



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.063.967 - SP (2017/0046077-9)

RELATOR : **MINISTRO BENEDITO GONÇALVES**
R.P/ACÓRDÃO : **MINISTRO SÉRGIO KUKINA**
AGRAVANTE : **CONCESSIONARIA DO RODOANEL OESTE S.A**
ADVOGADOS : **MARIANA TAVARES ANTUNES - SP154639**
 ALEXANDRE DE MENDONÇA WALD E OUTRO(S) -
 SP107872A
 MARIA EUGENIA PREVITALLI CAIS - SP273166
AGRAVADO : **AGENCIA REGULADORA DE SERVICOS PUBLICOS**
 DELEGADOS DE TRANSPORTE DO ESTADO DE SAO
 PAULO-ARTESP
PROCURADOR : **MIRNA CIANCI E OUTRO(S) - SP071424**

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/73. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO CARACTERIZADAS. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM.

1. Segundo consolidado pelo STJ, uma vez detectada a presença de vício elencado no art. 535 do CPC/73, faz-se de rigor a devolução dos autos à instância recursal de origem para nova apreciação dos aclaratórios.
2. Na espécie, descortina-se a incompletude na prestação jurisdicional, visto que pontos importantes para a solução da lide não foram examinados pela Corte local, além de remanescer suscitada contradição entre os fundamentos empregados no acórdão ocorrido.
3. Agravo conhecido para, também conhecendo do recurso especial, dar a este último provimento, com a consequente anulação do acórdão de fls. 1.822/1.825, por ofensa ao art. 535 do CPC/73.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira TURMA do Superior Tribunal de Justiça, prossequindo o julgamento, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Relator e Regina Helena Costa, conhecer do agravo para, conhecendo do recurso especial, dar-lhe provimento, em ordem a anular o acórdão às fls. 1.822/1.825, ante a reconhecida afronta ao art. 535 do CPC/73, determinando, em consequência, que os aclaratórios sejam novamente apreciados, restando prejudicada a apreciação dos demais temas veiculados no especial, nos termos do voto-vista do Sr. Ministro Sérgio Kukina, que lavrará o acórdão. Votaram com o Sr. Ministro Sérgio Kukina (voto-vista) os Srs. Ministros Gurgel de Faria e Napoleão Nunes Maia Filho.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2017(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO SÉRGIO KUKINA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.063.967 - SP (2017/0046077-9)

RELATOR : **MINISTRO BENEDITO GONÇALVES**
AGRAVANTE : CONCESSIONARIA DO RODOANEL OESTE S.A
ADVOGADOS : MARIANA TAVARES ANTUNES - SP154639
ALEXANDRE DE MENDONÇA WALD E OUTRO(S) - SP107872A
MARIA EUGENIA PREVITALLI CAIS - SP273166
AGRAVADO : AGENCIA REGULADORA DE SERVICOS PUBLICOS
DELEGADOS DE TRANSPORTE DO ESTADO DE SAO
PAULO-ARTESP
PROCURADOR : MIRNA CIANCI E OUTRO(S) - SP071424

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Trata-se de recurso especial interposto com fundamento no artigo 105, III, “a”, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo TJSP, assim ementado (fl. 1.798):

CONTRATO ADMINISTRATIVO - CONCESSÃO PARA EXPLORAÇÃO DO TRECHO OESTE DO RODOANEL MÁRIO COVAS - PRETENSÃO DE CONDENAÇÃO DA FAZENDA DO ESTADO À RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO AJUSTE EM VIRTUDE DA QUEDA DA TIR DOS ACIONISTAS DECORRENTE DA CRISE FINANCEIRA DE SETEMBRO/2008 - INADMISSIBILIDADE - NECESSIDADE DE ADOÇÃO DA TIR DO PROJETO COMO PARÂMETRO PARA FIXAÇÃO DA EQUAÇÃO ECONÔMICO FINANCEIRA - AÇÃO IMPROCEDENTE - SENTENÇA CONFIRMADA.

Embargos de declaração rejeitados (fls. 1.822/1.825)

O recorrente alega violação dos artigos 57, §1º, II, e 65, II, d, da Lei 8.666/93, bem como dos artigos 3º, 41, 58, I, §§1º e 2º da Lei 8.666/93. 4º, 9º, §§ 2º, 3º e 4º, 10, 14 e 29, VI, da Lei 8.987/95, 113 e 422 do CC e 128 do CPC, defendendo que tanto a lei como o contrato de concessão em questão (cláusula 23.1) prevêm a necessidade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em casos de evento excepcional, como o dos autos, em que ocorreu uma crise financeira mundial deflagrada em setembro de 2008, que repercutiu no financiamento que compõe as condições da proposta.

Defende que: i) não há dúvidas que a referida crise internacional se insere na álea extraordinária, cujos custos não pode ser atribuídos ao concessionário, na medida em que o próprio Tribunal reconheceu a sua imprevisibilidade e dos danos dela decorrentes; e ii) a Corte de origem não poderia desconsiderar cláusula contratual reconhecidamente válida, seja em razão do interesse



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

público primário (viabilidade do serviço público) e do princípio da boa-fé ou porque sequer houve pedido da parte contrária nesse sentido.

