

## **NOTA JURÍDICA ARSAE/PROC Nº 280/2017**

**INTERESSADO:** COORDENADORIA TÉCNICA DE REGULAÇÃO E FISCALIZAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA – CTRFEF

**DATA:** 31/05/2017

**REFERÊNCIA:** REVISÃO TARIFÁRIA DA COPASA. METODOLOGIA APRESENTADA PELA ARSAE. POSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO, NO CÁLCULO DA TARIFA, DO PAGAMENTO DE JUROS SOBRE O CAPITAL PRÓPRIO REALIZADOS PELA PRESTADORA. QUEBRA DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. NÃO-CONFIGURAÇÃO. DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA DO ENTE REGULADOR. BALIZAS NORMATIVAS PREVISTAS NA LEI FEDERAL Nº 11.445/07 E NA LEI ESTADUAL Nº 18.309/09. PRECEDENTES DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. OPINIÃO JURÍDICA FAVORÁVEL À METODOLOGIA APRESENTADA.

### **I – RELATÓRIO**

Trata-se de expediente veiculado pela Comunicação Interna nº Ecn 60/2017, através da qual a Coordenadoria Técnica de Regulação e Fiscalização Econômico-Financeira (CTRFEF) solicita manifestação sobre o parecer jurídico elaborado pelo escritório Machado Meyer Advogados, representando a Kondor Invest, acionista minoritária da Copasa.

Informa-se na Comunicação Interna que o parecer encaminhado pela Copasa defende a “*não configuração do benefício fiscal dos juros sobre o capital próprio (JCP) como hipótese ensejadora do reequilíbrio econômico-financeiro de concessões*”.

A Coordenadoria Econômica explica que, durante a revisão tarifária, a Arsaee constrói a tarifa de modo a gerar a receita necessária para a prestação dos serviços, e que durante o ciclo tarifário de 4 anos, apenas reajustes para correção inflacionária são realizados, não havendo assim reavaliação da tarifa por completo.

Alega também que, conforme metodologia de regulação por “preço-teto”, adotada por esta Agência, “*as variações nos custos e receitas são absorvidas pelo prestador, que pode ter aumento ou redução de lucro, sendo incentivo à eficiência.*”.

Informa, ainda, que no caso dos tributos e outras obrigações não relacionadas ao lucro, a Arsaé garante neutralidade nos ajustes anuais, compensando o prestador por variações por cima ou por baixo das alíquotas desse tributo. Não obstante, nos casos dos tributos sobre o lucro, a atual metodologia acrescenta às alíquotas desses tributos a taxa de remuneração regulatória, fazendo com que o valor total alcançado como “custo de capital” seja suficiente para cobrir a remuneração e recuperação dos investimentos e pagar os tributos relacionados a essa parcela. Todavia, ressalta que parte desse valor não sofre incidência dos tributos, quais sejam, as parcelas utilizadas para pagamento de encargos de dívida e de juros sobre o capital próprio. Assim, a Arsaé não coloca na tarifa recursos para pagamento de IR e CSLL especificamente sobre esses pagamentos.

Em arremate, a unidade consulente aponta que o parecer jurídico encaminhado pela Copasa articula sobre o posicionamento da Kondor Invest, uma de suas sócias minoritárias, a qual entende que, ao não ser considerada na tarifa recursos para o pagamento de IR e CSLL sobre o JCP, esta Agência estaria retirando um benefício fiscal que é direito da companhia. Salienta, porém, que a Copasa já havia se manifestado sobre esse assunto na AP nº 13/2016, tendo as contribuições sido devidamente analisadas e respondidas pela Arsaé, inclusive acarretando uma alteração na forma de aplicação da metodologia, descrita na seção 2.2 da Nota Técnica CRFEF 45/2017.

O parecer produzido pelo escritório representante da Kondor Invest foi anexado à Comunicação Interna e, em contrapartida ao apresentado pela Coordenadoria Econômica, argumenta que *“os tributos sobre a renda consistem em encargos que sequer possuem qualquer incidência direta sobre as atividades objeto dos Contratos celebrado pela COPASA, não havendo nenhum sentido em incorporar sua diminuição ou majoração, conforme haja respectivamente opção ou não pelos JPC, a procedimento de revisão tarifária”*. Utilizando como fundamento legal o art. 9º, §3º da Lei de Concessões, entendem os juristas que *“o dispositivo ressalva os impostos sobre a renda da regra geral da responsabilidade pelo risco tributário atribuída ao Poder Concedente, alocando à concessionária o risco de variação desses tributos”*.

Devidamente delimitado o tema, passa-se a opinar.

