

Rio de Janeiro/RJ, 01 de março de 2012.

DIJUR-E- 463/12

A

Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro – AGENERSA
Rua 13 de maio, n.º 23 – 23º andar

NESTA

A/C.: Ilmo. Sr. Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro da AGENERSA

Referência: Processo E-12/020.334/2010 – Condições Gerais de Tarifas para autoprodutores, auto-importadores e consumidores livres de gás natural.

Assunto: Contribuição à Consulta Pública – CEG e CEG RIO.

Prezado Senhor,


Em atenção à reabertura, pela AGENERSA, do prazo para envio de contribuições à Consulta Pública “A Lei do Gás e seus impactos no Estado do Rio de Janeiro”, vem as Concessionárias CEG e CEG RIO apresentar suas contribuições.

Neste contexto, segue, em anexo a esta, o Parecer Jurídico elaborado pelo renomado Jurista, Professor Arnoldo Wald, intitulado “A Lei do Gás e a Disciplina da Exploração dos Serviços de Gás Canalizado, pelo Estado do Rio de Janeiro”, com análises e conclusões que prestam valiosos esclarecimentos sobre o assunto e que, seguramente, serão consideradas na decisão sobre o assunto.

Sendo o que se apresenta para o momento, renovamos nossos protestos de estima e elevada consideração, subscrevendo-nos,

Atenciosamente,


Kátia Junqueira
Diretora de Serviços Jurídicos


Rossana Corrêa
Assistente
Mat. 2832 - AGENERSA
01/03/12

0780
01 03 2012
13 43

Companhia Distribuidora de Gás
do Rio de Janeiro - CEG
Av. Pedro II, 68 - São Cristóvão
Cep 20.941 - 070 - Rio de Janeiro
RJ - Brasil
Tel.: +55 21 3115-6565
www.ceg.com.br



**A LEI DO GÁS E A DISCIPLINA DA
EXPLORAÇÃO DOS SERVIÇOS DE GÁS
CANALIZADO, PELO ESTADO DO RIO
DE JANEIRO.**

PARECER

solicitado por

CEG RIO S.A.

e

COMPANHIA DISTRIBUIDORA DE GÁS CANALIZADO - CEG

e apresentado pelo
PROFESSOR ARNOLDO WALD

São Paulo
Fevereiro de 2012

“O critério de repartição de competências adotado pela Constituição não permite que se fale em superioridade hierárquica de leis federais sobre as leis estaduais. Há, antes, divisão de competências entre esses entes. Há inconstitucionalidade tanto na invasão da competência da União pelo Estado-membro como na hipótese inversa.”¹

GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO

“A Constituição da república reservou para a União a parcela de competência referente ao transporte do gás das áreas produtoras para as concessionárias de recepção, competindo aos Estados-membros explorar os serviços locais de gás canalizado.”²

STF, MINISTRA CÁRMEN LÚCIA

“A modificação unilateral do contrato administrativo atinge apenas as chamadas cláusulas regulamentares ou de serviço, isto é, aquelas que dispõem sobre o objeto do contrato e o modo de sua execução. Tal prerrogativa, entretanto, não pode comprometer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Antes pelo contrário: a outra face da questão, contraposta às chamadas cláusulas exorbitantes, é justamente a intangibilidade da equação econômico financeira da avença. As disposições relativas à remuneração – afirma Celso Antônio Bandeira de Mello – ‘escapam ao poder de modificação unilateral da Administração’. Assim, o equilíbrio financeiro ou equação financeira do contrato é uma relação que foi estabelecida pelas próprias partes, contratantes no momento da conclusão do contrato, entre um conjunto de direitos do contratante e um conjunto de encargos deste, que pareceram equivalentes, donde o nome de equação; desde então esta equivalência não mais poderia ser alterada”³.

STJ, MINISTRA DENISE ARRUDA

“A prerrogativa de fixar e alterar unilateralmente as cláusulas regulamentares é inerente à Administração. A despeito disso, há cláusulas imutáveis, que são aquelas referentes ao aspecto econômico-financeiro do contrato. As prerrogativas da Administração, advindas das cláusulas exorbitantes do Direito Privado, contrapõe-se a proteção econômica do contratado, que garante a manutenção do equilíbrio contratual (...)”⁴.

STJ, MINISTRO FRANCIULLI NETTO

¹ **GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, Curso de Direito Constitucional**, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 873.

² STF, Reclamação nº 4.210/SP, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJ 14 de novembro de 2006.

³ STJ, 1ª Turma, Recurso Especial nº 621.163/RJ, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJ 13 de março de 2006.

⁴ STJ, 2ª Turma, Recurso Especial nº 216.018/DF, Rel. Min. FRANCIULLI NETTO, DJ 10 de setembro de 2001.

EMENTA:

Modelo Federativo de Estado. Rígida partilha de competências entre a União e os demais entes federados.

Competência exclusiva dos Estados-membros para prestação e normatização dos serviços locais de gás canalizado.

A competência da União, na movimentação de gás, termina onde começa a competência dos Estados-membros.

A atuação federal vai somente até a entrega do gás aos Estados ou às suas concessionárias, para que estas promovam a sua distribuição aos usuários localizados em seus territórios, já que tal atividade constitui serviço público de interesse regional e local.

No Rio de Janeiro, compete à AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - AGENERSA regular as tarifas e condições de prestação dos serviços de distribuição de gás canalizado concedidos à CEG e à CEG RIO.

A prerrogativa de alterar unilateralmente cláusulas contratuais é inerente à Administração Pública. Todavia, tal alteração unilateral só pode atingir cláusulas regulamentares ou de serviços, que dispõem sobre o objeto do contrato e o modo de execução.

Imutabilidade das cláusulas econômicas e financeiras dos Contratos de Concessão, pois são cláusulas que preveem mecanismos para a manutenção da equação econômico-financeira original da avença.

A AGENERSA não pode promover alteração na Cláusula Sétima dos Contratos de Concessão da CEG e da CEG RIO, na medida em que esta se enquadra no conceito de cláusula econômica e estabelece mecanismos para a manutenção da equação econômico-financeira da concessão.

ÍNDICE

I.	A Consulta	05
II.	Competência dos Estados para exploração e regulação dos serviços de gás canalizado	09
	A) Comercialização e distribuição de gás – delimitação das competências federal e estadual	13
	B) Movimentação do gás natural – delimitação das competências federal e estadual	15
	C) Interpretação das disposições constitucionais. Posicionamento do Supremo Tribunal Federal	17
	D) Conceito e regime jurídico do consumidor livre, do autoprodutor e do autoimportador	19
III.	Inviabilidade jurídica de alteração unilateral de cláusulas econômicas e financeiras dos contratos de concessão	24
	A) Cláusulas exorbitantes e limites à atuação unilateral dos contratos de concessão	25
	B) Os Contratos de Concessão da CEG e da CEG RIO	30
IV.	Resposta aos quesitos	35
	A) Primeiro quesito	35
	B) Segundo quesito	37
	C) Terceiro quesito	38
	D) Quarto quesito	40
	E) Quinto quesito	41
	F) Sexto quesito	41
	G) Sétimo quesito	42
	H) Oitavo quesito	44

I. A CONSULTA

1. Fomos honrados com consulta formulada pela CEG RIO S.A. (“CEG RIO”) e pela COMPANHIA DISTRIBUIDORA DE GÁS CANALIZADO – CEG (“CEG” e, em conjunto com CEG RIO, se denominam “Concessionárias” ou “Consultentes”), objetivando a elaboração de um parecer analisando, sob o enfoque da Lei nº 11.909/2009 (“Lei do Gás”), a regulamentação a ser editada pelo Estado do Rio de Janeiro, mais especificamente pela AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (“AGENERSA”), sendo informado que o parecer jurídico solicitado subsidiará as contribuições dessas Concessionárias em relação à Consulta Pública aberta pela AGENERSA, referente ao processo E-12/020.334/10.

2. A AGENERSA já havia editado as Deliberações AGENERSA 257/08 e AGENERSA 258/08 (“Deliberações AGENERSA”), aprovando as condições para fornecimento de gás aos “consumidores livres” da CEG e CEG RIO.

3. Essas Deliberações AGENERSA disciplinavam todos os aspectos da prestação do serviço de distribuição de gás aos consumidores livres, desde aspectos técnicos e até os tarifários.

4. A Lei do Gás foi promulgada posteriormente às Deliberações AGENERSA, tendo sido regulamentada pelo Decreto Federal nº 7.382/2010.

5. Com o novo Marco Regulatório Federal em matéria de gás (Lei do Gás e Decreto 7382/2010), tornou-se necessária a revisão daquelas normas regulatórias fluminenses, editadas em 2008.
6. Diante disso, a AGENERSA abriu a Consulta Pública intitulada “**A Lei do Gás e seus Impactos no Estado do Rio de Janeiro**”, objetivando rever as condições gerais de fornecimento de gás pela CEG e CEG RIO, não somente aos “consumidores livres”, mas também às figuras do “autoprodutor” e “autoimportador”, criadas pela Lei do Gás. Essa consulta foi aberta no ano passado e encerrada em 30 de setembro de 2011.
7. Apesar do encerramento do prazo acima mencionado, o Conselheiro Relator responsável pelo processo E-12/020.334/10 entendeu que a Consulta deveria ser reaberta, tendo em vista o interesse despertado pelo assunto. Novas contribuições devem ser encaminhadas à AGENERSA até 1º de março de 2012.
8. Os temas que estão “sob consulta pública”, sobre os quais deverão versar as contribuições dos interessados, envolvem os seguintes assuntos, como consta do Edital de Consulta Pública: requisitos de volumes mínimos para os autoprodutores e autoimportadores; alteração dos volumes mínimos para os consumidores livres; restrições nas participações dos novos agentes em investimentos; decomposição dos custos de distribuição quando não houver determinados custos incorridos pelas distribuidoras; eventuais conflitos de competências (entre a União e os Estados); cronograma para liberação gradual; as atividades de comercialização e os comercializadores; eventuais comercializações de excedentes.

9. Formulam, então, as Consulentes, os seguintes quesitos:

PRIMEIRO QUESITO:

“A Lei do Gás, do ponto de vista jurídico, tem poder de estabelecer tarifas e condições finais quanto à distribuição dentro do Estado do Rio de Janeiro?”

SEGUNDO QUESITO:

“Sob o prisma jurídico, os autoprodutores e autoimportadores equiparam-se ao conceito de consumidor livre, previsto nos Contratos de Concessão?”

Nesse caso, as condições do fornecimento dos consumidores livres (deliberação já aprovada pelo regulador) devem ser aplicadas aos autoprodutores e autoimportadores?”

TERCEIRO QUESITO:

“É juridicamente viável a alteração do volume de 100.000m³, já estabelecido para os consumidores livres, nos Contratos de Concessão?”