Subsidiariamente, aponta ofensa ao 535, I e II, do CPC/1973, ao argumento de que a Corte de origem não se manifestou a respeito de pontos importantes ao deslinde da controvérsia.

A Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte apresentou contrarrazões às fls. 1.887/1908, sustentando, em suma, a previsibilidade da crise financeira ocorrida em 2008, a ausência de comprovação do alegado desequilíbrio e a impossibilidade de compartilhamento do risco do negócio.

Acrescenta que a queda da TIR dos acionistas é decorrente da má-gestão da concessionária, cujos riscos não podem ser transferidos ao Poder concedente. Explica que a TIR a ser utilizada como balizadora do equilíbrio financeiro do pacto é a TIR do projeto (fluxo de caixa) e não a dos acionistas (custos com despesas financeiras e financiamentos), sob pena de se descaracterizar o contrato de concessão e ferir a disposição contratual expressa de que os financiamentos são de responsabilidade da concessionária.

O MPF opinou pela não provimento do agravo, em razão dos óbices das Súmulas 5 e 7/STJ, nos termos da ementa assim redigida (fls. 2004):

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. Ação Ordinária. Contrato Administrativo. Desequilíbrio Econômico e Financeiro. Concessão para exploração do trecho oeste do Rodoanel Mário Covas. Ação julgada improcedente. Recurso especial interposto contra Acórdão que negou provimento à apelação, integrado pelo Acórdão que rejeitou os embargos declaratórios. Agravo em recurso especial. Recurso que não reúne condições de prosperar. A pretensão da Agravante de demonstrar a existência do desequilíbrio econômico financeiro no contrato de concessão do serviço público demandaria o necessário exame das cláusulas do contrato firmado entre as partes. Além disso, a análise dos prejuízos alegados em decorrência da crise econômica de 2008 sobre as projeções financeiras que embutem os custos de financiamento implica o revolvimento fático probatório dos autos. Incidente o óbice das Súmulas 5 e 7 do STJ. Precedentes. Agravo em recurso especial que não deve ser provido.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.063.967 - SP (2017/0046077-9)

VOTO-VENCIDO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Inicialmente, registra-se que "[a]os recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (Enunciado Administrativo n. 2, aprovado pelo Plenário do Superior Tribunal de Justiça em 9/3/2016)".

Isso posto, não se conhece da suposta afronta ao artigo 535 do CPC/1973, pois o recorrente se limitou a afirmar de forma genérica a ofensa ao referido normativo sem demonstrar quais questões de direito não foram abordadas no acórdão proferido em sede de embargos de declaração e a sua efetiva relevância para fins de novo julgamento pela Corte de origem. Incide à hipótese a Súmula 284/STF.

Quanto aos artigos 113 e 422 do CC e 128 do CPC (e a tese a eles vinculadas, respectivamente, de boa-fé dos contratados e desconsideração de cláusula contratual sem pedido expresso da parte contrária), o recurso não merece conhecimento, na medida em que não foram apreciados pela Corte de origem, inclusive após terem sido opostos os embargos de declaração, o que acarreta o não conhecimento do recurso especial pela falta de cumprimento ao requisito do prequestionamento. Aplica-se à hipótese a Súmula 211/STJ.

No mais, verifica-se que os autos versam acerca de uma ação ordinária movida pela Concessionária do Rodoanel Oeste S.A, visando o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, sob a alegação de que a inesperada crise do sistema financeiro de 2008 afetou substancialmente o seu contrato, especialmente a TIR dos sócios, na medida que teve que obter novo financiamento menos vantajoso.

A esse respeito, a Corte de origem firmou compreensão de que, não obstante sejam notórios os transtornos provocados pela crise financeira de setembro de 2008 às economias dos países e empresas ao redor do mundo, a cláusula 23.1 do contrato em questão não autoriza a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conclusão de que o contrato de concessão firmado entre as partes considerou a Taxa Interna de Retorno (TIR) dos acionistas como parâmetro para a fixação da equação econômica-financeira.

Prosseguiu asseverando, com amparo em decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União e conforme se extrai da própria ementa do acórdão recorrido, que não é cabível a pretensão de condenação da Fazenda do Estado à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do ajuste em virtude da queda da TIR dos acionistas decorrente da crise financeira de setembro/2008, como pretende a recorrente, ante a ausência de respaldo técnico e contratual, tendo em vista a necessidade de se adotar a TIR do projeto como parâmetro para a referida equação, já que os contratos administrativos devem ser interpretados em prol da coletividade e não para atender aos direitos individuais do particular contratado.

É o que se extrai do seguinte excerto do voto (fls. 1.799/1.802):

Passando ao exame do apelo, necessário registrar que a autora, após vencer concorrência pública, firmou com a ARTESP em 1º de junho de 2008 o contrato de concessão de fls. 857/887, tendo por objeto a exploração do sistema rodoviário constituído pela malha rodoviária estadual do trecho oeste do Rodoanel Mário Covas.

