

Para

Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul – AGERGS

Assunto: Contribuição à Consulta Pública nº 05/2024

A **Braz, Coelho, Veras, Lessa, Bueno e Advogados** vem, a pedido da Sulgás, apresentar contribuições à Consulta Pública nº 05/2024, que tem por objeto a Revisão Tarifária Ordinária da Companhia de Gás do Estado do Rio Grande do Sul – Sulgás.

Em síntese, o documento aborda a sugestão de adequação contratual, conforme ventilado pela Informação DT nº 79/2024, por meio de dois eixos temáticos: *(i)* a eficiência na regulação tarifária por custo de serviço; e *(ii)* a preservação da segurança jurídica como vetor da concessão de distribuição de gás canalizado. Ao final, sintetizamos nossa contribuição no quadro modelo disponibilizado por esta ilustre Agência Reguladora.

I. Introdução

1. A Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (“AGERGS”) instaurou a Consulta Pública nº 05/2024, com o desiderato de instruir o Processo nº 000191-39.00/24-7, que trata da Revisão Tarifária Ordinária (“RTO”) da Companhia de Gás do Estado do Rio Grande do Sul (“Sulgás” ou “Concessionária”), referente ao ano de 2024.

2. Como forma de subsidiar as contribuições, a agência reguladora disponibilizou, em seu sítio eletrônico, os arquivos da Consulta Pública, dentre os quais se inclui a Informação DT nº 79/2024. Cuida-se de documento lavrado pela área técnica da AGERGS, o qual apresenta a margem bruta e a estrutura tarifária do próximo ciclo da concessão.

3. Na oportunidade, o órgão técnico da agência reguladora recomendou ao seu Conselho Superior que fosse levada a efeito a adequação do contrato concessão, por intermédio da celebração de termo aditivo. Tal investida teria a

finalidade de implementar mecanismos que estimulem “a eficiência, a modicidade tarifária e o justo retorno dos investimentos”, conforme item 2.7 (Apuração da Margem Bruta).

4. Essa recomendação parte do pressuposto que a modelagem contratual vigente não fornece incentivos adequados ao aumento da eficiência, que seria compartilhado entre a concessionária e os usuários. De acordo com a Controladoria Geral do Estado (“CAGE”), a metodologia de remuneração do capital empregado, pelo Contrato de Concessão, enseja a criação de um risco de crescimento dos custos operacionais, do custo do investimento e da depreciação, sem o correspondente aumento do volume distribuído, afetando a economicidade das tarifas.

5. Diante da preocupação exarada, pela área técnica da AGERGS, a **Braz, Coelho, Veras, Lessa, Bueno e Advogados** vem, a título colaborativo, apresentar contribuições acerca dos objetivos da regulação tarifária veiculada pelo seu Contrato de Concessão. Em nossa visão, o princípio da eficiência é inerente ao modelo *cost plus*, razão pela qual a revisão tarifária já é construída com base em mecanismos de geração de eficiência, modicidade tarifária, justo retorno dos investimentos e desoneração do usuário.

6. Por isso, a recomendação de alteração contratual deve ser vista com cautela, tendo em vista que alterações em cláusulas econômicas, poderiam desnaturar a base objetiva do contrato de concessão, bem como prejudicar a segurança jurídica.

7. Para além disso, temos para nós que o próprio Contrato de Concessão já é munido de mecanismos endo-contratuais suficientes, a induzir à eficiência operacional da Concessionária, os quais poderiam ser complementados pela regulação colaborativa da AGERGS.

8. Fixadas tais premissas, passa-se a expor as razões que fundamentam a presente contribuição. Em primeiro lugar, será apresentada a correlação entre o primado da eficiência e o modelo tarifário adotado pelo Contrato de Concessão da Sulgás, bem como a diferença conceitual existente entre eficiência e economicidade. Em seguida, apontar-se-á em que medida a manutenção das bases econômicas do projeto atende ao primado da segurança jurídica, sob a perspectiva do usuário, da Concessionária e do Poder Concedente. Ao final, a

contribuição será sistematizada na tabela disponibilizada por esta ilustre Agência Reguladora.

II. A eficiência na regulação tarifária por custo de serviço

9. Como se sabe, a relação concessória da Sulgás se encontra submetida à metodologia do custo do serviço (*rate of return* ou *cost plus*), baseada nos custos despendidos, pela Concessionária, para executar o cometimento público, sobre os quais incide uma taxa de rentabilidade.

10. Nesse sentido, a Cláusula 7, do Contrato de Concessão, dispõe que a Concessionária promoverá, a seu encargo exclusivo, a implantação da infraestrutura, nas áreas concedidas, cujos estudos “de viabilidade econômica justifiquem a rentabilidade dos investimentos realizados”, segundo as taxas de retorno que garantam sempre a segurança e a justa retribuição do capital investido.

11. Em sentido semelhante, a Cláusula 14, do instrumento contratual, prescreve que as tarifas do serviço de distribuição de gás devem cobrir todas as despesas realizadas pela Concessionária e remunerar o capital investido. O dispositivo é pormenorizado pelo Anexo I, o qual estabelece a metodologia de cálculo da tarifa.

12. Esse modelo de remuneração da Concessionária, calcado em uma taxa de retorno fixa, é característico do método denominado de custo do serviço. Cuida-se de método que tem lugar pela fixação da taxa de retorno¹, baseada na análise dos custos operacionais do contrato. Dito em outros termos, a estipulação do valor considera a estimativa do montante destinado a fazer frente à globalidade dos custos de operação do serviço (custos operacionais e financeiros), adicionando-se um percentual de retorno assegurado à Concessionária.

