada nos reajustes anuais periódicos para adicionar ou subtrair valores da receita da concessionária, se verificada, respectivamente, a ocorrência de déficit ou de excesso de arrecadação.

³¹³ Pioto (2013) esclarece como se dava a formação da receita das concessionárias existentes: “Os Contratos de Concessão definem as parcelas de receita que são atribuídas a cada tipo de instalação de transmissão, conforme abaixo: a) Rede Básica do Sistema Existente – RBSE, refere-se às parcelas de receita das instalações componentes da Rede Básica, definidas no anexo da Resolução nº 166/2000, ou seja, a rede básica do sistema existente em 2000; b) As instalações de conexão e às demais instalações de transmissão, ambas dedicadas aos respectivos usuários – RPC; c) Rede Básica Novas Instalações – RBNI, correspondente às novas instalações autorizadas e com receitas estabelecidas por

Ao firmar o contrato, a transmissora reconhecia que a RAP aplicada seria suficiente para estabelecer e manter o EEF da concessão de serviço público (cf. primeira subcláusula da cláusula sexta do CC de Transmissão nº 060/2001). O contrato também trazia previsão de reajustes anuais pelo IGPM e a possibilidade de revisões com o fito de manter a modicidade tarifária. Porém, as revisões não consistiam num mecanismo de revisão periódica para captura de ganhos de produtividade. Não se aplicava a ideia de *regulatory lag* (cf. a cláusula sexta do CC nº 060/2001).

A tarifa inicial dessas concessionárias não tinha como BRR a avaliação dos ativos, como ocorre no cálculo da RAP para as licitadas. Esse método, entretanto, não seria capaz de apresentar níveis adequados de remuneração às concessionárias. Para sanar o problema, incluiu-se a regra de que as parcelas de remuneração de ativos deveriam ser blindadas³¹⁴ (cf. nona subcláusula da cláusula sexta), no sentido de que somente se sujeitariam aos efeitos do reajuste tarifário anual por todo o prazo do contrato (CALDWELL, 2011).

Considerava-se que a blindagem da receita inicial para as instalações existentes seria método hábil para manter o serviço público equilibrado. No entendimento da ANEEL, a blindagem permitiria que a concessionária se apropriasse de ganhos de produtividade que viessem a ocorrer durante o prazo de execução contratual (CALDWELL, 2011). Eles não seriam novamente capturados pelo consumidor durante a execução do contrato, mas apenas *ex ante*, pela competição no leilão

resolução específica após a publicação da Resolução ANEEL n.º 167/2000, ou seja, as instalações da rede básica posteriores a 2000; e d) Demais Instalações de Transmissão – RDCM, são as instalações de conexão contratadas diretamente das concessionárias, nos termos das Resoluções n.º 489/2002 e n.º 158/2005. A soma das parcelas referentes à RBSE e RPC compõe a Receita Anual Permitida – RAP das concessionárias de transmissão existentes, que deram início ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão. As receitas anuais permitidas iniciais são acrescidas das receitas associadas à RBNI (Rede Básica Novas Instalações) e à RCDM (Demais Instalações de Transmissão), que são as parcelas correspondentes às novas instalações autorizadas, ou de reforços, ou de conexão contratadas diretamente das concessionárias e com receitas estabelecidas por resoluções específicas da ANEEL”.

³¹⁴ Eram onze contratos que regulavam a exploração das instalações existentes após a segregação das atividades. Para três deles, que não foram firmados em 2001, a metodologia de cálculo da receita foi diferenciada. Essas concessões não tiveram nenhuma parcela da receita blindada, de modo que a revisão tarifária periódica incidia sobre a totalidade da RAP. Estar-se-á a tratar dos contratos firmados pela CEMIG, em 1997, pela Evercy, em 2008, e pela Afluente, em 2010 (CALDWELL, 2011).

ou no momento da celebração do contrato por prorrogação³¹⁵. Nessa linha, eventual revisão tarifária não seria aplicada à parcela blindada da receita, cujo equilíbrio seria mantido apenas por meio dos reajustes anuais. Como não havia avaliação dos ativos para fins de composição da BRR da receita das concessionárias, partia-se do princípio de que os ganhos de produtividade da transmissora no decorrer do contrato poderiam compensar a possível situação desfavorável na partida (CALDWELL, 2011).

A ideia de partilha de ganhos durante a execução do contrato aplicava-se apenas a instalações autorizadas pela ANEEL a título de expansão do sistema por reforços (aumento de capacidade). Assim, no caso das concessões existentes, eventual reforço das instalações objeto da concessão teria regime remuneratório diferenciado em relação às instalações mais antigas. Para esse caso, além dos reajustes anuais, admitir-se-ia a revisão periódica³¹⁶ a cada quatro anos³¹⁷ (cf. oitava subcláusula da cláusula sexta do CC nº 060/2001).

³¹⁵ O fato de os investimentos estarem concentrados no início do prazo de execução do contrato, “não havendo a necessidade de muitos investimentos adicionais com vistas à reposição de ativos ou à prestação adicional de serviços”, era o que motivava essa modelagem contratual (TCU, 2007).

³¹⁶ Na amostra de processos apresentada, há um caso que trata sobre a metodologia da RTP das concessões existentes. Trata-se da ação judicial nº 2007.34.00.023283-0, promovida por FURNAS Centrais Elétricas S.A., que discutia os termos do CC nº 062/2001. A discussão teve início quando a ANEEL editou a REN nº 257/2007, a pretexto de que essa resolução teria alterado os critérios de revisão definidos no contrato.

³¹⁷ A primeira RTP desses contratos ocorreu em 2007 (REN nº 257/2007). Para se chegar ao reposicionamento tarifário, a ANEEL procurou determinar os custos associados às novas instalações de cada concessionária por *benchmarking*. A quantidade de ativos de titularidade de cada uma delas era bastante variável. Para as concessionárias em que as novas instalações de transmissão constituíam parte significativa da base de ativos da empresa, seria necessário calcular os custos operacionais marginais dessas instalações, considerando os custos fixos (anuais), mais associados a custos administrativos incrementais (adotada a abordagem *Bottom-Up*), e os custos variáveis (anuais) (adotada a abordagem *Top-Down*), mais relacionados a custos de O&M, que podem se referir a aspectos físicos (como o comprimento da rede e a sua potência) e econômicos. Pela abordagem *Top-Down*, a Agência considera parcela dos custos realizados pela empresa nos exercícios imediatamente anteriores ao novo período tarifário, eliminando custos não correspondentes ao negócio regulado, e, então, realiza avaliação

No caso de implantação de novas instalações, pode-se dizer que a receita da transmissora seria constituída de dois elementos fundamentais ao retorno adequado e para sua sustentabilidade econômica: (i) custos operacionais vinculados a O&M submetidos a critérios de eficiência; (ii) remuneração dos ativos disponibilizados com observância dos níveis de qualidade exigidos pela regulação (ANEEL, 2007b). Assim, o objetivo do processo tarifário seria estabelecer a “Receita Requerida” (RR) para manutenção da concessão, considerando a necessidade de cobertura dos custos operacionais eficientes e de retorno adequado para o capital prudentemente investido³¹⁸ (art. 2º, IV, da REN nº 257/2007). O termo final desses contratos estava previsto para julho/2015. Em 2012, termos aditivos permitiram mais uma prorrogação das concessões existentes (RB – art. 17, §5º, Lei nº 9.074/95) por 30 anos, com fundamento na Lei nº 12.783/2013, resultado da conversão da MP nº 579/2012³¹⁹ (art. 6º). A possibilidade de prorrogação foi condicionada, entre outros fatores, à promoção

de eficiência histórica e comparativa com outras empresas. Aquelas concessionárias que detinham poucos ativos provenientes de novas autorizações deveriam ter apenas um incremento marginal de custos associados a O&M, não importando acréscimo de custos administrativos (ANEEL, 2007b).