Posteriormente, em 30 de dezembro de 2009, **baseada no estudo de fls. 889/1.000, elaborado pela empresa Tendências Consultoria Integrada, dando conta de que em decorrência das alterações na estrutura de capital provocadas pela crise financeira mundial de setembro de 2008 a TIR dos acionistas, apresentada na proposta em 15,28% caiu para 11,92%, a autora apresentou à ARTESP a solicitação de recomposição do equilíbrio contratual de fls. 1.028/1.031.**

O pleito foi indeferido (fls. 1.032/1.038), ensejando a interposição do recurso administrativo de fls. 1.040/1.072, ao qual a ARTESP negou provimento (fls. 1.078/1.087), por dois fundamentos: previsibilidade da crise econômica ocorrida no ano de 2008 e impossibilidade da utilização da Taxa Interna de Retorno (TIR) dos acionistas como baliza para o reequilíbrio econômico-financeiro do pacto.

Se a primeira assertiva pode ser contestada, ante a notoriedade dos transtornos provocados pela crise financeira de setembro de 2008 às economias dos países e empresas ao redor do mundo indício claro de sua imprevisibilidade, a outra é irrespondível.

No AC-0988-26/04-P, o Tribunal de Contas da União, nos autos de relatório de auditoria realizada no extinto Departamento Nacional de Estradas de Rodagem e na Concessionária Rio-Teresópolis S.A., com o objetivo de verificar a adequação dos valores de tarifas de pedágio na rodovia, bem como acompanhar a execução do contrato de concessão e avaliar seu equilíbrio econômico-financeiro, deixou registrado:

“8. É preciso atentar, ainda, para o fato de que, observadas as condições iniciais da proposta, as TIR alavancada e desalavancada são



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

absolutamente equivalentes. A única diferença é que uma forma de cálculo inclui no fluxo de caixa as rubricas de investimento e a outra as suprime.

9. Isso não significa, no entanto, que a escolha de uma ou outra taxa seja indiferente. Na verdade, **as condições de financiamento dizem respeito à concessionária e são fatores exógenos à concessão. Se assim não fosse, os contratos teriam de prever o repasse às tarifas dos ganhos financeiros eventualmente auferidos pela concessionária com a obtenção de condições de financiamento mais vantajosas que as informadas na proposta apresentada. De outra parte, a obtenção de financiamento em condições menos favoráveis que a indicada na proposta poderia ser utilizada pela concessionária para pleitear uma majoração de tarifas. No entanto, nenhuma dessas possibilidade está prevista nos contratos existentes. Assim, inexistindo respaldo técnico e contratual para que as condições de financiamento exerçam influência sobre o fluxo de caixa, deve-se preferir a TIR desalavancada.**

Aludido entendimento tem integral aplicação ao caso concreto, despropositada a alegação de que o contrato de concessão firmado entre as partes tenha considerado a TIR dos acionistas como parâmetro para a fixação da equação econômico-financeira.

O disposto no item 23.1, inciso III do pacto (“23.1 As partes terão direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, quando este for afetado, observada a legislação vigente, especialmente nos seguintes casos: III Ocorrência de eventos excepcionais, causadores de significativas modificações nos mercados financeiro e cambial, que impliquem alterações substanciais, para mais ou para menos, nos pressupostos adotados na elaboração das projeções financeiras, desde que esses eventos não sejam passíveis de serem cobertos por mecanismos efetivamente disponíveis no mercado nacional ou internacional (hedge), a custos razoáveis”) **não autoriza absolutamente tal conclusão, ainda mais que** na lição sempre precisa de Hely Lopes Meirelles, “Na interpretação do contrato administrativo é preciso ter sempre em vista que as normas que o regem são as do Direito Público, suplementadas pelos princípios da teoria geral dos contratos e do Direito Privado, e não o contrário, como, lamentavelmente, ainda se pratica entre nós (art. 54). Não se nega a aplicação das regras de hermenêutica comum à interpretação dos contratos administrativos, mas nessa operação **não se pode olvidar que o objeto da contratação é, sempre e sempre, o atendimento do interesse público.** Diante dessa realidade, a busca da intenção das partes há de partir da premissa de que **a finalidade precípua do ajuste é a satisfação de necessidades coletivas.** Daí porque já decidimos que **nos contratos administrativos celebrados em prol da coletividade não se pode interpretar suas cláusulas contra essa mesma coletividade, para só se atender aos direitos individuais do particular contratado.**” (Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros Editores, 34ª edição, página 221).

E à luz da posição adotada, sem qualquer utilidade dilação probatória tendente a apurar os efeitos da crise financeira de 2008 sobre as projeções financeiras com financiamento.

