

PARECER JURÍDICO Nº 047/2019

**CONTRATO DE CONCESSÃO. ALTERAÇÃO
DAS METAS CONTRATUAIS.
REQUERIMENTO DE REVISÃO ORDINÁRIA
DO CONTRATO PELA CONCESSIONÁRIA.
MANIFESTAÇÃO SOBRE PONTOS
JURIDICOS APRESENTADOS PELA
CONSULTORIA CONTRATADA.**

Inicialmente, cumpre esclarecer que, em análise ao requerimento de revisão ordinária do contrato apresentado pela Tubarão Saneamento S.A., a AGR contratou os trabalhos de assessoria da empresa LMDM – Consultoria Econômica.

O relatório apresentado pela Consultoria apresentou a análise jurídica de aspectos específicos avaliados pela mesma durante o processo de análise do pedido de reequilíbrio econômico-financeiro, que serão abordados no presente parecer.

Antes de adentrar à análise dos pontos jurídicos abordados, importa analisar a legalidade quanto ao reequilíbrio econômico financeiro ora requerido.

Conceitua-se o equilíbrio econômico-financeiro como a “relação de igualdade formada, de um lado, pelas obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste e, de outro lado, pela compensação econômica que lhe corresponderá.” A manutenção do equilíbrio, por sua vez, trata-se de garantia consagrada no ordenamento jurídico brasileiro.

Referida garantia está prevista na Constituição Federal, artigo 37, XXI, que dispõe sobre a “manutenção” das condições efetivas da proposta nos contratos administrativos.

A Lei de Concessões, por sua vez, prevê disposições taxativas acerca da possibilidade de previsão no contrato administrativo de “mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro”, conforme consta do artigo 9º, parágrafo 2º, da Lei nº. 8.987/95:

“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.”

Destaca-se, ainda, que o Contrato de Concessão n. 038/2012, firmado entre a Concessionária e o Município de Tubarão, também consignou expressamente a garantia de manutenção do equilíbrio econômico. Vejamos:

“CLÁUSULA 18 – EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO

18.1. Constitui condição fundamental do regime jurídico da CONCESSÃO, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro deste CONTRATO.

18.2. É pressuposto básico da equação econômico-financeira que regula as relações entre CONCEDENTE e CONCESSIONÁRIA o permanente equilíbrio entre os encargos da CONCESSIONÁRIA e as receitas da CONCESSÃO.”

Portanto, do ponto de vista teórico, a revisão de contrato administrativo para restabelecimento do seu equilíbrio possui sólido respaldo normativo.

Ultrapassada, portanto, a questão do respaldo legal quanto ao restabelecimento da equação econômico-financeira do contrato de concessão, cabe analisarmos qual o procedimento a ser adotado.

Nesse aspecto, a Cláusula 20 do Contrato de Concessão n. 038/2012 estabelece:

“20.2. A CONCESSIONÁRIA, quando da revisão ordinária, prevista no item 20.1, deverá encaminhar ao CONCEDENTE, em até 120 (cento e vinte) dias de sua verificação, o requerimento de REVISÃO, contendo todas as informações e dados necessários à análise do referido pedido, acompanhado de “relatório técnico” ou “laudo pericial” que demonstre, inequivocamente, o impacto ou a repercussão do evento sobre os principais componentes de custos e seus reflexos sobre as receitas da CONCESSIONÁRIA, que definam o valor da TARIFA, de acordo com o Plano de Negócios da CONCESSIONÁRIA.

20.3. O CONCEDENTE terá o prazo de até 60 (sessenta) dias, contados da data do protocolo do requerimento de REVISÃO referido no item anterior, para se pronunciar a respeito.

20.4. O prazo a que se refere o item anterior poderá ser suspenso uma única vez, caso o CONCEDENTE solicite à CONCESSIONÁRIA a apresentação de informações adicionais, voltando o prazo a fluir, sem solução de continuidade, a partir do cumprimento dessa exigência.

