

ABRACE Energia

Contribuições à Consulta Pública n. 05/2024

Revisão Tarifária Ordinária da Companhia de Gás do Estado do Rio Grande do Sul –
Sulgás (Processo n. 000191-39.00/24-7)

Outubro de 2024

Introdução

A ABRACE Energia, associação setorial que representa os grandes consumidores industriais de gás natural do estado do Rio Grande do Sul, motivada pela busca da modernização e competitividade, da atratividade para novos investimentos e da maturidade regulatória do setor de gás natural, vem participando e contribuindo ao longo do tempo nas discussões que envolvem o tema no âmbito das indústrias.

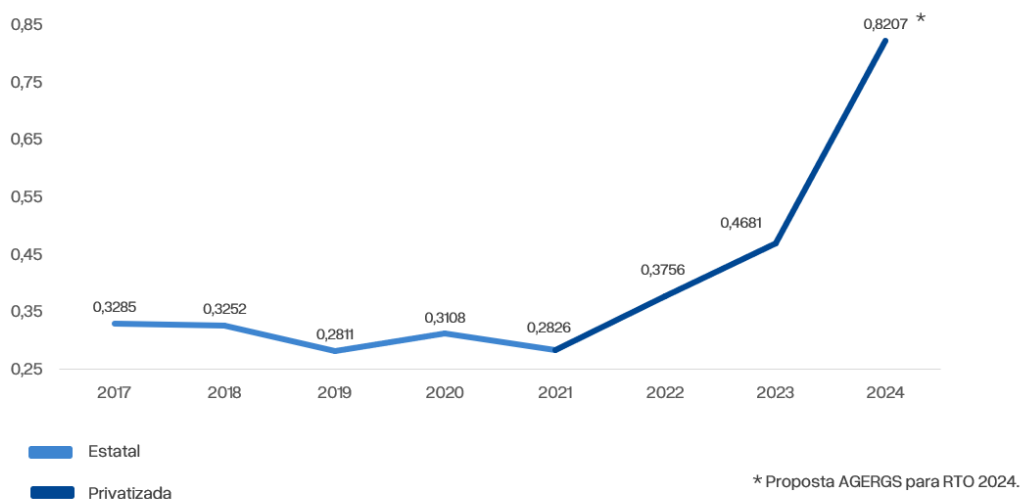
Na presente oportunidade, cumprimos a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul – AGERGS pela promoção da Consulta Pública e Audiência Pública n. 05/2024, que têm como objetivo obter subsídios para melhor instruir o Processo n. 000191-39.00/24-7 que trata de Revisão Tarifária Ordinária da Companhia de Gás do Estado do Rio Grande do Sul – Sulgás.

A abertura de dois processos participação pública para tratar da revisão tarifária representa uma medida regulatória essencial para garantir transparência e isonomia no momento da definição de uma tarifa justa e equilibrada para o serviço público de distribuição de gás canalizado. Esse procedimento regulatório ganha ainda mais importância face à situação econômica do estado do Rio Grande do Sul, que enfrenta um dispendioso processo de reconstrução, o qual exige especial atenção do Poder Concedente no direcionamento da política energética que apoiará essa reconstrução e a evolução da transição energética no estado.

É sob esse importante contexto econômico, social e ambiental que a ABRACE Energia reforça seus protestos de estima e apoio à AGERGS na **recomendação da revisão do contrato de concessão**. É certo que o contrato, firmado há 30 anos, não reflete mais as condições do mercado gaúcho de gás natural e necessita ser alterado para que os usuários da rede de distribuição tenham a possibilidade de usufruir desse serviço público a tarifas módicas que promovam o acesso à energia limpa, barata e segura. A revisão do contrato permitirá também que a distribuidora

avance nos investimentos para expandir a rede de distribuição, algo que, nos termos do contrato atual, é limitado. Neste momento, preocupa-nos que o descompasso entre os regramentos previstos no contrato de concessão e a realidade do mercado de gás afetem negativamente a manutenção de grupos industriais tão importantes para a economia gaúcha no mercado estadual de gás, bem como a sua continuidade no estado.

Desde a primeira revisão tarifária após a conclusão do processo de privatização da Sulgás, as margens que remuneram o serviço de distribuição têm alcançado valores cada vez maiores a cada ciclo tarifário. **Decorridos apenas três anos da saída do Estado da composição acionária, a margem da companhia tem praticamente triplicado:** o aumento foi de 2,9 vezes entre o ciclo tarifário de 2021/2022 e de 2024/2025 ¹. A Figura 1 apresenta a evolução da margem média de distribuição mapeada pela AGERGS, onde é possível perceber a evolução dos valores aprovados após a privatização da companhia estadual e o abrupto aumento de mais de 75% que a proposta de margem regulatória de 0,8207 R\$/m³ representa.



¹ Considerando a proposta de margem regulatória apresentada na Informação DT n. 79/2024.

Figura 1 – Evolução da margem de distribuição de gás canalizado no Rio Grande do Sul entre 2017 e 2024.

Fonte: elaboração própria com dados da Informação DT n. 79/2024.

Os sucessivos aumentos nas tarifas de distribuição após a desestatização da Sulgás são um claro reflexo da necessidade de aprimoramento da metodologia de revisão tarifária, e o abrupto aumento de 75% previsto para a Revisão Tarifária Ordinária de 2024 é um sintoma da urgência exigida. Se aprovada, a margem bruta de 0,8207 R\$/m³ fará com que a tarifa industrial de distribuição da Sulgás passe da 6ª para a 1ª mais cara do país. A Figura 2, abaixo, traz o comparativo do impacto do aumento do valor da margem industrial em USD/MMBTU. A título de comparação, só a margem industrial da Sulgás passaria a ser 2,5 vezes mais cara do que o gás comercializado no *Henry Hub*.



Unidade: USD/MMBTU.

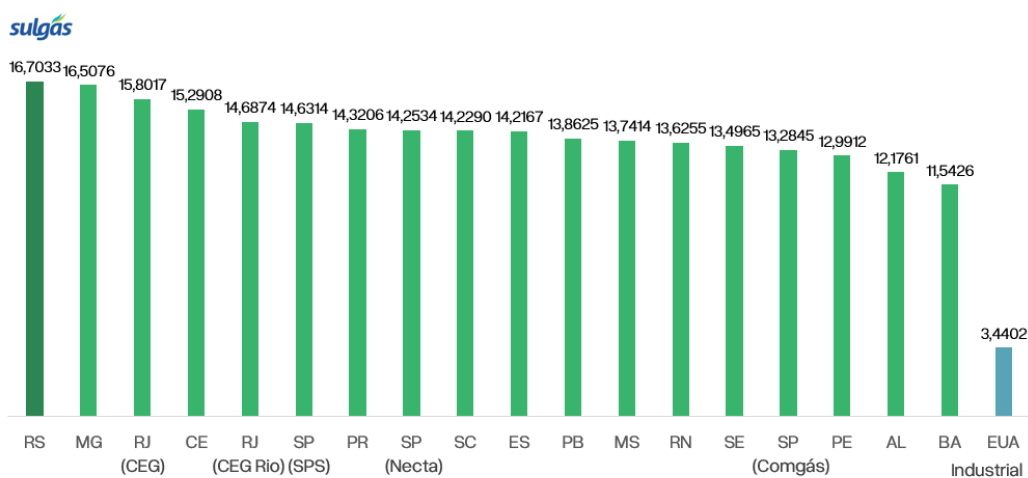
Figura 2 – Margens do segmento industrial² (ex-impostos) comparadas com o preço do gás natural do *Henry Hub*³.

² Referência utilizada: faixa de consumo de 100.000 m³/dia.

³ Projeção para setembro de 2024 presente no *Short-Term Energy Outlook* de 10/09/2024 publicado pela *U.S. Energy Information Administration* – EIA.

Fonte: elaboração própria com dados de EIA.

A elevação da margem regulatória é, por óbvio, refletida na tarifa final de distribuição e, em que pese a margem não seja a parcela de maior representatividade na composição final da tarifa, as tarifas finais industriais do estado do Rio Grande do Sul serão igualmente abaladas pelo aumento. Em setembro de 2024, o mix contratual da Sulgás somou valores próximos a 2,3996 R\$/m³, preço de gás que colocou a distribuidora no segundo quartil na comparação dos maiores preços de gás do país, em sexto lugar. Caso aplicado o aumento proposto de 75% no mês de setembro, a tarifa industrial para a classe de consumo de 100.000 m³/dia, por exemplo, passaria de 2,9619 R\$/m³ para 3,4251 R\$/m³ – avançando também da sexta para **a maior tarifa industrial do Brasil**. A Figura 3 demonstra o impacto do aumento proposto ao valor da tarifa industrial da Sulgás em USD/MMBTU e sua comparação com custo final para a indústria americana.



Unidade: USDD/MMBTU.

Figura 3 – Tarifas do segmento industrial⁴ (ex-ípostos) comparadas à tarifa final industrial americana⁵.

Fonte: elaboração própria com dados de EIA.

⁴ Referência utilizada: faixa de consumo de 100.000 m³/dia.

⁵ Valor de julho de 2024 – EIA.

Frente ao expressivo custo econômico que pode ser gerado pela elevação da margem regulatória do ciclo tarifário de 2024/2025 é preciso levantar os impactos associados a esse aumento para a indústria gaúcha. Novamente, a ABRACE Energia manifesta sua preocupação sobre os efeitos que podem decorrer de aumentos recorrentes nas tarifas de distribuição de gás canalizado.

O primeiro efeito é a redução da competitividade do gás natural e do biometano e sua troca por outros energéticos – especialmente aqueles energéticos mais baratos e mais poluentes. Além de indesejável para a indústria que está comprometida com o processo de descarbonização e migração para uma matriz energética mais limpa, a possibilidade dessa troca vai de encontro aos planos de transição energética do próprio estado do Rio Grande do Sul, que, a exemplo, foi um dos primeiros estados a editar políticas de incentivo à produção e uso de biometano e fomentar a contratação do gás renovável pela concessionária estadual.

O segundo efeito, tão nocivo quanto o primeiro, é a **destruição da demanda** por gás natural e biometano no estado. Como explicitado, com a elevação dos custos do insumo é esperado que as indústrias migrem para fontes que apresentam menores custos. Isso posto, importa rememorar que a migração é acompanhada de investimentos em infraestruturas, como equipamentos elétricos e à biomassa, o que reduz a baixas chances o retorno ao gás natural. Nesse cenário, a demanda por gás natural no estado – sustentada pelo consumo industrial – pode ser severamente reduzida e, como consequência, a concessão apresentará custos cada vez maiores em função da redução do número de consumidores. Em suma, a economia de escala é invertida e o mercado de gás canalizado gaúcho vivenciará o fenômeno econômico cunhado como “espiral da morte”.

Nesse sentido, é certo que a intervenção do Poder Concedente e do regulador são necessárias para redirecionar a concessão ao equilíbrio tarifário e de demanda. Ou melhor, deve-se buscar o equilíbrio econômico-financeiro da concessão. Nesse caso, em prol do consumidor. Entende-se que a revisão do

contrato de concessão é um processo que exige atenção e não ocorre de forma imediata, pois é necessário que haja estudo e preparo para a modificação das regras contratuais vigentes. Contudo, a situação econômico-financeira da concessão exige medidas ágeis que possam mitigar os efeitos que já vêm sendo sentidos pelos usuários do serviço público.

Cabe ressaltar que o expressivo aumento previsto para o ciclo tarifário de 2024/2025 pode ser atenuado pelo regulador até a finalização do processo de revisão do contrato de concessão pelo Poder Concedente. Considera-se essencial que esta agência, enquanto representante do poder público com efetiva competência regulamentar, atue sobre as regras estabelecidas no contrato de concessão a fim de garantir a adequada execução do serviço público delegado, especialmente no que tange o repasse dos custos aos usuários.

Como demonstrado, desde o processo de privatização da companhia, observa-se uma tendência de aumento acentuado das tarifas de distribuição – causada pelos sucessivos aumentos da margem bruta. Nessa seara, a ABRACE Energia entende que compete à agência reguladora a alteração, via ato normativo, de variáveis consideradas na metodologia de cálculo da margem regulatória determinadas pelo contrato de concessão. A alteração dessas variáveis, como os impostos associados a resultados e os ajustes, é capaz de reduzir mais da metade do valor calculado para a margem regulatória neste processo e garantir a aplicação de tarifas mais adequadas à realidade do mercado de gás do estado.

Apresentado o entendimento desta associação sobre a proposta de margem regulatória em apreciação pública no estado do Rio Grande do Sul, a ABRACE Energia reitera seu amparo à prudente determinação de tarifas módicas, capazes de remunerar a concessionária por seus investimentos e pela prestação do serviço de distribuição sem impor demasiado ônus aos consumidores e comprometer a manutenção desses no mercado de gás canalizado. Dessa forma, apresentamos a seguir nossas contribuições à Informação DT n. 79/2024.

Aplicação de IR sobre o Custo de Capital

O Imposto de Renda, na visão da ABRACE Energia, deve ser excluído do cálculo do Custo de Capital. E existem diversos argumentos que respaldam este entendimento, conforme veremos abaixo:

A Constituição Federal, em seu art. 175, ao tratar do regime de concessão de serviços públicos, estabelece que a lei disporá sobre a obrigação de manter serviço adequado (inciso IV). Em atendimento ao dispositivo constitucional foi editada a Lei Geral de Concessões – Lei n. 8.987/1995, disciplinando o regime de concessões da prestação de serviços públicos previsto.

Segundo estabelece a Lei Geral, em seu art. 6º, § 1º, serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação **e modicidade das tarifas**.

Como é bem sabido, a Lei 8.987/1995 aplica-se também aos Estados, que deverão promover “a revisão e as adaptações necessárias de sua legislação às prescrições desta Lei, buscando atender as peculiaridades das diversas modalidades dos seus serviços”, conforme rege o parágrafo único do art. 1º.

A Lei Estadual n. 15.648/2021, que dispõe sobre a concessão dos serviços locais de gás canalizado, bem como estabelece os princípios, as diretrizes e as normas relativas ao serviço no Estado do Rio Grande do Sul, também trata da modicidade das tarifas, estabelecendo, em seu art. 3º, como princípio da exploração dos serviços de gás canalizado o “serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, realizado 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**” (g.n.).

O Contrato de Concessão firmado pela Sulgás também apregoa a modicidade tarifária ao definir serviço adequado, no item 2.1: “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**” (g.n.).

Assim, a inclusão do Imposto de Renda no cálculo da margem da distribuidora contraria não apenas a lógica econômica e regulatória – uma vez que não faz sentido algum o usuário de serviço público ser responsável pelo custo do imposto pago pela concessionária sobre o lucro por ela auferido, mas também todos os dispositivos constitucionais, legais e contratuais que determinam que a prestação de serviços deve garantir a modicidade das tarifas.

Tanto é assim que a Lei n. 15.648/2021, editada pelo Estado do Rio Grande do Sul, prevê expressamente que o Imposto de Renda não deverá compor a tarifa:

Art. 41. As tarifas a serem aplicadas na delegação dos serviços públicos de distribuição de gás canalizado poderão ser reguladas por meio de metodologia de margem máxima de distribuição, visando a, sem prejuízo da modicidade tarifária, oportunizar à concessionária o justo retorno dos investimentos, bem como a obtenção de receitas suficientes para cobrir os custos adequados de operação, de manutenção e de impostos, **exceto os impostos sobre a renda** (g.n.).

E vale destacar que a Lei Estadual não inovou, eis que a Lei n. 8.987/1995, ao tratar da política tarifária, já segregava o Imposto de Renda dos encargos a serem suportados pelos usuários de serviço público:

Art. 9, § 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 (g.n.).

Estabelecida a contrariedade ao princípio da modicidade tarifária pelo Contrato de Concessão da Sulgás, pela inclusão do Imposto de Renda na margem da distribuidora, é importante a adoção de ações que coíbam a ilegalidade.

A Lei Geral de Concessões, em seu art. 29, arrola obrigações que incumbem ao poder concedente, dentre as quais, destacam-se os incisos abaixo:

V – homologar reajustes e **proceder à revisão das tarifas na forma desta Lei, das normas pertinentes** e do contrato;

VI – **cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço** e as cláusulas contratuais da concessão; (g.n).

Já o art. 31, arrola os encargos da própria concessionária, dentre eles, prestar serviço adequado, na forma prevista nesta Lei, nas normas técnicas aplicáveis e no contrato, ou seja, preservando a modicidade tarifária.

No mesmo sentido da Lei Federal, dispõe a legislação do Estado do Rio Grande do Sul. A Lei n. 10.931/1997, lei de criação da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul – AGERGS, estabelece como objetivos da Agência, dentre outros:

I – **assegurar a prestação de serviços adequados**, assim entendidos aqueles que satisfazem as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e **modicidade nas suas tarifas**; (g.n.).

A Lei Estadual, em seu art. 4º, arrola as competências da AGERGS, dentre as quais destaca-se os incisos abaixo:

II – **buscar a modicidade das tarifas** e o justo retorno dos investimentos;

III – cumprir e fazer cumprir, no Estado do Rio Grande do Sul, a legislação específica relacionada aos serviços públicos delegados;

IV – homologar os contratos e demais instrumentos celebrados, assim como seus aditamentos ou extinções, nas áreas sob sua regulação, zelando pelo seu fiel cumprimento, bem como revisar, no âmbito de suas competências, todos os instrumentos já celebrados antes da vigência da presente Lei;

VII – propor novas delegações de serviços públicos no Estado do Rio Grande do Sul, bem como o aditamento ou a extinção dos contratos em vigor; (g.n.).

A Lei Estadual n. 15.648/2021, em seu art. 6º, reitera a competência da AGERGS para exercer a regulação dos serviços de gás canalizado, se aplicando inclusive à concessão atualmente vigente, conforme § 2º.

Estabelece ainda a Lei que

Art. 40. As tarifas aplicáveis aos serviços de distribuição de gás canalizado deverão refletir a **modicidade tarifária, manutenção do equilíbrio econômico–financeiro do contrato** de concessão, a busca da eficiência na prestação do serviço, a absorção de progresso tecnológico e o nível de atendimento da demanda. Parágrafo único. Incumbe à agência reguladora fixar, reajustar, revisar, homologar ou encaminhar ao ente delegante tarifas, seus valores e estruturas (g.n).

Observa-se ainda, a obrigatoriedade que recai ao ente regulador de garantir (i) a modicidade tarifária e (ii) o equilíbrio econômico–financeiro, ambos pressupostos essenciais ao instituto da concessão de serviços públicos.

Neste aspecto, é importante destacar que **a exclusão do Imposto de Renda não apenas é possível, como atende à determinação de modicidade tarifária, e não implica em desequilíbrio econômico–financeiro da concessão**, conforme veremos.

O Professor Arnaldo Wald, em artigo publicado na Revista de Informação Legislativa ⁶ defende que

Muito embora o contrato de concessão contenha as regras regulamentares e econômicas da concessão, **todas as normas que vierem a ser baixadas pela agência reguladora, dentro dos poderes que lhe foram delegados por lei, passam a ser aplicáveis aos contratos já firmados, considerando a prerrogativa do Poder Público de exercer o *ius variandi***, ou seja, de alterar unilateralmente as cláusulas regulamentares ou de serviço, **desde que mantidas as cláusulas econômicas atinentes à remuneração da concessionária** ou do permissionário, que são intangíveis por força de garantias constitucionais, legais e contratuais (g.n).

Ou seja, normas posteriores devem ser aplicadas ao Contrato de Concessão anterior, desde que mantidas as cláusulas econômicas atinentes à remuneração da concessionária.

⁶ WALD, Arnaldo; MORAES, Luiza Rangel de. Agências Reguladoras. *Revista de Informação Legislativa*, v. 36, n. 141, p. 143–171, jan./mar. 1999. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/457>.

O ponto é que o Imposto de Renda, embora parte da margem da distribuidora, não compõe a sua remuneração.

O Parecer elaborado pelo Dr. Floriano de Azevedo Marques Neto, Professor Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da USP, trata do tema de forma bastante esclarecedora, ao analisar situação idêntica que ocorria no Estado do Espírito Santo:

III.3. TRATAMENTO DE DISPOSIÇÃO CONTRATUAL CONTRÁRIA À LEI

Enfim, a análise do caso concreto desafia o tema dos impostos apurados sobre o resultado, levados em consideração no cômputo da margem bruta, em contraposição à determinação legal que aloca os ônus desses tributos à concessionária. Por certo, conquanto o contrato discipline que alterações nos tributos sobre a renda e o resultado se inserem nos riscos da concessionária, ao considerar esses tributos no cálculo do reajuste da tarifa, resta por mitigar esse risco, afrontando a disposição legal do art. 9º, § 3º, da Lei nº 8.987/9526.

Esse dispositivo legal determina que o risco dos tributos incidentes sobre a renda (resultado) cabe à concessionária, de modo que qualquer alteração nas regras que disciplinam esses tributos não enseja desequilíbrio contratual. Confere, portanto, tratamento diferenciado a essa ordem de tributos – ao contrário dos demais, cujo risco foi considerado como causa de desequilíbrio. Ao passo que as alterações da regulamentação dos demais tributos são consideradas como evento danoso à equação contratual, os tributos sobre o resultado se inserem, de acordo com a Lei nº 8.987/95, no âmbito do risco assumido pela concessionária.

A razão para a diferenciação legal decorre dos fatores de incidência dos tributos em cotejo com aquilo que conforma a equação contratual. Enquanto os tributos sobre o resultado incidem em momento posterior, sobre os ganhos advindos da concessão, os demais tributos são considerados nos custos da concessão, incidindo sobre serviços ou bens utilizados para a prestação dos serviços delegados. É bem visível, portanto, a ligação entre essa segunda espécie de tributos e os elementos que dão forma à equação contratual, tendo em vista que esses afetam diretamente

os custos da concessão, elementos intrínsecos do equilíbrio econômico-financeiro.

Os tributos sobre o resultado, por seu turno, não interferem na composição da equação, incidindo em momento posterior, apenas a partir das receitas apuradas. Assim, a “ressalva dos impostos sobre a renda pode ser explicada porque não se está diante de impacto endógeno à execução do contrato (com reflexo nos direitos e obrigações), mas com repercussão na distribuição dos ganhos empresariais aos acionistas da concessionária. O imposto sobre a renda incide sobre o produto do capital ou do trabalho (ou da combinação de ambos), cuja base de cálculo é o lucro – a receita menos a despesa. Não incide diretamente nos custos do projeto do concessionário e não gera impacto endógeno à prestação do serviço ou obra. São dados externos à equação que compõe o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Desta forma, caso as variações do imposto sobre a renda tivessem efeito para o reequilíbrio contratual, estar-se-ia diante de violação ao princípio da isonomia por meio da instituição de privilégio desarrazoado e desproporcional a determinada categoria de contribuintes.”

O próprio contrato de concessão aqui estudado acompanha a determinação legal ao estabelecer, em sua cláusula 5.3, dispositivo que repete o comando da Lei nº 8.987/95, ressaltando os tributos sobre a renda do risco tributário que enseja recomposição. No entanto, há na regulamentação do reajuste tarifário (Anexo III do contrato), um dispositivo que mitiga quase que integralmente a previsão legal. Trata-se do denominado “IAR – Impostos Associados a Resultado”, elemento da fórmula de cálculo da margem bruta, que corresponde (nos dizeres do contrato) ao “grupo de elementos de custos que registra o valor do Imposto de Renda e outros impostos associados a resultados”.

Na prática, ao estabelecer a influência dos custos tributários apurados sobre o resultado, as regras de reajuste do contrato acabaram por considerar tais tributos na equação contratual. Ora, se os custos decorrentes desses tributos são considerados para determinar o reajuste, o que se tem é a transferência do risco tributário a eles correspondente para os usuários, em claro desvirtuamento da previsão legal, que associa esses tributos ao risco da concessionária.

Essa distorção do comando legal foi muito bem identificada pela Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo, que, ao analisar o processo

de revisão tarifária no Parecer PGE/NCA nº 00299/2013 concluiu pela impossibilidade de se manter o critério de cálculo do reajuste que considerasse o impacto do custo de tributos associados ao resultado²⁸. Concluo, daí, despidendo reavivar os argumentos que evidenciam o equívoco do contrato em considerar os tributos sobre o resultado como fator de cálculo do reajuste tarifário. Esses argumentos já foram bem lançados no Parecer da d. PGE-ES e qualquer tentativa de repisar o tema, aqui, apenas resultaria em atulhar o meu opinativo.”.

Alexandre Aragão ⁷, ao defender a possibilidade de o contrato de concessão criar direitos e obrigações, ainda que estes não estejam previstos em lei, aponta que isso não poderá ocorrer quando as disposições contratuais sejam contrárias às regras e princípios constitucionais ou legais:

Contudo, a possibilidade de os editais e contratos administrativos criarem direitos e obrigações sem base legal específica prévia não terá lugar quando forem contrários às regras e princípios constitucionais ou legais, ou quando a lei já estabelecer a consequência de determinada situação, não podendo o contrato estabelecer outra.

Ainda que o Contrato de Concessão seja anterior à Lei Geral de Concessões e à Lei específica do Estado do Rio Grande do Sul, entendemos que cabe à Agência Reguladora realizar a correção da distorção, adotando a exclusão do Imposto de Renda no cálculo da margem bruta.

E nos cabe frisar que o Estado do Espírito Santo, ao analisar situação idêntica, entendeu por afastar o Imposto de Renda do cálculo da margem da distribuidora.

Como se pode observar na NOTA TÉCNICA DT/GGN Nº 08/2013 (em anexo), datada de 13/12/2013, a Agência de Serviços Públicos do Estado do Espírito Santo – ASPE, ao realizar a análise do pleito de revisão tarifária anual da concessionária de gás canalizado para o ano de 2013, não apenas **determinou a exclusão dos impostos associados a resultados do cálculo da margem de distribuição, mas**

⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 4ª Edição Revista e Atualizada. Belo Horizonte. Fórum, 2017.p.303.

também a provisão dos impostos relativos ao ano de 2013: “Art. 5º – Provisionar o valor de R\$ 33.106.833,52, referente ao **não reconhecimento dos Impostos Associados a Resultados** de 2012, nos termos do Parecer PGE/NCA 00453/2013 e da Nota Técnica DT/GGN 008/2013;” (g.n.).

Ressalta-se que a decisão da Agência Reguladora teve por base Parecer PGE/NCA 00453/2013. da Procuradoria Geral do Estado, que foi anexado à referida Nota Técnica.

Por todas as razões acima expostas, entendemos que existem argumentos econômicos, regulatórios e legais que sustentem a exclusão do Imposto de Renda do cálculo da margem da concessionária.

Dessa forma, sugere-se:

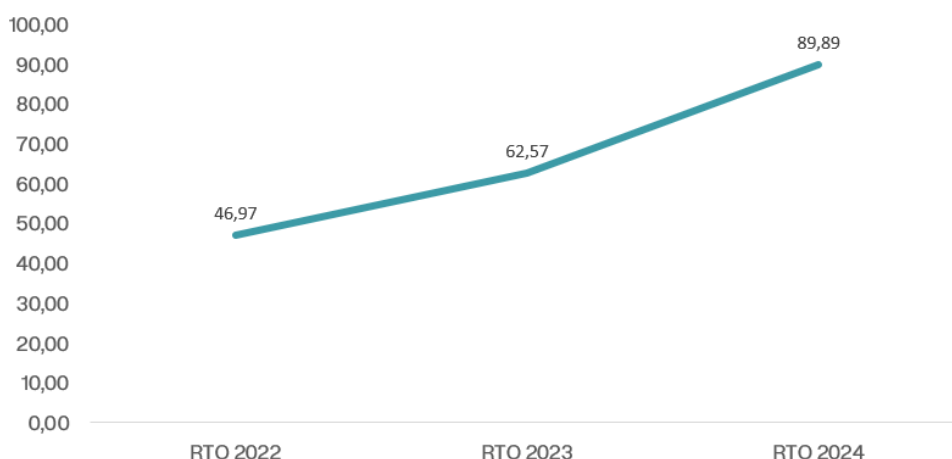
Aspecto do(s) estudo(s) técnico(s) da AGERGS	
Tabela 22 – Cálculo da margem bruta para a RTO de 2024 pela AGERGS	
	AGERGS
CÁLCULO DA MARGEM REGULATÓRIA SULGÁS	Revisão Tarifária 2024
CUSTO DE CAPITAL (R\$)	
TAXA DE REMUNERAÇÃO DO INVESTIMENTO (TR)	0,20
REMUNERAÇÃO DOS INVESTIMENTOS (RI) = (INV x TR)	66.816.892
IPRJ + CSLL (IR)	99.105.065
CUSTO DE CAPITAL (CC) = (RI+IR)	165.921.957
CUSTO DE CAPITAL (CC) = (RI+IR) / V	0,2803
Texto da Contribuição	
Tabela 22 – Cálculo da margem bruta para a RTO de 2024 pela AGERGS	
	AGERGS
CÁLCULO DA MARGEM REGULATÓRIA SULGÁS	Revisão Tarifária 2024
CUSTO DE CAPITAL (R\$)	
TAXA DE REMUNERAÇÃO DO INVESTIMENTO (TR)	0,20

REMUNERAÇÃO DOS INVESTIMENTOS (RI) = (INV x TR)	66.816.892
IPRJ + CSLL (IR)	99.105.065
	0
CUSTO DE CAPITAL (CC) = (RI+IR)	165.921.957
	66.816.892
CUSTO DE CAPITAL (CC) = (RI+IR) / V	0,2803
	0,1129

Investimentos

Esta associação enxerga a necessidade de levantar um tópico para prévia discussão para as próximas revisões tarifárias: o processo de aprovação dos novos investimentos. Sabe-se que os Planos de Expansão da concessionária são analisados e aprovados pela Secretaria do Meio Ambiente e Infraestrutura do Estado do Rio Grande do Sul – SEMA RS, entretanto ao se observar as curvas de novos investimentos aprovados e de expansão do fornecimento de gás realizada a cada ciclo tarifário, nota-se um problema de eficiência regulatória. Explica-se.

Entre 2022 e 2024, os novos investimentos aprovados a cada RTO seguem uma tendência crescente, conforme apresentado pela Figura 4, abaixo.

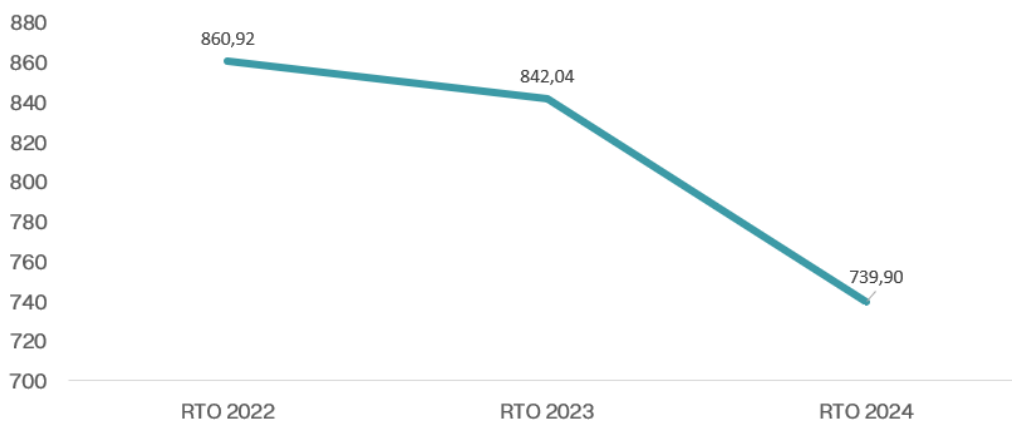


Unidade: milhões de reais.

Figura 4 – Evolução dos valores aprovados como novos investimentos para as Revisões Tarifárias de 2022 a 2024.

Fonte: elaboração própria com dados de AGERGS.

Por outro lado, os volumes de gás realizados a cada ciclo tarifário apresentam outra tendência, conforme evidenciado na Figura 5, que dispõe os volumes de gás aprovados nos anos de 2022 e 2023 e as projeções de movimentação de gás para o ano de 2024.



Unidade: MM m³/ano.

Figura 5 – Evolução dos volumes de gás distribuído entre 2022 e 2024.

Fonte: elaboração própria com dados de AGERGS.

Depreende-se, portanto, que o crescimento dos investimentos realizados pela concessionária não é acompanhado pelo crescimento do consumo de gás natural no estado. Pelo contrário. A revisão tarifária em curso é um claro exemplo deste fenômeno: são previstos quase R\$ 90 milhões em novos investimentos, que representam cerca de 30% da base regulatória de ativos, em troca da ampliação de apenas 1,8% (13 MM m³/ano) do volume de gás natural distribuído. Isso significa um custo marginal de expansão 1,7090 R\$/m³.

Pelos gráficos apresentados é possível verificar ainda que os **custos marginais têm se elevado a cada ciclo tarifário**, um fenômeno contrário à lógica econômica do monopólio natural, em que os custos marginais tenderiam a decrescer e os custos unitários tenderiam a se tornar constantes com a variação do mercado.

Nesse contexto, a aprovação de novos investimentos de forma prudente se faz essencial à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da concessão enquanto serviço regulado. A ABRACE Energia entende que é papel do regulador

estadual apontar as distorções econômicas que podem afetar a prestação do serviço de distribuição. Ou ainda estabelecer metodologia prévia para aprovação dos investimentos. Para tanto, o regulador deve ter independência para fazer esses apontamentos, na mesma medida que deve se articular com outros órgãos responsáveis – como a SEMA RS – para atender ao interesse dos usuários do serviço regulado e zelar pela concessão, cumprindo a função que lhe foi delegada pelo Estado.