## **II – FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA**

### **II.I – Considerações Iniciais**

Haja vista a complexidade da demanda formulada, importa salientar que a presente análise tentará se ater, sempre que possível, apenas nos aspectos jurídicos-formais do procedimento, da sistemática e dos critérios técnicos adotados pela Agência durante a Primeira Revisão Tarifária Periódica da Copasa. Não tem o presente estudo maiores pretensões de adentrar na discricionariedade técnica que norteou a elaboração da Metodologia de Cálculo da Taxa de Remuneração Regulatória. Ademais, não serão tecidos maiores comentários acerca do enquadramento tributário dos Juros Sobre o Capital Próprio (JCP), eis que já exarados no parecer encaminhado pela sócia insurgente.

Importa, de fato, analisar a pertinência jurídica da metodologia tarifária elaborada pela área técnica e sua consonância com o ordenamento jurídico vigente, notadamente os preceitos legais e entendimentos técnicos que norteiam a regulação econômica no contexto dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário.

Partindo-se desse ponto, nunca é demais reverberar que a Arsa, autarquia especial, criada pela Lei Estadual nº 18.309/2009, tem por finalidade precípua a regulação, fiscalização e orientação atinentes à prestação dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário no âmbito do Estado de Minas Gerais, quando o serviço for prestado pela própria unidade federativa ou por entidade de sua administração indireta, em razão de convênio celebrado entre o Estado e o Município, por entidade da administração indireta estadual, em razão de permissão, contrato de programa, contrato de concessão ou convênio celebrados com o Município.

Tal regulação decorre dos preceitos legais insculpidos no artigo 5º do diploma legal estadual citado, *in verbis*:

Art. 5º A ARSAE-MG tem por finalidade fiscalizar e orientar a prestação dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, bem como editar normas técnicas, econômicas e sociais para a sua regulação, quando o serviço for prestado:

I - pelo Estado ou por entidade de sua administração indireta, em razão de convênio celebrado entre o estado e o Município;

**II - por entidade da administração indireta estadual, em razão de permissão, contrato de programa, contrato de concessão ou convênio celebrados com o Município;**



III - por Município ou consórcio público de Municípios, direta ou indiretamente, mediante convênio ou contrato com entidade pública ou privada não integrante da administração pública estadual;

IV - por entidade de qualquer natureza que preste serviços em Município situado em região metropolitana, aglomeração urbana ou em região onde a ação comum entre o Estado e Municípios se fizer necessária;

V - por consórcio público integrado pelo Estado e por Municípios.  
(grifo nosso)

Portanto, a Arsa tem como objetivo editar normas técnicas, econômicas e financeiras com eficácia nos municípios de Minas Gerais cujos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário tenham sido concedidos à Copasa.

No que concerne aos aspectos econômico-financeiros, mais especificamente no que diz respeito à base jurídica para o procedimento de revisão tarifária, a Lei Federal nº 11.445/07 assim dispõe:

Art. 38. As revisões tarifárias compreenderão a reavaliação das condições da prestação dos serviços e das tarifas praticadas e poderão ser:

I - **periódicas, objetivando a distribuição dos ganhos de produtividade com os usuários e a reavaliação das condições de mercado;**

II - extraordinárias, quando se verificar a ocorrência de fatos não previstos no contrato, fora do controle do prestador dos serviços, que alterem o seu equilíbrio econômico-financeiro.

§ 1º As revisões tarifárias terão suas pautas definidas pelas respectivas entidades reguladoras, ouvidos os titulares, os usuários e os prestadores dos serviços.

§ 2º **Poderão ser estabelecidos mecanismos tarifários de indução à eficiência, inclusive fatores de produtividade, assim como de antecipação de metas de expansão e qualidade dos serviços.**

§ 3º Os fatores de produtividade poderão ser definidos com base em indicadores de outras empresas do setor.

§ 4º A entidade de regulação poderá autorizar o prestador de serviços a repassar aos usuários custos e encargos tributários não previstos originalmente e por ele não administrados, nos termos da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. (destaques nossos)

Além disso, a Lei Estadual nº 18.309/09, no § 1º de seu art. 8º, delineia alguns dos elementos que compõem a revisão tarifária, no intuito de garantir recursos para cobrir as principais despesas

incorridas pelo prestador, incentivar a eficiência e assegurar o equilíbrio econômico-financeiro da prestação dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário. Nesse sentido, veja-se:

Art. 8º O reajuste e a revisão das tarifas cobradas pelos prestadores sujeitos à regulação e à fiscalização da ARSAE-MG serão autorizados mediante resolução da ARSAE-MG e objetivarão assegurar o equilíbrio econômico-financeiro do ajuste e a modicidade e o controle social das tarifas, observada, em todos os casos, a publicidade dos novos valores.