QUARTO QUESITO:

“Sob o ponto de vista jurídico, deveria haver alguma distinção destes agentes, autoprodutores, autoimportadores e consumidores livres, nos Contratos de Concessão, para efeito de participação nos investimentos das Concessionárias?”

QUINTO QUESITO:

“Do ponto de vista jurídico, autoprodutores, autoimportadores e consumidores livres podem realizar a revenda de Gás Natural dentro do Estado do Rio de Janeiro?”

SEXTO QUESITO:

“Poderia a Lei do Gás regular a concessão, autorização ou licença para construção de dutos para autoprodutores, autoimportadores e consumidores livres, em âmbito estadual?”

SÉTIMO QUESITO:

“É juridicamente possível ao autoprodutor ou autoimportador construir seu próprio gasoduto, caso a Concessionária não possa atender ao seu pedido?

Cabe ao Estado autorizar tal construção?

Caso o Estado conceda a construção do duto para o autoprodutor ou autoimportador, como deve ser fixada a remuneração da distribuidora que operar este duto?”

OITAVO QUESITO:

“Caso a Concessionária venha a construir o gasoduto, é razoável fixar prazo mínimo para os contratos a serem celebrados com autoprodutor ou autoimportador, atendendo ao mesmo prazo requerido para remuneração do capital por ela investido?”

10. Para responder aos quesitos acima, passaremos, em primeiro lugar, a discorrer sobre a repartição constitucional de competência e a atribuição exclusiva aos Estados dos serviços locais de gás canalizado, bem como sobre a imutabilidade das cláusulas do contrato de concessão garantidoras do seu equilíbrio econômico-financeiro, examinando os demais temas propostos, relacionados aos conceitos e regimes jurídicos aplicáveis aos autoprodutores, autoimportadores e consumidores livres e à movimentação do gás em percurso no território estadual.

II. COMPETÊNCIA DOS ESTADOS PARA EXPLORAÇÃO E REGULACÃO DOS SERVIÇOS LOCAIS DE GÁS CANALIZADO.

11. A Constituição da República atribuiu à União Federal o monopólio sobre as atividades de *pesquisa, lavra e importação* de gás natural, bem como sobre a atividade de *transporte, por meio de conduto, de gás natural de qualquer origem* (art. 177, I, III e IV⁵).

12. Mas o legislador constituinte foi mais específico e, ao tratar da exploração dos serviços de gás natural canalizado, atribuiu-os expressamente aos Estados-membros. Assim sendo, reconheceu a este ente federativo, excepcionalmente, uma *competência enumerada* ou *taxativa* (e não meramente residual), para explorar os *serviços locais de gás canalizado, diretamente ou mediante concessão*, conforme previsão do art. 25, § 2º, da Constituição Federal⁶.

13. Dentro da estrutura constitucional verificam-se, portanto, dois níveis de competência para a cadeia da indústria do gás canalizado:

⁵ Art. 177 da Constituição Federal: "Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

(...)

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem,"

⁶ Art. 25 da Constituição Federal (conforme a redação dada pela Emenda Constitucional nº 5, de 1995): "(...)

§ 2º. Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação".

Segundo GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO: "Atribuiu-se aos Estados o poder de auto-organização e os poderes reservados e não vedados pela Constituição Federal (art. 25). Além desses poderes, ditos remanescentes ou residuais, algumas competências foram expressamente discriminadas pela CF, como se vê dos §§ 2º e 3º do art. 25, cuidando, o primeiro, da competência estadual para a exploração de serviços de gás canalizado (...)." Curso de Direito Constitucional, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 869).

- a) a **competência federal**, que incide sobre as atividades econômicas de pesquisa, lavra, importação e transporte de gás canalizado, previstas no artigo 177, I, III e IV da Constituição Federal e reguladas pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP; e
- b) a **competência estadual**, que incide sobre os serviços públicos locais de gás canalizado, previstos no artigo 25, § 2º da Constituição Federal e regulados, em cada Estado da Federação, pelas agências estaduais.

14. Não se trata de competências concorrentes, mas exclusivas. A repartição rígida de competências tem por finalidade garantir a autonomia dos entes federativos, sendo, portanto, um dos pontos caracterizadores e asseguradores do equilíbrio do Estado Federal. Assim, a União não pode invadir o âmbito de competência dos Estados-membros e vice-versa. Portanto, a competência da União em matéria de gás termina onde se inicia a competência dos Estados, sendo essas competências exclusivas embora complementares⁷.

15. A atuação federal vai somente até a entrega do gás aos Estados ou às suas concessionárias, para que estas promovam a sua distribuição aos usuários localizados em seus territórios, vez que tal atividade constitui serviço público de interesse *regional e local*, inerente à população estadual, voltado a abastecer cada um dos usuários estaduais individualmente considerados. Como assevera

⁷ Merece destaque, nesse sentido, observação de MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO: "Inexistente, assim, incompatibilidade entre as disposições da Constituição Federal, que reservam competência para a União legislar sobre transporte, monopólio de pesquisa e lavra de gás natural, e transporte, através de conduto, deste gás, com o art. 25, § 2º, que outorga competência aos Estados para exploração dos serviços locais de distribuição. Ambos os entes atuam, portanto, no limite de suas competências: o Estado-Membro não interfere no transporte e a União restringe-se aos aspectos supracitados, com total exclusão na participação da distribuição do gás canalizado." (grifamos) (Direito Administrativo da Economia, 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 296).

MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, “o transporte de gás canalizado, de competência da União, termina onde começa a distribuição”⁸.

16. Nas legislações estaduais a atividade é definida como composta de dois elementos: (i) a movimentação de gás nos dutos de percurso estadual pelas concessionárias; e (ii) a comercialização, pelas mesmas, do gás canalizado junto aos usuários finais.

17. Como corolário dessa exclusividade, os Estados ou suas respectivas concessionárias têm o direito de exigir que terceiros ou a própria União Federal não prestem esses serviços locais de gás canalizado que a Constituição da República lhes reservou.

18. O artigo 25, § 2º, da Constituição, ao prever a competência estadual para explorar os serviços locais de gás canalizado “na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação”, não quis se referir, evidentemente, a lei federal, mas sim a lei estadual.

19. Além disso, quando a Constituição Federal atribui a competência para explorar uma determinada atividade, essa competência também abrange o poder de legislar e regulamentar tal atividade⁹.

20. Admitir o contrário seria permitir que a União, na conceituação de serviços de competência estadual, restringisse o campo de atuação dos Estados,

MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, Direito Administrativo da Economia, 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 296.
Pondera EROS GRAU: “(...) se o serviço público em questão é estadual, evidente que a competência para dispor sobre aquela matéria é estadual.” (A Ordem Econômica na Constituição de 1988, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 266).

alterando, por via oblíqua, as competências *cravejadas*¹⁰ na Constituição Federal¹¹.

21. Aos Estados compete, portanto, legislar sobre os serviços locais de gás canalizado, com o objetivo de organizar e regular esses serviços¹², como o fez a Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

22. O plenário do Supremo Tribunal Federal (“STF”) assentou, por maioria de votos, a constitucionalidade da adoção da medida provisória pelo estado-membro. Nesse emblemático julgamento, o Ministro **CELSO DE MELLO**, ao proferir seu voto, foi enfático ao reconhecer que é dos Estados a competência para “*regulamentação normativa da exploração dos serviços locais de gás canalizado (CF/88 art. 25, § 2º, ‘in fine’)*”.¹³

¹⁰ A expressão foi precisamente utilizada por **GUSTAVO BINENBOJM**, ao asseverar que: “*Por evidente, caso a União pudesse, por meio de sua legislação, ampliar ao infinito o conceito de ‘transporte por conduto de gás natural’, disto decorreria um inadmissível estreitamento (quicá não verdadeira ablação), por lei federal, do campo próprio de atuação dos Estados-membros. A Federação se define, justamente, por um peculiar regime de competências constitucionalmente cravejadas, de molde a estabelecer os diferentes papéis – nacional, regionais e locais – dos diversos entes federativos.*” (“Transporte e Distribuição do Gás Natural no Brasil”, in *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, nº 61, Rio de Janeiro: Centro de Estudos Jurídicos, 2006, p. 178).

¹¹ “*Se lei federal fosse idônea para delimitar o que é da União e o que é dos Estados, por lei poderia ser diminuído o âmbito competencial das unidades federadas e amesquinhada sua autonomia federativa – que não é facultado nem mesmo a uma emenda constitucional. Assim, é da mais esplendorosa obviedade que disposição normativa produzida na órbita da União a título de irrogar a ela ou a agente seu determinado campo de atribuições mas que implicasse, de modo direto ou indireto, a criação de limites à competência estadual naquela esfera temática teria valor jurídico nulo, equivalente a zero.*” (**CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO**, “Gás – Alcance do monopólio constitucional protagonizado pela Petrobrás não abrange derivações do conduto nacional para abastecer usina de liquefação, sob pena de invadir a competência estadual para exploração de ‘Serviços Locais de Gás Canalizado’”, in *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 45, São Paulo: Malheiros, jan.-mar./2004, p. 165).

¹² Nesse sentido também se manifestou **FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO**: “*Para além de simplesmente atribuir aos Estados a obrigação de prover o serviço à população, a Constituição lhes conferiu igualmente uma competência regulatória, subjacente à titularidade de um serviço público, consistente na atribuição de organizar e regular os ‘serviços locais de gás canalizado’.* Os Estados detêm, portanto, competências próprias para exercer suas prerrogativas no setor, naquilo que for estritamente suficiente para assegurar a existência do serviço público de ranço constitucional.” (“Regulação e Poder de Polícia no Setor de Gás”, in *Revista de Direito Público da Economia*, nº 6, Belo Horizonte: Fórum, abr.-jun./2004, p. 114).

¹³ STF, Tribunal Pleno, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 425-5/TO, Rel. Min. **MAURÍCIO CORRÊA**, DJ 19 de dezembro de 2003.

23. Os “serviços locais de gás canalizado” estão submetidos ao regime próprio de todo serviço público, de intensa regulação, que impõe aos Estados e suas concessionárias as metas de expansão, universalização, além da obrigação de continuidade¹⁴, o que se justifica em face do monopólio *natural*¹⁵ que caracteriza tais atividades.

A) COMERCIALIZAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DE GÁS – DELIMITAÇÃO DAS COMPETÊNCIAS FEDERAL E ESTADUAL

24. É importante, nesse passo, definir, claramente, em que consistem tais serviços. A Lei nº 9.748/1997 (conhecida como Lei do Petróleo) esboçou uma definição, em seu artigo 6º, inciso XXII:

“Art. 6º Para os fins desta Lei e de sua regulamentação, ficam estabelecidas as seguintes definições:

(...)

