

***Parecer sobre a alteração dos critérios de revisão ordinária
quinquenal dos contratos de transmissão de energia elétrica***

Marçal Justen Filho

Doutor em Direito

Professor Titular da UFPR de 1986 a 2006

Advogado e parecerista em Direito Público

SUMÁRIO

<u>I - Os fatos</u>	<u>1</u>
<u>II - Audiência Pública 041/2017: as NTs 160 e 164/2017</u>	<u>1</u>
II.1 - A Nota Técnica 383/2012-SRE/ANEEL	1
II.1.1 - A orientação da ANEEL	2
II.1.2 - A solução do “benchmarking”	2
II.2 - A Nota Técnica 160/2017 - SRM-ANEEL	3
II.2.1 - O método básico.....	3
II.2.2 - O problema do critério de comparabilidade	3
II.3 - A NT 164/2017-SRM-ANEEL.....	3
II.4 - Os problemas verificados	3
II.4.1 - O modelo remuneratório de 2012	3
II.4.2 - O modelo proposto em 2017	4
II.4.3 - A confessada imprecisão da metodologia proposta	4
II.4.4 - A inovação surpreendente e a eliminação de vantagens.....	4
II.4.5 - Outras distorções metodológicas.....	4
<u>III - As limitações da solução reconhecidas na própria NT 160</u>	<u>4</u>
III.1 - A questão dos “resultados pouco intuitivos”	4
III.1.1 - O trecho relevante da NT 160.....	4
III.1.2 - A incerteza e inadequação dos resultados	5
III.1.3 - A “discricionariedade do método”	5
III.1.4 - O descabimento de escolhas “compensatórias” aleatórias.....	5
III.2 - A insuficiência de informações essenciais.....	5
III.2.1 - O trecho relevante da NT 160.....	5
III.2.2 - A eliminação de variáveis fundamentais.....	6
III.3 - A variação metodológica.....	6
III.3.1 - O trecho relevante da NT 160.....	6
III.3.2 - O problema do “aprimoramento”	7
III.3.3 - O reconhecimento da incapacidade de distinção	7
III.4 - As decorrências inafastáveis	7
III.4.1 - Ainda a discricionariedade técnica	7
III.4.2 - O descabimento da complexidade da realidade	7

III.4.3 - O descabimento de tratamento desfavorável	8
III.4.4 - A ampliação e correção das variáveis	8
<u>IV - A violação à equação econômico-financeira</u>	8
IV.1 - Os fatos verificados em 2012	8
IV.1.1 - A NT 383/2012-SRE/ANEEL	8
IV.1.2 - A manifestação da EPE.....	8
IV.1.3 - A Portaria 579/2012-MME	9
IV.2 - A incorporação implícita dos fundamentos.....	9
IV.2.1 - A ausência de controvérsia sobre a inclusão da margem de lucro	9
IV.2.2 - A existência da Nota Técnica da EPE	9
IV.2.3 - A RAP como valor resultante de parcelas distintas.....	9
IV.2.4 - A incorporação das razões e propostas da EPE	10
IV.3 - A integração da margem de lucro na equação.....	10
IV.3.1 - As vantagens asseguradas ao concessionário	10
IV.3.2 - A identificação da remuneração	10
IV.3.3 - A finalidade buscada: tornar viável o empreendimento	11
IV.3.4 - Ainda a finalidade buscada: tornar o empreendimento atraente	11
IV.3.5 - A impossibilidade de suprimir a margem de lucro	11
IV.4 - A questão da qualidade: o prêmio pela disponibilidade das instalações... ..	11
IV.4.1 - A composição da remuneração das concessionárias	11
IV.4.2 - A integração na equação econômico-financeira.....	11
IV.4.3 - A proposta de eliminação dessa parcela.....	12
IV.4.4 - Ainda a alteração da equação econômico-financeira	12
IV.5 - Ainda a inalterabilidade das condições essenciais da avença	12
IV.5.1 - A margem de lucro de 10% como condição essencial	12
IV.5.2 - A alteração da identidade do negócio	12
IV.5.3 - A remuneração fundada na qualidade	12
IV.5.4 - A evidência do argumento: licitação.....	13
IV.5.5 - O efeito vinculante para as partes.....	13
IV.6 - A tutela constitucional e infraconstitucional	13
IV.6.1 - A funcionalidade do contrato administrativo	14
IV.6.2 - O recurso à colaboração e ao patrimônio privado.....	14
IV.6.3 - A tutela ao patrimônio e aos direitos do particular.....	14

IV.7 - A concessão: investimentos, riscos e garantias	14
IV.7.1 - As obrigações assumidas.....	14
IV.7.2 - Os riscos assumidos	15
IV.7.3 - Os direitos do concessionário	15
IV.8 - A equação econômico-financeira	15
IV.8.1 - A definição da equação econômico-financeira da concessão	15
IV.8.2 - A intangibilidade da equação econômico-financeira	15
IV.8.3 - A mutabilidade da concessão e a equação econômico-financeira	16
IV.9 - Equações estáticas e equações dinâmicas.....	16
IV.9.1 - A equação econômico-financeira estática	16
IV.9.2 - A equação econômico-financeira dinâmica	16
IV.10 - Revisão ordinária e competência da autoridade reguladora	17
IV.10.1 - A finalidade da revisão ordinária	17
IV.10.2 - A discricionariedade técnica.....	17
IV.10.3 - A vedação à transmutação do objeto e das condições essenciais.....	17
IV.10.4 - A vedação à supressão de direitos assegurados	17
IV.10.5 - A vinculação a parâmetros objetivos predeterminados	18
IV.10.6 - A escolha de parâmetros similares à situação concreta.....	18
IV.10.7 - A vinculação aos fatos.....	18
IV.11 - O caso concreto: a amplitude da revisão ordinária	18
IV.11.1 - A avaliação da eficiência do concessionário	18
IV.11.2 - A definição dos custos eficientes	19
<u>V - Alguns tópicos específicos quanto à margem de lucro</u>	<u>19</u>
V.1 - A questão do LDI.....	19
V.1.1 - A incidência da margem de lucro sobre as despesas	19
V.1.2 - A ausência de variação da margem de lucro	19
V.2 - Um entendimento equivocados: a ausência de limites para a revisão.....	19
V.2.1 - Condições contratuais e revisão ordinária.....	20
V.2.2 - A eliminação da segurança jurídica.....	20
V.2.3 - A “emboscada”: condições atrativas temporárias.....	20
V.2.4 - A violação à moralidade administrativa	20
V.2.5 - O descabimento do argumento do “interesse público”	21
V.3 - A ressalva da Nota Técnica da EPE	21

V.3.1 - O trecho relevante	21
V.3.2 - A tese juridicamente equivocada.....	21
V.3.3 - A tese da revisibilidade do valor.....	21
V.3.4 - A vinculação aos parâmetros praticados pelo TCU.....	21
V.3.5 - O descabimento de juízo de conveniência e oportunidade	21
V.3.6 - O exercício do juízo de discricionariedade técnica.....	22
<u>VI - A violação ao princípio da segurança jurídica</u>	22
VI.1 - O modelo proposto na NT 383/2012	22
VI.2 - O modelo proposto na NT 160	22
VI.2.1 - O trecho relevante da NT 160	22
VI.2.2 - A solução adotada e seus efeitos.....	23
VI.3 - A segurança jurídica como requisito da atividade regulatória	23
VI.3.1 - A regulação como uma atividade de orientação.....	23
VI.3.2 - A inovação radical e seus efeitos nocivos	23
VI.4 - A mutabilidade da regulação	23
VI.4.1 - O respeito à confiança legítima dos regulados.....	24
VI.4.2 - A tutela jurídica à confiança legítima	24
VI.4.3 - A necessidade de sinalização prévia	24
VI.5 - A vedação ao efeito retroativo da nova regulação	24
VI.5.1 - Ainda a garantia constitucional.....	24
VI.5.2 - A aplicação aos atos administrativos	24
VI.5.3 - A vedação à atribuição de eficácia inovadora aos atos pretéritos.....	25
VI.6 - O caso concreto: a adoção de soluções inovadoras	25
VI.6.1 - Os novos critérios de identificação da eficiência	25
VI.6.2 - A atribuição de eficácia futura a fatos anteriores não relevantes	25
VI.7 - A invalidade da inovação.....	26
VI.8 - O caso concreto: a alteração do conceito de eficiência	26
VI.8.1 - A qualificação a partir do passado	26
VI.8.2 - A violação ao princípio da anterioridade.....	26
VI.9 - A violação à discricionariedade técnica.....	26
VI.9.1 - A ausência de fundamentação lógico-científica	26
VI.9.2 - A relevância essencial da questão	26
VI.9.3 - Um conceito arbitrário de eficiência	27

<u>VII - A inclusão de concessionárias não comparáveis</u>	27
VII.1 - A comparação com as novas concessões	27
VII.1.1 - O trecho relevante da NT 160	27
VII.1.2 - A solução adotada na própria NT 160	27
VII.2 - As diferenças de custos entre os dois grupos	28
VII.2.1 - A impossibilidade de cotejar a eficiência entre os dois grupos.....	28
VII.2.2 - Os custos mais reduzidos das novas concessões	28
VII.3 - As distorções da comparação: o padrão incabível	28
VII.3.1 - A proposta de holdings imaginárias	28
VII.3.2 - O sujeito inexistente	28
VII.3.3 - A introdução da comparação entre situações diversas	29
VII.4 - A contradição lógica com a finalidade adotada	29
VII.4.1 - Ainda a comparação entre as empresas sujeitas à revisão	29
VII.4.2 - A inclusão de elementos de empresas não sujeitas à revisão	29
VII.5 - A infração à isonomia	29
<u>VIII - Os resultados práticos</u>	29
VIII.1 - A confirmação das distorções pelos resultados	30
VIII.1.1 - Os escores ajustados das empresas	30
VIII.1.2 - A variação do Custo Operacional Regulatório.....	30
VIII.2 - O controle de cálculos estatísticos	30
VIII.2.1 - A impossibilidade de confundir a realidade com os números.....	30
VIII.2.2 - A escolha das fórmulas e das variáveis	30
VIII.2.3 - A preponderância da realidade sobre as abstrações	30
VIII.3 - O caso concreto	31
<u>IX - O risco da configuração de desvio de finalidade</u>	31
IX.1 - O instituto do desvio de finalidade.....	31
IX.1.1 - O exercício de competência própria.....	31
IX.1.2 - A falha: a finalidade buscada	31
IX.1.3 - O conflito entre a finalidade teórica e o fim prático da autoridade.....	31
IX.1.4 - O fundamento jurídico da invalidade	32
IX.1.5 - O instituto do desvio de procedimento	32
IX.2 - A situação concreta.....	32
IX.2.1 - A finalidade da competência atribuída.....	32

IX.2.2 - A finalidade buscada não é a redução tarifária pura e simples	32
IX.2.3 - A competência para reduzir tarifas	32
IX.2.4 - A adoção de critérios para justificar a redução tarifária.....	33
<u>X - Conclusão</u>	<u>33</u>

P A R E C E R

COMPANHIA DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA PAULISTA – CTEEP honrou-me com a solicitação de parecer versando sobre os fatos e os quesitos abaixo expostos.