Dessa forma, **sugerimos a glosa de investimentos neste ciclo tarifário** para redução do impacto. Além disso, sugerimos **ao regulador estabelecer metodologia (teste econômico) para a aprovação dos investimentos pelo Poder Concedente** e pelo regulador nos próximos ciclos tarifários.

Custos Operacionais

Os custos denominados pela concessionária como “Despesas com Vendas” são, na realidade, parte das despesas com comercialização e publicidade. Nesse item, chamam à atenção os cerca de **R\$ 14 milhões alocados nas rubricas de conversão** veicular e de instalações residenciais, comerciais e industriais.

Entende-se que os custos oriundos da atividade de conversão de instalações não representam custos que devam ser enquadrados como custo operacional, pois são ativos instalados fora da rede da distribuidora. Dessa forma, **os custos de conversão devem ser classificados como doação de ativos aos usuários**. Explica-se. Para realizar a instalação dos equipamentos necessários à fruição do serviço de distribuição pelos novos clientes, é preciso que a concessionária os adquira e os instale nas novas unidades consumidoras – ações que caracterizam a doação de um bem da concessionária ao cliente. Sendo assim, a conversão se figura como a doação de ativos da concessionária, que não deve ter seus custos incluídos como custos operacionais ou como investimentos, tampouco considerados no cálculo da margem regulatória em outras rubricas.

Dessa forma, sugere-se:

Aspecto do(s) estudo(s) técnico(s) da AGERGS	
Tabela 10 – Comparação das despesas com vendas	
	2024
CUSTOS OPERACIONAIS	AGERGS
DESPESAS COM VENDAS (R\$)	
MATERIAL DE DIVULGAÇÃO	0

CONVERSÃO VEICULAR	400.000
BRINDES	145.000
EVENTOS MERCADO	770.000
CONVERSÃO INSTALAÇÃO RESIDENCIAIS	11.536.628
PUBLICIDADE PROPAGANDA	2.000.000
ATENDIMENTO AO CLIENTE	1.056.974
CONVERSÃO INSTALAÇÃO INDUSTRIAIS	800.000
CONVERSÃO INSTALAÇÃO COMERCIAIS	1.200.000
CONTRATAÇÃO RESIDENCIAL	308.000
CAPTAÇÃO DE CLIENTES	2.279.250
PESQUISA DE MERCADO	200.000
CAMPANHA DE VENDAS	30.000
CONTRATAÇÃO COMERCIAL	20.000
RECEITA DE CONVERSÕES	-1.153.663
TOTAL	19.592.189

(tabela adaptada)

Texto da Contribuição

Tabela 10 – Comparação das despesas com vendas

CUSTOS OPERACIONAIS	2024
	AGERGS
DESPESAS COM VENDAS (R\$)	
MATERIAL DE DIVULGAÇÃO	0
CONVERSÃO VEICULAR	400.000 0
BRINDES	145.000
EVENTOS MERCADO	770.000
CONVERSÃO INSTALAÇÃO RESIDENCIAIS	11.536.628 0
PUBLICIDADE PROPAGANDA	2.000.000
ATENDIMENTO AO CLIENTE	1.056.974
CONVERSÃO INSTALAÇÃO INDUSTRIAIS	800.000 0
CONVERSÃO INSTALAÇÃO COMERCIAIS	1.200.000 0
CONTRATAÇÃO RESIDENCIAL	308.000
CAPTAÇÃO DE CLIENTES	2.279.250
PESQUISA DE MERCADO	200.000
CAMPANHA DE VENDAS	30.000
CONTRATAÇÃO COMERCIAL	20.000
RECEITA DE CONVERSÕES	-1.153.663

TOTAL	19.592.189 5.655.561
-------	---------------------------------------

(tabela adaptada)

A respeito dos valores contabilizados como diferenças com perdas, foram contabilizados R\$ 10,9 milhões, que representam 0,6% do volume projetado anualmente. Os custos com perdas, ainda que previstos no contrato de concessão, representam a compensação por parte do consumidor da ineficiência da concessionária em cobrir perdas físicas e não físicas de gás em seu sistema de distribuição. A garantia da inclusão dos custos com perdas nos custos operacionais, além de onerar a margem regulatória, representa um fraco incentivo regulatório à melhoria da eficiência técnica-operacional da concessionária, inclusive no que tange à segurança da distribuição.

Conforme apresentado, mantém-se o entendimento de que esta agência reguladora, visando o interesse público e a eficiência do serviço de distribuição, pode editar norma que suspenda a inclusão das diferenças com perdas apresentadas nos custos operacionais até que sejam estabelecidos Índices de Perdas Globais – IPG para os ciclos tarifários seguintes. Cabe ressaltar que a certificação e fiscalização da base de ativos da concessionária pode auxiliar na implementação dessa ferramenta, tendo em vista que a avaliação dos novos investimentos e da renovação da rede de distribuição podem indicar ganho de eficiência e redução de perdas.

Sobre a inclusão dos custos de capital de giro nos custos operacionais, é importante ressaltar que esses custos devem ser endereçados pelo mecanismo de conta gráfica, visto que se figuram como custos resultantes das diferenças entre o gás faturado pelos fornecedores e os saldos recebidos dos consumidores. Sendo esses custos referentes à comercialização do gás, faz-se necessário que sejam incluídos nas tarifas como componente do preço do gás, e não como componente da margem regulatória. Tendo em vista que esta agência reguladora já iniciou o processo de regulamentação do mecanismo de conta gráfica, considera-se plausível que os custos projetados para o ano de 2024 como custos de capital de giro sejam suprimidos dos custos operacionais, uma vez que os custos reais serão corretamente apurados e ressarcidos à concessionária a partir da vigência da parcela de recuperação de saldo de conta gráfica.

Dessa forma, sugere-se:

Aspecto do(s) estudo(s) técnico(s) da AGERGS

Tabela 22 – Cálculo da margem bruta para a RTO de 2024 pela AGERGS

	AGERGS
CÁLCULO DA MARGEM REGULATÓRIA SULGÁS	Revisão Tarifária 2024
CUSTO OPERACIONAL (R\$)	
TAXA DE REMUNERAÇÃO DOS CUSTOS/SERVIÇOS (TRS)	0,20
DESPESAS COM OPERAÇÃO E MANUTENÇÃO	18.011.279
DESPESAS COM VENDAS	19.592.189
DESPESAS ADMINISTRATIVAS	25.173.241
TAXA DE REGULAÇÃO	12.527.947
DESPESAS COM PESSOAL	33.312.252
DESPESAS COM PESQUISA E DESENVOLVIMENTO	54.000
DESPESAS FINANCEIRAS	203.584
DIFERENÇA COM PERDAS	10.979.204
CUSTO DE CAPITAL DE GIRO	2.296.393
CUSTO OPERACIONAL	122.150.089
CUSTO OPERACIONAL *(1+TRS)	146.580.107
CUSTO OPERACIONAL *(1+TRS)/V – R\$/m³	0,2476

Texto da Contribuição

Tabela 22 – Cálculo da margem bruta para a RTO de 2024 pela AGERGS

	AGERGS
CÁLCULO DA MARGEM REGULATÓRIA SULGÁS	Revisão Tarifária 2024
CUSTO OPERACIONAL (R\$)	
TAXA DE REMUNERAÇÃO DOS CUSTOS/SERVIÇOS (TRS)	0,20
DESPESAS COM OPERAÇÃO E MANUTENÇÃO	18.011.279
DESPESAS COM VENDAS	19.592.189 5.655.561
DESPESAS ADMINISTRATIVAS	25.173.241
TAXA DE REGULAÇÃO	12.527.947
DESPESAS COM PESSOAL	33.312.252
DESPESAS COM PESQUISA E DESENVOLVIMENTO	54.000
DESPESAS FINANCEIRAS	203.584
DIFERENÇA COM PERDAS	10.979.204 0
CUSTO DE CAPITAL DE GIRO	2.296.393 0

CUSTO OPERACIONAL	122.150.089
	94.937.864
CUSTO OPERACIONAL *(1+TRS)	146.580.107
	113.925.437
CUSTO OPERACIONAL *(1+TRS)/V – R\$/m³	0,2476
	0,1925

Cálculo dos Ajustes

A seção 8.4 do Anexo I do contrato de concessão define que os ajustes são “as diferenças entre os aumentos de custos estimados e os aumentos reais, serão compensados para mais ou para menos na planilha”. **Em nossa visão, a metodologia que vem sendo aplicada pela AGERGS não representa as diferenças entre os custos estimados e os aumentos reais.**

Muito embora esse cálculo tenha sido utilizado na última RTO, observa-se que ele apresenta inconsistências em relação à obtenção da real diferença entre os custos estimados e reais, conforme define o contrato de concessão. O cálculo apresentado carrega um erro conceitual matemático, uma vez que não compara os custos unitários (aprovado e o realizado), mas considera os custos absolutos aplicando 80% como denominador. O erro faz com que a “margem realizada” estimada seja majorada em 25% $\left(\frac{1}{80\%}\right)$.

Sugere-se uma metodologia de ajustes que compare a margem efetivamente aplicada (com base nos resultados do balanço financeiro) com a margem regulatória aprovada. A margem efetivamente aplicada (em R\$), é obtida a partir da diferença entre a Receita Operacional Líquida (ROL) e os custos de venda do produto – nesse caso, o custo total de gás e transporte, e dividida pelo volume de vendas. Esse valor representa, de fato, o valor total de margem recebido pela concessionária. No exercício de 2023, o Lucro Operacional Bruto foi de R\$ 402.443.000,00, considerando a ROL de R\$ 1.572.187.000,00⁸ e os custos de gás e transporte que somaram R\$ 1.169.744.000,00. Como o volume realizado foi de 726.728.769 m³/ano, a margem aplicada pela Sulgás em 2023 foi de 0,5352 R\$/m³⁹.

No estado da Bahia, a Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transportes e Comunicações da Bahia – AGERBA estabeleceu, por meio

⁸ Excluídos R\$ 68.163.000,00 de Receita de Construção dos R\$ 1.640.350.000,00 de Receita Operacional Líquida, conforme valores apresentados no Relatório de Gestão 2023 da Sulgás.

⁹ Valor corrigido pela variação anual do IGP-DI em 2023.

da Resolução AGERBA n. 26/2019, metodologia de cálculo da parcela de ajuste utilizando o Lucro Operacional Bruto como a margem efetivamente distribuída. Da seguinte forma:

$$\text{Margem Aplicada} = \frac{\text{Lucro Operacional Bruto [R\$]}}{\text{Volume efetivamente comercializado [m}^3\text{]}} \Rightarrow$$

$$\frac{(\text{Receita Operacional Líquida} - \text{Custo de Gás sem tributos})[\text{R\$}]}{\text{Volume efetivamente comercializado [m}^3\text{]}}$$

Onde o ajuste final representa a diferença entre a margem aplicada, com correção monetária pelo IGP-DI, e a margem aprovada. A diferença é capitalizada pela taxa de remuneração estabelecida pelo contrato de concessão (20%).

$$\text{Ajuste} = -(\text{Margem Aplicada}_{\text{corrigida}} - \text{Margem Aprovada}) \times (120\%) \left[\frac{\text{R\$}}{\text{m}^3} \right]$$

Salienta-se que o sinal negativo da metodologia de ajuste é necessário à correção do sentido de aplicação da parcela de ajuste: em favor da concessionária se a parcela final for positiva e em favor dos usuários se a parcela final for negativa.

A metodologia proposta é aplicada também no estado de Mato Grosso do Sul, que, assim como o estado da Bahia, possui contrato de concessão igual ao do Rio Grande do Sul. A lógica reside que o **ajuste focado nos custos realizados (e não na margem econômica) não representa a realidade econômica da concessionária já que não abarca a estrutura tarifária utilizada**. Ou seja, a diferença apurada entre a margem média realizada baseada em custo *versus* aquela calculada apurada pelo balanço demonstra que, na realidade, a concessionária aplica ao seu mercado uma estrutura tarifária superior àquela aprovada pela AGERGS. Por isso, o ajuste deve ser calculado conforme metodologia proposta, pois é baseado na receita, que incorpora os efeitos da estrutura tarifária praticada.

Outro importante aspecto é que, se a AGERGS prosseguir com a regulamentação de uma metodologia para o ajuste tarifário, é coerente que essa prossiga também com a aplicação da metodologia de ajuste com efeitos retroativos à data da privatização, a fim de quitar eventuais inadimplências, prática já observada em outros setores regulados. Reitera-se que não há óbice legal para tal, tendo em vista que o Superior Tribunal de Justiça já definiu que o prazo de prescrição para indébito relativo às tarifas é de 10 anos, conforme tese firmada no Recurso Repetitivo 932.

Dessa forma, seguindo o *benchmark* da AGERBA e recalculando a parcela de ajuste¹⁰, sugere-se:

Aspecto do(s) estudo(s) técnico(s) da AGERGS	
Tabela 22 – Cálculo da margem bruta para a RTO de 2024 pela AGERGS	
	AGERGS
CÁLCULO DA MARGEM REGULATÓRIA SULGÁS	Revisão Tarifária 2024
AJUSTES	
CUSTO DE CAPITAL (CC) (R\$/m ³)	0,0439
CUSTO OPERACIONAL (CO) (R\$/m ³)	0,0760
DEPRECIAÇÃO (DEP) (R\$/m ³)	0,0076
Texto da Contribuição	
Tabela 22 – Cálculo da margem bruta para a RTO de 2024 pela AGERGS	
	AGERGS
CÁLCULO DA MARGEM REGULATÓRIA SULGÁS	Revisão Tarifária 2024
AJUSTES	
CUSTO DE CAPITAL (CC) (R\$/m³)	0,0439 0
CUSTO OPERACIONAL (CO) (R\$/m³)	0,0760 0
DEPRECIAÇÃO (DEP) (R\$/m³)	0,0076 0
PARCELA DE AJUSTE (R\$/m ³)	-0,0805

Considerações Finais

De forma final, esta associação sumariza suas sugestões de alteração da margem regulatória por meio da tabela a seguir. Conforme as sugestões de alteração dos itens da Informação DT n. 79/2024 e das sugestões de edição de normativos que alterem, de forma pontual e em benefício público, o que dispõe o contrato de concessão, estima-se a aplicação de uma margem regulatória de **0,3901 R\$/m³**.

¹⁰ O memorial do cálculo é apresentado no Apêndice I.

Esse valor representa uma **redução de 52%** quando comparado à margem apresentada por esta agência.

Tabela 1 – Cálculo da margem bruta para a RTO de 2024 considerando contribuições da ABRACE Energia.

CÁLCULO DA MARGEM REGULATÓRIA SULGÁS	ABRACE
	Proposta
VOLUMES DISTRIBUÍDOS	
VOLUME DISTRIBUIÇÃO (m ³)	739.878.431
80% DO VOLUME DISTRIBUIÇÃO (m³) – V	591.902.745
BASE DE ATIVOS (R\$)	
BASE DE ATIVOS	1.179.295.007
NOVOS INVESTIMENTOS	89.893.710
DEPRECIACÃO ACUMULADA	876.097.901
DEPRECIACÃO NO ANO	59.006.358
IMOBILIZADO LÍQUIDO (INV)	334.084.458
CUSTO DE CAPITAL (R\$)	
TAXA DE REMUNERAÇÃO DO INVESTIMENTO (TR)	0,20
REMUNERAÇÃO DOS INVESTIMENTOS (RI) = (INV x TR)	66.816.892
IPRJ + CSLL (IR)	0
CUSTO DE CAPITAL (CC) = (RI+IR)	66.816.892
CUSTO DE CAPITAL (CC) = (RI+IR) / V	0,1129
CUSTO OPERACIONAL (R\$)	
TAXA DE REMUNERAÇÃO DOS CUSTOS/SERVIÇOS (TRS)	0,20
DESPEAS COM OPERAÇÃO E MANUTENÇÃO	18.011.279
DESPEAS COM VENDAS	5.655.561
DESPEAS ADMINISTRATIVAS	25.173.241
TAXA DE REGULAÇÃO	12.527.947
DESPEAS COM PESSOAL	33.312.252
DESPEAS COM PESQUISA E DESENVOLVIMENTO	54.000
DESPEAS FINANCEIRAS	203.584
DIFERENÇA COM PERDAS	0
CUSTO DE CAPITAL DE GIRO	0
CUSTO OPERACIONAL	94.937.864
CUSTO OPERACIONAL *(1+TRS)	113.925.437
CUSTO OPERACIONAL *(1+TRS)/V – R\$/m³	0,1925
DEPRECIACÃO (R\$)	
BASE DE ATIVOS TOTAL	1.269.188.717
BASE DE ATIVOS 100% DEPRECIADOS	649.426.843
BASE DE ATIVOS BRUTA	619.761.874
DEPRECIACÃO (0,10 INV)	61.976.187

DEPRECIACÃO (0,10 INV / V) – R\$/m³	0,1047
MARGEM REGULATÓRIA ANTES DO AJUSTE (R\$/m³)	0,4101
AJUSTES	
CUSTO DE CAPITAL (CC) (R\$/m ³)	0,0000
CUSTO OPERACIONAL (CO) (R\$/m ³)	0,0000
DEPRECIACÃO (DEP) (R\$/m ³)	0,0000
NOVA METODOLOGIA	-0,0805
MARGEM REGULATÓRIA (APÓS AJUSTES) (R\$/m³)	0,3295
CUSTO OPERACIONAL – RED 722/2023	0,0142
DEPRECIACÃO – RED 738/2024	0,0464
MARGEM REGULATÓRIA FINAL	0,3901

Rol de documentos:

- A) **Apêndice I** – Memorial de Cálculo da Parcela de Ajuste
- B) **Anexo I** – Parecer Jurídico do Prof. Floriano de Azevedo Marques Neto
- C) **Anexo II** – Análise de Pleito de Revisão Tarifária Anual da Concessionária de Gás do Espírito Santo, Petrobras Distribuidora S.A. – BR, para o ano de 2013
- D) **Anexo III** – Resolução ASPE – nº. 008/2013, de 16 de dezembro de 2013

APÊNDICE I

Memorial de Cálculo da Parcela de Ajuste

Seguindo a metodologia de cálculo do ajuste apresentada na Resolução AGERBA n. 26/2019, é apresentado o memorial do cálculo da parcela de ajuste sugerida por esta associação.

$$\text{Ajuste} = -(\text{Margem Aplicada}_{\text{corrigida}} - \text{Margem Aprovada}) \times (120\%) \left[\frac{\text{R\$}}{\text{m}^3} \right]$$

Onde:

- › Margem Aplicada *corrigida* é a Margem Aplicada corrigida monetariamente pela variação do IGP-DI do ano de ajuste;

- › Margem Aplicada =
$$\frac{\text{Lucro Operacional Bruto [R\$]}}{\text{Volume efetivamente comercializado [m}^3\text{]}} \Rightarrow$$

$$\frac{(\text{Receita Operacional Líquida} - \text{Custo de Gás sem tributos})[\text{R\$}]}{\text{Volume efetivamente comercializado [m}^3\text{]}}$$

- › Margem Aprovada é o valor em R\$/m³ estabelecido como a margem regulatória do ano de ajuste.

Para o cálculo da Margem Aplicada utilizaram-se os valores de Receita Operacional Líquida (excluída a Receita de Construção) em 31/12/2023 (R\$ 1.572.187.000,00) e Custo do gás e transporte em 31/12/2023 (R\$ 1.169.744.000,00) dispostos no Relatório de Gestão 2023 da Sulgás. O volume efetivamente realizado foi retirado da Informação DT n. 79/2024. Assim, tem-se que:

$$\text{Margem Aplicada} = \frac{(1.572.187.000,00 - 1.169.744.000,00)}{726.728.769} = 0,5538 \text{ R\$/m}^3$$

Com a atualização monetária pela variação do IGP-DI entre janeiro e dezembro de 2023 (-3,35%):

$$\text{Margem Aplicada}_{\text{corrigida}} = 0,5352 \text{ R\$/m}^3$$

Finalmente,

$$\text{Ajuste} = -(0,5352 - 0,4681) \times (120\%)$$

$$\therefore \text{Ajuste} = -0,0805 \text{ R\$/m}^3$$

ANEXO I

Parecer Jurídico

Prof. Floriano de Azevedo Marques Neto

MANESCO, RAMIRES, PEREZ, AZEVEDO MARQUES

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

José Roberto Manesco, Eduardo Augusto de Oliveira Ramires, Marcos Augusto Perez, Floriano de Azevedo Marques Neto, Ane Elisa Perez, Tatiana Matiello Cymbalista, Fábio Barbalho Leite, Luís Justiniano Haiek Fernandes, Wladimir Antonio Ribeiro, Adriana Roldan Pinto de Lima, Adalberto Pimentel Diniz de Souza, Evane Beiguelman Kramer, Fernando Herren Aguillar, Helga Araruna Ferraz de Alvarenga, Lucas Cherem de Camargo Rodrigues, Juliana Nunes Menezes Fragoso, Milene Louise Renée Coscione, José Alexandre Ferreira Sanches, Claudimir Daniel Rosa Salomoni, Carolina de Fátima Silvério, Caio de Souza Loureiro, Raul Felipe Borelli, Douglas Fernandes de Moura, Carlos Renato Lonel Alva Santos, Ana Luiza Simoni Paganini, Carlos Eduardo Bergamini Cunha, Máira Elbel Simão, Daniel Stein, Monica Salles Lanna, Milena E.S. Sâmia, Bruno Moreira Kowalski, Marina Fontão Zago, Eduardo Stenio Silva Sousa, Adriana de Moraes Vojvodic, Mais Moreno, Rafael Roque Garofano, Diego Gonçalves Fernandes, Eduardo Rodrigues Lopes, Fernanda Esbizaro Rodrigues, Marina Cardoso de Freitas, Elisa Martinez Giannella, Fabrício Abdo Nakad, Marcus Vinicius Siqueira Dezem, Mariana Magalhães Avelar, Nara Carolina Merlotto, Marcela de Oliveira Santos, Caio Crivellaro Gomes, Bruna Diniz Picon, Pedro Gabriel Lopes, Paula Gentil Faria Pereira

PARECER

Contrato de concessão. distribuição de gás canalizado. Equilíbrio econômico-financeiro. Processo de revisão tarifária. Alterações de regras contratuais que ensejam revisão em prol da modicidade tarifária. Cobrança indevida de valores na tarifa. Possibilidade de recomposição do contrato de concessão e direito dos usuários à repetição de indébito.

SUMÁRIO

A CONSULTA	3
O PARECER	6
I. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	7
I.1. A CARACTERIZAÇÃO E AS RAZÕES DE PROTEÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO	9
I.2. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NAS CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS	14
II. POLÍTICA TARIFÁRIA	19
II.1. OS REQUISITOS DO SERVIÇO ADEQUADO: A NECESSÁRIA CONCILIAÇÃO ENTRE MODICIDADE TARIFÁRIA E CUSTOS RELACIONADOS À PRESTAÇÃO	19
II.2. ALTERAÇÕES PROMOVIDAS NA TARIFA	24
III. O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NO CASO CONCRETO	28
III.1. A FORMA DE RECOMPOSIÇÃO DA EQUAÇÃO CONTRATUAL	29
III.2. QUESTÕES ENVOLVENDO O REAJUSTE DAS TARIFAS	33
III.2.1. A motivação para o reajuste tarifário	35
III.2.2. Alteração das regras de reajuste	37
III.2.3. O cotejo com o caso concreto	41
III.3. TRATAMENTO DE DISPOSIÇÃO CONTRATUAL CONTRÁRIA À LEI	46
IV. RESPOSTA AOS QUESITOS OBJETIVOS	55

A CONSULTA

A ABRACE – Associação Brasileira de Grandes Consumidores Industriais de Energia e de Consumidores Livres encaminha consulta relativa ao processo de revisão tarifária dos serviços de distribuição de gás canalizado no Estado do Espírito Santo.

Segundo relatado pela Consulente, a partir de uma série de documentos que me foram apresentados com a Consulta, discute-se atualmente o regramento de política tarifária dos mencionados serviços. Em especial, estão em pauta temas relativos ao reajuste e à revisão de tarifas.

Assim é que, no âmbito do processo de revisão tarifária a Agência de Serviços Públicos de Energia do Estado do Espírito Santo (ASPE) editou a Nota Técnica DT/CGN nº 08/2013, com as regras que orientarão o novo valor das tarifas. Ato contínuo, a ASPE submeteu a referida Nota Técnica à consulta pública, para a qual a Consulente apresentou diversas contribuições.

Ainda no âmbito do processo de revisão tarifária, a ASPE submeteu o Parecer nº 00299/2013, da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo (PGE), relativo ao cômputo de impostos associados a resultados nas tarifas pagas pelos usuários dos serviços. Também em relação a esse documento a Consulente apresentou contribuições à apreciação da ASPE.

No cotejo dessas contribuições, a Consulente entende que alguns pontos merecem maior atenção, sobretudo quanto à análise jurídica de algumas indicações da ASPE no processo de revisão tarifária, que, no entender da Consulente, não seriam as mais adequadas frente à regulamentação incidente sobre os serviços. Em síntese, a preocupação da Consulente envolve a correta compreensão da política tarifária, a partir de eventos que tomaram lugar na execução do contrato de concessão e, igualmente, de regras mais eficientes de alocação de ganhos em prol da redução das tarifas cobradas dos usuários, sem comprometer o retorno contratual garantido à concessionária.

Nesse contexto, os temas suscitados pela Consulente podem ser sintetizados nos seguintes quesitos objetivos, que orientarão a elaboração do Parecer:

- 1. De que forma deve ocorrer a recomposição do contrato de concessão de serviços públicos quando o desequilíbrio ocorrer em benefício da concessionária? É possível sustentar que a recomposição seja revertida em prol da redução dos valores de tarifa?***
- 2. A demora da ASPE em finalizar o processo anual de revisão tarifária permite considerar o volume real de vendas apurado no período de atraso?***
- 3. A exclusão de tributos incidentes sobre o resultado da concessionária do cômputo das despesas da concessão é passível de recomposição contratual? Em caso positivo, é possível ocorrer a devolução dos valores pagos***

indevidamente em exercícios anteriores pelos usuários dos serviços, tendo em vista que a incidência desses tributos foi feita de modo contrário à previsão da Lei nº 8.987/95?

- 4. Para o reajuste das tarifas, é possível excluir da base de cálculo da margem bruta da concessionária, apurada no exercício anterior, a receita advinda de um grupo determinado de usuários?*

Exposta a Consulta, passo ao Parecer.

O PARECER

Nos termos em que foi formulada, a Consulta me desafia ao estudo de dois temas centrais das concessões de serviços públicos: o equilíbrio econômico-financeiro e a política tarifária. Em rigor, são temas umbilicalmente relacionados, sendo certa a íntima interface entre a definição da equação contratual e as regras que orientam a revisão e reajuste das tarifas cobradas dos usuários.

Daí porque optei por iniciar o parecer com dois tópicos introdutórios, nos quais exponho minhas opiniões acerca desses dois temas.

Inicialmente (**Tópico I**), cuidei do que define o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, com destaque à proteção dos direitos do concessionário ao retorno esperado com a concessão *vis-à-vis* os parâmetros de conformação da equação contratual e, bem assim, os mecanismos para a promoção da recomposição face à ocorrência de um evento danoso.

Logo em seguida (**Tópico II**), debrucei-me sobre a política tarifária para reafirmar o objetivo que deve guiar a definição de regras de tarifas em prol da sua modicidade. Com efeito, sendo a modicidade tarifária um dos corolários do conceito de serviço adequado, é inegável seu papel na pauta da

atuação dos entes reguladores quando da definição de regras que orientarão a política tarifária.

De posse desse arcabouço, pude, então, dedicar-me com mais detença às peculiaridades do caso concreto (**Tópico III**). A partir das premissas levantadas nos tópicos anteriores, foi-me possível verificar com mais robustez cada um dos temas específicos levantados pela Consulta. Minha tarefa, nesse ponto, foi a de cotejar as situações apontadas pela Consulente com as regras que orientam o equilíbrio econômico-financeiro e a política tarifária das concessões de serviços públicos.

Enfim, vencido esse percurso, restou-me responder aos quesitos que me foram apresentados com a Consulta.

Segue-se, então, o Parecer.

I. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Uma das particularidades mais significativas do contrato administrativo reside na proteção essencial do seu equilíbrio econômico-

financeiro¹. Não que a manutenção das condições contratadas seja algo estranho ao contrato privado, pelo contrário, o princípio do *pacta sunt servanda* já há muito orienta a proteção às condições em que foi avençada a relação entre as partes. Mas, diante das prerrogativas e da especial condição do contrato administrativo – mecanismo de consecução de um interesse geral relevante, a vincular a vontade da Administração contratante –, o seu equilíbrio econômico-financeiro assume um papel preponderante na conformação da avença².

A relevância do equilíbrio econômico-financeiro ao contrato administrativo é tanta que, ao se ocupar de disciplinar os postulados da contratação administrativa, a Constituição Federal, em seu art. 37, XXI, cuidou

¹ Alexandre Santos de Aragão aponta que “[o]s contratos administrativos em geral possuem uma proteção contra a instabilidade que inexistente nos contratos privados, proteção essa consistente basicamente na proteção da equação econômico-financeira inicial do contrato, que deve ser mantida diante de quaisquer fatos, naturais ou humanos, que alterem seus elementos constitutivos, excetuando-se as alterações decorrentes de fatos previsíveis, inerente à própria álea da economia e que nada tenham a ver com a atuação do Estado.” (A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPS. In: **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.263, p. 35-66, maio/ago. 2013).

² Em outra oportunidade, pude discorrer, com mais vagar, sobre como a manutenção das condições iniciais pactuadas exerce protagonismo, cada qual a seu modo, no contrato privado e no contrato administrativo: “Correndo o risco de sermos acacianos, um contrato administrativo é, antes de tudo, um contrato. Bilaterais por essência, estes pactos estipulam obrigações e direitos recíprocos entre as partes contratantes. Alguém se dispõe a dar ou fazer algo para outrem mediante o recebimento de paga ou de prestação que entenda suficiente e justa àquilo que oferece. [...] Quando uma das partes contratantes pertence à Administração Pública alteram-se, em parte, as coisas. De um lado, o contrato não perde a bilateralidade (pois que mantém o liame de correspondência de obrigações, a característica de reciprocidade)[...] Tampouco se esvanece o caráter sinalagmático que lhe é próprio. Porém, sendo a Administração tutora do interesse público e submetida ao princípio da reserva legal[...] Segue daí a característica peculiar dos ajustes firmados pela Administração. Como o administrador público não é dono da coisa pública, não tem autonomia para livremente dela dispor. Não pode, por consequência, pactuar a partir do exercício da autonomia da vontade, própria ao direito civil. Se assim é, não se queda aplicável, em toda a sua amplitude, aos contratos administrativos, o princípio do ‘pacta sunt servanda’.” (Reequilíbrio econômico-financeiro por atraso na execução de obras. In: **Fórum de Contratação e Gestão Pública**, Belo Horizonte, ano 1, n. 8, p. 901-907, ago. 2002).

de estabelecer a obrigação de manutenção das *condições efetivas da proposta*. Em outras palavras: determinou a Carta Magna que a equação contratual – esculpida a partir das condições da proposta, conforme voltarei adiante – deveria ser mantida em toda a execução do contrato.

Nesse Tópico, diante da importância desse instituto, para os contratos administrativos em geral e, especialmente, para o caso concreto, analisarei os contornos do equilíbrio econômico-financeiro. Parto de uma exposição conceitual, na qual exponho as motivações para a proteção conferida à equação contratual, para aclarar, então, os elementos que conformam o equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos, palco no qual o instituto se manifesta com maior brado.

I.1. A CARACTERIZAÇÃO E AS RAZÕES DE PROTEÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

Ao contrário do que pode parecer numa visada mais açodada, a garantia da conservação da equação contratual importa tanto à Administração quanto ao particular por ela contratado. Conquanto seja compreensível a conclusão um tanto precipitada em atribuir ao equilíbrio econômico-financeiro – sobretudo em termos da sua proteção – um mecanismo contratual pré-contratado, a Administração é igualmente beneficiada.

Há, pois, duas metas bem nítidas com a obrigação de assegurar a equação contratual inicialmente estabelecida no decorrer da execução do contrato. De um lado – mais óbvio – a proteção dos direitos do particular, a

permitir que o contrato seja alterado diante de circunstâncias adversas, bem assim, a vedar a alteração unilateral do contrato pela Administração sem a correspondente recomposição do equilíbrio inicial; de outra parte, o equilíbrio econômico-financeiro é um dos pressupostos de sucesso da contratação, assegurando, na montante, o interesse do mercado privado em contratar com a Administração, e, na jusante, a correta execução e entrega do objeto contratado.

Antes de prosseguir no tema dos efeitos do equilíbrio econômico-financeiro, volto ao que configura esse equilíbrio. O tema retornará, com maior concretude, por diversas vezes ao longo do parecer, mas é oportuno deixar assentadas as características desse instituto.