Daí se vê que a presente insurgência esbarra, primeiramente, nas vedações contidas nas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Súmulas 5 e 7 do STJ, ante a necessidade de interpretação das próprias cláusulas do contrato de concessão firmado entre as partes para se solver a controvérsia, bem como de reexame dos fatos e provas constantes nos autos, em especial a análise da conjuntura econômico-financeira da época do contrato e da eventual afetação das suas respectivas condições.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE CONCESSÃO. TRANSPORTE AÉREO REGIONAL. SUPLEMENTAÇÃO TARIFÁRIA. QUANTIA QUE NÃO COMPÕE O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO. NATUREZA JURÍDICA DE SUBSÍDIO. OMISSÃO NO ACÓRDÃO OBJURGADO. INEXISTÊNCIA. ANÁLISE DA CONJUNTURA ECONÔMICO-FINANCEIRA À ÉPOCA EM QUE FOI FIRMADO O CONTRATO. AVALIAÇÃO DE MISSIVAS ENCAMINHADAS À RECORRENTE E DO CONTRATO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 5 E 7/STJ.

1. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem consignou: "Com efeito, embora a apelante tenha considerado o valor da Suplementação Tarifária para fins de estudo da viabilidade econômica do projeto, exsurge claro do instrumento contratual que a concessionária faria jus àquele subsídio, na forma das instruções baixadas pelo Departamento de Aviação Civil - DAC. Confira-se, por oportuno, in verbis: CLÁUSULA DÉCIMA-PRIMEIRA - Pela execução das linhas aprovadas, em função da sua classificação, a CONCESSIONÁRIA receberá uma suplementação tarifária que será paga pelo Departamento de Aviação Civil, na forma das instruções por este baixadas. (fl. 32) (...) Com efeito, gradativamente, reduziu-se o índice de Suplementação Tarifária em relação à apelante, até, por fim, suprimi-lo por completo. Nesse ponto, importa registrar que a atuação do Departamento de Aviação Civil - DAC foi totalmente respaldada pela moldura legislativa da matéria, sendo a concessionária comunicada das alterações no pagamento do subsídio, consoante se observa das correspondências colacionadas aos autos pela própria autora (fls. 46/47 e 48/49). Ademais, assentado que a Suplementação Tarifária não compõe o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, verifica-se que a espécie dos autos diverge dos precedentes citados pela apelante, na medida em que estes cuidam de casos de quebra da equação financeira do ajuste em virtude de intervenção do Estado, o que não ocorreu no caso."

2. Não se configura a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil. Em verdade, está claro e evidente que o entendimento do Tribunal a quo é no sentido de que a mencionada Suplementação Tarifária não compõe o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de exploração de transporte aéreo regional firmado entre as partes. Dessarte, não há omissão, mas julgamento contrário à pretensão da parte recorrente.

3. Extrai-se do acórdão objurgado, bem como das próprias razões recursais, que a modificação do entendimento da Corte a quo demanda o reexame de questões que envolvem o contexto fático-probatório, ou seja, a análise da conjuntura econômico-financeira da época em que foi firmado o contrato e da em que foi extinto o subsídio; de missivas encaminhadas à parte recorrente, bem como das próprias cláusulas do contrato de concessão, o que não se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

admite, ante o que dispõem as Súmulas 5 e 7/STJ.

4. Agravo Regimental não provido (AgRg no AREsp 627.069/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 30/11/2016).

Ainda que assim não fosse, deve-se registrar que o pleito recursal encontra óbice na Súmula 283/STF, na medida em que a parte recorrente, ao direcionar a sua tese ao cabimento de reequilíbrio econômico-financeiro em razão de fatos extraordinários ao contrato por previsão legal e contratual, deixa de impugnar o fundamento adotado pelo acórdão recorrido de que a alteração da TIR dos acionistas, alegada pelo recorrente para a pretendida revisão, não pode ser utilizada como elemento balizador da equação econômica-financeira do contrato, que deve se ater a TIR do projeto.

Ante o exposto, conheço do agravo para não conhecer do recurso especial.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2017/0046077-9

PROCESSO ELETRÔNICO

AREsp 1.063.967 /
SP

Números Origem: 00485849020108260053 485849020108260053

PAUTA: 13/06/2017

JULGADO: 13/06/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra REGINA HELENA COSTA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretária

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : CONCESSIONARIA DO RODOANEL OESTE S.A

ADVOGADOS : MARIANA TAVARES ANTUNES - SP154639

ALEXANDRE DE MENDONÇA WALD E OUTRO(S) - SP107872A

MARIA EUGENIA PREVITALI CAIS - SP273166

AGRAVADO : AGENCIA REGULADORA DE SERVICOS PUBLICOS DELEGADOS DE
TRANSPORTE DO ESTADO DE SAO PAULO-ARTESP

PROCURADOR : MIRNA CIANCI E OUTRO(S) - SP071424

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Contratos
Administrativos

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr. MARCUS VINICIUS VITA FERREIRA, pela parte AGRAVANTE: CONCESSIONARIA DO
RODOANEL OESTE S.A.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na
sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Relator conhecendo do agravo para não conhecer do
recurso especial, pediu vista o Sr. Ministro Sérgio Kukina. Aguardam os Srs. Ministros Regina
Helena Costa (Presidente), Gurgel de Faria e Napoleão Nunes Maia Filho.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2017/0046077-9