I - Os fatos

1. A Consulente é titular de concessão de serviço público de transmissão de energia. O atual contrato resultou de prorrogação promovida em 2012, sob o regime da Lei Federal 12.783.
2. A Consulente narrou que a ANEEL está promovendo a audiência pública 041/2017 para determinar os critérios de revisão ordinária quinquenal prevista contratualmente. Foram emitidas diversas Notas Técnicas, contemplando os vários aspectos da questão.
3. A Consulente discorda de diversos dos entendimentos constantes das manifestações técnicas. Para orientar a sua atuação, solicitou a elaboração do presente parecer, que versa sobre os quesitos respondidos ao final.

II - Audiência Pública 041/2017: as NTs 160 e 164/2017

4. A Audiência Pública 041/2017 destina-se à discussão do modelo de revisão periódica das concessões de transmissão de energia elétrica. No seu bojo, discutem-se os custos operacionais regulatórios.

II.1 - A Nota Técnica 383/2012-SRE/ANEEL

5. Deve-se sublinhar que a revisão tarifária ora em curso envolve uma comparação com a situação existente em 2012, quando ocorrera a fixação da receita inicial decorrente das prorrogações previstas na Lei 12.783

(MP 579).

II.1.1 - A orientação da ANEEL

6. A NT 383/2012 SRE/ANEEL reiterou o entendimento adotado pela ANEEL e que se mantém até o presente. O trecho abaixo sintetiza adequadamente a orientação buscada:

“15. A razão fundamental dessa postura é evitar desincentivos à busca da eficiência. Quanto mais associada aos custos reais de cada empresa estiver a definição de seus custos regulatórios, menor os incentivos a ganhos de eficiência.

16. O referencial adotado até então na transmissão foi o da máxima eficiência verificada. Ou seja, leve-se como referencial para a definição das tarifas os valores de custos operacionais verificados entre as empresas mais eficientes do setor. A razão para isso é que a maior parte da receita da empresa (RBSE) era relativa às instalações existentes antes de maio de 2000 e, por disposição contratual, não estava sujeita à revisão tarifária. Portanto, considerar a eficiência máxima sobre uma parcela menor da receita permitida teria o objetivo de aproximar o método de revisão da transmissão ao método aplicado na distribuição, que é o da eficiência média.

17. A definição do nível eficiência tendo como base somente o conjunto de empresas identificadas como eficientes implica menor risco de reconhecimento de custos operacionais ineficientes. Por outro lado, caso o modelo adotado sofra de alguma imprecisão ou não capture características específicas das empresas, corre-se o risco de confundir ineficiência com especificidades ou má especificação. Já quando se adota como referencial a eficiência média, os pesos atribuídos aos dois riscos supracitados se invertem”.

II.1.2 - A solução do “benchmarking”

7. A NT 383/2012 reiterava a solução de utilização de um padrão de comparação, tal como adiante referido:

“19. A ANEEL vem utilizando há algum tempo métodos de Benchmarking na definição dos custos operacionais regulatórios em seus processos de revisão tarifária. Esse tipo de abordagem consiste numa análise comparativa entre os custos operacionais praticados pelas empresas. Dessa análise comparativa extrai-se um “benchmarking”, uma referência com a qual os custos praticados por cada empresa será (sic) comparado. A partir dessa comparação é possível atribuir um nível de eficiência a cada empresa e, então, definir os valores de custos operacionais associados a um nível de eficiência específico definido pelo Regulador.

20. Não cabe aqui descrever todos os detalhes dos métodos de benchmarking utilizados pela ANEEL. O Método utilizado no setor de transmissão é conhecido como DEA (Data Envelopment Analysis). Um maior detalhamento desse método pode ser encontrado nas Notas Técnicas que subsidiaram os processos de revisão tarifária dos segmentos de Transmissão e Distribuição”.

II.2 - A Nota Técnica 160/2017 - SRM-ANEEL

8. No âmbito do processo de revisão ordinária de 2018, a SRM emitiu a NT 160/2017, que reformulou significativamente o modelo até então existente.

II.2.1 - O método básico

9. A NT 160/2017, tal como já previsto no item 19 da NT 383/2012 - acima transcrito, manteve a orientação de avaliar a eficiência das empresas em vista de um modelo reputado como adequado (*benchmarking*). Segundo esse enfoque, torna-se “*possível atribuir um nível de eficiência a cada empresa e, então, definir os valores de custos operacionais regulatórios associados a uma referência de eficiência definida pelo Regulador*” (item 11).

II.2.2 - O problema do critério de comparabilidade

10. A própria NT 160 reconhece que o problema fundamental do método reside no “*estabelecimento do critério de comparabilidade entre as empresas*” (item 12).

11. A NT 160 propõe que o método *DEA* (“*Data Envelopment Analysis*”) seja ajustado por diversas variáveis, tal como despesa operacional (especialmente custo de mão de obra), extensão e tensão de rede e outros dados.

II.3 - A NT 164/2017-SRM-ANEEL

12. Na sequência, foi editada a NT 164/2017-SRM/ANEEL, destinada apenas à correção de um defeito numa fórmula adotada.

II.4 - Os problemas verificados

13. As alterações contempladas nas Notas Técnicas apresentam diversos problemas.

II.4.1 - O modelo remuneratório de 2012

14. Em 2012, foi utilizado um modelo de remuneração composto por três elementos. O primeiro era o custo operacional eficiente, tal como determinado pelo método “*DEA*”. O segundo era um prêmio de qualidade (fundado na disponibilidade das instalações de transmissão), que resultava num percentual a ser somado aos escores de eficiência apurados pelo “*DEA*”. O terceiro era uma margem de lucratividade de 10%.

II.4.2 - O modelo proposto em 2017

15. A proposta de 2017 não prevê nem o prêmio de qualidade nem a margem de lucratividade de 10%. O “DEA” previsto envolve um modelo matemático, que elege valores específicos para determinar a eficiência das empresas.

II.4.3 - A confessada imprecisão da metodologia proposta

16. Um dos problemas evidentes da metodologia proposta consiste na confessada incapacidade de avaliar a variação da eficiência das concessionárias ao longo dos últimos cinco anos.

17. A finalidade principal da revisão ordinária consiste em investigar o desempenho das concessionárias, tomando por base a avaliação da sua eficiência. Se o método adotado for inadequado a isso, existe uma limitação insuperável à sua adoção.

II.4.4 - A inovação surpreendente e a eliminação de vantagens

18. Por outro lado, as alterações propostas implicam inovação surpreendente na disciplina regulatória, que é agravada pela eliminação de vantagens previstas por ocasião da prorrogação.

II.4.5 - Outras distorções metodológicas

19. Além disso, a nova metodologia prevista consagrou diversas distorções, todas elas resultando em tratamento mais oneroso para as concessionárias.

III - As limitações da solução reconhecidas na própria NT 160

20. A solução proposta apresenta limitações (e defeitos) reconhecidos na própria NT 160.

III.1 - A questão dos “resultados pouco intuitivos”

21. Um dos aspectos essenciais consiste na variação dos pesos atribuídos às variáveis dos cálculos.

III.1.1 - O trecho relevante da NT 160

22. A NT 160 reconhece que o método *DEA* propicia distorções, tal como abaixo reproduzido:

“30. Em sua concepção clássica, o método não estabelece qualquer restrição quanto aos pesos atribuídos a cada componente. Estes são escolhidos livremente, de forma a se obter a maior eficiência possível para cada empresa em análise. Essa total liberdade de escolha dos pesos pode, em alguns casos,

*conduzir a **resultados pouco intuitivos** como, por exemplo, variáveis com peso nulo. Em última análise isso reduz o poder discriminatório do modelo e introduz viés às estimativas de eficiência.*

31. O problema de viés nas estimativas de eficiência associado ao método DEA é conhecido e discutido na literatura acadêmica. ...” (original sem negrito).

III.1.2 - *A incerteza e inadequação dos resultados*

23. A expressão “**resultados pouco intuitivos**” deve ser interpretada na acepção de destituídos de fundamento lógico ou consistência científica. Trata-se de um eufemismo para indicar distorções incompatíveis com o rigor da atividade regulatória.

III.1.3 - *A “discricionariedade do método”*

24. O texto também alude a uma “discricionariedade do modelo”. Obviamente, a expressão “discricionariedade”, utilizada nessa passagem, não é utilizada num sentido jurídico. Trata-se de uma acepção distinta, para indicar a ausência de limitação da autonomia do operador.

25. Ou seja, a própria NT reconhece que o método *DEA* pode produzir resultados distorcidos, decorrentes da ausência de critério objetivo no tocante à seleção e à aplicação de valorações quanto aos diversos elementos considerados.

III.1.4 - *O descabimento de escolhas “compensatórias” aleatórias*

26. Evidentemente, os riscos identificados na própria NT 160 não podem ser eliminados mediante escolhas aleatórias da autoridade reguladora. Se o método propicia incerteza e insegurança, o resultado não é eliminado por decisões voluntaristas e subjetivas do poder público.

III.2 - *A insuficiência de informações essenciais*

27. Outro problema essencial se refere à insuficiência das informações indispensáveis a uma avaliação segura quanto ao desempenho dos diversos concessionários.

