

*DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO DE CONCESSÃO.
DIREITO DA CONCESSIONÁRIA À RECOMPOSIÇÃO TARIFÁRIA EM
VIRTUDE DE AUMENTO DO CUSTO E INSUMO*

Solicitado pela COMGÁS — COMPANHIA DE GÁS DE SÃO PAULO

e apresentado pelo PROFESSOR ARNOLDO WALD

EMENTA

Constitui dever legal e contratual do Poder Concedente, em face do preceito de preser-

vação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato — assegurado pela Constituição Federal (art. 37, XXI), pelo art. 9º, § 3º da Lei nº 8.987/95 e em cláusula inserta em contrato de concessão, assinado em 31 de maio de 1999 — promover a revisão extraordinária do valor da tarifa, no caso de aumento imprevisto do custo do insumo (preço de aquisição do gás) incorrido pela concessionária.

I. DA CONSULTA

1. A COMGÁS — COMPANHIA DE GÁS DE SÃO PAULO, através dos Drs. *HYGO GIORGI E FRANÇOIS MOREAU*, honra-nos com a consulta e versa sobre a disciplina dos reajustes e das revisões de tarifas, com base na análise das disposições letais e contratuais disciplinadoras da concessão, outorgada pelo Estado de São Paulo à Consultante, para exploração dos servidores públicos de gás canalizado.

2. O quesito formulado é o seguinte:

“Está o Poder Concedente legal e contratualmente obrigado a proceder ao reajuste ou revisão das tarifas, para todas as classes de consumidores, antes do encerrado o período anual, previsto no contrato de concessão, para que seja compensado o aumento extraordinário do preço de compra do gás, pela concessionária, quando comprovado que este aumento, nos custos da concessionária, provocou o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato?”

3. A Consultante fez juntar à consulta cópia do Edital de Licitações — Nº AS/F/805/99 — para Alienação de Ações do Capital Social da *COMPANHIA DE GÁS DE SÃO PAULO S/A — COMGÁS*, do contrato de concessão, celebrado com o Estado de São Paulo e de diversas correspondências trocadas entre a Consultante e a *COMISSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE ENERGIA — CSPE*.

II. DO PARECER

4. A resposta ao quesito formulado pela Consultante, parte, necessariamente, do exame

das disposições constitucionais, legislativas regulamentares e contratuais, atinentes à disciplina das concessões de serviços públicos, com destaque para a concessão de distribuição de gás canalizado no Estado de São Paulo.

5. Preliminarmente, faz-se importante traçar, em linhas gerais, os alicerces jurídicos básicos — constitucional e legal — do direito do concessionário à preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

A) O imperativo constitucional

6. Na Constituição de 1988, a garantia do equilíbrio econômico e financeiro se encontra no seu art. 37, XXI, até com uma extensão maior do que a anteriormente existente, pois se tornou explicitamente aplicável a todos os contratos administrativos e não somente à concessão, como ocorria no passado.

7. Efetivamente, estabelece o texto constitucional:

“Art. 37 — *A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:*

.....

XXI — *ressalvados os casos especificados na legislação, obras, serviços compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas e estabeleçam obrigações de pagamentos, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.*” (grifamos)

8. Assim, de acordo com a Constituição vigente, as obras, os serviços, as compras e as alienações, no campo do direito administrativo, inclusive as concessões, devem obedecer ao princípio da garantia da equação econômica-financeira, *sendo mantidas as condi-*

ções reais e efetivas, econômicas e financeiras da proposta.

B) A disciplina legislativa

9. Em nível infraconstitucional, a vigente Lei das Concessões (Lei nº 8.987, de 13/02/95), reafirma os princípios contidos na Carta Magna, nos termos do seu artigo 9º, respectivos parágrafos, e artigo 10, do seguinte teor:

“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:

§ 1º. A tarifa não será subordinada à legislação específica anterior.

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

§ 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 revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.

§ 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente *deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.* (grifamos)

Art. 10. Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido o equilíbrio econômico-financeiro.”

C) O tratamento jurisprudencial da matéria

10. Nossos tribunais reconhecem, mansa e pacificamente, o direito do concessionário de serviço público à preservação do equilíbrio econômico-financeiro do concessionário.

