

**DISCIPLINA LEGAL APLICÁVEL À TARIFA PELA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE
DISTRIBUIÇÃO DE GÁS CANALIZADO**

**POR SOLICITAÇÃO DA ABRACE - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GRANDES
CONSUMIDORES INDUSTRIAIS DE ENERGIA E DE CONSUMIDORES LIVRES**

PARECER JURÍDICO-REGULATÓRIO

RIO DE JANEIRO, 31 DE OUTUBRO DE 2014

GUILHERME PEREIRA BAGGIO

LÍVIA AMORIM

VICTOR GOMES

Sumário

<u>I. DA CONSULTA</u>	<u>3</u>
<u>II. DA CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS E DO REGIME REMUNERATÓRIO DO CONCESSIONÁRIO</u>	<u>6</u>
A. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO DE CONCESSÃO DA COMGÁS	8
B. PRINCÍPIOS GERAIS DA POLÍTICA TARIFÁRIA	9
C. PRINCÍPIOS ESTABELECIDOS PELO EDITAL E PELO CONTRATO DE CONCESSÃO DA COMGÁS	13
D. ALCANCE DAS RESPOSTAS ÀS SOLICITAÇÕES DE INFORMAÇÕES E ESCLARECIMENTOS ADICIONAIS AO EDITAL N.º AS/F/805/99	21
<u>III. EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DO CONTRATO E POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DA METODOLOGIA DE AVALIAÇÃO DA BASE DE ATIVOS</u>	<u>24</u>
<u>IV. DA ANÁLISE DO PRECEDENTE DA ANEEL: RESOLUÇÃO N.º 493/2002</u>	<u>28</u>
<u>V. CONCLUSÃO</u>	<u>32</u>

I. Da Consulta

1. Pelo arranjo constitucional de competências, os serviços locais de gás canalizados devem ser explorados pelos Estados, diretamente ou mediante concessão (art. 25, §2º da Constituição). Atualmente, no Estado de São Paulo, a exploração do serviço é realizada pelas seguintes concessionárias:

Concessionária	Contrato	Data do Contrato
Companhia de Gás de São Paulo – COMGÁS	Contrato n.º CSPE/01/99	31/05/1999
Gás Brasileiro Distribuidora S/A	Contrato n.º CSPE/02/99	10/12/1999
Gás Natural São Paulo S/A	Contrato n.º CSPE/03/2000	31/05/2000

2. Como é da natureza da exploração de serviços públicos concedidos, em contrapartida aos serviços prestados aos usuários, tais prestadores percebem remuneração baseada em tarifa. A ARSESP – Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo detém a competência legal para regular, controlar e fiscalizar as tarifas vinculadas à concessão (art. 2º, II da Lei Complementar SP n.º 833/97 c/c art. 1º da Lei Complementar SP n.º 1.025/07).

3. No exercício dessa competência, a ARSESP abriu a Consulta Pública n.º 03/2014 para apresentação e obtenção de contribuições à proposta da ARSESP para metodologia da revisão tarifária das concessionárias de distribuição de gás canalizado no Estado de São Paulo. Dentre as questões em análise, destaca-se a da definição da base de ativos para efeitos tarifários. Segundo a diretriz adotada pela Agência, propõe-se a revisão da metodologia de cálculo da base de ativos apresentada pela Concessionária para que sejam incluídos tão somente os ativos efetivamente relacionados com a prestação do serviço concedido. O levantamento da base de

ativos será realizado conforme procedimentos estabelecidos pela Deliberação ARSESP n.º 402/2013. A avaliação dos ativos considerará a data de entrada em serviço de cada ativo, o valor original de compra (VOC) reconhecido e a depreciação, conforme a taxa regulatória aprovada, junto com o reajuste monetário pelo IGP-M. A Base Tarifária, por sua vez, será calculada a partir do valor dos ativos existentes na data do contrato de concessão, somados os investimentos realizados desde essa data e deduzidas as depreciações e baixas (i. dos ativos existentes na data do contrato; e ii. dos investimentos realizados desde essa data).

4. A diretriz adotada pela Agência, no entanto, foi objeto de questionamento pela COMGÁS (correspondência OF-CR-373/14) no que diz respeito à possibilidade jurídica de o regulador empreender tal mudança sem impactar o equilíbrio econômico-financeiro da concessão. Isso porque a nova metodologia difere daquela adotada nos dois primeiros ciclos de revisão tarifária, que tomava por base o Valor Econômico Mínimo ('VEM'), determinado à época da privatização do controle acionário da companhia, nos termos do Edital n.º AS/F/805/99.

5. O pleito da Comgás funda-se nos seguintes argumentos: i) o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão n.º CSPE/01/99 incorpora o valor do VEM e a Margem Máxima (MM) deve ter por referência tal metodologia de avaliação de ativos durante todo o prazo da concessão; ii) a utilização do VEM como metodologia de avaliação de ativos na 1ª e na 2ª Revisão Tarifária teriam consolidado a situação de fato e sua alteração para o 4º Ciclo afrontaria a segurança jurídica das relação em comento; e iii) a aplicação do VEM como método de avaliação da base de ativos não pode ser mais discutida ou alterada pela Administração Pública porque alcançada pelo instituto da prescrição administrativa.

6. Para manutenção do VEM como metodologia de avaliação da base de ativos ao longo da concessão, a Comgás utiliza como argumento fático central a resposta dada à Pergunta n.º 98 feita à época da publicação do Edital n.º AS/F/805/99:

Pergunta 98

Na análise do Contrato de Concessão da Comgás, notamos que o valor econômico mínimo da mesma não aparece como um dos fatores a serem incluídos na determinação da Margem Máxima a partir do segundo ciclo, enquanto que o valor dos ativos será um dos elementos considerados na determinação da Margem Máxima. Solicitamos à CSPE confirmar que este entendimento está correto. Caso o mesmo esteja correto e assumindo que o valor desses ativos seja menor do que o Valor Econômico Mínimo, entendemos que não ocorrerá o segundo ciclo ou nos ciclos posteriores quaisquer redução em termos reais da Margem Máxima em função da diferença entre o valor dos ativos da Comgás e o valor econômico mínimo. Solicitamos à CSPE confirmar que este entendimento está correto.

Resposta 98

Sim

7. Entende a concessionária que referida pergunta teria lhe assegurado o direito a uma base de remuneração regulatória mínima a ser considerada no cálculo do nível tarifário da concessionária, associada ao valor econômico da companhia apresentado quando da privatização da Comgás, o VEM. Em outras palavras e como se verá adiante, defende a Comgás que a referida resposta a garante um retorno real sobre seus ativos, acima do que se convencionou como rentabilidade razoável.

8. Diante da controvérsia suscitada, questiona-nos a Associação Brasileira de Grandes Consumidores Industriais de Energia e de Consumidores Livres - ABRACE sobre a possibilidade em abstrato de o Poder Concedente (*in casu*, o Regulador) promover alterações na metodologia de avaliação de ativos durante o prazo da

concessão. Questiona-nos ainda sobre o alcance da ‘Pergunta n.º 98’ e se essa razão seria suficiente à manutenção da base de ativos como observado para os primeiros ciclos de revisão.