III.2.1 - *O trecho relevante da NT 160*

28. A mesma NT 160 assinala que algumas variáveis fundamentais para a aplicação do modelo adotado não estavam sendo tomadas em consideração:

“45. No caso específico, existem inúmeros fatores que poderiam estar influenciando o desempenho das transmissoras como, por exemplo: tipo e porte

da vegetação, queimadas, clima, incidência de raios, relevo, declividade, tipo de acesso às instalações, coincidência ou proximidade de traçados de linhas do mesmo agente, densidade espacial das instalações, custo de mão de obra etc. No caso da mão de obra, a característica da variável favorece uma aplicação no primeiro estágio pelo fato de impactar diretamente os custos com pessoal. Para as demais dimensões citadas, a relação não é tão direta.

46. No entanto, tal análise exigiria um conhecimento de todos os ativos físicos georreferenciados de cada transmissora. Constatou-se que a quantidade de dados de ativos constante no banco de dados georreferenciados da ANEEL não está compatível com a quantidade de informações constantes no SIGET, indicando que a base de dados estaria incompleta. Por essa razão, não foi possível realizar uma análise de segundo estágio com essas variáveis para a abertura dessa Audiência Pública. Oportunamente, na medida em que se realize as interações e fiscalizações necessárias e que esses dados estejam disponíveis, esse procedimento poderá ser complementado e uma correção de segundo estágio poderá ser realizada, caso se mostre necessária”.

III.2.2 - *A eliminação de variáveis fundamentais*

29. O trecho evidencia a ausência de consideração a questões essenciais para determinar a eficiência na atividade de transmissão de energia elétrica. As variáveis do meio físico circundante são essenciais para tanto. Não é adequado comparar as diversas empresas tomando em vista apenas a extensão das linhas, os equipamentos utilizados, a remuneração da mão de obra. É inquestionável que o desempenho de cada prestadora de serviço é delimitado pela Natureza e por outras circunstâncias exógenas.

30. A eliminação de tais variáveis conduz à distorção dos resultados, eis que deixam de ser consideradas diferenças essenciais entre as empresas comparadas.

III.3 - *A variação metodológica*

31. Outra questão reconhecida reside na variação da metodologia de apuração da eficiência.

III.3.1 - *O trecho relevante da NT 160*

32. A NT 160 anota que os critérios adotados em 2012 foram diversos daqueles contemplados em 2017:

“64. Vale ressaltar que a comparação entre os resultados obtidos pelo presente estudo e pelo estudo de 2012 deve se dar com cautela, uma vez que houve aprimoramentos de uma metodologia para a outra, como a contabilização da compensação de potência reativa, a compensação para linhas de circuito duplo e a inserção da variável qualidade no primeiro estágio do modelo DEA. Não há

como distinguir em que medida as variações observadas seriam decorrentes da melhora (ou piora) da eficiência da empresa, ou da mudança da forma de medi-la”.

III.3.2 - O problema do “aprimoramento”

33. É necessário assinalar que a variação de critérios está sujeita a diversas qualificações. Reputar que o método adotado em 2017 é um “aprimoramento” é algo questionável.

34. Mais precisamente, o fundamental reside no reconhecimento de que a avaliação realizada em 2012 observou critérios diversos daqueles contemplados em 2017. Isso inviabiliza a avaliação da variação da eficiência das empresas no período. Ou seja, os eventuais ganhos de eficiência verificados em vista dos critérios de 2012 não são detectados por um método diverso de avaliação da eficiência, adotado em 2017.

III.3.3 - O reconhecimento da incapacidade de distinção

35. Ou seja, a própria NT 160 reconhece que é impossível determinar se as variações observadas teriam sido decorrentes de melhora ou piora na eficiência da empresa.

III.4 - As decorrências inafastáveis

36. Essas passagens conduzem ao reconhecimento de que a metodologia proposta é insuficiente e necessita aperfeiçoamento.

III.4.1 - Ainda a discricionariedade técnica

37. É relevante insistir em que a atividade regulatória legitima-se pela vinculação a critérios técnico-científicos. Não é válida a decisão fundada em critérios insuficientes para produzir um resultado cientificamente consistente.

III.4.2 - O descabimento da complexidade da realidade

38. Nem se contraponha que o cenário regulatório é excessivamente complexo, o que conduz à inviabilidade de uma solução técnico-científica satisfatória.

39. Esse tipo de argumento implica o reconhecimento da inadequação da atividade regulatória.

40. Mais grave, no entanto, é consagrar uma decisão subjetiva, que não se alicerça em fundamentos técnico-científicos. Adotar-se-ia uma solução pelo simples critério da comodidade, mesmo sendo reconhecida a sua incorreção.

III.4.3 - *O descabimento de tratamento desfavorável*

41. Nem se admite que o concessionário seja subordinado a tratamento desfavorável em virtude da alteração do método de avaliação de sua eficiência. Se o método adotado for incapaz de determinar se a variação de resultado decorreu de ampliação ou redução da eficiência, é vedado impor ao concessionário um tratamento mais desvantajoso.

III.4.4 - *A ampliação e correção das variáveis*

42. Portanto, a única alternativa reside na ampliação e correção das variáveis. É indispensável aperfeiçoar o método, de modo a assegurar uma avaliação mais precisa dos elementos da realidade.

IV - A violação à equação econômico-financeira

43. Outro obstáculo envolve a violação à equação econômico-financeira das concessões em vista da supressão da margem de lucro de 10% prevista por ocasião da prorrogação de 2012.

IV.1 - Os fatos verificados em 2012

44. Em 2012, por ocasião das prorrogações das concessões de transmissão, houve a atribuição de uma margem de lucro de 10% para assegurar a aceitação das antigas concessionárias.

IV.1.1 - A NT 383/2012-SRE/ANEEL

45. A NT 383/2012-SRE/ANEEL (de 24.10.2012) destinou-se a apresentar a contribuição da ANEEL à fixação da receita inicial das concessões de transmissão de energia elétrica.

46. O documento realizou uma série de análises e apresentou uma Tabela 11, atinente ao Cálculo da Receita Total de Transmissão. O valor estimado para a ora Consultente era de R\$468.746.520,31.

IV.1.2 - A manifestação da EPE

47. A Empresa de Pesquisa Energética – EPE apresentou a Nota Técnica DEA/DEE 01/12 (10.2012), para “*subsidiar o MME no processo de estabelecer um valor de remuneração (taxa de lucro) a ser incluído nas tarifas de prestação de serviços de operação e manutenção (O&M) de geração e transmissão das empresas de energia elétrica...*”.

48. Mais adiante, o documento contemplou a seguinte proposta:

“sugere-se para a consideração do MME a adoção de um valor de 10% como taxa de lucro a ser incluída nas tarifas de O&M das empresas prestadoras dos serviços de geração e transmissão de energia elétrica, no momento atual da renovação das suas concessões.

observa-se que tal valor, da ordem de grandeza do limite superior de aceitabilidade indicado pelo TCU, será objeto de reavaliação pela ANEEL no processo de revisão tarifária dos próximos anos”.

49. Na sua conclusão, encontra-se a seguinte ponderação:

“finalmente, a renovação das concessões de geração e transmissão imporá desafios de ajustes econômico-financeiros às empresas, sendo o valor considerado para a taxa de lucro um fator favorável à aceitação das condições de renovação propostas pelo órgão concedente. De outra forma, uma taxa de lucro relativamente baixa poderá induzir à não renovação, o que poderá afetar as reduções tarifárias antevistas pelo Governo”.

IV.1.3 - *A Portaria 579/2012-MME*

50. O MME editou, na sequência, a Portaria 579, de 31.10.2012, fixando a RAP inicial das concessões de transmissão de energia elétrica objeto de prorrogação fundada na MP 579.

51. O valor total reconhecido à ora Consultente foi de R\$515.621.172,35. Esse valor correspondia ao montante contemplado na NT 383/2012, acrescido de uma margem de 10% (excluídas algumas verbas).

IV.2 - *A incorporação implícita dos fundamentos*

52. O silêncio da Portaria 579/2012-MME quanto à existência e aos motivos do acréscimo é juridicamente irrelevante.

IV.2.1 - *A ausência de controvérsia sobre a inclusão da margem de lucro*

53. Não existe controvérsia sobre a adoção pela Portaria 579/2012, da margem de 10% sobre o valor encontrado pela ANEEL, correspondente aos custos atinentes a O&M dos serviços de transmissão.

IV.2.2 - *A existência da Nota Técnica da EPE*

54. Também é inquestionável que a Portaria 579 fundou-se na Nota Técnica da EPE.

IV.2.3 - *A RAP como valor resultante de parcelas distintas*

55. Mais ainda, a Portaria 579/2012 expressamente se reportou, no primeiro considerando, aos *“estudos ... que foram realizados pela Agência*

Nacional de Energia Elétrica – ANEEL e serviram de base para a definição das Receitas Anuais Permitidas – RAP...”.

56. Ora, os estudos realizados pela ANEEL resultaram em valores inferiores àqueles contemplados na referido Portaria. A adoção de valor superior para a RAP não se constituiu numa decisão aleatória. Os fundamentos contemplados na Nota Técnica da EPE se constituíram no alicerce para a decisão da autoridade ministerial.

57. A análise dos fatos torna evidente que o valor da RAP adotado na Portaria era resultante de um conjunto de parcelas, de modo a atingir valores fracionados inclusive em centavos. Essa circunstância evidencia que o montante da RAP era a soma de várias parcelas – entre as quais, encontrava-se a margem de lucro de 10%.

IV.2.4 - A incorporação das razões e propostas da EPE

58. Embora não tivesse aludido formalmente à Nota Técnica da EPE, a Portaria 579/2012 adotou integralmente as suas conclusões. Isso implica, de modo inafastável, a incorporação também de seus fundamentos. Portanto, as razões da EPE passaram a integrar a motivação da Portaria 579/2012.

IV.3 - A integração da margem de lucro na equação

59. A margem de lucro adotada na Portaria 579/2012 integrou-se na equação econômico-financeira da concessão.

IV.3.1 - As vantagens asseguradas ao concessionário

60. A equação econômico-financeira compreende todas as vantagens e todos os encargos assumidos por uma das partes por ocasião da pactuação de um contrato – ou de sua prorrogação, quando adotadas bases inovadoras para o relacionamento entre as partes.

