



BO

LE

PGE-SP

VOLUME 44 | NÚMERO 6
NOVEMBRO/DEZEMBRO 2020

TIM

**CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO**

ISSN 2237-4515



BO

PGE-SP

VOLUME 44 | NÚMERO 6
NOVEMBRO/DEZEMBRO 2020

LE

TIM

CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

EXPEDIENTE

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

PROCURADORA-GERAL DO ESTADO

Maria Lia P. Porto Corona

PROCURADORA-GERAL DO ESTADO ADJUNTA

Claudia Polto da Cunha

PROCURADORA DO ESTADO CHEFE DE GABINETE

Patricia de Oliveira Garcia Alves

SUBPROCURADORA-GERAL DA CONSULTORIA-GERAL

Eugenia Cristina Cleto Marolla

SUBPROCURADOR-GERAL DO ESTADO

DA ÁREA DO CONTENCIOSO-GERAL

Frederico José Fernandes de Athayde

SUBPROCURADOR-GERAL DO ESTADO

DA ÁREA DO CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO-FISCAL

João Carlos Pietropaolo

CORREGEDOR-GERAL

Adalberto Robert Alves

OUIDORIA

Regina Maria Sartori

CONSELHO DA PGE

Maria Lia P. Porto Corona (presidente),
Adalberto Robert Alves, Bruno Maciel dos
Santos, Eugenia Cristina Cleto Marolla,
Frederico José Fernandes de Athayde, Glauco
Farinholi Zafanella, João Carlos Pietropaolo,
Julia Cara Giovannette, Lenita Leite Pinho,
Lucas Pessoa Moreira, Maria Cecília Claro
Silva, Paulo Sérgio Garcez Guimarães Novais,
Rafael Camargo Trida, Rogério Pereira da Silva

CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

PROCURADOR DO ESTADO CHEFE

Bruno Maciel dos Santos

ASSESSORIA

Joyce Sayuri Saito e

Mariana Beatriz Tadeu de Oliveira

COMISSÃO EDITORIAL

PRESIDÊNCIA

Bruno Maciel dos Santos

SECRETÁRIA-EXECUTIVA

Joyce Sayuri Saito

MEMBROS DA COMISSÃO EDITORIAL

Américo Andrade Pinho, Cláudio Henrique
Ribeiro Dias, Juliana Campolina Rebelo
Horta, Juliana de Oliveira Duarte Ferreira,
Luis Cláudio Ferreira Cantanhede, Mariana
Beatriz Tadeu de Oliveira, Telma de Freitas
Fontes, Thamy Kawai Marcos e Thiago
Oliveira de Matos

REDAÇÃO E CORRESPONDÊNCIA

Serviço de Divulgação do Centro de Estudos da
Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo,
Rua Pamplona, 227, 10º andar - CEP 01405-100
- São Paulo - SP - Brasil - Tel.: (11) 3286-7005
Homepage: www.pge.sp.gov.br

E-mail: divulgacao_centrodeestudos_pge@sp.gov.br

PROJETO, PRODUÇÃO GRÁFICA E IMPRESSÃO

Imprensa Oficial do Estado S.A. - IMESP
Rua da Mooca, 1.921 - Mooca
03103-902 - São Paulo - SP - Brasil
sac 0800 01234 01
www.imprensaoficial.com.br

Tiragem: Boletim eletrônico

As colaborações poderão ser encaminhadas diretamente ao Serviço de Divulgação do Centro de Estudos. Os artigos jurídicos, pareceres e peças processuais somente serão publicados com a aprovação da Comissão Editorial, e as opiniões neles contidas são de exclusiva responsabilidade dos respectivos autores, não vinculando a Administração Pública.

SUMÁRIO

• Apresentação	9
• Cursos e Eventos	13
• Principais Notícias	27
• Peças e Julgados	

Contestação em ação popular proposta contra a Agência de Transporte do Estado de São Paulo – Artesp, requerendo a anulação a Audiência Pública nº 8/2019, realizada no dia 23/12/2019, bem como todos os atos dela decorrentes. Aduziu a autora que a ré teria concluído a primeira etapa do processo de concessão dos lotes de rodovias do litoral paulista, em que pese a Audiência Pública nº 08/2019 ter sido suspensa pelo presidente da Câmara Municipal de Itanhaém, que não permitiu sua continuidade em razão de suposto autoritarismo dos agentes da Artesp, os quais não autorizaram manifestações orais daqueles que estavam presentes. Em razão disso, as manifestações tiveram de ser escritas, fato que vai de encontro à publicidade da audiência, ocasionando diversos vícios formais no procedimento 35

Agravo de Instrumento interposto contra decisão que, em sede tutela antecipada, deferiu a suspensão da exigibilidade de multa administrativa, sancionatório imposto pela Agência de Transporte do Estado de São Paulo – Artesp, à concessionária de serviço público rodoviário. Insurge-se a autora, ora agravada, contra a imposição de multa oriunda de inadimplemento parcial de contrato de concessão de serviço público, apurada mediante o procedimento administrativo sancionatório em razão da não execução, conforme cronograma físico-financeiro contratual, das obras de acostamento do KM 167+000 ao 167+500, Leste – Jurimirim, da SP 300 59

Apelação interposta contra sentença que julgou procedente ação anulatória de multa sancionatória ajuizada por Vianorte S.A. em face da Agência de Transporte do Estado de São Paulo – Artesp. Por meio de fiscalização, a Artesp detectou a necessidade de se realizar reparos de elementos de drenagem nas rodovias SP-330, Km 358+700 e Km 344+900 concedidas à Vianorte S.A. (Edital de Licitação nº 009/CIC/97). Tendo em vista que, em 10/8/2017, os reparos ainda não tinham sido realizados, a Artesp houve por bem instaurar procedimento administrativo para aplicação de multa sancionatória, notificando a autora para que apresentasse defesa prévia. Diante disso, foi ajuizada a

ação anulatória ao argumento de que a imposição de multa pela Artesp teria decorrido de conduta abusiva e violadora da boa-fé objetiva que deve prevalecer na execução do contrato de concessão, uma vez que não informou a Vianorte S.A. a respeito do vício encontrado. Alegou, ainda, que admitir a dispensa de notificação prévia para que se inicie prazo para reparação de vícios identificados atribuiria à relação contratual enorme grau de incerteza e, além disso, convalidaria e estimularia atitude altamente reprovável da apelante. O recurso foi julgado procedente, pois, era dever da concessionária manter em boas condições os elementos de drenagem das rodovias concedidas e nenhum dos instrumentos contratuais trazidos aos autos exigia que fosse concedido prazo à autora para saneamento dos vícios encontrados pela Artesp 83

