



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS**

**EXMO(A). SR(A). DR(A). JUIZ(A) DE DIREITO DA DIREITO PÚBLICO - FICTÍCIA DA
COMARCA DA CAPITAL**

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA Nº. 1053722-11.2016.8.26.0053

APTE/APDO: COMPANHIA DE GAS DE SAO PAULO-COMGAS

APDO/APTE: AGENCIA REGULADORA DE SANEAMENTO E ENERGIA DO ESTADO DE SÃO PAULO - ARSESP E OUTRO

O ESTADO DE SÃO PAULO e AGÊNCIA REGULADORA DE SANEAMENTO E ENERGIA DO ESTADO DE SÃO PAULO - ARSESP, por seu Procurador subscritor, vem respeitosamente perante V. Exa. nos autos em epígrafe, dentro do prazo legal e com suporte no art. 1.023, § 2º, do Código de Processo Civil (CPC), apresentar **CONTRARRAZÕES** ao recurso de embargos de declaração pelas razões de fato e de direito que a seguir passa a expor.

1. A INADMISSIBILIDADE DO RECURSO

1.1 Recurso que Expressa Mero Inconformismo; Acórdão que Appreciou Expressamente o Mérito da Causa

Os embargos declaratórios pertencem à categoria dos recursos vinculados, isto é, cujos pressupostos intrínsecos de admissibilidade estão estritamente relacionados a específicas autorizações expressas no ordenamento jurídico-positivo, que, no caso, estão listadas taxativamente no art. 1.022 do CPC.

E o caso em questão não se inclui em nenhuma dessas autorizações.

O recurso, com efeito, expressa mero inconformismo com o pronunciamento judicial. A pretensão é de reforma do julgado, circunstância que, portanto, leva ao juízo negativo de admissibilidade:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – NÃO OCORRÊNCIA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI - DESVIRTUAMENTO DO RECURSO, ESPECIALMENTE DO SEU CARÁTER INTEGRATIVO E ESCLARECEDOR
– Os embargos declaratórios somente são admissíveis quando presente alguma das

Rua Maria Paula, 67, 1o Andar, Bela Vista, São Paulo-SP

1

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por ROMULO SILVA DUARTE, protocolado em 28/01/2021 às 18:34, sob o número WPRO21000637220. Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.jsp.jus.br/pastadigital/sj/abrirConferenciaDocumento.do>, informe o processo 1053722-11.2016.8.26.0053 e código 13EB5092.



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS**

hipóteses previstas no artigo 1022 do CPC/15. A ausência de omissão, contradição, obscuridade ou erro material impõe a sua rejeição. Embargos de declaração rejeitados¹.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Ação Civil Pública. Porto Ferreira. Área de preservação permanente. Margens de curso d'água. Córrego Brejo Grande. Desvio artificial do curso. Nova faixa de APP. Dano ambiental. Desfazimento das edificações. Isolamento da área. Recuperação da vegetação. Omissão. Infringência. – 1. Omissão. Configura-se a omissão quando o acórdão não aprecia questão que deveria apreciar; não há omissão quando examina as questões e fundamentos necessários à solução da controvérsia, deixando de lado questões irrelevantes, implicitamente rejeitadas ou que, pela natureza, não permitem apreciação nesse momento do processo. – 2. Infringência. Os embargos de declaração não visam à revisão do julgado, mas à correção da omissão, contradição ou obscuridade; poderão ter efeito modificativo quando a modificação for decorrência necessária do saneamento da omissão ou da contradição. Não é o caso dos autos, em que inexistem tais falhas; o embargante pretende, como fica claro de seus argumentos, novo julgamento do recurso oficial; e para isso os embargos não se prestam. – Improcedência. Recurso oficial provido, com observação. Embargos rejeitados².

Logo, conforme se verá mais detalhadamente nos tópicos seguintes, o r. acórdão embargado **apreciou a questão de mérito decisiva para o exame do mérito da causa**, sem deixar omissões capazes de reverter seu resultado, e os presentes embargos de declaração, por arrefecer no escrutínio de admissibilidade, sequer merecem conhecimento.

1.2 O Termo de Ajuste K Como Causa de Pedir da Ação; Relação e Interdependência com Todos os Termos da Demanda; Acórdão que, Apreciando o Termo de Ajuste K, Resolve o Fundamento Determinante da Ação

Com efeito, o mérito do processo, causa mesmo de pedir, foi a interpretação jurídica das cláusulas contratuais que definem o *Termo de Ajuste K*. Isto está posto, à exaustão, tanto nas razões da Autora, ora Embargante, quanto nas do Poder Público (**fls. 39 e seguintes – petição inicial; fls. 1701 e seguintes – contestação; fls. 2260 e seguintes – manifestação sobre a contestação; fls. 3278 e seguintes – razões de apelação; e fls. 3304 – contrarrazões de apelação**).

Quanto ao mérito, a petição inicial anuncia que "(...) a Comgás pretende nesta ação

¹ TJSP; Embargos de Declaração Cível 1006985-37.2018.8.26.0066; Relator (a): Walter Fonseca; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Foro de Barretos - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 17/07/2019; Data de Registro: 17/07/2019.

² TJSP; Embargos de Declaração Cível 1001075-77.2015.8.26.0472; Relator (a): Torres de Carvalho; Órgão Julgador: 1ª Câmara



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

questionar a interpretação contratual levada a efeito pela ARSESP a respeito da aplicação do Termo de Ajuste K e, bem assim, obter a devida reparação pelos danos suportados até Maio/2014, data em que deveria ter encerrado o 3º Ciclo do Contrato de Concessão. Tal interpretação, como já dito acima, não leva em consideração a sistemática contratual, em especial o critério da justa remuneração, gerando desequilíbrio na equação contratual" (fls. 39 dos autos).

Mais à frente, e aqui está o ponto essencial, diz que a interpretação da agência reguladora, que apura e calcula o *Termo de Ajuste K* anualmente, está equivocada, por ser "(...) *paradoxal aos princípios e demais dispositivos contratuais, vez que os principais marcos contratuais levam em consideração o ciclo tarifário de 5 (cinco) anos e não resultados anuais*" (fls. 41 dos autos).

Assim, sustenta que o *Termo de Ajuste K* também deve ser quinquenal, situando aqui toda a origem de sua causa de pedir, inclusive relacionando os demais fatores que influenciam na apuração e no cálculo do *Termo de Ajuste K* a essa pretensão de revers o contrato e a sua fórmula matemática.

E isto se mostra muito claro não só pela leitura da petição inicial e dos seus termos, como também do próprio índice que a antecede, quando se lê os seguintes tópicos: "(...) 3.5 *Ainda sobre o Termo de Ajuste K: equívoco em sua aplicação decorrente do "Alto Fator de Carga";*" "(...) 3.7.2 *A alteração dos volumes dentre os segmentos e mercado. Aumento da incidência do Termo de Ajuste K*" (fls. 2 dos autos).

Colocadas essas premissas, surge indeclinável a percepção de que a resolução do mérito do processo tem como razões decisivas a interpretação jurídica da correção conceitual e da própria fórmula matemática do *Termo de Ajuste K*, de maneira que, apreciando o r. acórdão esta temática, seja pelo reconhecimento do acerto dos atos regulatórios adotados pela ARSESP, seja pela valorização da prova produzida e, conseqüentemente, o reconhecimento de sua clara inaptidão e insuficiência para provar os fatos articulados na petição inicial, o recurso de embargos de declaração que se volta contra este mérito e mesmo contra outras supostas questões autônomas – mas que não modificam o julgado – é inadmissível:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. Os embargos de declaração não se prestam à rediscussão de temas, à luz dos argumentos

Reservada ao Meio Ambiente; Foro de Porto Ferreira - 1ª Vara; Data do Julgamento: 26/12/2020; Data de Registro: 26/12/2020.

Rua Maria Paula, 67, 1o Andar, Bela Vista, São Paulo-SP

3

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por ROMULO SILVA DUARTE, protocolado em 28/01/2021 às 18:34, sob o número WPRO21000637220. Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.jsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do>, informe o processo 1053722-11.2016.8.26.0053 e código 13EB5092.



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATATAÇÕES PÚBLICAS**

reinocados, alegadamente relevantes para a solução da quæstio juris, na busca de decisão que seja favorável ao embargante. Em se tratando de discórdia quanto ao conteúdo substancial do julgamento – o que é indisturável – a via processual a ser utilizada é outra, não os embargos declaratórios. EMBARGOS REJEITADOS³.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DISSONÂNCIA DE ENTENDIMENTO. ESCOPO INFRINGENTE. "É incabível, nos declaratórios, rever a decisão anterior, reexaminando ponto sobre o qual já houve pronunciamento, com inversão, em consequência, do resultado final. Nesse caso, há alteração substancial do julgado, o que foge ao disposto no artigo 535 e incisos do CPC" (STJ, ED no REsp 44.500, j. 24-6-2003). Rejeição dos embargos de declaração⁴.

E, como se nota, o acórdão resolveu o mérito reconhecendo (i) que o *Termo de Ajuste K* tem sua formulação conceitual e matemática desde a origem do contrato de concessão conscientemente assinado pela Comgás em 1999 (acórdão, fls. 7); (ii) que, embora o laudo pericial – puramente contábil – tenha encontrado valores que seriam devidos à Concessionária, restou suficientemente provado no processo que o mecanismo contratual não gera qualquer desequilíbrio na equação econômica do contrato, uma vez que a ARSESP vem fazendo incidir o *Termo de Ajuste K* conforme expressa previsão contratual (acórdão, fls. 8); (iii) que 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 (acórdão, fls. 11); (iv) e que, finalmente, não havendo prova de nenhuma circunstância extraordinária e externa ao contrato público, não é devida nenhuma indenização à Concessionária (acórdão, fls. 12).

Conclui-se, pois, não haver qualquer omissão a ser sanada, surgindo o recurso como mero inconformismo, e, em se tratando de discórdia quanto ao conteúdo substancial do julgamento – o que é indisturável – a via processual a ser utilizada é outra, não os embargos declaratórios.

Requer, portanto, o juízo negativo de admissibilidade dos presentes embargos de declaração.

2. INADMISSIBILIDADE/IMPROVIMENTO DO RECURSO

³ **TJSP**: Embargos de Declaração Cível 1069751-34.2019.8.26.0053; Relator (a): Souza Nery; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 13ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 18/12/2020; Data de Registro: 18/12/2020.

⁴ **TJSP**: Embargos de Declaração Cível 1002147-34.2018.8.26.0104; Relator (a): Ricardo Dip; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

2.1 O Termo de Ajuste K e o "Alto Fator de Carga"

Passando à análise de mérito dos termos do recurso, inicialmente aponta-se para suposta omissão no r. acórdão embargado, porque não teria havido manifestação sobre o "Alto Fator de Carga" (fls. 4-9 dos embargos de declaração).

Argumenta, logo às fls. 4 dos embargos de declaração, que o mencionado "(...) desconto, e suas consequências, não guardam nenhuma relação com a Cláusula 13ª, Vigésima Sexta Subcláusula do Contrato, citadas pelo v. Acórdão embargado".

Desde logo, pontua-se a incorreção da afirmação em questão, ora lançada no recurso, e a intrínseca relação do "Alto Fator de Carga" com o cláusula contratual acima mencionada, o *Termo de Ajuste K*, apenas pela leitura da petição inicial e de sua causa de pedir.

Com efeito, a ação gira em torno do *Termo de Ajuste K* e sua metodologia, sendo o "Alto Fator de Carga" apenas um dos elementos desta equação. Ora, o "Alto Fator de Carga" é apenas um específico segmento de consumo atendido pela Concessionária, e cuja definição é pertinente, ao lado de outros tantos segmentos, para a definição das margens máximas de distribuição autorizadas pelo órgão regulador (MM), e que serão – como reconhecido pelo r. acórdão – confrontadas anualmente com as margens obtidas (MO), para fins de definição do próprio *Termo de Ajuste K*.

Assim, o ajuste anual realizado pelo *Termo de Ajuste K*, tendo em conta as margens máximas autorizadas (MM) e as margens efetivamente obtidas pela Concessionária (MO), há que considerar o "Alto Fator de Carga", de maneira que a incidência do *Termo de Ajuste K* tal qual previsto no contrato público e reconhecido no r. acórdão, não gera nenhum dano ou ilícito à Embargante.

Neste sentido, a própria petição inicial relaciona as questões:

"(...) A consequência disto é muito clara. A Comgás atinge e supera a Margem Máxima de Distribuição pelo fato de a ARSESP não computar o desconto decorrente do AFC para a aferição da Margem Efetivamente Obtida. Logo, aplica-se o Termo de Ajuste K a uma situação que, na prática, não é verdadeira e não foi causada pela Comgás.