³¹⁸ Estabelecida a RR, com desconto das receitas obtidas pela concessionária mediante a exploração de outras atividades, o reposicionamento tarifário resultaria da comparação entre a RR (em R\$) para o próximo período e a Receita Vigente (em R\$) da concessionária no período anterior (ANEEL, 2007b).

³¹⁹ A segregação das atividades, como visto, deu origem aos contratos de concessão existentes, que puderam permanecer adjudicados aos mesmos titulares com fundamento no art. 17, §§4º e 5º, da Lei nº 9.074/95. Observa-se que a primeira subcláusula da cláusula décima segunda dos contratos de concessão firmados em 2001 (as concessões existentes) trazia previsão sobre a possibilidade de prorrogação desses contratos, por mais 20 anos, subordinada ao interesse público e à revisão das condições ali estipuladas. Ciente de que os contratos venceriam em 2015, em 2012, o governo passou a discutir a possibilidade de prorrogar as concessões de transmissão em vez de realizar novas licitações, tendo decidido por mais uma prorrogação das instalações da RB (art. 6º da MP nº 579/2012). Essa MP foi bem debatida. Landau (2012), por exemplo, refutava a medida, entre outros aspectos, alegando que não se tratava de uma prorrogação, mas de um novo contrato.

da modicidade tarifária³²⁰. De fato, comparativamente aos contratos firmados em 2001, foram feitas alterações substanciais tanto no que se refere à metodologia de formação da receita das concessionárias quanto no que toca às regras de indenização dos ativos não depreciados e não amortizados.

Com a sua edição, foram colocadas, para as transmissoras com concessões vincendas, as seguintes alternativas: (i) aguardar até o prazo final do contrato para que se promovesse a reversão dos bens vinculados ao serviço pela indenização das concessionárias (art. 36 da LGC) ou (ii) antecipar os efeitos da prorrogação da concessão, desde que obedecidas as condições específicas estabelecidas em lei. Para as concessionárias que optaram pela prorrogação de seus contratos³²¹, haveria ainda duas possibilidades quanto ao tratamento dos ativos não depreciados e não amortizados: a indenização paga diretamente com recursos do Tesouro Nacional³²² (TN) ou o pagamento pela via da tarifa, dado que o serviço continuaria a ser prestado pelo mesmo titular desses ativos. Nesse caso, não haveria necessidade de reverter os ativos e, conseqüentemente, de pagar indenização pelos ativos que continuariam à disposição do serviço público (§2º do art. 15 da

³²⁰ A referida medida foi editada com objetivo de capturar, entre outras, a amortização e a depreciação dos investimentos realizados nas instalações de transmissão em favor da modicidade tarifária. Poucos dias após a sua edição, a MP nº 579/2012 foi regulamentada pelo Dec. nº 7.805/2012. Esse decreto prescrevia que os termos aditivos para que os contratos fossem prorrogados deveriam ser firmados até 1º de novembro de 2012, e as novas tarifas e receitas passariam a ser aplicadas a partir de 1º de janeiro de 2013. Do termo aditivo, deveria constar a nova RAP e o valor da indenização devida (art. 3º, II, do Dec. nº 7.805/2012).

³²¹ Estas concessionárias integravam o grupo das “concessões existentes”: CEEE-GT – Contrato nº 055/2001-ANEEL; CELG-GT - Contrato nº 063/2001-ANEEL; CEMIG-GT - Contrato nº 006/97- DNAE; CHESF - Contrato nº 061/2001-ANEEL; COPEL - Contrato nº 060/2001-ANEEL; CTEEP - Contrato nº 059/2001-ANEEL; ELETRONORTE - Contrato nº 058/2001-ANEEL; ELETROSUL - Contrato nº 057/2001-ANEEL; FURNAS - Contrato nº 062/2001-ANEEL.

³²² Considerando o objetivo de reduzir os valores das tarifas de fornecimento de energia, a MP conferiu ao Poder Concedente a potestade de pagar diretamente por esses ativos.

Lei nº 12.783/2013). Haveria uma parcela de receita dos ativos a ser remunerada e uma parcela que se referiria à depreciação desses ativos³²³.

Num primeiro momento, a MP havia estabelecido que a receita inicial seria fixada para as concessionárias conforme critérios, estabelecidos pela ANEEL (art. 6º, §1º, I, c/c art. 13 da MP nº 579/2012), os quais deveriam considerar a parcela dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados, não depreciados ou não indenizados pelo Poder Concedente (art. 15, *caput*, da MP nº 579/2012), desde que em operação depois de maio de 2000. A referida receita seria garantida pelo procedimento de RTE da TUST (art. 13, §1º, da MP nº 579/2012)³²⁴. Portanto, a nova RAP deveria contemplar apenas os custos de administração e O&M desses ativos.

A MP nº 591/2012 alterou o §2º do art. 15 da MP nº 579/2012. Essa nova MP permitiu que os ativos existentes em 31 de maio de 2000 fossem objeto de avaliação. Com efeito, a norma reconheceu a existência de ativos da RB em operação antes de 2000 não depreciados e que, portanto, poderiam ser indenizados. Quando a MP nº 579/2012 foi convertida na Lei nº 12.783/2013, condicionou-se o pagamento dos ativos à edição de regulamento, deixando aberta a possibilidade de

³²³ Conceitualmente, existe uma diferença entre depreciação contábil calculada pelas próprias concessionárias e depreciação regulatória dos ativos. O desempenho das concessionárias poderia ser apurado, conforme o fim a que se destinam, segundo três modelos contábeis: fiscal, societário e regulatório. A metodologia da contabilidade regulatória é a mesma dos demais tipos, mas, nela, o órgão regulador estabelece critérios próprios para determinadas avaliações, como é o caso do tempo de depreciação de um ativo (PIOTO, 2013). A ANEEL realiza uma contabilidade regulatória, que toma como parâmetro o Manual de Contabilidade do Serviço Público de Energia Elétrica (REN nº 605/2014) e o Manual de Controle Patrimonial do Setor Elétrico, e informa como se dará a apuração dos ativos e a sua depreciação, observadas as particularidades do setor (PIOTO, 2013). Assim, o valor de depreciação regulatório é o que, de fato, compõe a BRR das concessionárias, e, portanto, é com base nesse parâmetro que se realizam as revisões tarifárias.