IV.3.2 - A identificação da remuneração

61. O acréscimo não constava dos estudos da ANEEL, os quais tomaram em vista exclusivamente os custos estimados para Operação e Manutenção das Infraestruturas e Serviços de Transmissão. O acréscimo foi proposto pela EPE e aceito pelo Poder Concedente, por ocasião da fixação da RAP inicial.

62. A remuneração destinava-se a assegurar uma margem de lucro na exploração das atividades objeto da concessão.

IV.3.3 - A finalidade buscada: tornar viável o empreendimento

63. Segundo exposto no próprio documento da EPE, o acréscimo de 10% destinava-se a assegurar a viabilidade do empreendimento. Tal como se passa com todas as atividades econômicas, a margem de lucro se constitui em fator indispensável ao seu desenvolvimento.

IV.3.4 - Ainda a finalidade buscada: tornar o empreendimento atraente

64. Mais especificamente, o dito acréscimo foi proposto para tornar o empreendimento atraente para os investidores. A inexistência de margem de lucratividade se constituiria em desincentivo à prorrogação das concessões. O texto é expresso nesse sentido.

65. Portanto, houve o acréscimo de uma margem de 10% como forma de assegurar o lucro na exploração do empreendimento, visando influenciar a decisão dos antigos concessionários quanto à prorrogação.

IV.3.5 - A impossibilidade de suprimir a margem de lucro

66. A margem de lucro configurou-se, portanto, como uma vantagem essencial à formulação da decisão da concessionária quanto a aceitar a prorrogação. Entre os motivos da decisão de aceitar a prorrogação, encontrava-se a existência da margem de lucro.

67. Uma vez prevista a margem de lucro de 10% por ocasião da pactuação da prorrogação, incorporou-se ela na equação econômico-financeira e se tornou insuprimível por ato unilateral da autoridade reguladora ou do Poder Concedente.

IV.4 - A questão da qualidade: o prêmio pela disponibilidade das instalações

68. As considerações anteriores também se aplicam à questão da qualidade.

IV.4.1 - A composição da remuneração das concessionárias

69. Como visto, a remuneração das concessionárias, para fins de prorrogação antecipada das concessões, incluiu uma avaliação da qualidade, fundada na disponibilidade das instalações.

IV.4.2 - A integração na equação econômico-financeira

70. A composição da remuneração das concessionárias

incorporou essa parcela atinente à qualidade na prestação do serviço. Essa era uma vantagem assegurada às concessionárias, que integrava a metodologia de cálculo da sua Receita.

IV.4.3 - A proposta de eliminação dessa parcela

71. A proposta contemplada nas Notas Técnicas pretende suprimir a remuneração fundada na qualidade. Anote-se que não se trata simplesmente de alterar a metodologia de avaliação da qualidade.

IV.4.4 - Ainda a alteração da equação econômico-financeira

72. A proposta apresentada envolve, então, a alteração da composição da remuneração das concessionárias, com a eliminação de uma parcela que fora contemplada por ocasião da prorrogação das concessões. Essa modificação violaria as garantias constitucionais por eliminar uma vantagem que dava identidade à concessão, por ocasião da prorrogação.

IV.5 - Ainda a inalterabilidade das condições essenciais da avença

73. O contrato de concessão de serviço público comporta alterações, destinadas a assegurar a adequação do contrato. No entanto, há limites para a modificação de cláusulas essenciais.

IV.5.1 - A margem de lucro de 10% como condição essencial

74. A fixação de uma margem de lucro de 10% constituía-se em condição essencial do negócio, tal como expressamente reconhecido na nota técnica da EPE. Como já referido, a margem de lucro foi prevista para convencer as antigas concessionárias a concordar com a prorrogação da concessão.

75. Ou seja, a própria EPE reconhecia que, inexistindo a previsão da margem de lucro de 10%, as concessionárias não optariam pela prorrogação.

IV.5.2 - A alteração da identidade do negócio

76. A eliminação dos 10% configuraria alteração da identidade do próprio negócio. Significaria a eliminação da margem de lucro do concessionário sobre as atividades de O&M – o que tornaria o negócio não atraente.

IV.5.3 - A remuneração fundada na qualidade

77. Por outro lado, as concessionárias também orientaram a sua decisão de aceitar a prorrogação em vista da previsão de uma parcela remuneratória fixada em vista da qualidade do desempenho.

78. A disponibilidade das instalações representava um encargo para as concessionárias, mas o atingimento de padrões elevados de desempenho se traduzia em uma compensação remuneratória. As parcelas de composição da remuneração não podem ser suprimidas supervenientemente por decisão unilateral da autoridade pública.

IV.5.4 - A evidência do argumento: licitação

79. Uma simples comparação permite evidenciar a configuração de uma condição insuprimível do negócio. Suponha-se que, ao invés de ter ocorrido a prorrogação dos contratos examinados, tivesse existido uma licitação. Imagine-se que, por ocasião da instauração do certame, estivesse previsto que o concessionário teria direito a uma RAP contemplando margem de 10% de lucro sobre as atividades de O&M e que existiria uma parcela remuneratória fixada em vista da qualidade do desempenho. Ninguém ousaria negar que essas previsões integrariam a equação econômico-financeira do contrato, sendo inviável a sua supressão ao longo da concessão.

80. No exemplo da licitação, o aspecto fundamental reside nas condições ofertadas pelo Poder Público para o particular participar da disputa e assumir a condição de concessionário.

81. Não se passa diversamente na hipótese de prorrogação de concessão, quando as condições essenciais do negócio são redefinidas. A inexistência de licitação é irrelevante para o caso. O fundamental reside em que foi garantida ao concessionário uma margem de lucro de 10% - circunstância que fundamentou a sua decisão de aceitar as novas condições contratuais. Também foi prevista uma parcela remuneratória vinculada à qualidade de desempenho.

IV.5.5 - O efeito vinculante para as partes

82. As condições originais estabelecidas por ocasião da pactuação (ou da prorrogação inovadora) de uma concessão vinculam ambas as partes para o futuro. Essas vantagens, que são essenciais para a formulação da decisão do particular de participar ou não do contrato, tornam-se parte integrante da avença.

IV.6 - A tutela constitucional e infraconstitucional

83. É pacífico o entendimento de que os contratos

administrativos apresentam certas características diferenciais, entre as quais se encontra a intangibilidade da equação econômico-financeira.

IV.6.1 - A funcionalidade do contrato administrativo

84. Toda competência administrativa é instituída para promover o atendimento de finalidades de interesse coletivo. O contrato administrativo também é um meio de realizar esses fins transcendentes.

85. Pode-se aludir a uma “função social” do contrato administrativo para identificar a sua natureza instrumental.

IV.6.2 - O recurso à colaboração e ao patrimônio privado

86. Mas o contrato administrativo também se caracteriza pela conjugação de esforços e recursos patrimoniais entre o Estado e o sujeito privado. Isso significa que a realização dos interesses transcendentes e fundamentais depende não apenas da atuação isolada do Estado e da utilização dos recursos públicos.

IV.6.3 - A tutela ao patrimônio e aos direitos do particular

87. A função social do contrato administrativo não legitima nem autoriza a eliminação dos direitos do contratante privado. O sujeito privado é titular de direitos fundamentais, tutelados constitucionalmente. O Direito protege o particular contra o confisco de seu patrimônio e lhe garante a obtenção dos resultados financeiros previstos originalmente.

IV.7 - A concessão: investimentos, riscos e garantias

88. A concessão de serviço público é um contrato complexo, que impõe ao particular obrigações vultosas e o subordina a riscos relevantes, mediante garantias irredutíveis.

IV.7.1 - As obrigações assumidas

89. O concessionário, usualmente, tem a obrigação de aportar os investimentos necessários à implantação, ampliação e atualização de infraestruturas e de serviços. Esses desembolsos são realizados por conta do particular.

90. Ademais, o concessionário tem o dever de adotar todas as providências necessárias para prestar um serviço adequado. O conceito de serviço adequado é variável em face do tipo de empreendimento. Em alguns casos – como no setor elétrico -, o serviço adequado é aquele dotado do mais

elevado grau de segurança possível.

91. Ainda mais, o concessionário assume a obrigação de ampliar a eficiência na exploração do serviço. Isso envolve aumentar a rentabilidade dos ativos e reduzir os custos, de modo a produzir mais com menos.

IV.7.2 - Os riscos assumidos

92. Os riscos são distribuídos entre as partes segundo a sua capacitação para melhor geri-los. Em termos sumários, isso significa que todos os riscos relacionados com a exploração do empreendimento são atribuídos, usualmente, ao concessionário. O Poder Concedente assume os riscos que não comportam gerenciamento pelo concessionário.

IV.7.3 - Os direitos do concessionário

93. Em contrapartida, o concessionário tem direito a auferir uma remuneração calculada segundo critérios que permitam a amortização dos investimentos e a depreciação dos bens consumíveis durante o prazo contratual, com o acréscimo de uma remuneração correspondente à compensação pelo custo do capital aplicado.

IV.8 - A equação econômico-financeira

94. A concessão alicerça-se, então, sobre essa relação entre encargos e vantagens assumidos entre as partes, que é denominada de equação econômico-financeira.

IV.8.1 - A definição da equação econômico-financeira da concessão

95. Isso significa que, no momento inicial da contratação, são fixadas regras contratuais que asseguram uma relação específica e determinada entre as obrigações e os riscos atribuídos ao concessionário e as vantagens (especialmente aquelas relativas à remuneração) a ele reconhecidas.

IV.8.2 - A intangibilidade da equação econômico-financeira

96. Essa relação original entre encargos e vantagens é tutelada pelo Direito – tanto em nível constitucional, como infraconstitucional – durante a vigência do contrato.

97. Essa proteção assegura ao concessionário a preservação das condições originalmente previstas, vedando alterações supervenientes introduzidas pelo Estado.

IV.8.3 - A mutabilidade da concessão e a equação econômico-financeira

98. A intangibilidade da equação econômico-financeira não significa vedação à alteração das condições contratuais originais. Uma das características da concessão consiste precisamente na mutabilidade do serviço.

99. A intangibilidade da equação econômico-financeira assegura que as modificações nas condições do serviço serão compensadas por providências destinadas a recompor a relação original entre encargos e vantagens.