II. Da Concessão de Serviços Públicos e do Regime Remuneratório do Concessionário

9. Historicamente, a noção de serviço público foi identificada com aquelas atividades econômicas tidas como essenciais para a coletividade e para a manutenção de condições dignas de vida do cidadão e que não seriam adequadamente exploradas se equiparadas a outras atividades econômicas que ordinariamente não atraem para si uma qualificação essencial de interesse público¹. Na concepção clássica, tais atividades não seriam passíveis de exploração sob uma ótica de mercado, voltada primariamente à obtenção do lucro, e, por isso deveriam ser prestadas à coletividade pelo Estado, ente institucionalmente habilitado a atender ao interesse comunitário.

10. Modernamente, sob a premissa de que o Estado possui recursos escassos e que a prestação direta pelo Estado dos serviços nem sempre conduz a uma alocação eficiente de recursos, principalmente no que diz respeito à possibilidade de se prestar serviço equivalente a custos mais eficientes, assistiu-se internacionalmente a um movimento de migração, onde o Estado, ainda que titular da atividade, não mais a prestaria diretamente, podendo delegar sua exploração ao particular, assegurando-lhe em contrapartida a tarifa.

¹ ARAGÃO, Alexandre S. Curso de Direito Administrativo. 2.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

11. Nesse sentido, para as atividades entendidas legalmente como serviço público², o Estado mantém sua vinculação essencial no sentido de promover o bem-estar coletivo, devendo garantir que tais serviços serão efetivamente disponibilizados.

Isso porque:

Com efeito, algumas das razões que justificaram a assunção pública dessas tarefas continuam a existir (atividades de interesse público, que satisfazem *necessidades básicas universais* dos cidadãos num quadro de *concorrência limitada*, pelo menos, quanto ao número de operadores) e é exatamente por isso que a Administração continua de certo modo comprometida com elas.

Todavia, o referido compromisso administrativo deixa de ser executivo e passa a ser institucional, consistindo no dever de *garantir* que as tarefas em causa são efetivamente exercidas. Além disso, por se entender que o dever de assegurar a existência da tarefa pode não ser suficiente, considera-se conveniente que a Administração assegure ainda que o exercício da tarefa (privada) pelos privados, são observadas as “determinações”, “orientações” ou “obrigações” que ela própria impõe. Assim se chama a atenção para um outro vector deste tipo de responsabilidade administrativa, que pressupõe a atribuição à Administração de uma *competência de programação, de orientação e de moderação* da entidade privada a quem foi confiado (*rectius*, “autorizado”) o exercício da tarefa. (GONÇALVES, P. **A Concessão de Serviços Públicos (uma aplicação da técnica concessória)**. Livraria Almedina. Coimbra, 1999. p.10)

12. Assim, para exploração daquelas atividades legalmente configuradas como serviço público e atribuídas ao Estado com exclusividade, o particular faz jus à percepção de uma tarifa durante o período da concessão (bem como aos respectivos mecanismos de reajuste e revisão) consignados pela Lei, pelo edital e pelo contrato de concessão (art. 9º e 10º da Lei n.º 8.987/95³).

² Algumas das considerações feitas ao longo deste capítulo se aplicam também a atividades que, ainda que não configuradas como serviço público, o Estado tenha reservado para si sua exploração, a exemplo do estabelecido pelo art. 177 da CF/88 em relação a segmentos da cadeia produtiva do petróleo e do gás natural. No entanto, para manutenção da coerência temática e consistência metodológica, as análises aqui realizadas devem ser lidas para o contexto dos serviços públicos, a exemplo da distribuição de gás canalizado (cf. art. 25, §2º da CF/88).

³Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da

13. Ademais, no sentido de preservar o ambiente econômico inicial existente quando da proposta, é assegurada ao concessionário a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, notadamente o arranjo entre ônus e bônus existente no momento da concessão.

14. Tendo em vista a questão aqui sob análise, importa discorrer sobre os elementos de definição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão da Comgás no que diz respeito à metodologia de determinação da base de ativos para ulterior exame da possibilidade de adoção de metodologia diferente da até então adotada pela ARSESP, o Valor Econômico Mínimo.

a. Equilíbrio Econômico-Financeiro do Contrato de Concessão da Comgás

15. A tarifa e seus respectivos mecanismos de reajuste e revisão representam a expressão final da equação econômico-financeira outorgada ao agente para exploração dos serviços através de determinada concessão. Nos termos da legislação

licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

§ 1º A tarifa não será subordinada à legislação específica anterior e somente nos casos expressamente previstos em lei, sua cobrança poderá ser condicionada à existência de serviço público alternativo e gratuito para o usuário. [\(Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998\)](#)

§ 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.

§ 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.

§ 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

Art. 10. Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.

vigente, o quadro geral das condições de preservação da equação econômico-financeira representada na tarifa é dado pela Lei, pelo Edital e pelo contrato de concessão. Além disso, sempre que mantidas as condições do contrato, considera-se resguardado o equilíbrio econômico-financeiro da concessão.

16. Dessa forma, a pergunta sobre se a alteração da metodologia de avaliação da base de ativos altera o equilíbrio econômico-financeiro da concessão da Comgás deve ser precedida da análise das condições que foram efetivamente oferecidas ao Concessionário para exploração do serviço de distribuição de gás canalizado.

b. Princípios Gerais da Política Tarifária

17. Como mencionado, a tarifa é a contrapartida percebida pelo concessionário de serviço público⁴ pela exploração de atividade de titularidade do Estado. Por lei, o regime de fixação de tarifas a ser adotado na concessão de serviços públicos é o regime de tarifa pelo preço (cf. art. 9º, *caput*, da Lei n.º 8.987/95).

18. No modelo de tarifa pelo preço, também conhecido como *price cap*, a tarifa é fixada no momento inicial da concessão e reajustada de acordo com os parâmetros de reajuste e revisão definidos em lei, no Edital e no contrato. Há, por conseguinte, a concordância de que i) a tarifa fixada remunera de forma adequada o serviço; e ii) os mecanismos estabelecidos de antemão para preservação no tempo do equilíbrio entre encargos e remuneração são suficientes à adequada prestação do serviço.

⁴ Sem a pretensão de esgotar o tema, é importante ressaltar que a legislação prevê o pagamento de tarifa em concessão de serviços não classificáveis como serviço público, a exemplo do transporte de gás natural por conduto, atividade sujeita ao monopólio da União (art. 177, IV da CF/88).

19. Dentro do patamar estabelecido para a tarifa, é risco do concessionário garantir que o nível tarifário seja suficiente para remunerar os investimentos e cobrir os custos vinculados ao serviço. O regime da tarifa pelo preço é diferente do modelo comumente utilizado em serviços públicos no Brasil antes da edição da Lei n. 8987/95, o da tarifa pelo custo do serviço, voltado a fixar uma taxa de remuneração em todos os custos do serviço (incluindo investimentos)⁵.

