



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2020.0000881373

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação / Remessa Necessária nº 1053722-11.2016.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelada C. DE G. DE S. P. C., são apelados/apelantes E. DE S. P. e A. R. DE S. E E. DO E. DE S. P. - A..

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso da Fesp e Arsesp, prejudicado, por consequência, o recurso interposto pela Comgás. V.U. (Sustentaram oralmente os Drs Rômulo Silva Duarte, OAB/SP 423.402 e Celso Caldas Martins Xavier, OAB: 172708/SP)", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO GALIZIA (Presidente sem voto), ANTONIO CARLOS VILLEN E ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ.

São Paulo, 26 de outubro de 2020.

TERESA RAMOS MARQUES
RELATOR
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

10ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO
 APELAÇÃO CÍVEL: 1053722-11.2016.8.26.0053
 APELANTE: FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO E
 OUTRO
 APELADO: COMPANHIA DE GÁS DE SÃO PAULO – COMGÁS
 JUIZ PROLATOR: JOSUÉ VILELA PIMENTEL
 COMARCA: SÃO PAULO

VOTO Nº 25692

EMENTA

CONTRATO ADMINISTRATIVO

Reequilíbrio da equação econômica-financeira –
 Impossibilidade:

A aplicação do Termo de Ajuste K ocorreu conforme estabelecido no contrato de concessão, incorrendo desequilíbrio na equação econômico-financeira.

RELATÓRIO

COMPANHIA DE GÁS DE SÃO PAULO - COMGÁS ajuizou demanda em face da *Fazenda Pública do Estado de São Paulo e Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo - ARSESP*, objetivando o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão firmado entre as partes, sob a alegação de que ocorreram falhas metodológicas na aplicação do “Termo de Ajuste K” que lhe causaram sérios prejuízos nos 2º e 3º ciclos do contrato de concessão. Alegou, nesse sentido, que a aplicação do referido termo de ajuste anualmente sempre impactará negativamente no aspecto financeiro do contrato, devendo se dar apenas de forma quinzenal.

Foi produzida prova pericial contábil que, enfim, concluiu haver inconsistência matemática da metodologia de aplicação do Termo de Ajuste K levada a efeito pela Arsesp a partir do Terceiro Ciclo do Contrato de Concessão, pois, apesar de ter realizado à risca o plano de negócios definido pelo regulador, a concessionária será penalizada pela aplicação dos termos de ajuste K, ficando impedida de obter a rentabilidade autorizada pelo próprio



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

regulador, havendo um desequilíbrio econômico-financeiro. (fls.2718/2723)

Sentença (fls.3201/3207) de procedência do pedido para condenar as requeridas ao pagamento de R\$ 419.900.000,00 a título de reequilíbrio econômico-financeiro à autora, em face da equivocada aplicação do Termo de Ajuste K a partir do 2º ciclo do contrato, pela redução do volume de gás fornecido superior a 10% nos 4º e 5º anos do segundo ciclo contratual, sem ajuste de cálculo da margem efetivamente obtida, pelos indevidos descontos no segmento “alto fator de carga”, cuja apuração foi equivocada e pelos impactos da alteração unilateral do volume de gás previsto no plano de negócios realizado durante o terceiro ciclo do contrato. Por fim, condenou as requeridas ao pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios fixados em 2% do valor da condenação.

Ambas as partes recorreram.

De um lado, recorre a Comgás (fls.3234/3242) insurgindo-se contra a aplicação da Lei 11.960/09 para definição do índice dos juros moratórios que incidirão a partir da citação e antes da expedição do precatório. Entende que neste interregno há de se aplicar os termos do artigo 406 do Código Civil e artigo 161 do CTN, além de observar o disposto no artigo 102, §12º da CF.