A melhor forma de caracterizar o equilíbrio econômico-financeiro é afastando aquilo que ele não é. Essa tarefa se mostra pertinente por coibir suposições generalistas que afastam o instituto da sua natureza. Inicialmente, diga-se que o equilíbrio não pressupõe uma igualdade formal, isto é, não se presta – nas palavras de Marçal JUSTEN FILHO – à manutenção de “*uma igualdade econômica em sentido absoluto*”³, como se houvesse a obrigação de sempre anular obrigações e encargos com a remuneração do particular. Bem por isso, não procede outra alegação usual, no sentido de que o equilíbrio existe para assegurar o lucro do contratado, hipótese que se afasta daquilo que conforma a equação contratual e, ademais, extrapola a proteção que deve se reservar ao contratado.

³ **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15 ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 888.

Daí porque o equilíbrio deve ser entendido como a proteção da equação inicial do contrato, que, por sua vez, é construída a partir da estimativa de custos e despesas, de um lado, e, do outro, pela expectativa de retorno. Além disso, a equação se resolve também pela consideração dos riscos da concessão, especialmente quanto à atribuição de riscos para cada uma das partes contratantes. Daí porque a equação reflete todas as condições da proposta, não se exaurindo num cálculo para se chegar à igualdade entre encargos e remuneração.

É, justamente, na proteção dessas condições refletidas na proposta que se concebe a noção de equilíbrio econômico-financeiro, bem assim da garantia da sua manutenção por todo o prazo contratual. Voltarei mais adiante aos elementos do equilíbrio econômico-financeiro da concessão. Nesse momento, espero ter deixado assentada essa primeira premissa, relevante à compreensão da forma com a qual deve ser interpretada a garantia ao equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos.

Retorno, pois, às justificativas da proteção conferida pela Constituição Federal ao equilíbrio econômico-financeiro para retomar a afirmação de que essa proteção importa tanto à Administração quanto ao particular.

Na medida em que o equilíbrio assegura a manutenção das condições avençadas pelas partes tem o condão de fornecer a segurança necessária ao particular que se dispôs a contratar com a Administração, assegurando que poderá contar com os meios de obtenção do retorno estimado em sua proposta. E é nessa segurança concedida aos particulares que advém os benefícios à Administração.

Em primeiro lugar, a certeza quanto à efetivação das condições da proposta diminui a percepção de risco do projeto, o que reflete diretamente nas ofertas que serão apresentadas à Administração, capazes de precificar um risco menor. Conquanto ainda haja muita resistência de alguns em compreender o que está em jogo na decisão do particular contratar com a Administração, não se pode mais manter uma concepção ingênua, a defender que o particular enfrentará os riscos inerentes a essa contratação sem embuti-los no seu custo. Daí porque quanto menor for a percepção de risco contratual, menor será a precificação do risco na proposta apresentada pelo particular.

Por outro lado, o risco ainda poderá ser tal, que acabe por desestimular a participação de qualquer particular no certame, quedando a licitação deserta. Isso ocorre, pois, mesmo com a possibilidade de transferir o risco ao valor da proposta, há situações em que a percepção desse risco é tamanha, que impede qualquer precificação, coibindo a participação do particular⁴.

Portanto, num primeiro momento, a proteção constitucional ao equilíbrio econômico-financeiro atua em favor da Administração, ao *(i)* tornar o projeto atraente ao mercado, *(ii)* possibilitando a formulação de propostas mais vantajosas, que não precisem precificar o risco da alteração das condições de execução avençadas inicialmente.

⁴ “A tutela ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos destina-se a beneficiar à própria Administração. Se os particulares tivessem de arcar com as consequências de todos os eventos danosos possíveis, teriam de formular propostas mais onerosas. A Administração arcaria com os custos correspondentes a eventos meramente potenciais. [...] Em vez de arcar sempre com o custo de eventos meramente potenciais, a Administração apenas responderá por eles se e quando efetivamente ocorrerem.” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Op. cit., p. 889).

Noutra ponta, ocorrências imprevistas, em prejuízo às condições da proposta, poderiam obstar a execução do objeto do contrato, o que desatenderia o interesse geral relevante que justificou a contratação. Por certo, é sabido que a relação contratual administrativa está orientada pelo atendimento de um interesse coletivo relevante, concretizado na entrega de um bem ou na prestação de um serviço, tidos como consentâneos com a aspiração pública. A partir desse conceito, alicerça-se um poder-dever da Administração contratante, que, ao tempo em que recebe prerrogativas relevantes na relação contratual, deve sempre atuar em prol da consecução do objeto, observadas, por lógico, as restrições legais ao exercício dessas prerrogativas.

Portanto, o contrato administrativo existe e se justifica pelo que representa em termos do atendimento a um interesse público relevante, a demandar a entrega ou prestação do seu objeto. A continuidade da execução,

respeitadas as condições de proposta, torna-se, então, mister da Administração em prol da consecução do objeto contratado⁵.

E essa concepção é tanto mais relevante no bojo dos contratos de concessão de serviços públicos, tendo em conta a especial sujeição dessas avenças à prestação de serviços essenciais, cuja prestação se pressupõe contínua. Sobre o tema, o tópico que se segue.

I.2. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NAS CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Permito-me iniciar a exposição desse tópico com a memória de passagem anterior, na qual já expunha minha compreensão sobre a importância do equilíbrio econômico-financeiro na concessão de serviços públicos.

⁵ Roberto Dromi analisa bem o tema da continuidade de execução como instrumento de atendimento ao interesse público: *“La vigencia contractual exige para el adecuado y justo logro de las satisfacciones públicas, una prolongación en el tiempo del juego equilibrado en ecuación de prestaciones y contraprestaciones. Por ello se predica como una cualidad propia del contrato administrativo la concurrencia dialógica de la “continuidad” como garantía y la “conservación” como derecho. La continuidad como garantía pública. Un carácter operativo de poder público que ejerce la Administración Pública en los contratos que celebra, es el garantizar la continuidad pública. La continuidad en la ejecución habilita a la Administración a requerir a su contratista la no interrupción en la prestación del contrato, en tanto el interés público exige que está ejecución sea ininterrumpida o continuada. La continuidad se funda en la finalidad propia del contrato administrativo: la satisfacción del interés público. Se complementa con el espíritu de colaboración que rige en la contratación pública y que se exterioriza en el obligado entendimiento de las partes para superar y obviar todos los obstáculos que se opongan o atenten contra el cumplimiento eficiente del vínculo contractual. Toda cuestión vinculada a la ejecución del objeto del contrato debe resolverse con “sujeción al criterio de continuidad”. Los contratos administrativos deben cumplirse y ejecutarse conforme al interés público que exige que esa ejecución sea ininterrumpida o continuada”* (**Las ecuaciones de los contratos públicos**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001, p. 34-35).

Exatamente uma década atrás afirmava, “*sem qualquer tipo de receio[...] que a manutenção da equação econômica é pressuposto mesmo do instituto da concessão.*”⁶.

Naquela oportunidade, suscitava diversas causas pelas quais o equilíbrio econômico-financeiro é ainda mais relevante nas concessões de serviços públicos. Todas elas, em maior ou menor grau, corolários da relevância envolta na delegação de um serviço público, para cuja prestação a Administração se vale do particular. Assim, a decisão por delegar o serviço decorre da perspectiva de obter uma prestação de maior qualidade, a partir da concepção de que o particular concessionário dispõe de mecanismos mais adequados à prestação eficiente.

Daí que o pressuposto de que o equilíbrio econômico-financeiro é imprescindível à continuidade da execução do contrato, tanto o mais será relevante quando diz respeito à prestação de um serviço público, atrelada que está – essa prestação – à continuidade e ao serviço adequado. Já dizia que “*a não-recomposição do equilíbrio contratual ensejaria ou o desatendimento indireto do princípio da ininterrupção da prestação (pois que não se pode obrigar permanentemente o particular a prosseguir em prestação cujos pressupostos econômicos restaram superados por fatores alheios à sua vontade) ou a violação do princípio da adequação do serviço (pois alterados os pressupostos econômicos da concessão, perecerão a qualidade, a atualidade, a segurança ou a atualidade da prestação).*”⁷

⁶ Conforme o meu: *Breves considerações sobre o equilíbrio econômico-financeiro nas concessões. Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 40, n. 159, p. 193-197, jul./set. 2003.

⁷ *Breves considerações sobre o equilíbrio econômico-financeiro nas concessões. Op. cit.*

Assentada a relevância ainda maior do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos, é certo que essa espécie de contratação administrativa encerra elementos que tornam ainda mais complexa a definição da sua equação e a tarefa de recompô-la, diante de eventos de desequilíbrio. Em relação ao contrato administrativo do regime geral, o contrato de concessão parte de premissas distintas na conformação da sua equação e, por outro lado, traz dificuldades adicionais, próprias da sua execução.

Em primeiro lugar, é preciso atentar que o equilíbrio econômico-financeiro depende, em grande parte, da alocação de riscos do contrato, sendo certo que da mera ocorrência de um evento danoso não resulta a necessidade de recompor a equação, ainda que o regime de encargos tenha sido alterado para uma das partes. Conforme já alertei acima, a definição do equilíbrio econômico-financeiro não parte da consideração de uma equidade entre ônus e direitos; é, antes, a garantia de que o cenário acordado entre as partes será assegurado durante a execução do contrato, cenário este que não se vincula a paridade absoluta entre os encargos e a remuneração.

Portanto, dentre os elementos que compõem esse cenário está a assunção de riscos próprios do contrato, isto é, a alocação que o contrato faz para cada parte, em relação à obrigação de assumir os encargos da materialização de cada um dos riscos que podem ocorrer durante a sua execução. Assim, mesmo que ocorra um acréscimo de um encargo em decorrência de um evento danoso, sua consideração na equação contratual dependerá, inicialmente, do cotejo com a alocação de riscos do contrato. Se esse risco for assumido pela parte prejudicada e se o contrato não alocar

mecanismos de mitigação desse risco, não há se falar em direito à recomposição.

Retomo, aqui, pensamento anterior, pelo qual já pude aduzir que *“o reequilíbrio nas concessões comuns não decorre de simples constatação da ocorrência de um evento desequilibrante. A concessão envolve riscos que são assumidos pelos privados. Os fatores que levam ao desequilíbrio correspondem a riscos. Alguns deles podem afetar os custos e outros as receitas. Doutro lado, há fatores atribuíveis ao poder concedente, outros à concessionária e outros ainda imputáveis a terceiros. Nem tudo que desbalança o equilíbrio contratual, porém, enseja recomposição.[...]Temos, então, que nem todo fator impactante do equilíbrio em uma concessão comum acarreta ao particular o direito à sua recomposição. O que vai determinar esse direito é o contraste entre o evento desequilibrante e o disposto no contrato com relação à distribuição de riscos.”*⁸

Bem verdade que mesmo nos contratos do regime geral o risco também é um parâmetro para determinar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. A questão é que, pelo regramento da Lei nº 8.666/93, a consideração dos riscos dessa espécie de contratos é mais simplificada, seja pela simplicidade dos contratos, seja, principalmente, pelo fato de a Administração se incumbir da grande maioria dos riscos.

Nos contratos de concessão, malgrado anacrônica disposição legal que prega a assunção por conta e risco da concessionária, é sabido que a alocação de riscos exige um esforço maior do contrato (ao regulamentá-la) e

⁸ De acordo com o meu: **A concessão como instituto do Direito Administrativo**. Tese apresentada como requisito parcial do concurso para Professor Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. *mimeo*, 2013, p. 280-281.

das partes (na tarefa de verificar e tratar o evento danoso durante a execução do contrato).⁹

Outra dificuldade inerente aos contratos de concessão em termos do tratamento do equilíbrio econômico-financeiro diz respeito à política tarifária – tema ao qual retornarei no Tópico II – e às limitações oriundas da cobrança de tarifas dos usuários. Ao passo em que no contrato geral a relação do equilíbrio econômico-financeiro se ultima entre Administração e o particular contratado, nas concessões um elemento fundamental da equação contratual decorre de terceiros: os usuários que pagam a tarifa à concessionária.

Por essa razão, retomando a noção de serviço adequado, preceito da concessão de serviços públicos, a modicidade tarifária é mais um elemento a ser considerado no jogo de forças do equilíbrio econômico-financeiro. Uma vez que, numa concessão comum (regida essencialmente pela Lei nº 8.987/95), a receita da concessionária depende essencialmente da tarifa que é cobrada dos usuários, e sendo certo que a receita é um elemento fundamental da equação, não há como negar que a definição da política tarifária será um dos principais parâmetros para demarcar essa equação contratual e, por conseguinte, para determinar a necessidade de recompô-la.

⁹ Ao comentar as dificuldades em determinar o evento passível de recomposição nas concessões de serviços públicos, Fernando VERNALHA GUIMARÃES aduz que “*nem sempre é muito simples a delimitação dessas zonas de ordinariedade e extraordinariedade para de operar o raciocínio referido quando se trata de concessão. É que contrato dessa natureza funciona a base da transferência de certo nível de risco ao concessionário, que executa o serviço sob o risco de utilização. Já por esse aspecto deve-se reconhecer que, quando menos, essa zona de extraordinariedade capaz de justificar eventos próprios a ensejar o restabelecimento da equação econômico-financeira a cargo do estado surge mais ampliada na concessão comparativamente aos contratos administrativos gerais (regidos pela Lei n. 8.666/93). (Concessão de serviço público. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 249).*”

Como pude apontar, o equilíbrio econômico-financeiro das concessões é substancialmente mais complexo do que o dos contratos ordinários da Administração. A partir da complexidade da própria equação econômico-financeira, influenciada por elementos bastante diversos e com as restrições impostas pela política tarifária, a tarefa de determinar os parâmetros da equação contratual está longe de ser simplória.

II. POLÍTICA TARIFÁRIA

Um dos embates mais relevantes da concessão de serviços públicos ocorre entre a obrigação em prestar um serviço adequado, dependente da realização de investimentos realizados pelo particular, e, ao mesmo tempo, assegurar a modicidade tarifária. A exata compreensão desses dois parâmetros essenciais da concessão de serviços públicos é fundamental à compreensão do equilíbrio econômico-financeiro nessa modalidade de contratação administrativa.

II.1. OS REQUISITOS DO SERVIÇO ADEQUADO: A NECESSÁRIA CONCILIAÇÃO ENTRE MODICIDADE TARIFÁRIA E CUSTOS RELACIONADOS À PRESTAÇÃO

A Constituição Federal de 1988 estabelece algumas premissas que devem ser observadas na regulamentação da concessão de serviços

públicos (art. 175). Dessas premissas, destaco aqui o tratamento da política tarifária e a obrigação de manter o serviço adequado, referidas nos incisos II e IV do parágrafo único desse dispositivo constitucional.

Em rigor, essas duas premissas encerram o cerne da concessão de serviços públicos, evidenciando o binômio que orienta a conformação do instituto. De um lado, há a preocupação com a prestação do serviço (pela garantia do serviço adequado); do outro, a política tarifária ocupa-se em prover os meios de proteção ao particular prestador (justa remuneração), bem como assegurar o acesso desse serviço pelos usuários (modicidade tarifária).

A concessão é, assim, orientada pelo intento de aprimorar os serviços públicos, a partir da delegação da sua prestação ao particular, em substituição ao Estado, sujeito às limitações usuais, em especial as de natureza orçamentária, ainda mais quando para a prestação se exige investimentos em infraestrutura. Parte-se, então, da concepção de que o particular possui condições de ofertar o serviço de melhor maneira, seja pela sua capacidade de investimento, seja por não se submeter à burocracia tradicional da Administração Pública.

Sobre os fundamentos que amparam a concessão, pude me posicionar recentemente:

Como vimos, a configuração contemporânea do instituto da concessão pressupõe haver uma razão pública a justificar a delegação ao particular. [...]

Em geral, os móveis de razão pública a justificar tal delegação são de duas ordens, no mais das vezes presentes concomitantemente.

O primeiro objetivo do poder público ao outorgar uma concessão comum envolve a necessidade de atrair investimentos privados para fazer frente ao custo de formação de uma infraestrutura necessária para suporte de um serviço público.[...]

A outra razão justificadora da concessão comum é a de trazer, para a prestação dos serviços públicos, a eficiência dos prestadores privados. É certo que isso não é garantido *per se*. Nem há razões para se acreditar, sempre, que os particulares sejam mais eficientes na exploração de uma atividade que os entes estatais. [...] A racionalidade econômica (própria dos privados) não é bastante para atingir todos os objetivos do serviço público. Mas, regulada adequadamente em um pacto concessório, pode ensejar benefícios de otimização e qualificação da prestação que sejam revertidos para os usuários. Não é seguro, nem automático, que isso ocorra. Mas é plenamente possível que assim seja, a depender do modo como é estruturada e regulada a concessão.¹⁰

Destaco, aqui, a parte final do excerto para afirmar que o aprimoramento da prestação (o serviço adequado) não é uma condição intrínseca a qualquer concessão. Antes, para que esse intuito seja atingido, é preciso que a concessão se ampare em mecanismos eficientes de estruturação e regulação, que devem não apenas se ocupar da conformação da prestação (com diretrizes mínimas e parâmetros e indicadores de desempenho dos serviços), mas, igualmente, dos mecanismos de viabilidade da concessão.

¹⁰ Conforme o meu: **A concessão como instituto do Direito Administrativo**. Op. cit., p.262-263.

É o que ocorre com a definição da política tarifária, que deve assegurar sua modicidade – um dos parâmetros do serviço adequado¹¹ – e, também, a garantia da correta remuneração da concessionária. De fato, a concessão comum se ampara na receita das tarifas cobradas dos usuários como mecanismo da sua viabilidade. Seria demasiado ingênuo imaginar a assunção pelo particular dos custos e investimentos necessários à prestação do serviço delegado sem que houvesse a certeza sobre os meios de remuneração em condições e montantes suficientes ao custeio e amortização dessas parcelas, bem como ao retorno (lucro) esperado com a concessão.

Como na concessão comum¹² a remuneração do particular advém quase que exclusivamente da cobrança de tarifas dos usuários¹³, o desafio que se põe em sua regulamentação é o de compatibilizar a modicidade tarifária com a necessidade de garantir receita suficiente à concessionária, bastante à realização dos investimentos necessários e ao custeio da prestação em prol da qualidade e continuidade dos serviços. O tema é bem explanado por Egon Bockmann Moreira: *“Nos projetos concessionários, tarifa ótima é aquela que simultaneamente maximiza o bem-estar social e mantém o equilíbrio econômico-*

¹¹ A definição de *serviço adequado* é conferida pelo art. 6º, § 1º, da Lei nº 8.987/95, *verbis*: “*Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade de tarifas.*”

¹² Utilizo o termo “concessão comum” para definir as concessões submetidas ao regime da Lei nº 8.987/95. Sigo, aqui, a terminologia da Lei nº 11.079/04, que, ao regulamentar as concessões administrativa e patrocinada, assim se referiu às concessões regulamentadas por aquele diploma anterior.

¹³ Muito embora a concessão comum se construa sob a receita tarifária, principal arrimo da viabilidade econômico-financeira do respectivo contrato, é possível que a concessionária aufera outras receitas, como é o caso daquelas advindas pela exploração de atividades relacionadas à concessão (que constituem o objeto deste Parecer) e mesmo subsídios do poder concedente, ambas as hipóteses reguladas na Lei nº 8.978/95, nos seus artigos 11 e 17, respectivamente.

financeiro do contrato[...]A tarifa não pode ter em mira apenas os benefícios gerados aos usuários e terceiros (fixação imprópria para projetos autossustentáveis), nem muito menos o lucro do empresário privado (objetivo secundário de projetos de concessão).”¹⁴

A regulamentação do contrato deve, portanto, equalizar o nível de serviço esperado com o valor de tarifa que se pretende cobrar, assegurada a sua modicidade. Não há impedimento, em tese, para que o contrato estabeleça um nível elevado de serviço, mas é preciso compreender que este nível somente será atingido com um volume elevado de investimentos e com o acréscimo dos custos de operação. Por conseguinte, deve haver o aumento do valor de tarifa para fazer frente aos investimentos e gastos mais elevados da concessionária.

Há, por certo, um antagonismo inicial entre manter valores módicos de tarifa e, ainda assim, assegurar os investimentos necessários. Não pode o contrato, nestes termos, prever tarifas irrisórias e, ainda assim, demandar da concessionária investimentos vultosos ou um nível de serviço extremamente custoso. Por outro lado, também não pode haver uma majoração demasiada dos lucros da concessionária à custa dos usuários, obrigados a arcar com um valor excessivo de tarifa.

Daí porque a definição de políticas tarifárias adequadas a cada modalidade ou contrato de concessão assume papel relevante na consecução dos objetivos sociais e políticos da concessão, sem descuidar da proteção ao investimento do particular. Alhures, já asseverava que “[t]al política não versa apenas sobre o valor das tarifas ou de sua modicidade. Quando uma atividade é

¹⁴ **Direito das concessões de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 331.

considerada serviço público, pressupõe-se ser ela prehe de uma essencialidade e de uma relevância que justificam inclusive que ela mereça ser ofertada não apenas pelos cânones da racionalidade econômica, mas também sob o crivo da racionalidade política.”¹⁵

E a própria política tarifária deverá estabelecer os mecanismos pelos quais as garantias dos seus objetivos sociais e políticos não esvaziem a manutenção da viabilidade econômico-financeira da concessão. Isso pode incluir desde a prática de subsídios cruzados (entre usuários, ou mesmo serviços distintos) ou de subsídios conferidos pelo poder concedente à concessionária (conforme previsto no art. 17 da Lei nº 8.987/95). Há, ainda, mecanismos específicos que podem ser manejados por cada contrato, em prol da equação entre os diversos objetivos da concessão.

II.2. ALTERAÇÕES PROMOVIDAS NA TARIFA

As regras tarifárias precisam ser registradas no contrato de concessão, estejam previstas expressamente em regulamentação setorial, ou não. A previsão, consignada no art. 9º da Lei nº 8.987/95, corrobora a noção de que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato é estabelecido já no seu nascedouro, a partir das condições da elaboração da proposta. Há, portanto, um momento nítido de definição da equação e para que essa seja devidamente estipulada, caberá ao edital e ao contrato estabelecer os parâmetros relativos à

¹⁵ Conforme o meu: **A concessão como instituto do Direito Administrativo**. Op.cit., p.272.

tarifa, que, uma vez fixados, orientarão todas as considerações acerca do equilíbrio econômico-financeiro da concessão.

Não há, no entanto, qualquer garantia à imutabilidade das tarifas para que essas permaneçam as mesmas durante o decorrer da execução. Fosse o caso de uma tarifa fixa, sem possibilidade de alteração, estar-se-ia diante de um paradoxo em relação ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato: ao tempo em que se reconhece que a equação da concessão é suscetível a modificações diante das características do contrato (o que confere um dinamismo ao equilíbrio), vedar-se-ia que um dos principais elementos dessa equação (a tarifa) não pudesse ser adaptado para fazer frente às mudanças operadas no contrato.

A questão, aqui, não está em considerar a proteção equilíbrio econômico-financeiro sob um viés proibitivo da mutação de tarifas, mas, sim, na manutenção das condições pactuadas pelas partes, de modo que mesmo as tarifas podem ser alteradas, desde que em contrapartida a alguma alteração que tenha havido nessas condições de conformação da equação contratual. A respeito do tema, Jacintho Arruda CÂMARA comente que *“para sustentar o caráter contratual das tarifas tem-se dado relevo à importância que este aspecto assume na manutenção do chamado equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. Como elemento a integrar este citado equilíbrio, a tarifa configuraria parte verdadeiramente contratual da concessão e, desta forma, estaria sujeita a alterações apenas se houvesse acordo de vontades entre as partes envolvidas (poder concedente e concessionária). Esta tese, todavia, não tem encontrado amparo na doutrina. É ponto de convergência a respeito da matéria a possibilidade de alteração unilateral do regime tarifário desde que, ao*

final, seja respeitado o equilíbrio econômico-financeiro da concessão como um todo."¹⁶

Bem por isso, dada a sua relevância no contexto da equação contratual – tanto o mais por ser fonte de receita quase exclusiva, na concessão comum –, é pela alteração da tarifa que se opera uma boa parte das recomposições do equilíbrio econômico-financeiro do contrato¹⁷. Já na Lei nº 8.987/95, a revisão tarifária é explicitamente referendada como mecanismo de manutenção e recomposição da equação da concessão (art. 9º, *caput* e § 2º). É fato, portanto, que a revisão tarifária se justifica enquanto mecanismo apto a recompor as condições da contratação, parâmetro eleito pela Lei para consideração do equilíbrio econômico financeiro das concessões (art. 10, da Lei nº 8.987/95).

Diga-se que, malgrado contar com referência expressa na Lei, a revisão tarifária não é o único mecanismo disponível para recompor o equilíbrio econômico-financeiro. Especialmente nos casos em que o manejo do valor de tarifa não é possível, as partes devem convencionar outros instrumentos para equacionar o contrato de concessão¹⁸. É o que ocorre, por exemplo, quando o cânone da modicidade tarifária impõe restrições ao aumento do valor de tarifa, malgrado este se destine à recomposição de um evento danoso ao contrato. Por certo, conquanto não exista uma vedação *a priori* ao aumento – e, tanto o mais,

¹⁶ **Tarifa nas concessões**. São Paulo: Malheiros, 2009, p.47.

¹⁷ Não cuido, aqui, apenas do mecanismo de reajuste, com vistas à manutenção do valor monetário das tarifas. Esse mecanismo, malgrado essencial ao equilíbrio econômico-financeiro da concessão não é o único instrumento de alteração dos valores e regras tarifários.

¹⁸ É possível, por exemplo, valer-se da prorrogação do prazo contratual, aumentando o período em que a concessionária auferirá receitas com a concessão.

seja ele justificado à luz da equação do contrato – não como promover acréscimo à tarifa, pena de inviabilizar a cobrança do usuário, ou tornar demasiadamente onerosa a fruição do serviço¹⁹.

Daí que, em cada caso, deverão as partes considerar os elementos característicos do contrato e do evento danoso, com vistas a apurar a melhor forma de recomposição. Quando essa se der por intermédio da revisão tarifária, é preciso se assegurar que dessa revisão não restarão alteradas as condições que foram avençadas no contrato, e que determinaram a sua equação. Há sempre o risco de, com vistas a recompor o contrato (hipótese em que se admite a revisão tarifária), acabe-se por extrapolar o que é necessário, ou, tanto pior, adotar parâmetros distintos das regras que conformaram a política tarifária do contrato específico.

¹⁹ “A revisão tarifária, porém, não é nem o único, nem sempre o mais conveniente método de recomposição do equilíbrio.[...] E por isso dizemos que a revisão tarifária nem sempre é adequada como mecanismo de reequilíbrio. Por um lado, porque a majoração das tarifas afeta o cidadão usuário, podendo colidir com o princípio da modicidade tarifária. Por outro lado, porque para alguns eventos de desequilíbrio a recomposição via tarifa não é possível.” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **A Concessão como instituto do Direito Administrativo**. Op. cit., p. 285-286).

III. O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NO CASO CONCRETO

Tendo vencido a exposição dos contornos do equilíbrio econômico-financeiro e da política tarifária nas concessões de serviços públicos, passo a tratar dos temas específicos trazidos pela Consulente.

É possível depreender da Consulta que os questionamentos da Consulente transitam sobre temas palpitantes do estudo do equilíbrio das concessões. Em primeiro lugar, há a questão envolvendo a forma pela qual deve se apurar a recomposição contratual, quando o evento de desequilíbrio favorecer a concessionária – ponto que trata da compreensão de elementos dos mais relevantes do equilíbrio econômico-financeiro da concessão, por envolver a escolha pelo mecanismo de recomposição, dentre aqueles à disposição das partes.

Indo adiante, há a discussão sobre os efeitos do descumprimento de obrigação contratual da Administração, que acaba por ensejar ou majorar um evento danoso à equação. O ponto, aqui, é a maneira pela qual irá se considerar os efeitos desse evento danoso na equação, à luz do que dispõe o contrato de concessão.

E, por fim, duas questões trazem a lume situações em que as condições de estipulação da equação econômica são alteradas em benefício da concessionária, o que implica em desequilíbrio contratual desfavorável ao poder concedente – e, na espécie, aos usuários dos serviços. Trata-se da possibilidade de exclusão (i) de tributos incidentes sobre o resultado da

concessionária do cômputo das despesas da concessão e (ii) da receita advinda do grupo determinado de usuários térmicos da base de cálculo da margem bruta da concessionária. Em rigor, a primeira dessas condições acabou sendo definida já na equação, mas em clara afronta ao que dispõe a Lei nº 8.987/95, o que acaba por provocar uma situação bastante peculiar, a discorrer sobre os direitos da concessionária e dos usuários.

Conforme se vê, são todos temas bastante instigantes no tratamento do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, sobre os quais passo a dispor a seguir.

III.1. A FORMA DE RECOMPOSIÇÃO DA EQUAÇÃO CONTRATUAL

Acima já me referia ao fato de que a revisão tarifária ter sido eleita como mecanismo preponderante – porém, não exclusivo – de recomposição contratual. Sendo certa sua essencialidade das tarifas na equação, fonte quase exclusiva – e, em muitos caso, verdadeiramente única – de receitas da concessão, é natural supor sua primazia quando diante da necessidade de recompor o contrato.

Essa é uma premissa que, malgrado usualmente associada à recomposição pró-concessionária, deve ser empregada também quando o desequilíbrio opera em favor da concessionária, isto é, quando se verifica a alteração das condições da equação em benefício do contratado. Nesses casos, é igualmente válido pressupor a revisão tarifária – desta feita, a menor – como mecanismo de recomposição. É dizer: numa situação em que as condições

avencadas foram alteradas em favor da concessionária, a correta recomposição tende a ocorrer pela revisão tarifária, que, nesta ocasião, demanda a redução do valor cobrado dos usuários.

Por certo, também aqui a revisão tarifária não é o único mecanismo à disposição do equilíbrio econômico-financeiro. É possível recompor a equação por intermédio de outros mecanismos (novos investimentos, incremento dos parâmetros de desempenho, dentre outros).

Contudo, há de se retomar o papel das tarifas – e, principalmente, da modicidade tarifária – nas concessões. A obrigação de se resguardar tarifas módicas, sem sacrificar os usuários, deve ser levada em consideração na eleição do mecanismo de recomposição. Com isto, é preciso considerar que pode – e tende a ser – mais relevante ao serviço garantir sua fruição a preços módicos pelos usuários, o que compele a escolha pelo mecanismo da revisão tarifária para recompor a equação contratual. Há de se considerar, nesses casos, a oportunidade para contribuir à modicidade tarifária, decorrente de ganhos excessivos da concessionária apurados pela distorção das condições que moldaram a equação contratual.

Em muitas situações, importa mais ao serviço adequado que se mantenha a modicidade, mesmo que com algum sacrifício de aprimoramentos na prestação. É preciso considerar que os cânones da universalidade e continuidade dos serviços são tão relevantes quanto os critérios de atualidade, sendo possível reconhecer que uma tarifa módica para um serviço de qualidade é mais adequada que uma tarifa elevada, que faça frente a um serviço com qualidade superior. Não se trata, aqui, de defender a mediocridade do serviço. Longe disso. Mas é preciso ser razoável para compreender que a política

tarifária de um determinado setor ou contrato pode estar voltada a um nível ótimo de serviço, compatível com tarifas razoáveis, que não onerem demasiadamente os usuários, permitindo a fruição dos serviços por um número maior de destinatários.

Nessas situações, opera o mesmo raciocínio que impede a revisão tarifária quando o desequilíbrio desfavorece a concessionária. Da mesma forma que o aumento de tarifas pode ser coibido para evitar o descumprimento da política tarifária, também sua redução pode vir a ser um mecanismo cogente quando a equação se quebrou em favor da concessionária.

É o caso, pois, de apurar a definição da tarifa ótima da concessão, assim entendida como aquela que mais bem concilia os interesses dos usuários (que traduzem o interesse do poder concedente) com os interesses da concessionária. Uma vez que a determinação do valor de tarifa deve ser consentânea com a modicidade e, ainda assim, reverter ao retorno esperado pela concessionária, viabilizando os investimentos necessários, a tarefa do regulamentador é a de conciliar esses dois fatores antagônicos, a partir daquilo que julga mais relevante em cada caso: a expansão da infraestrutura e dos serviços de modo mais célere, mesmo que à custa de um ônus maior ao usuário, ou a possibilidade de ofertar os serviços em parâmetros de qualidade razoáveis,

mas que permite o acesso dos usuários aos serviços em condições mais vantajosas²⁰.

Não há qualquer óbice, portanto à aceitação de uma política tarifária que privilegie o menor valor da tarifa, mesmo que em detrimento à realização de maiores investimentos. De fato, é essa a alternativa que deverá ser adotada para se buscar alcançar o ponto ideal entre valor da tarifa e modicidade tarifária. O que implica no reconhecimento de que a eventual recomposição em desfavor da concessionária pode, sim, ser promovida com supedâneo na revisão tarifária que reduza o valor das tarifas cobradas dos usuários, na exata medida do desequilíbrio que se operou em prol da concessionária. Afinal uma atividade considerada serviço público não pode, mesmo nos melhores objetivos de ampliar sua cobertura e qualidade, alçar valores tarifários que sejam impeditivos ou excludentes da fruição de parcela relevante dos usuários.

²⁰ Sirvo-me, neste ponto, do pensamento de Egon BOCKAMNN MOREIRA: “Há, quando menos, dois ângulos nos quais deve ser analisada a tarifa ótima nas concessões comuns: “(i) se ela permite a instalação de projeto autossustentável; (ii) se ela é equânime, no sentido de promover a distribuição adequada dos custos e benefícios entre concessionário e usuários. As tarifas não podem ser nem muito baixas (sob pena não só de inviabilizar a autossustentabilidade do projeto, mas especialmente em vista da frustração do incentivo para que os usuários consuma adequadamente o serviço) nem muito altas (sob pena de inviabilizar o acesso ao serviço público ao maior número de usuários).” (**Direito das Concessões de Serviço Público**. Op. cit., p. 331).