20. Não há, em princípio, no regime de tarifa pelo preço, uma garantia de taxas de retorno acima da rentabilidade razoável para o concessionário: o que é assegurado ao concessionário como parte do equilíbrio econômico financeiro é que as condições efetivas da proposta, utilizadas como parâmetro para dimensionar as tarifas serão mantidas. O equilíbrio econômico financeiro se manterá preservado pelo atendimento às condições do contrato (art. 10 da Lei n.º 8.987/95). Nesse contexto, no regime de serviço pelo preço, o concessionário somente auferirá retornos extraordinários (acima da rentabilidade razoável) se for mais eficiente do que a referência utilizada para cálculo da tarifa teto.

21. No regime da Emenda Constitucional n.º 1/69, era expressamente consignado que a tarifa deveria permitir a justa remuneração do capital, bem como o melhoramento e expansão dos serviços e a manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato⁶. A literalidade da redação não foi mantida na Carta de 1988 e

⁵ JUSTEN FILHO, M. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo : Dialética, 2003. (p. 352)

⁶ Art. 167. A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, estabelecendo:

II - tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato;

a proteção ao equilíbrio econômico se dá por derivação do disposto no art. 37, XXI⁷, que prevê que devem ser preservadas as condições oferecidas na proposta, assegurando ao concessionário previsibilidade em relação aos parâmetros econômicos que regerão a concessão durante sua vigência.

22. A legislação do Estado de São Paulo, ao dispor sobre a matéria, previu expressamente que a tarifa correspondente à exploração do serviço de gás canalizado seria fixada pela CSPE (Art. 2º, VIII do Decreto n.º 43.888/99)⁸ observando-se as seguintes diretrizes (Lei Complementar n.º 833/97), que compreendem a proteção do consumidor e a adoção de metodologias de fixação de tarifa que promovam a modicidade tarifária:

Artigo 3.º - Compete ainda à Comissão: I - cumprir e fazer cumprir, no Estado de São Paulo, a legislação específica relacionada a energia; II - regular, controlar e fiscalizar a geração, produção, transmissão, transporte e distribuição de energia, naquilo que lhe couber originariamente ou por delegação; III - fixar normas, recomendações técnicas e procedimentos relativos aos serviços de energia; IV - fazer observar, pelos concessionários de geração, o funcionamento do sistema interligado no Estado; V - homologar contratos pertinentes à geração, produção, transmissão, transporte e distribuição de energia, celebrados pelos concessionários, permissionários e autorizados, com exceção dos contratos-padrão estabelecidos por normas técnicas e comerciais; VI - aprovar níveis e estruturas tarifárias e homologar tarifas relativas aos serviços públicos de energia, tendo por objetivo a modicidade das tarifas e o equilíbrio econômico-financeiro das concessões e permissões; VII - promover e organizar licitações para outorga de concessão ou permissão de serviços de energia; VIII - encaminhar à autoridade competente, propostas de concessão, permissão ou

⁷ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. [\(Regulamento\)](#)

⁸Artigo 2.º - A concessão para exploração dos serviços de distribuição de gás canalizado no Estado de São Paulo será outorgada mediante contrato e obedecerá os seguintes parâmetros: VIII - a tarifa a ser cobrada dos usuários dos serviços de gás canalizado será fixada pela Comissão de Serviços Públicos de Energia - CSPE, nos termos da Lei complementar n.º 833, de 17 de outubro de 1.997;

autorização de serviços de energia; **IX** - propor à autoridade competente alteração das condições e das áreas de concessão, permissão ou autorização de serviços de energia, bem como a extinção dos respectivos contratos, quando necessário; **X** - celebrar, por delegação dos poderes competentes, contratos de concessão e permissão de serviços de energia; **XI** - **atuar no sentido de impedir práticas abusivas contra os interesses dos usuários de energia**; **XII** - moderar e dirimir conflitos de interesses, relativos ao objeto das concessões, permissões e autorizações, podendo se valer do apoio de peritos técnicos especificamente designados; **XIII** - praticar outros atos relacionados com sua finalidade.

[omissis]

§ 4.º - Para os fins do disposto no inciso VI deste artigo, com vista ao equilíbrio econômico-financeiro das concessões e permissões, deverão ser consideradas taxas de remuneração compatíveis com as praticadas no mercado para atividades assemelhadas. (grifos nossos)

23. Dessa forma, a moldura normativa estabelecida para exploração do serviço de gás canalizado por particular sob o regime de concessão impõe ao Poder Concedente a necessidade de pautar a delegação segundo princípios de moralidade e eficiência, traduzidos não obrigatoriedade de que a fixação de tarifas se dê de modo a proporcionar a modicidade tarifária, preservando-se também o equilíbrio econômico-financeiro. Para tanto, dispôs o legislador estadual que (art. 3º, §2º da LC n.º 833/97) deverão ser consideradas taxas de remuneração compatíveis com as praticadas no mercado para atividades assemelhadas.

24. A legislação não assegura ao concessionário, portanto, uma garantia de retorno acima do razoável. O que é assegurado ao concessionário é uma remuneração compatível com a atividade desempenhada, estabelecida e mantida segundo os parâmetros descritos pelo Edital e pelo Contrato.

25. Devem ser investigados, portanto, quais foram os parâmetros de remuneração adequada assegurados ao concessionário pelo Edital e pelo Contrato e se eles

porventura garantiram ao investidor uma taxa de retorno acima da rentabilidade adequada ou a utilização de uma metodologia pré-determinada de avaliação de ativos para fins de determinação da Margem de Distribuição.

c. Princípios estabelecidos pelo Edital e pelo Contrato de Concessão da Comgás

26. Tendo em vista a titularidade do Estado da atividade, decorre sua competência para fixação dos termos que serão observados para reajuste e revisão do valor originalmente fixado a tarifa. *Grosso modo*, a racionalidade de tais mecanismos é de permitir que a remuneração do concessionário se mantenha adequada durante o prazo da concessão.

27. Nesse sentido, instrumentos da regulação por incentivos permitem desenhar mecanismos que, assegurando a justa remuneração do capital investido pelo empreendedor, também capturem periodicamente ganhos extraordinários⁹ ou ganhos de eficiência obtidos pelo agente (ex.: fator X), com vistas a promover a modicidade tarifária e garantir que as tarifas reflitam ao final o preço da disponibilização do serviço público aos usuários, de acordo com parâmetros de eficiência.

28. Por resultar de expressa determinação legal, a tarifa para exploração do serviço de distribuição de gás canalizado segue o modelo da tarifa pelo preço, onde é

⁹ Por exemplo, advindos de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, nos termos do art. 11 da Lei n.º 8.987/95. Além disso, o fator K, que captura ganhos obtidos além da margem máxima homologada, segue a mesma racionalidade, de manter a *justa remuneração* do concessionário pactuada, sem, no entanto, postergar ganhos supra-normais (lucro).

fixada uma tarifa-teto pelo Poder Concedente, que será reposicionada de acordo com os critérios estabelecidos pela legislação, pelo Edital e pelo contrato.