PROCESSO ELETRÔNICO

AREsp 1.063.967 /
SP

Números Origem: 00485849020108260053 485849020108260053

PAUTA: 21/11/2017

JULGADO: 21/11/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra REGINA HELENA COSTA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO JOSÉ GISI

Secretária

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : CONCESSIONARIA DO RODOANEL OESTE S.A

ADVOGADOS : MARIANA TAVARES ANTUNES - SP154639

ALEXANDRE DE MENDONÇA WALD E OUTRO(S) - SP107872A

MARIA EUGENIA PREVITALI CAIS - SP273166

AGRAVADO : AGENCIA REGULADORA DE SERVICOS PUBLICOS DELEGADOS DE
TRANSPORTE DO ESTADO DE SAO PAULO-ARTESP

PROCURADOR : MIRNA CIANCI E OUTRO(S) - SP071424

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Contratos
Administrativos

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Adiado por indicação do Sr. Ministro Sérgio Kukina."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.063.967 - SP (2017/0046077-9)

RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES

AGRAVANTE : CONCESSIONARIA DO RODOANEL OESTE S.A

ADVOGADOS : MARIANA TAVARES ANTUNES - SP154639
ALEXANDRE DE MENDONÇA WALD E OUTRO(S) - SP107872A

MARIA EUGENIA PREVITALLI CAIS - SP273166

AGRAVADO : AGENCIA REGULADORA DE SERVICOS PUBLICOS
DELEGADOS DE TRANSPORTE DO ESTADO DE SAO PAULO-ARTESP

PROCURADOR : MIRNA CIANCI E OUTRO(S) - SP071424

VOTO-VENCEDOR

O SENHOR MINISTRO SÉRGIO KUKINA: Trata-se de agravo manejado pela **Concessionária do Rodoanel Oeste S.A.** contra decisão que não admitiu recurso especial interposto com fundamento no art. 105, III, *a*, da CF, desafiando acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado (fl. 1.798):

CONTRATO ADMINISTRATIVO - CONCESSÃO PARA EXPLORAÇÃO DO TRECHO OESTE DO RODOANEL MÁRIO COVAS - PRETENSÃO DE CONDENAÇÃO DA FAZENDA DO ESTADO À RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO - FINANCEIRO DO AJUSTE EM VIRTUDE DA QUEDA DA TIR DOS ACIONISTAS DECORRENTE DA CRISE FINANCEIRA DE SETEMBRO/2008 - INADMISSIBILIDADE - NECESSIDADE DE ADOÇÃO DA TIR DO PROJETO COMO PARÂMETRO PARA A FIXAÇÃO DA EQUAÇÃO ECONÔMICO FINANCEIRA - AÇÃO IMPROCEDENTE - SENTENÇA CONFIRMADA.

Opostos embargos declaratórios, foram rejeitados ante a inexistência dos vícios elencados no art. 535 do CPC.

Nas razões do recurso especial, a parte agravante aponta violação aos arts. 57, § 1º, II e 65, II, *d*, da Lei 8.666/93, sustentando que, uma vez reconhecida pelo Tribunal *a quo* a existência de imprevisível crise financeira mundial, evento esse posterior à assinatura do contrato de concessão, e a alteração, para menor, das condições econômicas apresentadas na proposta vencedora, é devida a recomposição do equilíbrio financeiro contratual.

Nesse ponto, também argumenta estar equivocada a compreensão do acórdão estadual de que as condições de financiamento seriam fatores exógenos à concessão (relacionados à tão só atuação e gestão da empresa), isto porque, na visão da recorrente, a crise



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

financeira de setembro de 2008 representou fato extraordinário e imprevisível, que repercutiu no financiamento que compõe as condições da proposta, gerando o dever de revisão contratual, conforme estabelecido na Lei 8.666/93.

Por outro vértice, aduz que a desconsideração de cláusula contratual reconhecidamente válida, sob o pretexto de proteção do interesse público, acabou por afrontar os arts. 3º, 41, 58, I, §§ 1º e 2º, todos da Lei 8.666/93 e 4º, 9º, §§ 2º, 3º e 4º, 10, 14 e 29, VI, da Lei 8.987/95. Em acréscimo, conclui que o acórdão recorrido invalidou cláusula contratual expressa, bem como deixou de interpretar o contrato administrativo à luz da boa-fé, em desrespeito ao disposto nos arts. 113 e 422 do Código Civil e 128 do CPC/73.

Ao final, pugna pela nulidade do acórdão que apreciou os aclaratórios, ante a deficiência na prestação jurisdicional (ofensa ao art. 535 do CPC/73), acaso não sejam reconhecidas as violações anteriormente apontadas.

O Ministério Público Federal, no parecer às fls. 2.004/2.009, opinou pelo desprovimento do agravo em recurso especial.