11. Assim, merece menção acórdão pioneiro do Tribunal Regional Federal da 1ª Região,

do qual foi relator o Juiz VICENTE LEAL, hoje Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Naquele julgamento, foi apreciado o desequilíbrio econômico-financeiro em concessão de transporte aéreo de passageiros nos seguintes termos:

“ADMINISTRATIVO E CIVIL. CONTRATO DE CONCESSÃO DE TRANSPORTE AÉREO. DEFASAGEM NO VALOR DAS TARIFAS. PREJUÍZO INDENIZAÇÃO.

A Constituição Federal de 1967, sob a redação da Emenda nº 01/69, assegurava, nos contratos de concessão de serviços públicos, a manutenção do equilíbrio econômico e financeiro do pacto, por meio da fixação de tarifas reais, suficientes, inclusive, para a justa remuneração do capital e a expansão dos serviços (art. 167. II).

O mesmo princípio, com maior abrangência, encontra-se esculpido no art. 37, XXI, da nova Carta Política.

Demonstrada, de forma sobeja, por via de prova pericial e documental, a ocorrência de efetiva defasagem no valor das tarifas do transporte aéreo, com graves e vultosos prejuízos para a empresa concessionária, em consequência de omissão do Poder Concedente, impõe-se a reparação dos danos por meio do pagamento de indenização.

Não comporta censura laudo pericial sobejamente fundamentado, eu não sofri impugnação na fase processual própria, além de que não houve qualquer alegação contra a capacidade técnica do experto oficial.

Apelação e remessa oficial desprovidas.”¹

12. No seu voto, proclamou o eminente relator, Ministro VICENTE LEAL:

“Como visto a doutrina é uníssona em proclamar que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo deve ser resguardado.

.....

Desrespeitado este princípio por ato comissivo ou omissivo do Poder Concedente, impõe-se a recomposição da equação financeira, tendo em vista não só a imperiosa neces-

1 AC nº 91.01.11006.3 — DF. Terceira Turma/TFR/1ª Região — D.J.U. de 06/08/92, pp. 22953 e RF 319, p. 141.

sidade de que os serviços públicos tenham continuidade, mas também em razão do princípio jurídico eu preconiza que todo aquele que, por ação ou omissão causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano (Código Civil, art. 159).” (grifamos)

13. Esclareça-se que o mencionado acórdão foi confirmado no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal em decisões unânimes, relatadas, respectivamente, pelo Ministro *CESAR ASFOR ROCHA*¹ e Ministro *OCTÁVIO ALLOTTI*.²

14. A jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça é tranqüila neste sentido, como se pode verificar de diversos acórdãos, em especial da 1ª e da 2ª Turmas, as duas especializadas em matéria de Direito Público.

15. Julgando feito em que se discutiam as alterações na economia contratual de concessionárias de transporte coletivo no Estado do Tocantins, a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que as modificações, em prejuízo do concessionário, eram ilegais. Da ementa destacam-se os seguintes trechos:

“O contrato de concessão da Administração com terceiros, para a realização de serviço público, constitui ajuste de Direito Administrativo, bilateral e oneroso, inalterável, unilateralmente, especialmente em relação a cláusula que ocasionem manifesto prejuízo ao concessionário.

A concessão de serviço público, nos termos da legislação pertinente, só é alterável, com dano ao concessionário, se observado o devido processo legal, em que se assegure ampla defesa ao contratante prejudicado.

É ineficaz a alteração de cláusulas financeiras do contrato de concessão, com prejuízo para a concessionária, sem que aquela (alte-

*ração) tenha sido efetivada mediante procedimento licitatório.”*³

16. Em outro acórdão da mesma 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ficou assentado que os direitos do concessionário não podem impedir a Administração de regulamentar os serviços de transporte coletivo dentro do âmbito de sua competência. O que lhe é vedado, entretanto é a imposição de onerosidade imprevista ao particular. Isto é o que constou do corpo do aresto, e foi resumido na ementa:

*“É lícito ao poder concedente alterar, unilateralmente, as cláusulas objetivas do serviço, e, até, agravar os encargos ou as obrigações do concessionário, desde que reajuste remuneração estipulada, evitando a quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.”*⁴