29. No caso específico da concessão da Comgás, o contrato de concessão prevê que a tarifa da concessionária será determinada conforme a seguinte fórmula:

$$T = Pg + Pt + Md . VP$$

Onde:

T = tarifa teto vigente ;

Pg = preço do gás alocado à tarifa, observadas as Subcláusulas Nona a Décima Segunda da Cláusula Décima Primeira;

Pt = preço do transporte alocado à tarifa, observadas as Subcláusulas Nona a Décima Segunda da Cláusula Décima Primeira;

Md = margem de distribuição alocada à tarifa;

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

30. A parcela Md, a margem de distribuição (referida no contrato como Margem Máxima), é a variável da expressão voltada à: (i) amortização dos investimentos realizados pelo concessionário; (ii) remuneração do concessionário com uma rentabilidade apropriada e (iii) cobertura dos custos adequados de operação, manutenção, impostos, exceto impostos sobre a renda, encargos e depreciação. São os termos do Contrato:

CLÁUSULA DÉCIMA TERCEIRA – TARIFAS APLICÁVEIS, A PARTIR DO SEGUNDO CICLO, NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS

As tarifas tetos (sic) a serem aplicadas na prestação dos serviços públicos de distribuição de gás canalizado serão reguladas através de uma metodologia de **margem máxima de distribuição, doravante denominada Margem Máxima (MM), que dará à Concessionária oportunidade de obter uma rentabilidade apropriada sobre o seu investimento.**

Primeira Subcláusula – A metodologia visa permitir à CONCESSIONÁRIA a obtenção de receitas suficientes para cobrir **os custos adequados de operação**, manutenção, impostos, exceto impostos sobre a renda, encargos e depreciação, relacionados com a prestação do serviços de distribuição de gás canalizado, **bem como uma rentabilidade razoável**. (grifos nossos)

31. As parcelas da tarifa associadas ao preço do gás e ao preço do transporte são diretamente repassadas aos consumidores finais e representam o *pass through* de custos não gerenciáveis pelo concessionário. Ainda que se incentive uma contratação eficiente também dessas parcelas, elas espelham situações que não estão associadas ao desempenho, ao esforço do concessionário.

32. A Margem de Distribuição, por sua vez, é a parcela fixada pela ASRSESP que visa assegurar que a concessionária, caso opere dentro dos parâmetros de eficiência ordinários, tenha um retorno sobre seus ativos igual ao custo de capital, descontados os ganhos de produtividade (fator x). O teto é estabelecido, então, com referência ao que seria uma remuneração adequada para prestação do serviço em regime de competição, refletido no custo médio ponderado do capital da concessionária. No intervalo entre os ciclos de revisão, se o agente conseguir desempenhar o serviço a um custo mais eficiente que o teto estabelecido pelo Regulador, poderá se apropriar dos ganhos, que se traduz, na prática, em ter rentabilidade de seus ativos acima da rentabilidade razoável.

33. Refletindo essa racionalidade, a Margem Máxima é fixada pela seguinte fórmula, onde o P representa efetivamente a margem de remuneração e o fator K representa o fator de ajuste em relação a excessos verificados na Margem Obtida:

$MM_t = P_t + K_t$, sendo:

$P_t = P_{t-1} [1 + (VP-X)]$

Onde:

VP: variação do índice de inflação no ano t (percentual), obtido pela divisão dos índices do IGPM da Fundação Getulio Vargas, ou do índice que vier a sucedê-lo, do mês anterior à data do reajuste em processamento e do mês anterior ao da “Data de Referência Anterior”. Na hipótese de não haver um índice sucedâneo, a CSPE estabelecerá novo índice a ser adotado;

X: fator de eficiência (percentual);

P_t : valor da Margem Máxima (MM) inicial (P_0), expresso em reais por m^3 , inicial, sucessiva e atualizada anualmente pelo fator (VP-X) até o ano t;

P_0 : valor inicial da Margem Máxima (MM) autorizada pela CSPE e definido por ocasião de cada revisão em cada ciclo. No primeiro ano de cada ciclo, o valor de P_1 é igual ao de P_0 ; e

K_t : Termo de Ajuste para garantir em cumprimento da Margem Máxima (MM) aplicada no ano t, expressa em reais por m^3 .

34. Os critérios para definição do valor inicial da Margem Máxima (P_0) também estão delimitados pelo contrato e devem levar em consideração os custos operacionais da concessionária (relativas às atividades de distribuição e de comercialização não prestada em regime de competição), a base de ativos, o plano de investimentos, e o custo médio ponderado de capital, que corresponde, em última análise, a rentabilidade razoável a ser auferida pelo concessionário:

Sexta Subcláusula - –Para fixar o valor P_0 a CONCESSIONÁRIA deverá fornecer à CSPE um plano de negócios que contenha, dentre outras, as seguintes informações:

1. **valor da base de ativos da empresa, de acordo com o Plano de Contas a ser publicado pela CSPE;**
2. o Plano de Investimento (físico e financeiro), incluindo investimentos em reposição de ativos e novas instalações;
3. receitas e custos operacionais, não operacionais e financeiros;
4. informação relativa a custos históricos e volume de gás canalizado distribuído;
5. projeções de gás canalizado a ser distribuído; e
6. custo médio ponderado do capital projetado;(grifos nossos)

(...)

Décima Subcláusula – Para permitir à CONCESSIONÁRIA a oportunidade de obter uma rentabilidade apropriada sobre sua base de ativos, a CSPE levará em conta:

1. a razão dívida/capital próprio da CONCESSIONÁRIA; e
2. o custo de oportunidade do capital.

35. Em particular sobre a base de ativos, como não poderia deixar de ser, o Contrato de Concessão estabelece que somente deverão ser incluídos ativos relacionados com a prestação do serviço:

Oitava Subcláusula - A CSPE revisará a base de ativos apresentada pela CONCESSIONÁRIA para garantir que somente sejam incluídos ativos relacionados com a prestação do serviço, e que a depreciação tenha sido calculada adequadamente.

36. Além disso, mantendo a simetria com o previsto nas referidas cláusulas, a Cláusula Décima Sétima ao tratar da reversão dos bens e eventual indenização à Concessionária pela encampação do serviço pelo Estado deixa expressamente consignado que devem ser levados em consideração os bens e instalações vinculados ao serviço, observados os valores contábeis e as datas de sua incorporação ao patrimônio do Estado.

37. Em termos jurídicos, a indenização devida ao concessionário (art. 37 da Lei n.º 8.987/95) leva em consideração as parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados. Noutros termos, o Contrato não apenas delimitou o universo dos bens a serem levados em consideração para determinação da Margem Máxima da distribuidora, mas manteve a referência ao mesmo universo de bens no caso de o serviço ser retomado prematuramente pelo Estado, antes do fim da concessão.