13. A fixação tarifária, pelo custo do serviço, generalizou-se, a partir da experiência da regulação dos “monopólios privados” do direito norte-americano, com o objetivo principal de coibir práticas de elevação artificial de preços,

¹ Cuida-se de metodologia que remonta ao art. 180, inciso I, do Decreto nº 24.643/1934, o qual previa que a definição de tarifas razoáveis, sob a forma do serviço pelo custo, deveria levar em conta: (i) todas as despesas e operações, impostos e taxas de qualquer natureza, lançados sobre a empresa, excluídas as taxas de benefício; (ii) as reservas para depreciação; e (iii) a remuneração do seu capital.

distanciados do custo real da prestação dos serviços². Como leciona Marçal Justen Filho³, o modelo de custo de serviço significa que a tarifa deve se orientar a “produzir remuneração necessária a compensar custos diretos e indiretos, inclusive os investimentos necessários à ampliação do serviço e a margem de lucro do concessionário”. Trata-se de modelo que assegura ao concessionário uma remuneração que permite a amortização de seus investimentos, a compensação de seus custos e a obtenção de um retorno satisfatório.

14. Em sentido similar, Aline Paola Correa Braga Câmara de Almeida⁴ aduz que o critério do custo do serviço estabelece a taxa de retorno do investimento, tendo por *ratio* cobrir as despesas geradas com a prestação do serviço público. A partir desse quantitativo, “o valor da tarifa pode ser facilmente estabelecido, já que considera que os preços devem remunerar os custos totais e ainda uma margem que garanta a taxa de retorno, que deve ser revertida ao concessionário”.

15. Daí porque Rafael Wallbach Schwind⁵ salienta que o método do custo do serviço tem dois principais propósitos: *(i)* **forçar o prestador a manter a sua receita próxima aos seus custos, dificultando o estabelecimento de tarifas muito elevadas**; e *(ii)* propiciar maior segurança ao prestador quanto ao retorno dos investimentos, assegurando-o que a remuneração jamais seja inferior aos custos incorridos, o que inclui os investimentos realizados.

16. Como externalidade positiva desse modelo tarifário, tem-se a mitigação do risco moral, porquanto, na medida em que o valor de exploração do ativo é fixado no leilão, considerando a pressão competitiva, a firma tem maiores dificuldades para, valendo-se da assimetria de informações com o regulador, apresentar custos irreais. Do mesmo modo, tal metodologia poderá evitar a seleção adversa, na medida em que, como o preço é definido do leilão, **o valor ofertado pela exploração do ativo tende a ser o mais próximo de uma firma eficiente**.

² GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O regime tarifário na concessão de serviço público. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 7, n. 27, 2009.

³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 352-353.

⁴ ALMEIDA, Aline Paola Correa Braga Camara de. As tarifas e das demais formas de remuneração dos serviços públicos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 168.

⁵ SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração do particular nas concessões e parcerias público-privadas. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 73.

17. Nesse sentido, a eficiência é princípio intrinsecamente associado à prestação do serviço no âmbito do modelo *cost plus*, tendo em vista que a concessionária tem dificuldades de apresentar custos irreais, no âmbito dos processos de revisões tarifárias e, portanto, o valor de exploração da concessão tende a se aproximar do ponto ótimo de eficiência.

18. Segundo Fernando Tavares Camacho e Bruno da Costa Lucas Rodrigues⁶, uma das principais vantagens do custo de serviço é, justamente, a manutenção de altos índices de qualidade de serviço. Isso porque, por princípio, qualquer investimento prudente em qualidade é considerado na base de ativos, e, portanto, incluído no preço regulado durante a revisão tarifária. **Sob essa ótica, a regulação por custo de serviço incentiva a eficiência na indução a investimentos que aumentem os índices de segurança do serviço prestado, bem como favoreçam a modernização e a atualidade dos equipamentos.**

19. Tanto é assim que o contrato de concessão é permeado de dispositivos que internalizam o primado da eficiência. Cite-se, nesse sentido, a Cláusula 2.1, de acordo com a qual “por serviço adequado entende-se o que satisfaz as condições de **regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade**, generalidade na sua prestação, **modicidade das tarifas** e cortesia”.

20. Para dar cabo de tais obrigações atreladas ao serviço adequado, eficiente e atual, a Concessionária deve adotar “a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço, na medida das necessidades dos usuários”, na forma da Cláusula 2.2, bem como realizar “os investimentos necessários à prestação do serviço concedido de forma a atender a demanda, nos prazo e quantitativos cujos estudos de viabilidade econômica justifiquem a rentabilidade dos investimentos realizados”, garantindo-se, em todo caso, a segurança dos usuários e a justa retribuição do capital investido, nos termos da Cláusula 5.1.

21. No mais, a metodologia de cálculo da tarifa para distribuição da Sulgás já é dotada de mecanismo indutor de eficiência. Trata-se do “aumento de produtividade”, componente da margem bruta da Concessionária, na forma do

⁶ CAMACHO, Fernando Tavares; RODRIGUES, Bruno da Costa Lucas. Regulação econômica de infraestruturas: como escolher o modelo mais adequado? Revista do BNDES 41, junho 2014, p. 257-288.

item 9, do Anexo I, do Contrato de Concessão. De acordo com a disposição contratual, o cálculo da margem bruta, o qual é realizado a cada nova revisão tarifária, deve ser lastreado na seguinte fórmula paramétrica:

Imagem nº 01: Fórmula paramétrica da margem bruta

6 - As planilhas de custo serão anualmente submetidas ao CONCE-
DENTE para fins de aprovação da tarifa podendo ser revistas,
periodicamente, e confrontadas com a margem bruta - MB - vi-
gente, de modo a garantir o equilíbrio econômico financeiro
do Contrato.