Público; Foro de Cafelândia - Vara Única; Data do Julgamento: 18/12/2020; Data de Registro: 18/12/2020.

Rua Maria Paula, 67, 1o Andar, Bela Vista, São Paulo-SP

5

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por ROMULO SILVA DUARTE, protocolado em 28/01/2021 às 18:34, sob o número WPRO21000637220. Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do>, informe o processo 1053722-11.2016.8.26.0053 e código 13EB5092.



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATATAÇÕES PÚBLICAS**

A aplicação do Termo de Ajuste K, nas bases acima, teve por resultado aniquilar ou diminuir o acréscimo na tarifa permitido pela ARSESP para compensar o AFC, gerando prejuízos à Comgás e direito à respectiva reparação, o que igualmente se busca por meio da presente demanda" (petição inicial, fls 23).

Não bastasse, a petição inicial também explicita que a pretensão relacionada ao "Alto Fator de Carga" está, segundo afirma, "(...) aliada à incorreta aplicação do Termo de Ajuste K (...)":

"(...) Dessa forma, no que tange ao Alto Fator de Carga, é evidente que a fórmula utilizada pela ARSESP para concessão de descontos aliada à incorreta aplicação do Termo de Ajuste K acarretou em severos prejuízos à Comgás, na medida em que os descontos não foram compensados no preço das tarifas, e, conseqüentemente, repercutiram na Margem de Distribuição Obtida pela Comgás" (petição inicial, fls. 55).

Por outro lado, a própria Deliberação ARSESP n° 063/2009 – de que reclama a Embargante - que considera, na sua ementa, "(...) o disposto na cláusula Décima Primeira, do referido contrato de concessão, que prevê revisões tarifárias ao final de cada período de 5 (cinco) anos nos termos da Cláusula Décima Terceira", considera o "Alto Fator de Carga Industrial" como segmento de aferição das margens máximas de distribuição (MM), a ser, portanto, aferido anualmente pelo Termo de Ajuste K (fls. 207 dos autos):

SEGMENTO ALTO FATOR DE CARGA INDUSTRIAL

Aplica-se os termos do Art. 4º. desta Deliberação, em seus parágrafos 2º. ao 8º., sendo que as margens do Segmento Interruptível serão utilizadas para o incentivo, por coincidirem com as Margens Máximas do Segmento Industrial.

Logo, já se nota que o chamado "Alto Fator de Carga", como agora pretende fazer crer a Embargante, não é instituto dissociado do *Termo de Ajuste K*, tal como definido na 13ª Cláusula contratual.

Porém, cabe anotar que a compreensão firmada no acórdão, de que "(...) a metodologia de incidência do termo K está toda prevista no contrato de concessão conscientemente assinado pela Comgás em 1999 (...)" e que "(...) a regulamentação do equilíbrio econômico do contrato está prevista na Cláusula Décima Terceira e nas suas demais subcláusulas (...)" (acórdão, fls 7), é manifestação expressa acerca da metodologia do Termo de Ajuste K, e, logo, sobre a escorreita incidência anual em



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

torno do "Alto Fator de Carga".

Não bastasse, ora se reforça, brevemente, o acerto do r. acórdão e a absoluta improcedência da questão.

Veja-se, precisamente, o que diz o recurso declaratório:

"(...) A ARSESP concedeu um desconto unilateral e compulsório a determinado segmento de consumo sem qualquer autorização contratual e sem a respectiva compensação nas margens obtidas ("MO") pela Comgás. Em outras palavras, a MO foi calculada como se nenhum desconto tivesse sido concedido, o que prejudicou a apuração correta da razão margem máxima/margem obtida" (fls. 5 dos embargos de declaração).

No entanto, ao contrário do que é afirmado, o "Alto Fator de Carga", como incentivo econômico aos grandes consumidores de gás do segmento industrial, tem suporte contratual expresso e específico.

Com efeito, a Deliberação ARSESP n° 063/2009, que cria o "Alto Fator de Carga Industrial", prevê (fls. 198 dos autos):

Art. 4º. Parágrafo 2º - Para os fins desta Deliberação, enquadram-se no Segmento Alto Fator de Carga Industrial aqueles usuários do Segmento Industrial cuja Unidade Usuária realize consumos médios mensais superiores a 500 mil m3 e que superem o fator de carga de 0,90 ao longo do ano calendário anterior.

E ainda que o incentivo é aplicado sobre o valor da margem máxima de distribuição do próprio segmento industrial:

Parágrafo 4º - O incentivo é aplicado sobre o valor da margem máxima do Segmento Industrial da seguinte forma: se for verificado para um usuário um fator de carga de 0,91 no ano calendário t-1 será obtido um redutor em seu importe ao equivalente a 1% da margem máxima do Segmento Industrial correspondente ao volume de consumo mensal para o ano regulatório t. De forma similar, se verificado um fator de carga de 0,92 será obtido um incentivo equivalente a 2% para o ano seguinte; e assim sucessivamente de tal forma que para um fator de carga de 0,99 o redutor atingirá a 9%, nos termos da Nota Técnica da Estrutura Tarifária Final.



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS**

Agora veja-se que o contrato público de concessão **já previa expressa e especificamente a possibilidade do incentivo (a partir das fls. 96 dos autos)**:

CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA

Décima Quinta Subcláusula - Os segmentos de usuários, vigentes na data de assinatura deste Contrato, são os seguintes:

- . Residencial;
- . Comercial;
- . Industrial;
- . **Grandes Usuários: consumo médio mensal contratual equivalente a, no mínimo, 500.000 m3 (quinhentos mil metros cúbicos)**;
- . Termoeétrica: consumo médio mensal contratual equivalente a, no mínimo, 1.000.000 m3 (um milhão de metros cúbicos);
- . Cogeração: consumo médio mensal contratual equivalente a, no mínimo, 1.000.000 m3 (um milhão de metros cúbicos);
- . Gás Natural Veicular; e
- . Interruptível.

E, apesar desta expressa e específica previsão contratual, o contrato ainda prevê que "**Vigésima Segunda Subcláusula** - A CSPE poderá criar modalidades tarifárias em segmentos e classes de fornecimento que venham a incentivar a otimização e melhoria do fator de carga do sistema de distribuição da CONCESSIONÁRIA" (**fls. 97 dos autos**).

Assim, implementado o "**Alto Fator de Carga**", **e incrementada a respectiva margem máxima de distribuição (MM), como explicitamente previu o art. 4º, parágrafo 4º, da Deliberação ARSESP nº 063/2009, a margem efetivamente obtida (MO) também é incrementada**, de forma que a apuração do *Termo de Ajuste K* segue escorreita.

No entanto, segue o arrazoado recursal fiel à perícia meramente contábil, pretendendo fazer crer que o mero encontro de contas entre tarifas e receitas é capaz de provar sua pretensão. **Neste sentido**, o laudo pericial contábil – **no ponto em que o recurso de embargos de declaração faz referência** – informa, no quesito 34, os valores de descontos a título do "**Alto Fator de Carga**" que seriam devidos, pura e simplesmente, à Concessionária, **e pior**, o faz **tomando em consideração os valores calculados pela própria Concessionária**:



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Resposta ao Quesito 34 do Requerente

Conforme ofício CR 440/15, enviado pela Comgás ao órgão regulador, temos:

Cálculo do montante de descontos concedidos pela Comgás desde 2009, com seus valores nominais anuais e atualizados (SELIC diária até mai/15)

Ano	Valor do desconto (R\$)	Valor do desconto atualizado (R\$)
2009/10	5.601.576	16.422.617
2010/11	4.938.293	7.985.352
2011/12	7.245.797	10.738.039
2012/13	8.495.262	11.633.283
2013/14	9.789.954	12.308.856
Total	40.070.882	59.088.147

Tabela 1

Cabe também salientar que já foi apurado para o ano 2014/15 o seguinte montante de descontos concedidos, que deverá ser considerado quando a apuração do Termo de Ajuste K correspondente:

Ano	Valor do desconto (R\$)	Valor do desconto atualizado (R\$)
2014/15	16.425.234	17.951.759

A inaptidão de metodologia e objeto da prova é nítida e foi objeto de consideração pelo r. acórdão, notadamente por somente considerar uma planilha de descontos em relação a determinado segmento de consumo, deixando de lado (i) as demais definições de margens máximas pelo órgão regulador, (ii) o confronto entre todos os demais segmentos de consumo para obtenção do P0, enfim, (iii) não sendo capaz de captar e analisar toda a dinâmica regulatória por detrás do sistema de incentivos *Price Cap* e, conseqüentemente, dos ajustes levados a efeito pelo *Termo de Ajuste K*.

Por outro lado, a deficiência de conteúdo da prova contábil também é decisiva, uma vez que, como é registrado, o encontro de contas meramente sufraga e reproduz os números apresentados pela própria Concessionária, de maneira a não restar dúvidas quanto à improcedência da pretensão.

Repisa-se, pois, os termos do r. acórdão quando conclui que "(...) *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" (acórdão, fls. 12)*.

Veja-se, portanto, que no r. acórdão se assentou a premissa de que, para ter direito a uma indenização por existência de desequilíbrio contratual, a parte autora teria de ter alegado a existência

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por ROMULO SILVA DUARTE, protocolado em 28/01/2021 às 18:34, sob o número WPRO21000637220. Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do>, informe o processo 1053722-11.2016.8.26.0053 e código 13EB5092.



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS**

de um fato externo ao contrato dotado das características de imprevisibilidade e incalculabilidade, na forma como prevê a regra geral enunciada no artigo 65, II, “d”, da Lei 8.666/93. Uma vez que o Autor não narrou fatos jurídicos dotados desta qualidade (e tampouco os provou), não tem direito à indenização como forma de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

Por fim, o arrazoado afirma ter havido confissão sobre parte do pedido, alegando que “(...) *deve-se lembrar que a ARSESP já confessou dever R\$ 7.442.042,33 (sete milhões, quatrocentos e quarenta e dois mil e quarenta e dois reais e trinta e três centavos) a valores de 30.05.2014 nos termos dos artigos 90 e 356, I, do CPC, número este que, se adotado, em contraposição à prova técnica, deverá ser justificado pelo Tribunal de forma minudente” (fls. 9, embargos de declaração).*

Tal pretensão não pode prosperar, porque, como se sabe, (i) a confissão não vale contra direitos indisponíveis, como o é a revisão de um contrato público de tal magnitude; (ii) a confissão não é válida se feita por quem não pode dispor do direito; e, ainda, (iii) a confissão, quando se tratar de representação, somente vincula o representado na extensão dos poderes do representante, tudo nos termos do art. 392 do CPC:

Art. 392. Não vale como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis.

§ 1º A confissão será ineficaz se feita por quem não for capaz de dispor do direito a que se referem os fatos confessados.

§ 2º A confissão feita por um representante somente é eficaz nos limites em que este pode vincular o representado.

Nestes termos, a Nota Técnica juntada aos autos e a qual se apega a Embargante não poderia sequer gerar qualquer expectativa neste sentido, porque, *para a revisão de um contrato público deste vulto*, a legislação paulista estabelece trâmites próprios, inclusive garantindo a ampla participação social:

LC estadual nº 1.025/07, Artigo 4º - A ARSESP promoverá consultas públicas previamente à edição de quaisquer regulamentos e à aprovação de diretrizes, níveis, estruturas e revisões tarifárias, bem como nos demais casos definidos no regimento interno.

§ 1º - A consulta pública será divulgada pela Imprensa Oficial e na página da ARSESP na rede mundial de computadores.

§ 2º - O prazo entre a efetiva disponibilização dos documentos indispensáveis à consulta pública e a instalação desta não será inferior a 15 (quinze) dias.

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por ROMULO SILVA DUARTE, protocolado em 28/01/2021 às 18:34, sob o número WPRO21000637220. Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.jusp.br/pastadigital/sigabrirComerendaDocumento.do>, informe o processo 1053722-11.2016.8.26.0063 e código 13EB5092.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

§ 3º - A cada consulta pública será elaborado e publicado relatório circunstanciado.

Artigo 5º - Antes da tomada de decisão em matéria relevante, a ARSESP deverá realizar audiência pública para debates, cuja data, hora, local e objeto serão divulgados com antecedência mínima de 10 (dez) dias, pela Imprensa Oficial e na página da ARSESP na rede mundial de computadores.