Contestação em ação ajuizada por Centrovias Sistemas Rodoviários S.A em face da Agência de Transporte do Estado de São Paulo – Artesp, que visa a garantia de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de concessão nº 008/CR/1998, em razão da substituição e/ou adequação da sinalização vertical (placas sinalizadoras) da malha rodoviária concedida à autora. Durante a execução contratual sobreveio a NBR 148891/2012, que atualizou as normas técnicas sobre sinalização vertical viária (placas sinalizadoras), e a Artesp, exercendo as atribuições de poder concedente, exigiu, mediante o Ofício CT.DOP.0668/17, a apresentação de "(...) uma relação informando todas as placas que estão com películas em desconformidade com as diretrizes estabelecidas pela NBR/ABNT 14891/2012, acompanhada de um cronograma de substituição das mesmas", exigência que, conforme alegou a autora, poderia ser atendida, desde observado o reequilíbrio econômico-financeiro 103

Contestação em ação ajuizada pela Concessionária Rota das Bandeiras em que requer o reconhecimento do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão firmado com a Agência de Transporte do Estado de São Paulo - Artesp. Em síntese, a Concessionária alega que a diminuição de sua nota de crédito gerou custos imprevisíveis, pois teve que pagar prêmio aos debenturistas para evitar o vencimento antecipado dos títulos de crédito. Afirma que o rebaixamento não foi decorrente da deterioração da situação de crédito da Concessionária, ou por piora em seu desempenho operacional e financeiro, mas pelo rebaixamento dos títulos brasileiros a partir da crise econômica de 2015 127

Apelação interposta contra sentença que julgou procedente ação proposta pelo Consórcio Mogi-Guaçu para declarar a nulidade do ato administrativo que culminou a aplicação de multa administrativa. O atraso verificado na medição da obra, como demonstrou o Estado de São Paulo, não decorreu de demora na aprovação pelos órgãos da Prefeitura de Mogi-Guaçu, mas, sim, de comportamento desidioso do apelado 165

Contestação em ação proposta pela Concessionária Rota das Bandeiras contra a Agência de Transporte do Estado de São Paulo – Artesp, em que se requereu o reequilíbrio da equação econômico-financeira de contrato de concessão, em razão da detecção de vícios ocultos durante a execução de obra de recuperação da ponte sobre o Rio Jaguari, que, conforme a autora, teriam ensejado gastos adicionais não previstos no contrato, tornando a sua obrigação excessivamente onerosa 183

Contestação em ação popular ajuizada em face do Governo do Estado de São Paulo, ao argumento de que o Sistema de Monitoramento Inteligente (Simi) ao qual o Estado tem acesso mediante cooperação com empresas de telefonia móvel, violaria o direito de intimidade e o direito de reunião, não estando ao alcance do poder normativo do Estado, além de que, na visão do autor, permitiria que prisões fossem efetuadas em locais onde houvesse aglomeração, “atitudes que nem no tempo do regime militar eram vistas”213

Contestação em ação de cobrança proposta por Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobras, concessionária no contrato de concessão onerosa de uso de bem público (área aeroportuária) com encargo de construção de obra e reversão dos bens ao patrimônio do concedente (Departamento Aeroviário do Estado de São Paulo - Daesp), em face da empresa Voa SP S.A. em litisconsórcio passivo. Pretende a autora o ressarcimento dos valores que investiu na implantação da infraestrutura, eis que superiores à estimativa inicial. A ação foi julgada improcedente por ausência de previsão contratual que suportasse a pretensão e que "(...) foi ela, autora, quem deu causa, tanto por frustração do cronograma contratual quanto pelo empenho de recursos que fugiam ao horizonte de expectativas do contrato administrativo." 241

APRESENTAÇÃO

Estou verdadeiramente honrado em ter sido convidado pela equipe do Centro de Estudos para apresentar o Boletim Temático sobre Regulação e Contratos, o qual é composto por peças processuais produzidas pelo Núcleo de Regulação e Contratações Públicas da Procuradoria Judicial (NRC).

Uma boa forma de apreciar este material é lê-lo a partir da história da formação da equipe que o produziu e tendo em conta os desafios que os procuradores do Estado enfrentam para conferir qualidade e sofisticação jurídica a cada uma de suas manifestações. Assim, nesta apresentação, vou compartilhar com vocês minha percepção sobre a experiência institucional que vem permitindo a evolução na defesa dos arranjos contratuais e das decisões regulatórias do Estado de São Paulo.

Em 2018, a Subprocuradoria-Geral do Contencioso-Geral aprovou a Portaria Subg-Cont. nº 05/2018, a qual consolidou as diretrizes para a criação e gestão de núcleos estratégicos e temáticos. A partir desse ato, lançaram-se as bases da atual gestão para pensar, movimentar e articular a atuação dos colegas de modo a assegurar maior especialização, organizar as tarefas de maior complexidade e repercussão, incentivar novas estratégias de atuação e criar instâncias de referência para a advocacia pública.

Para conduzir processos que denominamos *estratégicos*, nós temos certa clareza de que se exige dos advogados públicos a adoção de um roteiro padrão que podemos resumir em três tópicos: (i) atuação presencial nos órgãos julgadores; (ii) integração com a Administração Pública e com a área da Consultoria Jurídica; e (iii) proatividade na busca por desenvolvimento profissional. É importante que o procurador do Estado entenda a política pública concretizada na contratação ou na decisão regulatória e seja capaz de transmitir aos juízes, com clareza, tanto o problema jurídico como as potenciais consequências de uma intervenção que leve à suspensão ou invalidação do ato ou do contrato público.

Esse diagnóstico levou a Subprocuradoria-Geral do Contencioso-Geral, em conjunto com a equipe da Procuradoria Judicial, a aprovar a Portaria Subg-Cont. 02, de 18 de janeiro de 2019, a qual institui o NRC como núcleo estratégico. Na prática, isso significa que foram estruturadas bancas específicas com menor volume de processos judiciais e recrutados colegas interessados em voluntariamente participar do desafio. Desses colegas esperamos que saibam trabalhar com o máximo de

cooperação entre si e com a Administração Pública, identificando questões relevantes e interessando-se profundamente pelas causas que lhe são atribuídas. A ideia é que eles mergulhem nos assuntos e abracem o objetivo de influenciar o Poder Judiciário a proferir decisões que não comprometam as ações da Administração Pública.

