

TRENCH, ROSSI E WATANABE

ADVOGADOS

IRECÊ DE AZEVEDO MARQUES TRENCH
CARLOS ALBERTO DE SOUZA ROSSI
KAZUO WATANABE
VIRGÍLIO GARCIA CASSEMUNHA
SERGIO PAULA SOUZA CAIUBY
AUGUSTO MARIANNO DIAS NETTO
JULIANA LAURA BRUNA VIEGAS
EDUARDO DE CERQUEIRA LEITE
LUIZ ANTONIO D'ARACE VERGUEIRO
RICARDO COELHO SALLES
CLAUDIA FARKOUH PRADO
TULIO FREITAS DO EGITO COELHO
HÉRCULES CELESJUEKCI
ANTONIO CARLOS DE QUEIROZ FERREIRA
LUIZ FERNANDO AYRES DE MELLO PACHECO
ESTHER MIRIAM FLESCH
J. ROBERTO BALDOINI MARTINS
ANA TEREZA PALHARES BASILIO
ANNA TAVARES DE MELLO
FÁTIMA A. CARR
ANTONIO URBINO PENNA JÚNIOR
SILVANA BENINCASA DE CAMPOS
CLÁUDIO MANGONI MORETTI
RICARDO DORNELLES CHAVES BARCELLOS
SIMONE DIAS MUSA
ALBERTO MORI
JOSÉ AUGUSTO MARTINS
MÁRIO MASSANORI IWAMIZU
PALLO ROGÉRIO SEHN
RODRIGO SALES

ADRIANA G. DOS SANTOS BANDEIRA DE MELLO
ADRIANA BRAGHETTA
ADRIANA DUARTE DE CARVALHO
ADRIANA DE MENEZES DANTAS
ADRIANA RUIZ VICENTIN
ALESSANDRA MOSCARELLI
ALESSANDRA S. MACHADO VILLAS BÓAS
ALESSANDRO M. OLIVEIRA MARTINS
ALEXANDRE SIMÕES PINTO
ALVARO SCHMIDT GALLO NETO
ANA BEATRIZ KESSELRING
ANA CAROLINA BERTUCCELLI A. DE SOUZA
ANA CRISTINA MOREIRA DE MENEZES
ANA MARIA S. LOUREIRO RECARTE
ANA MARTHA DE C. BUENO CUNHA
ANA PAULA FERREIRA VIZINTINI
ANA SILVIA SOUZA CARMO DIAS
ANDRÉ GUELMAN
ANDREA ZOGHBI BRICK
ANTONIO SERGIO GIACOMINI JÚNIOR
AUGUSTO CARVALHO FARIA
BIANCA MARIA B. SIGNORINI ANTACLI
BRIGITTE ANN NIELSEN
BRUNO CARNEIRO MAEDA
CARLA LOBÃO BARROSO DE SOUZA
CARLOS EDUARDO ROMEIRO
CAROLINA SECCHES
CLARISSA G. MACHADO
CLAUDETTE VALENTIM BASTOS
CLAUDIA POSSI LOPES
CLAUDIA TORRES
CRISTIANE PEREIRA DE OLIVEIRA
CRISTIANE LUSTOSA SECCO
DAN SUGUIO
DANIELA SALDANHA PAZ

DANIELA DE VICO DE CARVALHO ALLI
DANIELLE C. GOMES DE ALMEIDA
DEBORA VISCONTE
FABIANA SGARBIERO
FABIANO MARTINS BRANDT
FABRICIO RYOTI BARRIOS OSAKI
FELIPE GUILHERME LAMB
FERNANDA ZACHARIAS FAUZE CARLOS
FLÁVIA LOPES ARAÚJO
FLÁVIA REBELLO PEREIRA
FLÁVIA MARIA VASCONCELOS PEREIRA
FLÁVIO EL-AMME PARANHOS
GINO BERRETTINI C. DO BRASIL
GLEDSON MARQUES DE CAMPOS
GRACIANA STELLA MUSSI
GUILHERME FIGUEIREDO MAIA LUZ
GUILHERME RIZZO AMARAL
HELOISA BARROSO UELZE
HUMBERTO LUCAS MARINI
JOANA PIRES ALBUQUERQUE E SILVA
JOÃO FRANCISCO REBELLO REGOS
JOAQUIM TAVARES DE PAIVA MUNIZ
JORGE GUTIERREZ CHAMLATI
JOSÉ FRANCISCO DE SOUZA ROLIM
JULIANA DE SAMPAIO LEMOS
JULIO CESAR KÜHNER DE OLIVEIRA
JURANDIR FERNANDES DE SOUSA
KARIN KLEMPF FRANCO MARKS
KARINA K. YUNAN KYRIAKOS SAAD
LARA SCHWARTZMANN
LEONARDO ALFRADIQUE MARTINS
LETICIA MAGALHÃES BORGES RIBEIRO
LORENA RIZZINI DE LEONEL
LUÍS FELIPE AGUIAR DE ANDRADE
LUIZ OTÁVIO PICLUM VILLELA