XXI - Revenda: atividades de venda a varejo de combustíveis, lubrificantes e gás liquefeito envasado, exercida por postos de serviços ou revendedores, na forma das leis e regulamentos aplicáveis;

XXII - Distribuição de Gás Canalizado: serviços locais de comercialização de gás canalizado, junto aos usuários finais, explorados com exclusividade pelos Estados, diretamente ou mediante concessão, nos termos do § 2º do art. 25 da Constituição Federal; (...).”

¹⁴ Sobre os princípios que regem o regime jurídico dos serviços públicos concedidos escrevemos, em outra oportunidade, que:

“A política legislativa subjacente à edição da Lei Geral de Concessões estabeleceu os seguintes princípios:

a) eliminação da reserva de mercado, buscando a atenuação das características monopolísticas do serviço e aumentando substancialmente a capacidade de atuação das empresas privadas, que investem por sua conta e risco e se remuneram através da tarifa;

b) instituição de política tarifária calculada no valor da proposta vencedora, de acordo com os critérios contratuais, e não mais na garantia de remuneração fixa, objetivando estimular a eficiência das empresas concessionárias;

c) estabelecimento de regime de controle e fiscalização do serviço, do qual o próprio usuário participa, e de gradação de penalidades pelas faltas cometidas, com vistas à elevação dos padrões de eficiência na prestação do serviço público”. (grifamos) (ARNOLDO WALD, LUIZA RANGEL DE MORAES e ALEXANDRE DE MENDONÇA WALD, O direito de parceria e a Lei de Concessões, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 148).

¹⁵ *“Monopólio Natural - É aquele que normalmente leva à existência de um único ofertante de um bem ou serviço em virtude de condições de caráter técnico, sendo exemplo típico o dos vários serviços como a telefonia, o serviço de água, ou de eletricidade. Nesses casos não há que se admitir mais de uma empresa no ramo e faz-se a escolha mediante um processo de concessão do serviço público, que é um dos pontos mais interessantes do direito”. (FÁBIO NUSDEO, Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 311).*

25. Tal disposição revelou-se deficiente porque sobrepõe os conceitos de distribuição e comercialização, tratando-as como atividades coincidentes, o que não são. Além disso, a Lei do Petróleo é lei federal, não tendo atribuição para disciplinar matéria inserida na competência exclusiva dos Estados¹⁶.

26. Tem-se, assim que a venda do gás ao usuário se enquadra no conceito de *comercialização*. Já a movimentação canalizada do gás, até o ponto em que se localiza o usuário se insere no conceito de *distribuição*.

27. O artigo 25, § 2º, da Constituição menciona *serviços* (no plural), numa clara e inequívoca indicação de que está a contemplar ampla variedade de serviços de gás canalizado e não apenas uma única modalidade¹⁷.

28. A *movimentação dutoviária do gás* é, pois, pressuposto dos serviços locais reservados aos Estados, excluindo-se da sua esfera de competência os serviços de entrega, comercialização ou disponibilização de gás que não sejam realizados através de dutos ou redes de canalização, como os de distribuição de gás de botijão, entregue acondicionado em recipientes próprios¹⁸.

¹⁶ Observou sobre o tema JOSÉ ROBERTO FAVERET CAVALCANTI: "(...) o serviço de gás canalizado pode englobar duas atividades que merecem ser distinguidas. A primeira é a atividade de venda de gás para o seu usuário final. A segunda é a atividade de transporte de gás até o local em que o mesmo será consumido pelo usuário final. No mais das vezes, essas duas atividades aparecem confundidas em uma única. Entretanto, nada impede tratá-las separadamente. É o que ocorre com os contratos de concessão de serviço de gás canalizado celebrados pelos Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro." ("Limites da Competência Estadual em Matéria de Gás", in Paulo Valois (coord.), *Temas de Direito do Petróleo e do Gás Natural*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 166).

¹⁷ CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, a esse respeito, comentou que "em vista de o art. 25, § 2º, haver mencionado 'serviços locais de gás canalizado', referindo-os no plural" traz consigo "veemente indicação de que está a contemplar a variedade de serviços de gás canalizado, e não uma só modalidade". ("Gás - Alcance do monopólio constitucional protagonizado pela Petrobrás não abrange derivações do conduto nacional para abastecer usina de liquefação, sob pena de invadir a competência estadual para exploração de 'Serviços Locais de Gás Canalizado'", in *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 45, São Paulo: Malheiros, jan.-mar./2004, p. 163).

¹⁸ JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Comentário Contextual à Constituição*, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 288. FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO lembra que: "Ao tempo da constituinte, o setor se caracterizava pela convivência entre o gás entregue pelas concessionárias estaduais (canalizado) e o GLP entregue aos domicílios, engarrafado em botijões (atividade explorada por empresas privadas em regime de mercado). Assim, parece claro que o constituinte pretendeu evitar que a exclusividade de distribuição (prevista, lembremos, na redação original da Carta) fosse estendida para também abranger

29. Ao adjetivar os “serviços de gás canalizado” como *locais*, o legislador constituinte certamente pretendeu diferenciá-los daquelas atividades *nacionais* de monopólio da União, segregando-os por seu caráter regional.

30. A localidade a que se refere o texto constitucional é estadual. Portanto, para fins de interpretação do art. 25, § 2º, da Constituição Federal, *serviços locais* são aqueles prestados dentro do território estadual (que se iniciam, se desenvolvem e terminam dentro do Estado), no interesse específico ou exclusivo de um ou mais usuários localizados nesse território.

B) MOVIMENTAÇÃO DO GÁS NATURAL – DELIMITAÇÃO DE COMPETÊNCIAS FEDERAL E ESTADUAL

31. A fronteira entre a atividade nacional (federal) e os serviços locais (estaduais) se situa, na prática, nos pontos de recepção instalados ao longo dos gasodutos de transporte (os *city gates*), em que se dá a transferência de custódia do gás, da União aos Estados e suas concessionárias.

32. É nesses pontos de recepção que o gás deixa, via de regra, o percurso *nacional* (os gasodutos de transporte) e ingressa em percurso *regional* (a malha de distribuição estadual), através do qual será levado até seu destinatário final, o usuário ou os usuários individualizados.

33. Já a noção de “usuário final” é, evidentemente, muito mais ampla do que a noção de “consumidor”. O *usuário final* é aquele que se localiza, geograficamente, no ponto final da cadeia de canalização, onde o serviço de *gás canalizado* termina porque o gás *sai do duto* para ser disponibilizado àquele usuário.

a entrega domiciliar do gás de botijão.” (“Regulação e Poder de Polícia no Setor de Gás”, in Revista de Direito Público da Economia, nº 6, Belo Horizonte: Fórum, abr.-jun./2004, p. 113).

34. O que importa, para ser usuário “final”, é ser o último a receber o gás através de gasodutos, é ser o destinatário final não do energético em si, mas do serviço de movimentação desse energético de um ponto a outro, através de canalização. Portanto, a simples disponibilização do gás ao usuário que o recebe através de *pipelines* já caracteriza o serviço público, independentemente das múltiplas formas possíveis de utilização do energético¹⁹.
35. Desde que a movimentação do gás seja feita de um ponto a outro, através de dutos ou canos, em percurso estadual, no interesse exclusivo de usuário específico que se situe no ponto de destino, não haverá o caráter genérico, nem a relevância nacional, que caracterizam a atividade federal. Essa movimentação será, necessariamente, de competência estadual, nos termos do artigo 25, §§ 1º e 2º, da Constituição da República.
36. A Lei do Gás, regulamentada posteriormente pelo Decreto 7.382/2010 instituiu normas para a exploração das atividades econômicas de transporte de gás natural por meio de condutos e da importação e exportação de gás natural, de que tratam os incisos III e IV do *caput* do art. 177 da Constituição Federal, bem como para a exploração das atividades de tratamento, processamento, estocagem, liquefação, regaseificação e comercialização de gás natural.
37. A Lei do Gás, nos artigos 46 e 47, dispõe sobre a movimentação do gás, tratando-a no contexto da distribuição e comercialização do gás natural, em

¹⁹ Indústrias ou Usinas Termelétricas são usuárias finais dos serviços de gás canalizado, porque se localizam no ponto em que terminam todas as possíveis ramificações da rede de canalização, onde o gás deixa de se movimentar através de percurso canalizado e passa a servir a uma de suas múltiplas utilidades. No caso das indústrias, servir de matriz energética no processo produtivo ou mesmo servir de insumo para produção. No caso das termelétricas, gerar energia elétrica. A finalidade do uso do gás é, pois, absolutamente irrelevante na qualificação dos “serviços públicos de gás canalizado”.

âmbito federal, ressalvando a competência estadual no tocante à distribuição do gás canalizado, em respeito à repartição constitucional de competências.

38. São essas as disposições da lei federal:

“Art. 46. O consumidor livre, o autoprodutor ou o auto-importador cujas necessidades de movimentação de gás natural não possam ser atendidas pela distribuidora estadual poderão construir e implantar, diretamente, instalações e dutos para o seu uso específico, mediante celebração de contrato que atribua à distribuidora estadual a sua operação e manutenção, devendo as instalações e dutos ser incorporados ao patrimônio estadual mediante declaração de utilidade pública e justa e prévia indenização, quando de sua total utilização.

§ 1º As tarifas de operação e manutenção das instalações serão estabelecidas pelo órgão regulador estadual em observância aos princípios da razoabilidade, transparência, publicidade e às especificidades de cada instalação.

§ 2º Caso as instalações e os dutos sejam construídos e implantados pelas distribuidoras estaduais, as tarifas estabelecidas pelo órgão regulador estadual considerarão os custos de investimento, operação e manutenção, em observância aos princípios da razoabilidade, transparência, publicidade e às especificidades de cada instalação.

§ 3º Caso as instalações de distribuição sejam construídas pelo consumidor livre, pelo autoprodutor ou pelo auto-importador, na forma prevista no caput deste artigo, a distribuidora estadual poderá solicitar-lhes que as instalações sejam dimensionadas de forma a viabilizar o atendimento a outros usuários, negociando com o consumidor livre, o autoprodutor ou o auto-importador as contrapartidas necessárias, sob a arbitragem do órgão regulador estadual.

Art. 47. Ressalvado o disposto no § 2º do art. 25 da Constituição Federal, a comercialização de gás natural dar-se-á mediante a celebração de contratos registrados na ANP.”