Desde o início, buscamos fazer reuniões internas envolvendo os integrantes do Núcleo, do Gabinete da Procuradoria Judicial e da Subprocuradoria-Geral do Contencioso-Geral. Procuramos identificar o que está chegando de novo, o que precisamos melhorar e quais demandas ainda não conseguimos concretizar. Foi dessa interação que surgiram ideias para elaboração de representações para mudar posicionamentos e para contratar melhor apoio técnico para causas de maior relevo; ideias de eventos como as reuniões técnico-temáticas (apoiadas pelo Centro de Estudos) e propostas de mudança de rotinas internas. Frequentemente, buscamos incentivar os integrantes a aprimorarem-se profissionalmente por meio da participação em cursos ou eventos jurídicos e tentamos lapidar nossos modelos, de modo que aquilo que for produzido pela equipe tenha uma estrutura semelhante e possa ser aproveitado em diversos feitos.

Nós nos empenhamos em estabelecer teses uniformes e em atuar com coerência interna e externa. Para tanto, apostamos em uma aproximação com os colegas da Consultoria Jurídica, o que torna mais fácil o resgate do histórico de questões tormentosas na área de Contratos e Regulação.

O Núcleo também conta com procuradores colaboradores, os quais prestam um relevante serviço público e sinalizam seu interesse em participar de modo definitivo da equipe. Por meio dessa política, deixamos abertas as portas a quem estiver disposto a participar desse desafio.

De modo geral, compete ao NRC acompanhar todas as demandas judiciais cujo objeto principal seja matéria de contratações públicas e regulação de atividades econômicas ou de serviços públicos delegados (artigo 1º, I, da Portaria Subg-Cont. 02/2019). Assim, as principais demandas atribuídas à equipe versam sobre o reconhecimento do direito ao reequilíbrio contratual; à validade de cláusulas de editais, de contratos ou de convênios; à aplicação de penalidades contratuais; à cobrança de valores decorrentes da execução contratual; e à validade de reajustes ou de deliberações de órgãos reguladores.

Muitas dessas ações são social e economicamente sensíveis, porquanto atingem interesses de usuários do serviço público e de grandes agentes econômicos que prestam serviços à Administração ou em nome dela. Isso impõe um desafio maior de litigar contra escritórios de advocacia compostos por advogados detentores de projeção nacional e com capacidade de articular teses persuasivas, exigindo-nos maior cuidado na elaboração e na defesa dos nossos posicionamentos.

O Centro de Estudos selecionou algumas das manifestações produzidas pelos colegas do NRC, as quais, a meu ver, são representativas da complexidade e dos interesses públicos em disputa.

Na primeira, discute-se a validade do processo licitatório de concessão do Lote de Rodovias do Litoral Paulista em virtude da frustração e interrupção prematura de uma das audiências públicas designadas para discutir o projeto. A contestação ilustra um conflito típico de grandes projetos de infraestrutura, os quais costumam sofrer questionamentos em suas diversas fases de implementação. O controle judicial via ações populares ou ações civis públicas costuma ser utilizado como mecanismo para impedir o andamento dessas ações governamentais. Na maior parte dos casos, identificamos verdadeiro abuso no uso desses instrumentos e, a depender do modo como o controle judicial for exercido, a concessão de liminares para suspender ou invalidar essas ações pode comprometer a execução de importantes políticas públicas.

Firmados os contratos, é possível o inadimplemento, o que gera questionamentos sobre a aplicação de sanções. A apelação selecionada representa bem o tipo de divergência que surge na execução de contratos públicos e trabalha adequadamente com elementos técnicos e com a distribuição de riscos da Lei nº 8.666/93 para reverter a sentença. A peça é interessante por abordar a questão de modo objetivo e por ter levado à reforma do pronunciamento de primeiro grau. Nessa mesma linha, foi selecionado agravo de instrumento em que se discute a validade de decisão judicial que suspendeu a exigibilidade de multa aplicada em virtude da não execução de obra em conformidade com o cronograma físico-financeiro do contrato.

Três das contestações abrangem conflitos com concessionárias de rodovia.

Nessas concessões, costuma haver uma resistência dos operadores em arcar com os custos decorrentes da atualização dos serviços que prestam. Uma das contestações selecionadas explicita o conflito à luz das disposições do edital e da jurisprudência dominante do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, esclarecendo o posicionamento de que inexistente direito ao reequilíbrio econômico-financeiro se o contrato previr obrigação de atualização da prestação dos serviços segundo as normas técnicas.

Outro caso envolveu o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro decorrente da materialização de riscos relacionados ao financiamento tomado por concessionária para operar infraestrutura rodoviária. A parte autora buscava atribuir ao Poder Concedente os ônus com os custos que teve de suportar em virtude de prêmio pago a debenturistas, obrigação que surgiu após o rebaixamento de sua nota de crédito. Na defesa, exploraram-se argumentos como a necessidade de obediência à alocação de riscos do

contrato, a inaplicabilidade da teoria da onerosidade excessiva e os riscos decorrentes da intervenção do Poder Judiciário na escolha regulatória da Artesp.

A mesma concessionária buscou também atribuir ao Poder Concedente a responsabilidade por arcar com os custos que teve de suportar para recuperar uma ponte, a qual conteria vícios ocultos. De acordo com a parte autora, sua obrigação tornara-se excessivamente onerosa, ensejando gastos adicionais. A peça reporta um debate técnico na área de engenharia e especifica a dinâmica contratual relativa ao programa de monitoração e gerenciamento da infraestrutura, afastando os argumentos de configuração de vício oculto e de fato imprevisível.