MÁRCIA ASSIS CALAFATE
MÁRCIO DE SOUZA POLTO
MARCO ANTÔNIO GARCIA L. LORENCINI
MARIA AUGUSTA SADI BUARRAJ
MARIA BEATRIZ ARMELIN RAMOS
MARIA BEATRIZ GUEDES MACHADO MELLO
MARIA FERNANDA DA ROSA MARTINS
MARIANA NEVES DE VITO
MARIANNA DE ASSUMPÇÃO MEDEIROS
MARIANNE ALBERS CIRNE LIMA
MARLON FETZNER
MARY LANE F. DE BULHÕES DORTAS
MARLOPES ZIMMERMANN
MIRELA RIGHETTI
MÔNICA DE C. PEREIRA P. CAVALCANTI
NAZIR TAKIEDDINE
NILO CUNHA F. DE MENDONÇA
NILSON LAUTENSCHLEGER JÚNIOR
PAULA ROCHA POMBO PASCHOLATI
PAULO CÉSAR PEREIRA DA SILVA
PAULO SERGIO RESTIFFE
REGINA G. NEVES DA SILVA
RENATA DE VASCONCELOS LIMA
RENATA KARVELIS FRANCO
RICARDO QUASS DUARTE
ROBERTA CHAVES SA BORGES
RODRIGO MOREIRA DE S. CARVALHO
TAMARA RAFIO NAHLZ
TATIANA NEVES SMOLENTZOV
TESSA VIEIRA DE SOUZA
VALÉRIA KASABKJIAN SCHRAMM
VINÍCIUS DE ANDRADE PRADO
VIVIANE NORONHA CANZIANI PAGANI
WALTER REGINA FILHO

PARECER

Consulente: Gas Brasileiro Distribuidora S.A.
Assunto: Metodologia de Revisão Tarifária; Inclusão do Valor Pago pela Concessão na Base de Remuneração Regulatória

Prezados Senhores,

I. FATOS

A Gas Brasileiro Distribuidora S.A., ora Consulente, apresentou a maior proposta financeira e venceu a licitação pública para outorga de concessão para exploração de serviços de distribuição de gás canalizado na área noroeste do Estado de São Paulo. O valor pago pela concessão, em 1999, foi de aproximadamente R\$274 milhões, superando a oferta mínima fixada no respectivo Edital, que era de R\$110 milhões. O objeto da licitação foi-lhe devidamente adjudicado. Em 10 de dezembro de 1999, a Consulente firmou o respectivo Contrato de Concessão nº CSPE/022/99.

O Contrato de Concessão prevê revisões tarifárias a cada período de cinco anos. Nos termos da Cláusula Décima Primeira, a Comissão de Serviços Públicos de Energia, "CSPE", deverá publicar a metodologia de cálculo para estabelecimento da nova estrutura tarifária. Com efeito, nos termos da Portaria CSPE 246, de 1/8/2003, a CSPE divulgou recentemente a metodologia de revisão tarifária, sob forma de proposta sujeita à consulta pública, através da Nota Técnica nº 1, de 29 de agosto de 2003.

Ao ver da Consulente, a metodologia divulgada foi direcionada indistintamente a todas as concessionárias de gás canalizado do Estado, sem, contudo, considerar as singularidades da Concessão da área noroeste. A Metodologia não esclareceu quais seriam os ativos integrantes da Base de Remuneração Regulatória, para fins de remuneração sobre o capital investido.

II. CONSULTA

Diante das dúvidas quanto à Metodologia proposta pelo órgão regulador, e sem prejuízo de pedidos formais de esclarecimento que serão dirigidos à própria CSPE, a Consulente nos formula as seguintes perguntas:

1. *O valor pago pela outorga da Concessão deve ser considerado na "Base de Remuneração Regulatória", para fins de cálculo da remuneração do capital investido da Concessionária?*
2. *No caso de a resposta acima ser pela afirmativa, qual valor deverá ser considerado nessa Base: o valor da oferta mínima, previsto no Edital, ou o valor efetivamente pago pela Concessionária?*
3. *A inclusão do valor pago pela Concessão na "Base de Remuneração Regulatória" ofenderia o Princípio da Modicidade Tarifária?*

III. FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

Natureza Jurídica do Valor Pago pela Concessão

Preliminarmente, é importante esclarecer a correta natureza jurídica do valor pago pela Consulente pela Concessão.

