



ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA CONSULTIVA

PARECER N° 0440/2018

Interessado:COPERGÁS - Companhia Pernambucana de Gás

EMENTA. Direitos Constitucional e Administrativo. Contrato de concessão do serviço público de distribuição de gás natural. Tarifas. Reajuste automático ou homologação tácita. Impossibilidade. Necessidade de homologação expressa da ARPE.

Por meio do ofício CT COPERGÁS/PRE 085/2018, o Exmo. Diretor-Presidente da Companhia Pernambucana do Gás – COPERGÁS solicita manifestação desta Procuradoria sobre aspectos relacionados ao reajuste da tarifa de distribuição de gás natural canalizado, indagando se o repasse trimestral do custo do gás adquirido junto à PETROBRÁS e o repasse anual do reajuste da margem média devem ser imediatos ou aguardar deliberação e homologação da Agência de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado de Pernambuco -ARPE.

No expediente supramencionado, afirma o Consulente que "*a tarifa do gás natural praticada pela Copergás é composta por três variáveis, quais sejam: i. O custo do gás adquirido perante o supridor (que não é gerenciável e faz parte do contrato de compra e venda de gás celebrado entre PETROBRÁS e COPERGÁS); ii. A margem da Companhia por segmento de usuário (Margem essa aprovada e homologada pela ARPE, que deve levar em conta algumas variáveis como os investimentos, atualização anual e revisão periódica); e, iii. Os tributos (não gerenciáveis pela COPERGÁS).*

Aduz que "*a COPESGÁS sempre adquiriu o produto gás natural perante a Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRAS, que ainda figura como único supridor de gás natural no território brasileiro*", e que "*o atual contrato de compra e venda de gás natural pactuado entre COPERGÁS E PETROBRÁS no ano de 2009, trouxe regramento de reajuste de preços a cada 3 (três) meses, oscilando para baixo ou para cima*".

Assevera que, para fins de "*revisão tarifária em face do repasse do custo de aquisição do gás perante o supridor*", a COPERGÁS "vem adotando o



ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA CONSULTIVA

procedimento prévio de detalhar o impacto na tarifa do gás e solicitar a homologação da Agência de Regulação do Estado de Pernambuco, a qual analisa a postulação em nota técnica, delibera e homologa as novas tarifas com publicação de Portaria com as novas tarifas de gás para o trimestre seguinte".

Pontua que, até o momento, não obteve resposta da ARPE ao pedido de reajuste tarifário protocolado em 20/04/2018, pelo que traz à baila o disposto na cláusula 14^a e no anexo I do contrato de concessão, que fixam prazo de sete dias para o Concedente promover a homologação de reajustes de tarifas, ao mesmo tempo em que transcreve normas atinentes às competências da ARPE sobre a matéria.

Argumentando que a demora na homologação do reajuste solicitado compromete o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, questiona: "a) O repasse trimestral do custo do gás, adquirido pela COPERGÁS perante a supridora PETROBRÁS, para a tarifa, deve vigorar de imediato para o período seguinte ou aguardar deliberação e homologação pela ARPE? b) o repasse anual das tarifas referentes aos reajustes da margem média, para os 12 (doze) meses seguintes deverá passar a vigorar de imediato para o período seguinte ou aguardar deliberação e homologação pela ARPE?".

InSTRUem os autos cópias dos seguintes documentos: i) Correspondência CT. COPERGÁS/PRE 047/2018, de 17/04/2018, na qual a COPERGÁS apresenta pleito de reajuste perante a ARPE; ii) contrato de concessão para exploração do serviço de distribuição de gás canalizado, firmado entre Estado de Pernambuco e COPERGÁS.

É o relatório. Segue opinativo.

Na clássica lição de José Cretella Júnior¹, concessão de serviço público é "*a transferência, temporária ou resolúvel, por uma pessoa coletiva de direito público, de poderes que lhe competem para outra pessoa singular ou coletiva pública ou privada, a fim de que esta execute serviços por sua conta e risco, mas no interesse geral*".

¹ *Tratado de Direito Administrativo*, v. III, São Paulo: Forense, 1967, p. 121



ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA CONSULTIVA

Citando George Vedel e Pierre Devolvé, Maria Sylvia Zanella Di Pietro² ressalta que:

"A concessão de serviço público se constrói sobre duas ideias antitéticas, cujo equilíbrio constitui toda a teoria do contrato de concessão; trata-se:

- . de um lado, de um **serviço público** que deve funcionar no interesse geral e sob a autoridade da Administração;*
- . de outro lado, de uma **empresa capitalista** que comporta, no pensamento daquele que está a sua testa, o máximo de proveito possível".*