Parágrafo único - A audiência pública será convocada pela Diretoria da ARSESP, na forma do regimento interno.

Ademais, a competência decisória em matéria tarifária é exclusiva da Diretoria da agência, que se manifesta **em colegiado**:

Artigo 14 - Compete privativamente à Diretoria:

(...)

VI - deliberar sobre:

(...)

c) matéria tarifária;

(...)

Artigo 15 - A Diretoria exercerá suas competências de forma colegiada, deliberando sempre por maioria absoluta, nos termos do regimento interno.

Já nesta análise preliminar, portanto, conclui-se que quer a Embargante tirar do texto de uma Nota Técnica os efeitos jurídicos que ela, desde seu nascedouro, não poderia ter. Em outras palavras, não é possível, definitivamente, interpretar a Nota Técnica como uma deliberação que reconheça um valor de desequilíbrio contratual, pois tal decisão pública possui um procedimento administrativo próprio, com um órgão de deliberação colegiada tendo a competência decisória final, tudo nos termos da LC estadual nº 1.025/2007.

E, ainda considerando esta competência legal para a matéria tarifária, é certo que a escolha acerca de eventual metodologia de reequilíbrio contratual é *função regulatória administrativa*, atribuída exclusivamente à agência reguladora, de maneira que, sendo a indenização ora pleiteada apenas um destes métodos (que pode envolver revisão tarifária, ajustes nas margens e etc), não pode o Poder Judiciário decidir pela indenização, sob pena de avanço em matéria sujeita à *reserva de administração* (art. 2 da CF).

Finalmente, cabe ainda anotar que a confissão, em ações judiciais de interesse do Estado de São Paulo, é materializada mediante ato administrativo complexo, a envolver, no caso particular, a



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS**

agência reguladora (como se viu), e a competência decisória do Procurador Geral do Estado, o que não se tem na hipótese:

LC estadual nº 1.270/2015, Artigo 7º - Além das competências previstas na Constituição Estadual e em lei, cabe ao Procurador Geral:

(...)

X - desistir, transigir, firmar compromisso e confessar nas ações de interesse da Fazenda do Estado;

Portanto, colocados tais pontos, e associados à ausência de provas acerca do alegado desequilíbrio relacionado ao “*Alto Fator de Carga*”, a improcedência da ação, tal qual colocada no r. acórdão, deve ser mantida.

2.2 O Termo de Ajuste K e o Plano de Negócios

Avança o arrazoado recursal, agora fazendo menção à suposta omissão do r. acórdão ao analisar o plano de negócios da Concessionária Embargante, também pretendendo fazer crer que a análise em questão não se relaciona ao *Termo de Ajuste K*, nos seguintes termos: “(...) *apenas a consequência dessa ilícita alteração foi a aplicação do Termo de Ajuste K, engatilhado por métricas não constantes do Plano de Negócios. Assim, não se trata de julgar a licitude do Termo de Ajuste K, mas sim verificar em que medida sua aplicação, à luz da unilateral alteração das premissas do Plano de Negócios, teria sido condizente com o Contrato (...)*” (**fls. 13 dos embargos de declaração**).

No ponto, os embargos de declaração fazem menção à seguinte passagem da petição inicial:

Quando da revisão tarifária ocorrida em Maio de 2009, a ARSESP não aceitou o Plano de Negócios desenvolvido pela Comgás no tocante a dois específicos aspectos, alterando-os da seguinte forma:

- (i) os volumes de gás propostos pela Comgás foram aumentados;
- (ii) a distribuição dos volumes nos distintos segmentos em que a Comgás atua (residencial, industrial etc.) foi aleatoriamente alterada (**petição inicial, fls. 25**).



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

E a conclusão:

"(...) Fundamentalmente, a ARSESP alterou a distribuição do Volume total dentre os diversos segmentos de mercado, aumentando os Volumes para aqueles com menor Margem.

Tal situação trouxe profundo desequilíbrio contratual e, de igual maneira, resultou na aplicação prejudicial do Termo de Ajuste K (...)" (*petição inicial, fls. 26*).

Sobre o tema, inicialmente se aponta a correção das razões apresentadas no recurso de apelação, particularmente a partir das fls. 3272 dos autos, quando é detalhado o regime de apreciação, levado a cabo pelo órgão regulador (ARSESP), do plano de negócios apresentado periodicamente pela Concessionária, especialmente no que tange à definição, para fins de aplicação e incidência do Termo de Ajuste K, das margens máximas de distribuição (MM).

Tudo como previsto no Contrato de Concessão:

CLÁUSULA DÉCIMA TERCEIRA

Quinta Subcláusula – A CSPE aprovará P0 após avaliar a receita requerida para cobrir os custos permitidos à CONCESSIONÁRIA, no ciclo, e levando em conta os seguintes fatores:

- . estabelecimento de tarifas apropriadas e estáveis para os usuários; e
- . a oportunidade para a CONCESSIONÁRIA obter uma remuneração apropriada para os seus ativos.

Sexta Subcláusula – Para fixar o valor P0 a CONCESSIONÁRIA deverá fornecer à CSPE um plano de negócios que contenha, dentre outras, as seguintes informações:

- . valor da base de ativos da empresa, de acordo com o Plano de Contas a ser publicado pela CSPE;
- . o Plano de Investimento (físico e financeiro), incluindo investimentos em reposição de ativos e novas instalações;
- . receitas e custos operacionais, não operacionais e financeiros;
- . informação relativa a custos históricos e volume de gás canalizado distribuído;
- . projeções de gás canalizado a ser distribuído;
- . custo médio ponderado do capital projetado.

Oitava Subcláusula - A CSPE revisará a base de ativos apresentada pela CONCESSIONÁRIA para garantir que somente sejam incluídos ativos relacionados com a prestação do serviço, e que a depreciação tenha sido calculada adequadamente.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATATAÇÕES PÚBLICAS

Nona Subcláusula - A CSPE revisará as projeções de custo e o volume de gás a ser distribuído em relação a:

- . a consistência interna;
- . tendências históricas;
- . comparações com parâmetros nacionais e internacionais da indústria de gás;
- e
- . a consistência com as projeções realizadas por outras distribuidoras em condições similares.

Décima Subcláusula - Para permitir à CONCESSIONÁRIA a oportunidade de obter uma rentabilidade apropriada sobre sua base de ativos, a CSPE levará em conta:

- . a razão dívida/capital próprio da CONCESSIONÁRIA; e
- . o custo de oportunidade do capital.

Décima Primeira Subcláusula - A CSPE considerará, entre outros, para determinar o custo de oportunidade do capital:

- . a rentabilidade de empresas similares no País e em outros países; e
- . as condições de rentabilidade para os investimentos no País (**fls. 98-102 dos autos**).

E, colocadas estas premissas, **surgem as conclusões adotadas pelo r. acórdão, que corretamente interpretou o contrato público e seu mecanismo de regulação por incentivos (Price Cap), em que é função pública indeclinável da entidade reguladora a apreciação, conforme este mesmo contrato, do plano de negócios apresentado pela Concessionária**, de forma que não há, aqui, *nenhum fato extracontratual que gere desequilíbrio na equação econômico-financeira do ajuste*:

"(...) 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 PO 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 endo como base as projeções de mercado propostas pela concessionária e pela agência reguladora.

O contrato, como se vê, não garante à concessionária a rentabilidade máxima, mas sim aquela razoável (...)" (**acórdão, fls. 6-8**).

Logo, a questão também foi abordada no julgamento da causa, sendo desprovida de sentido a afirmação, ora lançada nos aclaratórios, de que "(...) tal tema em nada tem a ver com a análise de qualquer cláusula contratual, a questão foi tratada pela perícia técnica (...)" (**fls. 10 dos embargos de**



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

declaração).

Sobre a análise puramente contábil, o r. acórdão:

"(...) 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 (...)" (acórdão, fls. 10).

Neste sentido, mais uma vez a Embargante se apega ao laudo pericial de contabilidade, que, a exemplo do que ocorreu em relação ao "Alto Fator de Carga", meramente tomou os dados apresentados pela Concessionária, e, numa planilha nitidamente contábil, apurou alegados "prejuízos" sem considerar a lógica regulatória que permeia um contrato que atribui à agência reguladora o poder-dever de analisar e decidir sobre a consistência do plano de negócios apresentado pela Concessionária:



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATATAÇÕES PÚBLICAS

Resposta ao Quesito 40 do Requerente

Conforme ofício CR 440/15, enviado pela Comgás ao órgão regulador, temos



fls. 2

DAMÁSIO CONSULTORIA						
Administração Judicial Perícia Contábil Perícia de Engenharia e Arquitetura Perícia Química Latião						
Incidência de K no ciclo 2009/14 (SEM ACRECÇÃO DE VOLUMES) (R\$)	2009/2010	2010/2011	2011/2012	2012/2013	2013/2014	
MIX tem efeito do MIX de agregação de volumes (IGPM-X anual)	0,308027	0,314382	0,345117	0,354891	0,377899	
MO's	0,300400	0,310500	0,349000	0,363627	0,389817	
(MM Comgás - MO)	0,007627	0,003882	-0,005883	-0,005736	-0,011918	Total
Dif. Receita gerada com os volumes realizados	35.961.814	18.914.208	-19.091.915	-43.345.684	-58.540.388	-66.101.964
K volume original proposto	0	0	-19.091.915	-43.345.684	-58.540.388	-120.977.967
K volume original proposto (atualizado mai/15-IGPM)	0	0	-23.530.763	-51.560.933	-64.896.048	-139.996.746

Anexo F - Tabela 7

Portanto, a agregação de volume pelo regulador que produziu alterações nas margens que seriam estabelecidas aos usuários com o plano de negócios proposto pela Comgás, resultou em uma aplicação de K superior em R\$ 66,5 MM (R\$ 206,5 MM vs. R\$ 140,0 MM, moeda mai/15).

Para neutralizar o efeito no mix da adição de volume realizada pelo regulador, se pleiteia a restituição do montante de R\$ 66,5 MM (moeda mai/15)

Ora, como transcrito da 13ª Cláusula contratual acima, é prerrogativa indeclinável, verdadeiro dever-poder do agente regulador, a apreciação do plano de negócios proposto pela Concessionária, que, por isso mesmo, não tem qualquer direito subjetivo à sua aprovação tal qual proposto, circunstância que, como facilmente se vê, não foi apreciada pelo perito contábil.

O que fez o perito contábil foi, a partir de números apresentados pela própria Concessionária, referendar a estimativa de lucro por ela mesmo feita caso o seu plano de negócios proposto fosse aprovado sem nenhuma alteração pela agência reguladora, o que não tem, absolutamente, qualquer respaldo legal ou contratual.

Logo, o perito contábil não examinou a dinâmica regulatória em relação ao plano de negócios e às definições de margens máximas de distribuição (MM) por segmento de consumo, o que é natural ao regime de incentivos do contrato (*Price Cap*) e à política regulatória de interditar qualquer



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

discriminação ou preferência entre estes segmentos, dados os diferentes níveis de rentabilidade, bem como a própria modicidade tarifária e expansão dos serviços público⁵.

Assim, está correto o r. acórdão quando conclui que "(...) *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*" (acórdão, fls. 12).

Portanto, como legal e contratualmente cabe à ARSESP revisar as projeções de custo e determinar aspectos relativos à prestação dos serviços públicos, não se pode falar, do ponto de vista jurídico, em desequilíbrio contratual, pois a Concessionária assumiu esse risco contratualmente (álea contratualizada).

3. INADMISSIBILIDADE/IMPROVIMENTO DO RECURSO

3.1 Inexistência de Cerceamento de Defesa; Inexistência de Decisão Surpresa

Alega a Embargante ter havido cerceamento de defesa em razão da não produção de prova oral no primeiro grau de jurisdição, bem como qualificar-se o r. acórdão como decisão surpresa, nos termos do art. 10 do CPC, pelo fato de o Tribunal ter valorado a perícia técnica como insuficiente para provar os fatos constitutivos de seu direito, sem que, com isso, houvesse tido oportunidade de prová-los.

E assim, conclui:

"(...) Honestamente, entende-se que o acórdão incorreu nessa grave nulidade pelo fato de não ter atentado que (i) a Embargante havia requerido prova oral e que (ii)

⁵ LC estadual nº 1.025/07, Artigo 36 - Na prestação dos serviços de gás canalizado serão observados os seguintes princípios, além daqueles dispostos na legislação federal de concessões:

I - serviço adequado;

II - incentivo à competitividade em todas as atividades do setor;

III - tratamento não discriminatório entre usuários dos serviços de gás canalizado, inclusive os potenciais, quando se encontrem em situações similares;

IV - modicidade das tarifas e garantia do equilíbrio econômico-financeiro das concessões, consideradas taxas de remuneração compatíveis com as praticadas no mercado para atividades semelhantes.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATATAÇÕES PÚBLICAS

o Juízo a quo havia sentenciado o feito logo após a perícia, sem apreciar referido pedido (não tendo a Comgás interesse recursal para isso salientar).