Ao contrário das licitações públicas promovidas nos anos 90 para a desestatização de companhias já existentes, onde se venderam ações representando o controle da concessionária, a licitação para a área noroeste envolveu tão-somente a outorga de um *DIREITO*, qual seja, o de concessão para distribuir e comercializar gás na região, com exclusividade, por determinado período de tempo.

Nos termos da legislação societária, fiscal e contábil, a Consulente contabilizou o valor pago pela Concessão como “ativo imobilizado intangível”¹. Tomando por base o Plano de Contas aprovado pela CSPE², a Consulente classifica esse valor na Conta “Sistema de Distribuição/ Imobilizado em Serviço/ Intangíveis”. A Consulente envia periodicamente seus Balancetes Mensais Padronizados à CSPE, nos quais indica tal classificação.

Ressalte-se também que o preço pago pela Consulente relaciona-se diretamente ao objeto da Concessão. Mais que isso, a Concessão constitui o elemento essencial, a condição legal e *sine qua non* para a prestação dos serviços públicos. Em última análise, é a titularidade da concessão que permite à Concessionária realizar seu objeto social.

Assim, parece-nos preclaro e inequívoco que o valor pago pela Concessão é um “ativo relacionado com a prestação dos serviços concedidos”, nos termos da Cláusula Décima Terceira do Contrato de Concessão, e que, portanto, deve a Metodologia contemplar esse montante para fins de remuneração do capital investido.

Outorga Onerosa da Concessão, pela Maior Oferta

Outra peculiaridade da Concessão para a área noroeste é que a modalidade adotada foi a de outorga onerosa, pelo critério de *maior oferta*.

Através do Decreto nº 44.201, de 24 de agosto de 1999, o Governador, acatando recomendação do Conselho Diretor do Programa Estadual de Desestatização no Estado de São Paulo, autorizou a adoção de procedimentos para outorga de concessão “a ser efetivada na modalidade de concorrência, do tipo melhor oferta”. Fiel ao decreto governamental, o respectivo Edital licitatório, em seu item 9.1.2, determinava a

¹ Cf. art. 325, I, “a” do Regulamento do Imposto de Renda de 1999, aprovado pelo Decreto 3000/99.

² Cf. Portaria nº 22, de 12/11/99.

.4.
modalidade de concorrência pela maior oferta. Modalidade semelhante foi adotada também para a concessão relativa à área sul do Estado, através do Decreto nº 44.674, de 31 de janeiro de 2000.

É bem verdade que a lei paulista de concessões (nº 7835, de 8 de maio de 1992) dá preferência a outorgas onerosas, conforme art. 5º:

“O edital de licitação deverá prever que o julgamento seja feito em razão do preço proposto pelo concorrente, salvo quando relevantes razões de interesse público, devidamente justificadas, recomendem a utilização de outro critério objetivo, dentre os quais os demais critérios fixados no art. 42 da Lei nº 6544, de 22/11/89.” (grifamos)

Note-se que os processos de outorga para as áreas sul e noroeste foram distintos do processo referente à outorga feita à Companhia de Gás de São Paulo - COMGÁS. Naquele caso, e considerando que a COMGÁS encontrava-se incluída no Programa Estadual de Desestatização, autorizou-se a outorga de nova concessão “simultaneamente à alienação de ações ordinárias nominativas representativas de seu controle acionário”. Tal decisão tinha guarida no art. 27, *caput*, e parágrafo 3º da Lei federal 9074, de 7 de julho de 1995. Assim, vale dizer, para a presente análise, que a outorga no caso da COMGÁS foi feita a título não-oneroso, simultaneamente à venda das ações de controle daquela companhia.

Na época de elaboração das regras do Edital da área Noroeste, o Poder Concedente poderia ter optado, por exemplo, pela outorga *não-onerosa*, adotando os critérios de "menor tarifa", ou "melhor proposta técnica", ou ainda uma combinação de critérios.³ Aliás, mais recentemente, com relação à outorga de concessões “green-field”, os governos têm mostrado preferência por outorgas não-onerosas, selecionando-se a “menor tarifa” ou “menor receita assegurada”, tal como ocorre com as licitações de concessão para linhas de transmissão de energia elétrica.