³²⁴ Tratava-se de estabelecer, via tarifa, uma indenização dos ativos não depreciados e não amortizados tomando como base o VNR (Valor Novo de Reposição) (submódulo 9.1 do PRORET, §§ 72 e 73; art. 15, §1º, da MP nº 579/2012) desde que a operação desses ativos tivesse ocorrido após o ano 2000 (art. 15, §2º, da MP nº 579/2012). A MP considerou que todos os ativos das concessões de transmissão existentes em 31 de maio de 2000 já haviam sido amortizados pela receita percebida pelas concessionárias ao longo do prazo de concessão. Assim, caso os ativos tivessem alguma vida útil remanescente, eles seriam doravante remunerados apenas para fins de O&M.

indenização direta ou pela via da tarifa (art. 15, *caput* e §4º)³²⁵. Decidiu-se que o pagamento dos ativos não depreciados e não amortizados seria realizado pelo consumidor³²⁶. Em outras palavras, foi inserida, entre os componentes tarifários, a remuneração da parcela referente aos investimentos vinculados a bens reversíveis não amortizados ou não depreciados (cf. ANEEL, 2017), que tomaria como base a metodologia de VNR³²⁷ (§1º do art. 15 da Lei nº 12.783/2013). Ao compor a BRR, a apuração do valor desses ativos passaria, necessariamente, a seguir parâmetros regulatórios (*yardstick regulation*). O referido custo de capital seria composto por parcelas de remuneração e depreciação (regulatória e não real), definidas por meio da mesma metodologia utilizada na RTP, mas, para o lapso temporal decorrido entre as prorrogações e o processo tarifário de cada concessionária, seria utilizado como base o custo de capital próprio, real, do segmento de transmissão definido pela ANEEL nas metodologias de RTP (art. 1º, §§1º, 2º e 3º, da Portaria nº 120/2016). A partir daí, o custo

³²⁵ Em agosto de 2013, o MME editou a Portaria nº 267/2013 delegando para a ANEEL a atribuição para definir o VNR relativo aos ativos considerados não depreciados existentes em 31/05/2000 dos contratos de concessão de transmissão alcançados pelo art. 17, §5º, Lei nº 9.074/95 e prorrogados nos termos da MP nº 579/2012. Em dezembro de 2013, a ANEEL editou a REN nº 589, a qual prescreveu que o “VNR dos ativos considerados não depreciados, existentes em 31 de maio de 2000 (RBSE e RPC)” fosse “calculado, para fins de indenização” (Item 7, Submódulo 9.1, do PRORET). Nesse caso, a REN estabeleceu que, como regra, “o banco de preços a ser utilizado na avaliação deverá ser formado com base em informações de todas as compras efetivamente realizadas pela concessionária nos últimos 5 (cinco) anos”. Percebe-se, assim, que, nesse momento, a regulação definia apenas as regras para a elaboração do laudo de avaliação dos ativos, em nada se referindo à forma de pagamento do valor apurado.

³²⁶ O MME editou a Portaria nº 120/2016 para estabelecer o método de pagamento desses ativos não depreciados e não amortizados. A pasta determinou que esses ativos passassem a compor a BRR das transmissoras, que deveria ser depreciada considerando a vida útil residual desses ativos, e que o custo de capital fosse adicionado à RAP.

³²⁷ Significa dizer que esses bens não seriam objeto de indenização direta, isto é, não haveria apuração do seu valor contábil para posterior ressarcimento com os recursos da Reserva Geral de Reversão (RGR).

de capital passaria a ser remunerado pelo WACC (Submódulo 9.8 do PRORET)³²⁸ e, então, englobaria, também, capital de terceiros³²⁹.

Assim, o Poder Concedente reconheceu o direito das concessionárias ao pagamento do custo de capital correspondente aos ativos (remuneração e depreciação) pelo período compreendido entre janeiro/2013 e junho/2017; porém, estabeleceu que ele seria feito por meio da tarifa, parcelado em oito anos. Em outras palavras, foi dado o mesmo tratamento já conferido às receitas das concessões de transmissão em curso, no sentido de que a sua formação dependerá da BRR³³⁰. Essa lógica pode ser adotada porque o art. 15, *caput*, já definia que o ressarcimento poderia se dar via tarifa, incluindo a remuneração dos investimentos vinculados a bens reversíveis não amortizados ou não depreciados, embora o §2 autorizasse, alternativamente, o Poder Concedente a realizar o pagamento com recursos do TN. Cuidava-se de uma faculdade conferida ao Concedente, que objetivava reduzir o valor das tarifas, mas que não foi exercida³³¹.

³²⁸ Com efeito, a ANEEL deveria informar as regras que permitissem definir a receita associada aos ativos específicos cuja operação comercial havia sido anterior a 31 de maio de 2000 a fim de que esses valores fossem inseridos na tarifa das transmissoras alcançadas pelo §5º do art. 17 da Lei nº 9.074/95. Os procedimentos e critérios a serem utilizados no cálculo do custo de capital foram definidos por meio da REN ANEEL nº 762/2017.

³²⁹ A atualização dos valores a serem inseridos na tarifa deveria compreender a parcela de remuneração do capital e a de depreciação, porque, como visto, ambas seriam incluídas no componente “custo de capital”. Quanto ao cálculo da parcela de remuneração do custo de capital, determinou-se a aplicação do WACC vigente em cada ano.

³³⁰ Essa receita será somada à receita anual econômica e não comporá a PA. A metodologia de cálculo da BRR pretendeu reconstituir a receita devida às concessionárias de transmissão, a cada ano, entre 2013 e 2017. Trata-se de incluir, no processo tarifário, um financeiro positivo em favor das concessionárias prorrogadas, considerando uma receita financeira previamente formada durante esses anos. Por isso, adotaram-se os parâmetros vigentes na data de cada ano tarifário (ANEEL, 2017).

³³¹ O tema tem sido objeto de questionamento em juízo por grandes consumidores, associações de consumidores e de geradores com a finalidade de que seja excluída da TUST a parcela referente à remuneração atinente aos bens reversíveis, ainda não amortizados nem depreciados, prevista no art. 15, §2º, da Lei nº 12.783/2013. Em defesa da possibilidade de inserção do referido componente nas tarifas, a ABRATE (associação de transmissores) tem ingressado como litisconsórcio nesses processos.

Ainda, sobre a regulação econômica dos contratos prorrogados com base na MP nº 579/2012, conforme previsão contratual e regulatória (Submódulo 9.1 do PRORET), a RTP da receita dessas concessionárias ocorre sobre toda a base de ativos³³², diferentemente das concessionárias licitadas (Submódulo 9.2 do PRORET). Significa dizer que, para as concessionárias prorrogadas, a revisão tarifária deverá abarcar o custo de capital (próprio e de terceiro), O&M, reforços e melhorias³³³. Em se tratando de receitas referentes à implantação de reforços, não há diferenças metodológicas entre a RTP das prorrogadas e a RTP das licitadas, uma vez que, em qualquer caso, esses ativos não tiveram a BRR vinculada a nenhum leilão, pois são instalações incrementadas ou implantadas no curso da concessão. De fato, os reforços consistem em aumento de capacidade da rede já implantada, conforme tenha sido autorizado pela ANEEL. Nessa linha, a revisão abarcará todos os aspectos ou elementos da receita, isto é, escopo, preço e custo de capital³³⁴.

³³² A regra também se aplica às concessionárias de transmissão que firmaram novos contratos de concessão em virtude da segregação de atividades de transmissão e distribuição disciplinada na Lei nº 10.848/2004 e às concessionárias de transmissão equiparadas, nos termos da Lei nº 12.111/2009.