De todo modo, seja pela decisão surpresa, que se trata de questão de ordem pública a ser trazida ao conhecimento de V. Exas. na primeira oportunidade, seja pela contradição acima apontada, impõe-se o reconhecimento da nulidade do acórdão embargado, sendo de rigor a conversão do julgamento em diligência, a fim de que a Comgás tenha a oportunidade de produzir a prova oral que tempestivamente requereu" (**fls. 20 dos embargos de declaração**).

Inicialmente, cabe destacar, para o que interessa, a marcha processual no primeiro grau de jurisdição.

Às **fls. 2425-2428** protestou a Embargante, ao lado da prova pericial, pela produção de prova oral; às **fls. 2441-2443**, em decisão de saneamento e organização do processo, o magistrado deferiu a realização da prova pericial, e consignou, quanto à prova oral:

"(...) Quanto à prova oral em audiência, sua necessidade e conveniência será avaliada com a vinda do laudo pericial" (**fls. 2443 dos autos**).

Realizado o estudo pericial e entregue o laudo, a Embargante peticiona nos autos, **às fls. 2865-2872**, afirmando anuir completamente com seu teor, concluindo expressamente que:

"(...) Assim, a Comgás manifesta sua anuência aos termos do laudo pericial juntado às fls. 2.634/2.832, nada tendo a opor com relação ao seu conteúdo, sendo de rigor a procedência dos pedidos formulados na petição inicial.

Por fim, a Comgás resguarda o direito de, após a conclusão da prova pericial, avaliar a conveniência e necessidade de produção de provas adicionais para instrução do feito (...)" (**fls. 2872 dos autos**).

Às **fls. 3154**, após a finalização da prova pericial, o magistrado abriu prazo às partes para apresentação de alegações finais.

E, neste momento processual, a Embargante, que havia protestado por "*avaliar a conveniência e necessidade de produção de provas adicionais para instrução do feito*", manifestou-se em alegações finais **pela suficiência das provas produzidas (fls. 3164-3180 dos autos)**, dizendo, inclusive, que "**a prova é contundente a esse respeito**" (**fls. 3175 dos autos**), e concluindo:



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

"(...) por todo o acima exposto e diante de todas as provas produzidas no processo, chega-se à inafastável conclusão de que a aplicação do Termo de Ajuste K pela ARSESP está em desacordo com a essência do Contrato de Concessão (...)" (fls. 3180 dos autos).

Assim, pela breve análise da marcha processual tida em primeiro grau de jurisdição, já se nota a absoluta ausência de amparo e pertinência na alegação, a esta altura, de cerceamento de defesa pela não produção de prova oral, seja pela preclusão consumativa ou mesmo pela patente postura processual contraditória (art. 5 do CPC).

Ora, a Embargante protestou por "*avaliar a conveniência e necessidade de produção de provas adicionais para instrução do feito*" após a conclusão da prova pericial, e, uma vez concluída, manifestou-se em alegações finais pela suficiência das provas. Isto é, a Embargante, à vista do seu ônus probatório (art. 373, inc. I, do CPC), aquiesceu com o caderno probatório e não requereu mais provas.

Por outro lado, segundo o recurso, "(...) *era impossível prever ou adivinhar que esse E. Tribunal desconsideraria por completo a robusta prova pericial e decidiria com fundamento em ausência de provas dos fatos constitutivos do direito da Comgás*" (fls. 19 dos embargos de declaração).

A argumentação é desprovida de fundamento.

Com efeito, os fundamentos principais firmados no r. acórdão concernem, em linhas gerais, sobre a interpretação do contrato de concessão e do *Termo de Ajuste K*. Todos estes argumentos foram colocados desde a contestação (fls. 1687-1744), e, especificamente quanto à impropriedade e insuficiência da prova meramente contábil, nas alegações finais (fls. 3190-3200), no recurso de apelação (fls. 3552-3286) e na própria sustentação oral realizada na sessão de julgamento.

Logo, não prospera a afirmação de que não seria possível imaginar ou prever que o Tribunal se pronunciará sobre tais questões, e, mais relevante ainda, valoraria as provas que foram produzidas nos autos.

Como se sabe, **decisão surpresa** é a que versa sobre **tema ou assunto não tratado pelas partes no processo**, e cuja adoção não foi precedida de oportunidade às partes para manifestação, **não se qualificando como tal** o julgamento de um recurso de apelação com suporte em valoração de



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS**

prova (no caso, a prova pericial) que já havia sido (bem ou mal) valorada pela sentença, e cujo conteúdo vinha sendo debatido pelas partes no processo. **Não se qualifica como decisão surpresa o acórdão que interpreta o contrato de concessão, suas cláusulas e subcláusulas, nos termos do que fora provocado desde a petição inicial e na linha do que apresentado pela defesa em todas suas manifestações.**

Veja-se que, proposta a ação pela Comgás, sabia ela do seu ônus probatório (art. 373, inc. I, do CPC) e da indeclinável função jurisdicional de apreciar as provas (art. 371 do CPC) tidas por ela mesma como *suficientes e contundentes* (**fls. 3164-3180 dos autos - fls. 3175 dos autos**).

Não é razoável propor que o colegiado de segundo grau tenha de avisar previamente à Comgás sobre a insuficiência das suas provas, ainda mais quando a própria parte Autora as considerou suficientes no fim da instrução processual. *Para além de não se compatibilizar com o sistema de valoração do ônus probatório estático do processo*, haveria tratamento desigual entre as partes (art. 139, inc. I, do CPC) e prestígio a uma conduta autocontraditória.

Portanto, considerando (i) que a Embargante se manifestou depois da conclusão da prova pericial pela *suficiência* das provas que se destinavam a provar os fatos constitutivos do seu direito – e o fez, diga-se, em letras garrafais; (ii) que, no sistema processual civil, adepto à persuasão racional do juiz, as provas são a eles dirigidas (art. 371 do CPC) e que, em virtude do ônus probatório estático (art. 373, inc. I, do CPC), serão elas valoradas na sentença ou no acórdão; a única conclusão possível é a de que **não há cerceamento de defesa ou decisão surpresa**.

Não bastasse o ponto, cabe destacar a notória impertinência e impropriedade da prova oral sinalizada pela Embargante em seu recurso, que teria por objeto a oitiva de testemunhas para aferir a "(...) a existência ou não de *desequilíbrio contratual, racional do Termo de Ajuste K, discussões que determinaram sua inclusão no Contrato, possibilidade técnica de interpretação e aplicação do Contrato de Concessão tal como pretendido pela Comgás, sem qualquer violação legal ou contratual etc*" (**fls. 14 dos embargos de declaração**).

Ora, afora já ter o Tribunal, no irretocável acórdão, apreciado profundamente a metodologia do *Termo de Ajuste K* – amplamente discutido nos autos, **não há que se ouvir testemunhas sobre matéria jurídica, como o é a "possibilidade técnica de interpretação e aplicação do Contrato de Concessão tal como pretendido pela Comgás, sem qualquer violação legal ou contratual"**, porque



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

tal desate representa o mérito jurídico da causa, ao qual o Poder Judiciário já deu a sua resposta.

Como ensina o professor Freddie Didier Jr – um dos autores do CPC – “[...] *não cabe à testemunha fazer juízo de valor sobre os fatos, muito menos enquadrá-los juridicamente – isso é função do órgão jurisdicional [...]*”. Soa até mesmo curioso que o autor defenda a oitiva de testemunhas para falar sobre a possibilidade de interpretação jurídica de um contrato de concessão, quando testemunhas são pessoas naturais chamadas a juízo para dizer o que sabe sobre os **fatos** probandos. Não se convoca testemunha para dar seu testemunho sobre a interpretação de disposições contratuais.

Outra heterodoxa proposição feita pela Autora é a de que teria sido prejudicado porquanto teria direito, na forma do artigo 464, §2º, do CPC, a que alguns servidores da agência fossem convocados em juízo para compartilhar suas impressões sobre a devida interpretação jurídica do contrato. Basta uma simples leitura do dispositivo mencionado para chegar-se à conclusão de que a pretensão é desprovida de fundamento:

Art. 464. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação.

§ 1º O juiz indeferirá a perícia quando:

I - a prova do fato não depender de conhecimento especial de técnico;

II - for desnecessária em vista de outras provas produzidas;

III - a verificação for impraticável.

§ 2º De ofício ou a requerimento das partes, o juiz poderá, em substituição à perícia, determinar a produção de prova técnica simplificada, quando o ponto controvertido for de menor complexidade.

§ 3º A prova técnica simplificada consistirá apenas na inquirição de especialista, pelo juiz, sobre ponto controvertido da causa que demande especial conhecimento científico ou técnico.

No presente feito, foi realizada prova pericial a pedido da parte Autora e – *a todo momento* – ela própria reconheceu a causa como de grande complexidade técnica.

Ora, o §2º acima destacado **expressamente** estabelece que o juiz poderá *em substituição à perícia* determinar a produção de **prova técnica simplificada, quando o ponto controvertido for de menor complexidade**. Assim, pelo que decorre da norma, não existe a possibilidade de ouvir o corpo técnico da ARSESP (ou seus antigos funcionários) a respeito da interpretação jurídica ou das distorções provocadas pela aplicação do *Termo de Ajuste K* com base nesse dispositivo.



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS**

Com todo o respeito à Embargante, nem mesmo em tese faria sentido invalidar o r. acórdão por cerceamento de defesa ou proferimento de decisão surpresa com base no suposto direito à produção de provas orais.

É que, ainda que o feito retornasse à origem, não haveria *provas testemunhais ou análises técnicas de baixa complexidade* processualmente admissíveis que pudessem servir de supedâneo à superação da interpretação jurídica de cláusulas contratuais e de normas constantes na legislação que rege as contratações públicas.

Todos sabemos que a atividade hermenêutica recai sobre **o texto do contrato e da lei**, cabendo ao juiz, como *expert em direito*, definir **o alcance de disposições normativas**. Dessa forma, é impertinente a produção tanto de provas periciais (complexas ou simplificadas) como de provas testemunhais sobre a interpretação jurídica de um contrato. Em caso semelhante (e paradigmático), esta colenda 10ª Câmara de Direito Público assentou posicionamento idêntico ao que se está a defender, *in verbis*:

APELAÇÃO. Ação de nulidade de ato administrativo. Contrato de concessão. Pleito de anulação de decisão administrativa que anulou parcialmente termo aditivo de reequilíbrio econômico financeiro do contrato. Sentença que julga a ação improcedente. Manutenção. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Prova pericial desnecessária. Matéria técnico-econômica suficientemente esclarecida nos autos, por meio de juntada de prova documental, a apoiar decisão jurídica do juiz da causa. Ponto nodal – metodologia adequada para o reequilíbrio contratual – que é matéria jurídica, cujo expert é o juiz da causa. (...) (TJSP; Apelação Cível 1014891-25.2015.8.26.0053; Relator (a): Marcelo Semer; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 21/05/2018; Data de Registro: 18/06/2018).

Diante da clareza e da aplicabilidade ao feito, destaca-se trecho do acórdão acima mencionado o qual enfrenta de modo impecável o não cabimento de realização de prova pericial sobre questões jurídicas, *in verbis*:

“[...] Ora, todas as perícias juntadas aos autos pela apelante demonstram que foi efetivada interpretação de cláusulas contratuais pelos peritos em economia, sendo o direito contratual administrativo matéria estranha à especialidade dos peritos em questão.

Decidir sobre interpretação de contratos administrativos, à luz da legislação aplicável, é matéria de especialidade técnica do juiz da causa, não sendo



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS**

necessária a produção de perícia econômica para que um especialista em economia leigo em matéria contratual administrativa interprete qual seria a metodologia aplicável.

Desse modo, a controvérsia posta nos autos era mesmo exclusivamente de direito, cuja análise jurídica é anterior às demonstrações econômicas (apesar de nelas se apoiar): qual metodologia de aferição do equilíbrio contratual é juridicamente mais adequada. Se a defendida pelas apeladas (receita real) ou se a defendida pela apelante (receita projetada), estando correta a r. sentença, pois, quando decidiu a controvérsia jurídica (apoiada nos dados econômicos já trazidos aos autos), prescindindo de prova pericial.

