

**AGÊNCIA REGULADORA DE SANEAMENTO E ENERGIA
DO ESTADO DE SÃO PAULO - ARSESP**

AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 002/2014

**METODOLOGIA A SER UTILIZADA NO PROCESSO DE
REVISÃO TARIFÁRIA DAS CONCESSIONÁRIAS
DE GÁS CANALIZADO**

**ASPECTOS LEGAIS SOBRE A MANUTENÇÃO DA METODOLOGIA E
SISTEMÁTICA DE REVISÃO TARIFÁRIA
VINCULADAS AO EDITAL E PERÍODO DE CONCESSÃO**

**Prof. Dr. Renato Poltronieri
Novembro 2014**

1 - O CONTRATO

O Contrato de concessão de prestação do serviço público de distribuição de gás no Estado de São Paulo foi firmado concomitantemente ao processo de venda do controle acionário e respectivos ativos da empresa Comgás.

O Contrato de concessão, vinculado à venda dos ativos da Comgás, prevê claramente que o cálculo da rentabilidade da futura concessionária privada do serviço público, elemento da margem de distribuição, levará em consideração sua base de ativos, obrigatoriamente vinculados à assunção e execução do Contrato de concessão licitado.

A base de ativos na época da privatização (venda do controle acionário e ativos da Comgás) foi parametrizada e definida como o Valor Econômico Mínimo ("VEM") para realização do leilão. O VEM, portanto, foi fixado e vinculado ao contrato de concessão pelo poder concedente na época. **Trata-se de verdadeiro "CONTRATO DE ADESAO" para o ente privado.**

2 - O EDITAL

O edital de privatização da Comgás e Concessão do serviço público previu expressamente, como uma das bases de garantia do equilíbrio econômico-financeiro do futuro contrato, que eventual diferença entre o Valor da Base de Ativos ("VBA") da futura concessionária e o VEM não prejudicaria em termos reais as margens da concessionária.

Esse tema foi tratado expressamente pelo ente licitante na época, na fase de esclarecimentos, sendo que todas as respostas aos pedidos de esclarecimentos passaram a integrar o Edital de leilão e respectivo Contrato de concessão. Assim, esse equilíbrio e respectiva metodologia, vinculam as partes, especialmente o próprio poder concedente e a agência reguladora (princípio da vinculação ao Edital).

3 - IMPOSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO

Além de estar vinculada pelo contrato e pelo Edital, o Poder Concedente ou mesmo o ente regulador não podem alterar as condições da licitação e disputa feita à época e o equilíbrio estipulado no momento da oferta das ações e concessão dos serviços, soberanamente ajustadas a provadas pelos entes de fiscalização de contratos públicos, notadamente o Tribunal de Contas do Estado; Seja pela violação da legalidade contratada (com responsabilização direta da pessoa física do Agente Público que causar esse prejuízo aos cofres públicos e consumidores); Seja pela quebra da segurança jurídica contratual e respeito aos atos jurídicos perfeitos praticados e já prescritos, legalmente, pelo decurso do tempo.

4 - EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

Eventual alteração na metodologia de revisão tarifária, prevista contratualmente e já utilizada nos dois períodos anteriores (ciclos quinquenais) objeto de revisão tarifária constitui verdadeiro fato do Príncipe (ou "Tirano"), superveniente, irresistível e injustificável, conferindo à Concessionária o (i) direito de rever e diminuir proporcionalmente suas obrigações, até que seja restabelecida relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração, e (ii) o direito de cobrar e se ressarcir financeiramente pelos prejuízos e desequilíbrio econômico que forem apurados. Tudo para a justa remuneração do contrato e serviços oferecidos à iniciativa privada em 1999.

A legislação é clara e responsabilizará quem deu causa, por ação ou omissão, culpa ou dolo: "Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado (como se pretende para o atual ciclo de revisão tarifária 2014 -2019), a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial."

Desde 1999 se constituiu o direito adquirido da Concessionária a esse equilíbrio, em contra partida às suas obrigações, e não pode ser simplesmente desconsiderado pelo ente fiscalizador, 15 anos depois, em especial pela atual gestão, sob pena de caracterizar inobservância dos deveres legais e regulamentares dessa Agência e dar causa ao descumprimento contratual e prejuízo financeiro à concessionária, reduzindo substancialmente sua rentabilidade e eximindo a mesma do cumprimento de suas obrigações contratuais e regulatórias.

Quem será o responsável por esse desequilíbrio ilegal e prejudicial, em curtíssimo tempo, às atuais tarifas praticadas?