20.5. Ao aprovar o valor da REVISÃO proposto pela CONCESSIONÁRIA, o CONCEDENTE deverá notificar a CONCESSIONÁRIA a respeito, no prazo de 5 (cinco) dias contados da data de sua decisão.

20.6. Na hipótese de o concedente não concordar, total ou parcialmente, com o valor proposto pela concessionária para a revisão dos valores que compõem as tarifas, deverá informá-la fundamentadamente dentro de 5 (cinco) dias, acerca das razões de sua inconformidade, fixando o valor a ser praticado.

20.7. Definida a revisão, no prazo máximo de 10 (dez) dias do recebimento da notificação feita pelo CONCEDENTE à CONCESSIONÁRIA, as partes deverão celebrar o respectivo termo aditivo ao contrato, cujo extrato deverá ser publicado pelo CONCEDENTE na imprensa oficial.

20.8. A CONCESSIONÁRIA dará ampla divulgação aos usuários do valor tarifário revisado, mediante publicação em jornal de grande circulação no âmbito da área de concessão, observada uma antecedência mínima de 30 (trinta) dias anteriores à data da entrada em vigor do novo valor da tarifa.”

Da análise do Relatório Final apresentado pela Consultoria LMDM, especificamente do item “7. Parecer Jurídico”, depreendem-se os seguintes pontos abordados no estudo:

(a) o conflito entre a data base estabelecida no edital e a definida no contrato;

(b) a realização de pedidos de reequilíbrio tendo por fundamento a alteração de componentes de custos e investimentos previamente fixados na proposta comercial, especificamente analisando o PMAE sob a ótica do dever de cumprimento de suas diretrizes, conforme disposto no edital e contrato;

(c) o fato de a Concessionária realizar locação de equipamentos ao invés de compra-los, em face da disciplina contratual sobre bens reversíveis e a previsão em sua planilha de investimentos;

(d) legalidade da alteração da TIR e VPL apresentada na proposta comercial aceita na licitação, considerando a Decisão Auditoria TCE 2015-07-10 e o Relatório apresentado pela Consultoria;

(e) a situação do Município de Capivari de Baixo e seus efeitos no plano de negócios do Município de Tubarão e, conseqüentemente, no reequilíbrio da tarifa de Tubarão;

(f) legalidade da possível alocação no fluxo de caixa do imposto de renda realizado e a interpretação do § 3º do art. 9º da Lei nº 8.987/95.

No que tange ao **item “a”**, cabe ressaltar que a questão da **data base** fixada para reajuste da tarifa no Contrato de Concessão n. 038/2012 foi objeto de ação judicial, ajuizada pela Concessionária, com decisão favorável à tese da Tubarão Saneamento S.A. em primeiro grau, posteriormente confirmada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Diante dessa informação repassada pela AGR à Consultoria, o resultado final do estudo de reequilíbrio deve considerar a fixação da data base para reajuste em Agosto de 2011, conforme determinado judicialmente, e incluir tal diferença no cálculo do reequilíbrio realizado pela consultoria.

O **item “b”** mencionado pelo Parecer Jurídico do estudo apresentado pela Consultoria, analisa a questão dos pleitos realizados pela Concessionária, fundamentados na alteração de componentes de custos e investimentos previamente fixados na proposta comercial.

Sobre esse tema, a consultoria conclui que:

“Assim é que, não obstante o conteúdo do PMAE seja referencial, o cumprimento das suas metas e investimentos, pela Concessionária, é obrigatório. Eventuais divergências relacionadas com a natureza e o escopo das obras, serviços, fornecimentos, condições hidrológicas e climáticas previstas no PMAE que pudessem afetar a execução e os materiais necessários para utilização durante a construção e dos acessos aos locais onde serão realizadas as obras serviços deveriam ter sido levantadas pela Concessionária quando da licitação.