IV.9 - Equações estáticas e equações dinâmicas

100. É necessário diferenciar os contratos administrativos dotados de equação econômico-financeira estática daqueles em que a referida equação é dinâmica.

IV.9.1 - A equação econômico-financeira estática

101. Especialmente os contratos administrativos de colaboração – aqueles disciplinados pela Lei 8.666 – apresentam uma equação econômico-financeira estática. Isso significa a cristalização das vantagens asseguradas ao particular, sendo vedada a modificação em virtude de eventos que se enquadram nos riscos ordinários assumidos.

102. Esse modelo é compatível com contratos cujo objeto é delimitado a uma atividade predeterminada, com prazos relativamente curtos para execução e em que o Estado define unilateralmente as condições de execução da prestação devida.

IV.9.2 - A equação econômico-financeira dinâmica

103. Já os contratos de delegação – entre os quais se encontram as concessões de serviço público – passaram a prever uma equação econômico-financeira dinâmica.

104. Nesses casos, o contrato envolve a exploração de uma atividade por longo prazo, com margem relevante de autonomia empresarial para o particular. Admite-se que o contrato imponha ao particular a obrigação de ampliar a eficiência da exploração e se determina que os ganhos de produtividade serão transferidos para a remuneração dele.

105. Ademais, determina-se que a própria variação dos riscos ordinários, tal como verificados na realidade dos fatos, deve ser internalizada à

disciplina contratual.

IV.10 - Revisão ordinária e competência da autoridade reguladora

106. A autoridade reguladora independente é titular da competência para encaminhar a revisão ordinária, verificando os fatos ocorridos no período-base.

IV.10.1 - A finalidade da revisão ordinária

107. A revisão ordinária destina-se a adequar as condições da concessão à realidade, segundo princípios jurídicos fundamentais. Um desses princípios é a modicidade tarifária – mas não é o único.

108. Ou seja, a revisão ordinária não é norteadada **apenas** a promover a modicidade tarifária. A sua finalidade não é pura e simplesmente reduzir as tarifas, independentemente de qualquer circunstância e mediante a utilização de expedientes incompatíveis com a ordem jurídica.

109. A revisão ordinária pode conduzir à redução das tarifas, desde que evidenciada ser essa a solução justa e compatível com os pressupostos norteadores do contrato.

IV.10.2 - A discricionariedade técnica

110. A autoridade reguladora é investida de autonomia para adotar as soluções mais adequadas. Mas essa autonomia não se configura como discricionariedade no sentido próprio. Trata-se de adotar soluções fundadas no conhecimento técnico-científico.

IV.10.3 - A vedação à transmutação do objeto e das condições essenciais

111. A competência da autoridade reguladora para adotar uma solução fundada em pressupostos técnicos e econômicos não compreende o poder jurídico para transmutar o objeto do contrato ou as suas condições essenciais.

112. Ou seja, as condições originais dão identidade à contratação, o que impede a introdução de alterações que – se tivessem sido previstas originalmente – teriam afetado a decisão das partes ou de terceiros.

IV.10.4 - A vedação à supressão de direitos assegurados

113. Bem por isso, a revisão ordinária é delimitada pelos direitos assegurados ao concessionário, no momento inicial da concessão.

114. A dinamicidade da equação econômico-financeira não significa que a autoridade reguladora disponha de autonomia para eliminar direitos e garantias que foram essenciais para a contratação.

IV.10.5 - A vinculação a parâmetros objetivos predeterminados

115. Por outro lado, os parâmetros adotados na revisão ordinária devem ser predeterminados e objetivos, sendo vedado à autoridade reguladora eleger os indicadores que bem lhe aprouver, segundo um juízo de oportunidade.

116. Muito menos cabível é variar os parâmetros de modo a assegurar o atingimento de um resultado desfavorável ao concessionário. Isso se passa quando a autoridade reguladora escolhe os índices mais desfavoráveis à elevação das tarifas. Não é válida a decisão de afastar os índices que acarretarão o aumento da tarifa e adotar aqueles que produzem a sua redução. A discricionariedade técnica não é um poder jurídico outorgado para prejudicar o concessionário.

IV.10.6 - A escolha de parâmetros similares à situação concreta

117. Também é vedado promover comparação com situações distintas daquela que é objeto da revisão ordinária. A inexistência de similitude conduz à imprestabilidade do padrão de comparação escolhido.

IV.10.7 - A vinculação aos fatos

118. Enfim, a autoridade reguladora encontra-se vinculada aos fatos, na sua integralidade. É vedado ignorar a realidade, ainda que de modo parcial. Não é facultado segmentar a realidade e eleger para exame apenas os aspectos que são favoráveis a alguma tese preordenada da autoridade.

IV.11 - O caso concreto: a amplitude da revisão ordinária

119. Nem se contraponha que, no caso concreto, a revisão ordinária abarcaria a competência para revisar a margem de lucro assegurada e para determinar outros parâmetros para a remuneração do concessionário.

IV.11.1 - A avaliação da eficiência do concessionário

120. No processo de revisão ordinária, a autoridade reguladora investiga os custos do concessionário, para avaliar e incentivar a eficiência. Isso envolve examinar a organização do empreendimento e a gestão quanto aos fatores da produção. Mas não autoriza a redução das vantagens essenciais previstas por ocasião da contratação, inclusive no tocante às parcelas de

formação de sua remuneração.

IV.11.2 - A definição dos custos eficientes

121. A revisão ordinária busca determinar os custos eficientes do empreendimento. Essa avaliação não versa sobre a margem de lucro, nem pode alterar os elementos componentes da remuneração do concessionário.

V - Alguns tópicos específicos quanto à margem de lucro

122. Especificamente, a margem do lucro do particular não é objeto da revisão ordinária. Essa verba não integra propriamente as despesas diretas e indiretas necessárias à execução da atividade objeto do contrato.

V.1 - A questão do LDI

123. A correção do raciocínio não é desmentida nem mesmo pela figura do LDI (Lucros e Despesas Indiretas). Ainda que a fórmula abranja as “despesas indiretas”, o montante do lucro encontra-se segregado das demais verbas.

V.1.1 - A incidência da margem de lucro sobre as despesas

124. Ou seja, a margem de lucro incide sobre as despesas. Portanto, a variação da eficiência do concessionário no tocante ao empreendimento afeta o montante da remuneração final – não porque seja um custo, mas porque integra o valor correspondente à exploração do empreendimento. Mas não cabe alterar a margem de lucro **conforme** a variação da eficiência.

V.1.2 - A ausência de variação da margem de lucro

125. É evidente que o lucro será afetado pela eficiência reconhecida pelo órgão regulador. Afinal, sendo a lucratividade calculada como uma taxa sobre as despesas, o valor absoluto daquela dependerá do montante dessas. Mas a margem de lucro é um dado fundamental à equação econômico-financeira. Não pode ser alterada ao longo da concessão.

V.2 - Um entendimento equivocado: a ausência de limites para a revisão

126. Em suma, é um equívoco jurídico reputar que não existem limites para a revisão ordinária e que a autoridade reguladora disporia do poder jurídico para alterar radicalmente todas as parcelas da remuneração do concessionário.

V.2.1 - Condições contratuais e revisão ordinária

127. O contrato de concessão é pactuado, usualmente, por um longo prazo – no caso concreto, por trinta anos. As condições essenciais previstas, que norteiam a decisão do particular, envolvem o conjunto de vantagens e encargos assumidos.

128. A revisão ordinária, verificada a cada cinco anos, não implicar a eliminação das condições originalmente previstas e a sua substituição por outras – unilateralmente fixadas pelo Estado.

129. Somente inexistiriam limites para a revisão ordinária se fosse o caso de pactuar um novo contrato a cada cinco anos. Mas isso significaria o direito de o concessionário amortizar todos os seus investimentos e depreciar todos os seus bens e obter a integralidade da compensação por seu capital no prazo de cinco anos.

V.2.2 - A eliminação da segurança jurídica

130. Assim não o é. O concessionário assume obrigações de longo prazo, cuja viabilidade depende da estabilidade das condições essenciais do empreendimento. A substituição de todas as regras da concessão, a cada cinco anos, eliminaria a segurança jurídica, indispensável à participação da iniciativa privada em empreendimentos de interesse econômico geral.

131. Ou seja, nenhum sujeito privado dispor-se-ia a participar em uma concessão se fosse reconhecida a viabilidade de eliminação, depois de cinco anos, das vantagens a ele ofertadas originalmente.

V.2.3 - A “emboscada”: condições atrativas temporárias

132. Nesse cenário, as condições atrativas de um empreendimento seriam temporárias. O particular seria atraído a uma espécie de “emboscada”, mediante condições interessantes de contratação. No entanto, tais condições seriam suprimidas pela autoridade reguladora, depois de o concessionário ter assumido compromissos de longo prazo.

V.2.4 - A violação à moralidade administrativa

133. Esse tipo de conduta é incompatível com a moralidade administrativa. A autoridade reguladora está obrigada a adotar conduta norteada pela boa-fé em face do particular. Não é compatível com a disciplina constitucional que a eliminação de vantagens que tinham sido essenciais para

a aceitação da contratação por sua parte.

V.2.5 - O descabimento do argumento do “interesse público”

134. Não cabe nem mesmo argumentar que a eliminação de vantagens contratuais destina-se a permitir a redução das tarifas, o que propiciaria vantagens para a população em geral.

135. Esse argumento é incompatível com um Estado Democrático de Direito. A contratação administrativa contempla direitos e garantias para ambas as partes. Cada qual está obrigada a respeitar lealmente os direitos alheios. O interesse de reduzir tarifas não legitima a supressão de direitos assegurados ao concessionário.

V.3 - A ressalva da Nota Técnica da EPE

136. Nem caberia invocar a ressalva contida na Nota Técnica da EPE, quanto à competência da ANEEL para revisar o tema.

V.3.1 - O trecho relevante

137. O trecho relevante já foi acima transcrito, mas se encontra abaixo reproduzido:

“observa-se que tal valor, da ordem de grandeza do limite superior de aceitabilidade indicado pelo TCU, será objeto de reavaliação pela ANEEL no processo de revisão tarifária dos próximos anos”.