5 - INTERESSE PÚBLICO

O interesse público restará igualmente afetado pois com o decréscimo da receita da concessionária, os investimentos em expansão e qualidade da rede serão revistos, necessariamente, e drasticamente diminuídos, prejudicando direta e indiretamente toda a sociedade e a cadeia produtiva.

A alteração na metodologia de aferição e definição tarifária causará impacto direto aos consumidores, residenciais e empresariais, do serviço público de fornecimento de gás. Ou ficarão sem o produto no presente ou pagarão muito mais caro por ele no futuro, proporcionalmente.

Essa situação atenta contra os **PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**, pois viola os **deveres de imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições**, e notadamente aos contratos públicos.

Quem será o responsável por isso? Seguramente não serão as concessionárias nem a população em geral, mas estas é que sofrerão as consequências.

A alteração na metodologia de aferição e definição tarifária causará impacto direto aos consumidores, residenciais e empresariais: **1) Ou ficarão sem o produto no presente ou 2) pagarão muito mais caro por ele no futuro, pelo desequilíbrio tarifário no presente. Alteração arbitrária das tarifas de Energia Elétrica é exemplo real de alteração tarifária sem previsão legal e onerosidade da tarifa.**

Segundo a Lei nº 6.544 - 22/11/1989, que implementou o estatuto jurídico das licitações e contratos feitos pelo Estado de São Paulo, em seu art. 74, em resumo, a Administração deverá corrigir monetariamente os direitos creditórios dos contratados quando desrespeitados e responsabilizará aquele que der causa ao atraso ou falta de cumprimento das cláusulas contratuais.

Segundo a Lei de Criação da ARSESP (LC/SP nº 1.025 - 7/12/2007), art. 15, § 3º, os Diretores são solidariamente responsáveis pelos atos praticados pelo órgão no exercício de suas funções.

6 - RESPONSABILIDADE DOS GESTORES PÚBLICOS E DA AGÊNCIA REGULADORA

A alteração das regras contratuais estipuladas em editais e serviços públicos dessa magnitude e com grande impacto na população em geral, representam evidente responsabilidade pessoal dos Agentes Públicos, sempre que tais alterações forem feitas sem justificativa legal ou técnica (O DECURSO DO TEMPO NÃO REPRESENTA ESSA HIPÓTESE), ou mesmo contrariando a previsão constitucional e contratual.

Trata-se de desvio de finalidade e função. Rever e fiscalizar os aspectos técnicos e operacionais da prestação do serviço, conforme previstos nas funções dessa Agência Reguladora, não pode ser confundido com revisão da metodologia e dos parâmetros de remuneração da Concessionária e de revisão tarifária, vinculados ao Contrato e previstos no Edital.

Essa investida da Agência de alterar unilateralmente a metodologia para revisão tarifária das concessionárias de serviço público, em especial da Comgás, do que fora contratado em 31 de maio de 1999, originado do Edital nº AS/F/805/99, (como indicado no Edital de Consulta Pública n. 03/2014, e conteúdo da Nota Técnica RTG n. 002/2014), configurará a reponsabilidade direta dos Agentes Públicos envolvidos, por clara violação do previsto na legislação, como citado anteriormente, mas especialmente pelos prelos prejuízos que forem causados à concessionária e consumidores pela quebra das regras do "Contrato de Adesão", proposto pelo próprio Estado.

Esse ato será reconhecido e classificado como descumprimento pelo Estado do que pactuou, via ente de fiscalização, com consequências e lesão à economia pública nesse segmento. Essa pretensão de alteração das regras tarifárias ignora que os contratos celebrados pelo Estado devem ser cumpridos para que não se instaure o império da insegurança jurídica.

A onerosidade de todo contrato de concessão celebrado pelo Estado está atrelada a um contexto histórico, econômico e jurídico cujas regras de adesão oferecidas aos interessados não podem ser alteradas no curso do processo, por vontade do gestor ou ente fiscalizador.

Qualquer alegação sobre alteração das regras tarifárias e ou do equilíbrio econômico financeiro do contrato, firmado em 1999, ratificarão a própria torpeza do Estado, pois o contrato de concessão, o processo de leilão dos ativos e fase de esclarecimentos (perguntas e repostas) sobre todo processo foram propostos e liderados em caráter "imperativo" pelo próprio ente público.