**§ 1º Na composição dos valores de reajuste e de revisão das tarifas, será garantida a geração de recursos para:**

**I - a realização dos investimentos;**

**II - a recuperação dos custos da prestação eficiente do serviço, entendendo-se como tais:**

a) as despesas administráveis com mão de obra, materiais, serviços de terceiros e provisões;

**b) as despesas não administráveis com energia elétrica, material de tratamento, telecomunicação, combustíveis, lubrificantes, impostos e taxas;**

c) as quotas de depreciação e amortização;

**III - a remuneração do capital investido pelos prestadores de serviços.**

IV - o estímulo à adoção de tecnologias adequadas e eficientes para a melhoria da qualidade do serviço; (Inciso acrescentado pelo art. 35 da Lei nº 20.822, de 30/7/2013.)

**V - o incentivo à eficiência na prestação do serviço.**

Feitas essas considerações gerais, rememora-se que a empresa Kondor Invest, sócia minoritária da Copasa, ao analisar os estudos relacionados ao Custo Médio Ponderado de Capital da Copasa presente na Metodologia de Cálculo da Taxa de Remuneração Regulatória, alegou que o fato de o WACC não considerar o pagamento de JCP será prejudicial ao equilíbrio econômico-financeiro da prestação dos serviços pela Copasa.

Não obstante os robustos argumentos jurídicos trazidos pela empresa no que concerne ao enquadramento tributário do JCP, bem como a alocação dos riscos tributários nos Contatos Administrativos, conforme preconiza a Lei Federal nº 8.987/1995, entende-se que as argumentações postas e os precedentes citados no parecer não se aplicam à presente metodologia, conforme será visto. Ademais, conforme restará evidenciado de maneira sucinta, a interpretação isolada do artigo 9º, §3º, do diploma supracitado, como proposta no parecer, acabaria por impor uma ampla reconsideração da Agência quanto aos custos indicados pelo prestador, resultando na diminuição do Índice de Reposição Tarifária.

## **II.II – Da legalidade da Metodologia de Cálculo da Taxa de Remuneração Regulatória adotada pela Arsaie-MG na Primeira Revisão Tarifária Periódica da Copasa**

Sem maiores pretensões de analisar esmiuçadamente os robustos argumentos técnicos já elencados pela Coordenadoria consultante nas Notas Técnicas CRFEF 45/2017 (Respostas às contribuições da Audiência Pública 13/2016, referente à 2ª etapa da primeira Revisão Tarifária Periódica da Companhia de Saneamento de Minas Gerais - Copasa MG) e CRFEF 47/2017 (Metodologia de Cálculo da Taxa de Remuneração Regulatória – Revisão Tarifária Periódica da Companhia de Saneamento de Minas Gerais - Copasa MG), impende tecer algumas considerações acerca da conformidade da atual metodologia da Agência com o ordenamento jurídico vigente, notadamente no que concerne à possibilidade de consideração de pagamento de JCP na tarifa.

Primeiramente, deve ser ressaltado que a metodologia relacionada à taxa de remuneração regulatória adotada pela Arsaie, especificamente com relação ao Custo Médio Ponderado de Capital (WACC), **leva em consideração o acréscimo de alíquotas de tributos sobre o lucro para que a remuneração do prestador seja suficiente para arcar com todos os tributos relacionados à remuneração e depreciação do capital.** Dessa forma, ainda que se possa inicialmente apontar que a eventual consideração do benefício fiscal de pagamento de JCP no cálculo da tarifa – ou seja, a ausência de rubrica específica para cobrir inclusive e especificamente o pagamento de IRPJ e CSLL sobre os JCP – possa gerar um desequilíbrio na equação econômico-financeira da prestação dos serviços, tal afirmativa não se afiguraria verdadeira.

Consoante se depreende da leitura da Nota Técnica nº 47/2017, a análise técnica e a equação atinente ao WACC com base nos tributos incidentes sobre a prestação dos serviços feitas pela área técnica, adotada pela Agência na forma “antes dos impostos”, deixam claro o alegado acima, senão veja-se:

O WACC pode ser calculado levando-se ou não em consideração a carga tributária e os benefícios fiscais. Calcula-se o WACC “antes dos impostos” se estes são considerados pelo regulador como parte dos custos de obtenção de capital, ou o WACC “depois dos impostos” se são considerados como custos operacionais (CAMACHO, 2004). Da perspectiva regulatória, de acordo com o Independent Regulators Group (IRG, 2007), é razoável que o WACC seja calculado antes do efeito dos impostos, de forma que a taxa encontrada é acrescida do percentual necessário para arcar com todos os tributos sobre o lucro, deduzidos os benefícios fiscais. Optou-se pela aplicação do WACC antes dos



impostos. Nota-se que, quanto maior a alíquota de tributos sobre o lucro:

- Maior o custo de capital próprio, pois maior carga tributária implica maior risco sistemático, o que infla o Beta alavancado;
- Maior o WACC antes dos impostos, pois será necessário um percentual maior de acréscimo na remuneração para arcar com tributos sobre o lucro.