³³³ “88. As concessionárias não licitadas, por sua vez, conforme Submódulo 9.1 do Proret, são submetidas à revisão da receita associada a toda sua base de ativos. Como resultado desse processo, são excluídas da base de remuneração regulatória destas concessionárias todos os ativos desativados, transferidos a outros agentes ou totalmente depreciados, restando o estabelecimento de remuneração associada ao valor residual dos ativos em operação comercial considerando sua depreciação anual. Assim, uma vez que a remuneração associada a cada ativo decresce à medida de sua depreciação, este perfil de pagamento de receitas é denominado perfil decrescente [...] 90. A distinção entre os dois tipos de concessionária não se verifica apenas no perfil de RAP, mas também no tratamento dado às baixas de ativos. No caso dos contratos não licitados, conforme exposto, a RAP a cada revisão é recalculada com base no valor residual dos ativos em operação comercial. Assim, no caso de baixa contábil de um determinado ativo antes do fim de vida útil regulatória, a concessionária deixará de fazer jus à parcela de RAP por este ativo a partir do processo de revisão periódica subsequente à sua baixa contábil” (ANEEL, 2020c).

³³⁴ “98. Contudo, de acordo com a Resolução Normativa nº 443, de 2011 e o Submódulo 9.7 dos Proret, as parcelas adicionais de RAP estabelecidas pela implantação de reforços e melhorias possuem caráter provisório entre revisões, com valor definitivo estabelecido no processo de revisão periódica da RAP subsequente à entrada em operação comercial da instalação. 99. Durante o processo de revisão periódica, os novos ativos implantados pelas concessionárias, desde que autorizados pela ANEEL, são incluídos na denominada Base

Concessões licitadas - Contratos firmados entre 2000 e 2006

Nas concessões adjudicadas entre os anos de 2000 e 2006, a RAP era calculada para um ano de referência correspondente à RR do ano anterior, atualizada pelo índice de correção definido em contrato, o IGPM³³⁵ (Índice Geral de Preços de Mercado). Confirmam-se os aspectos econômicos dos contratos firmados nesse período (cf. CC n° 096/2000³³⁶, Leilão n° 02/2000).

Não havia previsão específica de RTP sobre a receita licitada, pois se entendia que o processo competitivo ocorrido para adjudicação do objeto do contrato seria suficiente para capturar os ganhos de eficiência da empresa, assegurando essa partilha com o consumidor, e, assim, atender o postulado da modicidade tarifária (CALDWELL, 2011). Então, a ANEEL entendia que a captura da eficiência empresarial logo no início da formação do contrato era o aspecto-chave do serviço de transmissão. Não seria aconselhável a aplicação do modelo de RTP, porque isso elevaria o valor da RAP ao introduzir um risco regulatório. A possibilidade de revisão da estrutura de capital, que reflete as frações de capital próprio e de terceiros, elevaria o risco de investimento. Em outros termos, nos futuros leilões, os investidores precificariam essa intervenção estatal traduzida no modelo de RTP quando formulassem sua proposta (TCU, 2007), o que, por sua vez, comprometeria a própria modicidade tarifária, não só do serviço de transmissão, mas também, por vias reflexas, do de distribuição, que traz embutido na tarifa o custo do serviço das redes de alta tensão.

Incremental das concessionárias e valorados de acordo com o Banco de Preços de Referência ANEEL ou, em casos atípicos, por seu valor contábil fiscalizado, descontada a depreciação contábil acumulada entre a data de entrada em operação comercial e a data-base da revisão em andamento. 100. Desse modo, as parcelas de RAP estabelecidas para substituições classificadas como melhorias considerando o investimento descontado da vida útil remanescente dos ativos substituídos são recalculadas no processo de revisão com base no investimento de um ativo novo, descontada a depreciação do ativo substituído até a data-base de revisão" (ANEEL, 2020c).

³³⁵ Os CCs mais antigos aplicavam o IGPM; contratos mais recentes aplicam o IPCA (Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo) para cálculo de reajustes.

³³⁶ Esse contrato foi escolhido porque o seu titular ingressou com ação judicial (0007533-49.2008.4.01.3400) para discutir o impacto de alterações regulatórias (REN n° 270/2007) posteriores à assinatura do contrato. Essa ação constou da amostra de processos da proposta metodológica desta pesquisa.

Acreditava-se que o investidor, de posse do conjunto de informações fornecidas pela ANEEL, desenvolveria o modelo econômico-financeiro do empreendimento, combinando as variáveis elementares³³⁷ para todo o prazo de concessão, pressupondo-se que o mecanismo competitivo seria suficientemente capaz de assegurar o compartilhamento de benefícios com o usuário do serviço a partir da oferta do menor lance possível no leilão (PAULO, 2012). Havia, assim, apenas a previsão de reajuste e de revisão para determinadas situações, mas não se tratava de RTP, da forma como é estabelecida nos contratos mais recentes. As revisões tarifárias poderiam ocorrer, para situações específicas: o incremento da rede (aumento de capacidade) por força da necessidade técnica de reforços (em instalações já existentes) ou ampliações (acréscimo de novas instalações) no empreendimento ou por força do aumento de lucro da empresa em decorrência de receitas auferidas com outras atividades³³⁸. Para reforços e melhorias, as revisões são anuais (cf. subcláusulas oitava e nona da cláusula sexta). Não havia definição de intervalo entre uma e outra revisão (não se aplicava a ideia de *regulatory lag*), pois, como dito, não se utilizava o mecanismo das RTPs³³⁹.

O contrato prescreve que, a partir do 16º (décimo sexto) ano de operação do empreendimento, a RAP da concessionária será reduzida em 50% (cinquenta por cento), considerado o valor da RAP definida no 15º ano de operação, estendendo-se até o término do prazo do contrato, sem prejuízo de que a receita seja submetida a reajustes e à RTE, quando necessário. Então, nesses contratos, trabalhava-se com o valor integral da RAP por quinze anos, após os quais ele era reduzido, porque, como regra, “os agentes vencedores amortizam seu financiamento antes do 15º ano” (HUBNER *et al*, 2020, p. 22).

A partir do 16º ano, a RAP se torna *flat*, mas a transmissora, ao firmar o contrato, reconhecia que a RAP definida no leilão, em conjunto com as regras de reajuste e revisão ali previstas, seria suficiente para manter o EEF da concessão. Por fim,

³³⁷ Ex. aquisição de equipamentos, cálculo do investimento total, incluindo custo de capital próprio e de terceiros, e condições de financiamento, incidência de encargos e tributos, custos de O&M e potenciais ganhos de eficiência.

³³⁸ Observa-se que a possibilidade de estabelecer métodos para captura de outras receitas, pelo consumidor, está disciplinada no art. 11, *caput* e par. ún., da LGC.

³³⁹ A ANEEL passou a alterar as cláusulas, para contemplar os ganhos de produtividade na RAP durante a execução do contrato por meio do mecanismo da RTP, a partir dos editais lançados em 2007, limitando-se, no entanto, a eventuais ganhos quanto ao custo de capital de terceiros.

após a edição da Lei nº 9.991/2000, foi incluída, nos editais, a obrigatoriedade de destinação de parcela da receita para projetos de desenvolvimento e pesquisa energética (P&D).