Apenas eventuais fatores e eventos supervenientes que determinem a alteração do PMAE para garantir a eficiência dos serviços prestados, com a definição de novas metas e diferentes investimentos podem ser objeto de discussão no momento das revisões ordinárias ou, até mesmo, extraordinárias, quando for o caso. No entanto, esta possibilidade de alteração seguida de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro não pode estar amparada em negligência da Concessionária na formulação de sua proposta técnica.”

Tal posicionamento apresentado no estudo, foi devidamente embasado nas premissas do edital, do PMAE, do Contrato de Concessão e da legislação vigente.

No **item “c”** do estudo foi analisada a questão dos **bens reversíveis**. De acordo com o relatório apresentado pela Consultoria, a Concessionária, enquanto proponente à época da licitação, apresentou em sua planilha de fluxo de caixa a realização de investimentos em bens, os quais

deveriam ser amortizados durante o período da concessão e reversíveis ao Município, conforme previsto no edital.

Nos termos já expostos no estudo apresentado, a reversão de bens ao Poder Concedente quando do término de um contrato de concessão de serviço público tem como objetivo garantir a continuidade da prestação dos serviços por meio da transferência à Administração da titularidade de bens que foram adquiridos pela Concessionária e que são considerados essenciais à exploração do serviço público.

No caso do Contrato nº 38/2012, contudo, não é possível concluir prontamente quais bens seriam afetos à concessão. O contrato apenas indica que “os bens afetos à Concessão não poderão ser alienados, exceto no caso de substituições, ou onerados pela Concessionária” (Cláusula 10.2).

A partir desta realidade, o estudo avaliou de que maneira os bens reversíveis foram considerados na proposta comercial apresentada pela Concessionária, a fim de se verificar se a substituição da aquisição pelo aluguel de bens é compatível ou não, com a lógica que permeia a reversibilidade.

Nesse sentido, verifica-se que a proposta da Concessionária prevê, em sua parte destinada aos investimentos, a compra ou a construção de sede administrativa, escritório operacional e loja de atendimento cujos valores seriam depreciados ao longo de 25 (vinte e cinco) anos. Diante desse panorama, o estudo concluiu o seguinte:

“Estes valores foram contemplados nos investimentos da concessionária, além de considerados no cálculo da tarifa cobrada pelos serviços de água e esgoto e integram, portanto, a remuneração. Desta forma, a substituição da aquisição ou da construção dos referidos espaços pela locação acarretaria um impacto na equação econômico-financeira do contrato, pois a concessionária estaria sendo remunerada sem oferecer como contrapartida a futura reversibilidade dos bens.” (Grifo nosso)

Como bem fundamentado no item “7. Parecer Jurídico” do estudo, ainda que os bens cuja locação ora se discute possam ser tidos como não essenciais à continuidade da prestação dos serviços de saneamento básico no Município de Tubarão, estes foram contabilizados enquanto bens reversíveis por conta da imprecisão do Contrato nº 38/2012.

Assim, a conclusão é no sentido de que eventuais locações dos bens só seriam válidas se precedidas da autorização do Poder Concedente e da reformulação da remuneração da concessionária, conforme exposto abaixo:

“À luz desse cenário, tendo em vista (i) a generalidade das disposições contratuais acerca de quais bens devem ser revertidos à Administração Pública; (ii) a inclusão dos bens de cunho administrativo como investimentos da concessionária e o consequente cômputo destes bens para fins de remuneração; (iii) o desequilíbrio da equação

econômico-financeira na hipótese de locação de referidos bens em vez de sua aquisição ou construção, entende-se que eventuais locações dos bens só seriam válidas se precedidas da autorização do Poder Concedente e da reformulação da remuneração da concessionária. Do contrário, as locações seriam incompatíveis com o atual regime de amortização dos investimentos da TSSA.