A grande vantagem da outorga não-onerosa é a de permitir que o concessionário invista seus recursos diretamente em bens operacionais, sem precisar pagar ao

Estado pelo “bem intangível”, ou seja, pelo direito concessório. Nas outorgas não-onerosas, não há de se falar no “ativo intangível”, como ora analisado, pois não há pagamento pela aquisição de direitos concessórios. A outorga não-onerosa, pela menor tarifa, visa a trazer benefícios diretos aos usuários do serviço concedido.

Por outro lado, a modalidade de “outorga onerosa pela maior oferta” tem a vantagem de fortalecer os cofres públicos, o que beneficia toda a coletividade, e não apenas os usuários do serviço público concedido. Assinale-se, por justiça, que o critério de “maior oferta” mostrou-se muito bem sucedido no setor gasista, haja vista as altas somas arrecadadas pelas áreas sul e noroeste do Estado de São Paulo.

No caso da área noroeste, a Consulente efetuou o pagamento do preço da Concessão à vista, antes da assinatura do Contrato de Concessão e antes mesmo de iniciar suas operações, o que significou uma entrada imediata de recursos ao Erário e um enorme investimento pela Consulente. É sabido que há concessões de projetos “green-field” em que o concessionário pode pagar o preço em parcelas, e somente a partir do início de sua operação comercial.⁴

Como não poderia ser diferente, o critério de outorga onerosa, pela maior oferta, exige uma contrapartida por parte do Poder Concedente: este deve reconhecer o valor do ativo vendido ao particular, vale dizer, o valor pago pela concessão, para todos os fins da concessão, mormente para fins de remuneração tarifária.

Uma vez que o critério utilizado pelo Poder Concedente -- dentro de seu juízo discricionário sobre conveniência e oportunidade -- foi o de maior oferta de pagamento para a outorga da concessão quando da edição do Edital, não seria possível alterá-lo anos depois, no momento da revisão tarifária.

Se a Metodologia não considerasse o valor pago pela Concessão (fato que aqui se admite apenas por argumentação), estar-se-iam modificando os alicerces econômico-financeiros previstos desde o Edital, impondo-se gravames que não foram sopesados pela Concessionária quando da elaboração de sua proposta. O pressuposto da assunção de obrigações por um concessionário só pode estar fundado na segurança de que o

³ Cf. art. 42 da Lei nº 6554, de 22/11/89.

⁴ É o caso das recentes licitações públicas promovidas pela ANEEL para outorga de concessão de exploração de aproveitamentos hidrelétricos, como o Edital de Leilão nº 001/2002.

proveito econômico decorrente dos termos estipulados fica a salvo de alterações gravosas realizadas pelo Poder Público.

Na conceituação dada por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO⁵, o contrato administrativo *"é um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas sujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado"*.

Neste sentido, os autores distinguem nos contratos administrativos e notadamente nas concessões – pois a teoria dos contratos administrativos foi montada sobre a teoria das concessões de serviço público, como bem observou AGUSTIN GORDILLO⁶ -- cláusulas ditas regulamentares e cláusulas pertinentes à remuneração da contraparte. Ditas cláusulas regulamentares são mutáveis unilateralmente por ato da Administração e concernentes às condições de prestação do serviço, sendo lógico e certo que a relação jurídica em apreço instaura-se face ao interesse público e, portanto, é natural a contínua adequação do serviço às razões de utilidade pública.

De par com as sobreditas cláusulas, existem no contrato administrativo dispositivos que, reversamente, são imutáveis unilateralmente, uma vez que concernem aos interesses pecuniários do contratado, os quais foram determinantes para o seu engajamento no vínculo estabelecido com o Poder Público. Concernem, no caso da concessão, à equação econômico-financeira a que faz jus o concessionário.

Ora, se o Poder Público-contratante pudesse alterar unilateralmente o contrato, jamais encontraria quem quisesse com ele contratar, como bem observou FRANCIS-PAUL BENOÎT.⁷

Assim, o não reconhecimento do valor pago pela Consulente para outorga da Concessão implicaria alteração unilateral das condições econômico-financeiras previstas no Edital e no Contrato de Concessão, alteração essa que seria desautorizada por lei.

⁵ in "Curso de Direito Administrativo", Malheiros Editores, 5ª ed. 1994, pág. 328.

⁶ in "Contratos Administrativos", Editora AADA, 1977, pág. 13.