Concessões licitadas - Concessões adjudicadas a partir de 2008

Nos leilões realizados a partir de 2007, foi estabelecido novo padrão de cláusula econômica, com previsão de RTP (cf. CC nº 001/2008, Leilão nº 04/2007; CC nº 003/2012, Leilão nº 04/2011³⁴⁰). A partir de 2007³⁴¹, entre outras medidas, a ANEEL passou a regular a metodologia de RTP, em função de receitas alternativas, deu transparência à forma de cálculo das taxas de depreciação dos ativos e para determinação da estrutura de capital, incluiu método para apropriação de ganhos de eficiência empresarial sobre as despesas com O&M nas RTPs (art. 14, IV, da Lei nº 9.427/96 e inciso VI da primeira subcláusula da cláusula terceira dos CCs) apresentou novo estudo técnico detalhando a estimativa de custos eficientes de O&M para fins de definição do preço de reserva e reduziu o montante de investimentos (ANEEL, 2007a; TCU, 2008). Além disso, modificou sua opção regulatória quanto à RAP, que passou a ser constante durante o prazo da concessão³⁴². Os

³⁴⁰ O CC nº 001/2008 constou da amostra; não encontramos alterações substanciais entre o Leilão nº 04/2007 e o Leilão nº 01/2011, que serviu de referência para o CC nº 003/2012. Esses contratos possuem cláusulas idênticas. O contrato nº 03/2012 é mencionado porque o empreendimento que é seu objeto ainda não está em operação, o atraso equivale a aproximadamente sete anos, e existe conflito em torno do atraso na implantação da infraestrutura.

³⁴¹ De acordo com o TCU (2008), entre 2003 e 2007, os leilões de transmissão tiveram um deságio médio de 42,91%. O valor demasiadamente elevado demonstraria, na sua visão, que a RAP teto estaria sobrestimada, podendo comprometer a modicidade tarifária: “Como a concorrência pelos lotes tende a gerar taxas de lucratividade normais, de mercado, observa-se que, se houvesse a contratação dos lotes pelo preço teto, ou próximo, as empresas concessionárias obteriam lucros exorbitantes e comprometeriam a modicidade da tarifa. Logo, lotes que porventura tivessem poucos concorrentes, não estariam devidamente protegidos por um preço teto adequado” (TCU, 2008).

³⁴² Observa-se que a ANEEL “passou a considerar constante o valor da RAP ao longo de toda a concessão, tendo abandonado a redução de 50% da RAP a partir do 16º ano de concessão” (TCU, 2008).

editais também passaram a contemplar o benefício fiscal do REIDI (Lei nº 11.488/2007), bem como a possibilidade de desconto da PV³⁴³ (ANEEL, 2007a).

A partir de então, a transmissora, ao firmar o contrato, reconhece que não apenas a receita, mas a RAP resultante do leilão em conjunto com as regras de reajuste e de revisão constantes do contrato são adequadas para manter o EEF da concessão do serviço público. O custo do serviço de transmissão é integrado por elementos diversos. Alguns deles são endógenos ao serviço, como as perdas técnicas. Outros, como as perdas não técnicas, os encargos e os tributos em geral, são aspectos exógenos. No caso da PIS e da COFINS, elas serão adicionadas “por fora” na TUST³⁴⁴. Trata-se de outra peculiaridade dos editais: a PIS e a COFINS foram liquidadas da RAP e passaram a ser computadas “por fora” da tarifa. A ANEEL tem utilizado a metodologia do WACC para definir a taxa de remuneração das novas concessões de transmissão. Esse método é associado à metodologia do *Capital Asset Pricing Model* (CAPM) para a avaliação do custo do capital próprio e ao *benchmarking* financeiro para a aferição do custo do capital de terceiros³⁴⁵ (ANEEL, 2007c). Considera-se que

³⁴³ A ANEEL também inseriu no CPST as alterações derivadas da REN nº 270/2007, que se refere à regulação da qualidade do serviço de transmissão associada à disponibilidade das instalações integrantes da RB (ANEEL, 2007a).

³⁴⁴ A Lei nº 10.833/2003, resultado da conversão da MP nº 135/2003, alterou a sistemática de cálculo da COFINS, estabelecendo regime não cumulativo e possibilitando o lançamento de créditos apurados pela aplicação da alíquota sobre itens de custos e de despesas diversificados. Considerando que cada transmissora terá gestão própria, com estrutura específica de custos e de despesas, não haveria uniformidade na apuração desses valores para todas as concessionárias. Esse fato ensejou problemas operacionais quanto ao estabelecimento de um padrão regulatório de repasse desses custos para a tarifa. Por isso, o edital traz previsão de que as contribuições ao PIS/PASEP e à COFINS estão excluídas do cálculo da RAP da transmissora.

³⁴⁵ Em 2007, foram atualizadas as “séries utilizadas no cálculo do custo do capital de terceiros até dezembro de 2006”. A ANEEL vinha utilizando os custos de referência utilizados pela ELETROBRÁS, que era, no modelo anterior, a responsável pelo planejamento setorial. No entanto, devido ao nível dos deságios observados nos leilões anteriores, a ANEEL estabeleceu critérios regulatórios próprios para o edital de Leilão nº 04/2007, cuja definição consta da Nota Técnica nº 101/2007-SCT/ANEEL. As condicionantes para o valor máximo da RAP desse leilão também foram explicitadas na Nota Técnica nº 138/2007-SCT/ANEEL. Para o capital próprio, foram utilizados os mesmos parâmetros do primeiro ciclo de revisão tarifária das concessionárias existentes (ANEEL, 2007c; 2007b).

cada alternativa de financiamento das IT terá custos diferenciados. Além disso, a Agência deve ter como premissa a “estrutura de capital ótima”, prevenindo o risco de *default* derivado de altas alavancagens financeiras (ANEEL, 2007b) quando os concessionários procuram adotar mecanismos que incrementem a sua remuneração³⁴⁶. A opção realizada quanto à estrutura de capital pela concessionária gera impactos no seu nível de remuneração (BULAN; SANYAL, 2011). Então, a definição da estrutura ótima considera dados empíricos das demais empresas de transmissão no Brasil quanto à relação entre capital de terceiros e capital total (ANEEL, 2007b). A estrutura de capital é fixa por todo o contrato de concessão e reflete no custo de capital proposto para a definição da RAP máxima nos leilões de transmissão. Ela também é utilizada nas RTPs que abarcam o custo de capital de terceiros³⁴⁷ (ANEEL, 2018). A avaliação do retorno sobre o capital considera os custos prudentes, isto é, o cálculo da remuneração da concessionária deve ser fundamentado sobre investimentos ponderados segundo referenciais regulatórios (Custos de Referência) (CALDWELL, 2011).

³⁴⁶ Para se estabelecer o WACC, é preciso conhecer a estrutura de capital do empreendimento: a proporção existente entre o capital próprio e o capital de terceiros, o custo de cada um deles e as alíquotas tributárias marginais (IRPJ e CSLL) (ANEEL, 2013). O método WACC pode resultar em aumento do custo de capital de acordo com a ponderação entre as proporções de capital próprio e de capital de terceiros. Se maior a proporção de capital próprio, haverá menor alavancagem financeira (ANEEL, 2018). É considerado o WACC real, para aplicação tarifária, “depois do benefício tributário dos impostos, com a posterior inclusão do percentual de impostos a serem pagos” (ANEEL, 2016).

³⁴⁷ Relativamente à operacionalização da RTP do custo de capital de terceiros, o anexo VI do Contrato n° 003/2012 dispõe que alguns parâmetros definidos no edital serão fixos para todo o contrato. Outros constituirão uma base variável que pode ser alterada a cada revisão. São fixos os percentuais estabelecidos para: (i) estrutura de capital próprio; (ii) estrutura de capital de terceiros; (iii) custo real de capital próprio (aa); (iv) Taxa Referencial de Mercado (TRM); (v) *spread* ou taxa de risco cobrada adicionalmente aos juros, definida em termos reais; (vi) constante α e (vii) taxa média anual de depreciação dos ativos. Deverão ser atualizados no momento das revisões os percentuais definidos para: (viii) custo real de capital de terceiros (aa), (ix) Taxa de Juros de Longo Prazo fixada pelo Conselho Monetário Nacional (TJLP) e (x) IPCA. O cálculo envolve uma constante “ α ” (alfa), que, nos contratos firmados entre 2008 e 2017, era igual a 1, inalterada durante a vigência do contrato de concessão. O reposicionamento tarifário sobre o custo de capital de terceiros será o resultado da soma da aplicação de juros sobre o capital e o prêmio de risco.