Para tanto, de nada adiantaria a opinião de um técnico em economia, mormente já tendo havido a opinião de ao menos três técnicos na matéria nos autos (FIPE, FGV e Ernst & Young), sendo necessário para a solução da lide posta – qual metodologia é juridicamente adequada e justa no contexto de contratos de concessão se socorrer do técnico na matéria jurídica, que é o próprio juiz da causa e não o perito.

Isso porque “é evidente que, na medida em que se supõe o conhecimento do direito pelo juiz (iuri novit curia), não tem cabimento a realização de perícia em matéria jurídica” (Antonio Carlos Araújo Cintra, Comentários ao Código de Processo Civil, vol. IV: arts. 332 a 475, Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 212, g.n.).

Não é, pois, matéria de técnica econômica, mas de técnica jurídica, cujo expert é o juiz da causa e não o perito.[...]”.

As demais Câmaras de Direito Público compartilham deste entendimento, como se pode observar nas Apelações nº. 1014902-54.2015.8.26.0053 e 1027267-77.2014.8.26.0053, julgadas, respectivamente, em 06/03/2020 e 13/11/2019, pela 12ª Câmara de Direito Público; nas Apelações Cíveis nº. 1014593-67.2014.8.26.0053 e nº. 1013617-60.2014.8.26.0053, da 2ª Câmara de Direito Público, Julgado em 25/06/2019, e na Apelação nº. 1040986-29.2014.8.26.0053, da 3ª Câmara de Direito Público, julgada em 17/04/2018. Em todas, a prova pericial foi considerada impertinente para fins de definição da correta interpretação de cláusulas contratuais.

Portanto, uma vez que o reconhecimento do direito à indenização como forma de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão tem como premissa a correta interpretação do contrato – afinal, *somente existe direito ao reequilíbrio se o contrato não houver originariamente alocado o risco nele descrito à parte que sofre os efeitos econômico-financeiros de sua materialização* – não há que se falar em cerceamento de defesa ou de decisão se a prova almejada for processualmente inadmissível e se prestar exclusivamente a orientar a interpretação jurídica do órgão julgador.



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATATAÇÕES PÚBLICAS**

Outrossim, é importante destacar que a Comgás atuou à exaustão nos autos, produzindo documentos e provas periciais reputadas, pela própria parte Autora, como suficientes para provar os fatos constitutivos de seu suposto direito.

Isso posto, o recurso é manifestação improcedente.

4. INADMISSIBILIDADE/IMPROVIMENTO DO RECURSO

4.1 A Nota Técnica n° RTM/02/2009; Inexistência de Confissão

Prossegue a Embargante afirmando que o documento juntado *às fls. 344-395 dos autos*, consistente na Nota Técnica n° RTM02/2009, seria uma confissão do Estado de São Paulo e da ARSESP quanto à matéria de fato versada na ação, porque reconheceria:

- "(...) 1. Ter a ARSESP conduzido "estudos", no plural, em relação à onerosidade trazida pela aplicação do Termo de Ajuste K, tal como ela é feita.
2. Ter a ARSESP concluído, nesta exata expressão, de que ajuste ao Termo de Ajuste K seria devido.
3. Ter a ARSESP se obrigado a realizar tais ajustes no Ciclo de 2009 a 2014" (*fls. 21 dos embargos de declaração*).

E continua:

"(...) Nos termos do artigo 374, II e 389, do CPC, trata-se de confissão clara, expressa e acachapante, sobre a onerosidade excessiva trazida à Embargante em razão da aplicação literal da cláusula Décima Terceira do Contrato de Concessão tal como pretendida pela ARSESP.

(...)

Na visão da Embargante, tal documento tornaria prescindível qualquer outra prova sobre os elementos ensejadores de uma revisão contratual. Afinal, o órgão regulador, depois de conduzir estudos, concluiu pela onerosidade e, mais que isso, prometeu revisar o Contrato (...)" (*fls. 23 dos embargos de declaração*).

Passemos à análise do documento em questão.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Segundo consta de sua ementa, a Nota Técnica n° RTM/02/2009 – versão final – tratou da "metodologia detalhada para o processo de revisão tarifária das Concessionárias de Gás Canalizado do Estado de São Paulo" (fls. 344-395), e teve como objetivo apresentar:

"(...) a versão final da Metodologia a ser utilizada na Segunda Revisão Tarifária das Concessionárias de Distribuição de Gás Canalizado do Estado de São Paulo, Companhia de Gás de São Paulo – COMGÁS, Gás Brasileiro Distribuidora S/A e Gás Natural São Paulo Sul S/A, a ser desenvolvida segundo o disposto na Cláusula Décima Primeira e nos termos da Cláusula Décima Terceira de cada Contrato de Concessão" (fls. 350).

Já se nota, portanto, que a nota técnica em questão versou sobre (i) todas as Concessionárias de gás canalizado do Estado de São Paulo, e não apenas à Embargante, e, **mais importante**, (ii) **definiu a metodologia de revisão tarifária contra a qual a Embargante reclama nesta ação**.

Já fica clara a inconsistência do argumento: como poderia a nota técnica qualificar-se como confissão sobre suposta onerosidade do *Termo de Ajuste K*, se foi ela mesma – **a própria nota técnica** – que definiu seus critérios de incidência anual e respectiva apuração?

Neste sentido, **não há, pura e simplesmente, qualquer afirmação relacionada aos fatos articulados nesta ação no referido documento**, em especial às **fls. 391 e seguintes dos autos**. No documento (i) não há reconhecimento de "onerosidade"; (ii) não há reconhecimento de que o *Termo de Ajuste K* deva ser aplicado quinquenalmente, e não anualmente como determina o contrato público; (iii) tampouco há assunção de obrigação relacionada à modificação ou revisão das cláusulas contratuais.

O que está registrado no documento, particularmente **a partir das fls. 392 dos autos**, são resultados de estudos e recomendações acerca da calibração das margens máximas de distribuição entre os setores de consumo de gás canalizado, e que teriam por fim diminuir a volatilidade e, assim, a imprevisibilidade nos resultados do *Termo de Ajuste K*.

Não há, absolutamente, admissão da verdade do fato de que, como é a causa de pedir da ação, (i) deva ser o *Termo de Ajuste K* apurado e calculado quinquenalmente, como quer a Comgás, ou **mesmo (ii) que exista qualquer desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão em razão da**



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATATAÇÕES PÚBLICAS

aplicação do *Termo de Ajuste K* tal como previsto neste mesmo contrato.

Por outro lado, algumas observações cabem, ainda que por exercício argumentativo.

Com efeito, ainda que se cogitasse que a mencionada Nota Técnica tivesse algum conteúdo relativo à confissão dos fatos articulados neste processo, caberia, em primeiro lugar, atentar-se para a característica indivisível da confissão⁶, porque, como já dito, foi a mencionada Nota Técnica que definiu a metodologia de apuração e incidência anual do *Termo de Ajuste K*, não podendo, por isso mesmo, reconhecer que o correto seria esta apuração e incidência quinzenal.

Não bastasse, ainda haveria que se verificar (i) que a confissão não vale contra direitos indisponíveis, como o é a revisão de um contrato público e a específica tutela dos usuários contida no *Termo de Ajuste K*; (ii) que a confissão não é válida se feita por quem não pode dispor do direito; e, ainda, (iii) que a confissão, quando se tratar de representação, somente vincula o representado na extensão dos poderes do representante, tudo nos termos do art. 392 do CPC:

Art. 392. Não vale como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis.

§ 1º A confissão será ineficaz se feita por quem não for capaz de dispor do direito a que se referem os fatos confessados.

§ 2º A confissão feita por um representante somente é eficaz nos limites em que este pode vincular o representado.

Particularmente quanto ao conteúdo normativo dos parágrafos 1º e 2º acima, cabe anotar que, mesmo que fosse o caso da Nota Técnica reconhecer (como não o fez, já se pontuou) ser devida a interpretação quinzenal do *Termo de Ajuste K*, mencionada Nota Técnica não poderia sequer gerar qualquer expectativa nesta revisão contratual, porque, *para a revisão de um contrato público deste vulto*, a legislação paulista estabelece trâmites próprios, inclusive garantindo a ampla participação social:

LC estadual nº 1.025/07, Artigo 4º - A ARSESP promoverá consultas públicas previamente à edição de quaisquer regulamentos e à aprovação de diretrizes, níveis, estruturas e revisões tarifárias, bem como nos demais casos definidos no regimento interno.

§ 1º - A consulta pública será divulgada pela Imprensa Oficial e na página da

⁶ CPC, Art. 395. A confissão é, em regra, indivisível, não podendo a parte que a quiser invocar como prova aceitá-la no tópico que a beneficiar e rejeitá-la no que lhe for desfavorável, porém cindir-se-á quando o confitente a ela aduzir fatos novos, capazes de constituir fundamento de defesa de direito material ou de reconvenção.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

ARSESP na rede mundial de computadores.

§ 2º - O prazo entre a efetiva disponibilização dos documentos indispensáveis à consulta pública e a instalação desta não será inferior a 15 (quinze) dias.

§ 3º - A cada consulta pública será elaborado e publicado relatório circunstanciado.

Artigo 5º - Antes da tomada de decisão em matéria relevante, a ARSESP deverá realizar audiência pública para debates, cuja data, hora, local e objeto serão divulgados com antecedência mínima de 10 (dez) dias, pela Imprensa Oficial e na página da ARSESP na rede mundial de computadores.

Parágrafo único - A audiência pública será convocada pela Diretoria da ARSESP, na forma do regimento interno.

Veja-se que é especialmente problemático, do ponto de vista jurídico, assumir que inferências retiradas de uma *Nota Técnica* podem implicar o reconhecimento de confissão quanto à onerosidade excessiva.

A alteração de um contrato público – em especial de uma cláusula que envolve o seu cerne econômico-financeiro – deve ser precedida de ampla discussão e aprovação por autoridades regulatórias e jurídicas do Estado.

Sob essa ótica, não há como ler a nota, nem mesmo em tese, como uma *confissão*, porquanto não é dado aos seus formuladores *dispor* sobre essa questão. Para dispor sobre o reconhecimento de onerosidade excessiva ou sobre a devida interpretação jurídica das cláusulas contratuais, os elaboradores precisam ter *competência*, isto é, poderes jurídicos para falar em nome do Poder Concedente.

A agência – e seus servidores – existem para arbitrar conflitos sobre a aplicação do contrato existente e para aprovar deliberações. Não poderiam os servidores propor o descumprimento de cláusulas contratuais sob o argumento de que se estaria a aprimorar o regime jurídico-regulatório. Isso traria uma **enorme insegurança jurídica para o setor**, inclusive com questionamentos por parte daqueles que poderiam ter participado do certame licitatório que adjudicou à Concessionária o direito a explorar o serviço. Além disso, se ignorada a cláusula – que compõe a substância do contrato – há que se pensar se restaria título jurídico hábil a manter o regime jurídico concessional ora em vigor, especialmente porque se trata de uma cláusula essencial à defesa dos usuários do serviço.

E mais, diz o arrazoado recursal "(...) *Ter a ARSESP concluído, nesta exata expressão*,



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS**

de que ajuste ao Termo de Ajuste K seria devido. Ter a ARSESP se obrigado a realizar tais ajustes no Ciclo de 2009 a 2014" (fls. 21 dos embargos de declaração).

Ora, se ainda assim fosse, é de se ter em mente que suposta e eventual revisão do contrato de concessão, afora passar por todo o trâmite legal já tangenciado, não deveria, necessariamente, que corresponder à vontade da Comgás, que ora é manifestada nesta ação, sob pena, inclusive, de indevida captura do agente regulador pelo agente regulado, realidade em que a própria Comgás escolheria os termos da regulação setorial incidente sobre ela própria⁷.

Logo, mais uma questão improcedente no recurso.

5. INADMISSIBILIDADE/IMPROVIMENTO DO RECURSO

5.1 Interpretação Jurídica do Termo de Ajuste K Expressa no Acórdão; Impossibilidade de se Modificar os Termos Claros do Contrato

Com efeito, apesar da expressiva manifestação do Poder Judiciário sobre o tema, insiste a Embargante na pretensão de se interpretar o contrato público de maneira "teleológica" e "sistemática", produzindo o resultado que lhe é de interesse.