38. Apesar da obviedade, tais cláusulas são importantes para proteger os usuários do serviço público de que as tarifas cobradas não remunerarão ativos estranhos ao serviço ou, sob outra perspectiva, para assegurar que seja aplicada uma taxa de remuneração não maior que a razoável aos ativos vinculados ao serviço.

39. Isso porque, como elucida a NT ARSESP RTG n.º 002/2014, a metodologia contratual para definição da margem máxima foi desenhada de forma a proporcionar um retorno adequado ao investimento feito, que representa o ponto onde o custo de capital é igual ao retorno obtido pela concessionária. Eventual equívoco ou utilização de dados incorretos na determinação desses parâmetros, por exemplo, do valor da base de ativos, para mais ou para menos, alterará a real taxa de retorno obtida pelo agente. Dispõe a Agência:

No processo de revisão tarifária todos os valores destas variáveis são ajustados mediante a respectiva metodologia. O valor de P_0 apurado nos termos acima [da fórmula] permite à Concessionária obter um retorno sobre seus ativos igual ao custo de capital para a atividade de distribuição.

40. Garantir ao concessionário que sua base de remuneração para fins tarifários seja maior do que a base de ativos real é o mesmo que garantir, por vias transversas, uma maior taxa de retorno ao concessionário do que aquela fixada pela metodologia da Agência. Se a taxa de retorno fixada pela ARSESP (“custo médio ponderado do capital – WACC”) é considerada como a rentabilidade justa e razoável, “inflar” a base de remuneração é o mesmo que garantir retornos extraordinários ao concessionário em relação à sua base de ativos real, o que não é compatível com os dispositivos constitucionais, legais, editais e contratuais, bem como com as metodologias consagradas de fixação de níveis tarifários no regime de serviço pelo preço. Nesse regime, eventuais ganhos extraordinários obtidos pelo concessionário ocorrerão tão

somente como resultado de seu esforço, de sua eficiência em prestar o serviço com custos menores que os projetados pelo Regulador quando da fixação da tarifa.

41. Deve-se ressaltar, que, ao contrário do que se observa em relação aos ganhos capturados em cada ciclo pelo fator x , o lucro extraordinário obtido pelo concessionário em função de uma base de ativos superdimensionada não premia o esforço e a eficiência do agente¹⁰. Não se trata de um ganho extraordinário (renda) aceitável por um período, para que o concessionário tenha incentivos a aumentar sua eficiência. Ao contrário, trata-se de congelar um parâmetro que não corresponde ao valor real dos ativos empregados em serviço para, ao fim e ao cabo, garantir uma remuneração real maior que o conceito de remuneração adequada definido pelo contrato, correspondente ao custo de capital.

42. No caso da concessão da Comgás, a atribuição do contrato de concessão foi feita compassadamente ao processo de alienação do controle acionário da Companhia, pela CESP. Na ocasião, foram divulgados montantes correspondentes ao Valor Econômico Mínimo para orientação dos lances do leilão da privatização, valor esse obtido com base no valor presente do fluxo de caixa descontado da Comgás. Ao consolidar o valor mínimo do leilão, no entanto, o instrumento convocatório deixou expresso, no entanto, que **“as projeções utilizadas não devem ser tomadas como garantia de resultados da COMGÁS”**¹¹.

¹¹ Capítulo 7 – Síntese das Avaliações e Justificativas do Preço

A avaliação econômico-financeira da COMGÁS foi elaborada pelas CONSULTORAS, em conformidade com os Serviços “A” e “B” descritos no Edital de Licitação COMGÁS no ASL 2.704/97, com base no valor presente de fluxo de caixa descontado e análise comparativa, tendo em vista a alienação de controle acionário. As projeções utilizadas não devem ser tomadas como garantia de resultados da COMGÁS.

43. Vê-se, portanto, que os parâmetros fixados desde a divulgação “das condições efetivas da proposta” i) não previam a utilização do VEM como metodologia de avaliação de ativos durante o prazo da Concessão; e ii) não davam ao concessionário uma garantia de retorno mínimo – um piso remuneratório.

44. O conteúdo protegido pelas “condições efetivas da proposta”, aqui delineadas pelos termos do Edital e do Contrato de Concessão, nos termos do art. 37, XXI, da CF/88, portanto, não garantiram ao concessionário um retorno associado a resultados estimados em função do Valor Econômico Mínimo.

45. Eventuais diferenças (para mais ou para menos) aferidas na margem máxima em razão da utilização de metodologia de avaliação de ativos distinta do VEM não estão *ipso facto* afastadas, desde que a metodologia utilizada esteja alinhada com as diretrizes do Contrato e considere somente os ativos relacionados com a prestação do serviço.

O valor econômico mínimo da COMGÁS, apurado de acordo com os métodos acima referidos, recomendado pelas CONSULTORAS responsáveis pelos Serviços “A” e “B”, foi o seguinte:

Serviço “A”: R\$ 1.352.000.000,00

Serviço “B”: R\$ 1.353.000.000,00

Após a análise das avaliações realizadas pelas CONSULTORAS, o CONSELHO DIRETOR DO PED, com base nos poderes que lhe foram conferidos pela LEI, decidiu em reunião realizada no dia 24 de fevereiro de 1999, recomendar o valor econômico mínimo da COMGÁS em R\$ 1.430.085.080,64 (hum bilhão, quatrocentos e trinta milhões, oitenta e cinco mil, oitenta reais e sessenta e quatro centavos), tendo sido esse valor aprovado pelo Exmo. Sr. Governador do Estado de São Paulo. (grifos nossos)

d. Alcance das Respostas às Solicitações de Informações e Esclarecimentos Adicionais ao Edital n.º AS/F/805/99

46. Como já referido, o argumento fático central que embasa o pleito da Comgás faz referência à resposta dada à **Pergunta 98** feita quando dos esclarecimentos prestados pela CSPE ao Edital n.º AS/F/805/99. No entendimento da concessionária, a sinalização positiva na pergunta teria lhe garantido um “pisso” na base de remuneração regulatória, que não deveria ser reduzido em função da diferença entre o VEM e o valor da base de ativos da Comgás.

47. Isso porque, no entender da Comgás, no momento da privatização o valor econômico mínimo apresentado para a compra do controle acionário da Companhia deveria ser levado em consideração durante o prazo da Concessão, pois teria passado a integrar o equilíbrio econômico-financeiro da delegação.

48. Com o devido acato, diante das considerações acima, entende-se que a leitura dada pela concessionária não está afinada i) com o que dispõe a legislação de regência e os princípios que regem a política tarifária de serviço pelo preço (ver item *b*); e ii) com o que foi assegurado ao concessionário pelo Edital e pelo Contrato (ver item *c*). Como será visto adiante, diversas outras respostas dadas em esclarecimentos ao Edital também confirmam o entendimento de que a remuneração adequada ao concessionário não envolveria uma garantia de retorno baseada nas projeções feitas para cálculo do VEM.