O método WACC considera, em sua fórmula, os seguintes critérios: custo de capital próprio, custo de capital de terceiros, estrutura de capital e tributos. O regulador avalia esses parâmetros utilizando-se de *benchmark* ou da média do setor. Significa que “os custos não correspondem ao valor próprio de cada empresa”³⁴⁸ (ANEEL, 2016). Busca-se um conjunto de elementos para comparar custos que seja compatível com a regulação por incentivos, para que as empresas não se comportem como se pudessem passar todo e qualquer custo (OPEX e CAPEX) para os usuários ou consumidores (DASSLER; PARKER, 2006). Com base nesses parâmetros externos de eficiência, o regulador estabelece a tarifa e determina o retorno adequado para os custos de capital e os custos operacionais (ANEEL, 2007b). A segregação entre os custos de capital próprio e os custos da dívida (capital de terceiros) reflete o risco diferenciado de cada tipo de investimento, bem como a definição da estrutura de capital das transmissoras pelo regulador (CALDWELL, 2011). Com efeito, a estrutura de capital afetará a taxa de retorno do empreendimento: pela avaliação do WACC, de forma mais direta, e sobre o retorno do capital total (ANEEL, 2007b). Portanto, a RAP remunera o capital investido considerando o resultado da avaliação quanto à taxa de retorno adequada para o serviço (ANEEL, 2007b). Ela é definida em valores anuais e em duodécimos, para que sirva de base para cálculo dos valores a serem recolhidos pelos usuários da rede a partir dos avisos de débito emitidos pelo ONS.

³⁴⁸ Portanto, para a definição do custo de capital, assim como para a definição dos “custos operacionais eficientes”, a ANEEL não considera apenas os custos que o próprio concessionário apresenta, porque ele, enquanto prestador do serviço, é responsável pelo gerenciamento de todas as informações necessárias para essa avaliação – “técnicas, operativas, financeiras, contábeis, etc.” –, enquanto o acesso do regulador a esses dados é limitado e parcial, mesmo quando realiza auditorias, de modo que haveria sempre um grau de assimetria de informação. Para conviver com os problemas da assimetria da informação, utiliza-se o *benchmarking* (ANEEL, 2007b).

A RAP abrange, como visto, as parcelas referentes às instalações da RB³⁴⁹ e às DIT³⁵⁰, podendo incidir a PA (cf. cláusula sexta). Assegura-se, por contrato, que o equilíbrio da EqEF será mantido por todo o prazo de execução contratual³⁵¹ (cf. nona subcláusula da cláusula sexta).

Desde a edição do Edital nº 04/2007, os contratos de concessão passaram a prever cláusula de RTP após um intervalo que permita que a Agência capture os ganhos de eficiência empresarial em favor do usuário (art. 14, IV, da Lei nº 9.427/96). Em relação aos contratos anteriores, essa é a diferença mais substancial: além de admitir a revisão dos custos de capital de terceiros, há expressa possibilidade de captura dos ganhos de eficiência operacional. São aplicadas a PBR, a *yardstick* (por meio de *benchmark*) e a *earnings sharing* (partilha de ganhos) *regulation*.

O *regulatory lag* previsto para a RTP é de cinco anos, limitada a possibilidade de partilhas de ganhos sobre a base de remuneração do capital de terceiros³⁵² (cf. cláusula sétima). Para reforços, as instalações integrarão o cálculo da RAP *pro*

³⁴⁹ A parcela referente à Rede Básica (RPB) contempla o valor regulatório dos ativos que integraram o objeto do contrato (RBL) somado ao valor de eventuais reforços que venham a ser autorizados pela ANEEL (RBNI), *pro rata tempore* à data de entrada em operação comercial do ativo, todos atualizados pelo IPCA.

³⁵⁰ A parcela referente às DIT (RPC) segue a mesma lógica: contém a avaliação dos ativos das DIT já descritas no objeto do contrato (RPEC) mais o valor avaliado de eventuais reforços autorizados pela ANEEL (RCDM e RCDMA), *pro rata tempore* à data de entrada em operação comercial do ativo, todos atualizados pelo IPCA.

³⁵¹ O equilíbrio inicial deve ser mantido em favor da concessionária ou em favor dos usuários do serviço, o que permitiria, ao menos em tese, ao longo do prazo de execução do contrato, a captura de ganhos de produtividade pelo usuário quando esta ocorrer acima de determinados parâmetros regulatórios.

³⁵² “87. Conforme disposto nos respectivos contratos de concessão e no Submódulo 9.2 do Proret, a revisão periódica da RAP estabelecida para concessionárias originadas de processo de licitação, quando prevista, restringe-se ao recálculo do custo de capital de terceiros, da avaliação da receita recebida com outras atividades, dos parâmetros de ganhos de eficiência empresarial relacionados aos custos de operação e manutenção e das receitas adicionais oriundas de autorização de reforços e melhorias. Assim, desconsiderando os efeitos de revisão e

rata tempore. Assim, elas também serão revisadas a cada cinco anos. Há também prescrição expressa sobre a partilha de ganhos em favor da modicidade tarifária no caso de receitas auferidas com outras atividades (cf. sexta subcláusula) e sobre a possibilidade de alteração de parâmetros regulatórios que versam sobre O&M para captura de ganhos de eficiência empresarial (cf. segunda subcláusula). Em suma, a metodologia de cálculo prevista para RTP se limita a contemplar o compartilhamento dos ganhos de eficiência operacional (O&M) e das perdas ou dos ganhos decorrentes dos financiamentos para execução das obras (CALDWELL, 2011).

Verifica-se, desse modo, a partir de 2007, que os contratos passaram a dispor que a RAP sofrerá reajustes e revisões ao longo do seu prazo de execução. Realizar-se-iam as revisões a partir da avaliação periódica dos custos de capital de terceiros, que têm “como base de cálculo os parâmetros utilizados na definição da taxa de juros para os programas de financiamento de linhas de transmissão no país” (CALDWELL, 2011). Portanto, o custo de capital de terceiros contempla seguros e prêmios de riscos e consolida a taxa de remuneração regulatória. A previsão de prêmios de risco é algo natural em projetos *greenfield* que demandam alta alavancagem financeira para implantação prévia da infraestrutura com aferição de receita garantida apenas após a conclusão do projeto (GARVIN; KUMAR; SHAN, 2010)³⁵³.

Quanto à revisão das receitas para cobertura de custos com reforços, melhorias ou instalações de conexão, não se aplica o método utilizado para revisão do custo de capital de terceiros. O contrato prevê que a revisão dessas rubricas respeitará “a

reajuste previstos em contrato, a RAP paga às concessionárias licitadas segue perfil constante de pagamentos, denominado perfil plano. [...] 91. Já no caso de concessionárias licitadas, as baixas contábeis não têm efeitos sobre a RAP a ser recebida pela concessionária a cada ciclo. Assim, no caso de baixa contábil de um determinado ativo, a parcela de RAP referente ao ativo permanece a mesma, independente de autorização por parte da ANEEL, desde que o serviço continue a ser prestado” (ANEEL, 2020).