O eminente relator, Ministro Benedito Gonçalves, ao apreciar as razões do inconformismo da concessionária, em síntese, não conheceu da aventada ofensa ao art. 535 do CPC/73, ante a incidência da Súmula 284/STF, e teve por não prequestionadas as teses contidas na alegação de afronta aos arts. 113 e 422 do Código Civil e 128 do CPC/73.

Sobre a questão de fundo, concernente à necessidade de restauração do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão em face da crise do sistema financeiro mundial ocorrida em 2008, concluiu que a alteração do acórdão recorrido exigiria interpretação de cláusula contratual e o reexame dos fatos e provas existentes nos autos, notadamente a análise da conjuntura econômico-financeira da época do contrato e da eventual repercussão desse quadro na concessão conquistada pela recorrente.

Também alertou Sua Excelência que, ainda que os óbices contidos nas Súmulas 5 e 7 desta Corte pudessem ser superados, a parte recorrente deixou de impugnar fundamento adotado no acórdão recorrido, qual seja, o de que a alteração da Taxa Interna de Retorno - TIR dos acionistas não poderia ser utilizada como elemento balizador da equação econômica-financeira do contrato, situação que atrairia a incidência da Súmula 283/STF.

Desse modo, votou o relator pelo conhecimento do agravo e, nessa extensão, pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não conhecimento do recurso especial.

Feito esse sucinto relato, passo ao voto.

Desde logo, ressalto que, após o exame da matéria, ousou dissentar da perspectiva do eminente relator, no que afastou a suscitada violação ao art. 535 do CPC/73.

Em uma breve retrospectiva, o juízo de primeiro grau, ao julgar improcedente a ação, adotou como fundamento a compreensão de que a base da equação econômico-financeira dos contratos de concessão de serviços públicos deve ser a manutenção das condições contratuais, conforme disciplinado no art. 10 da Lei nº 8.987/95.

A partir dessa premissa, considerou que o valor da Taxa Interna de Retorno - TIR, a ser considerado na presente demanda, seria aquele estabelecido no edital como modelo de fluxo de caixa pactuado para o projeto, sem a inclusão dos valores decorrentes da concessão, investimentos, amortizações e juros a eles vinculados, conforme se observa do seguinte trecho da sentença (fl. 1.699):

O edital cuidou de exigir das licitantes dois modelos distintos de fluxo de caixa, um para o projeto propriamente dito, e outro para avaliação das responsabilidades e direitos dos acionistas, sendo o primeiro utilizado para estabelecer o equilíbrio contratual, e o segundo para a análise do negócio do ponto de vista do acionista.

A diferença entre os modelos possui consistência não meramente semântica, mas matemática, dada a notável diferença do percentual da taxa interna de retorno do plano de negócios da concessionária, quando ela emprega capital próprio (T.I.R. = 9,3127), e quando se vale de capitais de terceiros (T.I.R. = 15,28407%).

Existe uma clara vantagem para o último, por já adotar cálculos próprios de engenharia financeira, pois considera o fluxo de caixa da concessão, os investimentos, amortizações e juros a eles vinculados, que de fato fazem parte da moderna gestão de recursos empresariais, e se mostram factíveis aos acionistas, financiadores e seguradores (fls. 813/825).

A Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, disciplinou o regime dos contratos de concessão de serviços públicos, e assinalou no seu décimo artigo que a manutenção das condições contratuais é considerada a base da equação econômico-financeiro.

Nestes termos, o valor da taxa interna de retorno deve ser entendida como aquela proposta pela autora e aceita pelo administrador, sem financiamento, até porque em muito se aproxima daquela exposta no edital, estabelecida na fase interna do certame, daí porque foi tida como razoável, e por isto se mostra perene para fins de defesa da equação.

Ao reverso, a taxa interna de retorno estabelecida em favor dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acionistas leva em conta capitais externos, alavancagem e outras operações financeiras, que ao seguir a idéia da autora, implicaria na comunidade ter de se onerar com o risco do negócio e a garantia dos lucros estimada em favor dos acionistas, em grave ofensa ao princípio republicano.

Na apelação, a concessionária autora insistiu que a crise financeira de 2008 configurou evento extraordinário e imprevisível, que gerou consequências que legitimam a pleiteada recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do pacto contratual. Defendeu, ainda, a existência de cláusula editalícia que assegura a revisão pretendida em casos de significativa modificação no mercado financeiro e cambial, tal como a ocorrida em 2008, uma vez que os custos de financiamento foram expressamente incluídos nas projeções financeiras.

Ao final, concluiu a recorrente/apelante (fl. 1.728):

Portanto, expressamente excluídos dos riscos da concessão as variações decorrentes de eventos não atribuíveis à atuação da concessionária, justifica-se a utilização da TIR fundada em projeções financeiras com financiamento, vez que as variações das taxas de juros e condições de financiamento, nesta situação excepcional, não têm relação com a atuação empresarial da concessionária.