Para o cálculo do WACC antes dos impostos, a Equação 1 deve ser reformulada conforme demonstrado a seguir, considerando a alíquota total de tributos sobre o lucro e os benefícios fiscais advindos da dedutibilidade dos custos da dívida e dos Juros sobre o Capital Próprio:  
(...)

**Deve-se considerar, no entanto, que a decisão de pagar Juros sobre o Capital Próprio imputados como dividendos é da companhia, a qual pode decidir não usufruir dos benefícios fiscais atinentes, apesar de que esta decisão caracterizaria clara ineficiência na aplicação dos recursos pagos pelos usuários.** Assim, o WACC aplicado no momento da Revisão não considerará o pagamento de JCP (o termo “jcp%” será igual a zero), e o ajuste relacionado ao benefício fiscal será realizado ex post, conforme explicado a seguir. A cada reajuste anual, será observado como a Copasa efetuou a distribuição de proventos referentes ao exercício anterior. **Caso a Copasa, tendo lucro, tenha optado por não efetuar pagamento de JCP, nenhuma compensação será necessária. Caso contrário, será devolvida aos usuários a diferença entre a remuneração definida na Revisão (considerando jcp% = 0) e a resultante da aplicação do WACC calculado com o percentual de JCP pago no exercício anterior, de modo que os usuários não sejam onerados desnecessariamente.** O valor será restituído, corrigido pela Selic, por meio de redução das tarifas nos reajustes anuais. (NOTA TÉCNICA CRFEF 47/2017 - Metodologia de Cálculo da Taxa de Remuneração Regulatória – Revisão Tarifária Periódica da Companhia de Saneamento de Minas Gerais - Copasa MG. Versão final após Audiência Pública. fls. 8/9. O documento pode ser visualizado no site da Arsa, no link abaixo: [http://www.arsae.mg.gov.br/images/documentos/audiencia\\_publica/13/NTCRFEF\\_47\\_2017\\_WACC\\_Copasa.pdf](http://www.arsae.mg.gov.br/images/documentos/audiencia_publica/13/NTCRFEF_47_2017_WACC_Copasa.pdf)) *(grifos inexistentes no original)*

Nesse íterim, resta evidente que a Agência contempla em sua metodologia numerário suficiente para que o prestador obtenha recursos para o pagamento **de toda a carga tributária existente**, indicando ainda que o Custo Médio Ponderado de Capital, especificamente no que tange aos aspectos relacionados ao JCP, será ajustado para fins tarifários a posteriori. Não menos verdade é o fato de que também não há uma redução da remuneração oriunda do benefício fiscal referente ao

pagamento de JCP, **mas uma atenuação do acréscimo (valor a maior, repisa-se) necessário para cobrir os tributos oriundos da prestação dos serviços e da própria remuneração.** Importante esclarecer também que a metodologia de cálculo do WACC engloba inclusive o pagamento de tributos sobre a renda e o lucro (IRPJ e CSLL).

Corroborando com o que exposto no parágrafo acima, cabe transcrever alguns excertos da Nota Técnica CRFEF 47/2017 para elucidar o tema:

**Consideração dos tributos sobre o WACC real ou nominal**

Ressalta-se que as transformações da taxa nominal para real e de antes para depois de impostos levam a resultados diferentes dependendo da ordem em que forem efetuadas (IRG, 2007; OXERA, 2005). Como a base de remuneração será atualizada pela inflação, não só a remuneração auferida como também a depreciação e amortização estarão corrigidas monetariamente. Já o registro contábil das despesas de depreciação/amortização é feito sem atualização, de modo que há um lucro contábil dado pela diferença entre depreciação/amortização contábil e regulatória, e sobre esse lucro haverá incidência de tributos. **Assim, para garantir à companhia os recursos necessários para arcar com o pagamento total de IRPJ e CSLL, a conversão do WACC pós-impostos para antes dos impostos deve ser feita sobre as taxas nominais, e só depois deflacioná-las.**

(...)

**Fica claro, portanto, que a definição metodológica da Arsaee garante a cobertura de toda a carga tributária, mesmo que para isso esteja propiciando remuneração a maior.** Em relação ao segundo prejuízo apontado, a Arsaee não vai fazer com que “o fluxo de JCP seja tributado”. O ajuste trata apenas de não colocar na tarifa recurso para pagar um tributo que não é devido. A remuneração não será reduzida por causa do benefício fiscal. O que se propôs reduzir foi o acréscimo necessário para cobrir os tributos resultantes dessa remuneração. Depois de pagar os tributos sobre o lucro, a Copasa terá  $We*Re + Wd*Rd$  para pagar os custos de capital, independentemente de qual o tratamento dado à carga tributária. A construção do WACC antes dos impostos simplesmente acrescenta a essa equação o percentual referente aos tributos. (NOTA TÉCNICA CRFEF 47/2017 - Metodologia de Cálculo da Taxa de Remuneração Regulatória – Revisão Tarifária Periódica da Companhia de Saneamento de Minas Gerais - Copasa MG. Versão final após Audiência Pública. fls 10/15. O documento pode ser visualizado no site da Arsaee, no link abaixo: [http://www.arsae.mg.gov.br/images/documentos/audiencia\\_publica/13/NTCRFEF\\_47\\_2017\\_WACC\\_Copasa.pdf](http://www.arsae.mg.gov.br/images/documentos/audiencia_publica/13/NTCRFEF_47_2017_WACC_Copasa.pdf)) *(grifos inexistentes no original)*