Valor Reconhecido para Fins de Remuneração do Investimento na Concessão

Vimos acima que o valor pago pela Concessão em tela é um ativo relacionado à prestação dos serviços públicos. A Concessão foi licitada na modalidade de maior oferta, vencendo a maior proposta dada pela Consulente. Enfrenta-se agora a indagação de qual seria o valor reconhecido para fins de remuneração: a oferta mínima prevista no Edital ou o valor pago pela Concessionária?

Preliminarmente, é importante esclarecer-se uma imprecisão terminológica. Na linguagem comum, amplificada pelos noticiários, é costumeiro ouvir-se que a Consulente teria pago "ágio" pela Concessão. Obviamente, esse termo é tecnicamente incorreto e poderia induzir o intérprete a conclusões equivocadas.

Os termos contábeis e fiscais "ágio" e "deságio" se relacionam exclusivamente à aquisição de investimentos em sociedades coligadas ou controladas. Na aquisição de tais investimentos em pessoas jurídicas, o valor pago pela participação societária, superior ou inferior ao valor do patrimônio líquido da investida, proporcionalmente à participação adquirida, deve ser registrado como ágio ou deságio, respectivamente.

Contudo, em se tratando de um *direito* de explorar determinado serviço, como é o caso da Concessão em análise, a totalidade do valor pago deverá ser registrada como ativo intangível, que estará sujeito a amortização, sem distinção entre "oferta mínima" e "valor pago". Segundo informam V.Sas., a Consulente obedeceu às regras contábeis e fiscais aplicáveis e registrou como ativo intangível o *valor integral pago pela Concessão*.

Aliás, ressalte-se, a "oferta mínima" constante do Edital (não obstante ter sido recomendada após criteriosa avaliação econômico-financeira, nos termos da lei) servia apenas como *referência* ou *parâmetro mínimo* para as propostas dos licitantes. Essa era a cifra mínima aceitável pelo Governo para outorgar a Concessão, abaixo da qual as propostas seriam "liminarmente desclassificadas".⁸ Portanto, a "oferta mínima" não gerou qualquer outro efeito jurídico ou contábil relevante. A oferta mínima não é reconhecida

⁷ *in* Le Droit Administratif Français, Dalloz, 1968, pág. 588.

⁸ Cf. item 9.1.1, III do Edital.

.8.
legalmente como parâmetro de valor da Concessão, nem como base para fins de política tarifária.

Aos olhos do direito, portanto, o único valor de relevância jurídica é o valor da proposta. Como será visto a seguir, esse montante é protegido juridicamente pelos princípios do equilíbrio econômico-financeiro e justa remuneração.

Princípios Norteadores da Política Tarifária: Equilíbrio Econômico-Financeiro, Justa Remuneração do Concessionário e Modicidade de Tarifas

Nos três primeiros tópicos deste parecer, verificamos que o valor pago pela concessão constitui-se ativo intangível da concessionária de serviços públicos. Vimos que esse ativo é reconhecido, em sua integralidade, para todos os fins de direito, sendo inclusive classificado como tal de acordo com Plano de Contas da CSPE. Concluímos que tal ativo intangível representa o direito concessório, que permite à Consulente distribuir e comercializar gás na área noroeste, em cumprimento ao Contrato de Concessão e ao objeto social da companhia.

No penúltimo tópico acima, ressaltamos que a licitação para a concessão da área noroeste foi bastante distinta das licitações do programa de desestatização. Para a área noroeste, o Poder Concedente licitou e vendeu um DIREITO concessório (e não ações de companhias concessionárias). A compradora desse direito foi a própria concessionária/ prestadora do serviço público. O modelo escolhido foi o de outorga onerosa, que traz vantagens ao Erário público, mas que também lhe traz a obrigação reflexa de reconhecer o valor pago pela concessionária dentre os ativos a serem remunerados.

Por fim, também vimos acima que o modelo licitatório escolhido foi o de “melhor oferta” pela aquisição da concessão e que a “melhor oferta” (e não a “oferta mínima”) deve ser considerada, respeitada e protegida à luz do Direito.

Fixados os conceitos acima, devemos agora adentrar no cerne desse parecer, vale dizer, devemos avaliar as singularidades da Concessão da área noroeste sob os preceitos que norteiam a política tarifária.

Ora, a política tarifária se estriba em três princípios de igual relevância e complementaridade: o respeito à proposta original, ou manutenção do equilíbrio econômico-financeiro; a justa remuneração do concessionário; e a modicidade tarifária.