De outro lado, recorre a Fazenda Pública do Estado de São Paulo (fls.3252/3286) alegando, em preliminar, que a empresa nomeada para a perícia não apresentou capacidade técnica exigida para averiguação da questão fática, ante a sua altíssima complexidade. Daí porque realizou pedido de perícia complementar na área de regulação econômica e financeira, o que foi indeferido em primeiro grau. Portanto, sustenta que a sentença haveria de ser declarada nula por cerceamento de defesa. Subsidiariamente, pede seja determinada a realização da perícia complementar em segundo grau. No mérito, sustenta que houve interpretação equivocada das cláusulas contratuais que regem a aplicação do ajuste “K” e que a sentença limitou-se a acolher o laudo pericial, sem se atentar para o contrato de concessão. Explica, nesse sentido, que a aplicação do ajuste “K” tem a finalidade de evitar que a concessionária de gás obtenha ganhos excedentes em razão de alterações na



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

composição do mercado que possam elevar a margem média de receitas tarifárias recebidas pela distribuição do gás. No processo de revisão tarifária, a Arsesp projeta uma margem média a ser auferida pela concessionária ao longo do ciclo tarifário. Essa margem média é reajustada anualmente, no período do ciclo, considerando a inflação acumulada e um fator de compartilhamento da eficiência da distribuição com os usuários (fator x). Com base nestas premissas, aduz que o contrato é claro ao dispor que se a concessionária obteve margem maior do que a prevista, obriga-se a devolver a diferença ao usuário. E, sendo assim, não faria sentido a conclusão pericial, decorrente de uma análise exclusivamente contábil. Por fim, sustenta que o Poder Judiciário, no controle da atividade normativa da agência reguladora, deve se limitar a verificar se houve a correta atenção às alternativas regulamentares existentes quanto à decisão adotada, bem como aos assuntos-chave compreendidos na matéria regulamentar, incluindo as principais sugestões formuladas pelo público. Em seguida, aponta vícios no laudo pericial, uma vez que o que se denominou lá de “inconsistência matemática” corresponde, em verdade, ao cumprimento do contrato de concessão celebrado entre as partes. Por fim, busca convencer de que não houve qualquer desequilíbrio na equação econômico-financeira.

Houve a apresentação de contrarrazões (fls. 3291/3315 e 3316/3325).

Houve, ainda, pedido de intervenção de terceiro na condição de “amicus curiae” (fls. 3335/3347), o que foi indeferido pelo acórdão de fls. 3613/3620, ante o inequívoco interesse jurídico da Abividros no desfecho da demanda.

É o relatório.

FUNDAMENTOS

Da Preliminar levantada pela Arsesp e Fesp:

Sustentam a Arsesp e Fesp que a sentença deveria ser anulada, ante o cerceamento de seu direito de defesa, pois o caso demandava a produção de prova pericial na área da regulação, e não apenas contábil. Assim, entende que



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

o indeferimento deste pedido, cerceou seu direito de defesa e, portanto, impõe a nulidade da sentença.

Embora limitado o laudo pericial para a causa em questão, não há razão para anulação da sentença e nem determinação de perícia na área de regulação.

O processo contém documentos e provas suficientes para o deslinde da causa que devem ser considerados para completar a prova pericial, não sendo necessária nova instrução probatória.

Rejeito assim a preliminar de cerceamento de defesa e o pedido de produção de perícia na área de regulação.

Do mérito:

A controvérsia consiste em averiguar (a) se houve a correta aplicação do Termo de Ajuste K, notadamente a partir do segundo ciclo do contrato de concessão firmado entre as partes e; (b) se seria lícita a redução do volume de gás fornecido superior a 10% nos 4º e 5º anos do segundo ciclo contratual sem ajuste de cálculo da margem efetivamente obtida.

Como já relatado, em primeiro grau, o magistrado concluiu ter havido desequilíbrio na equação econômica do contrato, pois entendeu, fundado no laudo pericial, que inconsistências matemáticas na aplicação do fator K ao longo do terceiro ciclo, aliadas à redução de mais de 10% do volume de gás no segundo ciclo, sem a respectiva recomposição, teriam impedido a Comgás de receber aquilo que havia projetado inicialmente.

Contudo, a sentença merece reforma.

Não bastava apenas constatar se a aplicação do fator K gerou “perdas” financeiras à concessionária. Era preciso verificar, ao mesmo tempo, se a incidência do referido fator se deu segundo as disposições contratuais e se referida “perda” financeira correspondeu, verdadeiramente, a um desequilíbrio na equação econômica, ou se apenas surtiu efeito já previsto no contrato de concessão.

O juiz analisou a questão sob o enfoque puramente contábil, deixando



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

de interpretá-la à luz de um regime jurídico publicístico, derogatório e exorbitante do direito comum.