³⁵³ Para o EqEF, os contratos de concessão preveem, com fundamento no art. 9º, § 3º, da LGC, “a revisão do preço em decorrência da alteração da carga tributária. Determina a cláusula contratual pertinente que, ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a assinatura do contrato, quando comprovado seu impacto, implicará revisão da RAP, para mais ou para menos, conforme o caso. Trata-se de uma previsão que decorre do fato de que essa modificação de tributos consiste em uma álea administrativa, decorrente de fato do príncipe, de tal forma previsível que a lei e o contrato já admitem-na (*sic prima facie*)” (REGIS, 2017, pp. 42-43).

regulação expedida sobre a matéria”, isto é, a mesma regulação aplicável aos reforços autorizados para as concessões existentes. A partir de 2007, a remuneração desses ativos passou a ter como parâmetro a metodologia da RTP imediatamente antecedente à operação do ativo (CALDWELL, 2011). Cada ciclo de RTP é precedido de consulta pública (art. 9º da LAR e §3º do art. 4º da LCA), em que são apresentados os critérios e procedimentos regulatórios para revisão da receita.

Note-se que as RTPs acontecerão a cada ciclo de cinco anos, até o 15º (décimo quinto) ano; passados quinze anos da concessão, a RAP torna-se plana até o termo do contrato. Verifica-se que a receita da concessionária é previamente definida para todo o período contratual³⁵⁴ (HUBNER *et al*, 2020), o que conferiria menos discricionariedade ao regulador para alterações supervenientes da receita e ensejaria maior complexidade para análise dos pleitos de reequilíbrio num contexto de regulação por incentivos. Ressalte-se, ainda, que o contrato prevê expressamente que os parâmetros para revisão do custo de capital de terceiros, nele estabelecidos, não poderiam ser utilizados para eventuais pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. O edital também repisa a norma do art. 9º, § 3º, da LGC, condicionando a neutralidade tarifária de tributos e encargos legais à comprovação do impacto para o equilíbrio do contrato.

O contrato dispõe, ainda, sobre a metodologia de obtenção do valor da receita para fins de reposicionamento tarifário (anexo VI). Nesse caso, o cálculo da RAP deverá levar em consideração o método do Fluxo de Caixa Descontado³⁵⁵. É uma

³⁵⁴ Conforme esclarecido, segue aquela racionalidade de definição de estrutura ótima de capital. De Fraja e Stones (2004) apontam que essa metodologia tem a vantagem de permitir renegociações apenas nos períodos de RTP, prevenindo contra infundáveis negociações e conflitos para os casos em que se permitiria algum nível de variação de preço; por outro lado, uma política tarifária definida com base nessa máxima também poderia ensejar perdas de bem-estar com a imposição de um preço fixo, porque isso levaria os consumidores a pagarem mais quando a situação econômica não está boa. A esse despeito, os autores não descartam a necessidade de que o regulador estabeleça a estrutura de capital ótima das empresas, uma vez que essa estrutura afeta o custo total do empreendimento e, como consequência, o preço final pago pelos usuários dos serviços.

³⁵⁵ Por esse método, calcula-se “o valor presente dos fluxos de benefícios de caixa previstos no futuro descontado por uma taxa que reflete o risco do negócio” (ASSAF NETO, 2014, p. 180). Como visto, é método quantitativo de análise econômica de investimentos que considera o valor

avaliação que toma como base o custo médio do capital (WACC) para garantia do fluxo de caixa do projeto, considerando a imposição contratual de que a RAP seja constante durante o prazo da concessão (Item 1.10 do anexo VI do CC nº 003/2012). O estabelecimento da RAP máxima foi tratado no corpo da dissertação.

Concessões licitadas - Inovações nas concessões adjudicadas a partir de 2014

As inovações dos editais lançados no ano de 2014 foram mencionadas no capítulo que versou sobre o objeto das concessões. Referem-se à previsão de entrega escalonada do conjunto de FTs, observadas as datas previamente definidas e possibilitado o recebimento de percentuais equivalentes da receita a partir da data de liberação integral do conjunto de FTs pelo ONS, tudo conforme parâmetros contratualmente estabelecidos. Outra inovação relevante para esta pesquisa diz respeito à possibilidade de antecipação da entrada em operação comercial do empreendimento conforme a data de necessidade do sistema, condicionada à autorização da ANEEL (cf. Edital nº 01/2014).

Fonte: Elaboração própria, 2021.

do dinheiro no tempo e “o tempo necessário para que o investimento inicial seja recuperado pelas entradas de caixa promovidas pelo investimento” (ASSAF NETO; LIMA, 2014, p. 394). A RAP teto para o leilão é estabelecida por meio de uma projeção ou uma estimativa de fluxo de caixa descontado para o projeto, avaliando os seguintes critérios: o custo médio ponderado de capital do projeto, o prazo da concessão, os custos eficientes de O&M e capital inicialmente esperado (PIOTO, 2013).

APÊNDICE F – O PROCEDIMENTO DE LEILÕES DE TRANSMISSÃO

Os leilões para outorga de serviços públicos ou atividades de utilidade pública a agentes privados seguem os parâmetros estabelecidos na LGC (art. 175, *caput*, da CF/88) e, subsidiariamente, em casos de lacunas ou naquilo que couber, os postulados da LGL, além de leis específicas para cada mercado. Para o SEB, aplica-se, entre outros diplomas normativos, a Lei nº 9.074/1995.

Para realizar o leilão, a ANEEL estabelece um preço de reserva estimado em valor ligeiramente superior ao que seria a receita teto suficiente para prestação do serviço³⁵⁶. No segmento de transmissão, os leilões são realizados desde 1999 utilizando-se desse critério (leilão reverso)³⁵⁷ (ORTIS, 2010). Tem-se utilizado o leilão híbrido do tipo holandês (com preços descendentes).

Na prática, os critérios são pré-definidos e informados aos participantes, com vistas a propiciar-lhes isonomia na competição (VIANA, 2018). Os empreendimentos são leiloados em lotes, para os quais os editais de leilão estabelecem

³⁵⁶ Em 2016, para incrementar o número de participantes no leilão, a ANEEL aprimorou a metodologia de cálculo da receita teto. A ideia era conferir mais atratividade para os investimentos, mas, ao mesmo tempo, procurar evitar condutas oportunistas, como o conluio entre os interessados, o “arrependimento do vendedor ao perceber que o valor transacionado não refletiu os fundamentos econômicos”, a captura pelos concorrentes de uma receita teto por demais elevada em prejuízo aos consumidores, a prevenção quanto ao aumento excessivo da “volatilidade do preço do serviço contratado” ou o exercício de poder de mercado (ANEEL, 2016b).