De nada valeria ao Poder Concedente reduzir a tarifa abaixo do nível da justa remuneração do concessionário, pois desse modo inibiria o investimento de particulares na concessão. Por outro lado, a estrutura tarifária deve também garantir ao usuário preço módico pelo serviço, e nesse sentido o Poder Público deve evitar remuneração exacerbada ao concessionário. Sobre esses dois conceitos paira o equilíbrio-econômico financeiro, que garante a manutenção da proposta original, feita pelo particular, e adjudicada pelo Poder Público.

Vejamos esses princípios em maiores detalhes.

O princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro encontra guarida na Constituição da República, em seu art. 37, XXI, que assegura aos licitantes a *manutenção das condições efetivas da proposta*.

O princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro em contratos de concessão manifesta-se, sobretudo, na política tarifária. Na Constituição de 1967, o art. 167 determinava expressamente que a política tarifária deveria contemplar a *justa remuneração do capital e o melhoramento e a expansão dos serviços*. Já a Constituição de 1988, em seu art. 175, incumbiu à lei ordinária dispor sobre política tarifária.

Em consonância com o ditame constitucional, a Lei de Concessões dispôs sobre normas gerais da Política Tarifária. O art. 9º determinou que "*a tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora*", associando, portanto, proposta e tarifa, como elementos intercomplementares. Ademais, a Lei de Concessões reconheceu expressamente a aplicação do equilíbrio econômico-financeiro à política tarifária⁹.

⁹ Cf. art. 9º, parágrafos 2º a 4º e art. 10.

A Lei de Concessões paulista¹⁰ houve por bem imprimir em sua Política Tarifária, de modo inequívoco, o direito à justa remuneração do concessionário, como segue:

"Art. 11. A tarifa, cobrada diretamente dos usuários, é o componente da remuneração devida ao concessionário, devendo ser fixada segundo critérios que propiciem harmonia entre a exigência da prestação e de manutenção do serviço adequado e a justa remuneração da empresa concessionária" (destacou-se)

Nossa doutrina há muito vem se debruçando sobre o assunto¹¹, entendendo, de modo geral, que a "justa remuneração" implica o cômputo não somente do capital já investido, mas também daquele necessário à expansão e melhoramento do serviço.¹² Assim, a tarifa deve proporcionar remuneração suficiente para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e permitir ao concessionário a "perene adequação do serviço público às necessidades dos usuários".¹³ O comentário de Francisco Campos, feito a respeito desse princípio tal como inserido na Constituição de 1946, é surpreendentemente atual:

"A Constituição recomenda que as tarifas sejam calculadas de maneira a não desanimar os capitais necessários à expansão e melhoramento dos serviços de se invertermem nas indústrias de produção e distribuição das utilidades públicas." ¹⁴

E depois, citando decisão da Suprema Corte norte-americana:

"A remuneração deveria ser razoavelmente suficiente para que a solidez financeira da companhia inspirasse confiança e fosse capaz, sob uma direção eficiente e econômica, de manter seu crédito, permitindo-lhe obter o capital necessário ao conveniente exercício dos seus deveres públicos. (...) uma renda fraca, incerta

¹⁰ Lei nº 7835, de 8 de maio de 1992.

¹¹ Ver, por exemplo, as lições dos saudosos juristas Themistocles Cavalcanti, in "Curso de Direito Administrativo", 4ª ed., 1956, p. 329 e ss., Mário Masagão in "Curso de Direito Administrativo", 3ª ed. revisada, pp. 299 e ss., e Francisco Campos, in "Direito Administrativo", 1ª ed., 1943, pp.149 e ss.

¹² Francisco Campos, *op. cit.*

¹³ Hely Lopes Meirelles in "Estudos e Pareceres de Direito Público", vol. VIII, 1ª ed., 1984, p.389.

¹⁴ *Op. cit.*

e irregular faz baixar o preço dos títulos e os capitais passam a exigir juros mais elevados."¹⁵

Dentre os autores mais recentes, é comum a idéia de que "justa remuneração" significa que a tarifa deve ser suficiente para cobrir os custos do serviço e, ainda, propiciar lucro ao concessionário. Tal equação econômica, estabelecida nos primórdios da concessão, deve ser mantida durante todo o termo contratual.