III.2. QUESTÕES ENVOLVENDO O REAJUSTE DAS TARIFAS

O contrato de concessão de distribuição de gás canalizado trazido à consulta, celebrado entre Estado do Espírito Santo e Petrobras Distribuidora, encerra um complexo mecanismo de reajuste tarifário, construído sobre duas variáveis principais: *(i)* o preço de venda do gás estipulado pela Petrobras (que fornece o gás a ser distribuído pela Petrobras Distribuidora) e *(ii)* a margem bruta da distribuição.

No primeiro aspecto, não há maior discussão, tendo em vista que o fornecimento de gás pela Petrobras à concessionária distribuidora segue as regras próprias deste serviço, inclusive quanto ao reajuste da tarifa cobrada. Assim, é natural que a tarifa cobrada pela concessionária distribuidora de seus consumidores seja reajustada conforme as atualizações do valor da tarifa que essa paga pelo insumo.

Por sua vez, o cálculo da margem bruta de distribuição se submete a uma série de variáveis, contratualmente estabelecidas, atreladas a diversos centros de custos da prestação dos serviços. São, pois, desde elementos de fácil e contumaz apuração (como é o caso da aplicação de índices inflacionários) até elementos cuja apuração é mais complexa (projeção de volume de vendas, custos de pessoal, dentre outros).

E é justamente em torno do reajuste de tarifa que orbitam algumas questões trazidas pela Consulente.

Em primeiro lugar, há o tema relacionado ao atraso do poder concedente na autorização do reajuste *vis-à-vis* à efetiva oportunidade de se

considerar no cálculo da margem bruta o volume real de vendas, apurado durante a mora do poder concedente na efetivação do reajuste. Trata-se, pois, de situação bastante peculiar, na qual o descumprimento de uma obrigação contratual alterou as condições da equação contratual, a reclamar o correto tratamento do mecanismo de recomposição.

Por seu turno, a Consulente relata o intento do poder concedente em modificar os critérios de apuração da margem bruta, por intermédio de uma discriminação do volume de vendas que não existe no contrato. É o que ocorre com a intenção de desconsiderar o volume térmico do cálculo da margem da concessionária.

Em comum, essas duas primeiras questões traduzem a indagação sobre como deve ser operado o reajuste de acordo com aquilo que é seu objetivo: preservar o valor da tarifa. Diferem entre si, no entanto, no resultado que carregam à equação contratual.

Como se vê, são dois temas bastante instigantes e peculiares no estudo do reajuste tarifário e sua relação com o equilíbrio econômico-financeiro da concessão. Para sua apreciação, faz-se necessário rememorar alguns preceitos do reajuste tarifário, notadamente quanto a sua motivação dentro da realidade do contrato de concessão e da possibilidade de alteração regramento contratual acerca do reajuste. Sobre esses, passo a tratar adiante.

III.2.1. A MOTIVAÇÃO PARA O REAJUSTE TARIFÁRIO

O reajuste dos valores contratuais – especialmente o de tarifa – é uma disposição cogente dos contratos de concessão, a teor do que dispõe a Lei nº 8.987/95. A razão para tanto é bastante simples e, mais uma vez, tem causa na obrigação de assegurar a manutenção das condições efetivas da proposta.

Por certo, os valores pelos quais a equação do contrato se aperfeiçoa são trazidos ao momento presente da celebração da avença. É natural, pois, que esses montantes sejam amoldados à natural valorização de preços. Cabe a cada avença, nesse cenário, definir os parâmetros de atualização dos seus valores, compensando eventuais perdas monetárias.

O reajuste é, assim *“um instrumento bastante simples de recomposição e se presta apenas a neutralizar o impacto da variação do valor da moeda. É um mecanismo de recomposição automática prefixado no contrato decorrente da previsão de uma data de incidência (periodicidade anual ou superior) e de um critério de recomposição (em geral, um índice geral ou setorial de preços, fórmula paramétrica ou, então, uma combinação de índices definidos por entidade externa ao contrato.”*²¹

É fato que, no bojo do contrato de concessão, a correta definição das regras de reajuste assume uma relevância ainda maior. A uma, pois o prazo

²¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **A concessão como instituto do Direito Administrativo**. Op. cit., p. 283-284.

mais estendido desses contratos os torna ainda mais suscetíveis ao impacto da valorização da moeda, sendo mais significativa a necessidade de reajuste. A duas, pois com um contrato de execução mais complexa, a concessão normalmente encerra um número maior de variáveis de custos, que nem sempre são capturadas devidamente com apenas um critério ou índice de reajuste. Jacintho Arruda CÂMARA identifica com precisão o protagonismo do reajuste tarifário nas concessões de serviços públicos:

É fácil identificar a razão que levou o legislador a impor tal regra aos contratos de concessão. Como se trata de um modelo de relação jurídica por meio do qual normalmente o particular assume investimentos imediatos e de grande vulto, em troca do direito de exploração econômica de um serviço público por prazo longo, mostra-se necessária a existência de regras jurídicas que assegurem o pleno retorno do investimento durante o período de vigência do contrato. Uma dessas regras é a que assegura a manutenção do valor real da remuneração do concessionário (tarifa).

[...]

Percebe-se, deste modo, que o *reajuste* não se mostra como mera opção, posta à disposição do poder concedente. É, na verdade, um requisito necessário à outorga de uma concessão. Faz parte do núcleo mínimo que a lei fixou para este específico modelo contratual.²²

²² **Tarifa nas concessões.** Op. cit., p. 178.

Daí a especial proteção que a legislação outorgou ao reajuste, prevendo-o como cláusula obrigatória dos contratos. Essa proteção, por certo, alcança também a manutenção das regras de reajuste, não no sentido de imutabilidade irrestrita, mas, sim, a partir da estipulação do equilíbrio econômico-financeiro como balizador de qualquer alteração promovida nas regras de reajuste.

III.2.2. ALTERAÇÃO DAS REGRAS DE REAJUSTE

Como qualquer mecanismo de efetivação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, também o reajuste se submete ao respeito ao que foi avençado (as condições efetivas). Disso decorre que as alterações nas regras de reajuste devem observar aquilo que foi acordado entre as partes.

Com isso – todavia – não quero dizer que as regras de reajuste não podem ser alteradas, mas, sim, que para essa modificação tomar lugar, é preciso considerar se dela advirá o desequilíbrio contratual, em benefício de qualquer uma das partes. Ora, no bojo do panorama de custos da concessão, é possível evidenciar modificações que tornem as regras de reajuste anacrônicas, impedito a correta captura da desvalorização monetária e, por conseguinte, enfraquecendo a proteção ao valor real de tarifa, bastante à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

Quando as condições de contratação se alteram, isto é, quando há mudança em alguma premissa fixada na equação, é possível cogitar de

modificações nas regras de reajustes, com o intuito justamente de preservar a equação, amoldando-a a esse novo cenário. Se isso ocorrer, a mutação do regramento do reajuste desempenha papel de resto atribuído a qualquer outro instrumento de recomposição.

A alteração das regras de reajuste também seria possível em situações outras, desde que assegurada a recomposição do equilíbrio, por outros meios. Seria o caso em que, por uma questão de política tarifária, entende-se que os interesses dos usuários envolvidos impede o reajuste contratual, tal como previsto no contrato. Neste caso, o Poder Concedente poderia, por uma decisão política, alterar os critérios de reajuste previstos no contrato, desde que assegure, concomitantemente, a recomposição do desequilíbrio gerado pela ausência do reajuste, por meio outro que não a tarifa – por exemplo, por pagamento de indenização ou a revisão das obrigações do contrato.

Eis então entender que não há vedação absoluta em se alterar os critérios de cálculo de reajuste da tarifa. A *“possibilidade de mudanças também atinge a própria regra que estabelece o procedimento ordinário de mudança no valor da tarifa, ou seja, as regras de reajuste. Trata-se de tema diretamente afeto ao equilíbrio econômico-financeiro da avença, pois sua função nada mais é a do que preservar esse equilíbrio diante das variações que ocorrem ao longo da execução contratual. Isso, todavia, não torna esse tipo de regra imune à possibilidade de alteração. Havendo consenso entre as partes e, especialmente,*

existindo a manutenção do citado equilíbrio, é juridicamente possível modificar o modo de reajustar as tarifas.”²³

Tenho como certo, então, que as regras de reajuste podem ser alteradas. Para tanto, é preciso considerar alguns requisitos, que passo a expor.

O primeiro deles, aqui já mencionado, é o respeito ao equilíbrio econômico-financeiro, que atua como obstáculo à alteração que provoque um desbalanceamento naquilo que foi acordado. Não é crível a modificação que incremente ou reduza o retorno estimado para a concessão, prejudicando ou beneficiando a concessionária. Ainda que essas condições possam vir a ocorrer, em virtude de circunstâncias acessórias (atendimento à modicidade, extinção ou modificações em índices de inflação atrelados ao contrato etc.), elas devem vir acompanhadas de instrumentos que recomponham o contrato para reavivar sua equação.

A transfiguração das regras de reajuste não pode, também, impor um ônus demasiado aos usuários. Mesmo quando a concessionária e o poder concedente anuam com a alteração, se dela decorrer um incremento injustificado do retorno da concessionária, deve ser coibida – ou, quando menos, compensada por outros meios –, sob pena de inviabilizar a modicidade tarifária. Não é razoável, à luz dos preceitos que amoldam o conceito de serviço adequado (eleito pela Constituição Federal como um das diretrizes das concessões de serviços públicos), tornar a tarifa mais onerosa sem que haja

²³ CÂMARA, Jacintho Arruda; SUNDFELD, Carlos Ari. *Alteração nas regras da concessão sobre reajuste tarifário. Interesse Público – IP*, Belo horizonte, ano 15, n. 80, p.15-24, jul./ago. 2013.

justo motivo a respaldar isso (ou seja, um acréscimo de tarifa imotivado à luz dos fatores efetivamente ensejadores de reequilíbrio em favor da concessionária).

Esse raciocínio é aplicável mesmo nas situações em que o reajuste é imprescindível à garantia do valor real de tarifa. Em situações excepcionais, em que para garantir o valor da moeda é imprescindível a alteração das regras de reajuste, o poder concedente deve avançar instrumentos de compensação, visando a contornar o ônus que essa alteração enseja aos usuários (redução dos investimentos, aumento de prazo, diminuição dos parâmetros de desempenho, dentre outros). Assim, ainda que um novo critério de reajuste seja aplicado (para neutralizar a perda de valor monetário), o impacto na tarifa pode ser compensado *ab initio* com a modificação de outros parâmetros do equilíbrio econômico-financeiro.

Concluo essa explanação preliminar ao reiterar o permissivo para que as regras de reajuste sejam mudadas. Esse permissivo, no entanto, está longe de ser absoluto, estando, antes, sujeito às premissas regentes do equilíbrio econômico-financeiro e da modicidade tarifária. Pressupor alterações que afetem a equação contratual ou que incrementem o ônus aos usuários não coaduna com os fundamentos da concessão, sendo descabidas, pois, alterações dessa ordem, inclusive quanto ao regramento do reajuste tarifário.

III.2.3. O COTEJO COM O CASO CONCRETO

De acordo com o regramento do contrato de distribuição de gás analisado, o reajuste de tarifas tem periodicidade anual e deve ser promovido mediante anuência da ASPE, no papel de regulador dos serviços de distribuição de gás canalizado.

Um dos principais elementos do cálculo da margem bruta é a estimativa de volume vendido, isto é, uma projeção (a partir de critérios contratuais) do quanto se estima de receitas com a venda do gás. Esse volume é considerado, pois, à ordem de **80% das previsões atualizadas de vendas**²⁴.

No entanto, segundo dá conta a Consulente, sobre esse mecanismo contratualmente previsto recaem dois fatores peculiares, a saber: *(i)* o atraso na aplicação do reajuste, motivado pelo próprio poder concedente; e *(ii)* a intenção de se alterar os elementos de apuração do volume de vendas. Em ambas as situações, tem-se nítido o impacto no equilíbrio econômico-financeiro do contrato. No primeiro caso, há, ainda, a discussão sobre a possibilidade de considerar volume real de vendas, apurado no período em que não foi aplicado o reajuste.

Sobre esse primeiro tema, é preciso uma breve explanação para deixar claro que o reajuste se opera em relação ao volume estimado para o exercício seguinte a sua aplicação. É dizer: estima-se o volume de vendas para

²⁴ A partir do que dispõe o Anexo III do contrato de concessão, que determina a projeção de volume de vendas como divisor do cálculo do custo do capital, do custo operacional e da depreciação, que, por sua vez, forma a equação para cálculo da margem bruta.

o ano vindouro e dessas projeções o percentual de 80% é considerado para o cálculo da margem bruta que, por seu turno, será computada para definição do valor reajustado de tarifa. Não me cabe, aqui, tergiversar sobre a lógica econômica desse mecanismo, mas, tão-somente, de considerá-lo como uma das variáveis da equação contratual.

Assim sendo, o aspecto jurídico em testilha diz com a possibilidade de se considerar, em virtude do atraso do regulador na determinação e aplicação do reajuste, o volume real de vendas apurado até a efetivação do reajuste. E, nesses termos, é juridicamente possível sustentar essa tese.

Explico.

Acima cuidei de demonstrar que o intuito maior do reajuste é garantir o valor real da tarifa, a partir da natural valorização monetária. Por certo, nessa tarefa, é preciso guardar compatibilidade com variáveis dos custos da concessão, que, em última instância, determinam o valor de tarifa necessário à conformação da equação contratual. Dessa forma, é preciso assegurar que o reajuste seja suficiente à manutenção do valor real de tarifa, sem implicar em perdas ou ganhos acessórios à equação.

Daí que o contrato, tendo em vista a necessidade de considerar a manutenção do valor da tarifa para períodos futuros, adotou o mecanismo da projeção de vendas (receitas) da concessionária, com vistas a determinar sua margem bruta. Não há, em princípio, equívoco nesse mecanismo pelo fato de se lastrear em estimativas que, ao fim e ao cabo, podem não ser efetivamente concretizadas, se tomadas *a posteriori*. Essa eventual variação entre a projeção

e a realidade de receitas é admitida diante das dificuldades em estabelecer um mecanismo que opere *a priori* para resguardar o valor de tarifa em cada período futuro de reajuste.

Contudo, a par da discussão sobre o acerto desse mecanismo, a situação relatada pela Consulente evidencia uma oportunidade específica para que, ao menos no período de reajuste em questão, o poder concedente possa se valer de dados mais concretos para apurar a margem bruta efetiva da concessionária. Isso porque, com o atraso na aplicação do reajuste, foi possível apurar o volume de vendas real em parte considerável do período no qual esse devia ser aplicado. É inequívoco que o poder concedente dispõe do volume real daquilo que foi vendido pela concessionária nos meses do período anual de reajuste. E, nessa hipótese, parece-me claro que, nessa situação bem característica, é possível aplicar no cálculo do reajuste o volume real de vendas já apurado, mantendo-o também para a projeção havida para o restante do período de aplicação do reajuste em mora.

Uma vez que se superou, em circunstâncias excepcionais, o impeditivo para considerar o volume de vendas real na estipulação do reajuste, já que é possível, na espécie, apurar o quanto de receita a concessionária auferiu em parte do período de aplicação do reajuste, é razoável que esse volume real substitua a projeção para esse período. Não há nisso qualquer afronta às regras de equilíbrio econômico-financeiro, pois não se trata de alteração nas condições do contrato. Pelo contrário, está-se a assegurar o retorno da concessionária a partir da adequação de uma regra contratual comprometida por um descumprimento de obrigação do poder concedente.

Na espécie, esse conceito não é alterado pelo fato de o contrato prever a consideração de uma estimativa de volume de vendas. Tal somente se dá pela impossibilidade material de referenciar a realidade futura de receitas da concessionária. Assim, nessa especial condição, em que é possível suprir essa deficiência do mecanismo de reajuste, é admitido que o cálculo da margem bruta se aproveite, ao menos para aquilo que já é possível apurar, do volume de vendas evidenciado no exercício.

Seguindo no estudo do caso concreto, a Consultante informa que o processo de revisão tarifária em curso intenta retirar do cálculo das projeções de volume de vendas uma parcela específica relacionada à comercialização do gás para um consumo específico (térmico). Na visão do poder concedente, o cômputo dessa parcela do volume de vendas do gás acaba provocando uma distorção no reajuste, tendo em conta condições específicas de reajuste de contratação do fornecimento de gás para o consumo térmico.

Não me cabe, aqui, esmiuçar as características desses contratos. Importa ao estudo que ora empreendo cotejar a situação sob o foco do equilíbrio econômico-financeiro do contrato para afirmar que a pretensão em análise implica em nítida alteração das condições de contratação. Isso porque o volume do “gás para consumo térmico” foi efetivamente considerado nas regras contratuais para apuração do volume de vendas, conformando-se, assim, num elemento da equação contratual. Ao retirar-se essa parcela das vendas da concessionária, há, por toda a evidência, uma distorção na equação, o que traduz essa pretensão num evento danoso ao equilíbrio econômico-financeiro.

Já pude reiteradamente afirmar neste Parecer que o conceito de equilíbrio econômico-financeiro não implica na paridade entre encargos e

receitas da concessão, mas, sim, na definição das condições efetivas da proposta. Em outras palavras: considera-se equilibrado o contrato quando se evidencia a manutenção daquilo que se acordou, a partir da proposta apresentada pela concessionária. Daí que qualquer alteração nas condições de contratação aciona o mecanismo de reequilíbrio.

Assim, parece-me que a revisão tarifária em andamento não assegura o equilíbrio do contrato. Antes, implica na majoração do retorno da concessionária em condições mais vantajosas de execução da concessão, que não decorrem de qualquer ganho de eficiência. Há, portanto, evidente situação de desequilíbrio em favor da concessionária.

Tanto pior que o evento danoso em questão ainda resulta em prejuízo aos usuários. Ao se retirar a parcela do gás térmico do volume de vendas apurado, distorce-se o cálculo da margem bruta, que acaba por influenciar em reajuste de tarifa mais elevado²⁵. Por essa razão, os usuários terão que arcar com valores mais altos de tarifa, reajustados em condições a eles mais desfavoráveis do que aquelas que foram contratadas. Incorre, assim, em violação da modicidade tarifária, ao se transferir para o valor de tarifa um custo resultante do aumento do retorno da concessionária.

Entendo, em remate sobre o assunto, que essas circunstâncias evidenciam o desacerto da pretensão de alterar as regras de reajuste, à luz dos

²⁵ Isso porque o volume de vendas atua como divisor dos elementos da fórmula paramétrica de cálculo da margem bruta. Com um volume de vendas inferior (a partir da exclusão do volume referente ao gás para consumo térmico), esses elementos tendem a apresentar valores maiores, que, por sua vez, incrementam a margem bruta. Com um valor de margem bruta maior, a tarifa média reajustada acaba sendo aumentada, já que essa margem é multiplicada no cálculo do valor de tarifa a ser reajustado.

preceitos regentes da concessão, mormente o da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e o da modicidade tarifária.

III.3. TRATAMENTO DE DISPOSIÇÃO CONTRATUAL CONTRÁRIA À LEI

Enfim, a análise do caso concreto desafia o tema dos impostos apurados sobre o resultado, levados em consideração no cômputo da margem bruta, em contraposição à determinação legal que aloca os ônus desses tributos à concessionária. Por certo, conquanto o contrato discipline que alterações nos tributos sobre a renda e o resultado se inserem nos riscos da concessionária, ao considerar esses tributos no cálculo do reajuste da tarifa, resta por mitigar esse risco, afrontando a disposição legal do art. 9º, § 3º, da Lei nº 8.987/95²⁶.

Esse dispositivo legal determina que o risco dos tributos incidentes sobre a renda (resultado) cabe à concessionária, de modo que qualquer alteração nas regras que disciplinam esses tributos não enseje desequilíbrio contratual. Confere, portanto, tratamento diferenciado a essa ordem de tributos – ao contrário dos demais, cujo risco foi considerado como causa de desequilíbrio. Ao passo que as alterações da regulamentação dos demais tributos são consideradas como evento danoso à equação contratual, os tributos sobre o resultado se inserem, de acordo com a Lei nº 8.987/95, no âmbito do risco assumido pela concessionária.

²⁶ “Art. 9º, § 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.**”

O próprio contrato de concessão aqui estudado acompanha a determinação legal ao estabelecer, em sua cláusula 5.3, dispositivo que repete o comando da Lei nº 8.987/95, ressaltando os tributos sobre a renda do risco tributário que enseja recomposição. No entanto, há na regulamentação do reajuste tarifário (Anexo III do contrato), um dispositivo que mitiga quase que integralmente a previsão legal. Trata-se do denominado “IAR – Impostos Associados a Resultado”, elemento da fórmula de cálculo da margem bruta, que corresponde (nos dizeres do contrato) ao *“grupo de elementos de custos que registra o valor do Imposto de Renda e outros impostos associados a resultados”*.

Na prática, ao estabelecer a influência dos custos tributários apurados sobre o resultado, as regras de reajuste do contrato acabaram por considerar tais tributos na equação contratual. Ora, se os custos decorrentes desses tributos são considerados para determinar o reajuste, o que se tem é a transferência do risco tributário a eles correspondente para os usuários, em claro desvirtuamento da previsão legal, que associa esses tributos ao risco da concessionária.

Essa distorção do comando legal foi muito bem identificada pela Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo, que, ao analisar o processo de revisão tarifária no Parecer PGE/NCA nº 00299/2013 concluiu pela impossibilidade de se manter o critério de cálculo do reajuste que considerasse

o impacto do custo de tributos associados ao resultado²⁸. Concluo, daí, despidendo reavivar os argumentos que evidenciam o equívoco do contrato em considerar os tributos sobre o resultado como fator de cálculo do reajuste tarifário. Esses argumentos já foram bem lançados no Parecer da d. PGE-ES e qualquer tentativa de repisar o tema, aqui, apenas resultaria em atulhar o meu opinativo.

Passo, então, a uma questão mais vívida e ainda pendente de um maior debate: a possibilidade de o equívoco encontrado no contrato ensejar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da concessão e, além disso, o ressarcimento dos usuários. Aqui, trata-se de discutir se os valores recebidos de forma indevida pela concessionária – pois que em contradição à norma legal – configuram quebra da equação contratual e, por conseguinte, se tais valores, cobrados, afinal, dos usuários, podem ser a eles devolvidos por algum meio.

Esse ponto – cabe salientar – foi objeto do opinativo da PGE-ES que, no entanto, concluiu pela impossibilidade de qualquer recomposição ou ressarcimento. O efeito prático do reconhecimento da inadequação do contrato limitar-se-ia, dessarte, à exclusão do IAR da fórmula de cálculo da margem bruta. Para sustentar essa opinião, a PGE-ES argumentou que, malgrado o reconhecimento expresso de valores percebidos indevidamente pela concessionária, não houve prejuízo ao erário, “*na medida em que a*

²⁸ A opinião da douta consultoria jurídica estadual pode ser resumida no Despacho PGE/PCA nº 00276/2013, que, a partir do mencionado parecer, concluiu “*pela impossibilidade de se calcular a revisão tarifária atinente ao contrato de concessão de distribuição do gás canalizado firmado entre o ESTADO e a PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A, incluindo-se as parcelas referentes ao IRPJ e a CSLL, consoante entendimento pacificado no âmbito do Colendo Tribunal de Contas da União, por meio da sua Súmula 254/2012, assim como no âmbito do Colendo Superior Tribunal de Justiça, devendo tais encargos, desde logo, serem suportados pela concessionária*”.

remuneração da concessionária se faz pelo pagamento da tarifa diretamente pelos usuários que, se se entenderem lesados, em tese, poderão reclamar compensação perante à concessionária”.

Há nessa fundamentação uma pequena omissão: a de considerar que, no estudo do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, o papel do poder concedente não é o de se resguardar diante de prejuízos por ele sofridos na concessão. Antes, seu dever é o de apurar e manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato em prol dos direitos da concessionária e, sobretudo, dos direitos dos usuários. De modo que a constatação de uma irregularidade na conformação da equação, da qual resultou prejuízo aos usuários, pode, sim, dar causa à recomposição em prol da reversão dos ganhos apurados indevidamente pela concessionária à modicidade da tarifa.

É mesmo verdade que, em caso de ganhos indevidos da concessionária, a recomposição dificilmente será considerada a partir de prejuízos do poder concedente (ou do erário), como mencionado pela PGE-ES. Sendo certo que a receita da concessionária (na concessão comum) advém essencialmente da cobrança de tarifas, os ganhos auferidos em contradição às normas que regulamentam a concessão quase sempre corresponderão a prejuízo dos usuários, incumbidos do pagamento da tarifa. Assim, a compreensão do evento de desequilíbrio e da correspondente recomposição, na concessão, dificilmente passará pela aferição de prejuízos ou lucros apurados pelo poder concedente, que, na espécie, atua em favor da efetivação do serviço adequado. Nessa tarefa, é seu dever zelar pela modicidade tarifária, especialmente quando essa é contrariada por um evento de desequilíbrio do contrato.

Assim é que, em última instância, é possível operar recomposição do contrato para que os valores auferidos indevidamente pela concessionária, como resultado da transferência indevida do risco tributário, sejam revertidos na diminuição equivalente do valor de tarifa. Ou seja: por meio de revisão tarifária, valores anteriormente cobrados a maior pela concessionária poderiam ser abatidos da tarifa que será cobrada a partir de então.

Por certo, não há como negar que essa recomposição traria consigo o problema relacionado à efetiva compensação dos usuários que arcaram com valores indevidos de tarifa. É possível imaginar que nem todos os usuários que pagaram tarifas até então permaneçam como usuários de agora em diante, aproveitando o benefício da redução do valor de tarifa como compensação pelos seus prejuízos. A hipótese aventada pela PGE-ES (ressarcimento a ser buscado por cada usuário perante a concessionária) traduz uma maior equidade, já que cada usuário reclamaria a compensação a ele devida perante a concessionária. Essa solução, no entanto, precisa ser contraposta com alguns fatores, tão relevantes quanto à equidade.

Em primeiro lugar, é preciso considerar os empecilhos que os usuários teriam para reclamar a compensação. Não apenas seria necessário tornar público de modo efetivo o direito que lhes assiste, como, também, é de se cogitar dos custos incorridos para obter a compensação, mormente se imaginarmos da natural oposição da concessionária, a ensejar a transferência da discussão para a esfera judicial. Essa situação adversa contribui para obstar a compensação, dada a demora em efetivá-la e, igualmente, pode desestimular uma parte significativa dos usuários, em especial aqueles em condição de

hipossuficiência perante a concessionária, que se sentiriam intimidados em reclamar a compensação.

Por outro lado, a alternativa ventilada pode resultar em situação desfavorável à própria concessionária. Isso porque, uma de duas: ou bem ela precisará contingenciar um valor elevado em seu balanço, para fazer frente ao pagamento de compensações reclamadas diretamente pelos usuários, ou bem optará por arcar de imediato com essas compensações, sendo-lhe exigida uma despesa de alta monta, a comprometer demasiadamente seu balanço no exercício, eventualmente com a necessidade de se alavancar para obter os recursos necessários a esse pagamento. Em qualquer das duas hipóteses, há um efetivo comprometimento do seu fluxo de caixa, com efeitos transversais negativos em relação aos seus acionistas e, especialmente, com possibilidade de interferência nos investimentos necessários para assegurar a qualidade do serviço público prestado. Eventualmente, à concessionária será mais vantajoso diluir sua obrigação nas receitas futuras, apuradas com o desconto relativo à reversão dos valores cobrados indevidamente no novo valor de tarifa.

E, por fim, há uma particularidade que passou despercebida pela PGE-ES, quando afirma que não há prejuízo ao erário com a cobrança indevida das tarifas. É que, conquanto o prejuízo imediato seja, realmente, dos usuários, não está afastado o direito de a concessionária reclamar, ela própria, compensação pelos prejuízos que venha a suportar pela compensação dos usuários.

Tenha-se em mente que, malgrado a transferência indevida do risco tributário à tarifa, essa transferência ocorreu em virtude de disposição contratual, elaborada pelo próprio poder concedente e seguidamente validada

por ele até o presente momento. De fato, a cobrança de valores indevidos dos usuários se deu por força de disposição contratual, o que atrai o poder concedente para a discussão sobre eventuais compensações. Tendo a concessionária que arcar com compensações devidas aos usuários em virtude do cumprimento do que apregoava o contrato de concessão, cabe-lhe discutir com o poder concedente eventuais reparações.

Ao fim e ao cabo, não agiu a concessionária por vontade própria, nem foi dela a definição equivocada do mecanismo de cálculo do reajuste. Portanto, é lícito o seu direito de acionar o poder concedente para recompor as perdas que venha a sofrer pela aplicação desse mecanismo. Daí porque se vislumbra que o prejuízo ao erário, tido por inexistente no parecer da PGE-ES, pode não ser imediato, mas é provável que ocorra no futuro, quando a concessionária venha a reclamar a recomposição em virtude dos prejuízos sofridos com a restituição dos valores cobrados indevidamente – mas, afinal, de acordo com o que dispunha o contrato de concessão – dos usuários.

Portanto, é possível concluir favoravelmente à possibilidade de recomposição (por meio da redução do valor da tarifa) como uma solução juridicamente viável e, sob muitos aspectos, mais razoável para contornar o evento danoso evidenciado com a cobrança indevida de tarifas que consideravam em seu valor a transferência do risco tributário em contrariedade ao que dispõe a lei.

Isso não significa – no entanto – qualquer negativa ao direito dos usuários pleitearem compensação pelos valores pagos indevidamente, por meio de ações específicas tomadas junto à concessionária. Nessa hipótese, para além do regramento específico das concessões de serviços públicos, incide a

disciplina das relações de consumo. De modo que, em última análise, o direito dos usuários está amparado pelas disposições da legislação consumerista, mormente pelo art. 42, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor²⁹. Esse dispositivo confere aos consumidores o direito à repetição do indébito em relação às quantias a eles cobradas indevidamente pelo prestador do serviço, exatamente a situação evidenciada no caso concreto.

Daí ser possível concluir que o tratamento a ser dado ao tema da cobrança indevida de valores nas tarifas, a partir da equivocada transferência do risco tributário ao reajuste dessas tarifas, pode ser realizado tanto pela recomposição do contrato quanto pelo direito dos usuários reclamarem compensações da concessionária. No primeiro caso, há uma evidente eficiência na alocação do problema, ao possibilitar uma compensação mais razoável das perdas sofridas, o que não obsta, por certo, que o usuário possa, caso não adotada essa primeira alternativa, fazer valer o seu direito mediante os instrumentos específicos à sua disposição, especialmente aqueles que decorrem do regramento das relações de consumo.

²⁹ Lei nº 8.078/90: “Art. 42, Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.”

IV. RESPOSTA AOS QUESITOS OBJETIVOS

Tendo percorrido o estudo dos temas versados pela Consulta, posso, agora, responder aos quesitos objetivos que me foram formulados:

- 1. De que forma deve ocorrer a recomposição do contrato de concessão de serviços públicos quando o desequilíbrio ocorrer em benefício da concessionária? É possível sustentar que a recomposição seja revertida em prol da redução dos valores de tarifa?***

A recomposição do equilíbrio econômico-financeiro pode ocorrer por quaisquer instrumentos admitidos em lei. Importa, na escolha desse instrumento, analisar a real capacidade de neutralizar o evento danoso, recompondo a equação a sua situação inicial, em cotejo com a obrigação de se assegurar a modicidade tarifária.

A partir dessa premissa, **é possível sustentar que a recomposição seja revertida em prol da redução das tarifas.** Isso porque, a busca por valores módicos de tarifa, um dos elementos do serviço adequado (art. 6º, § 1º da Lei nº 8.987/95), preceito basilar da concessão de serviço público (art. 175, IV da Constituição Federal), deve orientar o próprio equilíbrio econômico-financeiro da concessão. É o caso, pois, de sustentar que, já na conformação da equação contratual, deve-se considerar a modicidade tarifária como um dos seus elementos. Daí ser possível afirmar que, salvo situações específicas de defasagem ou insuficiência dos investimentos, o principal elemento de recomposição,

quando essa ocorre em resposta a um evento danoso favorável à concessionária, será mesmo a redução de tarifas. Não por acaso, a revisão tarifária é instrumento de recomposição expressamente previsto na Lei de Concessões (art. 9º, § 2º, da Lei nº 8.987/95).

2. A demora da ASPE em finalizar o processo anual de revisão tarifária permite considerar o volume real de vendas apurado no período de atraso?

Sim. O mecanismo de reajuste se baseie numa projeção de receitas futuras, aplicando-lhe um percentual a ser considerado no cálculo da margem bruta, que, por sua vez, será computada na fórmula de reajuste. No entanto, adota-se a estimativa apenas pela impossibilidade material de se considerar uma receita real ainda não apurada, impeditivo que deixa de existir quando, pelo atraso na aplicação do reajuste, numa parcela do período em que esse deveria incidir, torna-se possível apurar o volume real, já efetivado.

Nessa hipótese, considerar o valor real de volume já apurado não distorce a equação do contrato. Antes, mitigar uma distorção já existente, permitindo neutralizar de modo mais concreto, nesse exercício, os efeitos da desvalorização monetária.

