ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA WALDEMAR DECCACHE

Waldemar Deccache
Alexandre Rückert Braga Marques
Luciana Fortes Farah
Tonie Hulme Deccache
Leopoldo Greco de Guimarães Cardoso
Maurício Alves de Lima
Vanessa Granato Lisboa
Fabiana Dutra Vieira
Antônio Carlos Deccache
Rafael Rodrigues Alcântara
Rogério Câmara Nigro

Avenida Graça Aranha, 326, 5° andar
20031-001, Centro - Rio de Janeiro - RJ
Tel. 0XX21-2240-4045 Fax. 0XX21-2240-4452
e-mail: eawd-rj@deccache.com.br

Rua Prof. Carlos de Carvalho, 164, 5° andar
04531-080, Itaim Bibi - São Paulo - SP
Tel. 0XX11-3167-2338 Fax. 0XX11-3168-1968
e-mail: eawd-sp@deccache.com.br

São Paulo, 07 de outubro de 2004.

À

COMISSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE ENERGIA - CSPE

COMISSÁRIO GERAL – Dr. Aderbal de Arruda Penteado Junior

Rua Boa Vista nº 170, 4º andar

São Paulo - SP

AUDIÊNCIA PÚBLICA n° 002/2004 – 2ª ETAPA.

REVISÃO TARIFÁRIA DA GÁS BRASILIANO DISTRIBUIDORA S/A.

Senhor Comissário,

Tomando conhecimento da Nota Técnica nº 2 - GB, contendo a Proposta Revisada do Valor Inicial da Margem Máxima (P0), e da Estrutura Tarifária da GÁS BRASILIANO proposta pela COMISSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE ENERGIA – CSPE na forma prevista no item 7, do art. 1°, da Portaria CSPE n° 288, de 28/04/2004, objeto da 2ª Etapa da Audiência Pública nº 002/2004 que se realiza no dia 07 de outubro de 2004, vimos apresentar nossa Contribuição, nos termos seguintes.

I.

Consoante estabelecido na cláusula DÉCIMA SEGUNDA e seguintes do Contrato de Concessão n° CSPE/02/99, firmado entre o Estado de São Paulo e a GÁS BRASILIANO em 10/12/1999, bem como o disposto no art. 42, do Decreto nº 43.889/99[1], a tarifa-teto a ser praticada pela concessionária na distribuição do gás canalizado é composta pela adição do Preço do Gás, do Preço do Transporte e da Margem de Distribuição, sendo este último fator preponderante na formação das tarifas para os diversos segmentos de usuários.

Apesar dos questionamentos levantados nas contribuições apresentadas na 1ª Etapa da Audiência Pública nº 002/2004, não há justificativa legal[2] para as diferenças nas Margens de Distribuição estabelecidas na Nota Técnica CSPE n° 2 - GB para os diversos segmentos de usuários com consumo de gás da mesma ordem de grandeza, como é particularmente o caso do segmento industrial e dos Postos GNV.

Com efeito, o art. 13, da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, dispõe textualmente que:

---

[1] "Art. 42 – As tarifas para a prestação do serviço serão tarifas tetos, assim entendidas como tarifas máximas aprovadas pela CSPE, a serem aplicadas aos usuários e deverão refletir:
I – preço de aquisição do gás;

II – custo do transporte;

III – margem de distribuição."

[2] O que efetivamente não pode ser auferida nesse Processo de Revisão Tarifária pela sonegação das informações relativas aos custos específicos e compartilhados incorridos pela concessionária em cada segmento de usuários.

> ***"art. 13 – As tarifas podem ser diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários."***

Esse comando está reproduzido no art. 43 do Decreto Estadual n° 43.889, de 10 de março de 1999, que aprovou o regulamento de concessão e permissão da Prestação de Serviços de Distribuição de Gás Canalizado no Estado de São Paulo, *in verbis*:

> ***"art. 43 – As tarifas podem ser diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários."***

É dizer, com toda clareza, que a lei apenas admite a diferenciação de tarifas para os diversos segmentos de usuários ***"em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários"***, impondo limites à discricionariedade da Agência Reguladora no exercício desse mister.

Merece conferir a respeito o judicioso comentário de MARÇAL JUSTEN FILHO ao art. 13, da Lei n° 8.987/95, *verbis*:

> ***"A validade da diferenciação de tarifas dependerá, em primeiro lugar, da existência de uma efetiva diferença no mundo fático entre as situações diferenciadas. Isso significa que não basta a afirmativa da diferença, pois se impõe sua comprovação. Em segundo lugar, o tratamento diferencial deverá ser proporcional e compatível com a diferença. Então, a diferença real não poderá ser mero pretexto para adoção de***

> ***tratamento discriminatório arbitrariamente eleito. A diferenciação de tarifas deverá retratar, no mundo jurídico, a diferenciação entre as situações concretas atendidas. Por fim, a diferenciação deverá ser compatível com os valores jurídicos consagrados constitucionalmente"[3].***

Esse aspecto não passou desapercebido pela CSPE no Anexo IV, da Nota Técnica n° 1 de 10/10/2003, editada para estabelecer a Metodologia Para Revisão Tarifária das Concessionárias de Gás Canalizado, onde estatuiu acerca do tema, o seguinte:

> ***"A aplicação do conceito de 'diferentes classes e modalidades de serviços' implica que os segmentos de usuários e classes propostos sejam definidos com base no critério de responsabilidade nos custos que esses segmentos e classes originam ao prestador do serviço de distribuição de gás canalizado. Portanto, somente podem ser diferenciados segmentos e classes de usuários para as quais a prestação do serviço implique custos diferentes segundo fatores de localização, capacidade demandada, volume consumido, entre outros".[4]***

Desta forma, a fixação da Margem de Distribuição (Md) deve observar o princípio legal que faculta ao Administrador fixar tarifas diferenciadas apenas ***"em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários"***.