Sob esta perspectiva, que balanceia interesse público e privado, a redução da margem de lucro da concessionária, seja pela aplicação do fator K durante o terceiro ciclo do contrato, seja pela redução do volume de gás sem a respectiva recomposição no segundo ciclo, não leva necessariamente à conclusão de que houve um desequilíbrio na equação econômico-financeira do contrato. Vale dizer, é possível que a margem de lucro da concessionária venha a ser reduzida pelo poder concedente, desde que tal se dê em decorrência da aplicação das cláusulas contratuais e desde que não haja quaisquer fatores externos ao contrato que imponham desequilíbrio entre as partes.

Na presente hipótese, as restrições impostas pelo poder concedente se deram dentro do previsto no contrato de concessão, de modo que o valor exigido pela Comgás não lhe é devido.

Consta destes autos digitais que as partes firmaram contrato de concessão do serviço de distribuição de gás natural. É fato incontroverso que o contrato é do tipo Margem Máxima (MM), também denominado de “price cap”, o que significa dizer que são estipulados tetos para os rendimentos da concessionária. Mais especificamente, a MM ou P0 corresponde, nos termos do contrato, à receita suficiente para cobrir os custos da prestação do serviço e obter rentabilidade razoável, sendo certo que esta margem máxima é calculada tendo como base as projeções de mercado propostas pela concessionária e pela agência reguladora.

Desse modo, estabeleceu o contrato de concessão que caso a margem obtida (MO) pela concessionária fosse superior ou inferior à MM, poderia haver a incidência do fator de correção K.

Ocorre que a incidência deste fator de correção segue metodologias distintas, a depender do ciclo contratual, pois o contrato firmado entre as partes foi dividido em ciclos tarifários de cinco anos cada. No primeiro deles, não haveria a incidência do fator K, haja vista que ainda não existiriam elementos e



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

prática suficientes para o estabelecimento de parâmetros (margens) seguros pelas partes. A partir do segundo ciclo, seria possível a incidência do fator K seja para elevar a margem obtida (MO) pela concessionária – quando esta fosse inferior à MM --, quanto para reduzir a MO na hipótese contrária, qual seja, de rendimento superior à margem máxima. Por fim, a partir do terceiro ciclo, restou estabelecido no contrato, que a incidência do fator K poderia se dar exclusivamente para redução da margem obtida (MO), isto é, para o fim exclusivo de evitar ganhos excedentes pela concessionária.

Em tese, o excedente “retornaria” ao usuário do serviço, mantendo-se a modicidade das tarifas e garantindo à concessionária recursos suficientes para custeio da prestação e rendimento do capital investido.

Bem se vê, portanto, que a metodologia de incidência do termo K está toda prevista no contrato de concessão conscientemente assinado pela Comgás em 1999. Assim, embora sua incidência, de fato, possa restringir o rendimento da concessionária, não é possível afirmar que tais perdas equivalem a um desequilíbrio econômico do contrato, mas ao contrário, garantem o equilíbrio inicialmente proposto.

A regulamentação do equilíbrio econômico do contrato está prevista na Cláusula Décima Terceira e nas suas demais subcláusulas. Confira-se partes delas:

DÉCIMA TERCEIRA CLÁUSULA:

*As tarifas tetos a serem aplicadas na prestação dos serviços públicos de distribuição de gás canalizado serão reguladas através de uma metodologia de margem máxima de distribuição, doravante denominada **Margem Máxima (MM)**, que dará à concessionária oportunidade de **obter uma rentabilidade apropriada sobre o seu investimento**.*

Primeira subcláusula:

A metodologia visa permitir à concessionária a obtenção de receitas suficientes para cobrir os custos adequados de operação, manutenção,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*impostos, exceto os impostos sobre a renda, encargos e depreciação, relacionados com a prestação dos serviços de distribuição de gás canalizado, **bem como uma rentabilidade razoável.***

O contrato, como se vê, não garante à concessionária a rentabilidade máxima, mas sim aquela razoável.