3. A exclusão de tributos incidentes sobre o resultado da concessionária do cômputo das despesas da concessão é

passível de recomposição contratual? Em caso positivo, é possível ocorrer a devolução dos valores pagos indevidamente em exercícios anteriores pelos usuários dos serviços, tendo em vista que a incidência desses tributos foi feita de modo contrário à previsão da Lei nº 8.987/95?

Sim, nos dois casos. O reconhecimento de que as regras de reajuste tarifário estabelecidas no contrato levaram em consideração um parâmetro de transferência do risco tributário (dos tributos sobre o resultado) não admitido em lei, é inegável que a concessionária auferiu receitas indevidas, cabível tanto a recomposição (para reverter os ganhos adicionais em prol da modicidade tarifária) quanto a devolução dos valores pagos indevidamente pelos usuários.

No primeiro caso, a recomposição se justifica para equalizar uma situação que, em última instância, resultará no direito da concessionária reclamar do poder concedente as perdas advinda da compensação que ela terá de conceder aos usuários. No segundo caso, o direito dos usuários à repetição do indébito é assegurado pela legislação consumerista (art. 42, parágrafo único, da Lei nº 8.078/90).

4. Para o reajuste das tarifas, é possível excluir da base de cálculo da margem bruta da concessionária, apurada no exercício anterior, a receita advinda de um grupo determinado de usuários?

Sim, desde que acompanhada de mecanismo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. A consideração do volume de vendas geral, sem qualquer exceção, é uma condição da equação contratual, tal qual avençada entre as partes, e que, portanto, deve ser mantida durante a execução do contrato. Assim, ao pretender alterar essa condição, ainda que amparada em justificativas de outra ordem, as partes devem, obrigatoriamente, eleger um mecanismo de recomposição contratual, bastante a compensar os ganhos adicionais da concessionária, sem que desses ganhos resulte prejuízo à modicidade tarifária.

É a minha opinião.

São Paulo, 05 de novembro de 2013.

Floriano de Azevedo Marques Neto

Professor Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da USP

A razão para a diferenciação legal decorre dos fatores de incidência dos tributos em cotejo com aquilo que conforma a equação contratual. Enquanto os tributos sobre o resultado incidem em momento posterior, sobre os ganhos advindos da concessão, os demais tributos são considerados nos custos da concessão, incidindo sobre serviços ou bens utilizados para a prestação dos serviços delegados. É bem visível, portanto, a ligação entre essa segunda espécie de tributos e os elementos que dão forma à equação contratual, tendo em vista que esses afetam diretamente os custos da concessão, elementos intrínsecos do equilíbrio econômico-financeiro.

Os tributos sobre o resultado, por seu turno, não interferem na composição da equação, incidindo em momento posterior, apenas a partir das receitas apuradas. Assim, a *“ressalva dos impostos sobre a renda pode ser explicada porque não se está diante de impacto endógeno à execução do contrato (com reflexo nos direitos e obrigações), mas com repercussão na distribuição dos ganhos empresariais aos acionistas da concessionária. O imposto sobre a renda incide sobre o produto do capital ou do trabalho (ou da combinação de ambos), cuja base de cálculo é o lucro – a receita menos a despesa. Não incide diretamente nos custos do projeto do concessionário e não gera impacto endógeno à prestação do serviço ou obra. São dados externos à equação que compõe o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Desta forma, caso as variações do imposto sobre a renda tivessem efeito para o reequilíbrio contratual, estar-se-ia diante de violação ao princípio da isonomia por meio da instituição de privilégio desarrazoado e desproporcional a determinada categoria de contribuintes.”*²⁷

²⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões de Serviços Públicos**. Op. cit., p. 372.

ANEXO II

**Análise do pleito de revisão tarifária anual da Concessionária de Gás
Canalizado do Espírito Santo, Petrobras Distribuidora S.A. – BR, para o ano de
2013.**

Assunto: Análise do pleito de revisão tarifária anual da Concessionária de Gás Canalizado do Espírito Santo, Petrobras Distribuidora S.A. – BR, para o ano de 2013.

Sumário:

1. Objetivos gerais da Revisão Tarifária -----	2
2. Considerações Iniciais -----	3
3. Pleito da Concessionária -----	6
4. Análise do Pleito sobre 2012 -----	6
5. Análise do Pleito sobre 2013-----	25
6. Anexo - Parecer PGE-----	40

1. Objetivos gerais da Revisão Tarifária

Nos termos do Contrato de Concessão e da legislação em vigor, compete à ASPE a análise e aprovação do pleito de revisão anual da Tarifa Média de Gás Natural Canalizado e que inclui a nova Margem Bruta da Concessionária. Nessa ocasião, são avaliados os resultados realizados no ano anterior apresentados pela Concessionária por meio de relatórios contábeis e aprovada a Margem Bruta para o ano seguinte, conforme a projeção de custos, investimentos e vendas, após submissão ao Conselho Consultivo e posterior decisão da Diretoria da Aspe. Este processo de revisão tarifária segue a metodologia do Anexo III do Contrato de Concessão que define a Tarifa Média como:

$$\text{Tarifa Média} = \text{Preço de Venda do supridor} + \text{Margem Bruta}$$

Os Preços de Venda do Supridor são reajustados trimestralmente e seguem a metodologia determinada em instrumento contratual próprio.

A Margem Bruta é calculada com base na avaliação dos custos, remuneração, investimentos, depreciação e projeção dos volumes de venda de gás durante o ano, de acordo com a seguinte fórmula:

$$\text{Margem Bruta} = (\text{Custo do Capital} + \text{Custo Operacional} + \text{Depreciação}) / \text{Volume}$$

A apuração da margem bruta na revisão tarifária anual que contempla o somatório dos custos de capital, operacional e depreciação deve considerar também a análise dos valores projetados e os efetivamente realizados pela Concessionária no ano anterior, através da aprovação pela ASPE dos Demonstrativos de Resultados e Balanço Patrimonial da Concessionária, para que as diferenças ocorridas sejam compensadas no exercício seguinte.

- Disposição da Nota Técnica da Revisão Tarifária:

De acordo com as cartas enviadas pela Concessionária à Agência, os valores pleiteados pela Concessionária são expostos. Primeiramente, são analisados e ajustados os números referentes ao ano anterior, comparando-se os valores autorizados na Revisão Tarifária passada e os efetivamente realizados no ano anterior (conforme o balanço contábil daquele ano). Em seguida, dá-se início à análise das projeções para o ano corrente, onde é analisada a previsão de investimentos e custos da Concessionária a fim de se apurar a margem a ser praticada dessa Revisão Tarifária até a seguinte.

Para saber mais sobre os procedimentos envolvidos na Revisão Tarifária acesse o Manual “Gás Natural canalizado no Espírito Santo: o papel da ASPE e procedimentos básicos para uma Revisão Tarifária” disponível no site da ASPE (www.aspe.es.gov.br).

2. Considerações Iniciais

2.1 Resumo dos Fatos

Durante o processo de Revisão Tarifária 2013, foram realizadas diversas reuniões com participação de agentes do setor e recebidas contribuições, nas quais surgiram questionamentos acerca da metodologia contratual e considerações realizadas em sua aplicação. Tais questionamentos foram avaliados pela Aspe e encaminhados para análise jurídica por parte da Procuradoria Geral do Estado, que manifestou seu posicionamento em 09/12/13 por meio do Parecer PGE/NCA nº 00453/2013 em anexo. Os pontos abordados nesse documento foram:

- i) Necessidade de observância do prazo de homologação da tarifa após reajuste;
- ii) Aplicação do reajuste do IGP-DI entre a data do último reajuste e a data do reajuste contratual nos casos de periodicidade inferior a 12 meses;
- iii) Alocação dos recursos provenientes da aquisição de gás natural pela Concessionária em leilões a preços inferiores para investimento na rede de distribuição do gás;
- iv) Utilização da parcela “V” na fórmula tarifária do contrato de 100 % do volume já realizado até o mês anterior aquele da revisão, ao invés dos 80% das previsões atualizadas de vendas para o período seguinte de um ano;
- v) Exclusão dos volumes relativos ao segmento térmico no cálculo da parcela V da fórmula tarifária prevista no contrato;
- vi) Remuneração dos ativos de transporte reclassificados para ativos de distribuição e incorporados ao patrimônio da Concessionária GASVIT;
- vii) Exclusão do IR e do CSLL da fórmula tarifária;
- viii) Remuneração do contrato e da interpretação acerca da parcela “TR” do custo de capital

Em virtude do tempo decorrido do início do processo, 15/04, até o momento atual, a Concessionária apresentou as Cartas GNE/GMGN 0008/2013 e 0011/2013, onde atualiza os valores a serem utilizados para efeito do cálculo da margem bruta de distribuição. Dessa forma, os valores apresentados na Nota Técnica anterior, devido às manifestações da Concessionária e da PGE-ES, sofreram atualizações e foram adequadas conforme novo entendimento resultando nesta nota técnica final que substitui a anterior.

2.2 Metodologia de Cálculo da margem de distribuição

No processo de revisão tarifária de 2012, a Concessionária contestou a parcela de R\$ 9.562.694,59 do superávit por meio da carta GMGC – 044/2012, relacionada a aplicação do valor de 80% dos volumes previstos critério este que vem sendo adotado pela Aspe em todas as revisões anteriores. Naquela ocasião a diretoria da Aspe optou por consultar a Procuradoria Geral do Estado para avaliar a questão.

A Agência recebeu em 21 de maio de 2013 a resposta da PGE para o citado processo sob o nº **58843671**, disponível no acervo técnico da Aspe, da qual extrai os trechos conclusivos abaixo:

(...) esclarecendo que a margem bruta deverá ser calculada, considerando-se dados que gozam de certa imprecisão, na medida em que se referem à projeção do volume de gás canalizado que será comercializada.

Pode-se compreender, destarte, que a indicação de um percentual de 80% da previsão do volume de gás canalizado visa à redução do risco do concessionário, na medida em que a previsão pode não ser confirmada.

Ocorre, contudo, que a utilização do percentual de 80% somente pode se ter como razoável, em se tratando de dados futuros, que exatamente por esse motivo, devem ser estimados e não aferidos.

Uma vez que já se conheça o volume de gás comercializado, considerando que a análise tem sido feita com base no volume efetivamente realizado, não há que se falar na aplicação do percentual de 80%, uma vez que tais dados já estão consolidados e não envolvem risco a ser diminuído pela aplicação do sobredito índice.

Com efeito, a metodologia utilizada pela Aspe não representa afronta ao contrato, estando em perfeito arrimo com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, na medida em que garante o efetivo equilíbrio do contrato, que é o fim último das disposições contratuais acerca da revisão tarifária.

(...)

Dessa forma, a Aspe teve reconhecido pela PGE o critério adotado e manterá assim o uso da metodologia aplicada em que considera 100% do volume efetivamente realizado pela concessionária, a fim de definir a margem bruta de distribuição, nesta revisão e também na anterior.

2.3 Reclassificação

Em 16 de abril de 2013 foi publicada a Resolução ASPE 002/2013, onde a ASPE aprova a transferência dos ativos relativos aos Gasodutos Lagoa Parada-Vitória (trecho a jusante da válvula 10), Gasvit e Ramal de Interligação Gasvit-PE Viana/ES do Gascav da Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobras para Petrobras Distribuidora S.A.. Na ocasião, foi determinado que o valor referente à transferência dos referidos ativos não seria incorporado na base de cálculo de remuneração da Concessionária, a fim de não impactar a tarifa paga pelo consumidor.

No entanto, ao longo do processo surgiram questionamentos sobre a posição adotada pela Agência e o tema foi novamente apreciado pela PGE, que determinou que os referidos ativos constituem investimento e sejam remunerados pela margem bruta. Desta forma, o custo de capital e depreciação receberam o acréscimo da parcela referente ao gasoduto de distribuição GASVIT incorporado no ano de 2013 pelo valor de R\$ 20.180.395,00 aos ativos da Concessão.

2.4 Segmento Térmico

O segmento térmico tem o valor de sua margem de distribuição e seu critério de reajuste definido em contrato específico de compra e venda. Essa particularidade diferencia o segmento térmico de todos os outros segmentos de consumidores da Concessão, de forma que a margem de distribuição estabelecida em 2008 para esse segmento, não sofre qualquer intervenção da ASPE, sendo reajustada anualmente pelo IGP-DI.

Em função dessas características, verificou-se que o consumo do segmento térmico causa distorção na margem aprovada, em virtude da previsão de volume destinado a esse segmento, e também na margem realizada, em função do valor de sua margem de distribuição ser muito inferior à aplicada aos demais segmentos.

Assim, para que esse segmento não contamine as margens aplicadas aos clientes regulados, a ASPE publicou a Resolução 001/2013, de março de 2013, na qual estabelece que os números apresentados pela Concessionária no processo de Revisão Tarifária devem discriminar os valores relativos ao segmento térmico, os quais serão desconsiderados para efeito de cálculo da margem de distribuição, para que não ocasionem distorção entre as margens aprovada e praticada.

Por meio do Parecer PGE/NCA 00453/2013, a PGE valida o procedimento adotado pela Aspe quanto à exclusão do volume térmico para efeito de cálculo da margem de distribuição uma vez que, considerando a estrutura de fornecimento diversa que este segmento está submetida, a exclusão desse segmento não configura alteração unilateral, nem desequilíbrio do contrato.

3. Pleito da Concessionária

Por meio da carta GMGC – 0035/2013 a Concessionária pleiteia a homologação do novo preço do supridor reajustado em 1,17%, passando de 0,6853 para 0,6933. Pleiteia ainda a aplicação do item 5 do Anexo III do Contrato de Concessão que permitiria o reajuste das tarifas pelo IGP-DI a partir de fev./2011.

A ASPE homologou o novo preço do supridor em sua Resolução 006/2013, porém, as tarifas não foram reajustadas pelo IGP-DI naquela ocasião uma vez que a aplicabilidade desse índice seria tema de consulta à PGE. Esta Procuradoria, através do Parecer PGE/NCA nº 00453/2013 em anexo, manifestou seu entendimento de que não se aplica a indexação das tarifas em um período de tempo inferior a 12 meses.

Conforme disposto nas cartas GMGC 25 e 26/2013, atualizadas pelas Cartas GNE/GMGN 008/2013 e 011/2013, a Concessionária pleiteou os seguintes valores para consolidação do ano de 2012 e adoção em 2013.

Tabela 01 - Pleito da Concessionária

PLEITO CONCESSIONÁRIA	Realizado 2012	Proposto 2013	Variação % Prop.2013 / Real.2012
REMUNERAÇÃO	34.377.701,61	43.423.843,16	26,31
CAPEX	30.772.520,79	39.387.928,25	28,00
OPEX	3.605.180,82	4.035.914,91	11,95
RECUPERAÇÃO DOS CUSTOS	64.229.613,85	46.026.396,19	-28,34
Despesa de Pessoal	11.617.747,14	13.008.504,27	11,97
Despesas Gerais	1.765.245,58	2.027.729,32	14,87
Serviços Contratados	9.783.534,31	10.986.939,85	12,30
Material	564.923,05	581.704,97	2,97
Comercialização e Publicidade	382.293,45	443.425,73	15,99
Despesas Tributárias	3.307.706,32	3.484.488,94	5,34
Impostos Associados a Resultados	31.590.490,00	11.425.082,14	-63,83
Diferença Perda de Gás	0,00	0,00	100,00
Custo Financeiro	5.217.674,00	4.068.520,96	-22,02
DEPRECIÇÃO	13.523.567,01	16.491.086,76	21,94
AJUSTE	0,00	0,00	-
LUCRO BRUTO	112.130.882,47	105.941.326,11	-5,52
VOLUME	869.063.482,00	962.423.585,00	10,74
MARGEM BRUTA	0,12902	0,11008	-14,68

Assim sendo, a Concessionária apresenta para avaliação e aprovação desta Agência:

Aprovação do plano de investimentos para 2013 de R\$ 39,80 milhões, conforme apresentado na tabela 43 “Projeção de Investimentos” na pág. 28.

- Aprovação da margem média de distribuição de R\$ 0,11008 para o ano de 2013.

Ressaltando que, ao contrário das revisões anteriores, a Concessionária não pleiteia a validação dos resultados realizados em 2012 em virtude da questão apresentada no item 2.2 desta Nota Técnica. A ASPE, entendendo que o assunto está devidamente pacificado, analisará os valores apresentados pela Concessionária, onde em cada item da Margem de Distribuição estarão dispostos os comentários da Concessionária, de acordo com as cartas apresentadas, bem como os comentários da Agência, quando essa achar oportuno e conveniente.

4. Análise do Pleito sobre 2012

A análise do ano de 2012 tem o intuito de identificar as eventuais divergências (e suas causas) ocorridas entre os valores projetados/aprovados na Revisão Tarifária anterior e os efetivamente realizados (apurados no fechamento do exercício).

4.1. Valores aplicados em 2012

Tabela 02 – Valores Aspe 2012

VALORES ASPE - 2012	VALORES (com remuneração)		DIFERENÇA	
	AUTORIZADO	REALIZADO	R\$	%
VOLUME (m³)	1.030.244.932,81	1.086.329.352,59	56.084.419,78	5%
CUSTO DE CAPITAL	R\$ 30.007.218,41	R\$ 30.947.421,62	940.203,21	3%
CUSTO OPERACIONAL	R\$ 71.917.111,04	R\$ 36.204.054,35	-35.713.056,69	-50%
PESSOAL	R\$ 12.137.678,76	R\$ 13.360.409,21	1.222.730,45	10%
DIRETO	R\$ 7.407.806,65	R\$ 7.891.154,71	483.348,06	7%
INDIRETO	R\$ 4.729.872,11	R\$ 5.469.254,50	739.382,39	16%
DESPESAS GERAIS	R\$ 2.127.007,43	R\$ 2.030.032,42	-96.975,01	-5%
SERVIÇOS CONTRATADOS	R\$ 12.519.318,46	R\$ 11.251.064,46	-1.268.254,00	-10%
MATERIAL	R\$ 676.239,71	R\$ 649.661,51	-26.578,20	-4%
COMERC. E PUBLIC.	R\$ 1.054.950,40	R\$ 387.506,76	-667.443,64	-63%
DESPESAS TRIBUTÁRIAS	R\$ 3.343.681,16	R\$ 3.307.706,00	-35.975,16	-1%
IMPOSTOS ASSOC. RESULT.	R\$ 34.186.959,00	R\$ 0,00 ¹	-34.186.959,00	-100%
DIFERENÇA COM PERDAS	R\$ 1.051.125,82	R\$ 0,00	-1.051.125,82	-100%
CUSTO FINANCEIRO	R\$ 4.820.150,30	R\$ 5.217.674,00	397.523,70	8%
DEPRECIACÃO	R\$ 13.634.718,40	R\$ 13.567.771,52	-66.946,88	0%
AJUSTES	-R\$ 7.650.478,00	-R\$ 4.955.478,00 ²	2.695.000,00	-35%
VALOR TOTAL	R\$ 107.908.569,85	R\$ 75.763.769,49	-32.144.800,36	-30%

¹ Em virtude da determinação da exclusão dos Impostos Associados a Resultados da composição da margem bruta, o valor realizado para este item em 2012 foi excluído.

² O valor de R\$ 4.955.478,00 é apresentado na conta “Ajustes” com o intuito de demonstrar o efeito da sua aplicação na margem realizada pela concessionária, uma vez que não foi demonstrada a sua aplicação em nenhum dos custos operacionais.

4.2. Volumes

A tabela abaixo demonstra o volume autorizado na Revisão Tarifária de 2012 – considerando 100% do volume realizado de janeiro a julho e 80% da projeção de

agosto a dezembro - e o valor efetivamente realizado no ano, ou seja, 100% de janeiro a dezembro.

Tabela 03 - Volume

VOLUME	
VALOR (m ³)	
AUTORIZADO	REALIZADO
1.030.244.932,81	1.086.329.352,59
100% de jan-jul e 80% de ago-dez.	100% de jan-dez.

Comentários da Concessionária:

Tabela 04 – Parcela “V”

Parcela "V" - 80% da previsão atualizada de vendas para 1 ano			
VOLUME	Contratual proposto BR 2012	RT 2012	Contratual Realizado 2012
Total m ³	947.344.257 ¹	1.030.244.933	869.063.482 ²

¹ – O volume se refere a parcela “V”, que é igual a 80% das previsões atualizadas de vendas para o período de um ano, na ocasião da revisão tarifária, conforme disposto no Anexo III do Contrato de Concessão em seu item 6.

² – O volume se refere a parcela “V”, atualizada em 31/12/2012.

É possível observar na tabela acima que a parcela “V” sofre uma redução quando se compara o valor apresentado pela Concessionária na ocasião da revisão tarifária e a projeção atualizada ao final do ano. Tal variação refere-se à retração no segmento industrial ocorrida no último trimestre de 2012, a qual foi comunicada junto a Agência, através das Cartas GMGC 060/2012 e 003/2013, para as providências cabíveis na forma do Contrato de Concessão.

4.3. Leilão e Superávit

Com as mudanças ocorridas na metodologia de leilão, os resultados alcançados pela Concessionária são apresentados nas tabelas a seguir:

Tabela 05 - Saldo de leilão (m³)

	Diferença de preço do gás de LP e leilão (R\$)	Volume compra (m³)	Volume venda (m³)	Saldo (m³)	Efeito de leilão (R\$)
Total 2011	0,28487			22.845.045	6.507.756,67
Janeiro	0,28280	30.397.271	15.449.692	14.947.579	4.227.175
Fevereiro	0,28280	22.880.704	20.694.167	2.186.537	618.353
Março	0,28280	25.706.012	25.302.398	403.614	114.142
Abril	0,23280	26.859.423	13.117.338	13.742.085	3.199.157
Maio	0,23310	27.319.545	23.908.259	3.411.286	795.171
Junho	0,23310	23.274.623	21.742.951	1.531.672	357.033
Julho	0,23310	24.919.551	23.875.479	1.044.072	243.373
Agosto	0,23330	24.512.554	24.235.506	277.048	64.635
Total		205.869.683	168.325.790	37.543.893	9.619.039,34
Saldo Total				60.388.938	16.126.796,01

	Diferença de preço do gás de LP e leilão (R\$)	Volume compra (m³)	Volume venda (m³)	Saldo (m³)	Efeito de leilão (R\$)
Setembro	0,23330	23.475.558	18.070.411	5.405.147	
Outubro	0,13030	25.730.001	18.386.100	7.343.901	
Novembro	0,13420	22.500.002	13.615.752	8.884.250	
Dezembro	0,13420	23.250.000	13.281.119	9.968.881	
período		94.955.561	63.353.382	31.602.179	-

Comentários da Aspe:

Com o objetivo de garantir o equilíbrio econômico financeiro da Concessionária e a sua remuneração de 15% determinada pelo Contrato de Concessão, é feita a confrontação entre o Lucro Bruto e o volume realizado. Anteriormente, havia sido apurada a margem contratual de R\$ 0,09882/m³ para 2012, o que levava a um superávit de R\$ 24.944.154,43.

No entanto, conforme entendimento apresentado no Parecer PGE/NCA 00453/2013 em anexo, foi excluído da composição da margem o valor referente aos IAR, o que levou a um novo valor de margem contratual (R\$ 0,06974/m³) e consequentemente um novo valor de superávit, que corrigido até novembro de 2013, é de R\$ 64.249.751,26.

Desse valor, R\$ 33.106.833,52 correspondem ao valor dos impostos associados a resultados do ano de 2012 corrigidos até novembro de 2013. Este valor será, sugerimos, provisionado para futura destinação.

Tabela 06 – Resultado Contábil

RESULTADO 2012	Recomendação da Aspe
Lucro Bruto Contábil	126.925.283
(+) Perdas	0
(+) Custo Financeiro	5.217.674
(+) Material (Odorante)	152.264
Lucro Bruto Ajustado	132.295.221
Volume 2012 (m ³)	1.086.329.353
Margem Realizada (R\$/m ³)	R\$ 0,12178
Margem Contratual (R\$/m ³)	R\$ 0,06974
Diferença (R\$/m ³)	R\$ 0,05204
Saldo	56.534.612,00

Tabela 07 – Cálculo do resultado de leilão

Mês	Diferença de preço do gás de longo prazo e preço médio do gás de leilão (R\$)	Saldo de volume (m ³)	Saldo de leilão sem atualização (R\$)	% Atualização em Dez/12	Saldo de leilão com atualização (R\$)
Total 2011	0,2849	22.845.045	6.507.867,97	7,79%	7.014.830,88
Jan	0,2828	14.947.579	4.227.175,34	7,79%	4.556.417,35
Fev	0,2828	2.186.537	618.352,66	7,71%	666.048,06
Mar	0,2828	403.614	114.142,04	7,11%	122.261,49
Abr	0,2328	13.742.085	3.199.157,39	6,03%	3.392.128,64
Mai	0,2331	3.411.286	795.170,71	5,08%	835.531,58
Jun	0,2331	1.531.672	357.032,72	4,36%	372.584,00
Jul	0,2331	1.044.072	243.373,18	2,79%	250.171,18
Ago	0,2333	277.048	64.635,30	1,48%	65.594,54
Total		60.388.938	16.126.907,31		17.275.567,73

Continuação:

Tabela 08: Cálculo do resultado do leilão:

Mês	Diferença de preço do gás de longo prazo e preço médio do gás de leilão (R\$)	Saldo de volume (m³)	Saldo de leilão sem atualização (R\$)	% Atualização em Dez/12	Saldo de leilão com atualização (R\$)
Set	0,2333	5.405.147	1.261.020,80	0,60%	1.268.586,92
Out	0,1303	7.343.900	956.910,17	0,91%	965.618,05
Nov	0,1342	8.884.250	1.192.266,35	0,68%	1.200.373,76
Dez	0,1342	9.968.881	1.337.823,83	0,00%	1.337.823,83
Total		31.602.178	4.748.021,15		4.772.402,56

*Saldo de leilão não repassado para o mercado dentro do ano de 2012.

Tabela 09 - Atualização do superávit remanescente

Atualização do Superávit Remanescente			
Alocação	Superávit 2011	Superávit atualizado até dez. 2012	Superávit atualizado até nov. 2013
Centro de modernização	20.000.000,00	R\$ 21.622.420,00	R\$ 22.661.290,79
Metodologia de cálculo (analisado pela PGE)	9.562.694,59	R\$ 10.338.429,94	R\$ 10.835.150,14
Redução direta da margem	4.117.585,77	R\$ 4.451.608,45	R\$ 4.665.490,42
IGP-DI	-	8,11%	4,80%
Total superávit remanescente	R\$ 33.680.280,36	R\$ 36.412.458,38	R\$ 38.161.931,36

E, considerando o superávit acumulado no exercício de 2012 e anos anteriores, corrigidos pelo IGP-DI até novembro de 2013, temos o seguinte resultado:

Tabela 10 – Superávit

SUPERÁVIT		atualizado dez/2012	atualizado nov/2013
Superávit acumulado até dez/12		R\$ 95.532.326,94	R\$ 97.412.805,33
Superávit remanescente		R\$ 36.412.458,38	R\$ 38.161.931,36
	Centro de Modernização	R\$ 21.622.420,00	R\$ 22.661.290,79
	Modicidade/Universalização (Analisado pela PGE)	R\$ 10.338.429,94	R\$ 10.835.150,14
	Redução da Margem (Nota Técnica DT/GGN - 20/2012)	R\$ 4.451.608,45	R\$ 4.665.490,42
Superávit obtido em 2012 - Não alocado		R\$ 59.119.868,56	R\$ 64.249.751,26
	Saldo obtido em leilão	R\$ 17.275.567,73	R\$ 18.104.794,98
	Saldo de leilão nova modalidade obtido em 2012	R\$ 4.772.402,56	R\$ 5.001.477,88
	Diferença entre as margens aprov. e realiz.	R\$ 39.259.044,27	R\$ 41.143.478,40
	Diferença decorrente da diferença de volumes e custos	R\$ 7.668.554,27	R\$ 8.036.644,88
	Valor do IAR de 2012 excluído da composição da margem	R\$ 31.590.490,00	R\$ 33.106.833,52
	Diferença no investimento São Mateus, Sooretama e Colatina	R\$ (2.187.146,00)	-
Superávit não alocado		R\$ 37.867.808,50	R\$ 39.685.463,31

*A dedução de R\$ 2.187.146,00 é referente à diferença no valor do investimento do projeto de Sooretama, São Mateus e Colatina, conforme detalhado no tópico 4.4.

4.4. Custo de Capital (Investimentos) e Depreciação

Comentários da Concessionária:

Conforme disposto na Nota Técnica DT GGN nº 006/2011, foi apurado pela Aspe em 2010 um montante intitulado superávit o qual será aplicado na concessão, podendo ser destinado à modicidade tarifária, bem como a universalização do serviço – ampliação/interiorização da malha de gasoduto.

Assim sendo, a Nota Técnica nº 20/2012 determinou que no ano de 2012 o valor de R\$ 14 milhões fosse destinado para os Projetos Sooretama/São Mateus e Colatina.

Tais investimentos comporão a base de ativos, mas tanto sua remuneração quanto a depreciação devida serão utilizados para compensar o montante apurado pela ASPE como superávit.

Tabela 11 – Custo de Capital, Depreciação e Compensação

Custo de Capital, Depreciação e Compensação			
	Contratual Proposto BR 2012	RT 2012	Contratual Realizado 2012
DEPRECIÇÃO	R\$	R\$	R\$
a - Base para depreciação	272.694.368,10	272.694.368,10	287.542.576,42
b - Depreciação	13.634.718,41	13.634.718,41	14.377.128,82
c - Dedução da parcela relativa aos investimentos	(14.000.000,00)	(14.000.000,00)	(17.071.236,31)
d - Dedução da remuneração ((c) x 5%)	(700.000,00)	(700.000,00)	(853.561,82)
e - Depreciação após compensação	12.934.718,41	12.934.718,41	13.523.567,01
CUSTO DE CAPITAL	R\$	R\$	R\$
f - Investimentos realizados e a realizar no ano	213.682.841,12	213.682.841,12	236.150.266,40
g - (-) Depreciação	13.634.718,41	13.634.718,41	14.377.128,82
h - (-) Amortização	-	-	79.204,73
i - Base para custo de capital (f-g-h)	200.048.122,72	200.048.122,72	221.693.932,85
j - Custo de Capital	30.007.218,41	30.007.218,41	33.254.089,93
k - Dedução da parcela relativa aos investimentos	(13.300.000,00)	(13.300.000,00)	(16.217.674,49)
l - Dedução da remuneração ((k) x 15%)	(1.995.000,00)	(1.995.000,00)	(2.432.651,17)
m- Custo de Capital após a compensação	28.012.218,41	28.012.218,41	30.821.438,75

Nos itens de “a” a “e” da tabela é demonstrado o cálculo da depreciação, deduzindo a parcela dos investimentos de 2012 indicados na NT DT GGN 20/2012.

Nos itens de “f” a “m” da tabela é demonstrado o cálculo do Custo de Capital, deduzindo da base o valor referente aos investimentos realizados em 2012 indicados na NT DT GGN 20/2012.

O valor dos investimentos e o detalhamento dos projetos estão adiante:

A Concessionária realizou ao longo do ano de 2012 o total de R\$ 45,33 milhões em investimentos descritos a seguir:

Tabela 12 – Composição de Investimentos

COMPOSIÇÃO DOS INVESTIMENTOS (R\$MM)				
INVESTIMENTOS	Proposto BR 2012	RT 2012	Realizado 2012	%Δ Realizado/RT 2012
Saturação Vitória	2,00	2,00	2,05	2,50%
Serra e Vila Velha	7,50	7,50	4,04	-46,13%
Linhares	9,80	9,80	14,82	51,22%
Vale / ArcelorMittal	6,25	6,25	5,89	-5,76%
São Mateus / Colatina	6,00	6,00	6,68	11,33%
Sooretama	8,00	8,00	9,50	18,75%
Outros investimentos	2,45	2,45	2,35	-4,08%
TOTAL	42,00	42,00	45,33	7,93%

- Projeto Vitória:

Dando continuidade à expansão dos negócios nos segmentos residencial e comercial na cidade de Vitória, estavam previstos R\$ 2 milhões para a construção de 108 ramais (84 residenciais e 24 comerciais) com o valor estimado em R\$ 0,98 milhão e a conversão de 1.664 UC's, com valor estimado em R\$ 1,02 milhões. Ao longo do ano foi investido o valor de R\$ 2,05 milhões para a construção de 105 ramais, execução de 1,52 km de rede e atendimento a 1.082 unidades consumidoras.

Tabela 13 – Projeto Vitória

Composição dos Investimentos do Projeto Vitória						
INVESTIMENTOS	Financeiro (R\$ milhões)			Físico		
	RT 2012	Contratual Realizado 2012	% Δ Cont. Real/RT 2012	RT 2012	Contratual Realizado 2012	% Δ Cont. Real/RT 2012
Rede de Distribuição (km)	-	0,53	-	-	1,52	-
Ramal de ligação	0,98	0,75	-23,47	108	105	-2,78
Conversão UC	1,02	0,77	-24,51	1.664	1.082	-34,98
Total	2	2,05	2,50			

- Projetos Vila Velha e Serra:

Estava previsto no ano o valor total de R\$ 7,5 milhões referentes à mobilização da prestadora de serviço, aquisição de materiais, e demais ações para os projetos Vila Velha e Serra. Em 2012 foi investido o valor total de R\$ 4,04 milhões referentes à aquisição de materiais, revisão do projeto, sendo a licitação concluída em dez./2012 e a mobilização postergada para 2013.