17. Já na 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, foi submetida a julgamento a questão específica de permissão de serviço público de transporte coletivo, tendo sido decidido que também aí é aplicável o princípio do equilíbrio econômico-financeiro do pacto administrativo. Da ementa deste acórdão se pode transcrever o seguinte trecho:

*“Permissonárias de transporte coletivo de passageiros. Insurgência contra cobrança instituída pela Resolução SHDU-42, do Sr. Secretário de Habitação e Desenvolvimento Urbano do Estado de São Paulo. Taxa. Preço público. Tarifa. Diferenciação. Poder de polícia. Contrato administrativo, observância ao princípio da equação econômico financeira.”*⁵

18. Em seguida, no corpo do acórdão, a questão foi apreciada em detalhe, ficando definitivamente consagrado e reconhecido o di-

1 REsp nº 32.534-5.

2 RE nº 183.180-4.

3 Recurso em Mandado de Segurança nº 1.681-0-TO, Relator Ministro DEMÓCRITO REINALDO, *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, vol. 52, pp. 305-6.

4 Recurso em Mandado de Segurança nº 3.161-6 RJ, Relator Ministro DEMÓCRITO REINALDO, *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, vol. 55, p. 378.

5 Recurso em Mandado de Segurança nº 582-SP, Relator Ministro AMÉRICO LUZ, *Revista de Direito Administrativo*, vol. 186, p.133.

reito do concessionário à manutenção da equação econômico-financeira pactuada quando da outorga da concessão ou da permissão nos seguintes termos:

*“Isto quer dizer que a prestação do serviço público é feita em nome do poder público, ‘sob condições alteráveis unilateralmente pelo estado’, só que, além de tarifa dever-se cobrar ao usuário do serviço público permitido, há a obrigação de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro inicial, no caso desrespeitada pela administração quando altera a permissão quebrando aquele equilíbrio.”*¹ (grifamos)

19. Acompanhando este entendimento, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em acórdão respaldado na doutrina unânime, identifica no art. 37, XXI, da Constituição de 1988, o princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, afirmando que “o art. 175, da Constituição, deve ser compreendido na visão do preceito geral inscrito no art. 37, XXI, do mesmo Estatuto Fundamental”.²

20. Em outro julgado, em mandado de segurança, perante o mesmo Tribunal Regional Federal, abaixo reproduzido, também se observa o reconhecimento expresso do direito da concessionária de serviço público à revisão tarifária correspondente ao aumento extraordinário do custo do insumo, em respeito ao princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, como ilustra sua ementa:

“A União é parte legítima nas ações em que se impugnam os reajustes nas tarifas de energia elétrica no período de congelamento de preços. A majoração das tarifas de energia elétrica, logo após a edição do Plano Cruzado, foi ilegal, por afronta ao DL nº 2283/86.

Este ato ilegal não contaminou os aumentos futuros, na medida em que liberados os preços — não havia impedimento para que as

tarifas fossem fixadas de acordo com os custos de insumo, visando manter o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos de concessão.

A partir do advento da Portaria nº 153/86 cessaram os efeitos dos aumentos ilegais. Decadência reconhecida.”³ (grifamos)

21. Os acórdãos acima reproduzidos dão a tônica do entendimento jurisprudencial sobre a matéria em debate, eu revela-se mansa e pacífica quanto ao reconhecimento do direito intocável do concessionário, ou permissionário, de serviço público de manter a equação econômico-financeira presente no início da contratação.

D) Posição da doutrina

22. Cabe aduzir eu concessão de serviço público, assim como qualquer outra atividade administrativa, é regida pelo *princípio da legalidade*, o que significa dizer que tanto o concessionário, como o poder concedente, submetem-se ao ordenamento jurídico atinente à matéria.

23. Basicamente, no direito administrativo, não é lícito modificar o equilíbrio financeiro, de tal modo que a qualquer novo encargo atribuído ao concessionário, ou permissionário de serviço público, ou mudança substancial na relação econômica existente no momento inicial da contratação, deve o Estado fazer corresponder uma compensação adequada.

24. Conforme salienta o eminente jurista CAIO TÁCITO, em um dos muitos artigos e pareceres exarados sobre a matéria:

“O equilíbrio financeiro, ou, conforme a terminologia consagrada, o princípio da equação financeira dos contratos tem a função dinâmica de garantir, mediante o justo regime de tarifas razoáveis, a continuidade e

1 Trecho do voto do Ministro AMÉRICO LUZ no acórdão referido acima, *Revista de Direito Administrativo*, vol. 186, p. 138.