Sustenta a Comgás, todavia, que embora a MM seja, por definição, uma margem média calculada para o ciclo tarifário, ou seja, para os próximos cinco anos do contrato de concessão, a verificação da Arsesp, na prática, acerca de seu atingimento pela concessionária é feita anualmente. Assim, ao aplicar a regra contratual de forma anual sem compensar os desvios matemáticos decorrentes do cálculo médio anual (MM de 5 anos dividido por 5), a Arsesp acaba por gerar uma distorção na dinâmica contratual. Defende, nesse sentido que, para que essa inconsistência seja sanada, é necessário que o cálculo se dê levando em conta o ciclo tarifário, ou seja, todos os cinco anos correspondentes à projeção traçada no plano de negócios e confirmada na revisão tarifária, compensando-se, se superior, no ciclo seguinte.

A Arsesp, por seu lado, alega que a pretensão da Comgás não encontra respaldo na literalidade do contrato por ela firmado conscientemente e que seu eventual acolhimento geraria, não apenas enriquecimento sem causa da Comgás, como também o efetivo desequilíbrio da equação econômica do contrato.

Conforme relatado, o laudo pericial concluiu que haveria sim uma distorção matemática na metodologia de cálculo estabelecida no contrato, mas alertou que a interpretação destas cláusulas cabia ao Poder Judiciário.

Pois bem.

Muito embora o laudo pericial tenha encontrado a referida distorção, restou suficientemente provado no processo que tal não gera qualquer desequilíbrio na equação econômica do contrato, uma vez que a Arsesp vem fazendo incidir o termo K, conforme previsão expressa no referido



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

contrato. Logo, o argumento contábil não pode se sobrepor aos termos contratuais que, como se verá, são bastante claros.

Os argumentos levantados pela Comgás contra a incidência do fator K devem ser divididos em dois: de um lado, a autora aponta vício na incidência do fator K no segundo ciclo, quando este poderia ser positivo ou negativo; de outro, sustenta haver distorção na incidência do termo K durante o terceiro ciclo, quando tal ocorreria anualmente.

Cumpra analisar cada um deles.

Sobre a incidência no segundo ciclo, deve-se observar os termos da subcláusula 26 da Décima Terceira Cláusula. Confira-se:

*26 subcláusula: Quando o volume distribuído no ano for 10% menor ao volume distribuído no ano anterior, a CSPE **poderá autorizar** um reajuste na fórmula para o cálculo da margem obtida, desde que esta condição não tenha sido computada nas projeções previstas na subcláusula sexta desta cláusula, para fins do cálculo de P0.*

Neste ponto, sustentou a Comgás que no segundo ciclo, houve uma redução do volume de gás distribuído de 12% e, por essa razão, era necessária a recomposição deste valor supostamente perdido. Contudo, como bem demonstrado pela Arsesp e pela Fesp, o contrato é claro ao prever que a recomposição poderá ou não ocorrer, tratando-se, em verdade, de discricionariedade regulatória.

Tanto assim que o perito judicial, ao responder quesito elaborado pela agência reguladora, expressamente reconheceu que o termo “poderá autorizar” correspondia a uma discricionariedade regulatória, e não a um dever (fl.2701).

Logo, nada há no contrato que lhe assegure, diante destes fatos, a recomposição de tais valores neste mesmo percentual. E, se o próprio contrato faz essa previsão, isto é, se a equação econômica do contrato aceita tal variação, não há que se falar em desequilíbrio, mas, antes, de aplicação de previsão contratual expressa.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Tendo em vista que houve razoável justificativa para que não fosse realizada a recomposição, não pode o Poder Judiciário, a partir de uma análise meramente contábil, concluir de maneira distinta, sob pena de gerar não apenas danos à realização do interesse público, mas também de, aí sim, gerar desequilíbrio econômico em favor da concessionária.

Alegou, ainda, a Comgás que no terceiro ciclo a Arsesp teria feito incidir o índice K de maneira equivocada, pois apesar da verificação de atingimento da MM pela concessionária ter de ocorrer anualmente, a incidência do termo K apenas deveria ocorrer se, ao final do ciclo tarifário, a soma das MO tivessem superado a soma da MM para este período.

Ora, não há como acolher tal pretensão, pois busca impor metodologia de cálculo que não foi prevista contratualmente.