Tabela 14 – Projeto Vila Velha e Serra

Composição dos Investimentos do Projeto Vila Vela e Serra (R\$ milhões)			
INVESTIMENTOS	RT 2012	Contratual Realizado 2012	% Δ Cont. Real/RT 2012
Projeto Básico/Executivo	-	0,39	-
Mobilização da Prestação de Serviços	7,5	-	-
Materiais		1,37	-51,33
Sistema de Monitoramento (Convênio Prefeitura Vila Velha)	-	2,28	
Total	7,5	4,04	-46,13

- Projeto Linhares:

Estava previsto cerca de R\$ 9,8 milhões em 2012 para a conclusão das obras do projeto estruturante de Linhares que compreendia a construção de 11 km de rede. Ao longo de 2012 foi realizado o valor de R\$ 14,82 milhões, que compreendeu além do previsto a construção de 3,35 km de rede para atendimento a novos empreendimentos na região e aquisição dos ativos de compressão e descompressão para atendimento a exigência da ANP na concessão da licença.

Tabela 15 – Projeto Linhares

Composição dos Investimentos do Projeto Linhares						
INVESTIMENTOS	Financeiro (R\$ milhões)			Físico		
	RT 2012	Contratual Realizado 2012	% Δ Cont. Real/RT 2012	RT 2012	Contratual Realizado 2012	% Δ Cont. Real/RT 2012
Rede de Distribuição (km)	9,8	12,01	22,55	11	14,35	30,45
Sistema de Compressão e Descompressão	-	2,81	-	-	-	-
Total	9,8	14,82	51,22			

- Projeto Vale/ArcelorMittal Tubarão:

Por razões operacionais na execução das obras o projeto Vale/Arcelor Mital não foi concluído em 2012, restando um resíduo para desembolso em 2013.

Tabela 16 – Projeto Vale/ Arcelor Mittal

Composição dos Investimentos do Projeto Vale / Arcelor Mittal						
INVESTIMENTOS	Financeiro (R\$ milhões)			Físico		
	RT 2012	Contratual Realizado 2012	% Δ Cont. Real/RT 2012	RT 2012	Contratual Realizado 2012	% Δ Cont. Real/RT 2012
Rede de Distribuição (km)	6,25	5,89	-5,76	2,5	2,34	-6,40
Total	6,25	5,89	-5,76			

- Projeto São Mateus e Colatina:

Estava previsto para o projeto R\$ 6 milhões referente a aquisição de estação, materiais, construção e montagem de 7 km de rede relativo aos projetos São Mateus e Colatina. No ano, foi realizado o valor de R\$ 6,69 milhões referente à aquisição de materiais, construção e montagem da rede de distribuição. A variação se refere a antecipação da aquisição de materiais que seria realizada em 2013 para dar continuidade na construção e montagem da rede.

Tabela 17 – Projeto São Mateus e Colatina

Composição dos Investimentos do Projeto São Mateus e Colatina						
INVESTIMENTOS	Financeiro (R\$ milhões)			Físico		
	RT 2012	Contratual Realizado 2012	% Δ Cont. Real/RT 2012	RT 2012	Contratual Realizado 2012	% Δ Cont. Real/RT 2012
Rede de Distribuição (km)	6	4,15	11,33	7,00	8,00	14
Materiais	-	2,53		-	-	-
Total	6	6,68	11,33			

- Projeto Sooretama:

Para o projeto Sooretama estava previsto o total de R\$ 8 milhões para a aquisição de materiais juntamente com a construção e montagem de 10 km de rede. Em 2012, foi investido o valor de R\$ 9,5 milhões referente à aquisição de materiais, construção e montagem de 12 km de rede de distribuição.

Tabela 18 – Projeto Sooretama

Composição dos Investimentos do Projeto Sooretama						
INVESTIMENTOS	Financeiro (R\$ milhões)			Físico		
	RT 2012	Contratual Realizado 2012	% Δ Cont. Real/RT 2012	RT 2012	Contratual Realizado 2012	% Δ Cont. Real/RT 2012
Rede de Distribuição (km)	8	9,5	18,75	10,00	12,00	20
Total	8	9,5	18,75			

Na Revisão Tarifária de 2012 foram destinados R\$ 14.000.000,00 do saldo do superávit para investimentos em Sooretama, São Mateus e Colatina. Porém, foram efetuados investimentos no valor de R\$ 16.187.146,00. A diferença entre esses valores foi deduzida do superávit acumulado em 2012.

- Outros Investimentos:

Em relação a “Outros Investimentos”, foi realizado o valor de R\$ 2,35 milhões, descritos na tabela abaixo.

Tabela 19 – Outros Investimentos

Composição dos Outros Investimentos (R\$ milhões)			
INVESTIMENTOS	RT 2012	Contratual Realizado 2012	% Δ Cont. Real/RT 2012
Readequação das instalações da Biancoгрês	1	0,82	-18
Construção de ramais de Cachoeiro de Itapemirim	1,45	0,26	5,52
Construção do ramal Cofervil		0,13	
Sistema GIS		0,46	
Aquisição de Equipamentos		0,51	
Outros Investimentos		0,17	
Total	2,45	2,35	-4,08

4.5. Custo Operacional

4.5.1. Pessoal

Comentários da Concessionária:

Tabela 20 – Despesa de Pessoal

Despesa de Pessoal - (R\$)				
Despesa de pessoal - P	Contratual proposto BR 2012	RT 2012	Contratual Realizado 2012	%Δ Cont. Real/RT 2012
Despesa de pessoal - P	R\$ 10.554.503,27	R\$ 10.554.503,27	R\$ 11.617.747,14	10,07
TR - 15% a.a.	R\$ 1.583.175,49	R\$ 1.583.175,49	R\$ 1.742.662,07	10,07
Total Despesa de Pessoal - P	R\$ 12.137.678,76	R\$ 12.137.678,76	R\$ 13.360.409,21	10,07

De modo geral, a variação compreende o incremento de pessoal em torno de 7% e a alocação de “Custeio Indireto” no valor de R\$ 4.755.873,43, demonstrados abaixo, que representou um incremento de 15,63%.

Tabela 21 – Detalhamento Custo com Pessoal

DETALHAMENTO CUSTO COM PESSOAL		% Conc./BR	Valor BR	Valor Concessão	(com remuneração)
PESSOAL				R\$ 11.617.747,14	R\$ 13.360.409,21
DIRETO				R\$ 6.861.873,66	R\$ 7.891.154,71
INDIRETO		0,65%	R\$ 732.126.265,00	R\$ 4.755.873,48	R\$ 5.469.254,50
Alocados		0,92%	R\$ 301.617.950,60	R\$ 2.775.264,50	
Informática e T.I.		1,24%	R\$ 103.626.040,73	R\$ 1.282.574,17	
Administrativos		0,61%	R\$ 50.921.653,21	R\$ 308.345,33	
Assistência Jurídica		0,18%	R\$ 56.094.775,28	R\$ 102.365,49	
Suporte comerc. e atend. clientes		0,33%	R\$ 14.130.285,04	R\$ 47.084,38	
Cobrança aos consumidores		15,83%	R\$ 4.800.071,90	R\$ 759.940,89	
Serviços de engenharia		0,38%	R\$ 72.045.124,44	R\$ 274.954,24	
Não alocados		0,46%	R\$ 430.508.314,40	R\$ 1.980.608,98	

4.5.2. Despesas Gerais

Comentários da Concessionária:

Neste item são apresentados os gastos com Despesas Gerais ocorridos ao longo de 2012, comparando-o com o valor homologado na ocasião da Revisão Tarifária.

Tabela 22 – Despesas Gerais

Despesas Gerais- (R\$)				
	Contratual proposto BR 2012	RT 2012	Contratual Realizado 2012	%Δ Cont. Real/RT 2012
Despesas Gerais - DG	1.849.571,68	1.849.571,68	1.765.245,58	-4,56
TR - 15% a.a.	277.435,75	277.435,75	264.786,84	-4,56
Total Despesas Gerais - DG	2.127.007,43	2.127.007,43	2.030.032,42	-4,56

4.5.3. Serviços Contratados

Comentários da Concessionária:

Neste item são apresentados os gastos com Serviços contratados comparando-os com o valor homologado na ocasião da Revisão Tarifária.

O principal fator para a variação apresentada é o valor de R\$ 1 milhão indicado para a realização do estudo de viabilidade da expansão da rede de distribuição de gás natural canalizado nas áreas cobertas pelo programa “Estado Presente” do Governo do Estado. Tal desembolso ocorrerá em 2013 e incorporará os gastos do projeto.

Tabela 23 – Serviços Contratados

Serviços Contratados - (R\$)				
Serviços Contratados - SC	Contratual proposto BR 2012	RT 2012	Contratual Realizado 2012	%Δ Cont. Real/RT 2012
Serviços Contratados - SC	10.886.363,88	R\$ 10.886.363,88	R\$ 9.783.534,31	-10,13
TR - 15% a.a.	1.632.954,58	R\$ 1.632.954,58	R\$ 1.467.530,15	-10,13
Total de Serviços Contratados - SC	12.519.318,46	R\$ 12.519.318,46	R\$ 11.251.064,46	-10,13

4.5.4. Material

Comentários da Concessionária:

Neste item são apresentados os gastos com materiais ocorridos ao longo de 2012, comparando-os com o valor homologado na ocasião da revisão tarifária.

Tabela 24 - Materiais

Materiais- (R\$)				
Materiais - M	Contratual proposto BR 2012	RT 2012	Contratual Realizado 2012	%Δ Cont. Real/RT 2012
Materiais - M	588.034,53	R\$ 588.034,53	R\$ 564.923,05	-3,93
TR - 15% a.a.	88.205,18	R\$ 88.205,18	R\$ 84.738,46	-3,93
Total de Materiais - M	676.239,71	R\$ 676.239,71	R\$ 649.661,51	-3,93

Comentários da ASPE:

A parcela referente ao odorante, calculada junto com Materiais equivale a R\$ 152.264,05.

4.5.5. Comercialização e Publicidade

Comentários da Concessionária:

Neste item são apresentados os gastos com Comercialização e Publicidade ocorridos ao longo de 2012, comparando-os com o valor homologado na ocasião da revisão tarifária.

Tabela 25 – Comercialização e Publicidade

Comercialização e Publicidade (R\$)				
Comercialização e Publicidade - CP	Contratual proposto BR 2012	RT 2012	Contratual Realizado 2012	%Δ Cont. Real/RT 2012
Comercialização e Publicidade - CP	1.009.824,40	R\$ 1.009.824,40	R\$ 382.293,45	-62,14
TR - 15% a.a.	45.126,00	R\$ 45.126,00	R\$ 45.463,31	0,75
Total de Comercialização e Publicidade	1.054.950,40	R\$ 1.054.950,40	R\$ 427.756,76	-59,45

- Publicidade:

Os gastos com publicidade representam o montante de R\$ 303.088,72, demonstrados abaixo:

Tabela 26 - Publicidade

Publicidade (R\$)				
Publicidade	Contratual proposto BR 2012	RT 2012	Contratual Realizado 2012	% Δ Cont. Real/RT 2012
Publicidade	300.840,00	R\$ 300.840,00	R\$ 303.088,72	0,75
TR - 15% a.a.	45.126,00	R\$ 45.126,00	R\$ 45.463,31	0,75
Custo de Publicidade	345.966,00	R\$ 345.966,00	R\$ 348.552,03	0,75

Os gastos com Publicidade compreenderam inúmeras ações da Concessionária, dentre elas a criação e instalação dos adesivos nos CRM's, a divulgação dos produtos no mercado de Linhares e Vila Velha, além de gastos com captações de usuários, os quais são demonstrados na tabela abaixo:

Tabela 27 – Ações de Publicidade

Ações de Publicidade (R\$)		
Publicidade	RT 2012	Realizado 2012
Criação e adesivação de CRM's	R\$ 11.000,00	R\$ 28.948,00
Divulgação do produto nos mercados de Linhares, Vila Velha e Serra	R\$ 21.400,00	R\$ 26.642,72
Captação	R\$ 268.440,00	R\$ 156.613,47
Fórum Capixaba de Energia	R\$ -	R\$ 35.000,00
Montagem do Posto de Atendimento Avançado	R\$ -	R\$ 33.000,00
Outros	R\$ -	R\$ 22.884,53
Total		R\$ 303.088,72

Comentários da ASPE:

A Aspe não reconhece o valor de R\$ 35.000,00 apresentados pela Concessionária na conta de publicidade como patrocínio do Fórum Capixaba de Energia PR não existir previsão no contrato de concessão para ser considerado como custo. Dessa forma o valor recomendado pela Agência é de: **R\$ 268.088,72.**

Tabela 28 – Ações de Publicidade – Correção Aspe

Ações de Publicidade (R\$) - Correção Aspe		
Publicidade	RT 2012	Realizado 2012
Criação e adesivação de CRM's	R\$ 11.000,00	R\$ 28.948,00
Divulgação do produto nos mercados de Linhares, Vila Velha e Serra	R\$ 21.400,00	R\$ 26.642,72
Captação	R\$ 268.440,00	R\$ 156.613,47
Montagem do Posto de Atendimento Avançado	R\$ -	R\$ 33.000,00
Outros	R\$ -	R\$ 22.884,53
Total		R\$ 268.088,72

Tabela 29 – Publicidade – Correção Aspe

Publicidade (R\$) - Correção Aspe				
Publicidade	Contratual proposto BR 2012	RT 2012	Contratual Realizado 2012	%Δ Cont. Real/RT 2012
Publicidade	300.840,00	R\$ 300.840,00	R\$ 268.088,72	-10,89
TR - 15% a.a.	45.126,00	R\$ 45.126,00	R\$ 40.213,31	-10,89
Custo de Publicidade	345.966,00	R\$ 345.966,00	R\$ 308.302,03	-10,89

Tabela 30 – Comercialização e Publicidade – Correção Aspe

Comercialização e Publicidade (R\$) - Correção Aspe				
Comercialização e Publicidade - CP	Contratual proposto BR 2012	RT 2012	Contratual Realizado 2012	%Δ Cont. Real/RT 2012
Comercialização e Publicidade - CP	1.009.824,40	R\$ 1.009.824,40	R\$ 347.293,45	-65,61
TR - 15% a.a.	45.126,00	R\$ 45.126,00	R\$ 40.213,31	-10,89
Total de Comercialização e Publicidade	1.054.950,40	R\$ 1.054.950,40	R\$ 387.506,76	-63,27

Já a captação no ano de 2012 e seu custo médio são apresentados a seguir. A variação na quantidade captada no segmento residencial se deve a postergação dos Projetos de Vila Velha e Serra para 2013.

Tabela 31- Captações 2012

Captações 2012	Contratual proposto BR 2012	RT 2012	Contratual Realizado 2012	%Δ Cont. Real/RT 2012
Residencial	4780	4780	2773	-42
Comercial	84	84	65	-23
Climatização	0	0	1	0
Industrial	13	13	8	-38
Veicular	3	3	0	0
Total (UC)	4880	4880	2847	-42
Custo médio (R\$)	R\$ 55,01	R\$ 55,01	R\$ 55,01	0
Custo Total (R\$)	R\$ 268.448,80	R\$ 268.448,80	R\$ 156.613,47	-42

- Comercialização

No que tange a comercialização, durante o ano de 2012, houve um total de 769 conversões ativadas e considerou-se uma amortização de 10 anos, a partir de sua realização. A variação ocorrida na previsão dos gastos com “conversão” também se refere à postergação da execução das obras dos projetos Vila Velha e Serra para 2013.

Tabela 32 - Amortização

Amortização	Contratual proposto BR 2012	RT 2012	Contratual Realizado 2012	%Δ Cont. Real/RT 2012
Base para Amortização	7.089.844,00	R\$ 7.089.844,00	R\$ 792.047,26	-88,83
Amortização	708.984,40	R\$ 708.984,40	R\$ 79.204,73	-88,83

4.5.6. Despesas Tributárias

Comentários da Concessionária:

Neste item são apresentados os gastos com Despesas Tributárias, ocorridos ao longo de 2012, comparando-o com o valor homologado na ocasião da revisão tarifária.

Tabela 33 – Despesas Tributárias

Despesas Tributárias (R\$)				
	Contratual proposto BR 2012	RT 2012	Contratual Realizado 2012	%Δ Cont. Real/RT 2012
Despesas Tributárias - DT				
Despesas Tributárias - DT	R\$ 3.343.681,00	R\$ 3.343.681,00	R\$ 3.307.706,00	-1,08

4.5.7. Impostos Associados a Resultados

Comentários da Concessionária:

Neste item são apresentados os gastos com Impostos Associados a Resultados (IAR), ocorridos ao longo de 2012, comparando-o com o valor homologado na ocasião da revisão tarifária.

Tabela 34 – Impostos Associados a Resultados

Impostos Associados a Resultados (R\$)				
Impostos Associados a Resultados - IAR	Contratual proposto BR 2012	RT 2012	Contratual Realizado 2012	%Δ Cont. Real/RT 2012
IAR	R\$ 34.186.959,00	R\$ 34.186.959,00	R\$ 31.590.490,00	-7,59

Como critério definido na RT 2011, foi utilizado como provisão para IAR o valor realizado no ano de 2011. O valor em 2012 foi calculado conforme a legislação vigente.

Comentários da ASPE:

Tabela 35 – Impostos Associados a Resultados – Correção Aspe

Impostos Associados a Resultados (R\$) – Correção Aspe				
Impostos Associados a Resultados - IAR	Contratual proposto BR 2012	RT 2012	Contratual Realizado 2012	%Δ Cont. Real/RT 2012
IAR	R\$ 34.186.959,00	R\$ 34.186.959,00	0,00	- 100

A Aspe não reconhece o valor realizado para os impostos associados a resultados em 2012, conforme determinação do Parecer PGE/NCA 00453/2013 em anexo.

4.5.8. Diferença com Perdas

Comentários da Concessionária:

Neste item é apresentado que não houve gastos relativos à Diferença com Perdas em 2012.

Tabela 36 – Diferença com Perdas

Diferenças com Perdas (R\$)				
Diferenças com Perdas - DP	Contratual proposto BR 2012	RT 2012	Contratual Realizado 2012	%Δ Cont. Real/RT 2012
Diferenças com Perdas - DP	R\$ 1.051.125,82	R\$ 1.051.125,82	-	-100

4.5.9. Custo Financeiro

Comentários da Concessionária:

Neste item são apresentados os gastos relativos a Custos Financeiros ocorridos ao longo de 2012, comparando-o com o valor homologado na ocasião da revisão tarifária.

Tabela 37 – Custo Financeiro

Custo Financeiro (R\$)						
Custo Financeiro - CF	Contratual proposto BR 2012		RT 2012		Contratual Realizado 2012	%Δ Cont. Real/RT 2012
Custo Financeiro - CF	R\$	4.820.150,30	R\$	4.820.150,30	R\$ 5.217.674,00	8,25

O custo financeiro foi calculado conforme o critério definido na Nota Técnica DT GGN nº 006/2011. A variação se deve a redução da oferta do produto de “curto prazo”, o que aumentou o custo médio e conseqüentemente os encargos financeiros.

4.6. Margem de Distribuição 2012

A tabela abaixo demonstra a diferença entre a margem autorizada pela Aspe na Revisão Tarifária de 2012 (R\$ 0,10955) e a margem realizada pela Concessionária naquele ano considerando o volume realizado sem térmica.

Cabe ressaltar que a Agência considerou para a consolidação da margem o valor de R\$4.955.478,00 utilizado para a manutenção da margem em R\$ 0,10474, conforme definido na NT DT/GGN nº 20/2012.

Também havia sido definida a aplicação do valor de R\$4.117.585,77 em até 90 dias após a conclusão da revisão tarifária para a redução da margem de R\$ 0,10474 para R\$ 0,10074. No entanto, através das cartas GMGC 058/2012, 060/2012 e 003/2013 a Concessionária demonstrou impactos advindos da queda de vendas no segmento industrial que gerava a realização de uma margem inferior a aprovada. Diante disso, foi entendimento da Aspe adiar a aplicação do referido desconto para a Revisão Tarifária 2013.

Tabela 38 – Margem – Valores Aspe

VALORES ASPE - 2012		MARGEM (R\$/m ³)	
		AUTORIZADA	REALIZADA
VOLUME (m ³)		1.030.244.932,81	1.086.329.352,59
CUSTO DE CAPITAL		R\$ 0,02913	R\$ 0,02849
CUSTO OPERACIONAL		R\$ 0,06981	R\$ 0,03333
PESSOAL		R\$ 0,01178	R\$ 0,01230
DIRETO		R\$ 0,00719	R\$ 0,00726
INDIRETO		R\$ 0,00459	R\$ 0,00503
DESPESAS GERAIS		R\$ 0,00206	R\$ 0,00187
SERVIÇOS CONTRATADOS		R\$ 0,01215	R\$ 0,01036
MATERIAL		R\$ 0,00066	R\$ 0,00060
COMERC. E PUBLIC.		R\$ 0,00102	R\$ 0,00036
DESPESAS TRIBUTÁRIAS		R\$ 0,00325	R\$ 0,00304
IMPOSTOS ASSOC. RESULT.		R\$ 0,03318	R\$ 0,00000
DIFERENÇA COM PERDAS		R\$ 0,00102	R\$ 0,00000
CUSTO FINANCEIRO		R\$ 0,00468	R\$ 0,00480
DEPRECIACÃO		R\$ 0,01323	R\$ 0,01249
AJUSTES		-R\$ 0,00743	-R\$ 0,00456
MARGEM BRUTA DE DISTRIBUIÇÃO		R\$ 0,10474	R\$ 0,06974

4.7. Conclusões sobre 2012

Com base nas análises realizadas acima, a Aspe apresenta as seguintes conclusões:

- A margem bruta de distribuição autorizada na Revisão Tarifária de 2012 adotada pela Concessionária foi de R\$ 0,10474, considerando a aplicação de parcela dos recursos de superávit para a sua manutenção (R\$4.955.478,00). Porém, a Agência calcula que o valor realizado, conforme o fechamento contábil daquele ano, foi de **R\$ 0,06974/m³**, considerando 100% do volume comercializado (1.086.329.352,59 m³) e a exclusão dos Impostos Associados a Resultados (IRPJ e CSLL);
- Os volumes apurados pela Concessionária nas operações de leilão geraram um saldo de **R\$ 23.107.287,07/m³** já corrigido pelo IGP-DI até novembro de 2013.
- O superávit acumulado até dezembro de 2012 é de **R\$ 97.412.805,33**. Desse valor, **R\$ 22.661.290,79** serão destinados ao Centro de Modernização, **R\$ 4.665.490,42** para a modicidade tarifária conforme Nota Técnica DT/GGN – 20/2012 e **R\$ 33.106.833,52** referente aos Impostos Associados a Resultados de 2012 serão provisionados. Dessa forma, restando **R\$ 39.685.463,31** de superávit não alocado.

5. Análise do Pleito sobre 2013

Neste tópico, será feita uma análise da projeção de investimentos e custos pretendidos que deverão ser reconhecidos para o período 2013 e 2014.

5.1. Valores Projetados para 2013

Na tabela a seguir encontram-se os valores projetados pela Concessionária para o ano de 2013, inclusive com a remuneração das devidas contas, bem como a variação proposta da Aspe em cada conta.

Tabela 39 – 2013 – Pleito Concessionária

2013	Pleito Concessionária	Correção Aspe
REMUNERAÇÃO	43.423.843,16	43.417.843,16
CAPEX	39.387.928,25	39.387.928,25
OPEX	4.035.914,91	4.029.914,91
RECUPERAÇÃO DOS CUSTOS	46.026.396,19	34.325.283,58
Despesa de Pessoal	13.008.504,27	13.008.504,27
Despesas Gerais	2.027.729,32	2.027.729,32
Serviços Contratados	10.986.939,85	10.986.939,85
Material	581.704,97	581.704,97
Comercialização e Publicidade	443.425,73	443.425,73
Despesas Tributárias	3.484.488,94	3.484.488,94
Impostos Associados a Resultados	11.425.082,14	0,00
Diferença Perda de Gás	0,00	0,00
Custo Financeiro	4.068.520,96	3.792.490,49
DEPRECIÇÃO	16.491.086,76	16.491.086,76
AJUSTE	0,00	-4.665.490,42
LUCRO BRUTO	105.941.326,11	89.568.723,08
VOLUME	962.423.585,00	897.127.562,78
MARGEM BRUTA	0,11008	0,09984

A tabela a seguir traz o detalhamento das contas explicitando as respectivas remunerações, quando houver.

Tabela 40 – Detalhamento de Valores – 2013

DETALHAMENTO VALORES - 2013		RECOMENDAÇÃO ASPE
VOLUME (m³)		897.127.562,78
CUSTO DE CAPITAL (Remuneração = 15%a.a.)		R\$ 39.387.928,25
	Investim. acumul. e a realizar em 2013	R\$ 294.909.712,23
	Base para Custo de Capital	R\$ 262.586.188,31
CUSTO OPERACIONAL		R\$ 38.355.198,49
PESSOAL		R\$ 14.959.779,91
	Pessoal Direto	R\$ 8.252.630,84
	Pessoal Indireto	R\$ 4.755.873,43
	Remuneração = 15%a.a.	R\$ 1.951.275,64
DESPESAS GERAIS		R\$ 2.331.888,72
	Despesas Gerais	R\$ 2.027.729,32
	Remuneração = 15%a.a.	R\$ 304.159,40
SERVIÇOS CONTRATADOS		R\$ 12.634.980,83
	Serviços Contratados	R\$ 10.986.939,85
	Remuneração = 15%a.a.	R\$ 1.648.040,98
MATERIAL		R\$ 668.960,72
	Material	R\$ 581.704,97
	Remuneração = 15%a.a.	R\$ 87.255,75
COMERCIALIZAÇÃO E PUBLICIDADE		R\$ 482.608,88
	Comercialização e Publicidade	R\$ 443.425,73
	Remuneração = 15%a.a. desc. Amortiz.	R\$ 39.183,15
DESPESAS TRIBUTÁRIAS		R\$ 3.484.488,94
IMPOSTOS ASSOCIADOS A RESULTADOS		R\$ 0,00
DIFERENÇA COM PERDAS		R\$ 0,00
CUSTO FINANCEIRO		R\$ 3.792.490,49
DEPRECIÇÃO (Alíquota = 5%a.a.)		R\$ 16.491.086,76
	Base para Depreciação	R\$ 329.821.735,20
AJUSTES		-R\$ 4.665.490,42
	Aplicação do superávit	-R\$ 4.665.490,42
VALOR TOTAL		R\$ 89.568.723,08

5.2. Volume

Comentários da Concessionária:

A concessionária estima a comercialização de 1,203 bilhões de m³ de gás natural, conforme detalhado por segmento na tabela abaixo:

Tabela 41 – Projeção de Vendas 2013

Projeção de Vendas - 2013	
Volumes mil m ³ / ano	2013
Industrial	776.150
Veicular	32.183
Residencial	2.395
Comercial	2.141
Climatização	1.830
Matéria-prima	842
Cogeração	14.763
Térmica	372.726
Total	1.203.029
V - 80% da projeção de vendas	962.424

Comentários da ASPE:

Na tabela de volumes a seguir estão dispostos os valores propostos pela Concessionária – considerando 80% para o ano todo (962.424.000 m³) – e pela Agência – considerando 100% do volume comercializado até novembro (693.575.493,88 m³) e 80% da previsão de dezembro (109.382.004,90 m³), excluídos os volumes do segmento térmico, conforme Resolução ASPE 01/2013.

Também foi considerado o volume equivalente de óleo combustível fornecido até novembro de 2013 (94.170.064 m³) em virtude da interrupção de fornecimento de gás na modalidade flexível, totalizando 897.127.562,78 m³.

Tabela 42 – Volume – Correção Aspe:

VOLUME	
VALOR PROPOSTO (m ³)	
CONCESSIONÁRIA	ASPE
962.424.000	897.127.562,78
80% jan-dez	100% jan-nov e 80% dez + equivalente em óleo combustível

5.3. Investimentos

Comentários da Concessionária:

Em relação à projeção de investimentos para o Exercício de 2013, a Concessionária informa que realizará ao longo do ano de 2013 total de **R\$ 39,80 milhões** em investimentos na expansão do serviço de distribuição de gás natural. Os investimentos foram reprogramados devido ao maior prazo necessário para

realização das licitações para ligação de clientes em Vila Velha e Serra. Os investimentos estão descritos a seguir:

Tabela 43 – Projeção de Investimentos

Projeção de Investimentos	
INVESTIMENTOS (R\$MM)	
Expansão do segmento residencial e comercial	15,43
Interiorização da rede de distribuição de gás natural	16,66
Desenvolvimento do segmento industrial e grandes consumidores no ES	7,71
TOTAL	39,80

Os investimentos previstos para a Expansão do Segmento Residencial e Comercial (Serra, Vila Velha e Vitória) em 2013 serão de R\$ 15,43 milhões, estes referentes ao início da realização das obras de construção de rede e interligação de ramais, conforme descrito na tabela a seguir:

Tabela 44 – Composição de Investimentos

Composição dos Investimentos						
Municípios	2013					
	Financeiro (R\$ Milhões)			Físico		
	Rede	Ramal	Conversão	Rede (Km)	Ramal (unid.)	Conversão (unid.)
Vila Velha	5,35	-	-	5,8	-	-
Serra	8,00	0,05	0,22	19,0	8	1.461
Vitória	0,30	1,10	0,41	1,1	127	1.969
Total	13,65	1,15	0,63	25,9	135	3.430

Os investimentos previstos para interiorização da rede de distribuição de gás natural (São Mateus / Colatina / Sooretama) em 2013 serão de R\$ 16,38 milhões referentes à continuidade das obras iniciadas em 2012, conforme descrito na tabela a seguir:

Tabela 45 – Investimentos em Interiorização do GN

Investimentos em Interiorização do GN				
Municípios	Financeiro (R\$ Milhões)		Físico	
	Rede	Ramal	Rede (Km)	Ramal (unid.)
São Mateus	9,72	-	17,9	-
Colatina	3,40	-	8,5	-
Sooretama	3,25	0,28	4,1	1
Total	16,38	0,28	30,5	1

Os investimentos para desenvolvimento do segmento industrial e grandes consumidores serão de R\$ 7,71 milhões, conforme descrito na tabela a seguir:

Tabela 46 – Segmento Industrial e Grandes Consumidores

Segmento Industrial e Grandes Consumidores		
Distribuição do Projeto	Financeiro (R\$ milhões)	Físico (Km)
AF3 AMT/Usina 8 Vale	0,77	-
Biancogrês	0,37	0,07
Pólo Industrial Civit (Serra)	2,98	4,50
Outros ramais e investimentos em infraestrutura do sistema de distribuição	3,59	-
Total	7,71	4,57

5.5. Custo de Capital e depreciação

Comentários da Concessionária:

Conforme disposto na NT DT GGN nº06/2011, o valor apurado pela Aspe em 2010 e indicado como superávit será aplicado na concessão, podendo ser destinado à modicidade tarifária, bem como à universalização do serviço – ampliação/interiorização da malha do gasoduto.

Assim sendo, como já determinado na NT DT GGN nº20/2012, foram destinados a essa finalidade pela Aspe os investimentos relativos aos projetos de Sooretama, São Mateus e Colatina no ano de 2012.

Dessa forma, os investimentos realizados em 2012 relativos a esses projetos compensarão o referido superávit apurado, sendo sua remuneração e respectiva depreciação deduzidas do cálculo de composição da margem de distribuição, conforme demonstrado nas tabelas a seguir:

Tabela 47 – Custo de Capital

Custo de Capital (R\$)		
Custo de Capital (R\$)	Itens	Projeção 2013
Investimentos realizados e a realizar no ano	INV - parcela de depreciação recuperada na tarifa	294.909.712,23
Deduções:		
(-) Depreciação (valor histórico)	INV x 0,05	16.491.086,76
(-) Amortização (gastos com Conversão)	Gastos com conversão x 0,10	142.204,73
(-) Compensação de Investimentos	NT DT/GGN 20/2012	15.690.232,43
Base para Custo de Capital (a-b-c-d)	INV - deduções	262.586.188,31
Custo de Capital	INV x TRS 15%	39.387.928,25

A depreciação apresentada no item de “Deduções” na tabela acima foi calculada na forma do contrato de concessão considerando o valor histórico corrigido pelo IGP-DI e

na tabela abaixo forma feitas as deduções necessárias relativas a compensação dos investimentos.

Tabela 48 – Depreciação

Depreciação (R\$)		
	Itens	Projeção 2013
Depreciação (R\$)		
Investimentos realizados e a realizar no ano	INV sem dedução da depreciação	346.892.971,42
Deduções:		
(-) INV relativo à compensação de investimentos	NT DT/GGN 20/2012	-17.071.236,31
Base para Depreciação	INV - (deduções)	329.821.735,11
Depreciação (R\$)	INV x 0,05	16.491.086,76

Cabe ressaltar que aos valores de base de custo de capital e depreciação foram acrescidas as parcelas referentes à incorporação do gasoduto GASVIT aos ativos da Concessionária, conforme determinado no Parecer PGE/NCA 00453/2013 em anexo.

5.4. Custo Operacional

Comentários da Concessionária:

Nos itens a seguir serão demonstradas as projeções dos custos operacionais segregados em suas respectivas rubricas.