C) INTERPRETAÇÃO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS. POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

39. Os serviços locais de gás canalizado compreendem todas as atividades de entrega, venda ou disponibilização de qualquer tipo de gás, promovidas através de canalização de percurso estadual, com o objetivo de

gás canalizado. A decisão, da lavra da Ministra CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA²⁰, complementando a outra decisão anterior, da Ministra ELLEN GRACIE²¹, no mesmo processo, reconheceu que:

- a atuação da União, no exercício do monopólio do transporte de gás, vai das áreas ou empresas produtoras até as concessionárias-distribuidoras; a normatização da relação entre as distribuidoras e os destinatários do gás ficou a cargo dos Estados;
- o monopólio da União sobre a atividade econômica de transporte constitui exceção à livre iniciativa e à livre concorrência, devendo, pois, ser interpretado restritivamente;
- para a configuração do serviço local de gás canalizado, são irrelevantes a espécie de destinação e a quantidade adquirida de gás;
- a captação de gás diretamente dos gasodutos de transporte, mediante a construção de “braço” ou “ramal” do GASBOL, viola a competência outorgada pela Constituição Federal aos Estados.

D) CONCEITO E REGIME JURÍDICO DO CONSUMIDOR LIVRE, DO AUTOPRODUTOR E DO AUTOIMPORTADOR

45. No bojo das disposições da Lei do Gás estão previstas também as figuras de consumidor livre, autoprodutor e autoimportador, assim definidas:

Consumidor Livre: consumidor de gás natural que, nos termos da legislação estadual aplicável, tem a opção de adquirir o gás

²⁰ STF, Reclamação nº 4.210/SP, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJ 14 de novembro de 2006.

²¹ STF, Medida Cautelar na Reclamação nº 4.210/SP, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJ 07 de abril de 2006.

*natural de qualquer agente produtor, importador ou comercializador;*²² (grifamos)

*Autoprodutor: agente explorador e produtor de gás natural que utiliza parte ou totalidade de sua produção como matéria-prima ou combustível em suas instalações industriais;*²³

*Autoimportador: agente autorizado para a importação de gás natural que utiliza parte ou totalidade do produto importado como matéria-prima ou combustível em suas instalações industriais.*²⁴

46. A Procuradoria da AGENERSA afirma que a introdução dessas três novas figuras tem por objetivo expandir o mercado de gás natural²⁵. No entanto, cabe aduzir que esses três novos agentes do mercado devem conviver com a exclusividade de distribuição do gás concedida pelo Estado às concessionárias, cujos direitos devem ser respeitados.

47. Outrossim, é possível depreender das definições acima apresentadas, que as três figuras trazidas pela Lei do Gás guardam semelhança, quanto ao seu não enquadramento na categoria de consumidor cativo. Assim, tais agentes não estão obrigados a adquirir gás natural da concessionária que presta serviços de distribuição do gás na área onde há exclusividade conferida pela concessão.

48. A diferença entre eles está no objeto social de cada um: o autoprodutor está autorizado a explorar e produzir gás natural; o autoimportador é agente autorizado a importar gás natural e o consumidor livre é aquele que não produz, nem importa, mas se encaixa nos requisitos previstos na legislação estadual que permite adquirir gás natural de qualquer produtor.

²² Conforme art. 2º, XXXI da Lei do Gás e art. 2º, XIII do Decreto nº 7.382.

²³ Conforme art. 2º, XXXII da Lei do Gás e art. 2º, IV do Decreto nº 7.382.

²⁴ Conforme art. 2º, XXXIII da Lei do Gás e art. 2º, III do Decreto nº 7.382.

²⁵ Vide o Parecer nº 04/2012 FMMM - Procuradoria AGENERSA, que se encontra disponível no site da AGENERSA (<http://www.agenersa.rj.gov.br>), no setor da consulta pública "Lei do Gás e seus impactos no Estado do Rio de Janeiro". Acesso em 23 de fevereiro de 2012.

49. Nos Contratos de Concessão, o § 18º da Cláusula Sétima previu a possibilidade de determinados consumidores, que queiram adquirir mais de 100 mil m³ diários de gás, possam não fazer tal aquisição das Concessionárias. Contudo, tal dispositivo não estabeleceu uma denominação específica para estes consumidores²⁶.

50. Cabe destacar, como antes exposto, que os serviços locais de gás canalizado, explorados pelos Estados, referem-se à distribuição, que compreende a venda e a movimentação do gás no território estadual. Portanto, mesmo que se permita a compra do gás por outro produtor, deve ser garantida a exclusividade de distribuição do gás canalizado às concessionárias estaduais, que devem ser remuneradas por esse serviço.

51. No âmbito da disciplina da AGENERSA, a categoria de consumidor livre está regulada, através das Deliberações AGENERSA, que definem consumidor livre como aquele que *“contrata junto à CEG ou CEG Rio uma CAPACIDADE DIÁRIA CONTRATADA superior a 100.000 m³/DIA, nas condições de referência, para um único PONTO DE ENTREGA, situado junto à instalação receptora do CONSUMIDOR LIVRE, salvo se restar verificado que os PONTOS DE ENTREGA possuem condições de abastecimento idênticas, e que exerceu o direito assegurado no §18º da Cláusula Sétima do CONTRATO DE CONCESSÃO, adquirindo GÁS diretamente do PRODUTOR e utilizando o SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO da CEG ou CEG Rio”*.

²⁶ Contratos de Concessão: “CLÁUSULA SÉTIMA – TARIFAS
(...)”

§ 18º - Consumidores que queiram adquirir mais de 100.000 m³ (cem mil metros cúbicos) de gás canalizado por dia poderão efetuar tal aquisição diretamente do produtor, dependendo tal aquisição, nos 10 (dez) primeiros anos da concessão, de prévia e expressa anuência da CONCESSIONÁRIA. Em qualquer caso, durante todo o prazo da concessão, fica assegurado à CONCESSIONÁRIA o recebimento de tarifa equivalente à diferença entre o valor limite da CONCESSIONÁRIA para o tipo de consumidor em questão, e o preço que ela, CONCESSIONÁRIA, paga na aquisição de gás, da mesma supridora.”

52. Assim, a AGENERSA, no exercício da competência que lhe foi atribuída, regulamentou o fornecimento de gás canalizado aos consumidores livres. Normatizou os requisitos aplicáveis à caracterização do consumidor livre, a forma e os prazos a serem observados nos contratos entre a concessionária e os consumidores livres e as condições para implementar a expansão das redes para atendimento desses consumidores livres. A análise das Deliberações AGENERSA demonstra que a matéria foi devidamente exaurida e corretamente disciplinada pela agência reguladora.

53. Verifica-se, ainda, que essa regulamentação não infringe, sob qualquer aspecto, a legislação federal. Diante disso, apesar de a Lei do Gás e o Decreto nº 7.382/2010 serem posteriores às referidas Deliberações AGENERSA, não há qualquer ajuste a ser feito na regulamentação estadual referente à figura do consumidor livre, o que pode, como foi salientado em parecer da CAPET (Câmara de Política Econômica e Tarifária da AGENERSA), “*comprometer não apenas o equilíbrio, mas o próprio mercado do insumo no estado*”²⁷.

54. Cabe destacar, ademais, que as disposições normativas presentes nas Deliberações AGENERSA se conjugam com as contidas nos Contratos de Concessão da CEG e da CEG RIO (conforme definido no Capítulo III, item “B”, deste Parecer), que, muito embora tenham sido celebrados antes da edição da Lei do Gás e do Decreto nº 7.382/2010, preveem o ingresso de consumidores livres no mercado do gás. As Deliberações AGENERSA estabeleceram direitos e garantias às Concessionárias, de modo a preservar o equilíbrio econômico-financeiro da Concessão, preservando a equação financeira que respaldou a oferta vencedora da licitação para a exploração exclusiva dos serviços de gás

²⁷ O parecer em questão, assinado pelo Gerente da CAPET Fábio Côrtes do Nascimento e datado de 08 de dezembro de 2011, encontra-se disponível no site da AGENERSA (<http://www.agenersa.rj.gov.br>), no setor da consulta pública “Lei do Gás e seus impactos no Estado do Rio de Janeiro”. Acesso em 23 de fevereiro de 2012.

canalizado nas áreas da concessão, objeto dos referidos Contratos de Concessão.

É o que dispõe o § 18º da Cláusula Sétima de tais Contratos:

“§ 18º - Consumidores que queiram adquirir mais de 100.000 m³ (cem mil metros cúbicos) de gás canalizado por dia poderão efetuar tal aquisição diretamente do produtor, dependendo tal aquisição, nos 10 (dez) primeiros anos da concessão, de prévia e expressa anuência da CONCESSIONÁRIA. Em qualquer caso, durante todo o prazo da concessão, fica assegurado à CONCESSIONÁRIA o recebimento de tarifa equivalente à diferença entre o valor limite da CONCESSIONÁRIA para o tipo de consumidor em questão, e o preço que ela, CONCESSIONÁRIA, paga na aquisição de gás, da mesma supridora.”

55. Cumpre ressaltar que, sob o prisma da exclusividade da distribuição de gás no Estado, atribuída às Concessionárias, as figuras do autoprodutor e do autoimportador se assemelham à do consumidor livre, na medida em que estão sob regime jurídico específico, distinguindo-se do consumidor cativo.

56. As figuras do autoprodutor e do autoimportador ainda não foram objeto de regulamentação pela AGENERSA, estando, no momento, sob procedimento de Consulta Pública. Todavia, tendo em vista que o objetivo legal ao estabelecê-las foi o mesmo que deu origem ao consumidor livre, a norma estadual que cuida do consumidor livre pode, a nosso ver, ser ampliada para abranger também o autoprodutor e o autoimportador. Adotando tal parâmetro, guardará conformidade com o disposto na Cláusula Sétima, § 18º, dos Contratos de Concessão, consoante anteriormente aduzido.

III. INVIABILIDADE JURÍDICA DE ALTERAÇÃO UNILATERAL DE CLÁUSULAS ECONÔMICAS E FINANCEIRAS DO CONTRATO DE CONCESSÃO.

57. O contrato administrativo se tipifica e se distingue dos contratos privados pela participação da Administração Pública na relação jurídica com supremacia de poder para fixar as condições iniciais do ajuste, conforme reconhecido pela doutrina²⁸ e pela jurisprudência²⁹.

58. É exatamente em razão dessa característica essencial do contrato administrativo, consubstanciada na participação privilegiada da Administração Pública, que surgem as chamadas *cláusulas exorbitantes do Direito Comum*³⁰, implícitas ou explícitas que estão presentes em todo e qualquer contrato administrativo.

²⁸ Sobre essa posição de superioridade da Administração Pública no contrato administrativo, já afirmou TROTABAS que: “*Elle est, em résumé, maitresse du contrat, et elle dirige son application comme l'intérêt du service l'exige. Et c'est ce pouvoir general qui lui permet de maintenir l'application, du contrat, même lorsque des faits nouveaux viennent compromettre cette application, en aggravant les charges de son contractant, au point que cette aggravation serait de nature à mettre fin du contrat s'il s'agissait d'un contrat de droit privé*”. (LOUIS TROTABAS, *Manuel de Droit Public et Administratif*, Paris: LGDJ, 1957, p. 226). Na mesma linha, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, 20ª ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 243.