A revisão da margem bruta será feita de acordo com a seguinte
fórmula paramétrica:

MARGEM BRUTA = Custo do capital + custo operacional + depreciação
+ ajustes + aumento de produtividade.

22. Dito em outros termos, na planilha de cálculo da margem bruta incidirá “uma parcela destinada a transferir para a Concessionária 50% da redução de custo unitário que, comprovadamente, a Concessionária conseguir obter ao longo do ano anterior ao de referência para cálculo da tarifa”.

23. Em igual medida, a Lei Estadual nº 15.648/2021, que dispõe sobre a exploração dos serviços locais de gás canalizado, estabelece, como premissa, que a prestação do serviço deve se dar “mediante a satisfação das condições de regularidade, de continuidade, de eficiência, de segurança, de atualidade, de generalidade, de cortesia na sua prestação e de modicidade das tarifas”, na forma do art. 3º, III.

24. O art. 47, *caput*, da Lei Estadual nº 15.648/2021, também dispõe que a concessionária é responsável pela prestação de serviço adequado na exploração dos serviços de distribuição de gás “nos termos previstos na legislação aplicável e no contrato de concessão, satisfazendo as condições de **regularidade, generalidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade tecnológica, modicidade das tarifas**, cortesia na prestação do serviço e de informações para a defesa de interesses individuais e coletivos”.

25. A referida lei estabelece, ainda, que: (i) a revisão tarifária deve respeitar as condições previstas no contrato (art. 37, V); (ii) as tarifas aplicáveis devem refletir a modicidade tarifária e a manutenção do equilíbrio econômico do contrato de concessão, bem como a busca da eficiência na prestação do serviço (art. 40, *caput*); (iii) sendo competência da agência reguladora verificar tais parâmetros,

nos processos de fixação, reajuste, revisão, homologação e definição da estrutura tarifária (art. 40, parágrafo único).

26. Significa dizer que o argumento utilizado para justificar a necessidade de termo aditivo é baseado em premissas que não subsistem ao próprio contrato concessório. Isso porque:

- a) O modelo *cost plus* é intrinsecamente relacionado ao princípio da eficiência, tendo em vista a existência de baixa assimetria de informações entre regulador e concessionária, o que redundaria na alocação de custos reais;
- b) O contrato de concessão incorpora o dever de prestação adequada do serviço, por intermédio da regularidade, continuidade, eficiência e atualidade, na forma das Cláusulas 2.1 e 2.2;
- c) O contrato dispõe de mecanismo apto para gerar eficiência, por intermédio da aplicação do “aumento de produtividade”, previsto no item 9, do Anexo I, do Contrato de Concessão, fixando-se uma tarifa módica e que garanta o justo retorno dos investimentos; e, portanto,
- d) A eficiência é inerente ao modelo regulatório da concessão, o que dispensa a necessidade de aditivo para adequar o contrato à atual realidade macroeconômica do país, tendo em vista que os pleitos de revisão tarifária são construídos para gerar eficiência, modicidade tarifária e justo retorno dos investimentos, na forma dos arts. 37, V e 40, da Lei Estadual nº 15.648/2021 e das Cláusulas 2.1, 2.2, 5.1 e Anexo I do Contrato de Concessão.

27. Veja-se que um dos argumentos utilizados pela área técnica da AGERGS, para fins de sugerir a alteração contratual, foi no sentido de que o “descompasso entre o crescimento das despesas operacionais e do volume projetado” seria um “nítido sinal de ineficiência ao mercado”.⁷ Além disso, a “tendência ascendente nos últimos anos para o valor da margem bruta”, tornaria necessário a “adequação do Contrato de Concessão à atual realidade macroeconômica do país”.

⁷ Veja-se: “Porém ressalta-se que, considerando que a projeção para crescimento dos custos operacionais feita pela Sulgás foi de 10,99%, e que a projeção para o crescimento do volume de gás distribuído em 2024 foi de apenas 1,81%, a área técnica da AGERGS entende importante destacar que há um descompasso entre as projeções para o crescimento dos custos operacionais e para o volume distribuído de gás, o qual representa a ‘produção’ da empresa”.

28. Ocorre que, do ponto de vista jurídico-regulatório, as variáveis custo e crescimento do serviço não possuem correlação necessária com a eficiência produtiva. De fato, determinados custos podem ser necessários para alavancar a expansão futura do empreendimento. Assim, eventuais “descompassos” entre as projeções para o crescimento dos custos operacionais e para o volume distribuído não é sinal de ineficiência ao mercado.

29. Até mesmo porque a própria Informação DT nº 79/2024, elaborada pelo corpo técnico da AGERGS, reconhece que “houve uma redução de 8,6% na despesa com pessoal e quando se analisa o custo médio por colaborador observa-se uma redução projetada de 18,4% **sinalizando um esforço da empresa na busca de maior eficiência**”. Ainda de acordo com a manifestação técnica, “no que se refere ao grupo *diferenças com perdas* observa-se uma redução dos valores de 2,43% quando comparado com aqueles realizados em 2023. **Isso sinaliza um ganho de eficiência da Concessionária**”.

30. Isso demonstra o compromisso da Sulgás de, sob o binômico necessidade-possibilidade, garantir que o usuário receba o necessário serviço adequado, sem descurar da ideia de que os serviços públicos custam, de modo que só deve ser exigido a redução das despesas que sejam coerentes com a manutenção do patamar atual do serviço prestado.