49. Esse entendimento ficou inequívoco, por exemplo, na resposta dada à Pergunta 125, onde foi dito de forma inquestionável que não haveria garantia de retorno:

Pergunta 125

Com relação à cláusula Décima Terceira, Subcláusula 11, pode ser garantido ao investidor um retorno mínimo de investimento para o período entre o 6º e o 15º anos? Tal como 20%, por exemplo?

Resposta 125

Não. Para permitir à CONCESSIONÁRIA a oportunidade de obter uma rentabilidade apropriada sobre sua base de ativos, a CSPE levará em conta as condições previstas nas subcláusulas décima a décima segunda da cláusula décima terceira, **não existindo uma garantia de retorno do investido**. (grifos nossos)

50. Além disso, especificamente sobre a utilização do VEM para determinação da Margem Máxima, a resposta à Pergunta 131 foi clara ao deixar registrado que a metodologia para aprovação do P_0 não levaria em consideração eventual diferença existente entre o valor econômico mínimo da Comgás e seu patrimônio líquido:

Pergunta 131

Na Cláusula Décima Terceira, Quinta Subcláusula, lê-se: “A CSPE aprovará P_0 após avaliar a receita requerida para cobrir custos permitidos à CONCESSIONÁRIA obter uma remuneração apropriada para os seus ativos”. **No nosso entender a CSPE considerará, dentre os ativos, a diferença existente entre o valor econômico mínimo da COMGÁS e o seu patrimônio líquido na data da assinatura do Contrato de Concessão**, bem como os investimentos que forem realizados após a assinatura do Contrato de Concessão, como também futuras alterações dos critérios contábeis, como, por exemplo, o aumento das taxas de depreciação, e todos os valores deverão ser atualizados pelo IGPM. Solicitamos a confirmação do nosso entendimento pela Comissão dos Serviços Públicos de Energia.

Resposta 131

Não está correta a afirmação. A base de ativos a que se refere a questão está expressa na Subcláusula Sexta e Oitava da Cláusula Décima Terceira, considerando-se o valor contábil atual. A concessionária poderá proceder a reavaliação de ativos nos termos da legislação e, verificando-se diferenças entre os valores apurados e aqueles contabilizados, a CSPE por solicitação da concessionária analisará a adequação de sua incorporação para fins tarifários. Os investimentos novos, vinculados à prestação dos serviços, relativos às expansões, manutenção e operação serão acrescidos à base de ativos supra citada, bem como deduzidas as correspondentes depreciações.

51. Em consonância com as respostas acima transcritas, ao ser questionada sobre o valor da indenização a ser paga em eventual hipótese de encampação, a CSPE respondeu que a indenização seria calculada na forma propugnada pelo Contrato, ou seja, refletindo o valor dos ativos vinculados à concessão e não a expectativa de retorno associada ao valor pago no leilão:

Pergunta 79

A CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA não estabelece qualquer valor de indenização para o caso de encampação, tomando a minuta do Contrato de Concessão passível de disputa judicial, não dando qualquer mínima segurança à Concessionária. Em função das experiências internacionais, entendemos que a indenização a ser paga à Concessionária corresponderá a todo e qualquer pagamentos aos quais a Concessionária tenha direito de acordo com a legislação em vigor, sendo que o valor total da indenização não será inferior a uma quantia equivalente a: (a) 1,9 (um inteiro e nove décimos) * vezes o preço pago no LEILÃO pelo NOVO CONTROLADOR mais (b) a soma dos Investimentos realizados até a data do pagamento da indenização menos a depreciação acumulada destes investimentos, mais (c) uma quantia equivalente a (A+B) multiplicada pelo IGPM-FGV.

*Este fator é necessário para que o NOVO CONTROLADOR receba a indenização correspondente a 52,6889% do valor da empresa estabelecido pelo preço pago no Leilão.

Nossa afirmação ou entendimento é correto? Caso contrário, quais as razões?

Resposta 79

O entendimento não é correto. O valor da indenização no caso de encampação está previsto na sexta subcláusula da cláusula décima sétima.

52. Em síntese, portanto, ficou demonstrado que a expectativa do concessionário de ter um piso na base de remuneração regulatória - totalmente incompatível com a realidade dos bens vinculados ao serviço público - não lhe foi assegurada pela legislação, pelo Edital, pelo contrato ou até mesmo pelos questionamentos e respostas ao Edital

53. Não é razoável, portanto, que o empreendedor fie sua expectativa de um retorno extraordinário em um elemento isolado e de interpretação dúbia (a Pergunta 98), quando havia tantos outros elementos que demonstravam à partida que aquela expectativa não era tutelável.

III. Equilíbrio Econômico Financeiro do Contrato e Possibilidade de Alteração da Metodologia de Avaliação da Base de Ativos

54. Como referido acima, a diretriz estabelecida pelo contrato de concessão prevê que devem ser incluídos para fins de determinação da Margem Máxima somente os ativos efetivamente utilizados na prestação do serviço de gás canalizado. As metodologias que atenderem a tal diretriz estarão em consonância com o contrato.

55. Respeitada a diretriz do Contrato, não há, no entanto, um direito adquirido do concessionário a que seja adotada tal ou qual metodologia para avaliação, principalmente quando a metodologia defendida não está dentro dos parâmetros mínimos indicados na legislação, no Edital e no Contrato. Tendo em vista a longa

duração do contrato de concessão não é incomum que nos anos iniciais da concessão o Regulador adote metodologias de avaliação que acomodem com maior flexibilidade potenciais distorções advindas da assimetria de informações existente entre o Regulador e o agente.

56. No entanto, com o amadurecimento da concessão e também das informações à disposição do Regulador não é apenas possível, mas também recomendável a utilização de metodologias que dimensionem com maior precisão os ativos utilizados no serviço concedido, de forma que somente sejam remunerados aqueles intimamente relacionados à prestação do serviço público¹². É pertinente citar aqui a observação

¹² Tendo em vista que o VEM foi determinado pela projeção do fluxo de caixa esperado para a Comgás, a Companhia, é bastante provável que tenham sido incluídas receitas provenientes de outras atividades parte do objeto social da empresa, como atividades de exploração e produção, não atinentes à prestação do serviço de distribuição de gás. Essa expectativa é confirmada, por exemplo, na resposta à Pergunta 44:

Pergunta 44

O modelo do Contrato de Concessão anexo ao Edital n.º AS/F/805/99 dispõe na Primeira Subcláusula que a concessão a ser outorgada a COMGÁS o será para a “exploração dos serviços públicos de distribuição de gás canalizado”. Dentro da área ali delimitada. A Segunda Subcláusula do mesmo modelo do contrato de concessão determina que a CONCESSIONÁRIA somente poderá exercer outras atividades empresariais, tais como produção, importação, transporte e armazenamento do gás canalizado, mediante prévia e expressa aprovação da CSPE e demais organismos competentes, sendo certo que a CSPE poderá exigir que a CONCESSIONÁRIA estabeleça pessoas jurídicas distintas, quando entender necessário para a maior transparência do negócio. Por fim, a Quinta Subcláusula substitui e extingue quaisquer outras concessões conferidas anteriormente.