²⁹ Cf. voto proferido pelo Ministro MOREIRA ALVES: “(...) Também não tem maior valia a alegação de que os contratos imobiliários em causa teriam natureza biface, porque seriam contratos de natureza, em parte, privada e em parte, pública. Essa natureza bifronte decorreria da circunstância de que embora o contrato seja celebrado entre mutuante e mutuário, ambos privados, os recursos utilizados nesses financiamentos decorrem de fundo e de depósitos disciplinados por normas de direito público. (...). De feito, apesar dessas características, é inegável que esses contratos, celebrados entre particulares, não podem caracterizar-se como contratos administrativos, e, portanto, de direito público, pela singela razão de que não estão presentes os elementos essenciais à existência de tais contratos, como, entre outros, a participação, como contratante da Administração Pública como supremacia de poder, de que resultam as denominadas cláusulas exorbitantes explícitas ou implícitas (...)”. (STF, Tribunal Pleno, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 493/DF, Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJ 04 de setembro de 1992).

³⁰ Como bem asseverou JOÃO BATISTA GOMES MOREIRA: “As cláusulas exorbitantes resultam de aplicação, aos contratos administrativos, da doutrina clássica do direito administrativo, de elaboração francesa, que tem como núcleo dessa disciplina a *puissance publique*, (potência, autoridade, poder, força), conforme a conceituação de Maurice Hauriou: ‘o direito administrativo, assim apresentado, é um direito de *puissance publique*, em decorrência da verdadeira fisionomia de nosso direito administrativo francês, no qual a função administrativa é preenchida por um poder em que as prerrogativas são extremamente visíveis, tratando-se somente de conduzi-las a limites que a tornem jurídicas’”. (JOÃO BATISTA GOMES MOREIRA, *Direito Administrativo: Da Rigidez Autoritária à Flexibilidade Democrática*, Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 283).

59. Dentre os principais contratos administrativos estão os contratos de concessão, de obra pública, de serviço, de fornecimento, de gerenciamento, de programa, de gestão, de parceria, de consórcio público e etc..

A) CLÁUSULAS EXORBITANTES E LIMITES À ALTERAÇÃO UNILATERAL DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO

60. As *cláusulas exorbitantes* em contratos administrativos se traduzem como cláusulas que não seriam comuns em contrato celebrado entre particulares, por conferirem prerrogativas e vantagens a uma das partes (Administração Pública) em relação à outra³¹, sendo que as principais são as que “*se exteriorizam na possibilidade de alteração e rescisão unilateral do contrato; no equilíbrio econômico e financeiro; na revisão de preços e tarifas (...)*”³².

61. Ou seja, a extensão e os parâmetros do poder de alterar unilateralmente o contrato administrativo estão definidos na Constituição Federal³³, na Lei nº 8.666/1993 (“Lei de Licitações”)³⁴ e na Lei nº 8.987/1995 (“Lei de Concessões”)³⁵.

³¹ Explica HELY LOPES MEIRELLES: “A cláusula exorbitante não seria lícita num contrato privado, porque desigualaria as partes na execução do avençado, mas é absolutamente válida no contrato administrativo, desde que decorrente da lei ou dos princípios que regem a atividade administrativa, porque visa estabelecer uma prerrogativa em favor de uma das partes para o perfeito atendimento do interesse público, que se sobrepõe sempre aos interesses particulares. É, portanto, a presença dessas cláusulas exorbitantes no contrato administrativo que lhe imprime o que os franceses denominam ‘*la marque du Droit Public*’, uma vez que, como observa Laubadère: ‘*C’est en effet La présence de telles clauses dans un contrat que est Le critère par excellence de son caractère administratif*’”. (HELY LOPES MEIRELLES, Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo, 36ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 217).

³² HELY LOPES MEIRELLES, Direito Administrativo Brasileiro, Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo, 36ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 216.

³³ Art. 37 da Constituição Federal: “(...)

XXI – ressaltados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, 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)

³⁴ Art. 58 da Lei de Licitações: “O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I – modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; (...)”

62. Sobre o tema, já nos manifestamos no sentido da ilegalidade da alteração unilateral do contrato administrativo, quando a posição de supremacia da Administração for exercida “de tal sorte a configurar abuso e, em consequência, dano ao particular”³⁶.

63. Do mesmo entendimento comungam **HELY LOPES MEIRELLES**³⁷, **MARCELO CAETANO**³⁸, **ODETE MEDAUAR**³⁹, **GEORGES VEDEL**⁴⁰, **EDMIR NETTO DE ARAÚJO**⁴¹, dentre outros doutrinadores renomados. E nem poderia ser diferente, pois, como bem asseverou **MARÇAL JUSTEN FILHO**:

Art. 65 da Lei de Licitações: “Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração:

a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei.

(...)

§ 6º. *Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico financeiro inicial”.*

³⁵ **Art. 9º da Lei de Concessões:** “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. (...)*

§ 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)

³⁶ **ARNOLDO WALD**, “Ilegalidade de modificação unilateral do contrato de concessão”, in **Direito das Concessões**, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004, Série Grandes Pareceristas, vol. III, p. 238.

³⁷ Lembre-se da lição de **HELY LOPES MEIRELLES**: “(...) Equação econômica financeira é a relação estabelecida inicialmente pelas partes entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração do objeto do ajuste. Essa relação encargo-remuneração deve ser mantida durante toda a execução do contrato, a fim de que o contratado não venha a sofrer indevida redução nos lucros normais do empreendimento”. (**Direito Administrativo Brasileiro**, 36ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 219).

³⁸ “(...) O contrato assenta, pois, numa determinada equação financeira (o valor em dinheiro dos encargos assumidos por um dos contratantes deve equivaler ao das vantagens prometidas ao outro) e as relações contratuais têm de desenvolver-se na base do equilíbrio estabelecido no ato de estipulação”. (**MARCELO CAETANO**, **Princípios Fundamentais do Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 255-256).

³⁹ **ODETE MEDAUAR**, **Direito Administrativo Moderno**, 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 253.

⁴⁰ **GEORGES VEDEL**, **Droit Administratif**, 3ª ed., Paris: Presses Universitaires de France, 1964, p. 63.

⁴¹ **EDMIR NETTO DE ARAÚJO**, **Contrato Administrativo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 130. Nesse mesmo sentido: TRF-1, 5ª Turma, Apelação Cível nº 200101000150139, Rel. **AVIO MOZAR JOSE FERRAZ DE NOVAES**, julgado em 31 de maio de 2007.

“(...) Se fosse facultado ao Estado promover unilateralmente, modificações quaisquer, sem limites, nos contratos administrativos, produzir-se-iam dois efeitos maléficos. Por um lado, poderia frustrar-se o princípio da prévia licitação. É que o contrato a executar poderia ser totalmente distinto daquele objeto da licitação. O Estado selecionaria o licitante de acordo com a proposta mais vantajosa e, depois, introduziria alterações que transformariam integralmente a feição do contrato. Além disso, poucos particulares dispor-se-iam a contratar com o Estado, diante do risco de sujeitar-se a cumprir um contrato distinto daquele que resultara da oferta na licitação. O particular teria formulado uma determinada oferta e seria obrigado a executar prestações outras. Poderia acrescentar-se que isso tudo seria um grande incentivo a fraudes e desvios”.⁴² (grifamos)

64. Portanto, embora sejam admissíveis alterações unilaterais em contratos administrativos, a possibilidade de realizar unilateralmente tais modificações não se reveste de caráter absoluto. Vale dizer: existem elementos imutáveis e intangíveis nos contratos administrativos, quais sejam: **as cláusulas contratuais denominadas econômicas e financeiras, que preveem mecanismos para a manutenção da equação econômico-financeira do contrato de concessão.**

65. **HELly LOPES MEIRELLES**, a esse propósito, afirma coexistirem duas ordens de cláusulas contratuais em todo contrato administrativo: as *econômicas e financeiras* e as *regulamentares* ou *de serviço* – sendo que somente estas são passíveis de alteração unilateral pela Administração Pública, aquelas não⁴³.

⁴² MARÇAL JUSTEN FILHO, Concessões de Serviços Públicos, São Paulo: Dialética, 1995, p. 255. Segundo o mesmo autor, “(...) tem de reconhecer-se que o poder de modificação unilateral não pode ir a ponto de alterar a essência do contrato”. No mesmo sentido, **HELly LOPES MEIRELLES** já afirmou que “o essencial para a legitimidade das alterações contratuais é que o objeto do contrato não seja modificado em sua substância, mormente se a avença foi precedida de licitação, como é regra nas contratações administrativas”. (“Contrato Administrativo – Características – Alterações”, in Estudos e Pareceres de Direito Público, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, vol. 3, p. 479). Ainda, de acordo com **RENATA FARIA SILVA LIMA**: “(...) As alterações do contrato, embora admissíveis não podem chegar ao extremo de alterar o seu objeto originário”. (Equilíbrio Econômico Financeiro Contratual, Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 93).

⁴³ **HELly LOPES MEIRELLES**, Licitação e contrato administrativo, 15ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 267.

66. É importante distinguir as cláusulas *econômicas* e *financeiras* das cláusulas *regulamentares* ou *de serviço*, pois são duas espécies de cláusulas contratuais absolutamente distintas e que não podem, de maneira alguma, ser confundidas.

67. *Cláusulas regulamentares* ou *de serviço* são aquelas que dispõem sobre o objeto do contrato e o modo de sua execução. *Cláusulas econômicas* e *financeiras* são aquelas responsáveis pela manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato, que estabelecem a remuneração, condições de pagamento e direitos e vantagens do contratado perante a Administração⁴⁴.

68. Já nos manifestamos em pareceres e artigos sobre a preservação do equilíbrio econômico e financeiro dos contratos de concessão⁴⁵.

69. Nesse sentido também podem ser extraídas lições de renomados doutrinadores estrangeiros e nacionais, como ANDRÉ LAUBADÈRE⁴⁶, BANDEIRA DE MELO⁴⁷, CAIO TÁCITO⁴⁸, ODETE MEDAUAR⁴⁹ e AUGUSTO ATHAYDE⁵⁰.

⁴⁴ Cf. DIÓGENES GASPARINI, *Direito Administrativo*, 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 663.