2 Acórdão na Apelação Cível nº 110.063, *Revista de Direito Administrativo*, vol. 189, pp. 302-303.

3 AMS 1998.01.00.0006704-0/DF, Apelação em Mandado de Segurança; Relatora: Juíza SELENE ALMEIDA — 4ª Turma do Tribunal Regional da 1ª Região, julgamento em 17/09/99, publicada no DJ em 29/10/99, p. 494.

melhoria do serviço concedido. É, ao mesmo tempo, a preservação do interesse de ambas as partes — investidor e usuário — na segurança da qualidade e expansão do serviço concedido.

A deterioração do capital mal remunerado é um processo indireto de confisco da propriedade, e a insuficiência tarifária representa a omissão do concedente em possibilitar a regularidade no funcionamento do serviço público.”¹

25. Em reforço a esta tese, o mesmo autor, em outro artigo sobre o tema, ressalta:

“Em matéria de serviços públicos, mesmo quando explorados por empresas estatais, não há sucedâneo para o equilíbrio econômico-financeiro dos empreendimentos. O preço da perda de rentabilidade, pela insuficiência tarifária ou ausência de outra forma compensatória (como, por exemplo, subsídios ou auxílios), é a deterioração qualitativa do serviço, expressa na sobrecarga das instalações, na paralisia do crescimento, na perda de avanço tecnológico e até mesmo nas interrupções de fornecimento.”²

26. A esta lição, acrescenta CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO:

“Equilíbrio econômico-financeiro ou equação econômico-financeira é 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 equação econômico-financeira é intangível.”³

27. E arremata:

“Para tanto, o que importa, obviamente, não é a aparência de um respeito ao valor contido na equação econômico-financeira,

mas o real acatamento dele. De nada vale homenagear a forma quando se agrava o conteúdo. O que as partes colimam em um ajuste não é satisfação de fórmulas ou de fantasias, mas um resultado real, uma realidade efetiva que se determina pelo espírito da avença; vale dizer, pelo conteúdo verdadeiro do convênio.”⁴

28. Já o saudoso mestre HELY LOPES MEIRELLES, define a equação da seguinte forma:

“Em última análise, é a correlação entre o objeto do contrato e a sua remuneração, originariamente prevista e fixada pelas partes em números absolutos ou em escala móvel. Essas correlações devem ser conservadas durante toda a execução do contrato, mesmo que alteradas as cláusulas regulamentares da prestação ajustada, a fim de que se mantenha a equação financeira, ou, por outras palavras, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato”.⁵

29. Há já quase trinta anos, equiparamos o contrato administrativo à dívida de valor e escrevemos que:

“Em virtude da presença no contrato administrativo do interesse público, a fim de ser continuada e terminada a obra, com as modificações unilaterais que podem ser impostas ao empreiteiro pelo poder público, é que se compensa o contratante particular, assegurando-lhe a equação financeira do contrato. Assim, em todo contrato administrativo, existe, explícito ou implícito, um direito do contratante particular a um certo equilíbrio financeiro. A doutrina explica que o mencionado equilíbrio consiste em entender o contrato administrativo como um todo no qual os interesses das partes se condicionam; quan-

1 CAIO TÁCITO, Parecer publicado em *Revista de Direito Administrativo* 203, janeiro-março de 1996, pp. 406-413.

2 CAIO TÁCITO, *Evolução das Concessões de Energia Elétrica no Brasil*, in *Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)* 1º vol., Editora Renovar, Rio de Janeiro, 1997, p. 761-776.

3 CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO, *Elementos de Direito Administrativo*, Editora Revista dos Tribunais, 2ª ed., São Paulo, 1990, pp. 218/219.