CONSIDERANDO que o Contrato de Concessão pre-existente entre a COMGÁS eo ESTADO DE SÃO PAULO datado de dezembro de 1996 previa dentre as atividades desenvolvidas pela CONCESSIONÁRIA a produção de gás;

CONSIDERANDO que a Usina Massinet Sorcinelli é um ativo que será adquirido pelo NOVO CONTROLADOR quando da compra das ações ordinárias da COMGÁS a serem leiloadas futuramente;

CONSIDERANDO que tal Usina destina-se à produção de gás carbônico para atender exclusivamente a um contrato de fornecimento firmado entre a COMGÁS e a Liquid Carbonic;

CONSIDERANDO que, a partir da privatização, a COMGÁS não estará mais autorizada a exercer atividade de produção;

feita na Nota Técnica n.º 148/2002/SER/SFF/ANEEL quando da análise da questão para avaliação dos ativos das distribuidoras de energia elétrica, que também foram privatizadas:

A conclusão é que o método do Valor de Negociação – representados pelas alternativas de **preço mínimo de venda e preço efetivamente pago no leilão** – geraria resultados arbitrários para a base de remuneração, favoráveis apenas aos controladores das concessionárias, porém injustos para os consumidores. Tais métodos poderiam implicar na remuneração de um nível de investimento superior ao efetivamente necessário para a prestação do serviço regulado, com efeitos negativos sob a ótica da eficiência alocativa. (p. 10)

CONSIDERANDO que a Usina Massinet Sorcinelli não dispõe de licenças ambientais e governamentais necessárias para operar, segundo informações obtidas na Sala de Informações da COMGÁS;

CONSIDERANDO que o processo para obtenção de tais licenças não é um processo simples, podendo demandar estudos ambientais demorados, inviabilizando pois a operação da Usina por tempo indeterminado;

PERGUNTA-SE:

1.1 A CSPE já emitiu quaisquer normas ou portarias ditando as regras necessárias para se requerer a autorização para a COMGÁS poder exercer a atividade de produção? Em caso positivo, favor indicar o normativo aplicável. 1.2 Em havendo tais regras, qual o tempo necessário, em média, para a emissão de tal autorização pela CSPE?

1.3 Na ausência de tais regras, estamos assumindo que a CSPE irá emitir, ato contínuo ao leilão de privatização e mediante normativo próprio, a necessária autorização para a COMGÁS poder exercer a atividade de produção de forma a minimizar os riscos que possam derivar da paralização da Usina Massinet Sorcinelli e consequente suspensão do fornecimento de gás carbônico à Liquid Carbonic. Favor confirmar tal entendimento.

1.4 Se a resposta ao item 1.3 for negativa, favor indicar quais as providências que a CSPE e a COMGÁS estão tomando para minimizar-se os riscos apontados no item 1.3.

Resposta 44

1.1 não

1.2 não existem

1.3 A consideração expressa pelo interessado de que a COMGÁS não mais estará autorizada a exercer a atividade de produção (Usina Massinet Sorcinelli) não se aplica. A concessionária poderá manter as eventuais demais atividades exercidas nos termos da Segunda e da Terceiras Subcláusulas da Cláusula Primeira, cujas datas de início do seu exercício precederem a data da assinatura do contrato de concessão, devendo, entretanto, submeter, em até 60 dias contados da data da citada assinatura, para a devida aprovação pela CSPE, nos termos do inciso VI da subcláusula vigésima primeira. A autorização da CSPE não eximirá a concessionária das demais exigências previstas pelos organismos competentes, inclusive os ambientais.

1.4 A situação permanece exatamente como período anterior ao do leilão de desestatização.

57. O posicionamento da ARSESP manifestado na Nota Técnica RTG n.º 002/2014 está alinhado com essa evolução recorrente observada na função do Regulador. Mais do que isso, a Agência deve, em atenção ao disposto na Lei e no contrato de concessão, buscar a modicidade tarifária a partir da remuneração adequada:

Na metodologia proposta para esta revisão, transcorrido já cerca de 50% do prazo da concessão, a ARSESP considera que as concessões alcançaram maturidade suficiente para aplicação estrita do contrato de concessão em razão da evolução dos mercados e da própria base de ativos. Conforme o contrato de concessão, o regulador deve avaliar e rever a base de ativos relacionados com a prestação do serviço, e que a depreciação tenha sido calculada adequadamente. (p.14)

58. Dessa forma, a diretriz adotada pela ARSESP na Deliberação n.º 402/2013 para levantamento físico dos ativos a serem utilizados para determinação da Margem de Distribuição não viola o equilíbrio econômico financeiro do contrato. A metodologia proposta não deixa de contemplar ativos que são inequivocamente utilizados para a prestação do serviço concedido, de modo que não há ruptura do equilíbrio econômico financeiro do contrato.

59. Como afirmado e reiterado nas respostas aos pedidos de esclarecimento ao Edital, é garantido ao concessionário pleitear à ARSESP a inclusão/reavaliação do ativo que não tenham sido considerados pelo Regulador ou não tenham sido contabilizados corretamente, mas não de ter uma garantia de receita associada ao valor econômico da empresa, apresentado quando da privatização da Comgás.

60. Em síntese, o que está protegido legal e contratualmente na hipótese é o direito do concessionário de incluir na base de remuneração aqueles ativos vinculados à prestação do serviço, conforme disposto na Oitava Subcláusula da cláusula décima

terceira. As normas de regência não protegeram a utilização de determinada metodologia e tampouco asseguraram uma garantia de retorno além do razoável, como pretende a Comgás.

IV. Da alegada prescrição administrativa

61. Além do aspecto material, alega ainda a Concessionária que a utilização de outra base de ativos que não o VEM para cálculo da margem máxima restaria prejudicada pela prescrição administrativa. Tal entendimento, contudo, carece de fundamento jurídico.

62. Isso porque, como já reforçado acima, desde que mantidas as diretrizes contratuais, não há determinação legal, editalícia ou contratual que impeça a utilização de metodologias diferentes nos diferentes ciclos de revisão tarifária. Não há direito adquirido à utilização de uma metodologia para determinação da remuneração do concessionário, há tão somente a garantia de que será preservado o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

63. Nesse sentido, em contexto análogo, é preciso o entendimento do E. STF e do E. STJ de que os servidores públicos não tem direito adquirido aos critérios definidores de sua remuneração, mas tão somente à manutenção do *quantum*, do equilíbrio remuneratório refletido na irredutibilidade de vencimentos:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 1.206/2001. IMPLANTAÇÃO DE SUBSÍDIO. IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS. DIREITO ADQUIRIDO. AUSÊNCIA. Conforme jurisprudência do colendo Supremo Tribunal Federal, o servidor público não tem direito adquirido à manutenção dos critérios legais embasadores de sua remuneração. Seu direito restringe-se à manutenção do

quantum remuneratório, calculado em conformidade com o que dispõe a legislação.