31. Para além disso, a Informação DT nº 79/2024 indica que o Plano de Expansão proposto pela Sulgás foi avaliado, pela área técnica da SEMA, como “tecnicamente coerente”, tendo em vista que vai “ao encontro das diretrizes para a exploração dos serviços de gás canalizado, em especial no tocante à ampliação e modernização da rede de distribuição de gás canalizado às diversas regiões do Estado e ao estímulo da produção de biometano como supridor alternativo na ampliação da oferta do gás no estado do Rio Grande do Sul”, concluindo-se no seguinte sentido:

A área técnica da Secretaria analisou o plano apresentado e considerou-o adequado e condizente com as diretrizes para a exploração dos serviços de gás canalizado, uma vez que o nível de investimentos previstos para 2024 seriam “significativamente superior aos anos anteriores”, os quais levariam em consideração “a infraestrutura existente e a demanda atual e potencial”. Dentre os pontos destacados pela equipe técnica da SEMA estão as informações relativas ao montante de investimentos previstos, as cidades atendidas, número de clientes e extensão da rede, como pode ser observado na tabela abaixo.

Tabela 6 - Indicadores selecionados da Sulgás

	Executado em 2023	Previsto para 2024
Investimentos (R\$ milhões)	60	92
Cidades Atendidas	39	42
Números de Clientes	89.105	101.382
Extensão de Rede (km)	1.488	1.547

Fonte: Adaptado de Informação nº 005/2024 ASSTEC-SEMA (0429544, p. 30).

32. Em síntese, no atual momento de vigência do contrato de concessão, custo e expansão não podem ser vistos como variáveis correlacionadas para fins de eficiência. Afinal, a própria área técnica da AGERGS observou que determinados custos foram reduzidos, atendendo-se o binômio da necessidade-possibilidade, ao passo que a área técnica do Poder Concedente verificou a compatibilidade do plano de expansão com a realidade da concessão.

33. Outro fator a ser considerado é que, embora a distribuição de gás se configure, em tese, como um monopólio natural, a oferta do insumo está inserida em um ambiente competitivo, concorrendo com outros energéticos. Cite-se, por exemplo, a oferta do gás liquefeito de petróleo (“GLP”), por meio de botijões, principais concorrentes do gás natural no segmento residencial.

34. O GPL tem sido alvo de intensas políticas de fomento,⁸ com vistas ao seu barateamento, que instituem uma espécie de assimetria entre produtos concorrentes. Tal fato gera uma distorção econômica, na medida em que impõe uma defasagem na evolução do preço desse derivado de petróleo quando comparada aos outros energéticos.

35. Para fazer frente ao cenário competitivo, as concessionárias de distribuição de gás têm de adotar medidas de captura e manutenção de todos os segmentos de usuários, na área de concessão. É dizer, a eficiência econômica é uma exigência do próprio ambiente em que se desenvolve o setor de gás, a qual precisa ser levada em consideração pela Sulgás, sob pena de a atividade concessória sucumbir diante da competição com produtos concorrentes.

⁸ Cite-se, por exemplo: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2024/08/26/entenda-como-vai-funcionar-distribuicao-de-botijoes-de-gas-para-beneficiarios-do-bolsa-familia-texto-ainda-vai-passar-pelo-congresso.ghtml>. Acesso em: 14/10/2024.

36. Para além disso, sob o aspecto estritamente formal-conceitual, a eficiência é princípio que não se confunde com a economicidade.

37. Segundo Alexandre Santos de Aragão⁹, a eficiência compreende o exercício escorreito das missões de interesse coletivo, as quais são trespassadas ao operador privado, no âmbito da delegação do serviço público. No mesmo sentido, leciona Paulo Modesto¹⁰ que a **“eficiência para fins jurídicos, não é apenas o razoável ou correto aproveitamento dos recursos e meios disponíveis em função dos fins prezados, como é corrente entre os economistas e os administradores. A eficiência, para os administradores, é um simples problema de otimização de meios; para o jurista, diz respeito tanto à otimização dos meios quanto à qualidade do agir final”**.

38. A noção de economicidade, por outro lado, traz, em seu bojo, tão somente a noção de economia de recursos. Como bem aponta Gustavo Binbenbojm¹¹, o princípio da economicidade, malgrado sua autonomia, encontra-se abrangido pela eficiência. É dizer, a economicidade é apenas uma das dimensões da eficiência.

39. A distinção entre os dois conceitos é fator a ser considerado na nota técnica lavrada pela AGERGS. A premissa assumida pela Agência foi a de que, pelo fato dos custos operacionais se manterem em um patamar estável, a Sulgás não estaria atingindo níveis ótimos de eficiência.

40. Ocorre que a avaliação da eficiência de uma concessionária deve levar em consideração o exame de outros elementos, de forma conjunta, tais como a qualidade da prestação do serviço, o nível de satisfação dos usuários, os índices de interrupções do serviço e os indicadores de acidentes ocorridos, não se podendo limitar à mera economicidade dos custos operacionais, os quais, como antes assinalado, já vem sendo reduzidos, sob o binômio da necessidade-possibilidade.

⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Princípio da Eficiência. In: Revista de Direito Administrativo - RDA, Rio de Janeiro, v. 237, p. 01-06, jul./set. 2004.

¹⁰ MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, Malheiros, n. 31, p. 47-55, 2000.

¹¹ BINENBOJM, Gustavo. Temas do Direito Administrativo e Constitucional, Rio de Janeiro: Renovar, p. 346, 2008

41. Nesse quadrante, não é possível considerar o serviço prestado pela Sulgás como ineficiente unicamente em razão de eventuais críticas à sua gestão dos custos operacionais.