4 CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO, obra citada, p. 221.

5 HELY LOPES MEIRELLES, *Licitação e Contrato Administrativo*, Editora Malheiros, 11ª edição, São Paulo, 1996, p. 165-166.

do, em certas condições, ocorre uma ruptura do equilíbrio inicial em detrimento do contratante particular, este tem direito ao restabelecimento desse equilíbrio mediante o pagamento, pela administração, de uma compensação pecuniária, ou seja de um complemento ou reajuste de preço.”¹

30. E, mais recentemente, tivemos a oportunidade de afirmar que:

“à equação econômico-financeira que deve ser mantida na sua integralidade mas tão-somente nos contratos administrativos — e nos privados dirigidos ou evolutivos que lhe são equiparados — e nas dívidas de valor. Cabe ao jurista, que deve submeter a economia à ética, encontrar as soluções adequadas, a fim de evitar injustiças e iniquidades, que se multiplicaram em virtude da inflação, pois a mesma ‘mantém as aparências e destrói as realidades’”²

31. A doutrina é, pois, uníssona em proclamar que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo deve ser resguardado ao concessionário de serviços públicos, como direito consagrado na constituição e na lei, devendo ser reproduzida, como cláusula obrigatória, nos contratos de concessão.

E) Do reajuste e da recomposição de tarifas

32. É importante, porém, distinguir entre o reajuste e a recomposição de tarifas, dois conceitos diferentes que podem ser confundidos.

33. O reajuste se faz pela correção monetária, que é pura e simples reposição do poder aquisitivo da moeda, corroído pela inflação. A doutrina e a jurisprudência são unânimes em reconhecer que a correção monetária não

é nem um *plus*, nem um *minus*, mas a mera atualização dos montantes devidos em virtude do decurso do tempo, numa fase inflacionária, conforme já assinalamos desde 1956.³

34. Já a idéia de recomposição de preço leva em consideração as particularidades de uma determinada atividade. Assim, se as partes convencionam um contrato de construção de um prédio, o reajuste do preço do contrato levará em conta a realidade específica do setor da construção civil e as particularidades da obra em questão.

35. Ora, pode ser que o custo de uma determinada obra ou serviço tenha aumentado mais, ou menos, do que a inflação constatada na economia como um todo. Desta forma, a recomposição do preço deverá ser feita de acordo com esta variação — custo da obra ou serviço em questão, podendo ser maior ou menor do que a pura e simples correção monetária, mesmo que calculada or índices setoriais.

36. Por se tratarem de noções distintas — reajuste e recomposição de tarifas — é óbvio que o seu tratamento jurídico deve também ser diferenciado, sendo inadmissíveis as interpretações que as confundam.

37. Já tivemos o ensejo de afirmar que:

“Cabe aqui ressaltar que reajuste e recomposição de preço são coisas distintas. O reajuste é uma atualização do preço com base nos índices que refletem a variação do custo do contrato. A recomposição, por sua vez, é a restauração do equilíbrio econômico-financeiro perturbado e está diretamente ligada à manutenção da margem de lucro do concessionário.”⁴

38. Os tribunais do País são unânimes na orientação de que a correção não é pena nem acréscimo. É mera reformulação da dívida

1 ARNOLDO WALD, *Estudos e Pareceres de Direito Comercial*. 1ª série, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1972, p. 91.

2 ARNOLDO WALD, *Equilíbrio Econômico e Financeiro no Direito Brasileiro*, in *Estudos em homenagem ao Professor CAIO TÁCITO*, Rio de Janeiro, Renovar, 1997, pp. 96-97.

3 ARNOLDO WALD, *A Cláusula de Escala Móvel*, Max Limonad, São Paulo, 1956.

4 ARNOLDO WALD, ALEXANDRE DE MENDONÇA WALD e LUIZA RANGEL DE MORAES, *O Direito de Parceria e a Nova Lei de Concessões*, Ed. Revista dos Tribunais, 1996, p. 117.

para que permaneça verdadeira em data futura. É o mesmo valor atualizado para que não sofra os efeitos nefastos na inflação. Sendo simples mecanismo de recuperação do valor da moeda, não eleva o débito ou crédito. Não é um *plus* em relação ao principal, mas o *próprio* principal, com valor preservado.

39. Aliás, ao reverso, como já salientou o eminente Ministro *ILMAR GALVÃO*, “o pagamento sem correção monetária significa pagamento incompleto, insuscetível de extinguir a obrigação”.¹

40. Já a *recomposição* enseja estabelecimento de *novo* preço ou tarifa, fruto das condições econômicas específicas (não generalizadas) que afetaram o contrato, provocando rompimento do equilíbrio econômico e financeiro.