Nestes termos, reproduz argumentos já rechaçados pelo r. acórdão:

"(...) o Poder Judiciário tem o dever de analisar todas as cláusulas contratuais de forma teleológica e sistemática, nos termos da própria fundamentação, não podendo se ater a um mero recorte de cláusulas contratuais isoladas para afirmar que os danos causados à Comgás pela aplicação equivocada do Termo de Ajuste K seriam decorrentes de mera aplicação do Contrato sem consequências financeiras ou onerosidade excessiva (...)" (fls. 25 dos embargos de declaração).

A partir daí, insiste na tese de que o *Termo de Ajuste K* deveria ser apurado e incidir a cada ciclo contratual (período de 05 – cinco – anos), e não anualmente, como textualmente definido no contrato e naturalmente reconhecido no r. acórdão:

⁷ GUERRA, Sérgio. *Teoria da Captura da Agência Reguladora em Sede Pretoriana*. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rc=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwj34orbv4fuAhUDFLkGHaQ2BdE4ChAWMAR6BAGKEAI&url=http%3A%2F%2Fbibliotecadigital.fgv.br%2Ffojs%2Findex.php%2Ffrda%2Farticle%2FviewFile%2F42475%2F41195&usq=>



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

"(...) Esse "excedente" não pode ser constatado somente pela verificação da margem unitária obtida (MO) em relação à margem máxima autorizada (MM) pois, conforme verificou-se nos últimos ciclos, em nenhum momento a receita obtida superou a receita autorizada e, mesmo nestes casos houve aplicação de Termo de Ajuste K (fls. 2.657/2658):

Quesito 15 do Requerente

Os cálculos anexos (Anexo II) foram feitos a partir de dados extraídos da Nota Técnica Final, Revisão Tarifária da Comgás, Terceiro Ciclo Tarifário e Estrutura Tarifário. Queira o Sr. Perito esclarecer, a partir dos cálculos abaixo, se a metodologia que a ARSESP pretende aplicar faria com que, mesmo que a Concessionária cumprisse fielmente o Plano de Negócios, esta seria privada de parte de sua receita por conta da comparação entre uma média anual e outra quinzenal?

Resposta ao Quesito 15 do Requerente

15555 v2

MAREST

fls. 28
28/35

Resposta positiva, mesmo se a concessionária cumprir fielmente o plano aprovado pelo órgão regulador, a mesma não conseguiria recuperar a receita requerida em sua totalidade devido à aplicação do termo de ajuste K.

Caso as projeções do regulador se confirmem a Margem Obtida (MO) da concessionária ano a ano seriam as seguintes:

Sobre o tema, as razões de decidir do acórdão são precisas:

"(...) 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 Arseps vem fazendo incidir o termo K, conforme previsão expressa no referido 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



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATATAÇÕES PÚBLICAS

haver distorção na incidência do termo K durante o terceiro ciclo, quando tal ocorreria anualmente.

(...)

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.

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" (fls. 3662-3674 dos autos).

Não bastasse, o arrazoado recursal, no ponto, propõe verdadeira confusão entre conceitos, pretendendo levar à conclusão de que, para a incidência do *Termo de Ajuste K* – quinquenalmente, como deseja – existem duas condicionantes autônomas: (i) desvios entre as margens máximas (MM) e as margens obtidas (MO); e a verificação de receita adicional num período de 05 (cinco) anos.

No entanto, como se lê textualmente no contrato administrativo – *e mais uma vez se traz o tema -*, o *Termo de Ajuste K* corrige desvios anuais entre as margens máximas (MM) e as margens obtidas (MO) pela Concessionária, e, uma vez incidente, reduzirá a margem máxima (MM) do ano no valor exato e atualizado da receita adicional obtida para este mesmo ano.

Em outras palavras, o *Termo de Ajuste K* tem como fator gerador de incidência desvios entre as margens de distribuição de gás, e, como medida de cálculo para reduzir a receita excedente obtida pela Concessionária – não autorizada pelo contrato e pelo órgão regulador, portanto – a própria receita adicional que foi obtida.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

As cláusulas, neste sentido, são absolutamente claras:

DÉCIMA TERCEIRA CLÁUSULA

Décima Sexta Subcláusula – 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 exceder a Margem Máxima (MM) autorizada pela CSPE.

Décima Sétima Subcláusula – O Termo de Ajuste K reduzirá a Margem Máxima (MM) do ano t, em um montante equivalente ao valor atualizado da receita adicional obtida, quando a Margem Obtida pela CONCESSIONÁRIA em t – 1 for maior que a Margem Máxima (MM) autorizada pela CSPE para esse ano.

Décima Oitava Subcláusula – O Termo de Ajuste (K t) para o período t será expresso em reais por m³ e será calculado da seguinte forma: $K_t = [(MM_{t-1} - MO_{t-1}) (1 + r_{t-1}) V_{t-1}] / V_t$ Onde: MM t-1: Margem Máxima (MM), no ano t – 1, expressa em reais por m³; MO t-1: Margem Obtida, no ano t – 1, expressa em reais por m³; r t-1: taxa de juros média anual, no ano t – 1; V t : volume anual previsto para o ano t, expresso em m³; e V t-1 : volume anual distribuído, no ano t – 1, expresso em m³.

Essa proposição está provada pela leitura da fórmula matemática de incidência do *Termo de Ajuste k*, prevista, como tal, na redação original do contrato público, **e que não contempla, como fator de verificação de sua incidência ou não, a receita adicional obtida, mas apenas as margens:**

Décima Oitava Subcláusula – O Termo de Ajuste (K t) para o período t será expresso em reais por m³ e será calculado da seguinte forma:

$$K_t = [(MM_{t-1} - MO_{t-1}) (1 + r_{t-1}) V_{t-1}] / V_t$$

Onde:

MM t-1: Margem Máxima (MM), no ano t – 1, expressa em reais por m³;

MO t-1: Margem Obtida, no ano t – 1, expressa em reais por m³;

r t-1: taxa de juros média anual, no ano t – 1;

V t : volume anual previsto para o ano t, expresso em m³; e

V t-1 : volume anual distribuído, no ano t – 1, expresso em m³.

Logo, não há o que reparar na exatidão da leitura da fórmula pela ARSESP, e assim sufragada pelo Poder Judiciário.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATATAÇÕES PÚBLICAS

Surge, assim, desprovida de sentido e fundamento a afirmação, contida no arrazoado recursal, de que "(...) a *inconsistência matemática* apontada no processo impede a concessionária de auferir os recursos suficientes para garantir o equilíbrio inicialmente proposto, através da aplicação de um termo de ajuste em uma condição de não materialização dos recursos pactuados inicialmente" (fls. 29 dos embargos de declaração).

Ora, em primeiro lugar, é impossível existir inconsistência matemática numa fórmula, justamente pelo fato de que a matemática é ciência exata; *inconsistência matemática* é uma expressão que resulta numa contradição de termos. E, em segundo lugar, a fórmula matemática não pode impedir a aferição de receitas em descompasso com o "*equilíbrio inicialmente proposto*", justamente porque a fórmula está presente no pacto inicialmente proposto.

Nestes termos, mais uma vez o irretocável acórdão:

"(...) 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" (fls. 3662-3674 dos autos).

Mais uma vez, conclui-se, o recurso é improcedente.

6. INADMISSIBILIDADE/IMPROVIMENTO DO RECURSO

6.1 A Verba Honorária: O *Inegável* Proveito Econômico

Finalmente, a peça recursal arremata sua irresignação pela estipulação da base de cálculo dos honorários sucumbenciais devidos tendo em conta o valor da causa.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Para isso, afirma que "(...) *Já na hipótese de manutenção do v. acórdão embargado, o que se admite apenas para argumentar, deve-se atentar para a ausência de condenação e afastamento dos valores apurados pela perícia, de forma que os honorários sejam fixados segundo os critérios do art. 85, §2º, do CPC, ou seja, sobre o valor da causa, uma vez que não há que se falar em proveito econômico obtido*" (fls. 30 dos embargos de declaração).

Sobre o tema, a prescrição do Código de Processo Civil restou textual:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

(...)

§ 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos: (...)

Logo, o dispositivo deixa claro que a definição da base econômica sobre a qual incidirá os honorários sucumbenciais é, preferencialmente, orientada pelo valor da condenação ou pelo **exato conteúdo econômico do processo**, apenas e tão somente recaindo sobre o valor da causa **quando não se puder utilizar nenhum dos dois anteriores critérios**.

Com a clareza na exposição, o informativo 0645 do Superior Tribunal de Justiça:

"(...) Percebe-se que o Código de Processo Civil/2015 sinaliza ao intérprete o desejo de objetivar o processo de fixação do *quantum* da verba honorária. Em terceiro lugar, introduziu autêntica e objetiva "ordem de vocação" para fixação da base de cálculo da verba honorária, na qual a subsunção do caso concreto a uma das hipóteses legais prévias impede o avanço para outra categoria. De fato, a seguinte ordem de preferência, na fixação dos honorários advocatícios sucumbenciais, é obtida pela conjugação dos §§ 2º e 8º do art. 85 do CPC: (a) primeiro, quando houver condenação, devem ser fixados entre 10% e 20% sobre o montante desta (art. 85, § 2º); (b) segundo, não havendo condenação, serão também fixados entre 10% e 20%, das seguintes bases de cálculo: (b.1) sobre o proveito econômico obtido pelo vencedor (art. 85, § 2º); ou (b.2) não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, sobre o valor atualizado da causa (art. 85, § 2º); (c) havendo ou não condenação, nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou em que o valor da causa for muito baixo, deverão, só então, ser fixados por apreciação equitativa (art; 85, § 8º)"⁸ (grifos nossos).

⁸ STJ, REsp 1.746.072-PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. Ac. Min. Raul Araújo, por unanimidade, julgado em 13/02/2019, DJe



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATATAÇÕES PÚBLICAS

Mencionado precedente, como é natural esperar, vem sendo seguido à risca pelo STJ:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EXORBITÂNCIA NÃO EVIDENCIADA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7 DO STJ. APRECIÇÃO EQUITATIVA. EXCEPCIONALIDADE. PROVEITO INESTIMÁVEL OU IRRISÓRIO OU VALOR DA CAUSA MUITO BAIXO. HIPÓTESES INOCORRENTES. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

(...)

4. Não havendo condenação, a verba sucumbencial há de ser arbitrada em 10% a 20% sobre o montante do proveito econômico ou, caso este não possa ser aferido, sobre o valor da causa, reservando-se a apreciação equitativa prevista no § 8º do art. 85 do NCPC às excepcionais hipóteses em que, havendo ou não condenação, (i) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (ii) o valor da causa for muito baixo.

5. Agravo interno não provido⁹.

O escólio doutrinário não discrepa:

"Como se vê, não há mais distinção de base de cálculo e de limites percentuais entre as decisões condenatórias, declaratórias e constitutivas. Não importa a natureza da decisão, os parâmetros de fixação da verba honorária são os mesmos. O art. 85, § 2o, elege três bases de cálculo distintas: os valores da condenação, do proveito econômico e da causa, a serem observados nessa ordem. Assim, os honorários devem ser fixados com base no valor da condenação; não a havendo, utiliza-se o proveito econômico; em última instância, recorre-se ao valor da causa. É o que se extrai do art. 85, § 4o, III, do CPC/2015¹⁰ (grifos nossos).

Por fim, neste rumo também está a jurisprudência deste TJSP:

Agravo de Instrumento. Impugnação ao Cumprimento de sentença. Condenação da Fazenda Pública do Estado de São Paulo ao pagamento de honorários com base no proveito econômico obtido em decisão que acolheu a exceção de pré-executividade e determinou a substituição das CDA's. Cálculo do cumprimento de sentença que teve como base o valor da causa e não o proveito econômico obtido. Decisão reformada. Recurso provido¹¹.

Assim, considerando que a reforma da sentença tem conteúdo econômico certo e

29/03/2019.

⁹ STJ, AgInt no AREsp 1650659/SE, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/08/2020, DJe 28/08/2020.

¹⁰ ALBUQUERQUE, João Otávio Terceiro Neto B. de. **Honorários de sucumbência e direito intertemporal: entre o CPC/1973 e o CPC/2015**. Revista de Processo, vol. 265, ano 42, p. 348. São Paulo: Ed. RT, mar. 2017.

¹¹ TJSP: Agravo de Instrumento 3004331-13.2019.8.26.0000; Relator (a): Paola Lorena; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público;



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

definido, consistente, exata e precisamente, no valor que fora imposto de condenação ao Erário pela sentença, a base de cálculo da verba honorária deverá corresponder exatamente a esta realidade.