V.3.2 - A tese juridicamente equivocada

138. O entendimento contemplado na referida Nota Técnica é juridicamente equivocado. Pelos fundamentos acima já expostos, é vedado ao Estado reduzir a margem de lucro da atividade contratada.

V.3.3 - A tese da revisibilidade do valor

139. De qualquer forma, o texto adotou a tese da revisibilidade do valor, para adequação a parâmetros técnicos. Em momento algum, firmou o entendimento de que a ANEEL teria competência para **eliminar** a sua existência.

V.3.4 - A vinculação aos parâmetros praticados pelo TCU

140. Ou seja, considerou que o montante seria alterável em revisões posteriores, tomando em vista os parâmetros reputados adequados em vista da natureza da atividade. Tratava-se, em especial, da orientação do TCU.

V.3.5 - O descabimento de juízo de conveniência e oportunidade

141. Ou seja, a variação no tocante à margem de lucro não

envolvia uma avaliação discricionária, fundada em juízo de conveniência e oportunidade.

V.3.6 - *O exercício do juízo de discricionariedade técnica*

142. Mais ainda, existia o exercício de um juízo de discricionariedade técnica, no tocante à necessidade de garantir lucratividade ao concessionário. A eventual variação da margem de lucro não compreendia o poder para suprimir o direito de o concessionário obter o lucro.

VI - A violação ao princípio da segurança jurídica

143. Sob outro prisma, a substituição radical da metodologia de avaliação da eficiência configura violação à segurança jurídica. A questão se relaciona com a escolha do parâmetro do terceiro quartil das informações para a avaliação da eficiência.

VI.1 - O modelo proposto na NT 383/2012

144. Como visto, a NT 382 considerava os fatores relacionados com a qualidade e com a eficiência para a fixação da remuneração das concessionárias.

VI.2 - O modelo proposto na NT 160

145. A NT 160 adotou uma solução muito distinta, eliminando o parâmetro da qualidade.

VI.2.1 - O trecho relevante da NT 160

146. A questão foi referida de passagem na NT 160, em trecho que exige nova reprodução:

“65. (...) Uma tônica que vem sido adotada pela Aneel para diversos componentes do cálculo tarifário, seja no segmento de transmissão ou de distribuição, é o estabelecimento de uma referência regulatória e a possibilidade de as empresas auferirem receita adicional caso tenham apresentado desempenho superior ao exigido pelo regulador.

66. Assim, dentro dessa premissa, buscando potencializar o incentivo à busca das melhores práticas de operação e manutenção, propomos que as eficiências estimadas pelo modelo DEA sejam normalizadas pelo terceiro quartil do conjunto de resultados (77,35 %)”.

147. Mas essa determinação foi alterada pela NT 164, que passou a contemplar uma percentual de 85,90% para o terceiro quartil do conjunto de resultados (item 19).

VI.2.2 - A solução adotada e seus efeitos

148. No caso, houve a divisão do escore da empresa pelo terceiro quartil da amostra. O resultado ajustado foi um aumento relativo de 16,4% nos escores de todas as empresas. Isso resultou num aumento absoluto máximo de 15 pontos percentuais e médio de 10 pontos percentuais.

VI.3 - A segurança jurídica como requisito da atividade regulatória

149. Como já se afirmou, os modelos regulatórios apresentam virtudes e defeitos. Mas há um requisito indispensável à existência da regulação, que consiste na segurança e na previsibilidade.

VI.3.1 - A regulação como uma atividade de orientação

150. Assim se passa porque a regulação estatal consiste essencialmente numa atividade de orientação, por meio da qual o Estado induz os agentes econômicos a adotarem práticas reputadas como social e economicamente desejáveis.

151. Os agentes econômicos organizam a sua atuação de modo conforme com os incentivos positivos e negativos contemplados na regulação estatal.

VI.3.2 - A inovação radical e seus efeitos nocivos

152. A inovação radical da regulação, que contradiga os incentivos positivos e negativos anteriormente consagrados, não apenas surpreende o setor regulado.

153. Mais do que isso, a contradição inovadora acarreta a frustração dos esforços realizados pelos agentes econômicos. A organização por eles adotada se revela como ineficiente, eis que foi orientada a atingir resultados distintos daqueles posteriormente consagrados.

154. Como decorrência, produz-se a desorganização do setor, eis que os incentivos negativos e positivos são distribuídos de modo aleatório. Isso acarreta a perda da confiança dos agentes econômicos na autoridade reguladora e propicia a redução da eficiência dos incentivos positivos e negativos inerentes à atividade regulatória.

VI.4 - A mutabilidade da regulação

155. É evidente que a regulação não pode ser estática e imutável. Compreende alterações e aperfeiçoamentos, de modo contínuo.

VI.4.1 - O respeito à confiança legítima dos regulados

156. Mas não se admite a alteração radical e revolucionária da regulação, quando isso configurar uma contradição com as orientações consagradas em momento anterior.

157. Assim se passa porque as medidas adotadas pela autoridade reguladora dão origem a uma confiança legítima dos agentes econômicos. Os sujeitos aplicam os seus recursos e esforços para atingir os resultados pretendidos, inclusive para fazer jus aos benefícios previstos no modelo anterior.

VI.4.2 - A tutela jurídica à confiança legítima

158. A confiança legítima do particular na autoridade pública é uma decorrência do modelo de Estado Democrático de Direito.

159. Não se trata de tutelar percepções arbitrárias, criadas pela imaginação do particular. A proteção ao sujeito privado decorre da conduta específica e determinada adotada pela autoridade pública, orientada a influir sobre as decisões dos particulares. A confiança legítima é aquela resultante de condutas objetivas da autoridade pública, que refletem a adoção de orientações para o presente e para o futuro.

VI.4.3 - A necessidade de sinalização prévia

160. Por isso, é indispensável que a autoridade reguladora sinalize previamente a sua intenção de introduzir alterações relevantes na regulação. Isso permitirá que os agentes econômicos adaptem-se ao novo modelo.

VI.5 - A vedação ao efeito retroativo da nova regulação

161. Em qualquer caso, é juridicamente vedado atribuir à regulação uma eficácia retroativa.

VI.5.1 - Ainda a garantia constitucional

162. O art. 5º, inc. XXXVI, da CF/88 proíbe a aplicação retroativa da lei posterior. Há um direito fundamental à segurança jurídica no tocante à disciplina jurídica dos atos futuros.

VI.5.2 - A aplicação aos atos administrativos

163. A garantia constitucional aplica-se não apenas ao âmbito legislativo. Também os atos administrativos se subordinam ao limite da irretroatividade.

VI.5.3 - A vedação à atribuição de eficácia inovadora aos atos pretéritos

164. Uma modalidade específica de retroatividade do ato normativo consiste em atribuir a atos ocorridos no passado uma eficácia inovadora e surpreendente. Essa inovação é especialmente reprovável quando se atribui um efeito negativo para o sujeito.

165. Um exemplo permite compreender o enfoque exposto. Suponha-se que exista uma regra estabelecendo tolerância de quinze minutos para a chegada do servidor público ao serviço. Imagine-se que, depois de alguns anos, seja editada uma norma prevendo que todos os servidores que usufruíram da regra de tolerância estarão inabilitados para promoção por merecimento. Uma determinação dessa ordem será inconstitucional. Anote-se que essa inovação normativa destina-se a dispor para o futuro. Mas o problema reside em que a disciplina prevista para o futuro será fundamentada em eventos consumados no passado. Isso impede que o sujeito adote providências destinadas a impedir a incidência do regime negativo. Então, o sujeito sofrerá um tratamento negativo por razões jurídicas não previstas à época em que os atos ocorreram.

VI.6 - O caso concreto: a adoção de soluções inovadoras

166. No caso concreto, há proposta de alteração radical das premissas relativas ao “DEA”, com premissas substancialmente diversas daquelas contempladas na Nota Técnica 383/2012.

VI.6.1 - Os novos critérios de identificação da eficiência

167. A proposta adota critérios distintos para determinar a eficiência da atuação dos concessionários. O tratamento mais benéfico ou mais oneroso para os concessionários, durante os próximos cinco anos, tomará em vista indicadores que nunca tinham sido cogitados até então.

VI.6.2 - A atribuição de eficácia futura a fatos anteriores não relevantes

168. Portanto, haverá a violação à confiança legítima das concessionárias e a produção de efeito retroativo da disciplina regulatória. As concessionárias serão submetidas a um tratamento jurídico surpreendente, que lhes imputará uma qualificação de “eficiência” ou de “ineficiência” por condutas que, à época da ocorrência, não eram juridicamente qualificadas para tanto.

VI.7 - A invalidade da inovação

169. A inovação proposta é inválida por infringir a tutela constitucional à confiança legítima e configurar eficácia retroativa da lei nova, para atribuir para o futuro efeitos nocivos a atos consumados em momento anterior.

VI.8 - O caso concreto: a alteração do conceito de eficiência

170. No caso concreto, a inovação pretendida é inválida não porque contempla a alteração da disciplina regulatória. O problema fundamental é a modificação do próprio conceito de eficiência e a submissão das empresas a efeitos de fatos ocorridos no passado e insuscetíveis de modificação.

VI.8.1 - A qualificação a partir do passado

171. O mais grave, no entanto, reside na **impossibilidade** de as empresas se adaptarem à nova disciplina regulatória. A qualificação quanto à sua eficiência tomará por base a sua atuação nos cinco anos anteriores – período em que a eficiência era qualificada juridicamente segundo critério distinto.

VI.8.2 - A violação ao princípio da anterioridade

172. Portanto, a proposta de regulação examinada padece de defeito jurídico insuperável, consistente na violação ao princípio da anterioridade. Ainda que o mandamento da norma inovadora disponha sobre o futuro, a sua hipótese de incidência consiste na descrição dos fatos passados, consumados e acabados.

VI.9 - A violação à discricionariedade técnica

173. Mas a inovação é inválida também por violação à discricionariedade técnica.

VI.9.1 - A ausência de fundamentação lógico-científica

174. A NT 160 não apontou qualquer fundamento para a escolha dos novos parâmetros, especialmente aquela relacionada ao terceiro quartil. Tratou-se de solução subjetiva, o que é suficiente para retirar a sua validade.

VI.9.2 - A relevância essencial da questão

175. A questão é essencial porque a adoção de outro critério produziria resultados radicalmente distintos. Ou seja, a eleição do terceiro quartil afeta radicalmente as conclusões, sem existir um motivo lógico-jurídico ou

técnico-científico para a sua adoção.