Outro importante caso que o NRC teve de enfrentar versa a respeito da validade do Sistema de Monitoramento Inteligente (Simi). As partes autoras alegam que o estado de São Paulo teria violado o direito à intimidade e o direito de reunião dos cidadãos. A peça selecionada apresenta o histórico do projeto Simi e explica o arranjo contratual estabelecido pelo IPT, pela Associação Brasileira de Recursos em Telecomunicações e pelas operadoras de telefonia móvel, que viabiliza o acesso do Poder Público aos dados agregados que permitem a tomada de decisão fundamentada em relação às restrições administrativas impostas para mitigar os efeitos da pandemia. Há explicações interessantes sobre a anonimização de dados e sobre a aplicabilidade da Lei Geral de Telecomunicações (LGT), da Lei da covid-19 e da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

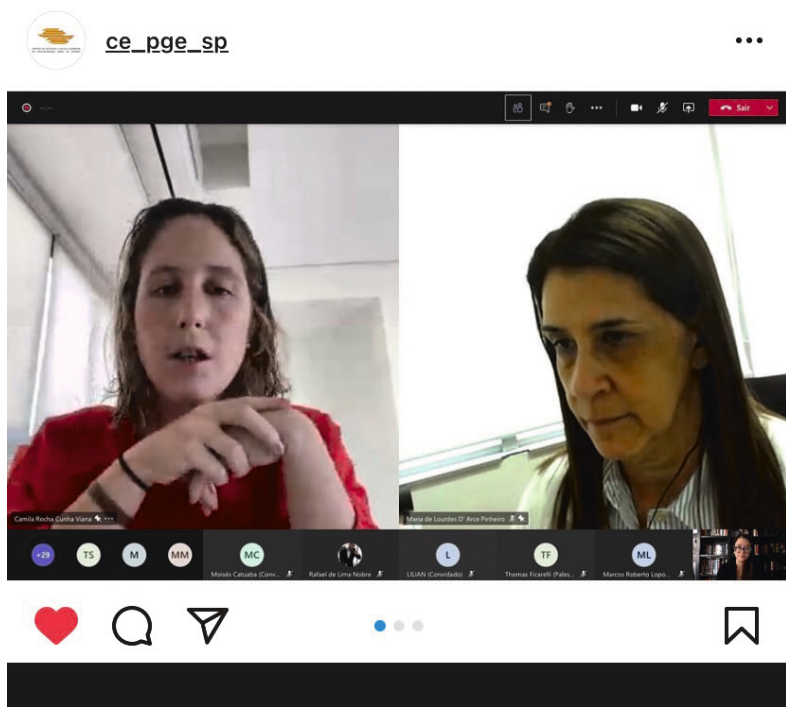
O Boletim termina com uma contestação a uma ação de cobrança proposta por concessionária de contrato de concessão onerosa de uso de bem público (área aeroportuária) com encargo de construção de obra e reversão dos bens. A parte autora buscava ressarcimento por todos os valores que investiu na implantação da infraestrutura, independentemente das previsões contratuais que estabeleciam o projeto, o prazo de execução, a forma e o valor de amortização. Um dos pontos que chama a atenção na defesa é o argumento de que haveria violação *duty to mitigate the loss*, muito bem-articulado e embasado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Desejo a todos uma boa leitura!

LUCAS LEITE ALVES

Procurador do Estado Assistente

CURSOS E EVENTOS



ce_pge_sp Começou hoje o Curso de Extensão em Direito do Saneamento – Novo Marco Legal da ESPGE!

Pensado para fornecer aos alunos os aspectos mais atuais envolvidos no Saneamento Básico o inovador curso será coordenado pelas Procuradoras do Estado Maria de Lourdes D'Arce Pinheiro e Camila Rocha Viana, recebendo diferentes especialistas nos temas ao longo de 08 aulas.

No dia de hoje o Prof. Thomas Ficarelli apresentou a evolução do direito do saneamento e em seguida o Prof. Fernando Marcato trouxe o panorama do novo marco legal de saneamento, abordando as novidades com relação à titularidade, regionalização, privatização e regulação do sistema.

Agradecemos aos professores convidados e aos alunos pela participação e desejamos um excelente curso!

[#espge](#) [#saneamento](#) [#novomarcolegalsaneamento](#)

Ver 1 comentário

3 de novembro de 2020 · [Ver tradução](#)



ce_pge_sp



CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

IPVA e funcionalidades do SDA

Palestrantes:

Elaine da Motta
Cristina Mendes
Maria Izabel



Data: 10/11
Horário: 15h



ce_pge_sp Em mais uma palestra voltada para o treinamento de Procuradores e Servidores no Sistema da Dívida Ativa serão apresentadas as funcionalidades voltadas para o processamento de dívidas de IPVA.

As Procuradoras do Estado Elaine da Motta, Cristina Mendes e Maria Izabel irão abordar os principais aspectos do SDA e sanar as dúvidas dos colegas.

Participe!

[#pgesp](#) [#dividaativa](#) [#sda](#) [#ipva](#)

3 de novembro de 2020 · [Ver tradução](#)



ce_pge_sp Na tarde de ontem ocorreu mais um encontro do Ciclo de debates do Núcleo de PI e Inovação sobre a LGPD com discussões sobre políticas públicas baseado no uso de dados.

Na oportunidade foi lançada, ainda, a publicação do Parecer elaborado pelo Coordenador do Núcleo, Rafael de Fassi, e Procuradora do Estado Adriana Vicentini que tratou da implementação do Centro sobre a 4ª Revolução Industrial em São Paulo em parceria com o Fórum Econômico Mundial.

Na abertura participaram Lucas Tadeu de Melo Camara e Gabriela Palhares, Diretor Executivo e Líder de Datapolicy do Centro da Quarta Revolução Industrial (C4IR Brasil).

Em seguida, o Diretor de Operações - Inovação em Governo Associação Impact Hub Programa IdeiaGov, Felipe Massami Maruyama, o Professor Fernando do Amaral Nogueira (FGV EAESP) e o Professor Roberto Speicys apresentaram o Caso RADARTONA que serve como precedente e exemplo de inovação no uso de dados, em debate com a Procuradora do Estado Diana Loureiro Paiva de Castro.

Agradecemos a presença dos palestrantes e de todos os que participaram desse grande evento!