Ademais, cabe argumentar que, caso assim não o fosse – e entendessem o Tribunal pela fixação da verba honorária segundo o valor da causa -, a Embargante teria uma posição processual **privilegiada** em relação ao Poder Público, já que, caso vencida, pagaria os honorários sobre o valor da causa – **que é, como se nota, infinitamente irrisório perante o seu conteúdo econômico** -; e, caso vencedora, necessariamente receberia os honorários segundo o valor da condenação, em montante, pois, muito superior.

Com outros termos, caso vencedora, a Comgás teria sua verba honorária calculada sobre o valor, firmado à data da sentença, de R\$ 419.000.000,00 (quatrocentos e dezenove milhões de reais); caso vencida, apenas sobre o valor da causa, de R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais).

E aqui reside, certa e seguramente, um dos grandes méritos do CPC/2015 ao estabelecer objetivamente a ordem de gradação das bases de cálculo: evitar tratamentos desiguais entre as partes de uma mesma demanda, o que seria, de resto, verdadeira iniquidade.

Destaque-se que o sistema estabelecido pelo CPC tem como escopo não somente remunerar a atividade dos advogados, mas gerar um desincentivo a aventuras jurídicas, impondo aos que teriam um enorme proveito econômico uma sanção pela indevida movimentação da máquina judiciária.

Pelo exposto, também a inversão sucumbencial estabelecida no r. acórdão surge irrepreensível.

7. CONCLUSÃO

Diante do exposto, o **ESTADO DE SÃO PAULO** e a **ARSESP** requerem (i) o juízo negativo de admissibilidade do recurso; e, na remota hipótese de admissão, (ii) que lhe seja negado provimento.

Foro de Pindamonhangaba - SEF - Setor de Execuções Fiscais; Data do Julgamento: 15/06/2020; Data de Registro: 15/06/2020.

Rua Maria Paula, 67, 1o Andar, Bela Vista, São Paulo-SP

35

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por ROMULO SILVA DUARTE, protocolado em 28/01/2021 às 18:34, sob o número WPRO21000637220. Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do>, informe o processo 1053722-11.2016.8.26.0053 e código 13EB5092.



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO DE REGULAÇÃO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS**

Nestes termos, pede deferimento.

São Paulo, 29 de dezembro de 2020.

Rômulo Silva Duarte

Procurador do Estado

OAB/SP Nº 423.402

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por ROMULO SILVA DUARTE, protocolado em 28/01/2021 às 18:34, sob o número WPRO21000637220. Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.jus.br/pastadigital/sg/abrirComercialDocumento.do>, informe o processo 1033722-11.2016.8.26.0053 e código 13EB5092.



1

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2021.0000209318

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Embargos de Declaração Cível nº 1053722-11.2016.8.26.0053/50001, da Comarca de São Paulo, em que é embargante C. DE G. DE S. P. C., são embargados 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: "Acolheram parcialmente os embargos de declaração, apenas para sanar as omissões apontadas pela Comgás, sem, contudo, haver efeitos infringentes. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS VILLEN (Presidente) E ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ.

São Paulo, 22 de março de 2021.

TERESA RAMOS MARQUES
 A PRESIDENTE E RELATOR
 Assinatura Eletrônica

Embargos de Declaração Cível nº 1053722-11.2016.8.26.0053/50001
 Voto nº 26905

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por TERESA CRISTINA MOTTA RAMOS MARQUES, liberado nos autos em 23/06/2021 às 16:44. Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.jusp.br/pastadigital/sgrabrirConteudoDocumento.do>, informe o processo 1053722-11.2016.8.26.0053 e código 1495EEDA.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Embargos de Declaração nº 1053722-11.2016.8.26.0053/50001

Comarca de São Paulo

Embargante: Companhia de Gás de São Paulo - COMGÁS

Embargada: Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo (ARSESP) e outro

Voto nº 26905

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Alegação de omissões – Honorários advocatícios – Base de cálculo:

Acolhidos parcialmente, sem efeitos infringentes, posto que apenas reforçados e complementados pontos da motivação do acórdão.

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos pela Comgás, nos termos do artigo 1.022 do Código de Processo Civil, em síntese, sob o fundamento de que é preciso sanar graves omissões consistentes no fato de que este Tribunal não analisou duas causas de pedir. A primeira delas diz respeito à criação unilateral pela Arsesp do “Alto fator de carga” que concedeu descontos especiais variáveis entre 1% a 10% da margem de distribuição sem a respectiva compensação, gerando prejuízos à embargante. A segunda, refere-se à alegação de que houve alteração unilateral e injustificada dos volumes e de sua distribuição nos respectivos segmentos, o que também teria gerado desequilíbrio contratual, pois afetou a capacidade da Comgás de cumprir as metas e compromissos regulatórios assumidos no próprio plano.

Sustenta, ademais, que ao reformar a sentença descon siderando o laudo pericial, o acórdão embargado teria se omitido quanto ao disposto no artigo 10 do CPC que proíbe a decisão surpresa. Nesse sentido, alega que era impossível prever que este Tribunal fosse descon siderar o laudo pericial. Sendo assim, deveria ter transformado este julgamento em diligência

Embargos de Declaração Cível nº 1053722-11.2016.8.26.0053/50001
 Voto nº 26905

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por TERESA CRISTINA MOTTA RAMOS MARQUES, liberado nos autos em 23/06/2021 às 16:44. Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do>, informe o processo 1053722-11.2016.8.26.0053 e código 1498EEDA.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

para se determinar a colheita de prova oral que, por sua vez, poderia influenciar e combater premissas do acórdão, seja quanto ao reconhecimento de uma interpretação sistemática do contrato, seja quanto ao preenchimento dos requisitos que autorizariam o reequilíbrio em razão de onerosidade excessiva. Ainda neste ponto, alega haver contradição no acórdão que ao mesmo tempo em que aponta haver provas suficientes nos autos, afirma não ter restado provado o desequilíbrio econômico-financeiro. E, por isso, entende haver contornos kafkianos no acórdão embargado.

Aduz que o acórdão embargado não discutiu, avaliou, tampouco decidiu sobre o documento formal da Arsesp no qual a agência confessa a existência de desequilíbrio relacionado ao Termo de Ajuste K e, mais, obriga-se a revê-lo. Do mesmo modo, teria deixado de analisar a Décima Sétima Subcláusula da Cláusula 13ª do contrato.

Por fim, requer o prequestionamento de diversos dispositivos legais e, ainda, pede a concessão de efeito suspensivo ao acórdão, nos termos do artigo 1026, § 1º do CPC.

Houve a apresentação de contrarrazões (fls.84/119).

FUNDAMENTOS

Acolhe-se parcialmente os embargos, apenas para que sejam sanadas algumas das omissões suscitadas sem, contudo, haver qualquer efeito infringente.

Em primeiro lugar, ficam rejeitadas as alegações de que houve decisão surpresa e cerceamento do direito de defesa da Comgás.

O dispositivo que a embargante sugere ter sido violado dispõe expressamente que:

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual

Embargos de Declaração Cível nº 1053722-11.2016.8.26.0053/50001
Voto nº 26905

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por TERESA CRISTINA MOTTA RAMOS MARQUES, liberado nos autos em 23/06/2021 às 16:44. Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.jusp.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do>, informe o processo 1053722-11.2016.8.26.0053 e código 1495EEDA.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

A tese acolhida pelo acórdão embargado, no sentido de que o laudo contábil seria inapto para subsidiar a alegação de desequilíbrio econômico do contrato foi aventada pela Arsesp e pela Fesp em mais de uma ocasião ao longo do processo. E, inclusive, foi objeto de preliminar nas razões de apelação interposta pela Arsesp, tendo a Comgás expressa e pontualmente rebatido tal argumento.

Ou seja, bem se vê que não houve decisão surpresa, pois o acórdão adotou tese em relação a qual houve intenso debate entre as partes.

Ao analisar detalhadamente a discussão travada nestes autos, concluiu-se, conforme argumentou a Arsesp, não se tratar de questão contábil, mas sim de uma discussão jurídica e que a análise dos termos contratuais era suficiente para decidir o caso.

A surpresa que o art. 10 pretende evitar diz respeito às teses jurídicas levantadas de ofício pelo magistrado e sobre as quais não tenha havido debate entre as partes. Este não é o caso dos autos, em que houve exaustiva discussão sobre a aptidão do laudo contábil de subsidiar a tese da Comgás de que houve desequilíbrio econômico do contrato administrativo em questão.

É bem possível crer que a Comgás tenha se surpreendido com a reforma da sentença. Afinal, esperava vencer também em segunda instância. No entanto, não é deste tipo de surpresa que o artigo 10 do CPC cuida.

Assim, não há violação ao artigo 10 do CPC.

Do mesmo modo, o afastamento da eficácia probante

Embargos de Declaração Cível nº 1053722-11.2016.8.26.0053/50001
Voto nº 26905

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por TERESA CRISTINA MOTTA RAMOS MARQUES, liberado nos autos em 23/06/2021 às 16:44 .
Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sgr/abrirConferenciaDocumento.do>, informe o processo 1053722-11.2016.8.26.0053 e código 1495EEDA.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

do laudo pericial, não impunha a conversão do julgamento em diligência para a produção de novas provas, bem porque o acórdão deixou claro que a questão discutida neste processo poderia ser decidida com base na análise e interpretação do contrato de concessão, de modo que a produção de prova oral não se mostra adequada nem teria valor relevante no deslinde da causa.

Por essas razões, não se pode admitir ter havido cerceamento do direito de defesa da Comgás que, ao contrário, vem tendo seus interesses defendidos de maneira plenamente satisfatória, foi instada a se manifestar sobre todas as questões levantadas pela Arsesp e apenas teve, agora, negada a produção de prova irrelevante para o julgamento da causa.

Por fim, é de certo modo incômodo encontrar nos embargos de declaração da Comgás a sugestão de que o acórdão teria contornos kafkianos, pois ao mesmo tempo em que teria negado a produção de novas provas, afirmou não ter restado provada o desequilíbrio econômico.

Ora, trata-se de argumento puramente retórico da Comgás.

O acórdão foi coerente ao afirmar que: (a) a Comgás aplicou o Termo de Ajuste K nos moldes previstos no contrato e, portanto, não houve qualquer inconsistência matemática; (b) que apenas seria possível argumentar pela ocorrência de desequilíbrio econômico, caso ocorridos fatos imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis que alterassem significativamente a equivalência entre as obrigações do particular e da Administração, o que não ocorreu.

A prova pretendida pela Comgás, por sua vez, não tem a função de demonstrar a ocorrência de supostos fatos imprevisíveis, mas sim de demonstrar as *inconsistências matemáticas apontadas e, ainda, a possibilidade técnica de interpretação do contrato de concessão tal como pretendido pela Comgás sem qualquer violação legal ou contratual.* (fl. 13)

Embargos de Declaração Cível nº 1053722-11.2016.8.26.0053/50001
Voto nº 26905

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por TERESA CRISTINA MOTTA RAMOS MARQUES, liberado nos autos em 23/06/2021 às 16:44. Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.jusp.br/pastadigital/sgrabrirConferenciaDocumento.do>, informe o processo 1053722-11.2016.8.26.0053 e código 1495EEDA.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Logo, não há “contornos kafkianos” no acórdão ao dispor expressamente que *“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 contrato. Logo, o argumento contábil não pode se sobrepor aos termos contratuais que, como se verá, são bastante claros.”*

Por essas razões, afastos as alegações de decisão surpresa e, ainda, de cerceamento do direito de defesa.

A seguir, enfrento as alegações de omissões no julgado.

A primeira delas diz respeito à criação unilateral pela Arsesp do “Alto fator de carga” que concedeu descontos especiais variáveis entre 1% a 10% da margem de distribuição sem a respectiva compensação, gerando prejuízos à embargante.

Trata-se, o “alto fator de carga”, conforme explica a embargante, de um desconto concedido pelo poder concedente para um determinado segmento de consumo nos seguintes termos:

O Alto Fator de Carga nada mais é do que um incentivo ao consumo linear e constante de gás canalizado. Àqueles clientes que consumiram ao longo de um ano quantidades lineares de gás, a ARSESP busca conceder-lhes na tarifa do ano seguinte um desconto, variável, justamente para agracia-los e incentiva-los a manter sua conduta. Todavia, pelo fato de aludido desconto gerar uma diminuição não voluntária das receitas da COMGÁS, a ARSESP permite que a Margem de Distribuição seja aumentada, a fim de que o aumento compense a perda oriunda do desconto decorrente do AFC.