176. Como não existe um fundamento lógico-científico para optar pelo terceiro quartil, a racionalidade da metodologia deixou de existir. A solução proposta não apresenta respaldo jurídico.

VI.9.3 - *Um conceito arbitrário de eficiência*

177. Em suma, foi adotado um conceito arbitrário de eficiência, fundado em uma opção voluntarista, cujo efeito prático reside em negar eficiência à generalidade das empresas e reduzir radicalmente a sua receita.

VII - A inclusão de concessionárias não comparáveis

178. Outro problema relevante consiste na comparação com as novas linhas de transmissão.

VII.1 - A comparação com as novas concessões

179. A NT 160 pretende avaliar a eficiência das antigas concessões estabelecendo comparação que compreende os dados pertinentes às novas.

VII.1.1 - O trecho relevante da NT 160

180. A NT 160 elaborou cálculo comparativo entre os resultados obtidos e aqueles atinentes às instalações de transmissão que entraram em operação comercial de 1º.1.2013:

“47. Outro aprimoramento da metodologia proposta em relação àquelas utilizadas em processos tarifários anteriores consiste na inclusão das concessionárias oriundas exclusivamente de processos licitatórios no conjunto de amostras utilizadas para o estudo de benchmarking.

48. Em simulações preliminares, entretanto, foram observadas grandes discrepâncias entre os índices de eficiência atribuídos às concessionárias licitadas e aqueles atribuídos às concessionárias não licitadas: os índices de eficiência estimados para as concessionárias licitadas mostraram-se significativamente superiores aos estimados para as concessionárias existentes quando da publicação da Lei nº 8.987, de 1995”.

VII.1.2 - A solução adotada na própria NT 160

181. A própria NT 160 admitiu que a distinção poderia resultar de razões alheias à eficiência de gestão:

“50. Sob essa premissa, a discrepância de eficiência observada não seria resultado exclusivamente de uma melhor gestão, mas sim da ausência de um segmento importante de atividades operacionais no âmbito da SPE. Haveria,

portanto, dificuldades de comparabilidade entre agentes dessas duas categorias”.

182. Daí a solução adotada, consistente em agrupar as empresas em *holdings*:

“51. Para minimizar os efeitos dessa eventual alocação de custos das SPE em suas acionistas de maior porte, a partir da análise de composições societárias e de interações com a Superintendência de Fiscalização dos Serviços de Eletricidade – SFE, as empresas foram agrupadas em Holdings e estas, por sua vez, passaram a compor o grupo de amostras comparadas por meio do modelo DEA, em substituição às SPE individualizadas. Nesse caso não haveria problema de alocação de custos porque a empresa ‘Holding’ englobaria todos os custos, bem como todos ativos físicos de suas subsidiárias”.

VII.2 - As diferenças de custos entre os dois grupos

183. As novas concessões apresentam características distintas daquelas que foram objeto da renovação de 2012.

VII.2.1 - A impossibilidade de cotejar a eficiência entre os dois grupos

184. As novas concessões têm objeto inconfundível com as antigas. Há distinções no tocante à área física de atuação, diferenças quanto à penetração urbana, variações quanto à qualidade e idade média dos equipamentos e muitas outras peculiaridades.

VII.2.2 - Os custos mais reduzidos das novas concessões

185. Essas circunstâncias conduzem à potencial redução de custos das novas concessões.

VII.3 - As distorções da comparação: o padrão incabível

186. O ponto fundamental reside na vedação a incluir o padrão de desempenho das novas concessionárias na avaliação da eficiência das antigas.

VII.3.1 - A proposta de *holdings* imaginárias

187. A NT 160 propôs que a situação fosse enfrentada mediante o tratamento conjunto de novas e antigas concessões, tal como se existissem *holdings*.

VII.3.2 - O sujeito inexistente

188. Englobar diversas concessões (antigas e novas) numa mesma posição, como se se tratasse de uma *holding*, é uma criação da ANEEL, que não existe no mundo concreto. Essa solução artificial não encontra respaldo no direito, nem nos fatos.

VII.3.3 - *A introdução da comparação entre situações diversas*

189. Mais grave do que isso é a introdução dos parâmetros de eficiência dos novos empreendimentos para avaliar os antigos. Produz-se uma espécie de somatório de elementos, o que afeta o resultado final.

190. Como a avaliação de eficiência das novas concessões conduz a parâmetros mais elevados, isso gera efeitos distorcidos no cotejo com as antigas concessões. Produz-se uma espécie de média aritmética que distorce os resultados de modo inevitável.

VII.4 - *A contradição lógica com a finalidade adotada*

191. A questão envolve ainda uma contradição lógica com a proposta adotada pela ANEEL relativamente à revisão ordinária.

VII.4.1 - *Ainda a comparação entre as empresas sujeitas à revisão*

192. A ANEEL afirmou que a finalidade buscada consiste em determinar a eficiência pela comparação das diversas empresas sujeitas ao processo de revisão ordinária.

VII.4.2 - *A inclusão de elementos de empresas não sujeitas à revisão*

193. Ocorre que a consideração à performance das empresas não sujeitas à revisão ordinária afeta o padrão de comparação. Então, a determinação da eficiência fundar-se-á parcialmente no desempenho de terceiras empresas, não sujeitas à revisão, bem como de empresas que não existem.

VII.5 - *A infração à isonomia*

194. Essa solução infringe a isonomia, porque implica adotar tratamento comparativo tomando por base situações distintas e incomparáveis entre si.

195. Ou seja, será adotado tratamento diferenciado entre sujeitos distintos, mas tomando por base não as diferenças entre eles. A diferenciação será fundada em atributos apresentados por outros sujeitos, que não estão sob julgamento.

VIII - Os resultados práticos

196. Os resultados práticos da metodologia proposta conduzem a uma redução radical dos chamados “custos operacionais eficientes”.

VIII.1 - A confirmação das distorções pelos resultados

197. Os defeitos da metodologia proposta se evidenciaram nos resultados produzidos.

VIII.1.1 - Os escores ajustados das empresas

198. Tomando em vista as nove empresas avaliadas pela ANEEL, somente duas tiveram escores ajustados superiores a 100%. A CEMIG-GT teve um escore ajustado de 106,3% e a ora Consultante atingiu a 104,1%. Todas as demais tiveram um resultado inferior a 100%.

VIII.1.2 - A variação do Custo Operacional Regulatório

199. No entanto, a situação quanto à Receita de O&M evidenciou-se com perdas ainda mais graves. No conjunto das empresas, os Custos Operacionais de 2016 atingiram a R\$5.092.783,90. Os Custos Operacionais Regulatórios atuais montaram a R\$3.896.349,69. E os Custos Regulatórios propostos, a partir dos critérios da NT 164/2017, seriam de R\$3.018.888,05.

VIII.2 - O controle de cálculos estatísticos

200. Os cálculos estatísticos são procedimentos válidos para o tratamento de variáveis fáticas. No entanto, a sua utilização deve observar padrões de cautela.

VIII.2.1 - A impossibilidade de confundir a realidade com os números

201. A representação numérica propiciada pela estatística não se confunde com os fatos. A complexidade do mundo real é atenuada pela utilização de fórmulas. Mas isso se faz com o risco de distorções sérias quanto à correção das soluções adotadas.

VIII.2.2 - A escolha das fórmulas e das variáveis

202. A escolha das fórmulas e das variáveis envolve uma escolha do operador. Cada fórmula e cada variável acentua um aspecto da realidade. Como decorrência, cada solução adotada pode produzir resultados muito distintos – todos eles respaldados pela matemática.

VIII.2.3 - A preponderância da realidade sobre as abstrações

203. Os procedimentos estatísticos exigem grande cautela. A fixação de parâmetros abstratos, resultantes de escolhas subjetivas, pode apresentar uma aparência de racionalidade. No entanto, os procedimentos estatísticos podem resultar em disparates, que se tornam evidentes pela

comparação dos resultados com a realidade dos fatos.

204. É imperioso cotejar o resultado das operações estatísticas com os efeitos práticos resultantes. A constatação de que o resultado é absurdo impõe a revisão dos métodos e soluções propostas.

VIII.3 - O caso concreto

205. No caso concreto, a metodologia proposta, destinada a comparar cada empresa com aquela considerada mais eficiente, conduziu ao resultado prático de que **nenhuma** empresa existente seria eficiente. Ou seja, a aplicação do procedimento proposto nas NTs 160 e 164 resultaria na redução significativa da remuneração de todas as empresas, tomando por base os critérios adotados até o presente.

206. Essa solução é incompatível com a lógica, com a experiência dos fatos e com a segurança jurídica. O modelo proposto apresenta distorções inegáveis, o que não pode ser superado pela mera invocação da competência regulatória para escolher a metodologia que melhor lhe aprouver.

IX - O risco da configuração de desvio de finalidade

207. A análise da metodologia proposta induz a possibilidade de configuração de desvio de finalidade no processo de revisão tarifária.

IX.1 - O instituto do desvio de finalidade

208. O desvio de finalidade consiste num defeito do ato administrativo, que é apto a ocorrer especialmente nas hipóteses de competência discricionária.

IX.1.1 - O exercício de competência própria

209. O desvio de finalidade apenas se verifica nas hipóteses em que a autoridade administrativa exercita uma competência de que é titular.

IX.1.2 - A falha: a finalidade buscada

210. Verifica-se o desvio de finalidade quando a autoridade se vale dessa competência para atingir um fim distinto daquele que norteou a atribuição da dita competência.

IX.1.3 - O conflito entre a finalidade teórica e o fim prático da autoridade

211. No desvio de finalidade, configura-se um conflito entre a finalidade teórica de uma certa competência e o fim prático buscado pela autoridade. O defeito reside em que a autoridade se vale de sua competência

para realizar um fim concreto que não está compreendido nessa competência.

IX.1.4 - O fundamento jurídico da invalidade

212. A invalidade por desvio de finalidade decorre da frustração de garantias asseguradas ao interessado, caso a autoridade se valesse da competência apropriada.

213. O problema fundamental do desvio de finalidade reside em que, ao invocar a competência de modo inadequado, a autoridade deixa de observar limites e restrições que impediriam o atingimento de determinado resultado.