5.4.1. Despesa de Pessoal

Comentários da Concessionária:

Tabela 49 – Despesa de Pessoal

Despesa de Pessoal - (R\$)	
Despesa de pessoal - P	Projeção 2013
Despesa de pessoal - P	13.008.504,27
TR - 15% a.a.	1.951.275,64
Total Despesa de Pessoal - P	14.959.779,91

Uma parcela da despesa de pessoal contempla a projeção para a despesa indireta, a qual compreendeu o valor realizado em 2012 como projeção para 2013, conforme acordado na NT DT GGN n°006/2011, que tem como montante o valor de R\$ 4.755.873,43. O restante compreende a projeção dos gastos com os empregados existentes e lotados no Espírito Santo.

5.4.2. Despesas Gerais

Comentários da Concessionária:

A projeção de gastos com despesas gerais, na forma do item 6.1.2 do Anexo III do Contrato de Concessão, segue abaixo:

Tabela 50 – Despesas Gerais

Despesas Gerais - (R\$)	
Despesas Gerais - DG	Projeção 2013
Despesas Gerais - DG	2.027.729,32
TR - 15% a.a.	304.159,40
Total das despesas gerais	2.331.888,72

5.4.3. Serviços Contratados

Comentários da Concessionária:

A projeção dos gastos com serviços contratados, na forma do item 6.1.2 do Anexo III do Contrato de Concessão, segue abaixo:

Tabela 51 – Serviços Contratados

Serviços Contratados - (R\$)	
Serviços Contratados - SC	Projeção 2013
Serviços Contratados - SC	10.986.939,85
TR - 15% a.a.	1.648.040,98
Total dos Serviços Contratados	12.634.980,83

5.4.4. Material

Comentários da Concessionária:

A projeção de gastos com materiais, na forma do item 6.1.2 do Anexo III do Contrato de Concessão, está distribuídos conforme descrito nas tabelas abaixo:

Tabela 52 - Materiais

Materiais (R\$)	
Materiais - M	Projeção 2013
Materiais - M	581.704,97
TR - 15% a.a.	87.255,75
Total de Materiais - M	668.960,72

Tabela 53 – Composição dos Materiais

Composição dos Materiais (R\$)	
Itens de Materiais	Projeção 2013

Materiais de manutenção da rede e equipamentos	290.989,81
Odorante	245.273,62
Materiais de escritório e limpeza	45.441,54
Total	581.704,97

5.4.5. Comercialização e Publicidade

Comentários da Concessionária:

Tabela 54 – Publicidade e Comercialização

Publicidade e Comercialização (R\$)	
Publicidade e Comercialização -CP	Projeção 2013
Publicidade e Comercialização -CP	443.425,73
TR - 15% a.a.	45.183,15
Total de Publicidade e Comercialização - CP	488.608,88

5.4.5.1. Publicidade

O valor previsto de R\$ 301 mil refere-se aos gastos com publicidade e propaganda em ações e eventos para difusão do gás natural nos diversos segmentos atendidos e nas localidades abrangidas nos novos projetos.

Tabela 55 – Gastos com Publicidade

Gastos com Publicidade (R\$)	
Publicidade	Projeção 2013
Publicidade	301.221,00
TR - 15% a.a.	45.183,15
Total de Publicidade	346.404,15

Abaixo tabela contendo a descrição das ações de publicidade e captação com os respectivos valores. O detalhamento das captações é apresentado na pág. 33.

Tabela 56 – Ações de Publicidade

Ações de Publicidade (R\$)	
	Projeção 2013
Patrocínio - VI Fórum Capixaba de Energia	40.000,00
Rec. Informativos e propaganda	100.000,00
Comercialização - Captação de novos consumidores	161.221,00
Total	301.221,00

5.4.5.2. Comercialização

Tabela 57 – Amortização

Amortização (R\$)	
Amortização (Conversão)	Projeção 2013
Base para Amortização	1.422.047,30
Total Amortização	142.204,73

Captação e Conversão de clientes:

A concessionária estima que as captações e conversões dos novos usuários no mercado do Espírito Santo para o ano de 2013 sejam de 5.351 e 3.441, respectivamente, conforme detalhado por segmento na tabela abaixo:

Tabela 58 – Projeção de Captação e Conversão de Clientes

Projeção de Captação e Conversão de Clientes		
Segmentos	2013	
	Captação	Conversão
Residencial UC	5.261	3.372
Comercial	71	58
Industrial	18	10
Veicular	1	1
Total	5.351	3.441

Comentários da Aspe:

A Aspe não reconhece o gasto com patrocínio do VI Fórum Capixaba de Energia por não ter respaldo no Contrato de concessão. Segue proposta da Aspe:

Tabela 59 – Ações de Publicidade – Correção Aspe

Ações de Publicidade (R\$) - Correção Aspe	
	Projeção 2013
Rec. Informativos e propaganda	100.000,00
Comercialização - Captação de novos consumidores	161.221,00
Total	261.221,00

Tabela 60 – Gastos com Publicidade – Correção Aspe:

Gastos com Publicidade (R\$) - Correção Aspe	
Publicidade	Projeção 2013
Publicidade	261.221,00
TR - 15% a.a.	39.183,15
Total de Publicidade	300.404,15

Tabela 61 – Gastos com Publicidade e comercialização – Correção Aspe:

Publicidade e Comercialização (R\$) - Correção Aspe	
Publicidade e Comercialização -CP	Projeção 2013
Publicidade	300.404,15
Comercialização	142.204,73
Total de Publicidade e Comercialização - CP	442.608,88

5.4.6. Despesas Tributárias

Comentários da Concessionária:

A projeção de gastos com as despesas tributárias, na forma do item 6.1.5 do Anexo III do Contrato de Concessão, contempla principalmente a taxa de regulação prevista para recolhimento junto a ASPE.

Tabela 62 – Despesas Tributárias

Despesas Tributárias (R\$)	
Despesas Tributárias - DT	Projeção 2013
Total de despesas tributárias - DT	3.484.488,94

5.4.7. Impostos Associados a Resultados

Comentários da Concessionária:

Por meio da Carta GNE/GMGN 008/2013, a Concessionária apresentou a projeção de um novo valor para o IAR do ano de 2013, R\$ 11.425.082,14, utilizando o critério

estabelecido no Contrato de Concessão e não mais pelo regime de tributação do lucro real.

Tabela 63 – Impostos Associados a Resultados

Impostos Associados a Resultados (R\$)	
IAR	Projeção 2013
Total de impostos associados a resultados - IAR	11.425.082,14

Comentários da Aspe:

A Aspe, concordando com os termos do Parecer PGE/NCA 00453/2013, não reconhece o valor do IAR pleiteado pela Concessionária, assim:

Tabela 64 – Impostos Associados a Resultados – Correção Aspe:

Impostos Associados a Resultados (R\$) – Correção Aspe	
IAR	Projeção 2013
Total de impostos associados a resultados - IAR	0,00

5.4.8. Diferença com Perdas

Comentários da Concessionária:

Tabela 65 – Diferença de Perdas

Diferença de Perdas (R\$)	
Diferença de Perdas - DP	Projeção 2013
Total da diferença de perdas - DP	-

5.4.9. Custo Financeiro

Comentários da Concessionária:

A projeção de gastos com Custo Financeiro, na forma do item 6.1.8 do Anexo III do Contrato de Concessão, compreende o valor resultante da diferença entre as condições de pagamento do gás à Petrobras e as condições do recebimento dos consumidores. Conforme NT DT GGN nº 006/2011, foi definido que esse gasto compreenderia os encargos incorridos na compra do gás natural, e as tabelas de tarifas seriam publicadas com valores “a vista” e prazo uniforme de 10 dias para todos os consumidores.

Tabela 66 – Custo Financeiro:

Composição do Custo Financeiro (R\$)	
Itens do Custo Financeiro - CF	Projeção 2013
Projeção de vendas - m ³ *	962.423.585,00
Custo Financeiro Projetado	4.068.520,96

Comentários da Aspe:

Considerando a projeção do volume atualizado (100% do volume de janeiro a novembro e 80% da projeção de dezembro), o valor do custo financeiro corrigido está disposto na tabela abaixo:

Tabela 67 – Composição do Custo Financeiro – Correção Aspe:

Composição do Custo Financeiro (R\$) - Proposta ASPE	
Itens do Custo Financeiro - CF	Projeção 2013
Projeção de vendas - m ³ *	897.127.562,78
Custo Financeiro Projetado	3.792.490,49

5.5. Ajustes

Na conta “Ajustes” foi considerada a aplicação do valor de R\$ 4.117.585,77, para redução da margem, atualizados até novembro de 2013 (R\$ 4.665.490,42), cuja aplicação na redução direta da margem havia sido prevista na Revisão Tarifária de 2012.

5.6. Margem de Distribuição 2013

A margem bruta de distribuição recomendada pela Aspe para o ano de 2013 e mantida para 2014 é apresentada na tabela abaixo, onde ao final é somado o preço de aquisição do gás da supridora, tendo assim a tarifa média recomendada.

Tabela 68 – Margem média de distribuição/2013:

VALORES ASPE - 2013		MARGEM (R\$/m³)
VOLUME (m³)		897.127.562,78
CUSTO DE CAPITAL		R\$ 0,04390
CUSTO OPERACIONAL		R\$ 0,04275
	PESSOAL	R\$ 0,01668
	DIRETO	R\$ 0,01058
	INDIRETO	R\$ 0,00610
	DESPESES GERAIS	R\$ 0,00260
	SERVIÇOS CONTRATADOS	R\$ 0,01408
	MATERIAL	R\$ 0,00075
	COMERC. E PUBLIC.	R\$ 0,00054
	DESPESES TRIBUTÁRIAS	R\$ 0,00388
	IMPOSTOS ASSOC. RESULT.	R\$ -
	DIFERENÇA COM PERDAS	R\$ -
	CUSTO FINANCEIRO	R\$ 0,00423
	DEPRECIÇÃO	R\$ 0,01838
	AJUSTES	R\$ (0,00520)
MARGEM BRUTA DE DISTRIBUIÇÃO		R\$ 0,09984
PREÇO DE AQUISIÇÃO EX IMPOSTOS		R\$ 0,70470
TARIFA MÉDIA		R\$ 0,80454

5.7. Conclusões sobre 2013

- Concordar com o Parecer PGE/NCA 00453/2013 em anexo, que inclui itens relacionados ao reajuste das tarifas pelo IGP-DI, exclusão do volume do segmento térmico e impostos associados a resultados para fins de cálculo da margem bruta de distribuição e incorporação do GASVIT na base de ativos da Concessionária.
- A Concessionária pleiteou a adoção da margem bruta de R\$ 0,11008/m³, considerando 80% do volume projetado, incluído o volume térmico. Pelo fato da Agência utilizar para cálculo da margem a metodologia aprovada pela PGE, em que se considera 100% do volume realizado de janeiro a novembro e 80% do projetado para dezembro e excluindo os volumes do segmento térmico tem-se a margem de **R\$ 0,10504/m³**;
- Para a formação da margem média de distribuição foi considerada a aplicação dos valores de R\$ 4.117.585,77 (R\$ 4.665.490,42 atualizado até novembro de 2013) conforme definido na Revisão Tarifária de 2012 (Resolução ASPE 002/2012) levando a margem a **R\$ 0,09984/m³**;

- Cabe ressaltar que os valores destinados à redução da margem média de distribuição deverão ser aplicados na conta de Custos Operacionais com o intuito de permitir a sua comprovação por meio do Balanço Patrimonial da Concessionária. Dessa forma a Concessionária deverá apresentar de forma detalhada a aplicação dos recursos nos respectivos elementos que compõem o Custo Operacional, atentando para a dedução de sua remuneração;
- Com a nova margem de distribuição, a tarifa média fica praticamente inalterada apresentando redução de **0,61%** com relação ao exercício anterior;
- A Agência entende que deve ser apresentado pela Concessionária um programa de incentivo à expansão e diversificação do mercado com intuito de fortalecer a frente às variações de consumo dos grandes consumidores, incluindo neste incentivo a intensificação de ações educativas aos usuários com a finalidade de conhecer melhor este insumo energético assim como sua importância para a sustentabilidade, no prazo de 90 dias;
- Tendo em vista a apuração de superávit financeiro acumulado não alocado, corrigido pelo IGP-DI até novembro de 2013, e, considerando o mesmo critério de partilha dos resultados aprovado na Revisão Tarifária de 2012, é sugerida a seguinte aplicação dos recursos:

Superávit não alocado		R\$ 39.685.463,31
	Modicidade Tarifária	R\$ 13.228.487,77
	Universalização da Rede	R\$ 13.228.487,77
	Modernização do Sistema	R\$ 13.228.487,77

- Por fim, informamos que a estrutura da tabela tarifária, em elaboração, sofrerá modificações com objetivo de minimizar os impactos da oscilação do consumo do segmento industrial sobre os demais segmentos, cuja entrada em vigor está prevista a partir de 01/01/2014.

Vitória, 16 de dezembro de 2013.

TATIANA PIRES
Gerente de Gás Natural

DENISE RECHENCHOSKI
Especialista em Regulação e Fiscalização -
Engenharia

MARCOS RENATO DE LIMA LUDOVICO

*Especialista em Regulação e Fiscalização -
Direito*

Ciente e de acordo:

AYRTON DE SOUZA PORTO FILHO

Diretor Técnico

6. Anexo – Parecer PGE



**Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado**

PGE/ES
NCA 312
FLS. Nº _____
Nº PROCESSO 62882589
R: _____

Processo Nº: 62882589

PARECER PGE/NCA Nº 00453/2013

Sr. Procurador Chefe

I.I. DA CONSULTA

Trata-se da análise de consulta aviada pela ASPE – Agência de Serviços Públicos de Energia do Estado do Espírito Santo, tendo em vista os questionamentos surgidos no processo de revisão tarifária, no bojo do Contrato de Concessão de Serviço de Distribuição de Gás Canalizado, delimitada nos termos do Relatório Instrutório de fls. 168/174, cujos pontos passo a destacar:

(i) Necessidade de observância do prazo de homologação da tarifa após reajuste. Exegese da Cláusula 5, do Anexo III do Contrato;

(ii) Aplicação do reajuste do IGP-DI entre a data do último reajuste e a data do reajuste contratual nos casos de periodicidade inferior a 12 meses. Aplicabilidade da Lei nº 9.090/1995 ao Contrato de Concessão;

(iii) Alocação dos recursos provenientes da aquisição de gás natural pela Concessionária em leilões a preços inferiores para investimento na rede de distribuição do

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo
Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES – Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-3050 – Fax: 27-3636-3056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br – Website: http://www.pge.es.gov.br
NN 2013.02.90030

62882589



**Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado**

PGE/ES
NCA 313
FLS. Nº _____
Nº PROCESSO 62882589
R: _____

gás;

(iv) Utilização na parcela "V" da fórmula tarifária do contrato de 100% do volume já realizados até o mês anterior àquele da revisão, ao invés dos 80% das previsões atualizadas de vendas para o período seguinte de um ano;

(v) Exclusão dos volumes relativos ao segmento térmico no cálculo da parcela "V" da fórmula tarifária prevista no contrato;

(vi) Remuneração dos ativos de transporte reclassificados para ativos de distribuição e incorporados ao patrimônio da concessionária, GASVIT;

(vii) Exclusão do IR e da CSLL da fórmula tarifária;

(viii) Remuneração do contrato e da interpretação acerca da parcela "TR" no Custo de Capital.

Ressalto que os pontos acima descritos foram objeto do parecer jurídico de fls. 186/306, encomendado pela Petrobrás Distribuidora S.A, constando também dos autos contribuições da ABRACE - Associação Brasileira de Grandes Consumidores Industriais de Energia e de Consumidores Livres às fls. 307/308, bem como parecer jurídico de fls., protocolizado perante essa d. PGE, que hora junto aos autos.

É o relatório. Passo a opinar.

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo
Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 - Barro Vermelho - Vitória - ES - Cep: 29057-350
Tel: 27-3636-5050 - Fax: 27-3636-5056 - e-mail: pge@pge.es.gov.br - Website: <http://www.pge.es.gov.br>
NS 2013.02.001000

62882589

9



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

PGE/ES
NCA 34
FLS. Nº _____
Nº PROCESSO 62882589
R: _____

II. FUNDAMENTAÇÃO

II.1. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO PRAZO DE HOMOLOGAÇÃO DA TARIFA. EXEGESE DA CLÁUSULA 5 DO ANEXO III DO CONTRATO

Preliminarmente, insta delimitar a equação que traduz a estrutura da tarifa média do gás natural, conforme previsão contratual que consta da Cláusula 1 do Anexo III, senão vejamos:

1. Defina-se a tarifa média de gás natural (ex-imposto de qualquer natureza "ad-valorem") a ser praticada pela CONCESSIONÁRIA do serviço de distribuição resultante das planilhas de custos acrescidos da remuneração dos investimentos.

$$TM = PV + MB$$

TM = Tarifa Média a ser cobrada pela Concessionária em CR\$/m³

PV = Preço de Venda do Gás pela PETROBRÁS em CR\$/m³

MB = Margem Bruta de distribuição da CONCESSIONÁRIA em CR\$/m³

Nota-se, de plano, que a tarifa é composta por dois elementos, quais sejam, o Preço de Venda do gás pela PETROBRÁS (PV) e a Margem Bruta (MB).

A Lei nº 8.987/95, que trata das concessões de serviço público, por sua vez, abre a possibilidade para que se preveja nos contratos de concessão mecanismos de reajuste tarifário, valendo a transcrição do seguinte dispositivo:

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo
Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 - Barro Vermelho - Vitória - ES - Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 - Fax: 27-3636-5056 - e-mail: pge@pge.es.gov.br - Website: http://www.pge.es.gov.br
NOV 2013 02 001050

62882589

4



PGE/ES
NCA

FLS. Nº 35
Nº PROCESSO 62882589
R:

Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

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.

(...)

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

Com efeito, o contrato contempla duas hipóteses distintas de revisão da tarifa, por assim dizer, uma em que a CONCESSIONÁRIA aplica o reajuste e o papel do Poder Concedente se limita à homologar a tarifa reajustada (cláusula 5 do Anexo III do Contrato), e outra, mais abrangente, de iniciativa do Poder Concedente (cláusula 6 do Anexo III do Contrato), em que são revistos todos os componentes da fórmula paramétrica, com vistas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Confira-se os termos contratuais que fixam a primeira hipótese de reajuste, conforme acima alinhavado:

5. Fica a CONCESSIONÁRIA autorizada a reajustar, nas mesmas datas em que houver modificação e/ou reajuste por Preço de Venda pela PETROBRAS (PV), a tarifa média vigente, que passará a vigorar de imediato, cabendo ao CONCEDENTE a homologação da tarifa em um prazo máximo de 07 (sete) dias contados a partir da data da sua aplicação. A tarifa média reajustada será calculada a partir da seguinte fórmula paramétrica:

$TMr = PVr + (1 + IGP) \times MBa$, onde:

TMr = Tarifa Média reajustada

PVr = Preço de Venda da Petrobrás reajustado

MBa = Margem Bruta anterior

IGP = Variação do Índice Geral de Preços – Disponibilidade Interna – Fundação Getúlio Vargas, calculado *pro rata tempore*, capitalizado dia a dia no período compreendido entre a data do último reajuste e da data do reajuste atual. Na ausência do IGP, ou indisponibilidade da informação, poderá ser extrapolado esse índice, ou utilizado outro índice de âmbito nacional que melhor represente a efetiva desvalorização da moeda.

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 - Barro Vermelho - Vitória - ES - Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 - Fax: 27-3636-5056 - e-mail: pge@pge.es.gov.br - Website: http://www.pge.es.gov.br
NN 2013.02.001030

62882589

9



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

PGE/ES
NCA 310
FLS. Nº _____
Nº PROCESSO 62882589
R: _____

5.1 - Excepcionalmente, o CONCEDENTE poderá autorizar o reajuste da Tarifa Média (TM) em datas diferentes das estabelecidas no item 5 anterior, caso a conjuntura econômica acarrete uma desvalorização da moeda que coloque em risco o equilíbrio econômico e financeiro do presente Contrato, pela deterioração da Margem Bruta (MB), (grifei)

De pronto, insta salientar que a cláusula em comento autoriza a CONCESSIONÁRIA a aplicar de imediato nova tarifa, sempre que houver alteração do preço de venda do gás pela Petrobrás - concessionária responsável pelo transporte do gás por concessão da União (art. 177, IV, CRFB/88). Note-se, ainda, que a mesma cláusula prevê a obrigação do Poder Concedente de homologar a nova tarifa, lhe franqueando o prazo de 7 (sete) dias para tanto.

A segunda hipótese de reajuste tarifário previsto no contrato encontra assento na Cláusula 6 de seu Anexo III, que prevê a possibilidade de o Poder Concedente rever periodicamente a tarifa, de modo a garantir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, valendo a transcrição de seu *caput*:

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

Considerando que as disposições do contrato devem ser interpretadas de forma sistemática, evitando-se um entendimento fragmentado da estrutura do serviço, bem como de seus mecanismos financeiros, é de se concluir que uma exegese que conferisse caráter de peremptoriedade ao prazo de 7 (sete) dias de que goza o Poder Concedente para homologar a tarifa, nos termos da Cláusula 5 supra, se tornaria inócua, na medida em que o dispositivo inserto na cláusula seguinte lhe atribui a prerrogativa de rever a

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo
Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 - Barro Vermelho - Vitória - ES - Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 - Fax: 27-3636-5056 - e-mail: pge@pge.es.gov.br - Website: http://www.pge.es.gov.br
NN 2013.02.001030

62882589

9



Govorno do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

PGE/ES
NCA 37
FLS. Nº _____
Nº PROCESSO 62882589
R: _____

tarifa periodicamente.

É que a primeira hipótese está atrelada unicamente à variação do Preço de Venda do Gás pela PETROBRÁS, ou seja, apenas um dos elementos que compõem a tarifa, considerando que a fórmula que a define é dada pela equação $TM = PV + MB$ (onde, TM é a Tarifa Média a ser cobrada pela Concessionária; PV é o Preço de Venda do Gás pela Petrobrás e MB é a Margem Bruta de distribuição da Concessionária).

Já na segunda hipótese, o Poder Concedente avalia não só o Preço do Gás (PV), mas também os componentes da Margem Bruta (MB), de sorte que não seria lógico considerar que uma vez não homologado o reajuste aplicado com base na Cláusula 5 do Anexo III ocorreria preclusão administrativa, já que ao Poder Concedente é autorizada a revisão periódica da tarifa (cláusula 6 do Anexo III).

O argumento acima explicitado se apresenta suficiente para demonstrar o equívoco hermenêutico em que incorre a Concessionária, todavia, em acréscimo, destaco que a homologação é classificado pela melhor doutrina como espécie de ato administrativo negocial, que pode ser definido como "todo aquele que contém uma declaração de vontade da Administração apta a concretizar determinado negócio jurídico ou a deferir certa faculdade ao particular, nas condições impostas ou consentidas pelo Poder Público".

Relativamente à sua imprescindibilidade para que o ato submetido à homologação da Administração Pública produza efeitos, salutares são os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles², *in verbis*:

Homologação é ato administrativo de controle pelo qual a

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 39ª Ed. 2013. São Paulo: Malheiros. p. 198.

² Idem. Ibidem. p. 200.

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES – Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 – Fax: 27-3636-5056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br – Website: http://www.pge.es.gov.br
NN 2013 02.001030

62882589

4



PGE/ES
NCA
FLS. Nº 318
Nº PROCESSO 62882589
R: J

**Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado**

autoridade superior examina a legalidade e a conveniência de ato anterior da própria Administração, de outra entidade ou de particular, para dar-lhe eficácia. O ato dependente de homologação é inoperante enquanto não a recebe.

Ademais, não há, no contrato que rege o serviço no âmbito do Estado do Espírito Santo, qualquer disposição que confira ao silêncio da Administração efeitos positivos, como o objeto do precedente jurisprudencial colacionado (fls. 238/239) pelo eminente jurista que proferiu o parecer carreado aos autos às fls. 186/306.

Em apertada síntese, o contrato efetivamente prevê a possibilidade de a CONCESSIONÁRIA repassar à tarifa alterações no preço de venda do gás, que deverá vigorar de imediato, por literal disposição contratual, devendo haver manifestação do Poder Concedente no prazo de 7 (sete) dias, uma vez que a homologação é imprescindível para que o ato produza seus efeitos.

Todavia, o não cumprimento de tal prazo pelo Poder Concedente não pode ser visto como preclusivo, frente a previsão contratual constante da Cláusula 6 do Anexo III do Contrato, bem como o caráter imprescindível do ato de controle (homologação), sendo lícita a avaliação da alteração tarifária empreendida pela CONCESSIONÁRIA pelo Poder Concedente quando do processo de revisão tarifária.

II.II. APLICAÇÃO DO REAJUSTE DO IGP-DI ENTRE A DATA DO ÚLTIMO REAJUSTE E A DATA DO REAJUSTE CONTRATUAL NOS CASOS DE PERIODICIDADE INFERIOR A 12 MESES. APLICABILIDADE DA LEI Nº 9.090/1995 AO CONTRATO DE CONCESSÃO

A querela que se apresenta diz respeito, ao fim e ao cabo, à possibilidade de aplicação da Lei nº 9.069/95 ao Contrato de Concessão de Serviço de Distribuição de Gás Canalizado firmado entre o Estado do Espírito

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo
Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 - Barro Vermelho - Vitória - ES - Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 - Fax: 27-3636-5056 - e-mail: pge@pge.es.gov.br - Website: http://www.pge.es.gov.br
NN 2013.02.001030

62882589

9



PGE/ES
NCA 319
FLS. Nº _____
Nº PROCESSO 62882589
R: _____

**Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado**

Santo e a Petrobrás Distribuidora S.A. em 16 de dezembro de 1993, logo, anteriormente ao advento da precitada lei.

A discussão, destarte, reside no direito intertemporal, sobretudo no cotejo da espécie normativa em questão e as garantias constitucionais relativas ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido.

É de compreensãoomezinha que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 resguarda o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada de ingerências legislativas posteriores, nos termos de seu art. 5º, XXXVI.

Nada obstante, insta ressaltar que a garantia constitucional inserta no art. 5º, XXXVI não visa coibir, a toda prova, a aplicação de novas leis a contratos firmados anteriormente, sendo admitida no direito pátrio a existência de determinadas normas que, por trazerem disposições de ordem pública, alcançam relações jurídicas em curso.

Esse é o entendimento sustentado pelo STJ em várias oportunidades, inclusive em recente julgado, valendo a transcrição dos seguintes arestos, *in verbis*:

DIREITO CIVIL E ECONÔMICO. CONTRATO CELEBRADO ANTES DA VIGÊNCIA DO PLANO REAL. CORREÇÃO MONETÁRIA PACTUADA. DIREITO ADQUIRIDO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. ADIMPLEMENTO IRREGULAR. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 5 E 7.

1. Inicialmente, para que se configure o prequestionamento da matéria, há que se extrair do acórdão recorrido pronunciamento sobre as teses jurídicas em torno dos dispositivos legais tidos como violados, a fim de que se possa, na instância especial, abrir discussão sobre determinada questão de direito, definindo-se, por conseguinte, a correta interpretação da legislação federal (Súmula 211/STJ).

2. O acórdão recorrido está assentado em mais de um fundamento suficiente para mantê-lo e o recorrente não cuidou de impugnar todos eles, como seria de rigor. Incidência da Súmula 283/STF.

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 - Barro Vermelho - Vitória - ES - Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 - Fax: 27-3636-5056 - e-mail: pge@pge.es.gov.br - Website: <http://www.pge.es.gov.br>
MIN 2013 (2) 00100

62882589

9



PGE/ES
NCA

FLS. Nº _____
Nº PROCESSO 62882589
R: _____

Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

3. A pretensão de confrontar dispositivo de lei, em abstrato, com alegado direito adquirido, somente encontra sede própria no âmbito do controle de constitucionalidade, cujo recurso por excelência é o extraordinário, endereçado ao Eg. STF. Precedentes.

4. É firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça em apregoar que as normas que alteram o padrão monetário e estabelecem os critérios para a conversão dos valores em face dessa alteração, por serem de ordem pública, aplicam-se de imediato aos contratos em curso de execução.

5. A alegação de que os pagamentos realizados pela ré não respeitaram o que prescrevia o contrato e o art. 15, § 2º, da Lei n. 8.880/1994 desafia, a toda evidência, reexame de provas e de cláusulas contratuais. Incidência das Súmulas 5 e 7 desta Corte.

6. Recurso especial não conhecido. (REsp 774.301/ES, Rel. Ministro LUIZ FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJ DJe 25/06/2013)

DIREITO ECONÔMICO. MANDADO DE SEGURANÇA. TÍTULOS PÚBLICOS. NOTAS DO TESOUREIRO NACIONAL. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. PLANO REAL. APLICAÇÃO DA LEI 8.880/94. NORMA DE ORDEM PÚBLICA.

(...)

2. A Lei 8.880/94 alterou o sistema de padrão monetário do País e o critério de cálculo dos índices de correção monetária, tomando como parâmetro a variação dos preços em Real (art. 38). Nesse contexto, o Governo passou a adotar o IGP-2, e não o IGPM, na atualização dos títulos que seriam resgatados a partir de julho de 1994.

3. O princípio da obrigatoriedade dos cumprimentos dos contratos - pacta sunt servanda - não pode ser levantado em face de uma norma de ordem pública, não havendo razão para que uma avença de natureza eminentemente privada se sobreponha ao interesse público.

4. As leis de natureza reguladora do mercado financeiro são de ordem pública, podendo alterar os índices de correção monetária e aplicá-los imediatamente para atualizar os valores dos títulos públicos em circulação no mercado.

5. Recurso especial improvido. (REsp 663.781/RJ, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/03/2005, DJ 25/04/2005 p. 243)

LOCAÇÃO. PLANO REAL. NORMA DE ORDEM PÚBLICA. APLICAÇÃO IMEDIATA.

Conquanto por princípio a lei que rege o contrato é a da época da sua celebração, a norma de ordem pública - no caso modificadora do padrão monetário - tem incidência imediata, alcançando, inclusive, relações jurídicas estabelecidas antes da sua edição.

Recurso provido. (REsp 151002/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/1998, DJ 07/12/1998, p. 94)

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 - Barro Vermelho - Vitória - ES - Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 - Fax: 27-3636-5056 - e-mail: pge@pge.es.gov.br - Website: http://www.pge.es.gov.br
NN 2013.02.001030

62882589

4



PGE/ES
NCA

FLS. Nº 321
Nº PROCESSO 62882589
R:

**Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado**

O Supremo Tribunal Federal, na mesma senda, admite a aplicação imediata de novas leis que veiculam matéria de ordem pública aos contratos em vigência, como se pode constatar dos seguintes julgados:

Agravo regimental no recurso extraordinário. 2. Plano Real. Medida Provisória n. 542/94. Alteração do padrão monetário. Aplicação imediata. 3. Inexistência de ofensa ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 238501 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 17/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-152 DIVULG 02-08-2012 PUBLIC 03-08-2012)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CDB. CLÁUSULA DE CORREÇÃO MONETÁRIA PÓS-FIXADA. As normas que alteram o padrão monetário e estabelecem critérios para a conversão dos valores em face dessa alteração aplicam-se de imediato, por serem consideradas leis de natureza estatutária. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 217561 AgR-AgR, Relator Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 06/10/2009, DJe-204 DIVULG 28-10-2009 PUBLIC 29-10-2009 EMENT VOL-02380-04 PP-00730 LEXSTF v. 31, n. 371, 2009, p. 204-208)

TABLITA. PLANO CRUZADO, REGRA DE DEFLAÇÃO DO DECRETO-LEI 2.284/86. PRINCÍPIOS DO DIREITO ADQUIRIDO, DO ATO JURÍDICO PERFEITO E DA COISA JULGADA. ALTERAÇÃO DE PADRÃO MONETÁRIO. 1. No julgamento do RE 141.190, o plenário do STF entendeu que o fator de deflação veio a preservar o equilíbrio econômico-financeiro inicial dos contratos, diante da súbita interrupção do processo inflacionário. A manutenção dos contratos então vigentes - que traziam embutida a tendência inflacionária - importaria em ganhos irrealistas, desiguais e incompatíveis com o pacto firmado entre as partes antes da alteração radical do ambiente monetário e econômico. 2. Também por isso se confirmou a tese de que normas de ordem pública que instituem novo padrão monetário têm aplicação imediata em relação aos contratos em curso como forma de reequilibrar a relação jurídica antes estabelecida. 3. O Plano Funaro (Cruzado) também representou mudança de padrão monetário e alteração profunda dos rumos econômicos do país e, por isso, a esse plano econômico também se aplica a jurisprudência assentada no julgamento do RE 141.190. Negado provimento ao recurso. (RE 136901, Relator Min. MARCO AURÉLIO, Relator p/ Acórdão: Min. NELSON JOBIM, Tribunal

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 - Barro Vermelho - Vitória - ES - Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 - Fax: 27-3636-5056 - e-mail: pge@pge.es.gov.br - Website: http://www.pge.es.gov.br
NN 2013.02.001030

62882589

4



PGE/ES
NCA 322
FLS. Nº _____
Nº PROCESSO 62882589
R: _____

Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

Pleno, julgado em 15/03/2006, DJ 02-06-2006 PP-00005 EMENT VOL-02235-03 PP-00562)

EMENTA: RECURSO, Extraordinário. Inadmissibilidade. Alteração do padrão monetário: Decretos-leis nºs 2.283 e 2.284. Aplicação imediata. Reajustes salariais em acordo trabalhista, Ofensa ao ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada. Ausência. Agravo Regimental não provido. Precedentes. Não caracteriza limitação do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada, a aplicação imediata das normas que alteram o padrão monetário e estabelecem critérios para conversão de valores em face dessa alteração, mesmo em face do acordo celebrado em dissídio coletivo. (RE 194043 AgR, Relator Min. CEZAR PELUSO, Primeira Turma, julgado em 02/09/2003, DJ 12-03-2004 PP-00042 EMENT VOL-02143-04 PP-00749)

Com efeito, a Lei nº 9.069/95, que instituiu o Plano Real produziu profundas mudanças no cenário econômico do país, de sorte que a instabilidade antes vivenciada não mais persiste, incontestemente seu caráter de ordem pública, o que justifica sua aplicação imediata aos contratos em vigência na data de sua publicação.