---

[3] *Concessões de Serviços Públicos*, p. 163.
[4] pág. 160.

Cumpre notar que o ato que fixa a tarifa para o serviço público é ato administrativo vinculado[5], por isso que a CSPE, nesse mister, não pode, sob nenhum fundamento, se afastar da regra inserta no art. 13 da Lei n° 8.987/95.

Nesse sentido, ensinam ARNOLDO WALD, LUIZA RANGEL DE MORAES e ALEXANDRE WALD[6] que, ***"embora constituindo um ato unilateral, a decisão que define a tarifa é vinculada, e deve ser tomada obrigatoriamente em determinadas situações, não se tratando de ato arbitrário, nem mesmo discricionário"***.

Com efeito, a CSPE estabeleceu uma Margem Máxima de Distribuição, na média, de **0,2600 R$/m3**, fixando, todavia, Margens de Distribuição distintas para os vários segmentos de consumidores, o que somente se compatibiliza com o ordenamento legal se houver correspondência entre esta e a diferença de custos incorridos pela concessionária nos respectivos segmentos de usuários.

Nesse passo, é notória a diferença entre a Margem de Distribuição de R$ 0,114329 por m3 atribuída aos Postos GNV e a Margem de R$ 1,037825 por m3 atribuída aos consumidores comerciais, sem, todavia, ser demonstrado o custos específicos e compartilhados incorridos pela

---

[5] Segundo CELSO ANTONIO BANDEIRA 'DE MELLO , " **atos vinculados seriam aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face da situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração ao expedi-los não interfere com apreciação subjetiva alguma.**" (Curso de Direito Administrativo, Malheiros, 4ª. Edição, pág. 203).

[6] O Direito de Parceria e a Lei de Concessões, Saraiva, 2004, pág. 175.

Concessionária nesses segmentos, que foi sonegado nesse Processo de Revisão Tarifária.

Da mesma forma, a incompatibilidade entre a diferença de Margens de Distribuição e os custos específicos incorridos nos segmentos Industrial e o GNV não pode ser verificada, posto que a CSPE não disponibilizou o detalhamento de informações do CAPEX proposto, referente aos Programas de Expansão e Suporte de Operações de cada segmento de usuários, para que pudesse verificar os valores alocados no CAPEX para estes grupos de usuários (Industrial e GNV).

Todavia, não há como justificar dentro da norma legal as razões para que a Margem de Distribuição fixada para o segmento GNV seja de R$ **0,114329 por m3,** enquanto esta Margem de Distribuição, para o segmento Industrial ser de R$ **0,280720 por m3** (245% maior), considerando-se, para esta comparação, um consumidor industrial com consumo mensal de 150.000 m3 (banda.3 – Grande Porte), que é da mesma ordem de grandeza de um posto médio do segmento GNV.

Porque a fixação das Margens de Distribuição diferenciadas nos limites constantes da Proposta da CSPE, para estar em conformidade com a lei, exige a demonstração da correlação entre os custos específicos incorridos pela concessionária na distribuição do gás canalizado nos diversos segmentos de usuários e esta diferença, foi que o Anexo IV da Nota Técnica nº 1 de 10/10/2003, no subitem "Critérios para a alocação da

Margem Máxima (MM) aprovada pela CSPE às distintas classes tarifárias", dispôs o seguinte:

> ***" O princípio essencial para a definição dos critérios e procedimentos de alocação é evitar os subsídios cruzados entre os segmentos e classes de usuários. Isso implica que os custos alocados a uma classe devem refletir os custos reais do serviço que essa classe origina ao prestador. Dessa forma é assegurado que seja transmitido um sinal de preços apropriados aos consumidores."***
> **(..)**
> ***"No plano de Negócios a ser apresentado pela Concessionária os custos deverão ser desagregados de forma a permitir identificar:***
> ***a) Os custos compartilhados, ou seja, aqueles que são gerados de forma simultânea por mais de um segmento ou classe;***
> **b)** ***Os custos específicos, que podem ser alocados diretamente a um segmento e classe de usuários, tais como ramais, investimentos vinculados ao desenvolvimento de um segmento específico, medidores, etc."***

Todavia, a Concessionária não apresentou esses custos específicos e compartilhados, e se apresentou, a CSPE não disponibilizou aos interessados, o que obstou a verificação da efetiva correspondência entre os mesmos a e as Margens de Distribuição definidas para os respectivos segmentos de usuários.

Porque a fixação das tarifas para os distintos segmentos de usuários deve estrita observância à diferença nos custos específicos incorridos por cada segmento de usuários, *ex vi* do art. 13 da Lei n° 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e ser vedada a prática do subsídio

cruzado entre os diversos segmentos de usuários, por caracterizar conduta infringente da ordem econômica, requerem os signatários seja considerado, para a mesma finalidade, a realidade fática concernente à Margem de Distribuição, isto é, a alocação de Margens de Distribuição para cada segmento de usuário diversificada apenas e somente ***"em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários"***.

Sendo esta Contribuição que entendemos oportuna nesse momento, subscrevemo-nos,

Atenciosamente,

WALDEMAR DECCACHE **MAURÍCIO ALVES DE LIMA**

ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA WALDEMAR DECCACHE
Endereço: Rua Professor Carlos de Carvalho n° 164, grupos 51/52
E-mail: deccache@deccache.com.br
Fones: (11) 31672338 – (11) 96188312
Fax: (11) 3168.1968