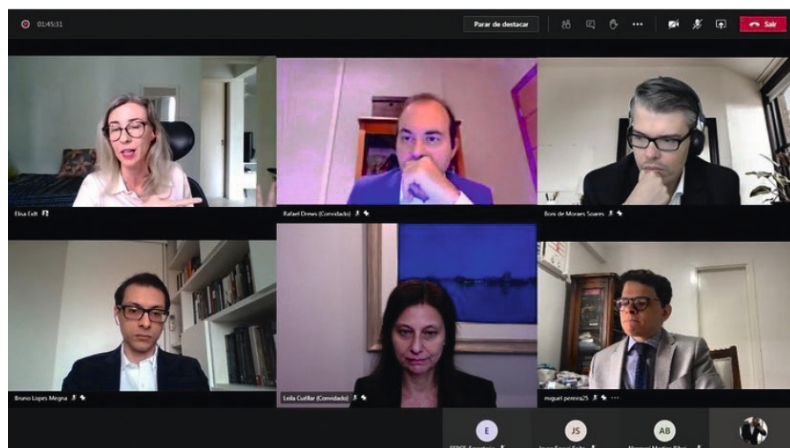
[#cepge](#) [#inovação](#) [#lgpd](#)

5 de novembro de 2020 · [Ver tradução](#)



ce_pge_sp

...



ce_pge_sp Na última sexta feira ocorreu o Seminário "Arbitragem envolvendo o Estado – o papel da Advocacia Pública" realizado pelo CE em parceria com a @escoladaagu e o @fonace.rede como parte do Advocacia Pública em rede!

O evento contou com palestra do Procurador do Estado de São Paulo, Bruno Lopes Megnae exposições de Boni Soares (AGU), Elisa Eidt (PGE/RS), Leila Cuéliar (PGE/PR) e Rafael Drews (PGE/ES) com a mediação de Alzemer Britto (PGE/BA).

Na pauta discussões sobre a experiência das diferentes Procuradorias com Arbitragem.

Agradecemos aos palestrantes pela participação!

#pgesp #cepge #arbitragem #fonace

9 de novembro de 2020 · Ver tradução



Palestrante:
Rafael Carvalho de Fassio

18/11
10h



ce_pge_sp Editada em 2004 a Lei de Inovação (Lei 10.973/2004) ainda suscita muitas dúvidas na sua aplicação na Administração Pública.

Trazendo medidas de incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica, a norma trata da organização das ICTs e NITs públicos, da encomenda tecnológica, formas de subvenção e financiamento dentro outros instrumentos de estímulo.

No dia 18 de novembro o Procurador do Estado Rafael Carvalho de Fassio irá abordar estes e outros pontos da Lei de Inovação.

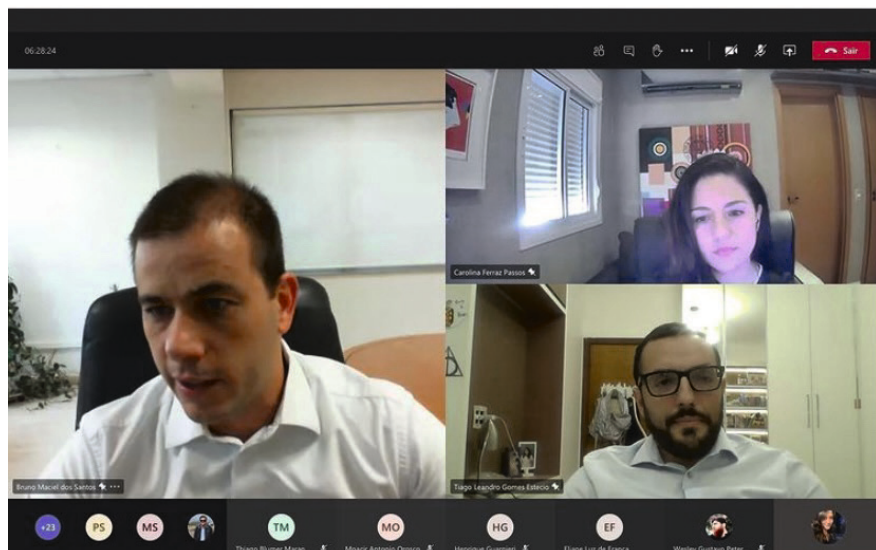
Participe!

[#pgesp](#) [#cepge](#) [#leideinovação](#)

10 de novembro de 2020 · [Ver tradução](#)



ce_pge_sp



ce_pge_sp Na última quinta feira ocorreu a Palestra "Incorporações: Tema 1049 – Questões Jurídicas e Práticas na Execução Fiscal".

Os Procuradores do Estado Carolina Ferraz Passos e Tiago Estecio apresentaram a discussão jurídica e o modo como deve ser tratado os casos envolvendo incorporação de empresas e outros.

Agradecemos a presença de todos (as)!

[#cepge](#) [#pgesp](#) [#dividaativa](#) [#incorporação](#)

30 de novembro de 2020 · **Ver tradução**



ce_pge_sp

...

Ciclo de Debates do Núcleo de PI e Inovação sobre a LGPD

Privacy by design e Antitruste na proteção de dados

Palestrantes
Daniel do Amaral Arbix
Roberto Augusto Pfeiffer

18/11
14h30

CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



ce_pge_sp Na próxima semana ocorrerá o último dia do Ciclo de Debates do Núcleo de PI e Inovação sobre a LGPD!

Na pauta, dois temas recentes e de ampla discussão: a ideia de privacy by design e o uso de medidas antitruste face à proteção de dados.

As palestras serão conduzidas pelo Professor convidado Daniel Arbix, Head of Legal no Google Brasil e pelo Procurador do Estado Roberto Augusto Pfeiffer, ex-conselheiro do CADE e Professor da USP.

Participe!

#pgesp #cepg #inovação #lgpd

11 de novembro de 2020 · Ver tradução



ce_pge_sp

...



CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

INCORPORAÇÕES E EXECUÇÃO FISCAL (Tema 1049 STJ)

Palestrantes

Carolina Ferraz Passos (PGE)

Tiago Leandro Gomes Estecio (PGE)

26/11

15h



ce_pge_sp Os limites e desafios da execução fiscal quando há incorporação empresarial será o tema do novo treinamento da área fiscal!

Os Procuradores do Estado Carolina Ferraz Passos e Tiago Leandro Gomes Estecio tratarão do Tema 1049 do STJ que recentemente ficou a tese da possibilidade execução fiscal pode ser redirecionada em desfavor da empresa sucessora para cobrança de crédito tributário relativo a fato gerador ocorrido posteriormente à incorporação empresarial e ainda lançado em nome da sucedida, sem a necessidade de modificação da Certidão de Dívida Ativa, bem como as providências que devem ser tomadas para sua efetivação.

Participe!



ce_pge_sp As funcionalidades do Sistema da Dívida Ativa na cobrança de IPVA.

Esse foi o tema de mais um treinamento ofertado pelo Centro de Estudos em parceria com a Procuradoria da Dívida Ativa!