Disso redundaria, segundo Maria Sylvia Di Pietro, distintas características para os contratos de concessão. Por terem por objeto a execução de um serviço público, resultariam, dentre outras especificidades: i) a existência de cláusulas regulamentares no contrato; ii) a outorga de prerrogativas públicas ao concessionário; iii) a sujeição do concessionário aos princípios inerentes à prestação de serviços públicos; iv) o reconhecimento de poderes à Administração concedente; v) a natureza pública dos bens da concessionária afetados à prestação do serviço; vi) efeitos trilaterais da concessão de serviço público: sobre o poder concedente, o concessionário e os usuários. Do fato de ser a concessionária uma empresa capitalista que visa lucro, decorreriam: i) a natureza contratual da concessão de serviço público; ii) o direito do concessionário à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

Em qualquer caso, como bem lembrado por Di Pietro³, "o concessionário fica sujeito a todos os princípios pertinentes à execução de serviços públicos, em especial os da continuidade, mutabilidade do regime jurídico, igualdade dos usuários, além de outros indicados no art. 6º, § 1º, da Lei nº 8.987/95, como requisitos para que o serviço seja considerado adequado".

A principiologia e peculiaridades da concessão de serviços públicos encontra-se positivada na Lei Federal nº 8.987/95, merecendo destaque: i) as prerrogativas do Poder Concedente, dentre as quais a regulamentação do serviço, a fiscalização de sua prestação, a homologação de reajustes e a revisão de tarifas

² Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. São Paulo: Atlas, 2006, p. 93/94

³ Op. Cit., p. 94



ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA CONSULTIVA

(art. 29, I e V); ii) o dever de prestação de serviço adequado, assim considerado aquele que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas (art. 6º, *caput* e §1º).

Relativamente à política tarifária, dispõe o art. 9º da Lei nº 8.987/95 que: i) a tarifa será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação, preservadas as regras de revisão previstas na referida lei, no edital e no contrato (*caput*); ii) a tarifa não se subordina à legislação específica anterior (§1º); iii) o contrato pode prever mecanismos de revisão, para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro (§2º); iv) mudanças na carga tributária e alterações unilaterais que afetem o equilíbrio do contrato dão ensejo à revisão contratual (§§3º e 4º).

Conquanto tenha sido celebrado antes da edição da Lei nº 8.987/95, o contrato de concessão deve ser interpretado à luz das normas legais e constitucionais pertinentes, em especial o parágrafo único do art. 175 da Constituição da República⁴, determinando que a lei⁵ disponha sobre o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato, os direitos dos usuários, a política tarifária e a obrigação de manter serviço adequado.

A par das normas federais sobre a matéria, as disposições contratuais também devem ser interpretadas sob a ótica da legislação estadual,

⁴ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado.

⁵ No caso, a Lei nº 8.987/95



ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA CONSULTIVA

notadamente o disposto no *caput* dos arts. 248⁶ e 142⁷, ambos da Constituição do Estado de Pernambuco, segundo os quais os serviços públicos devem ser prestados por métodos que visem a maior eficiência e à modicidade da tarifa (art. 248), devendo o Poder Público manter órgão especializado para fiscalização dos serviços prestados em regime de concessão ou permissão, para assegurar os direitos dos usuários, a manutenção dos serviços e a fixação de política tarifária justa (art. 142).

Como se vê, a modicidade da tarifa é uma das preocupações centrais do Poder Constituinte Decorrente Pernambucano, preocupação essa materializada na Lei Estadual nº 10.904/1993⁸, ao reservar para o Concedente, como **prerrogativa inalienável**, a fixação da política tarifária e a revisão das tarifas, e, ao mesmo tempo, incluir no rol dos direitos dos usuários a previsão de que as tarifas sejam fixadas pelo Poder Concedente. É o que se extrai dos artigos 29, II e VI, e 390 I, da Lei 10.904/93 (sem destaques no original):

"Art. 29. Dos atos do Poder Concedente, decorrentes da aplicação desta lei, são prerrogativas **inalienáveis**:

(...)

II - a fixação da política tarifária;

VI - quando necessária, a revisão das tarifas ou da forma de pagamento, sempre por imposição de circunstâncias supervenientes e atendendo a interesse de três ordens:

- a) do Poder Concedente;
- b) do Concessionário;

⁶ Art. 248. Os serviços públicos, de natureza industrial ou domiciliar, serão prestados aos usuários por métodos que visem a maior eficiência e à modicidade das tarifas. Parágrafo único. Cabe ao Estado explorar diretamente ou mediante concessão à empresa estatal, com exclusividade de distribuição, os serviços de gás canalizado em todo o seu território, incluindo o fornecimento direto a partir de gasodutos de transporte, de forma que sejam atendidas as necessidades dos setores industrial, domiciliar, comercial, automotivos e outros.

⁷ Art. 142. O Poder Público manterá órgão especializado com o objetivo de fiscalizar os serviços públicos em regime de concessão ou permissão, de forma a assegurar os direitos inerentes aos usuários, a manutenção dos serviços e a fixação de uma política tarifária justa.

⁸ Dispõe, no âmbito do Estado de Pernambuco, sobre o regime concessão de obras públicas de concessão e permissão de serviços públicos