Ato contínuo, entende-se que a desconsideração de recursos especificamente para pagamento de IR e CSLL sobre os JCP não afeta o equilíbrio econômico-financeiro da prestação dos serviços, como fora alegado pela sócia insurgente, pelas seguintes razões:

- O pagamento de juros sobre o capital próprio se encontra no âmbito da discricionariedade e controle da própria empresa, não havendo que se falar em qualquer tipo de álea extraordinária ou conduta imputável que comprometa o sinalagma dos contratos do prestador, onerando-o desnecessariamente.
- Não restou comprovado em nenhum documento do expediente que a consideração do pagamento de JCP na tarifa afeta o planejamento tributário da Copasa.
- Não restou comprovada a ruptura do equilíbrio econômico-financeiro da prestação dos serviços com a consideração do pagamento de JCP na tarifa.
- A consideração do pagamento de JCP na tarifa é tema afeto à regulação econômica e está inserido no âmbito da metodologia de uma revisão tarifária periódica, a qual tem por objetivo precípuo a distribuição dos ganhos de produtividade com os usuários e a reavaliação das condições de mercado. Referido ajuste não tem por objeto a alteração das condições oriundas de fatos extraordinários e imprevisíveis que possam romper o sinalagma originalmente previsto nos contratos, onerando o prestador.<sup>1</sup>

Ademais, um ponto merece ser destacado separadamente. O parecer colacionado pela sócia minoritária insurgente indica como base legal para a desconsideração do pagamento de JCP na tarifa o artigo 9º, §3º da Lei Federal nº 8.987/95. Transcreve-se o dispositivo:

Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

(...)

§ 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.

---

<sup>1</sup> Art. 38. As revisões tarifárias compreenderão a reavaliação das condições da prestação dos serviços e das tarifas praticadas e poderão ser:

I - periódicas, objetivando a distribuição dos ganhos de produtividade com os usuários e a reavaliação das condições de mercado;

II - extraordinárias, quando se verificar a ocorrência de fatos não previstos no contrato, fora do controle do prestador dos serviços, que alterem o seu equilíbrio econômico-financeiro.

De fato, quando há a criação, alteração ou extinção de tributos ou encargos que causem impactos no âmbito da concessão de serviços públicos, comumente denominado pela doutrina de “fato do príncipe”, a tarifa deve ser revista para mais ou para menos. Não é menos verdade que os precedentes citados indicam, com precisão, que a quebra do sinalagma contratual gera a revisão (de regra, extraordinária) dos contratos. Ocorre que a leitura isolada do dispositivo não se aplica à presente hipótese, por diversas razões.

Primeiramente, no âmbito da presente revisão não se está instituindo ou alterando tributos, mas construindo uma metodologia tarifária pautada na regulação por *price cap* (preço teto), a qual leva em consideração diversos fatores de mercado, os quais são constantemente avaliados.

Além disso, como já precisamente demonstrado na Nota Técnica CRFEF 45/2017, na Nota Técnica CRFEF 47/2017, na Comunicação Interna encaminhada, e exaustivamente ressaltado na fundamentação da presente análise, a Agência engloba em sua metodologia de Custo Médio Ponderado de Capital (WACC) – antes dos impostos – numerário para garantir que a remuneração do prestador seja suficiente para arcar com todos os tributos relacionados à remuneração e depreciação do capital. A equação posta na análise técnica apenas aplica um redutor do acréscimo necessário para cobrir os tributos oriundos da prestação dos serviços e da própria remuneração especificamente no que concerne aos tributos incidentes sobre pagamento de IR e CSLL **sobre o pagamento de JCP**. Referido redutor, consoante demonstrado pela unidade consulente, não interfere na renda do prestador e também não afeta seu planejamento tributário.