Na aclamada e sempre oportuna lição do Professor CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, "*o contrato administrativo, por parte da Administração, destina-se ao atendimento das necessidades públicas, mas por parte do contratado objetiva o lucro, através da remuneração consubstanciada nas cláusulas econômicas e financeiras. Esse lucro há que ser assegurado nos termos iniciais do ajuste, durante a execução do contrato, em sua plenitude, mesmo que a Administração se veja compelida a modificar o projeto.*"¹⁶

Importante mencionar que, apesar de a natureza da concessão ser associativa (ou seja, todos os integrantes da relação – ente concedente, usuários e empresas privadas - unem esforços para a prestação de serviços essenciais à coletividade), não se pode furtar em afirmar que também é objetivo do concessionário o aviamento. Ou seja, para além da efetiva prestação de serviços de qualidade à sociedade, o lucro é aspecto importantíssimo para a atração de capital privado aos serviços públicos. Para MARÇAL JUSTEN FILHO¹⁷:

“Daí se extrai que o lucro do concessionário também integra o interesse do Estado e da Sociedade Civil. Sem esse lucro, torna-se inviável a concessão, o que inviabiliza o modelo concebido. Portanto, a ausência de lucro do concessionário afeta negativamente o interesse tanto do Estado com da própria comunidade”.

No Contrato de Concessão sob análise, os princípios do equilíbrio econômico-financeiro e da justa remuneração do concessionário se materializam através do conceito de "remuneração apropriada" ou "rentabilidade razoável", que norteia as regras para o estabelecimento das tarifas-teto a partir do segundo ciclo da Concessão. Podemos identificar

¹⁵ *Op. cit.*

¹⁶ *Apud in* Curso de Direito Administrativo, Malheiros, 12ª edição atualizada e revisada, 2000, página 559.

alguns critérios que, nos termos do Contrato de Concessão, deverão informar a metodologia de revisão tarifária:

- a metodologia deve permitir à concessionária obter receitas suficientes para cobrir os custos adequados da operação, manutenção e impostos, relacionados com a prestação dos serviços de distribuição de gás canalizado, bem como de sua rentabilidade razoável,¹⁸

- para determinar a Margem Máxima embutida nas tarifas-teto, a CSPE levará em conta a oportunidade de a Concessionária obter uma remuneração apropriada sobre a sua base de ativos,¹⁹

- o concessionário deverá fornecer a base de ativos da empresa, sendo que a CSPE revisará tal base para que somente sejam incluídos ativos relacionados com a prestação do serviço e que a depreciação tenha sido calculada adequadamente.²⁰

Portanto, a metodologia para determinação da "remuneração apropriada" levará em conta, sim, o valor dos ativos da empresa. Pois, de nada adiantaria reconhecer-se custos e fixar-se percentuais de rentabilidade do investimento se a *base de ativos* (ou seja, a base de cálculo dessa rentabilidade) fosse arbitrariamente reduzida. Se isso ocorresse, o concessionário estaria na prática se empobrecendo, na medida em que não estaria percebendo a remuneração adequada pelo capital investido.

Por fim, quanto à derradeira indagação da Consulente, haveria contradição entre os princípios do equilíbrio econômico-financeiro e justa remuneração, de um lado, e da modicidade tarifária, de outro? Assim não nos parece.

Ao contrário de setores como os de saneamento básico e energia elétrica, os usuários do gás natural podem livremente optar por outras alternativas energéticas, tais como o GLP, biomassa e óleos combustíveis, entre vários outros. Além disso, o regime

¹⁷ *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, São Paulo, Dialética, 2003, p. 63.

¹⁸ Cláusula Décima Terceira, Primeira Subcláusula.

¹⁹ Cláusula Décima Terceira, Quinta Subcláusula, II e Décima Subcláusula.

²⁰ Cláusula Décima Terceira, Oitava Subcláusula.

.13.
tarifário adotado nas concessões de gás é o de margens máximas e tarifas-teto. Assim, o reconhecimento do preço pago pela Concessão na margem máxima e tarifas-teto não resultará, necessariamente, no repasse aos usuários ou em aumento de tarifas. As distribuidoras não detêm monopólio do mercado de energéticos, mormente as concessionárias “green-field”, que estão conquistando mercados. Pelo contrário, para ganhar mercados, as concessionárias de gás poderão eventualmente praticar descontos nas tarifas-teto, ou praticar estruturas tarifárias competitivas que lhes permitam conquistar mais usuários.

Não obstante, se, no caso extremo, a modicidade tarifária estivesse ameaçada, o Poder Público poderia lançar mão de diversas alternativas previstas em nossa legislação²¹ visando à manter a modicidade tarifária e o interesse público, tais como permitir eventuais receitas alternativas às concessionárias ou revisar o Plano de Metas, por exemplo.²²

Assim, a política tarifária está fundada em um tripé de princípios igualmente essenciais, inarredáveis, intercomplementares e autolimitantes: respeito às condições originais da proposta, justa remuneração e modicidade tarifária. Não se pode desrespeitar um desses princípios (por exemplo, justa remuneração) sob a justificativa de se estar obedecendo aos demais (por exemplo a modicidade tarifária).