Por sua vez, o Tribunal de Justiça Bandeirante assim respondeu à apelação da concessionária autora (fls. 1.799/1.802):

Passando ao exame do apelo, necessário registrar que a autora, após vencer concorrência pública, firmou com a ARTESP em 1º de junho de 2008 o contrato de concessão de fls. 857/887, tendo por objeto a exploração do sistema rodoviário constituído pela malha rodoviária estadual do trecho oeste do Rodoanel Mário Covas. Posteriormente, em 30 de dezembro de 2009, baseada no estudo de fls. 889/1.000, elaborado pela empresa Tendências Consultoria Integrada, dando conta de que em decorrência das alterações na estrutura de capital provocadas pela crise financeira mundial de setembro de 2008 a TIR dos acionistas, apresentada na proposta em 15,28% caiu para 11,92%, a autora apresentou à ARTESP a solicitação de recomposição do equilíbrio contratual de fls. 1.028/1.031.

O pleito foi indeferido (fls. 1.032/1.038), ensejando a interposição do recurso administrativo de fls. 1.040/1.072, ao qual a ARTESP negou provimento (fls. 1.078/1.087), por dois fundamentos: previsibilidade da crise econômica ocorrida no ano de 2008 e impossibilidade da utilização da Taxa Interna de Retorno (TIR) dos acionistas como baliza para o reequilíbrio econômico-financeiro do pacto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Se a primeira assertiva pode ser contestada, ante a notoriedade dos transtornos provocados pela crise financeira de setembro de 2008 às economias dos países e empresas ao redor do mundo indício claro de sua imprevisibilidade, a outra é irrespondível.

No AC-0988-26/04-P, o Tribunal de Contas da União, nos autos de relatório de auditoria realizada no extinto Departamento Nacional de Estradas de Rodagem e na Concessionária Rio-Teresópolis S.A., com o objetivo de verificar a adequação dos valores de tarifas de pedágio na rodovia, bem como acompanhar a execução do contrato de concessão e avaliar seu equilíbrio econômico-financeiro, deixou registrado:

“8. É preciso atentar, ainda, para o fato de que, observadas as condições iniciais da proposta, as TIR alavancada e desalavancada são absolutamente equivalentes. A única diferença é que uma forma de cálculo inclui no fluxo de caixa as rubricas de investimento e a outra as suprime.

9. Isso não significa, no entanto, que a escolha de uma ou outra taxa seja indiferente. Na verdade, as condições de financiamento dizem respeito à concessionária e são fatores exógenos à concessão. Se assim não fosse, os contratos teriam de prever o repasse às tarifas dos ganhos financeiros eventualmente auferidos pela concessionária com a obtenção de condições de financiamento mais vantajosas que as informadas na proposta apresentada. De outra parte, a obtenção de financiamento em condições menos favoráveis que a indicada na proposta poderia ser utilizada pela concessionária para pleitear uma majoração de tarifas. No entanto, nenhuma dessas possibilidade está prevista nos contratos existentes. Assim, inexistindo respaldo técnico e contratual para que as condições de financiamento exerçam influência sobre o fluxo de caixa, deve-se preferir a TIR desalavancada.”

Aludido entendimento tem integral aplicação ao caso concreto, despropositada a alegação de que o contrato de concessão firmado entre as partes tenha considerado a TIR dos acionistas como parâmetro para a fixação da equação econômico-financeira.

O disposto no item 23.1, inciso III do pacto (“23.1 As partes terão direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, quando este for afetado, observada a legislação vigente, especialmente nos seguintes casos: III Ocorrência de eventos excepcionais, causadores de significativas modificações nos mercados financeiro e cambial, que impliquem alterações substanciais, para mais ou para menos, nos pressupostos adotados na elaboração das projeções financeiras, desde que esses eventos não sejam passíveis de serem cobertos por mecanismos efetivamente disponíveis no mercado nacional ou internacional (hedge), a custos razoáveis”) não autoriza absolutamente tal conclusão, ainda mais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que na lição sempre precisa de Hely Lopes Meirelles, “Na interpretação do contrato administrativo é preciso ter sempre em vista que as normas que o regem são as do Direito Público, suplementadas pelos princípios da teoria geral dos contratos e do Direito Privado, e não o contrário, como, lamentavelmente, ainda se pratica entre nós (art. 54). Não se nega a aplicação das regras de hermenêutica comum à interpretação dos contratos administrativos, mas nessa operação não se pode olvidar que o objeto da contratação é, sempre e sempre, o atendimento do interesse público. Diante dessa realidade, a busca da intenção das partes há de partir da premissa de que a finalidade precípua do ajuste é a satisfação de necessidades coletivas. Daí porque já decidimos que nos contratos administrativos celebrados em prol da coletividade não se pode interpretar suas cláusulas contra essa mesma coletividade, para só se atender aos direitos individuais do particular contratado.” (Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros Editores, 34ª edição, página 221).

E à luz da posição adotada, sem qualquer utilidade dilação probatória tendente a apurar os efeitos da crise financeira de 2008 sobre as projeções financeiras com financiamento.

Em tais condições, rejeitada a preliminar, nega-se provimento ao recurso.