**Por fim, caso se parta da premissa de que referido redutor adotado na equação estaria onerando o prestador e de conseqüente quebrando o equilíbrio dos contratos, tudo supostamente com base no que preconiza o isoladamente o artigo 9º, §3º, da Lei Federal nº 8.987/95, a consequência prática seria alterar a equação proposta na Nota Técnica CRFEF 47/2017 inserindo redutores que indiquem que não haverá a consideração de qualquer numerário em favor do prestador também no que tange ao IRPJ e CSLL atinente a outros fatos geradores que não os afetos à distribuição de JCP, o que atualmente ocorre.**

**Referida alteração, cabe salientar, resultará em uma considerável diminuição do Índice de Reposição Tarifária. Isso, pois atualmente são levados em consideração custos com o pagamento de Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e com a Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido (CSLL), os quais deveriam ser retirados da taxa de remuneração regulatória**

**caso se interprete o dispositivo em voga de maneira dissociada aos mecanismos tarifários previstos na Lei Federal nº 11.445/07 e na Lei Estadual nº 18.309/09.**

De mais a mais, novamente corroborando o entendimento já demonstrado pela Coordenadoria consultante de que não haverá prejuízo – muito pelo contrário – e sequer tributação sobre o fluxo de JCP, transcreve-se breve excerto da Nota Técnica CRFEF 47/2017:

**Conforme demonstrado em Oxera (2005) e Davis (2005), a conversão proposta pela Arsaee superestima os retornos auferidos pelo prestador, enquanto a alternativa os subestima.** A questão é conhecida como “problema da transformação”, e não há solução geral para evitá-la no uso da abordagem “antes dos impostos”. Há outras questões que podem afetar a base tributária relacionada aos custos de capital, e que, pela impossibilidade de se quantificá-las ex ante, não estão sendo consideradas nos cálculos. Por exemplo, a depreciação de ativos que porventura sejam glosados no processo de definição da base de ativos regulatória não será auferida pelo prestador via tarifa, mas será contabilizada como despesa, reduzindo o lucro e, portanto, os tributos. Divergências temporais entre o momento de inclusão de um ativo no banco patrimonial e de sua incorporação à base para fins de remuneração/depreciação via tarifa também geram esse “benefício” fiscal. *(grifos no original)*

Ultrapassadas as considerações acerca da inexistência de qualquer configuração de desequilíbrio econômico-financeiro atinentes à prestação dos serviços realizados pela Copasa na presente hipótese, vale ressaltar que a regulação econômica está em constante evolução, haja vista que os modelos regulatórios e de análise das condições de mercado são reavaliados de maneira contínua. Nesse ínterim, é de bom alvitre que a Arsaee, como ente regulador que é, atue com ampla discricionariedade técnica ao elaborar estudos e definir os valores das tarifas de água e de esgoto, sempre respeitando as balizas legais.

Dessarte, entende-se que cabe à Arsaee avaliar todos os aspectos atinentes à metodologia tarifária da Copasa, inclusive no que se refere à consideração, na tarifa, dos efeitos decorrentes da distribuição de juros sobre o capital próprio realizados pela Copasa.

Referida discricionariedade técnica já foi reconhecida pelo Tribunal de Contas da União no âmbito do setor elétrico, vide Acórdão 200/2007 – PLENÁRIO, proferido no Processo 002.739/2003-7 (Tomada de Contas 004.181/2006-1 em apenso). No precedente em voga, a Corte de Contas reviu seu entendimento **de que era obrigatória a consideração dos JCP na tarifa** (em posicionamento diametralmente oposto ao presente pleito da sócia insurgente), para indicar que a questão é afeta à



avaliação de conveniência, oportunidade e adequação por parte do regulador. Veja-se alguns excertos do acertado posicionamento da referida Corte de Contas, *in verbis*:

ACOMPANHAMENTO DO PROCESSO DE REVISÃO TARIFÁRIA PERIÓDICA DA CEMIG. PEDIDOS DE REEXAME INTERPOSTOS CONTRA O ACÓRDÃO N. 1756/2003-TCU-PLENÁRIO. CONHECIMENTO. PROVIMENTO PARCIAL. INSUBSISTÊNCIA DO ACÓRDÃO RECORRIDO. DETERMINAÇÕES E RECOMENDAÇÕES. CIÊNCIA AO MINISTRO DE ESTADO DE MINAS E ENERGIA, AO CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA ENERGÉTICA, ÀS COMISSÕES DE FISCALIZAÇÃO E CONTROLE E DE SERVIÇOS DE INFRA-ESTRUTURA DO SENADO FEDERAL, ÀS COMISSÕES DE MINAS E ENERGIA E DE FISCALIZAÇÃO E CONTROLE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS E AOS INTERESSADOS RECORRENTES.

(...)

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, com fundamento no art. 48, parágrafo único, da Lei n.º 8.443/92 c/c o art. 286 do Regimento Interno/TCU, em:

(...)

9.3. recomendar à ANEEL que:

(...)

**9.3.1. no estudo específico que vem conduzindo no contexto do processo de revisão tarifária periódica, avalie a oportunidade, a conveniência e a forma mais adequada de consideração dos efeitos do benefício fiscal decorrente da distribuição de juros sobre o capital próprio, na forma prevista na Lei nº 9.249/1995;**

(...)