³⁵⁷ O uso do mecanismo de leilões objetiva atender à determinação legal (art. 6º, *caput* e §1º, da LGC) de que os serviços considerados essenciais sejam prestados mediante tarifas módicas (ORTIS, 2010). Contudo, a modicidade tarifária não é estabelecida apenas com fundamento no preço teto dos leilões; por questões de segurança sistêmica, normalmente, há mais de um caminho possível para o transporte de energia, distribuído entre as diversas concessões existentes (a multiplicidade de transmissores). Sob a perspectiva econômica, a existência de distintos caminhos (ou linhas) ligando os mesmos pontos do sistema de transmissão não teria tanto sentido em termos de ganho de escala; mas isso se justifica pela complexidade sistêmica e para garantia da segurança no fornecimento. Esse é um dos motivos pelos quais a receita das transmissoras será devida pela disponibilidade do serviço, e não pelo volume de energia transportada, pois, para garantia da confiabilidade sistêmica, mesmo que a energia seja transportada pelo melhor caminho (talvez aquele que tenha perdas elétricas mais reduzidas), o caminho alternativo deve continuar disponível, permitindo, por ex., que o operador previna blecautes a partir do mero chaveamento das linhas.

premissas técnicas, econômicas e jurídicas a serem observadas pelos adjudicatários desses serviços. São estabelecidas premissas ou características técnicas mínimas relativas ao projeto do empreendimento que podem impactar na formação do preço, como, por exemplo, o tipo de instalação – aérea ou subterrânea – em razão de características geológicas do terreno.

Os empreendimentos objeto da licitação se originam a partir de estudos técnicos³⁵⁸ consubstanciados no Relatório R1 disponibilizado pela EPE (art. 4º, VII, da Lei nº 10.847/2004), contendo a análise da viabilidade técnica (inclusive, ambiental) e econômica das alternativas para a expansão da capacidade de transmissão do SIN, e por análises de curto prazo feitas pelo ONS (art. 13 da Lei nº 9.648/98). O Poder Concedente avalia as propostas, relativamente aos aspectos de viabilidade³⁵⁹, e, então, a EPE emite a solicitação para as concessionárias setoriais para a elaboração de mais cinco relatórios de planejamento, cada um deles com objetivo distinto³⁶⁰. Com base neles³⁶¹, o Poder Concedente apontará alternativa de mínimo custo global considerada a solução técnica necessária para o atendimento estrutural do sistema. Os estudos não integram o edital. Não são “anexos”, como ocorre, por exemplo, com a minuta de contrato de concessão. Eles têm natureza informativa e são necessários para que a Administração confira mais transparência ao certame e propicie que os proponentes avaliem questões relativas à viabilidade de implantação dos empreendimentos, sob o ponto de vista físico, ambiental, social e financeiro, e decidam sobre o valor do lance a ser ofertado. Os estudos que

³⁵⁸ São conjecturas técnicas pelas quais se avaliam projeções de demanda de energia, a posição de novas centrais geradoras de fontes diversificadas, a localização das LTs e SEs da RB, questões relativas à confiabilidade sistêmica etc. (CASTRO; MARTINI, 2021).

³⁵⁹ Os estudos são um norte para o investidor, mas, em algumas circunstâncias, a ANEEL reconheceu que não refletiriam a realidade do mercado (cf. Desp. nº 4.582/2014 e Desp. nº 3.651/2013)

³⁶⁰ São eles: detalhar a análise técnica para implantação do empreendimento (Relatórios R2); analisar os impactos socioambientais decorrentes das alternativas de implantação do empreendimento (Relatórios R3); avaliar os impactos para as instalações existentes em função da integração das novas instalações (Relatórios R4); avaliar os custos fundiários para a implantação do empreendimento (Relatórios R5).

³⁶¹ Esses relatórios (em si mesmos) devem ser considerados como custos na formação dos lances, pois o vencedor da licitação deverá ressarcir o responsável pela sua realização dos dispêndios incorridos (art. 21 da LGC).

acompanham o edital não indicam que solução técnica deve ser adotada pelo ofertante; ao contrário, apenas informam uma solução entre várias possíveis, sem caráter vinculante (ANEEL, 2020b).

O edital é elaborado pela ANEEL, conforme delegação de competências pelo Dec. n° 4.932/2003, alterado pelo Dec. n° 4.970/2004; porém, antes de sua publicização, ele é submetido a Consulta Pública (art. 6º, § 4º, da Lei n° 13.848/2019). Os editais estabelecem a unidade produtiva que constitui cada lote, o prazo para obra, premissas técnicas mínimas e a maior receita possível para construir, operar e manter o empreendimento (CASTRO; MARTINI, 2021). Para cada lote, a ANEEL define o valor estimado dos investimentos necessários e a sua respectiva RAP máxima admitida. O edital é publicado após os ajustes resultantes das conclusões da Consulta e depois de realizadas as devidas interações entre os órgãos setoriais e entre estes e o órgão de controle externo. Os lances³⁶² dizem respeito à RAP que será percebida para a construção do objeto do respectivo lote e para prestação dos serviços concedidos durante toda a extensão do contrato. A ANEEL, ao lançar o edital, também disponibiliza um *folder* contendo as principais informações sobre o certame, inclusive a sistemática do leilão³⁶³. O melhor lance será aquele em que o interessado demandou a menor receita para

³⁶² É salutar que cada proponente, ao ofertar seu lance financeiro, tome como base todos os custos com aquisições, indenizações, serviços, obras e tributação relativos à implantação, montagem, operação e manutenção das instalações, além de custos para a remuneração do investimento, o ressarcimento dos estudos técnicos que acompanham o edital, o atendimento às exigências do órgão ambiental, a elaboração do Projeto Básico Ambiental e a implementação de medidas compensatórias (IAB, 2012).

³⁶³ O leilão é do tipo Envelope Fechado, de negociação contínua. Essa regra deve-se ao fato de se tratar de leilão utilizado para um único produto (a licitação integral de um projeto de UHE, LT ou empresa de distribuição). Nesses casos, é comum que o leilão assuma o formato de Primeiro Preço Envelope Fechado, pois o objetivo é adquirir o produto leiloado pelo menor preço possível (IAB, 2012). A regra estabelecida prevê a submissão de um único lance ao leiloeiro de forma simultânea por todos os participantes (VIANA, 2018). A ideia é que todos os proponentes inscritos e aptos à disputa pelos lotes informados no edital ofereçam a proposta financeira, em envelope fechado, ao diretor da sessão do leilão, enquanto o certame acontece (ANEEL, 2019c). Quando o leilão tem como objeto mais de um lote de instalações de transmissão, eles serão licitados em ordem numérica, em formato crescente conforme tenham sido organizados na respectiva cláusula editalícia. Somente após finalizar o leilão do primeiro lote, com o anúncio do resultado, serão recebidos os envelopes do lote subsequente, e

construir a LT e deixá-la disponível para uso, considerados os índices de disponibilidades indicados no edital e na regulação (IAB, 2012). Será declarado vencedor o proponente que ofertou o menor valor de RAP (desconto ou deságio), em reais por ano (R\$/ano) (ANEEL, 2019c)³⁶⁴. A proposta financeira dos agentes deve ser igual ou inferior à RAP máxima.

Fonte: Elaboração própria, 2021.

assim sucessivamente (ANEEL, 2019c). A entrega da proposta não permite arrependimento, sendo, portanto, vedada a submissão de um novo lance (não se consegue aprender com o comportamento dos demais participantes).

³⁶⁴ Desde que a diferença entre a menor oferta e as demais tenha sido superior a 5%; caso contrário, o certame tem prosseguimento. Havendo empate entre as ofertas informadas por envelope sem que tenha havido a apresentação de lances a viva-voz, incidirão os critérios de desempate estabelecidos na legislação. Se, porventura, algum lote leiloado não tiver recebido proposta, ao fim do apregoamento do último lote, novos lances a viva-voz poderão ser ofertados para os respectivos lotes na ordem crescente da numeração (ANEEL, 2019c).



idp

Bo
pro
cit
ref
Nos
são

idp

A ESCOLHA QUE
TRANSFORMA
O SEU CONHECIMENTO