Confira-se o disposto na Décima Sexta Subcláusula da Décima Terceira Cláusula do contrato:

*O termo de ajuste K é utilizado para corrigir os **desvios anuais** existentes entre a Margem Máxima (MM) e a Margem Obtida pela concessionária e **será aplicado anualmente** somente quando a Margem Obtida pela concessionária corresponder à Margem Máxima (MM) autorizada pela CSPE.*

Está também previsto na terceira subcláusula da Décima Terceira Cláusula:

III. ao final de cada ano, a Margem Obtida será calculada e comparada com a margem máxima (mm) aprovada pela CSPE; se a Margem Obtida for maior que a margem máxima, a CSPE compensará a diferença, reduzindo a margem máxima (mm) a ser aplicada no ano seguinte.

Ainda prevê a Vigésima Subcláusula da Décima Terceira Cláusula:



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A partir do terceiro ciclo, quando a margem obtida pela concessionária em t-1 for menor ou igual a margem máxima autorizada pela cspe, para esse ano, o Termo de Ajuste K será igual a zero, ressalvado o disposto na subcláusula vigésima sexta desta cláusula. Excepcionalmente, no segundo ciclo, é admitido o termo de ajuste K positivo.

A análise do contrato não deixa dúvidas de que a metodologia pretendida pela Comgás e chancelada pela perícia contábil, não encontra respaldo nos termos do contrato. Daí ter razão a Arsesp ao impugnar o valor probante do laudo pericial que se limitou a analisar aspectos contábeis quando, em verdade, o que se põe em relevo aqui são os termos contratuais.

E, ao analisar as cláusulas que tratam especificamente da equação econômica do contrato, conclui-se facilmente que a Comgás, embora tenha tido limitadas as suas receitas, não foi prejudicada por qualquer atuação da Arsesp que se ateu a observar o contrato de concessão. Ao mesmo tempo, não provou a Comgás a ocorrência de fatos externos ao contrato, imprevistos ou de efeitos incalculáveis, que teriam impactado na execução deste.

Em outros termos, o que se deve destacar aqui é que as alegadas “perdas financeiras” da Comgás não equivalem a um desequilíbrio na equação econômica do contrato e, portanto, nada lhe é devido a título de indenização por danos materiais.

Sabe-se que o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal garante a observância do equilíbrio da equação econômica. Em regulamentação, a Lei 8666/93 prevê em seu artigo 65, inciso II, d, a possibilidade de alteração do contrato administrativo para o fim de:

restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

Cumprе alertar, contudo, que o simples prejuízo do particular não autoriza o reequilíbrio econômico-financeiro, haja vista que todo negócio está sujeito a riscos. Apenas o prejuízo extraordinário, insuportável, decorrente de fato imprevisto, ou de fato previsto, mas de consequência imprevista, que retarde ou impeça a execução do ajuste, é que pode ensejar tais alterações.

Disso decorre, ainda, que a observância pelo poder concedente dos termos contratuais que estabelecem justamente o equilíbrio da equação econômica não gera o seu próprio desequilíbrio.

Nesse sentido, ensina Maria Sylvia Zanella di Pietro que o *equilíbrio econômico-financeiro é a relação que se estabelece, no momento da celebração do contrato, entre o encargo assumido pelo contratado e a contraprestação assegurada pela Administração Pública* (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 29ª ed, Rio de Janeiro: Forense, pag. 322), sendo certo que sua repactuação depende da ocorrência de uma das hipóteses doutrinariamente descritas como áleas administrativas.

Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella observa que os riscos ordinários da atividade devem ser atribuídos ao concessionário e, por conseguinte, não lhe conferem direito à recomposição de eventuais perdas, pois que, nesses casos, não se pode falar propriamente de desequilíbrio. Por outro lado, quanto às circunstâncias extraordinárias, sendo inimputáveis ao concessionário, devem ser arcadas pelo poder concedente, autorizando a revisão tarifária (com fulcro nas teorias do fato do príncipe, do fato da administração e da imprevisão).

Como no caso não se comprovou a ocorrência de nenhuma destas hipóteses, não é devida qualquer indenização por danos materiais à concessionária.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Destarte, pelo meu voto, dou provimento ao recurso da Fesp e Arsesp, prejudicado, por consequência, o recurso interposto pela Comgás. Prejudicado, ainda, o requerimento de manifestação da Arsesp quanto a seu ato normativo recentemente juntado aos autos.

Por fim, determino a inversão dos ônus da sucumbência.

Exclua-se os nomes dos advogados da Abividros das intimações.

TERESA RAMOS MARQUES
RELATORA