A crítica da embargante quanto ao uso deste estímulo tem a ver, no entanto, com o fato de que “apesar de incrementar as Margens Máximas de Distribuição”, a Arsesp faria uma “conta incorreta para fins de aplicação do Termo de Ajuste K”, de tal modo que a compensação seria

Embargos de Declaração Cível nº 1053722-11.2016.8.26.0053/50001
 Voto nº 26905

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por TERESA CRISTINA MOTTA RAMOS MARQUES, liberado nos autos em 23/06/2021 às 16:44. Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sf/abrirConferenciaDocumento.do>, informe o processo 1053722-11.2016.8.26.0053 e código 1495EEDA.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

aniquilada. Pois, “para realizar a apuração da Margem Efetivamente Obtida, a Arsesp considera apenas o montante incluído a fim de compensação, mas, contudo, despreza a redução de tarifa determinada pela Arsesp para usuários enquadrados na classe AFC”.

A Comgás ainda argumentou que a Arsesp teria confessado que a aplicação do referido incentivo AFC teria gerado um “prejuízo” de R\$ 50.235.909,13 para a Comgás, sendo certo que, por outro lado, a aplicação do “termo variável complementar” teria gerado uma arrecadação adicional de R\$ 42.793.866,80, de modo que seria devida uma diferença de R\$ 7.442.042,33 pela compensação insuficiente, valor este válido para 30.05.2014. Contudo, para a Comgás a diferença devida seria de R\$ 98.037.952, valor este calculado pelo perito contábil.

A Arsesp, em suas contrarrazões, impugna o valor desta suposta confissão, destacando que eventuais alterações contratuais que impliquem mudanças no cálculo das referidas margens para fins de incidência do termo K, devem seguir procedimento próprio, previsto em lei.

Tem razão a Arsesp.

Em primeiro lugar, deve-se novamente destacar que, ao contrário do que pretende fazer crer a Comgás, a discussão acerca do Alto Fator de Carga está intrinsecamente relacionada à forma de incidência do Termo de Ajuste K, de modo que, em verdade, não se poderia falar em omissão no acórdão, quando este expressamente declarou que a maneira como referido termo de ajuste incidiu estava já prevista contratualmente.

Contudo, apenas para que não se alegue a omissão, deve-se, de um lado, deixar claro que o Alto Fator de Carga, longe de configurar uma alteração unilateral da Arsesp, tem previsão contratual expressa (vigésima segunda subcláusula da 11ª Cláusula do contrato de concessão), de modo que sua aplicação não constitui elemento incalculável ou surpreendente.

Embargos de Declaração Cível nº 1053722-11.2016.8.26.0053/50001
 Voto nº 26905

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por TERESA CRISTINA MOTTA RAMOS MARQUES, liberado nos autos em 23/06/2021 às 16:44. Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.jusp.br/pastadigital/sgrabrirConferenciaDocumento.do>, informe o processo 1053722-11.2016.8.26.0053 e código 1495EEDA.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

De outro lado, quanto à suposta confissão, como bem sustentado pela Arsesp, esta não tem valor jurídico por se tratar de direito indisponível, nos termos do disposto no artigo 392, CPC.

A segunda, refere-se à alegação de que houve alteração unilateral e injustificada dos volumes de gás e de sua distribuição nos respectivos segmentos, o que também teria gerado desequilíbrio contratual, pois afetou a capacidade da Comgás de cumprir as metas e compromissos regulatórios assumidos no próprio plano.

Segundo a embargante, o laudo pericial teria confirmado que

“na revisão tarifária ocorrida em Maio de 2009, a Arsesp não aceitou o Plano de Negócios desenvolvido pela Comgás, alterando-os da seguinte forma: (i) os volumes de gás propostos pela Comgás foram aumentados; (ii) a distribuição dos volumes nos distintos segmentos em que a Comgás atua (residencial, industrial, etc) foi aleatoriamente alterada.”

E, em seguida, conclui a Comgás: não tivesse a Arsesp, de modo unilateral, alterado o Plano de Negócios, os volumes máximos para cada segmento seriam diferentes. Não teria a Comgás, assim, superado tais limites, de tal modo que o Termo de Ajuste K não teria sido aplicado. Assim, afirma que este proceder da Arsesp teria imposto um prejuízo de R\$ 84,63 milhões à Comgás.

Esta alegação não merece acolhida.

Segundo disposto na cláusula 13ª, nona subcláusula, a *CSPE revisará as projeções de custo e o volume de gás a ser distribuído*, ou seja, o agente regulador poderia ou não acolher o plano de negócios apresentado pela Comgás.

Embargos de Declaração Cível nº 1053722-11.2016.8.26.0053/50001
 Voto nº 26905

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por TERESA CRISTINA MOTTA RAMOS MARQUES, liberado nos autos em 23/06/2021 às 16:44. Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sig/abrirConferenciaDocumento.do>, informe o processo 1053722-11.2016.8.26.0053 e código 1495EEDA.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Em outros termos, não estava a Arsesp obrigada a acolher o plano apresentado pela Comgás, de modo que a alteração nos volumes de gás não corresponde a violação contratual e, menos ainda, justifica a condenação da Arsesp ao ressarcimento de prejuízo que a Comgás supõe ter sofrido.

Nesse sentido, correta a Arsesp quando afirmou que: *o que fez o perito contábil foi, a partir de números apresentados pela própria concessionária, referendar a estimativa de lucro por ela mesmo feita caso o seu plano de negócios proposto fosse aprovado sem nenhuma alteração pela agência reguladora*, o que, de fato, não tem respaldo contratual.

Note-se, assim, que não houve alteração unilateral indevida por parte da Arsesp, mas alteração contratualmente autorizada do plano de negócios apresentado pela Comgás.

Portanto, suprida esta omissão no acórdão, afasto a alegação da Comgás no sentido de que a alteração unilateral nos volumes de gás teriam gerado prejuízos indenizáveis à Comgás.

A terceira omissão refere-se à análise do impacto da Nota Técnica n RTM/02/2009 da Arsesp de fevereiro de 2009 na qual teria a embargada conduzido estudos sobre a onerosidade trazida pela aplicação do Termo de Ajuste K, comprometendo-se a realizar ajustes no ciclo de 2009 a 2014.

A nota técnica referida pela Comgás em nada altera a conclusão do acórdão no sentido de que o Termo de Ajuste K foi aplicado nos segundo e terceiro ciclos conforme expressa previsão contratual.

É preciso, em primeiro lugar, considerar que o contrato firmado entre a Comgás e o ente público prevê justamente estes acertos, estas revisões, a cada ciclo, justamente para que seja calibrada a equação econômico-financeira do contrato. Conforme esclarecido no acórdão embargado, trata-se

Embargos de Declaração Cível nº 1053722-11.2016.8.26.0053/50001
Voto nº 26905

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por TERESA CRISTINA MOTTA RAMOS MARQUES, liberado nos autos em 23/06/2021 às 16:44. Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.jusp.br/pastadigital/sgrabrirConferenciaDocumento.do>, informe o processo 1053722-11.2016.8.26.0053 e código 1495EEDA.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

de contrato regulado pelo sistema de Margem Máxima (MM) que estipula tetos de rendimento para a concessionária, tetos estes fixados, a cada ciclo tarifário, a partir de previsões de mercado feitas tanto pela Comgás (estabelecidas no referido plano de negócios) quanto pela agência reguladora.

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. (fl.3667)

A nota técnica de 2009, referida pela Comgás, estabeleceu a sistemática de incidência do termo de ajuste “K” justamente para o terceiro ciclo tarifário e bem ponderou sobre as possíveis distorções desta incidência, tendo em vista o ciclo tarifário anterior (2º ciclo).

Assim, referida nota técnica expõe os estudos prévios realizados pela Arsesp, antes de dar início ao terceiro ciclo tarifário. Veja que tal nota foi expedida em 2009, logo após o fim do segundo ciclo, e buscou antecipar algumas eventuais distorções na aplicação do Termo K. Na mesma ocasião, ou seja, antes mesmo de se dar início ao terceiro ciclo, a Arsesp já cuidou de propor medidas que pudessem impedir a ocorrência das distorções que poderiam, veja bem, poderiam ocorrer no terceiro ciclo.

Em outros termos, a nota técnica apenas prova a boa-fé da Arsesp no cumprimento do contrato, identificando prontamente eventuais distorções, agindo para preveni-las e, ainda, comprometendo-se a compensar eventuais prejuízos sofridos pela Comgás.

Para dizer o mínimo, o argumento é contraditório, pois
Embargos de Declaração Cível nº 1053722-11.2016.8.26.0053/50001
Voto nº 26905

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por TERESA CRISTINA MOTTA RAMOS MARQUES, liberado nos autos em 23/06/2021 às 16:44. Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do>, informe o processo 1053722-11.2016.8.26.0053 e código 1495EEDA.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

pretende usar documento produzido previamente ao terceiro ciclo tarifário para provar distorções que supostamente ocorreram ao longo do terceiro ciclo e que este mesmo documento buscou sanar.

Suprida a omissão apontada no acórdão, deve-se concluir que a referida nota técnica em nada altera as conclusões ali postas.

A quarta, diria respeito à omissão do acórdão quanto à análise das demais cláusulas contratuais, visto que a análise de apenas a décima terceira cláusula seria demasiadamente simplista. Sustenta a embargante que uma interpretação sistemática da cláusula 13ª em conjunto com a 17ª subcláusula indicaria a não incidência do Termo de Ajuste K quando a RO fosse menor do que a RR.

Em verdade, não houve omissão quanto a este ponto, pois o acórdão afastou expressamente esta tese da Comgás ao, justamente, fazer a interpretação sistemática do contrato de concessão. Não se trata, portanto, de omissão, mas de puro inconformismo da Comgás em relação ao entendimento expresso no acórdão recorrido.

Por essa razão, rejeito este argumento, não havendo aqui omissão a ser sanada.

A quinta, refere-se aos ônus de sucumbência, pois em primeiro grau a Arsesp foi condenada ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 2% sobre o valor da condenação. E, no entanto, como foi afastada a condenação em segundo grau, haveria de ser estabelecida outra base de cálculo para o cômputo dos honorários advocatícios.

Aqui, está correta a Comgás, pois, de fato, não havendo condenação, a base de cálculo dos honorários advocatícios deverá ser o valor atualizado da causa.

Embargos de Declaração Cível nº 1053722-11.2016.8.26.0053/50001
Voto nº 26905

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por TERESA CRISTINA MOTTA RAMOS MARQUES, liberado nos autos em 23/06/2021 às 16:44. Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.jusp.br/pastadigital/sgrabrirConferenciaDocumento.do>, informe o processo 1053722-11.2016.8.26.0053 e código 1495EEDA.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Desse modo, ficará condenada a Comgás ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 2% sobre o valor atualizado da causa.

Destarte, pelo meu voto, acolho parcialmente os embargos de declaração, apenas para sanar as omissões apontadas pela Comgás, sem, contudo, haver efeitos infringentes.

Teresa Ramos Marques
Relatora

Embargos de Declaração Cível nº 1053722-11.2016.8.26.0053/50001
Voto nº 26905

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por TERESA CRISTINA MOTTA RAMOS MARQUES, liberado nos autos em 23/06/2021 às 16:44. Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do>, informe o processo 1053722-11.2016.8.26.0053 e código 1498EEDA.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SJ 4.11 - Serv. de Procs. de Rec. aos Tribunais Superiores do 5º
ao 8º Gr. de Cãm. de Dir. Público
Endereço - Av. Brigadeiro Luis Antônio, 849 - sala 503 - Cep:
01317001 - São Paulo/SP

CERTIDÃO

Processo nº: **1053722-11.2016.8.26.0053**
Classe – Assunto: **Apelação / Remessa Necessária - Equilíbrio Financeiro**
Apelante/Apelado **C. de G. de S. P. C.**
Apelado/Apelante, **A. R. de S. e E. do E. de S. P. - A. , E. de S. P.**
Apelado/Apelante
Relator(a): **TERESA RAMOS MARQUES**
Órgão Julgador: **10ª Câmara de Direito Público**

CERTIDÃO DE TRÂNSITO EM JULGADO

Certifico e dou fê que a r. decisão do(s) recurso(s)
transitou em julgado.

São Paulo, 10 de novembro de 2021.

Milena Margutti Moretin - Matrícula: 367430
Escrevente Técnico Judiciário

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por MILENA MARGUTTI MORETIN, liberado nos autos em 10/11/2021 às 17:17.
Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.jusp.br/pastadigitalsg/abrirConferenciaDocumento.do>, informe o processo 1053722-11.2016.8.26.0053 e código 1771D40C.