IV. RESPOSTAS

Diante do exposto, respondemos às suas indagações:

1. *O valor pago pela outorga da Concessão deve ser considerado na “Base de Remuneração Regulatória”, para fins de cálculo da remuneração do capital investido da Concessionária?*

²¹ Cf. Art. 11 da Lei nº8987/95.

²² Ver a respeito Maria Sylvia Zanella di Pietro, in “Direito Administrativo”, 10ª edição, 1998, p. 244).

SIM. O valor pago pela Consulente foi contabilizado como ativo imobilizado intangível da Concessionária, está diretamente relacionado à prestação do serviço e, assim, nos termos do Contrato de Concessão, deve ser considerado na “Base de Remuneração Regulatória” para fins de revisão tarifária e remuneração do capital investido.

2. *No caso de a resposta acima ser pela afirmativa, qual valor deverá ser considerado nessa Base: o valor da oferta mínima, previsto no Edital, ou o valor efetivamente pago pela Concessionária?*

A Consulente deverá considerar o **VALOR EFETIVAMENTE PAGO PELA CONCESSÃO**, vale dizer, o valor de sua **PROPOSTA VENCEDORA**. É a proposta vencedora -- e não a oferta mínima (mero valor de referência) -- que tem relevância para o mundo jurídico, sendo tutelada por princípios constitucionais e legais. O Edital de licitação da área noroeste adotou o modelo de outorga onerosa pela maior oferta. Fixada a modalidade da concorrência pública, não poderia o Poder Público repudiar, agora, para fins de revisão tarifária, o valor da proposta vencedora, sob pena de frustrar as premissas econômico-financeiras do certame licitatório.

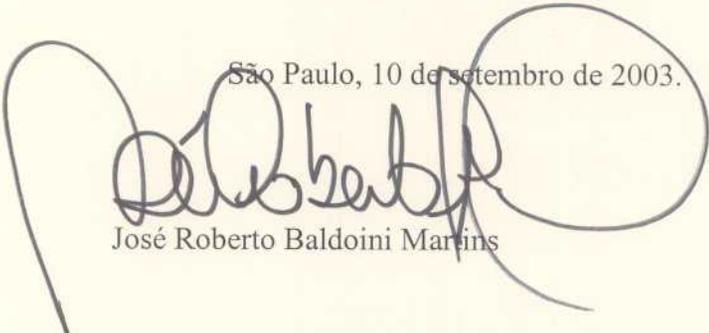
3. *A inclusão do valor pago pela Concessão na “Base de Remuneração Regulatória” ofenderia o Princípio da Modicidade Tarifária?*

NÃO. A inclusão do valor pago pela Concessão na Base de Remuneração Regulatória é um imperativo constitucional e legal, decorrente da escolha do Poder Concedente pela modalidade de outorga onerosa da Concessão em tela. Ao cumprir-se esse imperativo, não somente não se estará ofendendo ao Princípio da Modicidade Tarifária, mas, também, estar-se-ão cumprindo dois outros princípios igualmente essenciais, intercomplementares e inarredáveis, que regem a política tarifária: o respeito à proposta inicial (equilíbrio econômico-financeiro) e a justa remuneração do concessionário.

Caso o Poder Concedente identifique ameaças à modicidade tarifária, terá ele à sua disposição outros mecanismos legais para garanti-la, não sendo necessário violar o direito líquido e certo da Consulente à justa remuneração.

Além do mais, o reconhecimento do valor pago na Concessão não será necessariamente repassado ao consumidor. A Consulente atua em área “green-field”, onde não há infraestrutura de gás canalizado, e, portanto, não detém poder sobre o mercado energético ou sobre seus usuários. Os consumidores poderão facilmente optar por outras alternativas mais baratas caso a tarifa do gás canalizado seja considerada alta demais. O regime tarifário da Concessão da Consulente prevê um sistema de margens máximas e tarifas-teto, o que dá flexibilidade às concessionárias (sempre com o aval da CSPE) de aplicar descontos ou estruturar tarifas entre os segmentos, de modo a manter a modicidade e a competitividade do gás.

São Paulo, 10 de setembro de 2003.



José Roberto Baldoini Martins