42. De fato, é necessário que a métrica de eficiência considere um conjunto de fatores atrelados à qualidade do serviço prestado e à segurança do abastecimento. E a Sulgás, mediante a sua Política de Qualidade, possui o compromisso de contribuir, continuamente, para a promoção do desenvolvimento do setor de distribuição de gás do Rio Grande do Sul, por meio de um conjunto de atividades realizadas e coordenadas de planejamento, direção e controle. Nesse sentido, o emprego de custos ótimos tem o objetivo de assegurar a satisfação dos usuários, bem como aprimorar a logística de distribuição do gás natural, o fornecimento de bens e serviços e a sustentabilidade da concessão, em conformidade com os requisitos legais, regulatórios e contratuais vigentes.

III. A preservação da segurança jurídica como vetor da concessão

43. Os estudos de modelagem para a privatização da Sulgás foram concluídos e aprovados pelo Conselho Diretor do Programa de Reforma do Estado (“CODPRE”) em abril de 2021. Além disso, antes da publicação do edital e do leilão de privatização, foi instaurada consulta e audiência públicas para avaliação da documentação.

44. O Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul também se debruçou sobre a desestatização, em análise que incluiu os instrumentos contratuais da concessão.

45. Dessa forma, o trespasse da operação do serviço se deu em um “momento privatizante”. Conforme expõe Leonardo Coelho¹², os momentos privatizantes são oportunidades únicas para que o Estado exerça seu poder de direção da economia e promova mudanças no sistema de delegação do serviço público. Na mesma linha, Robert Baldwin, Martin Cave e Martin Lodge¹³ entendem tratar-se de uma janela de oportunidade para que o Poder Concedente imponha uma

¹² RIBEIRO, Leonardo Coelho. Reformando marcos regulatórios de infraestrutura – primeiras notas ao caso das ferrovias. R. de Dir. Público da Economia – RDPE | Belo Horizonte, ano 12, n. 45, p. 77-110, jan./mar. 2014

¹³ (BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practise. New York: Oxford University Press, 2012. p. 466

estrutura econômica diferente para o módulo concessório, inclusive em relação à sistemática tarifária.

46. Durante o processo de desestatização da Sulgás, o Poder Concedente e a Agência Reguladora optaram por manter inalterado o instrumento contratual e, por consequência, as disposições a propósito da estrutura tarifária e da remuneração da futura operadora do serviço. Por isso, eventual alteração contratual militaria em desfavor da segurança jurídica assegurada aos usuários, à Concessionária e ao próprio Poder Concedente.

47. No ordenamento jurídico brasileiro, a segurança jurídica¹⁴ está positivada no art. 5º, XXXVI da Constituição e no art. 6º, do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (“LINDB”). Tais dispositivos asseguram a manutenção da legítima expectativa decorrente de situações já constituídas. Sobre o tema, Gerson Luiz Carlos Branco¹⁵ leciona que, quando se está a tratar de uma expectativa, “a consequência lógica imediata é a de que um sujeito espera a constituição de um direito em razão de estarem presentes vários fatos que conduzem à formação de um direito subjetivo”.

48. No mesmo sentido, Frederico Pinho¹⁶ entende que “o princípio da proteção da confiança inibe que situações jurídicas consolidadas no tempo e regularmente constituídas possam ser desfeitas em razão da mudança de entendimento da administração pública, resultando em prejuízo aos administrados”. Em síntese, a proteção da confiança legítima assegura aos administrados que possam manter

¹⁴ “A segurança jurídica consiste no ‘conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida” (SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 133). Humberto Ávila leciona que “o objeto da segurança jurídica não é uma norma, mas o ordenamento jurídico: a cognoscibilidade dirige-se ao ordenamento jurídico em geral, no sentido de que este, no seu conjunto, deve ser inteligível formal e materialmente; a estabilidade pode também referir-se ao ordenamento em geral, no sentido de que este, globalmente considerado, deve ter durabilidade; e a calculabilidade igualmente pode fazer referência à ordem jurídica, no sentido de que esta, na sua totalidade, não pode ser objeto de modificações abruptas, drásticas e incoerentes” (ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 138-139).

¹⁵ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas de situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. *Revista de Direito Privado*. vol. 12/2002. p. 169 – 225. Out - Dez / 2002. DTR\2002\459.

¹⁶ PINHO, Frederico. O princípio da proteção da confiança como limite à conduta do Poder Público em face da esfera jurídica do cidadão. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. vol. 133. ano 30. p. 159-186. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2022.

expectativa no sentido de que não serão surpreendidos por alterações que não poderiam ser projetadas.

49. Corroborando o tema, o Superior Tribunal de Justiça¹⁷ já pacificou o entendimento de que os princípios da segurança jurídica e da boa-fé objetiva impedem que a Administração, após praticar atos em determinado sentido, “que criaram uma aparência de estabilidade das relações jurídicas, venha adotar atos na direção contrária, com a vulneração de direito que, em razão da anterior conduta administrativa e do longo período de tempo transcorrido, já se acreditava incorporado ao patrimônio dos administrados”.

50. Esses foram um dos quadrantes que nortearam a aprovação da Lei nº 13.655/2018, que introduziu acentuadas mudanças na LINDB. Ao comentarem a referida lei, Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Véras¹⁸ observam que a segurança jurídica é composta por três vetores.

51. A segurança jurídica tem uma **vertente de *estabilidade*, na medida em que dá perenidade aos atos jurídicos e aos efeitos deles decorrentes, mesmo quando houver câmbios nas normas ou no entendimento que se faz delas**. Tem um vetor de *previsibilidade*, protraindo mudanças bruscas, surpresas, armadilhas. E, por fim, tem um vetor de *proporcionalidade* (e de ponderabilidade), na medida em que a aplicação do Direito não pode nem ser irracional, nem desproporcional.