É simplesmente o próprio Poder Concedente e agentes de regulação que estão vinculados ao cumprimento do que fora pactuado. Essa vinculação constitucional tem razão jurídica, política e econômica para existir. A vinculação do Poder Concedente e entes de regulação ao que foi firmado contratualmente serve para evitar justamente os desvios de finalidade, de função e desmandos econômicos de quem ocupa o cargo durante os longos períodos de concessão.

Frise-se, que as Concessionárias, em especial a Comgás, têm o dever de cumprir o contrato de concessão, assim como os entes públicos de cumprir e respeitar as revisões e atualizações tarifárias na forma estabelecida no Contrato, Edital e todo processo de concessão, lá nos anos de 1999, quando o capital privado acreditou na legalidade e segurança jurídica oferecida à época.

A metodologia de revisão tarifária já utilizada para todo os ciclos de revisão tarifária anteriores deve ser mantida, nos termos do Contrato de Concessão, na Quinta Subcláusula da Cláusula Décima Primeira, e constitui verdadeiro (e já exercido desde 1999) direito adquirido da Concessionária, e não pode ser

simplesmente desconsiderada pelo ente fiscalizador, em especial pela atual gestão, sob pena de caracterizar inobservância dos deveres legais e regulamentares.¹

A lei protege o direito da Administração Pública de rever os seus atos, desde que respeitado o direito adquirido e a perfeição do ato. Não há o que ser revisto no para vigorar no presente ciclo (2014-2019), no tocante à metodologia e aplicação do VEM. A forma de rever os atos administrativos não se dá por meio da desídia /ou do desrespeito ao que fora pactuado.

Deve-se preservar a estabilidade das relações jurídicas firmadas, especialmente nos contratos de concessão, pelos valores, tempo e interesse público envolvidos, respeitando o direito adquirido incorporado ao patrimônio material e moral do ente privado, convidado a contratar com o poder público, sob as regras previamente estipuladas por este. Esse, aliás, é o entendimento pacífico do Tribunal de Justiça de São Paulo e Superior Tribunal de Justiça, sempre que trataram desses temas.²

Nesse sentido, resta alertar para a responsabilidade pessoal do agente público pelos seus atos, nos termos da legislação já citada e, inclusive, do art. 16, §5º, do Regimento Interno dessa Agência reguladora³ e, em último caso, da Lei de Improbidade Administrativa - Lei federal nº 8.429 - 2/06/1992, que prevê (art. 11) constituir ato de improbidade administrativa aquele que atenta contra os princípios da administração pública, seja por ação ou omissão, em especial quando caracterizado como parcial e em desacordo com o previsto na legislação e nos contratos públicos em geral.

Independente da ação ou omissão e demais sanções previstas na legislação específica, o responsável pelo ato que comprovadamente causar prejuízo econômico ao erário e, portanto, ao interesse público, estará sujeito ao ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente.

* * *

Essas são nossas considerações pela legalidade e manutenção da segurança jurídica e contratual, proporcionando o acesso e a qualidade dos serviços pela população em geral, bem como garantindo a necessária universalização e modicidade tarifária.

¹ E assim é porque a *remuneração do serviço* nas bases inicialmente ajustadas constitui *direito fundamental e adquirido* do concessionário, imutável ao nuto da outra parte; *direito adquirido*, reconhecido tanto pela doutrina como pela nossa jurisprudência e atualmente pela Constituição Federal (art. 37, XXI). Inegável, é portanto, que o contrato de concessão cria direitos e obrigações individuais para as partes.

Dentre os direitos encontra-se o de o concessionários auferir as vantagens de ordem pecuniária que o contrato lhe garantiu. Satisfeitas as condições contratuais pelo concessionário, a rentabilidade assegurada à empresa erige-se em *direito adquirido*, exigível do concedente na forma avençada.

Qualquer modificação unilateral, posterior, da norma legal ou regulamentar ou de cláusula contratual pertinente ao serviço não invalida as vantagens contratuais asseguradas ao concessionário, porque tais modificações não podem ter efeito retroativo prejudicial ao direito adquirido, preservado por disposição constitucional (art. 5º, XXXV) (*Direito Administrativo Brasileiro*, 33ª edição, 2007, Malheiros, pp. 394-395).

² Recurso especial desprovido (REsp 658.130/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/09/2006, DJ 28/09/2006 p. 195).

³ A Diretoria será composta por cinco Diretores, designados pelo Governador, após argüição pública e aprovação pela Assembleia Legislativa.(...) § 5º - Sem prejuízo do que prevêm a lei penal e a lei de improbidade administrativa, será causa da perda do mandato o cometimento de falta grave, assim entendida a inobservância das proibições e deveres legais e regulamentares inerentes ao emprego público.