O item “d” abordado pelo jurídico da LMDM, com base nos apontamentos feitos pela AGR, tendo em vista o relatório apresentado, trata da **legalidade da alteração da TIR e VPL** apresentada na proposta comercial aceita na licitação, considerando a Decisão Auditoria TCE 2015-07-10.

Nesse ponto, o Relatório apresentado pela Consultoria observa que o edital de licitação previu taxa de remuneração fixa (10,75%), porém, na proposta apresentada à época da licitação, a TIR do projeto foi de 10,77%, e o VPL teve valor positivo de R\$185.610,00.

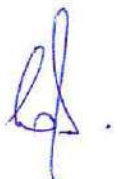
De acordo com a análise econômico financeira da LMDM, a Taxa Interna de Retorno de um projeto corresponde à taxa que iguala a equação de VPL a zero. Portanto, como se expôs de forma detalhada no parecer econômico, a taxa de desconto aplicada na proposta não foi a correta. Ou seja, houve um erro na proposta da Concessionária, que deu origem ao Contrato de Concessão n. 038/2012. Diante dessa constatação, o parecer econômico recomendou a correção desta falha neste momento, de forma a reequilibrar o contrato.

A análise jurídica abordada no item “7. Parecer Jurídico” concluiu que *“deve ser devolvido a modicidade tarifária fazendo o reequilíbrio da TMA proposta para que o retorno se reestabeleça na taxa contratual de 10,75% com VPL igual a zero”*, resumidamente pelos seguintes fundamentos:

- i) O edital de licitação que deu origem ao Contrato de Concessão n. 038/2012 estabeleceu a TIR a 10,75% e não a 10,77%;
- ii) O VPL positivo caracteriza desequilíbrio contra o usuário;
- iii) Havendo erro na proposta, não há direito da Concessionária na manutenção do VPL indicado.

Verifica-se, pois, que a questão está devidamente fundamentada pelos argumentos apresentados pela Consultoria.

O item “e” trata da situação do **Município de Capivari de Baixo** e seus efeitos no plano de negócios do Município de Tubarão e, conseqüentemente, no reequilíbrio da tarifa de Tubarão, tendo em vista a recomendação do TCE/SC na Auditoria realizada em 2015.



Conforme explanado no Parecer Jurídico da LMDM, a questão consiste no conflito entre a recomendação da consultoria (econômica e jurídica) com a manifestação do TCE/SC, no Relatório de Auditoria do ano de 2015, que entendeu ser necessária a consideração da receita decorrente do Município de Capivari de Baixo no fluxo de caixa do Município de Tubarão.

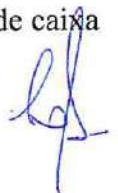
Cumprе lembrar que a decisão do TCE/SC, quando da Auditoria realizada em 2015, considerou que a receita prevista para os primeiros anos de concessão foi superada significativamente e um dos principais fatores seria o incremento da receita, em razão do faturamento do fornecimento de água para o Município de Capivari de Baixo, já que tal não estava prevista no cálculo da TMA - Tarifa Máxima de Água.

No entendimento da Corte de Contas estadual, o valor do contrato deveria ser alterado para incluir o somatório da arrecadação proveniente do Município de Capivari de Baixo. Contudo, conforme especificado pelo relatório da Consultoria, o edital previu expressamente que o fornecimento de água para o Município de Capivari de Baixo não integra o plano de negócios da Concessionária.

O Parecer Jurídico da LMDM defende que, apesar da recomendação do TCE/SC proferida em 2015, a realidade que se apresentou nos anos seguintes demonstra que a melhor opção para reequilibrar o contrato seria a não inclusão de Capivari no fluxo de caixa do contrato, pelas seguintes razões:

- i) A sentença proferida na ação judicial que discutiu o custo do metro cúbico fornecido para Capivari de Baixo concluiu que os contribuintes de Tubarão não devem financiar o abastecimento de Capivari;
- ii) A quitação do inadimplemento de Capivari compete ao Município de Tubarão e não aos usuários;
- iii) Adotar a opção da metodologia recomendada pelo TCE/SC (incluindo Capivari) operaria efeito contrário ao subsídio cruzado, ou seja, ao invés de a integração de concessões cruzadas determinar um benefício para os municípios, com a redução das tarifas, haveria uma oneração dos usuários de Tubarão.