⁴⁵ Cf., dentre outros: ARNOLDO WALD, LUIZA RANGEL DE MORAES e ALEXANDRE DE MENDONÇA WALD, *O direito de parceria e a Lei de Concessões*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 181 e seguintes; ARNOLDO WALD, "O princípio do equilíbrio econômico-financeiro na concessão da atividade empresarial de refino de petróleo e a inconstitucionalidade e ilegalidade de modificação unilateral do respectivo contrato", in *Direito das Concessões*, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004, Série Grandes Pareceristas, vol. 3, p. 49-74; "O equilíbrio econômico e financeiro no direito constitucional brasileiro", in Ives Gandra Martins e Francisco Rezek (coord.), *Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro*, São Paulo: CEU/Revista dos Tribunais, 2008, p. 304-318; "O direito da regulação, os contratos de longo prazo e o equilíbrio econômico-financeiro", in *Revista Forense*, nº 389, Rio de Janeiro: Forense, jan.-fev./2007, p. 19-30; "Do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. Direito da concessionária à recomposição tarifária em virtude do aumento do custo de insumo", in *Revista dos Tribunais*, nº 785, São Paulo: Revista dos Tribunais, mar./ 2001, p. 117-126.

⁴⁶ "Os limites do poder de modificação são de duas ordens: de uma parte, as modificações unilaterais só podem afetar as cláusulas do contrato que interessem ao serviço público e às suas necessidades (isto é, as prestações do co-contratante e suas modalidades de execução), com exclusão das cláusulas que regulam as relações de interesses entre as partes (principalmente as cláusulas financeiras)". (ANDRÉ DE LAUBADÈRE, "Do poder da Administração para impor unilateralmente alterações nas cláusulas dos contratos administrativos", in *Revista de Direito Administrativo*, nº 37, Rio de Janeiro, jul.-set./1954, p. 49).

⁴⁷ CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELO, *Curso de direito administrativo*, 26ª ed., São Paulo. Malheiros, 2009, p. 635.

70. Em suma: é perfeitamente lícito à Administração Pública revisar ou alterar unilateralmente os contratos administrativos, com exceção das cláusulas contratuais denominadas econômicas ou financeiras, já que estas preveem mecanismos de manutenção do equilíbrio econômico financeiro da avença.

71. O Superior Tribunal de Justiça já reconheceu que as cláusulas contratuais atinentes à manutenção do equilíbrio econômico financeiro da avença são imutáveis e intangíveis, e não podem ser alteradas pela Administração⁵¹.

72. Seguindo a mesma linha, destaque-se aresto emanado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

⁴⁸ “Por força das condições especiais dos contratos administrativos, podem neles ser destacadas as cláusulas de serviço e as cláusulas financeiras. As primeiras, geralmente, consolidadas em cadernos de encargos ou instruções de serviços, correspondem a parte regulamentar, suscetível de alteração unilateral pela Administração, nos limites compatíveis com a estrutura do contrato, mediante a contrapartida do reajustamento financeiro ou da indenização da álea extraordinária imposta ao outro contratante. As últimas representam a parte dita contratual, por serem substancialmente inalteráveis, salvo acordo entre as partes” (CAIO TÁCITO, Direito Administrativo, São Paulo: Saraiva, 1975, p. 293).

⁴⁹ “(...) O equilíbrio econômico financeiro significa a proporção entre os encargos do contratado e a sua remuneração, proporção esta a ser fixada no momento da celebração do contrato; diz respeito às chamadas cláusulas contratuais, terminologia redundante, classicamente usada para designar as cláusulas referentes sobretudo à remuneração do contratado; além dessas, o contrato administrativo é dotado das chamadas cláusulas regulamentares, atinentes às regras de execução. O direito ao equilíbrio econômico financeiro assegura ao particular contratado a manutenção daquela proporção durante a vigência do contrato. (...) – as cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado (...)”. (ODETE MEDAUAR, Direito Administrativo Moderno, 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 253).

⁵⁰ “São modificáveis as cláusulas que dizem respeito ao serviço que determinam as prestações que o particular tem de fazer no interesse do serviço. São imodificáveis as que determinam as vantagens e garantias econômicas que levaram o particular a contratar”. (AUGUSTO DE ATHAYDE, Podere Unilaterais da Administração sobre o contrato administrativo, Rio de Janeiro: FGV, 1981, p. 80).

⁵¹ Merece destaque trecho do voto proferido no acórdão, do qual é Relator FRANCIULLI NETTO: “(...) a prerrogativa de fixar e alterar unilateralmente as cláusulas regulamentares é inerente à Administração. A despeito disso, há cláusulas imutáveis, que são aquelas referentes ao aspecto econômico-financeiro do contrato. As prerrogativas da Administração, advindas das cláusulas exorbitantes do Direito Privado, contrapõe-se a proteção econômica do contratado, que garante a manutenção do equilíbrio contratual. É escusado dizer que ninguém se submeteria ao regime do contrato administrativo se lhe fosse tolhida a possibilidade de auferir justa remuneração pelos encargos que assume ou pagar justo preço pelo serviço que utiliza. Os termos iniciais da avença hão de ser respeitados e, ao longo de toda a execução do contrato, a contraprestação pelos encargos suportados pelo contratado deve se ajustar à sua expectativa quanto às despesas e aos lucros normais do empreendimento. (...)” (STJ, 2ª Turma, Recurso Especial nº 216.018/DF, Rel. Min. FRANCIULLI NETTO, DJ 10 de setembro de 2001). Vide, ainda: STJ, Corte Especial, Agravo Regimental na Suspensão de Liminar e de Sentença nº 79/SP, Rel. Min. EDSON VIDIGAL, DJ 29 de agosto de 2005; STJ, 1ª Turma, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 1.603/TO, Rel. Min. DEMÓCRITO REINALDO, DJ 29 de março de 1993.

“Transporte Rodoviário Intermunicipal de Passageiros. Fixação de Tarifas. Competência do DETRO/RJ. Avocação pelo Governador. Inadmissibilidade. Cláusulas Financeiras do Contrato Administrativo. Alteração Unilateral. Impossibilidade. modificação unilateral do contrato administrativo só atinge as chamadas cláusulas regulamentares ou de serviço, sem comprometer o seu equilíbrio econômico financeiro. As disposições relativas à remuneração, de acordo com a melhor doutrina, escapam ao poder de modificação unilateral da Administração, tanto assim que, se não forem por ela respeitadas, pode o prejudicado recorrer ao Judiciário em defesa da intangibilidade da equação econômica da avença. (...)”⁵².

B) OS CONTRATOS DE CONCESSÃO DA CEG E DA CEG RIO

73. Em 21 de julho de 1997, o Estado do Rio de Janeiro, na qualidade de poder concedente, celebrou dois contratos de concessão de serviços públicos de distribuição de gás canalizado, com disposições praticamente idênticas, destinados com exclusividade a duas áreas de concessão distintas, atendendo o primeiro à Região Metropolitana e o segundo, às demais regiões do Estado.

74. O contrato de concessão destinado à Região Metropolitana foi celebrado entre o Estado do Rio de Janeiro e a Companhia Estadual de Gás do Rio de Janeiro (atual CEG)⁵³, sendo o segundo firmado pelo Estado do Rio de Janeiro com a RIOGÁS S.A (atual CEG RIO)⁵⁴ (em conjunto, os “**Contratos de Concessão**”).

⁵² TJRJ, Órgão Especial, Mandado de Segurança nº 1999.004.00436, Rel. Des. SERGIO CAVALIERI FILHO, julgado em 08 de novembro de 1999. A decisão foi confirmada, posteriormente, pelo STJ, em julgado relatado pela Ministra DENISE ARRUDA (STJ, 1ª Turma, Recurso Especial nº 621.163/RJ, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJ 13 de março de 2006). Nesse mesmo sentido: TRF-2, 6ª Turma, Apelação Cível nº 9602419156, Rel. Des. SERGIO SCHWARTZ, julgado em 14 de julho de 2003; TRF-4, 3ª Turma, Apelação/Reexame Necessário nº 200770000320271, Rel. Des. CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ, julgado em 28 de outubro de 2009.

⁵³ **Contrato de Concessão da CEG: “CLÁUSULA SEGUNDA – ÁREA DE CONCESSÃO E EXCLUSIVIDADE.** A CONCESSIONÁRIA terá a exclusividade para a distribuição de gás canalizado para qualquer utilização, em qualquer quantidade, na Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro, entendida essa como a área que pertencem atualmente os Municípios do Rio de Janeiro, de Belford Roxo, Duque de Caxias, Guapimirim, Itaboraí, Itaguaí, Magé, Mangaratiba, Maricá, Nilópolis, Niterói, Nova Iguaçu, Paracambi, Queimados, São Gonçalo, Tanguá, Seropédica e São João de Meriti.”

⁵⁴ **Contrato de Concessão da CEG RIO: “CLÁUSULA SEGUNDA – ÁREA DE CONCESSÃO E EXCLUSIVIDADE**

75. De fato, em ambos os instrumentos de concessão, o objeto⁵⁵, as obrigações e prerrogativas da concessionária, as disposições pertinentes às tarifas e revisões tarifárias, penalidades e à extinção da concessão, dentre outras avenças, guardam afinidade. O mesmo ocorre em relação ao prazo da concessão, definido, nos dois casos, em 30 (trinta) anos⁵⁶.

A CONCESSIONÁRIA terá a exclusividade para a distribuição de gás canalizado para qualquer utilização, em qualquer quantidade, nas Regiões Norte Fluminense, Noroeste Fluminense, nas Baixadas Litorâneas, Serrana, no Médio Paraíba, Centro-Sul e na Baía da Ilha Grande, todas do Estado do Rio de Janeiro”.

⁵⁵ Em relação ao objeto das concessões, diferem os Contratos de Concessão apenas quanto à previsão de distribuição de gás manufaturado, presente no objeto do Contrato de Concessão da CEG no § 1º, alínea “a”, da Cláusula Primeira. *In verbis*:

Contrato de Concessão da CEG: “CLÁUSULA PRIMEIRA – OBJETO DO CONTRATO

O objeto do presente contrato é a exploração, pela CONCESSIONÁRIA, dos serviços públicos de distribuição de gás canalizado no Estado do Rio de Janeiro, cujos termos da concessão foram aprovados pelo Decreto nº 23.227, de 12 de junho de 1997, publicado no Diário Oficial do Estado, parte I, pg. 1, edição de 13 de junho de 1997.

§ 1º - A concessão objeto deste contrato compreende:

- a) - a distribuição de gás natural ou de gás manufaturado (este último obtido a partir do processamento de gás natural ou de nafta), através de canalizações; e
- b) - o desempenho de atividades correlatas compatíveis com a natureza do serviço referido na letra “a” acima.

§ 2º - Fica a CONCESSIONÁRIA autorizada a distribuir, através de canalizações, gás liquefeito de petróleo.