41. Aplicando os ensinamentos doutrinários e jurisprudenciais à hipótese vertente, o resultado é o seguinte:

a) a tarifa resultante de *reajuste* é a *mesma* tarifa anterior, não significando o reajuste um aumento, nem importando em fixação de nova tarifa, dados os conceitos prevalentes em matéria de correção monetária;

b) já a tarifa correspondente à *recomposição* deve ser considerada tarifa nova, cuja estipulação é destinada a recompor a equação contratual, perdida por incidência de “*áreas* econômicas ou administrativas”, não decorrentes apenas da inflação geral.

42. Cumpre enfatizar que a atualização ou *reajuste* das tarifas obedecerá, no caso concreto, ao disposto nas Subcláusulas Sétima e Oitava, da Cláusula Décima-Primeira do Contrato de Concessão, assinado pela *CONSULENTE* com o Estado de São Paulo, prevendo a periodicidade anual (ou menor, se a legislação o permitir) e a fórmula adotada para a aplicação do índice de reajuste tarifário.

43. Já a revisão das tarifas — que se pode subdividir em revisão ordinária e revisão extraordinária — submeter-se-á às disposições das Subcláusulas Sétima à Décima Primeira, da Cláusula Sétima do referido Contrato de

Concessão, cujo conceito e processo são completamente diferentes daqueles estabelecidos para o simples reajuste.

44. De acordo com o disposto nas Subcláusulas Sétima e Oitava, da Cláusula Sétima do Contrato de Concessão, a revisão ordinária obedecerá ao cronograma traçado contratualmente — a primeira após o quarto reajuste anual e as demais dentro de quatro anos. Quanto ao procedimento, a revisão poderá consistir em aumento ou redução da tarifa e observará diversos fatores (estrutura de custos e de mercado da concessionária, níveis de tarifas, praticados nacional e internacionalmente, por empresas similares, e os princípios de estímulo à eficiência e modicidade das tarifas, tudo nos termos do contrato e da lei).

45. No tocante à chamada revisão extraordinária, o Contrato de Concessão prevê a revisão da tarifa, a qualquer tempo, atendendo aos ditames da Lei nº 8.987/95 — de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato — aplicável, nos exatos termos contratuais (Subcláusula Décima-Sexta, da Cláusula Décima-Primeira):

“A *CSPE* poderá, a qualquer tempo, proceder à revisão das tarifas, visando a manter o equilíbrio econômico-financeiro deste Contrato, sem prejuízo dos reajustes e revisões previstos neste Contrato, caso hajam variações, para mais ou para menos, significativas nos custos da *CONCESSIONÁRIA*.”

46. No caso, embora o contrato mencione que a *CSPE* poderá rever as tarifas, trata-se, em virtude da Constituição e da lei, de um verdadeiro poder — dever, incumbindo à *CSPE* a obrigação de proceder à revisão para o fim previsto (manter o equilíbrio econômico-financeiro).

F) A situação da consulente

47. A *CONSULENTE* é concessionária de distribuição de gás canalizado, conforme contrato de concessão para exploração de serviço

1 RT 749/263.

público firmado com o Estado de São Paulo, por intermédio da CSPE — Comissão de Serviços Públicos, em 31 de maio de 1999.

48. Regulam as tarifas, aplicáveis pela concessionária, as Cláusulas Décima Primeira à Décima Terceira do Contrato, em estrita observância da legislação pertinente.

49. No *caput* da Cláusula Décima Primeira do Contrato estabeleceu-se que, pela prestação dos serviços que lhe são concedidos, a concessionária cobrará até o limite das tarifas tetos fixadas pela CSPE.

50. A Subcláusula Sexta, da Cláusula Décima Primeira do Contrato dispôs que as tarifas tetos constantes das tabelas tarifárias, fixadas pela CSPE e vigentes em 31 de maio de 1999, passam a ser decompostas, sem alteração do seu valor final, em preço do Gás (Pg), preço do Transporte (Pt) e Margem de Distribuição (Md). O preço do Gás (Pg) e o preço do Transporte (Pt) poderão ser considerados agrupados quando os contratos de suprimentos vigentes assim o estabeleçam.