As Procuradoras do Estado Elaine da Motta, Cristina Mendes e Maria Izabel apresentaram o sistema e sanaram as principais dúvidas sobre o Imposto.

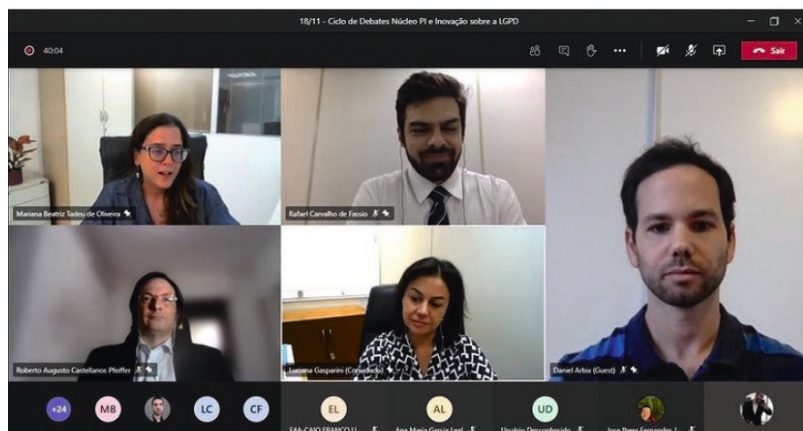
Agradecemos a participação das expositoras e dos inscritos!

[#pgesp](#) [#cepge](#) [#dividaativa](#) [#ipva](#)

12 de novembro de 2020 · [Ver tradução](#)



ce_pge_sp



ce_pge_sp Nessa semana ocorreu a última Reunião Aberta do Ciclo de Debates do Núcleo de PI e Inovação sobre a LGPD! Com abertura da Procuradora do Estado Luciana Gasparini, o encontro trouxe para debate dois relevantes temas. Na primeira parte o Prof. e advogado Daniel Arbix apresentou o conceito de Privacy by Design e o histórico de sua implementação no Google. Em seguida, o Professor e Procurador do Estado Roberto Pfeiffer tratou de aspectos antitruste relacionados a dados. O evento contou, ainda, com os Procuradores Leonardo Cocchieri e Vitor Moreira como debatedores. Agradecemos a participação de todos! [#pgesp](#) [#lgpd](#) [#inovação](#)

21 de novembro de 2020 · [Ver tradução](#)



ce_pge_sp

...

Reunião Aberta Núcleo sobre a Reforma Tributária

Reflexões sobre a Reforma Tributária: o que se pode esperar?

Palestrante

**Estevão Horvath (Procurador do Estado
aposentado. Prof. do Direito USP)**

04/12

10h

CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

ce_pge_sp Acontecerá na próxima semana a última Reunião Aberta do Núcleo sobre a Reforma Tributária!

Após frutíferas discussões sobre as diferentes propostas de reforma em andamento, este último encontro servirá para reflexões sobre o que se pode esperar no próximo ano.

O encontro contará com palestra do Prof. Estevão Horvath, Procurador do Estado aposentado e Professor da Faculdade de Direito da USP.

Participe!

#pgep #cepge #reformatributária

27 de novembro de 2020 · Ver tradução



ce_pge_sp

...



Palestrantes

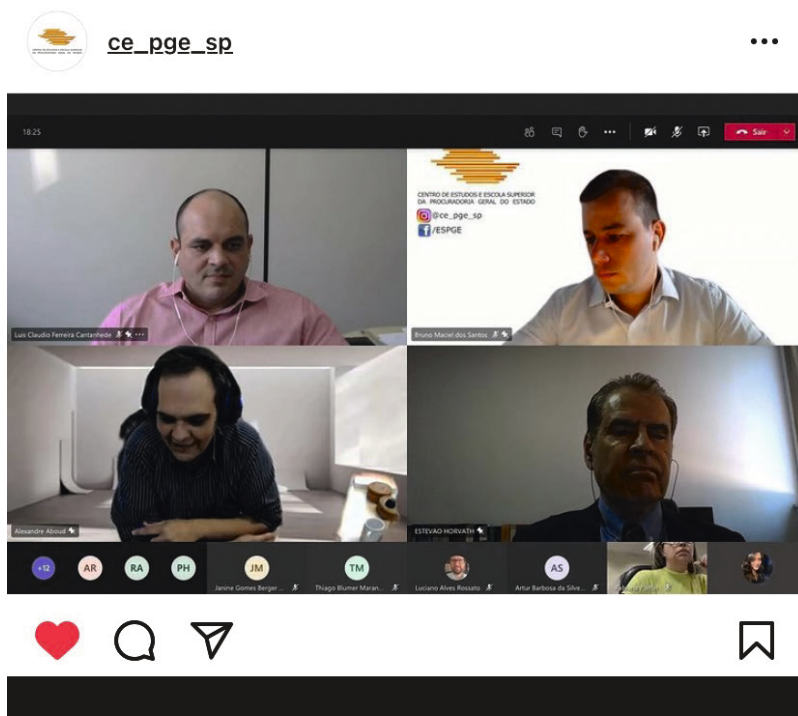
Jorge Antonio Dias Romero
Gibran Nobrega Zeraik Abdalla
Renata Passos Pinho Martins

08/12
15h



ce_pge_sp Criado em 2015, o Núcleo de Gestão e Prevenção de Demandas Repetitivas tem como objetivo melhorar a organização do contencioso do Estado, propõe-se a conferir um tratamento diferenciado às causas repetitivas buscando eliminar divergências jurisprudenciais e privilegiar o princípio da isonomia, conferindo maior previsibilidade aos casos similares ou idênticos em prol da segurança jurídica.

A experiência do Núcleo e a implementação do plano de gerenciamento (Portaria SubG-CONT nº 1/2020) para a racionalização do trabalho da PGE serão objeto da palestra "Gerenciamento de contencioso de massa: experiência do GPDR" que ocorrerá no próximo dia 08 de dezembro.



ce_pge_sp Reflexões sobre a Reforma Tributária: o que se pode esperar?

Esse foi o tema da última Reunião Aberta do Núcleo sobre a Reforma Tributária!

O Professor e Procurador do Estado aposentando Estevão Horvath discutiu com os integrantes do Núcleo as perspectivas para o futuro no tocante ao Sistema Tributário Nacional.