§ 3º - Na prestação dos serviços a CONCESSIONÁRIA procurará sempre a satisfação de seus clientes, obedecendo aos princípios da eficiência, regularidade, continuidade, segurança, qualidade, generalidade, atualidade, cortesia com os consumidores e modicidade das tarifas.

§ 4º - Atendidos os princípios referidos no parágrafo anterior, a CONCESSIONÁRIA terá ampla liberdade na direção de seus negócios, na administração de pessoal e no emprego de tecnologia.

§ 5º - A CONCESSIONÁRIA poderá, através de subsidiárias, explorar outras atividades, além daquelas previstas no caput desta cláusula, desde que tal exploração não afete as atividades objeto de concessão”.

Contrato de Concessão da CEG RIO: “CLÁUSULA PRIMEIRA – OBJETO DO CONTRATO

O objeto do presente contrato é a exploração, pela CONCESSIONÁRIA, dos serviços públicos de distribuição de gás canalizado no Estado do Rio de Janeiro, cujos termos da concessão foram aprovados pelo Decreto nº 23.227, de 12 de junho de 1997, publicado no Diário Oficial do Estado, parte I, pg. 1, edição de 13 de junho de 1997.

§ 1º - A concessão objeto deste contrato compreende:

- a) - a distribuição de gás natural, através de canalizações; e
- b) - o desempenho de atividades correlatas compatíveis com a natureza do serviço referido na letra “a” acima.

§ 2º - Fica a CONCESSIONÁRIA autorizada a distribuir, através de canalizações, gás liquefeito de petróleo.

§ 3º - Na prestação dos serviços a CONCESSIONÁRIA procurará sempre a satisfação de seus clientes, obedecendo aos princípios da eficiência, regularidade, continuidade, segurança, qualidade, generalidade, atualidade, cortesia com os consumidores e modicidade das tarifas.

§ 4º - Atendidos os princípios referidos no parágrafo anterior, a CONCESSIONÁRIA terá ampla liberdade na direção de seus negócios, na administração de pessoal e no emprego de tecnologia.

§ 5º - A CONCESSIONÁRIA poderá, através de subsidiárias, explorar outras atividades, além daquelas previstas no caput desta cláusula, desde que tal exploração não afete as atividades objeto de concessão”.

⁵⁶ **Contratos de Concessão: “CLÁUSULA TERCEIRA – PRAZO DA CONCESSÃO**

A concessão terá o prazo de vigência de 30 (trinta) anos a contar da data da assinatura do presente contrato.(...)”

76. A Cláusula Sétima dos Contratos de Concessão, que define o tratamento a ser dispensado às tarifas pelo serviço objeto de concessão, apresenta disposição de vital importância à análise da situação da Consulta. Trata-se do § 18º, a seguir transcrito:

“§ 18º - Consumidores que queiram adquirir mais de 100.000 m³ (cem mil metros cúbicos) de gás canalizado por dia poderão efetuar tal aquisição diretamente do produtor, dependendo tal aquisição, nos 10 (dez) primeiros anos da concessão, de prévia e expressa anuência da CONCESSIONÁRIA. Em qualquer caso, durante todo o prazo da concessão, fica assegurado à CONCESSIONÁRIA o recebimento de tarifa equivalente à diferença entre o valor limite da CONCESSIONÁRIA para o tipo de consumidor em questão, e o preço que ela, CONCESSIONÁRIA, paga na aquisição de gás, da mesma supridora.”

77. Já vimos que não há dúvidas, portanto, de que é vedado à Administração impor unilateralmente alterações nas cláusulas *econômicas* ou *financeiras* de um contrato de concessão.

78. Logo, o Estado do Rio de Janeiro e a AGENERSA não podem promover qualquer alteração na Cláusula Sétima dos Contratos de Concessão da CEG e da CEG RIO, na medida em que esta se enquadra no conceito de cláusula econômica e estabelece um mecanismo para a manutenção da equação econômico-financeira da concessão.

79. Tal conclusão está amparada na doutrina e na jurisprudência e se justifica, no caso da consulta, porque:

- a) os Contratos de Concessão, no § 18º de sua Cláusula Sétima, contemplam a existência do consumidor livre (com volume diário superior a 100.000m³) e definem o tratamento a ser dispensado nesse caso, com respeito à tarifa aplicável;
- b) a AGENERSA já editou as Deliberações 257/08 e 258/08, aprovando as condições para fornecimento de gás aos

- “consumidores livres” da CEG e CEG RIO, mantendo o mesmo volume previsto nos Contratos de Concessão;
- c) uma nova alteração regulamentar, diminuindo o volume de consumo, para o enquadramento nas categorias de autoprodutor e de autoimportador, acarretaria o aumento do número de consumidores livres, provocando substancial impacto ao equilíbrio econômico-financeiro dos Contratos de Concessão, podendo, até mesmo, vir a afetar a estabilidade financeira das Concessionárias;
 - d) o aumento do número dos consumidores autorizados a não adquirir gás das concessionárias poderia prejudicar o sistema de distribuição, como está atualmente estruturado, além de onerar o consumidor cativo;
 - e) uma nova norma regulamentar, que se revele inadequada, poderá vir a ameaçar a competitividade do mercado de gás canalizado, na medida em que o atual consumidor cativo, se onerado, poderia vir a buscar a alternativa do gás de botijão.

80. Em suma, ao fixar consumo superior a 100.000m³/dia, os Contratos de Concessão restringiram a atuação do consumidor livre (e assemelhados) ao mercado atacadista. Tal limite preserva o poder de compra das Concessionárias e, por conseguinte, a modicidade tarifária para o mercado cativo remanescente.

81. Ocorrendo um êxodo de centenas de consumidores, ora cativos, para o mercado não regulado (livre), essa migração acarretaria o risco de aumento do custo de aquisição do gás pelas Concessionárias, onerando os milhares de pequenos consumidores cativos remanescentes, que, em face do inevitável aumento da tarifa, viriam a migrar para o GLP, trazendo tal desequilíbrio a inviabilização da concessão.

82. Assim, a substituição da margem de distribuição assegurada pelos Contratos de Concessão (que incorporam o princípio da solidariedade na repartição dos custos), por uma tarifa específica, que remunera somente os custos marginais incorridos no atendimento ao consumidor livre ou assemelhados (consumidores de grande porte), provocaria a oneração da tarifa aplicada aos consumidores cativos remanescentes, os quais, na prática, passariam a arcar com o custeio da expansão do sistema de distribuição.

IV. RESPOSTAS AOS QUESITOS.

PRIMEIRO QUESITO:

“A Lei do Gás, do ponto de vista jurídico, tem poder de estabelecer tarifas e condições finais quanto à distribuição dentro do Estado do Rio de Janeiro?”

83. A resposta é negativa.
84. A Lei do Gás, regulamentada posteriormente pelo Decreto 7.382/2010, no **âmbito da competência federal**, institui normas para a exploração das atividades econômicas de transporte de gás natural por meio de condutos e da importação e exportação de gás natural, de que tratam os incisos III e IV do *caput* do art. 177 da Constituição Federal, bem como para a exploração das atividades de tratamento, processamento, estocagem, liquefação, regaseificação e comercialização de gás natural.
85. Entretanto, nos moldes da repartição constitucional de competências entre os entes federativos, o art. 25, § 2º da Constituição Federal atribui a exploração dos serviços locais de gás canalizado aos Estados e, portanto, a regulamentação desses serviços insere-se na competência estadual.
86. Exercitando a sua competência, o Estado do Rio de Janeiro editou a Lei Estadual de Tarifas – nº 2.752⁵⁷ e o Decreto 23.317⁵⁸, ambos de 1997.

⁵⁷ A Lei nº 2.752/1997 dispõe sobre os critérios de fixação e revisão das tarifas do serviço público concedido de gás canalizado no Estado do Rio de Janeiro.

⁵⁸ O Decreto nº 23.317/1997 aprova o regulamento aplicável às instalações prediais de gás canalizado e à medição e faturamento dos serviços de gás canalizado.

87. Considerando o sistema rígido constitucional de repartição de competências entre os entes da federação, a União não pode invadir o âmbito de competência dos Estados-membros e vice-versa.
88. A atuação federal vai somente até a entrega do gás aos Estados ou às suas concessionárias, para que estas promovam a distribuição do energético aos usuários localizados em seus territórios, vez que tal atividade constitui serviço público de interesse *regional* e *local*, inerente à população estadual, sendo voltado a abastecer cada um dos usuários estaduais individualmente considerados.
89. Assim, as disposições da Lei do Gás, relacionadas à distribuição de gás canalizado devem ser interpretadas de modo a resguardar o equilíbrio do pacto federativo, ancorado nas regras de repartição de competência entre a União e os Estados-membros. Não cabe, portanto, à Lei do Gás tratar das tarifas e condições finais quanto à distribuição do gás canalizado dentro do Estado do Rio de Janeiro, que é matéria de competência exclusiva do Estado.
90. No Rio de Janeiro, compete à AGENERSA regular as tarifas e condições de prestação dos serviços de distribuição de gás canalizado concedidos à CEG e à CEG RIO.

SEGUNDO QUESITO:

“Sob o prisma jurídico, os autoprodutores e autoimportadores equiparam-se ao conceito de consumidor livre, previsto nos Contratos de Concessão?”

Nesse caso, as condições do fornecimento dos consumidores livres (deliberação já aprovada pelo regulador) devem ser aplicadas aos autoprodutores e autoimportadores?”

91. A resposta para ambos os questionamentos apresentados nesse quesito é afirmativa.
92. As figuras do autoprodutor e do autoimportador, previstas na Lei do Gás e que estão sendo objeto da Consulta Pública aberta pela AGENERSA, têm conceituação própria, distinta do conceito de consumidor livre.
93. No entanto, tais agentes guardam semelhança, na medida em que não se enquadram na categoria de consumidor cativo, sendo autorizados a não adquirir gás da Concessionária.
94. Assim, diante do fato de que os Contratos de Concessão firmados com a CEG e a CEG RIO não previam autoprodutor, nem autoimportador, mas apenas o consumidor livre, estes novos agentes devem merecer, para os fins de regulamentação, o mesmo tratamento regulatório já dispensado ao consumidor livre, objeto das Deliberações AGENERSA, inclusive quanto ao requisito do volume mínimo de consumo exigido para o seu enquadramento na categoria.

TERCEIRO QUESITO:

“É juridicamente viável a alteração do volume de 100.000m³, já estabelecido para os consumidores livres, nos Contratos de Concessão?”

95. A resposta para esse quesito é negativa. Conforme se expôs no parecer, o Estado deve garantir ao concessionário a intangibilidade da equação econômico-financeira original do contrato de concessão.