IX.1.5 - O instituto do desvio de procedimento

214. O defeito da atuação administrativa é ainda mais grave quando o desvio de finalidade acarreta a ausência de adoção de um procedimento formal, destinado a proteger os direitos e interesses do administrado.

IX.2 - A situação concreta

215. No caso concreto, a ANEEL dispõe de competência para promover a revisão tarifária ordinária. Mas há evidências de que a finalidade concreta buscada é a redução tarifária.

IX.2.1 - A finalidade da competência atribuída

216. A competência para a revisão ordinária envolve a avaliação da eficiência no desempenho da atividade concedida. A finalidade buscada é incentivar a gestão mais adequada, de modo a obter benefícios tarifários.

IX.2.2 - A finalidade buscada não é a redução tarifária pura e simples

217. Mas a finalidade a ser buscada não é a redução tarifária pura e simples. Não se trata de diminuir as tarifas **sem** justificativa, **sem** atuação ineficiente.

IX.2.3 - A competência para reduzir tarifas

218. Anote-se que a autoridade reguladora dispõe de competência para reduzir as tarifas, se as reputar excessivas. Isso envolve, no entanto, um conjunto de garantias para o concessionário, inclusive de natureza procedimental.

219. A redução tarifária depende da adoção de providências destinadas a compensar o concessionário e a reequilibrar a concessão. É

imperiosa a redução de seus encargos e (ou) a ampliação de seus benefícios. E isso deve observar um processo administrativo norteado pela ampla defesa e pelo contraditório.

IX.2.4 - A adoção de critérios para justificar a redução tarifária

220. Adotar critérios destituídos de fundamento técnico-científico, de modo a produzir um resultado de ineficiência, configura desvio de finalidade. Assim se passa porque a autoridade vale-se da competência para a revisão ordinária para fim distinto daquele a que ela se norteia.

221. A decisão regulatória de reduzir tarifas, por reputá-las excessivas, necessita ser definida de modo claro e preciso. Na sequência, é indispensável promover um processo administrativo. A decisão final deve ser acompanhada das medidas compensatórias adequadas.

X - Conclusão

222. Em face dos pressupostos acima alinhados, apresento as seguintes respostas para os quesitos formulados.

a) *A ANEEL dispõe de autonomia ilimitada para alterar radicalmente as concessões de transmissão de energia elétrica, durante o processo de revisão ordinária?*

Resposta: Não. A concessão de serviço público de transmissão de energia elétrica, pactuada pelo prazo de trinta anos, contempla uma relação entre vantagens e encargos para ambas as partes. Embora a concessionária tenha o dever de ampliar a eficiência de sua exploração, daí não se segue que a cada cinco anos haja a pactuação de um novo contrato, com regras determinadas unilateralmente pela Agência Reguladora. Pode-se aludir a uma equação econômico-financeira dinâmica para indicar a possibilidade de variação do conteúdo e da extensão de direitos e obrigações, a partir da avaliação dos dados da realidade. Há uma margem de discricionariedade técnica, mas a autoridade reguladora está obrigada a respeitar os direitos e garantias que dão identidade à contratação, tal como originalmente celebrada ou como previsto no contrato prorrogado.

b) *A previsão de uma margem de lucro de 10% para atividades de O&M, relativamente às concessões de transmissão de energia elétrica prorrogadas com base na MP 579/2012, integrou-se na equação econômico-financeira das concessões?*

Resposta: **Sim. Tratou-se de vantagem prevista como indispensável para assegurar a atratividade do negócio e convencer os então concessionários a aderir à proposta de prorrogação do contrato. Foi reconhecido formalmente por órgão governamental que uma margem de lucro dessa ordem era indispensável para tornar a prorrogação viável.**

c) *A competência da ANEEL para promover a revisão ordinária das concessões de transmissão de energia elétrica prorrogadas com base na MP 579/2012 compreende o poder jurídico para eliminar a margem de lucro de 10%, referida no quesito anterior?*

Resposta: **Não. A ANEEL não foi investida de competência de reconfigurar radicalmente a concessão, por ocasião da revisão ordinária. No bojo desse processo, cabe-lhe apurar a eficiência na exploração dos recursos econômicos e na prestação do serviço público. A margem de lucro assegurada por ocasião da prorrogação não se enquadra no âmbito da exploração dos recursos econômicos. Essa remuneração não se integra no conceito de eficiência da prestação do serviço concedido, eis que se trata de uma verba destinada a assegurar a atratividade do negócio. O regime jurídico dos contratos administrativos impede que a autoridade reguladora elimine a margem de lucro assegurada por ocasião da contratação (ou da prorrogação contratual, quando ocorrentes modificações significativas). Essa margem de lucro integra a equação econômico-financeira da concessão e dá identidade ao contrato, o que implica ausência de competência da autoridade pública para promover unilateralmente a sua supressão ou modificação.**

d) *A composição da remuneração das concessionárias, prevista por ocasião da prorrogação das concessões, inclusive prevendo uma parcela fundada em critério de qualidade, pode ser alterada por ocasião da revisão ordinária?*

Resposta: **Não.** O desempenho qualitativamente satisfatório foi um dos fatores para a determinação da RAP das concessionárias, por ocasião da prorrogação de 2012. Essa parcela remuneratória integrou-se na equação econômico-financeira da concessão e não pode ser eliminada nas revisões ordinárias subsequentes.

e) *A metodologia proposta na NT 160/2017 - SRM-ANEEL (alterada posteriormente pela NT 164) apresenta defeitos reconhecidos e confessados?*

Resposta: **Sim.** A própria NT 160/2017 apontou a existência de uma pluralidade de defeitos e insuficiências, que conduzem à inadequação da metodologia adotada. Mais precisamente, essas insuficiências acarretam a necessidade de decisões subjetivas da autoridade reguladora, adotadas segundo um senso comum e potencialmente aptas a gerar danos ao patrimônio das concessionárias. Tais inovações não encontram respaldo no conhecimento técnico-científico, configurando uma decisão voluntarista e subjetiva. Esses defeitos são especialmente graves porque envolvem a ausência de aptidão da metodologia para avaliar a variação de eficiência no desempenho das empresas a partir de 2012. Portanto, há uma proposta de ajustes de remuneração, destinada a refletir a variação da eficiência das empresas, mas que não é adequada para apurar tal variação.

f) *A metodologia proposta na NT 160/2017/SRM-ANEEL (alterada posteriormente pela NT 164) adota solução válida ao submeter os resultados de cada empresa com o terceiro quartil dos resultados?*

Resposta: **Não.** Em primeiro lugar, essa solução configura uma inovação regulatória violadora do princípio da anterioridade porque submete a remuneração futura das empresas a um cálculo fundamentado em eventos do passado. Em segundo lugar, a solução viola o princípio

da segurança jurídica porque acarreta a alteração radical do próprio conceito de eficiência, tal como avaliado até então. Se a autoridade reguladora pretendia adotar uma inovação dessa ordem, cabia-lhe anunciar previamente às empresas, de modo a permitir que elas adotassem procedimentos compatíveis com a nova metodologia. Em terceiro lugar, a solução é destituída de qualquer fundamento lógico-jurídico ou técnico-científico, fundando-se numa opinião subjetiva do agente público. Não existe um padrão, um precedente ou qualquer fundamento que dê respaldo à escolha, o que infringe os limites da discricionariedade técnica.

g) *A metodologia proposta na NT 160/2017/SRM-ANEEL (alterada posteriormente pela NT 164) adota solução válida ao incluir no âmbito da avaliação da eficiência das antigas concessionárias os dados pertinentes às novas, inclusive mediante a hipotética consideração de holdings?*

Resposta: **Não. As concessões prorrogadas em 2012 têm um perfil de desempenho incomparável com as novas concessões. Há variações notáveis, que conduzem à redução dos custos das concessões licitadas mais recentemente. A inclusão dos dados atinentes ao desempenho de tais novas concessões conduz à desnaturação da avaliação da eficiência das antigas. Esse resultado é ainda menos defensável em vista do procedimento de considerar *holdings* que, na quase totalidade dos casos, são inexistentes. Isso gera uma realidade artificialmente produzida pela autoridade reguladora, que não reflete a realidade dos fatos.**

h) *É possível alterar radicalmente o critério de apuração do prêmio pela qualidade, até então fundado em indicadores objetivos de desempenho da companhia, e que será substituído, conforme previsto nas Notas Técnicas, por um ajuste arbitrário e indiscriminado pelos escores de eficiência do terceiro quartil?*

Resposta: **Não. A alteração viola tanto a exigência de confiança legítima como a vedação ao efeito retroativo da norma superveniente. Essa modificação sujeitará as companhias a tratamento inovador, fundado em fatores irrelevantes à época de sua ocorrência. Além**

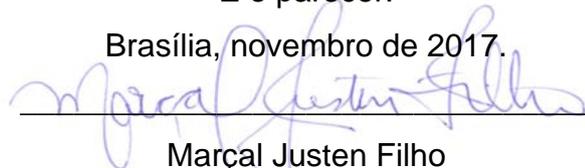
disso, a escolha dos escores de eficiência do terceiro quartil não é respaldada em critério específico, técnico ou científico, nem foi motivada em razões de qualquer ordem.

i) *Os resultados práticos produzidos pelo método evidenciam a existência de distorções contrárias à lógica dos pressupostos jurídicos e da realidade?*

Resposta: **Sim. A imposição de nova metodologia pela ANEEL para situações já consolidadas conduziria ao resultado da ineficiência da totalidade das empresas. O resultado seria diverso se houvesse avaliação segundo o modelo até então vigente. É fundamental sublinhar que a nova metodologia proposta estabelece um modelo de comparação que ignora as diferenças existentes. Quando menos, o modelo proposto não reflete as diferenças apontadas. Além disso, adotar um modelo que resulta na ineficiência de todas as empresas e que redunde na redução de todas as tarifas somente pode ser admitido mediante uma avaliação concreta específica – nunca mediante a eleição de critérios estatísticos questionáveis e, em grande parte, escolhidos sem fundamento técnico-científico e/ou jurídico.**

É o parecer.

Brasília, novembro de 2017.



Marçal Justen Filho

Doutor em Direito

OAB/PR 7.468