Nessa esteira de raciocínio, o interregno temporal mínimo de 12 (doze) meses para que se dê o reajuste do contrato, instituído no art. 28 da Lei nº 9.069/95 deverá ser respeitado na hipótese ventilada nos autos.

Destaco que a lei é expressa e contundente, negando efeitos às cláusulas que estabeleçam periodicidade menor para que se corrijam os valores do contrato, valendo a transcrição da letra da norma em comento:

Art. 28. Nos contratos celebrados ou convertidos em REAL com cláusula de correção monetária por índices de preço ou por índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, a periodicidade de aplicação dessas cláusulas será anual.

§ 1º É nula de pleno direito e não surtirá nenhum efeito

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo
Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 - Barro Vermelho - Vitória - ES - Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 - Fax: 27-3636-5056 - e-mail: pge@pge.es.gov.br - Website: http://www.pge.es.gov.br
NN 2013.02.091030

62882589

4



PGE/ES
NCA

FLS. Nº 323
Nº PROCESSO 62882589
R:

**Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado**

cláusula de correção monetária cuja periodicidade seja inferior a um ano. (grifei)

No que toca os argumentos levantados pela Concessionária, sobretudo quanto à configuração de alteração unilateral do contrato, insta sublinhar que não há qualquer vedação para que se promova alterações nas regras de reajuste previamente estabelecidas, quando as premissas sobre as quais o regramento foi acordado não mais persistam, ou tenham sido alteradas. A alteração, nesses casos, não só se faz possível, como é mandatória, posto que levadas a cabo para manter o equilíbrio do contrato.

Peço vênha, no particular, para transcrever trecho do parecer da lavra do eminente jurista Floriano de Azevedo Marques Neto, ora juntado aos autos, endossando o posicionamento acima exposto, *in verbis*:

Ora, no bojo do panorama de custos da concessão, é possível evidenciar modificações que tornem as regras de reajuste anacrônicas, impedindo a correta captura da desvalorização monetária e, por conseguinte, enfraquecendo a proteção ao valor real da tarifa, bastante à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

Quando as condições de contratação se alteram, isto é, quando há mudança em alguma premissa fixada na equação, é possível cogitar de modificações nas regras de reajustes, com o intuito justamente de preservar a equação, amoldando-a a esse novo cenário. Se isso ocorrer, a mutação do regramento do reajuste desempenha papel de resto atribuído a qualquer outro instrumento de recomposição.

Pelo raciocínio até aqui fincado, resta cristalino que a interpretação da agência consultante que pugna pela não indexação dos preços nos casos de periodicidade inferior a 12 meses não merece reparos.

II.III. ALOCAÇÃO DOS RECURSOS PROVENIENTES DA AQUISIÇÃO DE GÁS NATURAL PELA CONCESSIONÁRIA EM LEILÕES A PREÇOS INFERIORES PARA INVESTIMENTO NA REDE DE DISTRIBUIÇÃO DO GÁS

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES – Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 – Fax: 27-3636-5056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br – Website: http://www.pge.es.gov.br
NN 2013.02.001000

62882589

9



**Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado**

PGE/ES
NCA
FLS. Nº _____
Nº PROCESSO 62882589
R: _____

Quanto ao presente quesito, considerando que o posicionamento adotado pela ASPE coincide com aquele sustentado pela Concessionária, conforme assentado no documento intitulado "Relatório Instrutório para consulta à PGE" às fls. 169/170, reputo não haver dúvida jurídica, razão pela qual deixo de me manifestar especificamente sobre este ponto.

II.IV. UTILIZAÇÃO NA PARCELA "V" DA FÓRMULA TARIFÁRIA DO CONTRATO DE 100% DO VOLUME JÁ REALIZADOS ATÉ O MÊS ANTERIOR ÀQUELE DA REVISÃO, AO INVÉS DOS 80% DAS PREVISÕES ATUALIZADAS DE VENDAS PARA O PERÍODO SEGUINTE DE UM ANO

Ressalto que a questão trazida no presente quesito já foi objeto de manifestação por parte desta d. PGE/ES, nos autos do processo administrativo nº 58843671, de sorte que os argumentos trazidos pela Concessionária, por meio do parecer jurídico juntado aos autos de fls. 186/306 não elidem as conclusões anteriormente alcançadas.

Nessa senda, reitero todos os argumentos apresentados naquela oportunidade, concluindo pela possibilidade jurídica da adoção da metodologia da agência consulente.

Em acréscimo, teço as seguintes considerações:

A ASPE tem papel fundamental na gestão do serviço de gás canalizado no Estado do Espírito Santo. Especificamente em relação à política de reajuste tarifário do serviço de distribuição de gás, o art. 2º, § 4º, VI, da Lei Estadual nº 7.860/04 prescreve o seguinte:

Art. 2º A ASPE tem por finalidade estudar, planejar, regular,

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo
Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES – Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5030 – Fax: 27-3636-5056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br – Website: http://www.pge.es.gov.br
NN 2013.02.001030

62882589

9



PGE/ES
NCA

FLS. Nº 325
Nº PROCESSO 62882589
R: J

**Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado**

controlar e fiscalizar o setor energético no Estado do Espírito Santo, compreendendo: energia elétrica, por meio de delegação conferida pela União Federal, e gás natural, no que tange à eficiência dos serviços públicos, fornecimentos, distribuição e demais condições de atendimento aos usuários, nos termos desta Lei e demais normas legais, regulamentares e regulatórias pertinentes.

(...)

§ 4º Na realização das finalidades assinaladas neste artigo, a ASPE rege-se-á pelas seguintes diretrizes:

(...)

VI - aplicar metodologias que proporcionem a modicidade das tarifas de distribuição de gás natural; (...)

Considerando o mandamento legal acima estampado, vinculando a atuação da agência consulente à modicidade tarifária, inclusive pela expressão textual da aplicação de metodologias que a garantam, frente a situação atípica que se instaurou no presente processo de revisão tarifária, a utilização dos dados consolidados, em detrimento de dados meramente prospectivos, deve prevalecer, rechaçando assim a possibilidade de aumento tarifário em descompasso com a realidade fática já experimentada. Insta destacar que o escopo capital do reajuste é garantir o valor real da tarifa, o que se alcança com a utilização de dados consolidados, sempre que disponíveis.

Alerto, todavia, que o atraso no processo de revisão tarifária constitui situação excepcional, cuja justificativa foi apontada pela ASPE como sendo decorrência das diversas divergências de interpretação dos termos do contrato, não podendo ser admitida sua reiteração indiscriminada, devendo a agência consulente respeitar os termos contratuais nas próximas revisões.

II.V. EXCLUSÃO DOS VOLUMES RELATIVOS AO SEGMENTO TÉRMICO NO CÁLCULO DA PARCELA "V" DA FÓRMULA TARIFÁRIA PREVISTA NO CONTRATO

A questão da exclusão do volume de gás comercializado ao

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 - Barro Vermelho - Vitória - ES - Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 - Fax: 27-3636-5056 - e-mail: pge@pge.es.gov.br - Website: http://www.pge.es.gov.br

62882589

9



Govorno do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

PGE/ES
NCA

FLS. Nº 328
Nº PROCESSO 62882589
R: g

segmento térmico no cálculo da margem bruta, nos termos da cláusula 6 do Anexo III do contrato, conforme as informações constantes da Nota Técnica DT/GGN nº 02/2013³ expedida pela agência consulente se justifica uma vez que o fornecimento do gás se dá no bojo de relação contratual estranha ao Contrato de Concessão em comento.

Nesse sentido, transcrevo trecho da referida Nota Técnica que traz a justificativa apontada para se excluir da base de cálculo o volume de gás destinado ao setor térmico, *in verbis*:

No entanto, o preço do supridor de gás natural e da margem de distribuição cobrados pelo volume de gás destinado às térmicas não estão sujeitos as regras dos demais segmentos consumidores, em virtude do contrato de geração de energia elétrica firmado com o Governo Federal através de leilão promovido pela ANEEL com edital elaborado nos termos propostos pelo Ministério de Minas e Energia, vide http://www.ope.gov.br/leiloes/Documents/LeilaoA32008_27/Edital%20A3%202008.pdf.

Este segmento, portanto tem o seu preço de gás e respectivas condições de reajuste definidos através de contrato específico de compra e venda. A margem de distribuição estabelecida em 2008 também não sofre qualquer intervenção da ASPE, sendo reajustada anualmente pelo IGP-DI.

Tomando como verdadeiras as considerações feitas pela ASPE, a discussão jurídica subjacente não se situa na exclusão de volume de gás contemplado no contrato de concessão em comento, tendo em vista que o fornecimento de gás ao segmento térmico se dá com base em instrumento contratual diverso. Trata-se de hipótese excepcional de fornecimento de gás, cuja relação jurídica não conta com a participação do Estado do Espírito Santo, uma vez que a relação jurídica subjacente é travada pela Petrobrás Distribuidora S.A. - BR e pelos consumidores do segmento térmico, com interveniência da Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobrás (contrato anexo).

³ Disponível em http://www.aspe.es.gov.br/download/Nota_Tecnica_02_13.pdf



**Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado**

PGE/ES
NCA 327
FLS. Nº _____
Nº PROCESSO: 62882589
R: _____

Ressalto que a margem de distribuição para o fornecimento ao segmento térmico é estabelecida no contrato específico, em que o Poder Concedente é estranho, não havendo regulação da ASPE quanto a tal fornecimento.

Por óbvio, não se trata de alteração das regras de reajuste do Contrato de Concessão do Serviço de Distribuição de Gás Canalizado no Estado do Espírito Santo, posto que o volume de gás excluído se refere a contrato distinto, como visto.

Nessa senda, a exclusão do volume de gás destinado às térmicas, em verdade, tem o escopo de assegurar as cláusulas do contrato e não de alterá-las, em prol da intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato, demonstrado que o suprimento do setor térmico não está contido em seu objeto.

Posta a questão nos termos até aqui alinhavados, torna-se despropositada qualquer discussão jurídica acerca de alterações unilaterais do contrato, indene de dúvida que a atuação da agência consulente objetivou dissipar distorção havida na margem bruta do contrato travado entre o Estado do Espírito Santo e a Petrobrás Distribuidora, pela consideração de volume de gás fornecido fora do objeto do contrato em exame.

Quanto à discussão acerca da competência da ASPE para excluir o volume de gás destinado ao setor térmico, através do exercício do denominado poder normativo técnico afeto às agências reguladoras, consigno que a matéria foi por mim enfrentada no Parecer PCA/NCA nº 68/2013, exarado nos autos do processo administrativo nº 61290017, oportunidade em que deixei assentado que:

(...) os limites do poder regulamentar da ASPE estão

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo
Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 - Barro Vermelho - Vitória - ES - Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 - Fax: 27-3636-5056 - e-mail: pge@pge.es.gov.br - Website: http://www.pge.es.gov.br
NN 2013.02.001100

62882589

9



**Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado**

PGE/ES
NCA 328
FLS. Nº _____
Nº PROCESSO 62882589
R: _____

Intimamente vinculados às razões técnicas que norteiam sua atuação. Nessa medida, a decisão administrativa da ASPE deverá se justificar pelos argumentos técnicos constantes da Nota Técnica (fls. 2/4), não sendo demais lembrar que os princípios encartados no art. 37 da CRFB/88, bem como os princípios constitucionais implícitos, nomeadamente o da razoabilidade e da proporcionalidade, deverão ser observados, evitando-se a imposição de normas regulamentares desproporcionais às distorções tecnicamente apontadas.

Nesse contexto, a ASPE editou as Notas Técnicas DT/GGN nº 02/2013 e 20/2013 em que demonstra a distorção causada pela inclusão indevida do volume do gás destinado ao segmento térmico, considerando a estrutura de fornecimento diversa a que está submetido, não havendo que se falar em alteração unilateral, nem em desequilíbrio do contrato.

II.VI. REMUNERAÇÃO DOS ATIVOS DE TRANSPORTE RECLASSIFICADOS PARA ATIVOS DE DISTRIBUIÇÃO E INCORPORADOS AO PATRIMÔNIO DA CONCESSIONÁRIA, GASVIT

A questão foi devidamente analisada nos autos do Processo Administrativo nº 56600208, cuja conclusão a que cheguei nos termos do Parecer PGE/NCA nº 0039/2013 é unívoca e está assentada nos seguintes termos:

Por fim, pelas razões supra alinhavadas, concluo que os ativos transferidos da Petrobrás S.A para a Petrobrás Distribuidora, ante a reclassificação dos gasodutos em questão, serão remunerados pela margem bruta, tendo em vista que constituem investimento e que esse compõe o cálculo da referida margem. (grifei)

Destarte, por óbvio, os ativos em questão serão considerados na composição da margem bruta. O que se consignou na peça opinativa supramencionada foi que a operação de transferência dos ativos não deveria ensejar remuneração extraordinária e imediata à Concessionária, como de fato ficou assentado naquela oportunidade.

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo
Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 - Barro Vermelho - Vitória - ES - Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 - Fax: 27-3636-5056 - e-mail: pge@pge.es.gov.br - Website: http://www.pge.es.gov.br
BN 2013.02.001000

62882589

9



PGE/ES
NCA 329
FLS. Nº _____
Nº PROCESSO 62882589
R: _____

**Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado**

Sem mais delongas, ratifico os termos da manifestação anterior em todos os seus termos.

II.VII. EXCLUSÃO DO IR E DA CSLL DA FÓRMULA TARIFÁRIA

O tema da exclusão dos impostos que incidem sobre a renda na fórmula da margem bruta, bem como a aplicação do entendimento sumulado do TCU de que trata o verbete nº 254/2010, foi tratado nos autos do processo nº 62882598, não merecendo guarida os argumentos colacionados nas contribuições trazidas pela Concessionária.

Quanto ao posicionamento anteriormente adotado apenas retifico imprecisão em que incorri ao classificar o IR e a CSLL como elemento da fórmula contratual relativa ao "Custo de Operacional" denominada "DT" (Despesas Tributárias), tendo em vista que há rubrica específica, denominada "IAR" (Impostos Associados a Resultados), conforme se pode notar da citada fórmula, nos termos da Cláusula 6 do Anexo III do Contrato, que passo a transcrever:

6. As planilhas de custo serão anualmente submetidas ao CONCEDENTE para fins de aprovação da tarifa podendo ser revistas, periodicamente, e confrontadas com a margem bruta - MB - vigente, 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

ONDE:

Custo de Capital = $(INV \times TR) / V$

Custo Operacional = $[(P + DG + SC + M + DC) \times (1 + TRS) + DT + IAR + DP + CF] / V$

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 - Barro Vermelho - Vitória - ES - Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 - Fax: 27-3636-5056 - e-mail: pge@pge.es.gov.br - Website: http://www.pge.es.gov.br
NS 2013.02.091030

62882589

9



PGE/ES
NCA

FLS. Nº 330
Nº PROCESSO 62882589
R:

Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

Depreciação = 0,05 INV/V

INV = investimento realizado e a realizar ao longo do ano, deduzida a depreciação cobrada na tarifa

TR = taxa de remuneração anual do investimento considerando 15% a.a.

P = despesa com pessoal

DG = despesas gerais

SC = serviços contratados

M = despesas com material

DT = despesas tributárias

IAR = impostos associados e resultados

DP = diferenças com perdas de gás

CF = custos financeiros

DC = despesas com comercialização e publicidade

V = 80% das previsões atualizadas das vendas para o período de um ano

TRS = taxa de remuneração dos serviços = 15%

Todas as despesas incluídas da fórmula são anuais (grifei)

Note-se que dentre os elementos que compõem a rubrica "Custo Operacional" constam a "DT" (despesas tributárias) e o "IAR" (Impostos Associados a Resultados), de modo que o IR, bem como a CLSS devem ser alocados na última, e não na primeira como considerado na manifestação anteriormente exarada.

Feitas tais considerações, consigno, todavia, que o equívoco não prejudica o raciocínio construído naquela oportunidade, nem sequer altera suas conclusões, posto que ambas as variáveis possuem a mesma relação matemática com o denominado "Custo operacional", o que relega ao fato qualidade de mero erro material.

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 - Barro Vermelho - Vitória - ES - Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 - Fax: 27-3636-5056 - e-mail: pge@pge.es.gov.br - Website: http://www.pge.es.gov.br
INV 2013.02.001030

62882589



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

PGE/ES
NCA 331
FLS. Nº _____
Nº PROLESSU 62882589
R: _____

Calha destacar, ainda, que o próprio contrato, no item 5.3, exclui os impostos que incidem sobre a renda, como é o caso do IR e da CSLL, para fins de revisão da tarifa, valendo a transcrição dos termos da referida estipulação:

5.3 - Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, quando comprovado seu impacto, implicará a imediata revisão da tarifa para mais ou para menos conforme o caso;

Constato, portanto, uma situação de conflito interno do contrato, eis que nada obstante a estipulação acima referida, cujos termos são claros e de pueril interpretação, excluindo os impostos que tenham como base de cálculo a renda para fins de cálculo da tarifa, a fórmula paramétrica assentada adiante acaba por incluir, indevidamente, uma rubrica específica para tais exações.

Com efeito, não há qualquer razão para atrelar os impostos sobre o resultado ao valor da tarifa, tanto que o próprio contrato foi expresso em excluí-los em seu item 5.3, conforme dito alhures, posto que tais tributos não interferem na composição da equação da tarifa.

Nesse sentido, salutares são os ensinamentos de Egon Bockmann Moreira⁴, que passo a transcrever:

(...) a ressalva dos impostos sobre a renda pode ser explicada porque não se está diante de impacto endógeno à execução do contrato (com reflexo nos direitos e obrigações), mas com repercussão na distribuição dos ganhos empresariais aos acionistas da concessionária. O imposto sobre a renda incide sobre o produto do capital ou do trabalho (ou da combinação de ambos), cuja base de cálculo é o lucro - a receita menos a despesa. Não incide diretamente nos custos do projeto do concessionário e não gera impacto endógeno à prestação do

⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. Direito das concessões de serviço público. 2010. São Paulo: Malheiros, p. 372.



PGE/ES
NCA 332
FLS. Nº _____
Nº PROCESSO: 62882589
R: _____

Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

serviço ou obra. São dados externos à equação que compõe o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Desta forma, caso as variações do imposto sobre a renda tivessem efeito para o reequilíbrio contratual, estar-se-ia diante de violação ao princípio da isonomia por meio da instituição de privilégio desarrazoado a determinada categoria de contribuintes. (grifei)

Destaco, por derradeiro, que a disposição contratual acima transcrita está em perfeito arrimo com a Lei de Concessões – Lei nº 8.987/95, sobretudo de seu art. 9º, § 3º⁵.

Como se pode notar, razões não minguam para se rechaçar a inclusão do IR e da CSLL no cálculo da tarifa, valendo transcrever a conclusão a que chegou o renomado Professor Floriano de Azevedo Marques Neto na peça opinativa trazida aos autos por iniciativa da ABRACE, ao assentar que:

Na prática, ao estabelecer a influência dos custos tributários apurados sobre o resultado, as regras de reajuste do contrato acabaram por considerar tais tributos na equação contratual. Ora, se os custos decorrentes desses tributos são considerados para determinas o reajuste, o que se tem é a transferência do risco tributário a eles correspondente para os usuários, em claro desvirtuamento da previsão legal, que associa esses tributos ao risco da concessionária.

No mais, ratifico todos os argumentos e conclusões a que cheguei no Parecer PGE/NCA nº 229/2013, que segue anexo, inclusive quanto à impossibilidade de se buscar ressarcimento de eventual valor da concessionária, decorrente de possível distorção no cálculo da tarifa de anos anteriores, pela inclusão das parcelas referentes à IRPJ e CLSS na fórmula contratual da revisão tarifária, uma vez que o prejuízo, se houve, foi dos consumidores individualmente considerados, que pagaram a tarifa a maior durante o período

⁵ 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.

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo
Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES – Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 – Fax: 27-3636-5056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br – Website: http://www.pge.es.gov.br
NN 2012.02.00010

62882589

9



**Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado**

PGE/ES
NCA 333
FLS. Nº _____
Nº PROLESSO 62882589
R: _____

que se admitiu o repasse do IR e da CSLL

**II.VIII. REMUNERAÇÃO DO CONTRATO E DA INTERPRETAÇÃO ACERCA DA PARCELA "TR"
NO CUSTO DE CAPITAL**

Quanto a dúvida que se instaurou acerca da existência ou não de teto para a remuneração do capital e do serviço da Concessionária, faz-se necessária a análise da estrutura da tarifa constante do item 6 no Anexo III do contrato, que, por questões didáticas, torno a transcrever:

6. As planilhas de custo serão anualmente submetidas ao CONCEDENTE para fins de aprovação da tarifa podendo ser revistas, periodicamente, e confrontadas com a margem bruta - MB - vigente, 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

ONDE:

Custo de Capital = $(INV \times TR) / V$

Custo Operacional = $[(P + DG + SC + M + DC) \times (1 + TRS) + DT + IAR + DP + CF] / V$

Depreciação = $0,05 \text{ INV} / V$

INV = investimento realizado e a realizar ao longo do ano, deduzida a depreciação cobrada na tarifa

TR = taxa de remuneração anual do investimento considerando 15% a.a.

P = despesa com pessoal

DG = despesas gerais

SC = serviços contratados

M = despesas com material

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 - Barro Vermelho - Vitória - ES - Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 - Fax: 27-3636-3056 - e-mail: pge@pge.es.gov.br - Website: http://www.pge.es.gov.br
NN 2013.02.00.0000

62882589



**Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado**

PGE/ES
NCA 334
FLS. Nº _____
Nº PROCESSO 62882589
R: _____

DT = despesas tributárias

IAR = impostos associados e resultados

DP = diferenças com perdas de gás

CF = custos financeiros

DC = despesas com comercialização e publicidade

V = 80% das previsões atualizadas das vendas para o período de um ano

TRS = taxa de remuneração dos serviços = 15%

Todas as despesas incluídas da fórmula são anuais (grifei)

Como se pode notar, a margem bruta é composta do Custo de Capital e do Custo Operacional, descontada a depreciação que se refere ao Custo de Capital.

A Cláusula acima transcrita é expressa em estipular a TR (Taxa de Remuneração do Capital) e a TRS (Taxa de Remuneração do Serviço) em 15% (quinze por cento), que corresponde respectivamente à remuneração do capital e serviço postos à disposição para a execução do objeto do contrato de concessão.

Não me parece possível sustentar, contra a estipulação literal do contrato, outro percentual de remuneração tanto para o capital, quanto para o serviço, senão o de 15% (quinze por cento).

Isso não significa dizer, todavia, que à concessionária está garantido o percentual de retorno de 15% (quinze por cento), tendo em vista que,

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo
Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 - Barro Vermelho - Vitória - ES - Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 - Fax: 27-3636-5056 - e-mail: pge@pge.es.gov.br - Website: http://www.pge.es.gov.br
NN 2017.02.001030

62882589

9



PGE/ES
NCA

FLS. Nº 335
Nº PROCESSO: 62882589
R: _____

**Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado**

omo o serviço é prestado pelo particular por sua conta e risco⁶, poderá haver variação na rentabilidade do negócio para mais ou para menos.

Esse aspecto específico restou muito bem explicitado por Maria Sylvia Zanella di Pietro⁷ em artigo que trata do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de serviços públicos e a atuação das agências reguladoras no direito brasileiro, valendo a citação de suas palavras:

(...) há que se ter em vista que o concessionário está sujeito a ter maior ou menor lucro, a sofrer mais ou menos prejuízo; a variação faz parte do empreendimento, pois o concessionário não tem direito a um percentual de lucro determinado. Em face da ideia de que a execução do serviço se faz por conta e risco do concessionário (art. 2º, II, da Lei nº 8.987), as áleas ordinárias não autorizam a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. Para que haja revisão contratual com o fim de estabelecer tal recomposição, é necessário que ocorram circunstâncias excepcionais e imprevisíveis, as áleas extraordinárias. Nesse caso, são aplicáveis as teorias do fato do príncipe, do fato da Administração e da imprevisão. (grifei)

⁶ Lei nº 8.987/95

(...)

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

(...)

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;

⁸ Lei nº 8.987/95

(...)

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

(...)

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *O Equilíbrio Econômico-financeiro e o Controle das Agências Regularodas. In O Controle Externo da Regulação de Serviços Públicos*. 2002. Brasília: TCU. P. 53/65.

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 - Barro Vermelho - Vitória - ES - Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 - Fax: 27-3636-5056 - e-mail: pge@pge.es.gov.br - Website: http://www.pge.es.gov.br
NN 2013 02.001020

62882589



**Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado**

PGE/ES
NCA
FLS. Nº 336
Nº PROCESSO 62882589
R: J

Como se pode notar, uma interpretação do contrato à luz da Lei nº 8.987/95 rechaça a ideia de que o percentual de 15% (quinze por cento) previsto no contrato se constitua em teto ou piso para a taxa de retorno do empreendimento. Como dito alhures, tal percentual foi previsto em contrato como remuneração do capital investido e do serviço empregado pela concessionária na execução do contrato.

O que não se admite, nessa esteira de raciocínio, é a remuneração desses dois componentes da fórmula em patamares diversos dos previstos contratualmente, fixado em 15% (quinze por cento).

III. CONCLUSÃO

Por fim, pelas razões supra-alinhavadas, ressalvados os aspectos técnicos que fogem a competência desta PGE, apresento as seguintes conclusões aos quesitos apresentados:

- (i) O prazo de 7 (sete) dias previsto no contrato para que haja homologação da tarifa pelo Poder Concedente não é preclusivo, mormente frente a previsão da cláusula 6 do Anexo III do contrato que lhe atribui a prerrogativa de rever a tarifa periodicamente;
- (ii) o interregno temporal mínimo de 12 (doze) meses para que se dê o reajuste do contrato, instituído no art. 28 da Lei nº 9.069/95 deverá ser respeitado na hipótese ventilada nos autos;
- (iii) considerando que o posicionamento adotado pela

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 - Barro Vermelho - Vitória - ES - Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 - Fax: 27-3636-5056 - e-mail: pge@pge.es.gov.br - Website: http://www.pge.es.gov.br
NOV 2013 02 001030

62882589



**Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado**

PGE/ES
NCA
FLS. Nº 337
Nº PROCESSO 62882589
R: 8

ASPE coincide com aquele sustentado pela Concessionária, conforme assentado no documento intitulado "Relatório Instrutório para consulta à PGE" às fls. 169/170, reputo não haver dúvida jurídica, razão pela qual deixo de me manifestar especificamente sobre este ponto;

- (iv) a questão trazida no presente quesito já foi objeto de manifestação por parte desta d. PGE/ES, nos autos do processo administrativo nº 58843671, de sorte que os argumentos trazidos pela Concessionária, por meio do parecer jurídico juntado aos autos de fls. 186/306 não elidem as conclusões anteriormente alcançadas;
- (v) a exclusão do volume de gás destinado às térmicas, em verdade, tem o escopo de assegurar as cláusulas do contrato e não de alterá-las, em prol da intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato, demonstrado que o suprimento do setor térmico se dá no bojo de relação contratual diversa daquela que os demais segmentos;
- (vi) os ativos relativos à reclassificação dos dutos em questão serão considerados na composição da margem bruta. O que se consignou no Parecer PCA/NCA nº 0039/2013 foi que a operação de transferência dos ativos não deveria ensejar remuneração extraordinária e imediata à Concessionária, como de fato ficou assentado

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo
Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 - Barro Vermelho - Vitória - ES - Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 - Fax: 27-3636-5056 - e-mail: pge@pge.es.gov.br - Website: http://www.pge.es.gov.br
NN 2013 02 06 0390

62882589

Q



**Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado**

PGE/ES
NCA 338
FLS. Nº
Nº PROLESSO 62882589
R:

naquela oportunidade;

(vii) nesse ponto, ratifico todos os argumentos e conclusões a que cheguei no Parecer PGE/NCA nº 229/2013, com os acréscimos que fiz no item II.vii supra;

(viii) uma interpretação do contrato à luz da Lei nº 8.987/95 rechaça a ideia de que o percentual de 15% (quinze por cento) previsto no contrato se constitua em teto ou piso para a taxa de retorno do empreendimento. Tal percentual foi previsto em contrato como remuneração do capital investido e do serviço empregado pela concessionária na execução do contrato;

É o parecer, s.m.j. À consideração superior.

Vitória, 11 de novembro de 2013

THIAGO ALVES DE FIGUEIREDO
Procurador do Estado
OAB/ES Nº 20.519

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo
Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES – Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 – Fax: 27-3636-5056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br – Website: <http://www.pge.es.gov.br>
NN 2013.02.001030

62882589

ANEXO III

RESOLUÇÃO ASPE – Nº. 008/2013, de 16 de dezembro de 2013.

RESOLUÇÃO ASPE – Nº. 008/2013, de 16 de dezembro de 2013.

Dispõe sobre a revisão tarifária anual, bem como os valores a serem aplicados pela concessionária de distribuição, BR – Petrobrás Distribuidora S/A, em sua área de concessão.

A Diretoria da Agência de Serviços Públicos de Energia do Estado do Espírito Santo – ASPE, no uso de suas atribuições legais conferidas no inc. IV do art. 14 da Lei 7.860/04 e:

Considerando as competências e atribuições estabelecidas no art. 2º da Lei nº. 7.860/2004, modificado pela Lei nº. 8.121/2005, de regular, controlar e fiscalizar os serviços de distribuição, preços e tarifas de Gás Natural Canalizado;

Considerando que compete a ASPE, no âmbito de suas atribuições de regulação, aprovar níveis e estruturas tarifárias, homologar tarifas e aplicar metodologias que estimulem a competitividade e a realização de investimentos de modo a garantir a melhoria do atendimento e adequação dos serviços de distribuição de gás natural às necessidades da população, preservando também o equilíbrio econômico-financeiro da concessão;

Considerando que a concessionária distribuidora de gás canalizado do Estado apresentou pleito de revisão tarifária anual para 2013, nos termos do contrato de concessão, para sua margem bruta de distribuição;

Considerando que o Pleito de Revisão Tarifária foi submetido aos Conselheiros da Agência e representantes de diversas entidades, órgãos e instituições convidadas;

Considerando as informações contidas na Nota Técnica DT/GGN Nº. 008/2013 de 13/12/2013 que analisou este pleito de revisão tarifária anual;

Considerando os questionamentos levantados ao longo do processo e a manifestação final da PGE sobre os temas por meio do Parecer PGE/NCA 00453/2013;

DECIDE aprovar esta Resolução, como se segue:

Art. 1º - Aprovar os termos da Nota Técnica DT/GGN Nº. 008/2013, disponível no site www.aspe.es.gov.br, e determinar que a estrutura da nova tabela tarifária, em elaboração, sofrerá modificações com objetivo de minimizar os impactos da oscilação do consumo do segmento industrial sobre os demais segmentos, cuja entrada em vigor está prevista a partir de 01/01/2014;

Art. 2º - Aprovar a nova margem média de distribuição no valor de **R\$ 0,09984/m³**, correspondente a uma redução de 0,61% na tarifa média vigente, para os anos de 2013 e 2014;

Art. 3º - Autorizar a aplicação pela Concessionária de R\$ 39,80 milhões de investimentos no ano de 2013, para ampliação e interiorização da rede de distribuição no Espírito Santo;

Art. 4º - Reconhecer os ativos referentes ao GASVIT na base de ativos da Concessionária, considerando sua remuneração e depreciação na composição da margem bruta, conforme determinado em parecer PGE/NCA 00453/2013;

Art. 5º - Provisionar o valor de R\$ 33.106.833,52, referente ao não reconhecimento dos Impostos Associados a Resultados de 2012, nos termos do Parecer PGE/NCA 00453/2013 e da Nota Técnica DT/GGN 008/2013;

Art. 6º - A Concessionária deverá apresentar, no prazo de 90 dias, um programa de incentivo à expansão e diversificação do mercado, com intuito de fortalecê-lo frente às variações de consumo dos grandes consumidores, incluindo nesse incentivo a intensificação de ações educativas aos usuários, com a finalidade de conhecerem melhor este insumo energético, assim como sua importância para a sustentabilidade;

Art. 7º - Esta resolução entrará em vigor na data de sua publicação.

SEDE DA AGÊNCIA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE ENERGIA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO – ASPE, em Vitória, aos 16 de dezembro de 2013.

LUIZ FERNANDO SCHETTINO
DIRETOR-GERAL

ALEXANDRE GUIMARÃES MENDES
DIRETOR ADMINISTRATIVO E FINANCEIRO

AYRTON DE SOUZA PORTO FILHO
DIRETOR TÉCNICO