52. Dito em outros termos, a segurança jurídica é um dos mais importantes pilares sobre os quais se assenta o Estado de Direito. Ele tem por objetivo facilitar a coordenação das interações humanas reduzindo a incerteza que as cerca, tanto em relação às interações já consumadas (*e.g.*, investimentos já realizados), quanto aos efeitos jurídicos futuros das condutas e relações que são decididas no presente (*e.g.*, novos investimentos). Nesse sentido, a segurança jurídica se inspira na confiança que deve ter as partes de que os seus atos, quando alicerçados em contrato vigente, produzirão os efeitos jurídicos nele previstos.¹⁹

¹⁷ STJ – RMS nº 20.572/DF – Quinta Turma – Rel. Min. Laurita Vaz – DJe: 15/12/2009.

¹⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Véras de. Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei de Segurança para a Inovação Pública). Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 18.

¹⁹ PINHEIRO, Armando Castelar; RIBEIRO, Leonardo Coelho. Regulação das ferrovias. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2017. p. 100.

53. A segurança jurídica objetiva permitir investimentos programados, em bases razoáveis de previsibilidade. No que tange às relações jurídicas de cunho econômico, em especial, deve o contrato dar às partes a possibilidade de calcular, com alguma previsibilidade, as consequências de duas ações.²⁰

54. Diante desse contexto, após cerca de 3 (três) anos da desestatização da Sulgás, eventual alteração das bases econômicas do contrato de concessão poderá prejudicar os vetores estruturantes da segurança jurídica. Isso porque, embora as cláusulas regulamentares (de serviço) possam ser alteradas, com maior frequência, para adequar os contratos de longo prazo com as necessidades do serviço, as cláusulas econômicas, que estabelecem as bases do negócio jurídico, só podem ser alteradas em situações específicas, mediante acordo entre as partes.

55. Dessa forma, tem-se que a Administração Pública não entendeu como necessária a promoção de qualquer alteração ao pacto concessório durante os estudos para a privatização, momento oportuno para tal investida, posto que anterior ao leilão da privatização. Assim, tem-se, em verdade, um precedente institucional de validação com os termos que, atualmente, regem a relação concessória.

56. Nesse sentido, a segurança jurídica e a isonomia impõem a observância das decisões administrativas pretéritas. É o que dispõe o art. 30, da LINDB, de acordo com o qual “as autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas”.

57. Cuida-se de dispositivo de viés pragmático, o qual propugna que a Administração Pública considere decisões pretéritas, no âmbito das quais já foram analisadas as especificidades da situação ocorrida na realidade.

²⁰ Como observa Arida, do ponto de vista da racionalidade econômica, o princípio fundamental do direito é o da *pacta sunt servanda*. Dessa forma, a diminuição da calculabilidade dos contratos cria um elemento adicional de risco e incerteza na avaliação de seus efeitos, dado que a predominância de formas de produção no mercado requer um sistema legal com efeitos calculáveis racionalmente pelas partes. A sobredeterminação dos contratos por considerações que não podem ser racionalmente calculadas pelas partes afeta negativamente a produção e o emprego (ARIDA, P. A pesquisa em direito e economia: em torno da historicidade da norma. In: ZYLBERSTAJN, D.; SZTAJN, R. (Orgs.). Direito e economia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

58. Esse viés pragmático também pode ser observado no art. 20, da LINDB, segundo o qual “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”. Mais do que uma deferência ao consequencialismo, o art. 20, da LINDB “presta homenagem à responsividade da decisão. Prospectar os efeitos da decisão não é irrelevante. O dever de motivar (geral a toda a decisão) passa a ser reforçado, com o dever de indicar as consequências antevistas pelo decisor”.²¹ O dispositivo, portanto, obriga a que as consequências possíveis sejam avaliadas e sopesadas. E, assim exigindo, torna a decisão baseada na aplicação do princípio controlável (e censurável) quando não vier acompanhado da análise das consequências.

59. No caso em concreto, é possível presumir que qualquer alteração à base objetiva do contrato, em especial, em tão pouco tempo após a desestatização, teria, como efeito deletério, a criação de um ambiente de imprevisibilidade e insegurança jurídica, na medida em que: *(i)* a área técnica da AGERGS e do Poder Concedente já atestaram os esforços da Sulgás na redução eficiente de determinados custos e na promoção da expansão do serviço; *(ii)* o Contrato de Concessão já dispõe de mecanismos indutores da eficiência, os quais devem ser priorizados em detrimento de alterações contratuais; e *(iii)* eventual alteração das bases contratuais prejudicaria *(iii.1)* o próprio usuário, na medida em que a prestação do serviço teria de ser adaptada após eventuais modificações contratuais, com possíveis efeitos deletérios em planos de expansão, e *(iii.2)* o Poder Concedente, que modelou recentemente o serviço e gastaria recursos valiosos para estudar, negociar e promover qualquer alteração contratual.

60. Assim, em razão da necessidade de preservar a segurança jurídica é que quaisquer alterações às previsões contratuais que estruturam o modelo de regulação tarifária do custo de serviço poderão desnaturar as bases objetivas sobre as quais foi celebrado o contrato. É que, por instituírem a base econômica do arranjo concessório, a modificação destas cláusulas, para fins de inclusão de outros fatores indutores de eficiência, só poderá ser operacionalizada, por meio de aditivo contratual que reestruture a economia contratual e que conte com a aquiescência prévia da Sulgás.

²¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei de Segurança para a Inovação Pública). Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 32.

61. Cuida-se de limite endógeno, característico do regime jurídico dos módulos concessórios, o qual não pode ser ultrapassado, diante do risco de rompimento da base objetiva do projeto concessionário, garantida pelos arts. 9º e 10 da Lei nº 8.987/1995.