Com isso, foram encerrados os trabalhos do Núcleo.

Agradecemos imensamente a participação de todos, em especial dos Coordenadores João Carlos Pietropaolo, Luis Claudio Ferreira Cantanhede e Alexandre Aboud pela condução dos trabalhos e a todos (as) participantes!

[#pgesp](#) [#cepge](#) [#reformatributária](#)

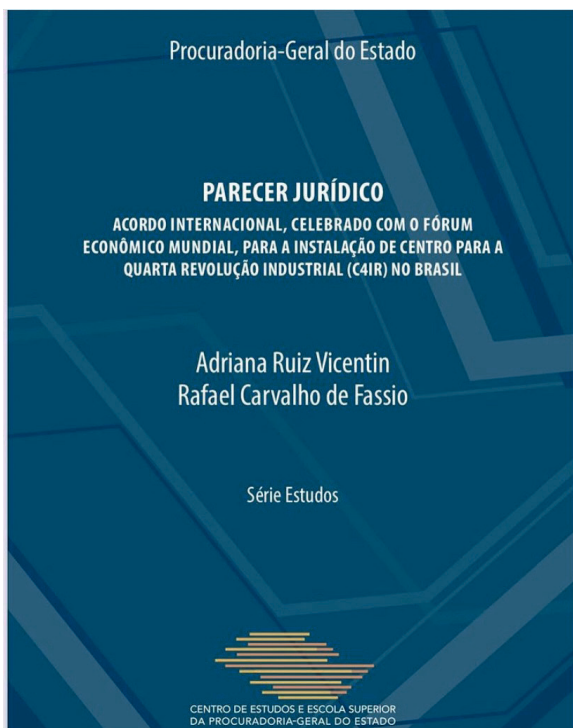
7 de dezembro de 2020 · **Ver tradução**

PRINCIPAIS NOTÍCIAS



ce_pge_sp

...



ce_pge_sp Na ocasião do encontro do Núcleo de PI e Inovação ocorrido na última quarta-feira foi lançado o livro da Série Estudos do CE que publica parecer de autoria do Procurador do Estado Rafael de Fássio e da Procuradora do Estado Adriana Vicentin.

O trabalho analisa o Acordo Internacional celebrado com o Fórum Econômico Mundial para a instalação do Centro para a Quarta Revolução Industrial no Brasil. Envolvendo a aplicação da legislação da Suíça, o inovador parecer traz os contornos da parceria feita entre o Estado, União e o Fórum.

O livro pode ser acessado na aba de Publicações do Centro de Estudos em www.pge.sp.gov.br > Centro de Estudos > Publicações > Periódicos diversos

Parabenizamos os autores pelo excelente trabalho!

#pgesp #c4ir #cepge #publicações

6 de novembro de 2020 · Ver tradução



ce_pge_sp

...

AGRAVO DE INSTRUMENTO RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DE GRUPO ECONÔMICO – ATUAÇÃO CONTRA OS DEVEDORES QUALIFICADOS (DQ)

Danilo Barth Pires

Prêmio “O Estado em Juízo”
2019

Série
Estudos



ce_pge_sp Na última sessão do Conselho Superior da Procuradoria Geral do Estado foi simbolicamente entregue o prêmio “O Estado em Juízo” referente ao ano de 2019 ao Procurador do Estado Danilo Barth Pires, pelo trabalho “AGRAVO DE INSTRUMENTO - RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DE GRUPO ECONÔMICO - ATUAÇÃO CONTRA OS DEVEDORES QUALIFICADOS (DQ)”.

Criado em 1975 (Decreto n.º 6.320, de 13/06/75) o Prêmio “O Estado em Juízo” é conferido a trabalho forense, elaborado por Procurador(a), na defesa do Estado, que tenha culminado em decisão judicial favorável transitada em julgado.

Os trabalhos inscritos foram analisados por Comissão Julgadora composta pelos Professores Elival da Silva Ramos, Juliana Furtado Costa Araújo e Omar Chamon que em reunião virtual ocorrida em 02 de abril de 2020 elegeram a peça vencedora.

Parabenizamos o colega Danilo pela premiação e pelo relevante serviço prestado na defesa do Estado!

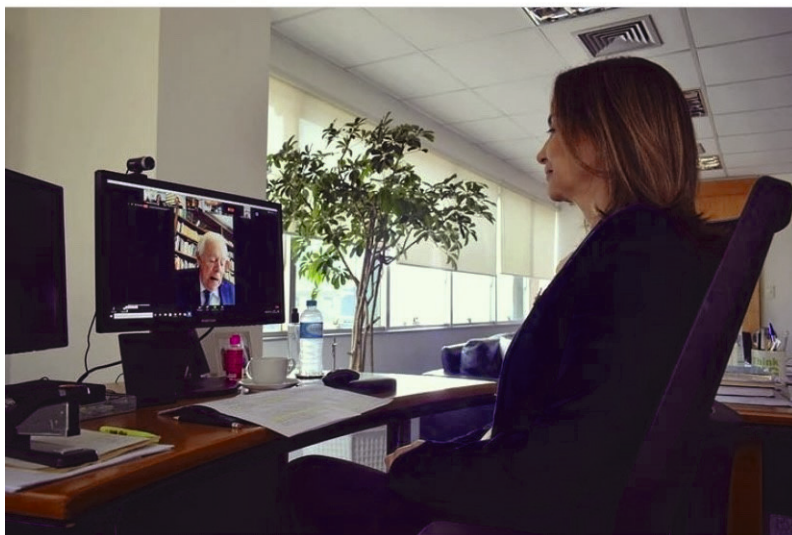
#pgesp #estadoemjuizo #responsabilidadetributária

Ver 1 comentário

30 de novembro de 2020 · Ver tradução



pgespoficial
São Paulo



pgespoficial A Procuradoria Geral do Estado de São Paulo participou do XXXIV Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, na manhã desta quarta-feira (04), por meio de um evento virtual. O encontro reuniu profissionais da área de todo o país e terá duração de quatro dias. A procuradora geral do Estado Lia Porto Corona foi uma entre as cinco autoridades a participar da abertura.

Ver todos os 2 comentários

4 de novembro de 2020 · **Ver tradução**





pgespoficial
São Paulo

...



pgespoficial A concessão do Zoológico e do Jardim Botânico conta com assessoramento jurídico da PGE/SP. A área da Consultoria acompanhou de perto a fase de modelagem do projeto, as consultas públicas e a revisão das minutas de edital, contrato e anexos da licitação.