Agravo Regimental desprovido.

(AgRg nos EDcl no REsp 1026560/TO, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 30/05/2008, DJe 30/06/2008)

64. De forma semelhante, o concessionário não tem direito a que os critérios que definem sua remuneração, a exemplo da base de ativos regulatória, sejam mantidos intocáveis durante o período da concessão.

65. Além disso, trata-se aqui de uma relação jurídica de trato continuado, onde os efeitos da escolha da utilização do VEM como metodologia de avaliação dos ativos são protraídos no tempo e se renovam a cada ciclo, quando é feita nova escolha pela metodologia a ser adotada.

66. Ou seja, ao contrário do que pleiteia a concessionária, não se pode afastar a possibilidade de alteração da metodologia de avaliação da base de ativos com base na prescrição administrativa. A escolha de uma metodologia em determinado ciclo não vincula as próximas revisões, não encerrando um direito adquirido à adoção do VEM como base de remuneração. A discussão em relação ao alcance de eventual efeito prescricional estaria presente tão somente se fosse objeto de discussão a alteração do critério utilizado nas duas primeiras revisões. No entanto, esse não é o assunto da pauta em questão. Trata-se aqui tão somente da possibilidade de adoção de metodologia distinta do VEM para o próximo ciclo, com efeito *ex nunc*, portanto.

V. Da Análise do Precedente da ANEEL: Resolução n.º 493/2002

67. Questão muito semelhante foi enfrentada pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) quando da determinação da metodologia a ser utilizada para avaliação da base de ativos das distribuidoras de energia elétrica.

68. Seguindo racionalidade semelhante à determinada pelo Contrato da Comgás, a Resolução ANEEL n.º 493/2002 determinou que fossem considerados os seguintes ativos para a composição da base de ativos a serem remunerados pela concessão:

Art. 2º. A base de remuneração será composta da seguinte forma:

I – Ativo imobilizado em serviço, avaliado e depreciado conforme critérios estabelecidos nesta Resolução;

II – almoxarifado de operação, conforme critérios estabelecidos no Anexo X;

III – ativo diferido, conforme critérios estabelecidos no Anexo XI;

IV – obrigações especiais, proporcionalmente ao valor do investimento da concessionária;

V – capital de giro estritamente necessário à movimentação da concessionária, conforme critérios estabelecidos no Anexo XII.

69. Como referido no item 57, a ANEEL afastou a adoção do VEM como metodologia de avaliação de ativos por entender que, no contexto das privatizações brasileiras, não seria a metodologia mais adequada para o dimensionamento eficiente dos ativos, pois daria margem a potenciais resultados arbitrários, favorecendo às concessionárias, mas em detrimento dos consumidores, que estariam remunerando um ativo superdimensionado.

70. Isso porque, assim como observado para a Comgás, para a privatização das distribuidoras de EE, a calibragem do valor mínimo do leilão foi feita com base na expectativa de receitas (fluxo de caixa descontado) a serem geradas por todas as atividades constantes do objeto social da companhia, o valor econômico da empresa.

A base de remuneração que compõe a tarifa da concessionária, por sua vez, deve refletir apenas a estrutura de ativos necessários à prestação do serviço concedido.

71. Apesar da decisão da ANEEL ter sido muito bem fundamentada e motivada, as concessionárias de distribuição de energia elétrica recorreram ao Poder Judiciário. Nesse contexto, é válido registrar o entendimento do D. Juiz da 3ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal proferido ao negar a tutela antecipada para suspensão dos efeitos da metodologia fixada pela Resolução ANEEL n.º 493/2002:

Assim, incluir como quer a autora, o preço mínimo de alienação do controle acionário da empresa, como critério para determinação da base de remuneração para fins de revisão tarifária, constitui-se em inaceitável *bis in idem*, em claro e manifesto enriquecimento ilícito por parte das ora concessionárias de energia elétrica, porquanto o valor nominal pago pelas ações se constitui em patrimônio que se evolui com o próprio desempenho da empresa e do setor.

72. No mesmo sentido foi a decisão do E. Tribunal Regional Federal da 1ª Região ao confirmar a negativa da tutela no AI n.º 2003.01.00.001815-5:

A unidade do ato de alienação do controle acionário das empresas e de outorga ou renovação das concessões para exploração do serviço de distribuição de energia elétrica não me parece configurada para os efeitos pretendidos pela agravante. Basta ver que o controle acionário, na quase totalidade dos casos, era estadual, enquanto que a concessão é de competência da União.

Outro aspecto a considerar é que, se os valores das empresas foram superestimados com objetivos fiscais, ou seja, para satisfazer a interesses gerais da sociedade, não é sobre os consumidores de energia elétrica que deve recair o eventual ônus de manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

73. O caso da Resolução n.º 493/2002, portanto, vem em acréscimo aos argumentos aqui apresentados, mostrando a inadequação da utilização do VEM como metodologia de avaliação de ativos para fins de composição da base de remuneração da concessionária.

VI. Conclusão

74. Diante das considerações feitas acima, conclui-se:

- a. A metodologia proposta pela ARSESP pretende modificar a base de remuneração da concessionária de prestação de serviço de gás canalizado (COMGAS), considerando, para esse fim, a base de ativos efetivamente utilizados na prestação do serviço concedido.
- b. Desde que esteja em consonância com o determinado pela Oitava Subcláusula da Cláusula Décima Terceira, essa nova metodologia não constitui uma violação ao equilíbrio econômico financeiro do contrato.
- c. Não há imutabilidade da metodologia de avaliação de ativos (no caso, o VEM), nem direito adquirido ao regime atualmente em vigor.
- d. Restou demonstrado que o quadro normativo aplicável ao Contrato n.º CSPE/01/99 (lei, edital e contrato) apenas garantem ao concessionário um retorno razoável associado à concessão. A tarifa é fixada sob um modelo tarifa-teto (*price cap*) e revisada a cada ciclo segundo os parâmetros estabelecidos pelo Contrato. Não há garantia de que a metodologia a ser utilizada para determinação da base de ativos será o VEM, há tão somente uma diretriz geral a ser observada, a de que sejam incluídos apenas os ativos relacionados com a prestação do serviço de gás canalizado. Não é razoável que o concessionário funde sua expectativa de retorno

exclusivamente em uma manifestação isolada e contraditória, enquanto nem a lei, nem o Edital, nem o Contrato lhe asseguraram tal remuneração.

- e. Ademais, deve ser afastado o argumento de impossibilidade de adoção de nova metodologia em virtude da prescrição administrativa. A escolha de uma ou outra metodologia em determinado ciclo de revisão tarifária não vincula a metodologia que deverá ser adotada nos próximos ciclos. Dessa forma, não há que se falar que a adoção de nova metodologia estaria comprometida pelo fato de nos ciclos anteriores ter-se adotado o VEM como referência.