Originariamente, o presente feito tratou de acompanhamento do processo de revisão tarifária periódica referente aos serviços públicos de distribuição de energia elétrica concedidos à Companhia Energética de Minas Gerais, iniciado em 2003, consoante as disposições da Instrução Normativa TCU n. 43/2002.

2. No momento, examina-se os Pedidos de Reexame interpostos pela Agência Nacional de Energia Elétrica (fls. 1 a 4 do vol. 7) e pela Companhia Energética de Minas Gerais (fls. 1 a 9 deste vol. 6) contra o Acórdão n. 1.756/2003-TCU-Plenário, proferido em sessão realizada em 19.11.2003.

3. Naquela assentada, o Tribunal deliberou por meio do referido Acórdão no sentido de:

"9.1. determinar à Aneel que:

(...)

**9.1.1.2. considere no cálculo do reajuste tarifário o benefício fiscal decorrente da distribuição de juros sobre o capital próprio, nos termos na Lei 9.249/95, conforme previsto na metodologia**

**preparada pela Fundação Universitária de Brasília (Fubra), instituição contratada pela Aneel para auxiliá-la no desenvolvimento dos trabalhos relativos à revisão tarifária;**

12. O Ministério Público pronuncia-se quanto ao mérito dos Pedidos de Reexame interpostos, *in verbis*:

(...)

Convencendo-se ser da competência da Aneel decidir discricionariamente sobre a questão da consideração do ora tratado benefício fiscal nos processos de revisão tarifária periódica das concessionárias de distribuição de energia elétrica, o Plenário do TCU, mediante os Acórdãos nos 1.756/2004 e 1.757/2004, proferidos, respectivamente, no TC 007.371/2003-5 e no TC 016.128/2003-2, julgou os referidos embargos de declaração decidindo recomendar à Aneel que, no estudo específico que aquela agência vem conduzindo no contexto do processo de revisão tarifária periódica, avalie a oportunidade, a conveniência e a forma mais adequada de consideração dos efeitos do benefício fiscal decorrente da distribuição de juros sobre o capital próprio, na forma prevista na Lei nº 9.249/1995.

Tivemos a oportunidade de emitir pronunciamento acerca dos embargos de declaração tratados no mencionado TC 007.371/2003-5. Naquele ensejo, após nos estendermos em diversas considerações de ordem geral, feitas na tentativa de se obter uma visão abrangente e crítica do modo como vem sendo exercido o controle do TCU sobre os entes de regulação de serviços públicos, no que tange à sua forma, à sua extensão e às suas efetivas implicações na consecução do interesse público e no desenvolvimento do País, e após, também, nos determos na específica questão da consideração dos efeitos da distribuição de juros sobre o capital próprio nos processos de revisão tarifária das concessionárias distribuidoras de energia elétrica, acabamos, então, por propor um encaminhamento para a questão que, afinal, revelou-se afinado com o entendimento defendido pela maioria dos ministros do TCU.

No parecer emitido nos autos do TC 007.371/2003-5, ao lembrarmos que, no exercício do controle das concessões de serviço público, o Tribunal de Contas da União deve aferir a conformidade dos atos das agências reguladoras que são expressamente previstos e disciplinados em lei (atos vinculados), advertimos que, se, eventualmente, os entes reguladores violarem as disposições legais que condicionam sua atuação, não cabe ao TCU determinar sejam adotadas medidas que substituam aqueles atos, mas tão-somente apontar as violações perpetradas, a fim de que as próprias agências infratoras corrijam seus erros.

(...)

13. Ao concluir a sua manifestação, o parquet especializado propõe que o Tribunal de Contas da União conheça dos presentes pedidos de reexame para, no mérito, dar-lhes provimento, reformando-se o Acórdão nº 1.756/2003-TCU-Plenário de modo a transformar em

recomendações as determinações dispostas nos seus itens 9.1.2.3 e 9.1.2.4 e de modo a harmonizá-lo com os Acórdãos nos 1.756/2004-TCU-Plenário e 1.757/2004-TCU-Plenário, mediante os quais deliberou-se recomendar à Aneel que, no estudo específico que aquela agência vem conduzindo no contexto do processo de revisão tarifária periódica, avalie a oportunidade, a conveniência e a forma mais adequada de consideração dos efeitos do benefício fiscal decorrente da distribuição de juros sobre o capital próprio, na forma prevista na Lei nº 9.249/1995".

(...)

Voto

De início registro que os presentes recursos devem ser conhecidos porquanto preenchem os requisitos de admissibilidade previstos no art. 48, parágrafo único, da Lei n. 8.443/92 c/c o art. 286 do Regimento Interno deste Tribunal.