62. O equilíbrio econômico-financeiro das concessões regidas pela Lei nº 8.987/1995, tal qual a relação concessória da Sulgás, não é composto por uma singela operação envolvendo encargos e receitas – a exemplo do que ocorre nos tradicionais contratos de empreitada, regidos pela Lei nº 14.133/2021. Nem, tampouco, poderá ser albergado pelos conceitos de “áreas ordinárias e extraordinárias”, que devem ser manejados em face de eventos exógenos ao contrato e ao exercício de prerrogativas publicísticas.

63. Em razão dessas particularidades, Alexandre Santos de Aragão²² reconhece que, nos contratos de longo prazo, a equação econômico-financeira é distinta da dos tradicionais contratos administrativos, “dita estática e referenciada apenas ao momento inicial do contrato”. Nestes ajustes, por se tratar de uma equação econômico-financeira dinâmica e permanentemente atualizada “poderão ser incluídos elementos como previsão de demanda e de variação dos custos ordinários com insumos e pessoal, que não poderiam ser considerados fatos imprevisíveis para efeito de reequilíbrio de uma equação econômico-financeira estática”.

64. Mas fato é que, malgrado as especificidades desta espécie de contrato de longo prazo, o seu equilíbrio econômico-financeiro **só será preservado se forem mantidas as bases econômicas que orientaram a contratação do concessionário, nos termos do artigo 9º, *caput*, da Lei nº 8.987/1995**. Trata-se de tarefa que não é despida de complexidade, seja pelo conjunto de escopos dessa avença, seja pela sua dependência de receitas tarifárias – as quais são atreladas aos princípios da modicidade tarifária e da continuidade dos serviços públicos (art. 6º, § 2º, da Lei nº 8.987/1995) –, mas da qual o regulador não pode se descurar.

²² ARAGÃO, Alexandre Santos de. A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs. In: Revista de Direito Administrativo - RDA, Rio de Janeiro, v. 263, p. 35-66, maio/ago. 2013.

65. Mais do que isso, nesse particular, entra em cena aquilo que o art. 10 da Lei nº 8.987/1995 denomina de “condições do contrato”. Razão pela qual o procedimento de aferição do equilíbrio econômico-financeiro destes pactos não pode se distanciar da segurança jurídica e da confiança legítima recíproca que as partes depositaram no seu estatuto e na natureza institucional que determinaram a existência daquele negócio jurídico (e de mais nenhum outro).

66. A ideia mais importante é a de que o estatuto da concessão veicula um núcleo contratual, que se pretende imune a futuras alterações, sejam estas políticas, regulatórias, econômicas e judiciais. Trata-se da denominada base objetiva do negócio jurídico, assim conceituada por Karl Larenz²³ como “o conjunto de circunstâncias e o estado geral das coisas, cuja existência ou subsistência é objetivamente necessária para que o contrato, segundo o significado das intenções de ambos os contratantes, possa substituir como regulação dotada de sentido”.

67. No mais, como assinalado, a metodologia de cálculo da tarifa para distribuição da Sulgás já é dotada de mecanismo indutor de eficiência, na forma do “aumento de produtividade”, previsto no item 9, do Anexo I, do Contrato de Concessão.

68. Cuida-se de índice de eficiência à medida que incentiva a adoção de comportamentos de redução e otimização dos custos operacionais, visando à obtenção de lucro. É dizer, há em vigor mecanismo contratual que privilegia a economicidade e eficiência das despesas e custos incorridos pela Concessionária e repassados aos usuários.

69. Desse modo, em uma análise de custo-benefício, seria mais eficiente para o serviço público como um todo, que o mecanismo de eficiência constante do

²³ LARENZ, Karl. Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos, Revista de Derecho Privado, Editorial, Madri, 1956, p. 224. A propósito desse tema, é oportuno mencionar a lição de Ennecerus: “Por base do negócio, a esses efeitos, se há de entender as representações dos interessados, ao tempo da conclusão do contrato, sobre a existência de certas circunstâncias básicas para sua decisão, no caso de que essas representações não hajam sido conhecidas meramente, senão constituídas, por ambas as partes, em base do contrato, como, por exemplo, a igualdade de valor, em princípio, de prestação e contraprestação nos contratos bilaterais (equivalência), a permanência aproximada do preço convencionado, a possibilidade de repor a provisão das mercadorias e outras circunstâncias semelhantes.” (ENNECERUS, Ludwig; KIPP, Theodor e WOLFF, Martin. Tratado de Derecho Civil, Bosch, 2ª ed., Barcelona, 1950, vol. I, tomo II, p. 209)

Contrato de Concessão fosse aprimorado, a partir de um processo dialógico entre as partes, em vez de destinar esforços institucionais para alteração contratual.

70. Isso se torna ainda mais evidente à medida que o contrato possui ferramental suficiente para dar concretude aos objetivos da agência reguladora de asseverar a economicidade da operação.

71. Além disso, iniciativa desse jaez priorizaria a cooperação e o bom relacionamento das partes, uma vez que possibilita a atuação, em conjunto, da Concessionária e da agência reguladora para estabelecer formas de conferir garantias adicionais à eficiência do serviço prestado.

IV. Conclusão

72. Diante do exposto, pode-se concluir que o modelo *cost plus* é intrinsecamente relacionado ao princípio da eficiência, na medida em que a sua aplicação redundaria na alocação de custos reais. Nesse sentido, o contrato de concessão incorpora o dever de prestação adequada do serviço, na forma das Cláusulas 2.1 e 2.2, bem como dispõe de mecanismo apto para gerar eficiência, por intermédio da aplicação do “aumento de produtividade”, previsto no item 9, do Anexo I.

73. Portanto, entendemos como ideal que, em atenção ao espírito de cooperação que rege o relacionamento das partes, sejam estabelecidos diálogos institucionais com o fito de debater as formas, métricas e mecanismos disponíveis para a indução da eficiência na prestação do serviço, tais como o “aumento de produtividade”, previsto no item 9, do Anexo I, do Contrato de Concessão.