96. Exatamente por isso, nem todas as cláusulas contratuais podem ser objeto de alteração unilateral por parte da Administração. As cláusulas econômicas ou financeiras são inalteráveis sem a anuência da concessionária.

97. Assim, as cláusulas dos contratos de concessão relacionadas às tarifas e classes de usuários dos serviços de distribuição não podem ser alteradas unilateralmente, sem anuência das concessionárias. Caso contrário, o equilíbrio econômico-financeiro desses contratos seria afetado. Tal conclusão ampara-se na doutrina e na jurisprudência e se justifica, no caso da Consulta, pois:

- a) os Contratos de Concessão, no § 18º da sua Cláusula Sétima, contêm previsão para a figura do consumidor livre (observado o requisito de consumo mínimo de 100.000 m³/dia) e definem o tratamento a ser dispensado nesse caso, com respeito à tarifa aplicável;
- b) a AGENERSA já editou as Deliberações 257/08 258/08, aprovando as condições e requisitos para fornecimento de gás aos “consumidores livres” da CEG e CEG RIO, mantendo o volume previsto nos Contratos de Concessão;
- c) uma nova alteração regulamentar, reduzindo o volume mínimo de consumo diário atualmente previsto, para o caso de autoprodutores, autoimportadores e consumidores livres, acarretaria o aumento do número desses consumidores e

- traria substancial impacto ao equilíbrio econômico-financeiro dos Contratos de Concessão, podendo vir a afetar a estabilidade financeira das Concessionárias;
- d) o aumento do número dos consumidores autorizados a não adquirir gás das Concessionárias poderia prejudicar o sistema de distribuição, como atualmente estruturado, onerando o consumidor cativo; e
 - e) uma nova norma regulamentar, que se revele inadequada, poderá vir a ameaçar a competitividade do mercado de gás canalizado, na medida em que o atual consumidor cativo, se onerado, poderia vir a buscar a alternativa do gás de botijão.

98. Em suma, ao fixar consumo superior a 100.000m³/dia, os Contratos de Concessão restringiram a atuação do consumidor livre (e assemelhados) ao mercado atacadista. Tal limite preserva o poder de compra das Concessionárias e, por conseguinte, a modicidade tarifária para o mercado cativo remanescente.

99. Ocorrendo um êxodo de centenas de consumidores, ora cativos, para o mercado não regulado (livre), essa migração acarretaria o risco de aumento do custo de aquisição do gás pelas Concessionárias, onerando os milhares de pequenos consumidores cativos remanescentes, que, em face do inevitável aumento da tarifa, viriam a migrar para o GLP, trazendo tal desequilíbrio a inviabilização da concessão.

100. Assim, a substituição da margem de distribuição assegurada pelos Contratos de Concessão (que incorporam o princípio da solidariedade na repartição dos custos), por uma tarifa específica, que remunera somente os custos marginais incorridos no atendimento ao consumidor livre ou assemelhados (consumidores de grande porte), provocaria a oneração da tarifa aplicada aos

consumidores cativos remanescentes, os quais, na prática, passariam a arcar com o custeio da expansão do sistema de distribuição.

QUARTO QUESITO:

“Sob o ponto de vista jurídico, deveria haver alguma distinção destes agentes, autoprodutores, autoimportadores e consumidores livres, nos Contratos de Concessão, para efeito de participação nos investimentos das Concessionárias?”

101. A resposta a esse quesito é negativa. Seguindo a mesma linha de entendimento referida na resposta aos segundo e terceiro quesitos, concluímos que o autoprodutor e o autoimportador devem ser equiparados ao consumidor livre, para efeito de participação nos investimentos, já que são figuras semelhantes, não enquadradas no conceito de consumidor cativo.
102. Outrossim, as disposições do Contrato de Concessão que regulam a participação de consumidores livres nos investimentos da Concessionária se enquadram no conceito de cláusula econômica ou financeira, não podendo ser unilateralmente alteradas, por força de nova regulamentação a ser editada pela AGENERSA, sem expressa concordância das Consulentes.
103. Diante das normas atuais, e na forma do disposto nos Contratos de Concessão firmados com a CEG e com a CEG RIO, nos casos em que seja necessária a participação direta do autoprodutor ou do autoimportador no investimento indispensável para atender ao seu próprio pedido de serviço de distribuição, a sua participação ficará limitada a 90% (noventa por cento) do total do investimento, nos moldes das normas aplicáveis aos consumidores livres (conforme o item 4.2.1 das Deliberações AGENERSA).

QUINTO QUESITO:

“Do ponto de vista jurídico, autoprodutores, autoimportadores e consumidores livres podem realizar a revenda de Gás Natural dentro do Estado do Rio de Janeiro?”

104. A resposta é negativa.

105. Como já mencionado, as figuras do autoprodutor, do autoimportador e do consumidor livre devem conviver com a exclusividade de distribuição de gás canalizado, atribuída pelo Estado às Concessionárias, dentro da respectiva área de concessão.

106. Assim, diante do caráter de exclusividade da atividade de distribuição de gás canalizado nas áreas de concessão, a comercialização de gás canalizado, por outros agentes de mercado deve ser vedada. A liberdade conferida aos novos agentes refere-se apenas e tão somente à aquisição de gás. Frise-se, ademais, que a regulamentação estadual já proíbe a revenda de gás pelo consumidor livre a terceiros (item 2.1.2.1 das Deliberações AGENERSA).

SEXTO QUESITO:

“Poderia a Lei do Gás regular a concessão, autorização ou licença para construção de dutos para autoprodutores, autoimportadores e consumidores livres, em âmbito estadual?”

107. A resposta é negativa. A fronteira entre a atividade nacional (federal) e os serviços locais (estaduais) se situa, na prática, nos pontos de recepção instalados ao longo dos gasodutos de transporte (os *city gates*), em que se dá a transferência do gás, da União aos Estados e suas concessionárias.

108. É nesses pontos de recepção que o gás deixa, via de regra, o percurso *nacional* (os gasodutos de transporte), destinado ao atendimento ao mercado no atacado, e ingressa no percurso *regional* (a malha de distribuição estadual), através do qual será levado até seu destinatário final.

109. Assim, tanto o exercício da atividade de transporte do gás quanto a sua regulamentação passam do nível federal ao estadual, competindo às normas federais regular o percurso federal, ficando a cargo dos Estados a normatização da movimentação no seu percurso estadual, observando o sistema de distribuição local, a cargo das concessionárias.

110. Cabe, portanto, à AGENERSA, no exercício do poder regulatório que lhe foi conferido pelo Decreto Estadual do Rio de Janeiro nº 38.618/2005, normatizar a construção, ampliação e a pré-operação das redes de distribuição, para atender à unidade do autoprodutor ou autoimportador.

SÉTIMO QUESITO:

“É juridicamente possível ao autoprodutor ou autoimportador construir seu próprio gasoduto, caso a Concessionária não possa atender ao seu pedido?”

Cabe ao Estado autorizar tal construção?

Caso o Estado conceda a construção do duto para o autoprodutor ou autoimportador, como deve ser fixada a remuneração da distribuidora que operar este duto?”

111. A resposta é afirmativa, para a primeira parte do quesito.

112. Com base nos critérios de remuneração das Concessionárias, adotados nos Contratos de Concessão, cabe concluir que a construção de dutos pelo autoprodutor ou autoimportador somente será viável após prévia e expressa

manifestação da Concessionária no sentido de não construí-los, em face da inviabilidade econômica para tal construção, mesmo com a possibilidade de participação financeira do consumidor em 90% (noventa por cento) do total do investimento necessário (Cláusula Quarta, § 1º, item 1⁵⁹). Nesse caso, os dutos passam à titularidade da Concessionária e serão revertidos ao Poder Concedente ao final da concessão (conforme a Cláusula Treze, item V⁶⁰).

113. Cabe à Agência Reguladora estadual definir os critérios e procedimentos para que conceda a autorização de construção de duto em percurso estadual, destinado a atendimento a autoprodutores ou autoimportadores, sempre que não for viável à concessionária o atendimento a esses agentes. Insere-se no âmbito do poder de polícia do Estado a autorização para tal construção. O produtor e o autoimportador assumirão total e exclusiva responsabilidade pela construção dos dutos (para atendimento à sua unidade de consumo), obtendo a necessária licença para construir.

114. No entanto, considerando-se que a atividade de distribuição está atribuída com exclusividade à concessionária, as normas devem prever uma remuneração adequada, a lhe ser paga pelo produtor ou autoimportador, que tem natureza compensatória, correspondendo à margem de distribuição que seria

⁵⁹ **Contratos de Concessão:** "CLÁUSULA QUARTA – OBRIGAÇÕES DA CONCESSIONÁRIA
(...)

§ 1º - Obriga-se, ainda, a CONCESSIONÁRIA, sem prejuízo das demais obrigações assumidas neste instrumento, a:

1. - atender novos pedidos de fornecimento a consumidores, desde que satisfeitas as condições de rentabilidade de acordo com as taxas previstas no § 9º, da Cláusula SÉTIMA abaixo, de modo a garantir o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato, podendo a CONCESSIONÁRIA deixar de atender aos novos pedidos de fornecimento nas hipóteses de insuficiência de matéria prima ou ameaça à segurança, e naquelas em que seja obrigada a realizar investimentos, por ela não previstos, no sistema de distribuição: fica desde já ajustado que, caso se faça necessária a participação direta do consumidor no investimento necessário para atender ao próprio pedido de fornecimento, tal participação ficará limitada a 90% (noventa por cento) do total do investimento, visando sempre atingir as condições de rentabilidade acima referidas;"

⁶⁰ **Contratos de Concessão:** "CLÁUSULA TREZE – DISPOSIÇÕES GERAIS
(...)

V - a realização de aporte por parte do consumidor não dará a ele participação nas instalações, cuja titularidade será exclusiva da CONCESSIONÁRIA;"

auferida com o desempenho de tal atividade, de modo a não romper o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

OITAVO QUESITO:

“Caso a Concessionária venha a construir o gasoduto, é razoável fixar prazo mínimo para os contratos a serem celebrados com autoprodutor ou autoimportador, atendendo ao mesmo prazo requerido para remuneração do capital por ela investido?”

115. A resposta é afirmativa, considerando-se que a Concessionária deve ter garantida a remuneração pelo investimento realizado para a construção do gasoduto, em virtude da preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.
116. Os contratos a serem celebrados com a Concessionária, por autoprodutores ou autoimportadores, deverão observar o prazo mínimo de cinco anos, nos mesmos moldes previstos para os consumidores livres, conforme o item 3.1.b das Deliberações AGENERSA.
117. É o parecer, atendendo à consulta formulada pelas Consulentes.

São Paulo, 24 de fevereiro de 2012.



ARNOLDO WALD

*Advogado, inscrito na 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*