**2. Quanto ao mérito, observo do acima relatado que insere-se na competência da ANEEL decidir discricionariamente sobre a consideração dos efeitos da distribuição de juros sobre o capital próprio no cálculo do reposicionamento das tarifas cobradas pelas concessionárias de distribuição de energia elétrica.**

(...)

Por todo o exposto e considerado, acolho em parte os argumentos dos Pedidos de Reexame interpostos pela Agência Nacional de Energia Elétrica e pela Companhia Energética de Minas Gerais e dos pareceres da Serur da Sefid e do Ministério Público e VOTO no sentido de que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto a este Colegiado. (TCU. ACÓRDÃO 200/2007 – PLENÁRIO. Relator VALMIR CAMPELO. Processo 002.739/2003-7. Apenso: TC 004.181/2006-1. Data da sessão 28/02/2007. Número da ata 07/2007.)

Depreende-se da leitura do r. *decisum* que o Ministério Público, na condição de fiscal da lei e da ordem jurídica, também entende como pertinente que o ente regulador atue com autonomia e discricionariedade técnica.

Ademais, referido entendimento é perfeitamente aplicável ao caso concreto, diferentemente do precedente que fora colacionado aos autos pela sócia insurgente, haja vista as especificidades da questão outrora submetida à análise do judiciário. A análise acerca da divergência do presente caso e da celeuma atinente aos incentivos concedidos pela União e utilizados pela Aneel quando de seu processo de revisão tarifária já restou externada pela área técnica desta Agência, conforme transcrito abaixo:

Tais incentivos, estabelecidos pela Medida Provisória nº 2.199-14, de 24 de agosto de 2001, possuem caráter muito diverso da dedutibilidade do JCP. Conforme artigo 1º da MP: “Art. 1º Sem prejuízo das demais



normas em vigor aplicáveis à matéria, a partir do ano-calendário de 2000, as pessoas jurídicas que tenham projeto protocolizado e aprovado até 31 de dezembro de 2018 para instalação, ampliação, modernização ou diversificação enquadrado em setores da economia considerados, em ato do Poder Executivo, prioritários para o desenvolvimento regional, nas áreas de atuação da Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste - SUDENE e da Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia - SUDAM, terão direito à redução de 75% (setenta e cinco por cento) do imposto sobre a renda e adicionais calculados com base no lucro da exploração”. Fica claro que o incentivo fiscal concedido às distribuidoras era vinculado à aprovação e execução dos projetos citados, não cabendo, nesse caso, impedir que auferissem o benefício prometido em contrapartida.

Consideradas as diversas explanações feitas, entende-se que a atuação da Agência em considerar os eventuais benefícios fiscais oriundos do pagamento de JCP em sua metodologia tarifária está em perfeita consonância com o ordenamento jurídico vigente e externa a necessária discricionariedade técnica inerente ao processo de revisão tarifária da Copasa. Verificou-se, ainda, que a consideração do pagamento de JCP na tarifa não implica em quebra do sinalagma dos contratos de prestação de serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário da Copasa.

### **III – CONCLUSÃO**

O presente parecer, pela complexidade do tema, buscou, sempre que possível, traçar uma linha argumentativa que não adentrasse de maneira tão incisiva nos aspectos técnicos oriundos da Revisão Tarifária Periódica da Copasa. Todavia, considerando a discricionariedade técnica inerente à Agência e a inafastável natureza econômica desta demanda, fez-se necessária, em diversas oportunidades, a transcrição dos robustos e coerentes estudos feitos pela CTRFEF acerca das razões para a consideração da consideração do pagamento de JCP na tarifa do prestador.

Isso posto, entende-se que a demanda formulada pela Kondor Invest, a despeito dos diversos e coerentes argumentos formulados em parecer por ela solicitado, não se aplica à presente hipótese, pelos argumentos já expostos na fundamentação jurídica.

De mais a mais, verifica-se que a metodologia tarifária adotada pela Agência, ao considerar o pagamento de JCP pela Copasa no cálculo de suas tarifas aplicáveis, não viola o princípio do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos e está em perfeita consonância com o que preconizam a Lei Federal nº 11.445/07 e a Lei Estadual nº 18.309/2009, estando ainda acorde

com o entendimento do Tribunal de Contas. À vista disso, não se vislumbra óbice jurídico à publicação da futura norma nos termos propostos pelas áreas técnicas.

Por fim, a Coordenadoria consultante poderá fazer uso dos entendimentos e fundamentos exarados na presente Nota Jurídica para embasar eventuais respostas às contribuições acerca do presente tema que surgirem no âmbito da Audiência Pública nº 15/2017.

É salvo melhor juízo, o entendimento desta Procuradoria.

Belo Horizonte, 31 de maio de 2017.

**PAULO GABRIEL DE LIMA**  
Procurador do Estado de Minas Gerais  
Procurador-Chefe da Arsae-MG  
OAB-MG Nº. 96.008 / MASP 1.097.499-6