74. A **Braz, Coelho, Veras, Lessa, Bueno e Advogados** agradece a oportunidade de participar da Consulta Pública nº 05/2024 e apresenta, no quadro sintético abaixo, a síntese dos argumentos da presente contribuição.

Rio de Janeiro, 14 de outubro de 2024.


Rafael Veras

OAB/RJ nº 147.169


Leonardo Coelho

OAB/RJ 155.210


Felipe Henrique Braz

OAB/SP 458.490

OAB/PR 69.406

Pedro Augusto S. de Oliveira
Pedro Schelbauer

OAB/PR 81.579

Bruno Bianchi
Bruno Bianchi

OAB/PR 86.310

Paulo Lieb
Paulo Lieb

OAB/RJ 259.836

José Eydio Altoé Junior
José Altoé

OAB/RJ 224.725

Livia Casimiro
Livia Casimiro

OAB/RJ 209.592

Fábio Amorim Filho
Fábio Amorim Filho

OAB/RJ 256.520

Anexo

**ENVIO DE CONTRIBUIÇÕES REFERENTES À
CONSULTA PÚBLICA Nº 05/2024**

ATO REGULATÓRIO: Revisão Tarifária Ordinária da Companhia de Gás do Estado do Rio Grande do Sul – Sulgás. Processo nº 000191-39.00/24-7

NOME (Pessoa Física ou Jurídica): Braz, Coelho, Veras, Lessa, Bueno e Advogados

CONTRIBUIÇÕES

Aspecto da Informação Técnica

Item 2.4 – Análise do Custo Operacional

“Considerando os pontos abordados, a área técnica da AGERGS recomenda fortemente ao Conselho Superior da Agência que indique ao Poder Concedente e à Concessionária a necessidade de aditivar o Contrato de Concessão incluindo cláusulas com mecanismos que promovam e eficiência do Contrato de Concessão”.

“Dito isso, a área técnica da Agência, novamente, sinaliza ao Conselho Superior da AGERGS que indique ao Poder Concedente, representado pela Secretaria de Meio Ambiente e Infraestrutura (SEMA) para a necessidade de adequar o Contrato de Concessão para o atual arcabouço legal e normativo regulatório”.

Item 2.7 – Apuração da Margem Bruta

“Assim, sinalizamos ao Conselho Superior da AGERGS que indique ao Poder Concedente e à Concessionária a necessidade de adequação do Contrato de Concessão via aditivo contratual, de modo que sejam incorporados mecanismos que estimulem, sobretudo, a eficiência, a modicidade tarifária e o justo retorno dos investimentos”.

Item III – Da Conclusão.

“3. Que seja sugerido ao Poder Concedente e à Concessionária a adequação do Contrato de Concessão à realidade econômica e à Lei nº 15.648/2021”.

Texto Contribuição

Sugere-se a supressão da recomendação acerca da alegada necessidade de aditivar o Contrato de Concessão com a inclusão de mecanismos indutores de eficiência.

Justificativa Contribuição

O argumento utilizado para justificar a necessidade de termo aditivo é baseado em premissas que não se coadunam com o próprio contrato concessório. Isso porque:

- O modelo *cost plus* é intrinsecamente relacionado ao princípio da eficiência, tendo em vista a existência de baixa assimetria de informações entre regulador e concessionária, o que redundaria na alocação de custos reais;

- O contrato de concessão incorpora o dever de prestação adequada do serviço, por intermédio da regularidade, continuidade, eficiência e atualidade, na forma das Cláusulas 2.1 e 2.2;
- O contrato dispõe de mecanismo apto para gerar eficiência, por intermédio da aplicação do “aumento de produtividade”, previsto no item 9, do Anexo I, do Contrato de Concessão, fixando-se uma tarifa módica e que garanta o justo retorno dos investimentos; e, portanto,
- A eficiência é inerente ao modelo regulatório da concessão, o que dispensa a necessidade de aditivo para adequar o contrato à atual realidade macroeconômica do país, tendo em vista que os pleitos de revisão tarifária são construídos para gerar eficiência, modicidade tarifária e justo retorno dos investimentos, na forma dos arts. 37, V e 40, da Lei Estadual nº 15.648/2021 e das Cláusulas 2.1, 2.2, 5.1 e Anexo I do Contrato de Concessão.

Para além disso, é possível presumir que qualquer alteração à base objetiva do contrato, em especial, em tão pouco tempo após a desestatização, teria, como efeito deletério, a criação de um ambiente de imprevisibilidade e insegurança jurídica, na medida em que: (i) a área técnica da AGERGS e do Poder Concedente já atestaram os esforços da Sulgás na redução eficiente de determinados custos e na promoção da expansão do serviço; (ii) o Contrato de Concessão já dispõe de mecanismos indutores da eficiência, os quais devem ser priorizados em detrimento de alterações contratuais; e (iii) eventual alteração das bases contratuais prejudicaria (iii.1) o próprio usuário, na medida em que a prestação do serviço teria de ser adaptada após eventuais modificações contratuais, com possíveis efeitos deletérios em planos de expansão, e (iii.2) o Poder Concedente, que modelou recentemente o serviço e que despenderia recursos valiosos para estudar, negociar e promover qualquer alteração contratual.

Portanto, entendemos como ideal que, em atenção ao espírito de cooperação que rege o relacionamento das partes, sejam estabelecidos diálogos institucionais com o fito de debater as formas, métricas e mecanismos disponíveis para a indução da eficiência na prestação do serviço, tais como o “aumento de produtividade”, previsto no item 9, do Anexo I, do Contrato de Concessão.