No que tange à utilização da premissa adotada pelo TCE/SC no Reequilíbrio de 2016, cabe ressaltar que a Administração Pública pode rever seus atos, com fundamento nas Súmulas 346 e 473 do STF. Dessa forma, entende-se plausível a adoção da medida sugerida pela Consultoria para não incluir a receita oriunda do fornecimento de água para Capivari de Baixo no fluxo de caixa do contrato.



No item “f” acima mencionado, trata-se da análise da legalidade da **alteração do imposto de renda**, incluindo os valores efetivamente realizados no fluxo de caixa do negócio (conforme proposto pela área técnica da Consultoria), tendo em vista o previsto no § 3º do art. 9º da Lei nº 8.987/95, segundo o qual *“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”*.

Apesar dos fundamentos econômico financeiros apontados no Relatório da LMDM que sugerem a adoção dos valores reais de imposto de renda na planilha de fluxo de caixa do contrato, o Parecer Jurídico não apresentou opinião conclusiva a respeito da legalidade de adotar-se a premissa apontada pela Consultoria.

Ao contrário, restou demonstrado no Parecer Jurídico da LMDM que tanto a legislação vigente quanto o Contrato de Concessão n. 038/2012 determinam que as alterações no imposto de renda não geram direito ao reequilíbrio econômico financeiro do contrato. Vejamos:

“Primeiramente, é preciso pontuar que de acordo com o contrato vigente, quaisquer alterações no imposto de renda não gerariam direito ao reequilíbrio econômico-financeiro, uma vez que o item 21.1, alínea “b”, da Cláusula 21, excetua expressamente o imposto de renda do fato gerador do direito à revisão extraordinária.”

Nesse sentido, concluiu o Parecer Jurídico:

“Todavia, não há um consenso jurídico a este respeito, fato que deva pesar na decisão desta Agência, mais que isso, deve ser fato que motive a criação de uma Matriz de Riscos para pacificar os entendimentos de riscos e direitos que recaem às partes no que tange o referido Contrato de Concessão de Serviços de Saneamento Básico do Município de Tubarão.”

Nesse contexto, mesmo que sejam consideradas aceitáveis do ponto de vista econômico financeiro as razões apresentadas pela Consultoria, há que se atentar para as atribuições deste Ente Regulador definidas em lei, especialmente no que tange ao papel de órgão fiscalizador das normas legais e contratuais vigentes.

Sob este aspecto, vale destacar a previsão do art. 4º da Lei Complementar n. 020/2008, que assim dispõe:

“Art. 4º. No exercício de suas atribuições compete à Agência:

*I - editar normas e fazer cumprir os instrumentos de regulação relacionados aos serviços públicos municipais de saneamento básico;
(...)”*





AGÊNCIA REGULADORA DE
SANEAMENTO DE TUBARÃO

Diante disso, quanto aos valores correspondentes ao imposto de renda na planilha do fluxo de caixa do contrato, entende-se que a Agência deva seguir o disposto tanto na legislação vigente (§ 3º do art. 9º da Lei nº 8.987/95), quanto na Cláusula 21.1 do Contrato, de forma a não considerar os valores realizados.

Ante todo o exposto, opina-se favoravelmente à adoção das premissas apresentadas pela LMDM – Consultoria Econômica, nos termos acima relatados, com exceção do item “f” referente aos valores correspondentes ao imposto de renda realizado, por todas as razões supramencionadas.

Tubarão, 18 de janeiro de 2019.



LETÍCIA BIANCHINI DA SILVA
Superintendente Jurídico da AGR Tubarão-SC.
OAB/SC 16867