51. A Subcláusula Sétima da Cláusula Décima Primeira do Contrato, em cumprimento da legislação vigente, disciplina que os valores das Margens de Distribuição (Md) serão reajustados com periodicidade anual.

52. Há a Subcláusula Décima Primeira, da Cláusula Décima Primeira do Contrato estabeleceu que, em ocorrendo variações no preço do Gás (Pg) ou do Transporte (Pt), no período compreendido entre 31 de maio de 1999 e a data da ocorrência do reajuste subsequente, os valores correspondentes às diferenças, a maior ou menor, que tenham sido aprovados pela CSPE, serão contabilizados em separado e atualizados através de uma das taxas básicas de juros fixadas pelo Banco Central, a ser elegida pela CSPE, considerando, no reajuste, os valores apurados.

53. No entanto, nas hipóteses em que os aumentos dos custos do gás ou do transporte forem significativos, concorrendo de forma inequívoca para o comprometimento do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato, a Décima Sexta Subcláusula, da Cláusula Décima Primeira do Contrato prevê, excepcionalmente, que CSPE poderá, a qualquer tem-

po, proceder à revisão das tarifas, prerrogativa esta contemplada no § 4º, do art. 9º, da Lei Federal nº 8.987/95.

54. Aplicando-se o direito ao caso, não resta qualquer dúvida de que ocorreu acréscimo extraordinário dos custos da concessionária com o seu principal insumo — compra do gás — o que provocou, comprovadamente, o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão.

55. Verificado o pressuposto básico para o procedimento de revisão tarifária extraordinária, como no caso em tela, não pode a CSPE, enquanto representante do Poder Concedente, furtar-se ao seu dever constitucional, legal e contratual de promover a recomposição tarifária da Concessionária.

56. Cumpre, ainda, salientar que a Agência Reguladora já reconheceu, anteriormente, a legitimidade do pedido revisional de tarifas, em face da elevação nos custos da concessionária, provocada também pelos aumentos do preço do gás, verificados em junho e julho de 1999, deferindo a recomposição tarifária respectiva, em setembro de 1999, criando assim incontestável precedente, que serve até para aplicar o contrato, devidamente interpretado pelos atos de execução das partes (art. 131 do Código Comercial), também aplicável aos contratos administrativos. Trata-se de mais um motivo para que adote o mesmo procedimento, respaldado na lei e no contrato, quanto ao pedido revisional a que a Consulente tem direito, em face do manifesto rompimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, documentalmente demonstrado.

III. CONCLUSÕES. RESPOSTA AO QUESITO FORMULADO

57. Diante de todo exposto, passamos a responder ao quesito formulado:

58. QUESITO ÚNICO:

“Está o Poder Concedente legal e contratualmente obrigado a proceder ao reajuste ou revisão das tarifas, para todas as classes de consumidores, antes de encerrado o período anual, previsto no contrato de concessão,

para que seja compensado o aumento extraordinário do preço de compra do gás, pela concessionária, quando comprovado que este aumento nos custos da concessionária provocou o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato?"

RESPOSTA AO QUESITO:

59. A resposta é afirmativa. Entendemos que, uma vez verificado o pressuposto básico para o procedimento de revisão tarifária extraordinária, como ocorre no caso em tela, não pode a CSPE, enquanto representante do Poder Concedente, furtar-se ao seu dever constitucional, legal e contratual de promover a recomposição tarifária da Concessionária. Tal recomposição deve ser integral, abrangendo todas as categorias de consumidores, na medida em que o aumento extraordinário do pre-

ço de compra pela concessionária do gás, pela concessionária, afetou o seu custo para todas estas classes de usuários, não se justificando, ademais, atribuir a apenas algumas categorias o acréscimo tarifário decorrente da revisão de tarifas, numa discriminação descabida.

60. Ademais, conforme aduzido acima, foi reconhecido o direito da CONSULENTE à recomposição tarifária, pela própria Agência Reguladora, em pleito formulado, com base no mesmo pressuposto, previsto contratualmente.

É o nosso parecer.

São Paulo, 28 de fevereiro de 2000

ARNOLDO WALD — *Advogado inscrito no OAB/RJ nº 6.582 e OAB/SP nº 46.560.A. Professor Catedrático de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*