O voto do relator do apelo, acompanhado pelos demais desembargadores, pautou-se em julgado do Tribunal de Contas da União - TCU, o qual concluiu que as condições de financiamento seriam fatores exógenos à concessão, bem como que, diante da falta de previsão contratual para que tais condições exerçam influência sobre o fluxo de caixa, prevalece a TIR desalavancada (consoante linguagem do TCU).

Para além de incorporar as premissas estabelecidas pelo TCU, a Corte local afirmou que a cláusula contratual que considera a TIR dos acionistas como parâmetro para a fixação da equação econômico-financeira deveria ser interpretada em prol do interesse da coletividade, motivo pelo qual afastou sua vigência.

Essa aparente contradição entre “a notoriedade dos transtornos provocados pela crise financeira de setembro de 2008” (admitida pelo Tribunal estadual) e as conclusões do mencionado acórdão do TCU, os contornos do caso concreto (em que existe previsão contratual para repactuação em caso de significativa alteração do mercado financeiro e cambial) e a manutenção da sentença, gerou a oposição de embargos declaratórios pela concessionária (fls. 1.805/1.818), em que os seguintes pontos foram suscitados:

a) a alteração das condições de financiamento ensejam o reequilíbrio da avença,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conforme o disposto nos arts. 57, § 1º, II, e 65, II, *d*, da Lei nº 8.666/93; 9º, § 4º, da Lei nº 8.987/95; e 37, XXI, da Constituição Federal;

b) ao fundamentar a negativa de repactuação contratual no interesse da coletividade, deixou-se de considerar duas classes distintas de interesse público: o primário e o secundário. *"Isso porque, sob a pretensa proteção do "interesse da coletividade", o v. aresto acaba por resguardar o interesse público secundário - a saber, o interesse econômico do Estado -, em detrimento do verdadeiro interesse público estatal, atinente à viabilidade da concessão de serviço público"* (fl. 1.811); e

c) a contradição existente entre o reconhecimento de situação extraordinária (ensejadora de desequilíbrio contratual) e o afastamento da literalidade da já citada cláusula contratual.

Entretanto, tais pontos, conquanto essenciais para o adequado deslinde da controvérsia, não foram alvo de enfrentamento e colmatação pelo Tribunal *a quo*, visto que o Colegiado se limitou, literalmente, a afirmar que ***"Não prospera o inconformismo, uma vez que o julgado não apresenta as falhas apontadas, certo que todas as questões importantes para a solução da causa foram enfrentadas, ainda que sem menção expressa. nos dispositivos invocados, a que a Turma Julgadora não está obrigada"***. (fl. 1.825).

Nesse contexto, peço vênias ao ilustre Relator, Ministro Benedito Gonçalves, para reconhecer a incompletude na prestação jurisdicional, conforme suscitado nas razões do especial, uma vez que pontos importantes para a solução da lide não foram examinados a contento na instância ordinária, além de existir aparente contradição entre os fundamentos utilizados no acórdão ocorrido, situação que, por certo, acarreta desenganada violação ao art. 535 do CPC/73.

Ante o exposto, embora louvando a percepção contrária do eminente Relator, concluo por conhecer do agravo para, conhecendo do recurso especial, dar-lhe provimento em ordem a anular o acórdão às fls. 1.822/1.825, ante o referido maltrato ao art. 535 do CPC/73, determinando, em consequência, que os aclaratórios sejam novamente apreciados pela douta Corte estadual, restando prejudicada a apreciação dos demais temas veiculados no especial.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2017/0046077-9

PROCESSO ELETRÔNICO

AREsp 1.063.967 /
SP

Números Origem: 00485849020108260053 485849020108260053

PAUTA: 21/11/2017

JULGADO: 28/11/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **SÉRGIO KUKINA**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra REGINA HELENA COSTA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretária

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : CONCESSIONARIA DO RODOANEL OESTE S.A

ADVOGADOS : MARIANA TAVARES ANTUNES - SP154639
ALEXANDRE DE MENDONÇA WALD E OUTRO(S) - SP107872A
MARIA EUGENIA PREVITALI CAIS - SP273166

AGRAVADO : AGENCIA REGULADORA DE SERVICOS PUBLICOS DELEGADOS DE
TRANSPORTE DO ESTADO DE SAO PAULO-ARTESP

PROCURADOR : MIRNA CIANCI E OUTRO(S) - SP071424

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Contratos
Administrativos

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo o julgamento, a Turma, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Relator e Regina Helena Costa, conheceu do agravo para, conhecendo do recurso especial, dar-lhe provimento, em ordem a anular o acórdão às fls. 1.822/1.825, ante a reconhecida afronta ao art. 535 do CPC/73, determinando, em consequência, que os aclaratórios sejam novamente apreciados, restando prejudicada a apreciação dos demais temas veiculados no especial, nos termos do voto-vista do Sr. Ministro Sérgio Kukina, que lavrará o acórdão.

Votaram com o Sr. Ministro Sérgio Kukina (voto-vista) os Srs. Ministros Gurgel de Faria e Napoleão Nunes Maia Filho.