#Atuacão da PGE #Consultoria #PGESP #Advocacia Pública
#Procuradores do Estado

Ver 1 comentário

24 de novembro de 2020 · Ver tradução



E2 Valor São Paulo Quinta-feira, 26 de novembro de 2020

Beatrix Österen

Can the market

Empresas inscritas na dívida ativa de São Paulo poderão negociar o pagamento dos débitos com o governo estadual. A exemplo do que já ocorre na esfera federal, a Procuradoria-Geral do Estado (PGE) publicou a Resolução PGE nº 27, que autoriza a negociação no Estado. A norma já está em vigor, mas só produz efeitos a partir de 10 de dezembro.

O estoque da dívida ativa estadual é de R\$ 336 bilhões. A PGE espera recuperar, com a negociação, pelo menos 10% do valor ao longo de cinco anos.

Serão abertas duas modalidades de transação, uma individual e a outra por adesão, forma eletrônica em que o devedor opta pela proposta a ser apresentada pelo P.J. para dividas de até R\$ 10 milhões. O primeiro edital deve sair em meados de dezembro e englobar empresas em recuperação judicial.

O devedor já pode procurar a P.J., segundo João Prestipassi, superintendente-geral do Conselho

se Tributário-Fiscal da FGE. O prazo de 10 dias decorre desde a publicação da necessidade de regulamentação da classificação (rating) das dívidas. Os critérios deverão ser publicados na próxima semana.

O desconto será só sobre juros e multa, aplicado de forma inversamente proporcional ao grau de recuperabilidade da dívida. Os prazos de pagamento serão de cinco anos e as parcelas deverão ser, no mínimo, de 20% da receita líquida no ano anterior. Nos casos de recuperação judicial, o prazo é de 64 meses.

Dúvida com índice máximo de recuperação vai reverter a nota A. A escala vai até a nota D, que inclui as considerações irreversíveis. Na última categoria estão créditos consolidados de propósitos em recuperação judicial ou extrajudicial, em liquidação judicial, em intervenção ou liquidação extrajudicial e aqueles com CFE ou base do CNPJ suspensos ou inativos.

O contribuinte só terá credenciamento da nota após o deferimento de proposta ou adesão ao edital. Os desvios não serão de 20% sobre o preço real no lancing A, e o limite de

O desconto é de 40% para dividas com notas C e D, sendo o limite

De acordo com o advogado Marcelo Riosgizense, a proposta é pouco atrativa se comparada à federal

além de confusa e complexa. "Votet sem rating para o contribuinte, mas o déficit de FMS terá um rating à parte", afirma.

As pautas lá não podem ser inferiores a 20% da receita bruta média do filme (exceto, o que deixa os valores altos, segundo Biologuesse. "Para as excecões, como quando fazemos filmes que o normal em 2013, vale acima, mas para quem está lá uma situação regular, não", diz).

Para Thiago Duarte, sócio da As Advies, apesar de a transação parecer eficaz para os contribuintes que precisam da regulamentação fi-



Avvocato Marcello Bolognesi: propo-

cal com reduções nas cobranças, dois pontos não estão claros. Um é quando a resolução afirma que em alguns casos poderá ser exigida uma garantia prévia à transação, mas não especifica em quais casos.

O adjugado também considera escassa a previsão de que, em casos de rescisão, os devedores arcam com a situação anterior, contra se não tiverem ocorrido a transação. "A PGE não



...nta di giovani sbornisti se comparata a No

evitar-se o vazio pago sob o abito do do montante total, o que seria uma ilegalidade na norma, podendo depreciação", afirma.

"Scharenberg que os advogados pensam que não há muitos ataques. Não para os ataques mentais", afirma Perpetua. De acordo com o procurador, a PGE não quer estar lidando com constituintes e se tornarem devedores, pensando que seria



...deral, além de confessa e coopta

condições melhores de pagamento no futuro, mas recuperar valores que já estão na dívida ativa.

Para Petropoulos, apesar de o descendo ser humor que o oferecido pela União, há no Estado a possibilidade de participação de empresas com rating A e B, o qual não existe no federal. "A intenção era ser mais severo para a transmissão federal a taxa descendo."



BOLETIM CEPGE, São Paulo, v. 44, n. 6, p. 27-34, novembro/dezembro 2020 · 31

Legislação

Tributário Medida é importante para contribuintes conhecerem benefícios com transação de débitos

Procuradoria de SP divulga critérios para classificação de dívidas

Beatrix Olsson
Diehlströma

A Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo (PGE-SP) deve publicar amanhã os critérios que serão usados no ranking das dívidas submetidas à transação voluntária, conforme a Resolução PGE nº 27. A classificação, que vai de A a E, determinará as condições de pagamento desses débitos.

Os devedores só combaterão a nota de sua dívida se aderirem à transação. Com a publicação de amanhã, porém, saberão como a dívida vai se liquidar.

A Resolução dá início a uma série de ações da PCL para recuperar créditos e "limpar" a dívida ativa, evitando em concreto apenas valores que efetivamente podem ser recuperados. O montante atual de R\$ 336 bilhões chama a atenção para a importância da integração, mas mostrando que pode ser recuperado. A transação é uma das medidas para dar a esse valor status de crédito da instituição.

Apostrofa-se a sua seis critérios para compor o rating: garantia, histórico de pagamento, saúde da dívida, capacidade de pagamento, possibilidade de êxito na demanda e se o valor da dívida é inferior ao custo de cobrança. Estes fatores podem refletir sendo a garantia o mais importante, conforme o sub-procedimento do comitê comunitário tributário da PGE-SP, João Portogruari. "Quando não há garantia, maior a chance de se atingir o Acil e ter menos chances de sucesso", afirma.

O desconto é mais para os devedores de créditos considerados insuperáveis, no rating D "A falência de aplicação do desconto é a mesma usada pelos bancos", afirma Crating não é o devedor, mas do conjunto da dívida e se divide entre dívida geral e FCMs. Analisando os critérios, é possível um mesmo devedor estar no A em suas dívidas de FCMs e no D em outras.

O desconto só será só sobre juros e multa, aplicado de forma inversamente proporcional, a partir de 10

O contribuinte só terá credenciamento da nota após o oferecimento de proposta ou adesão ao edital. Os descontos serão de 20% sobre juros e multas no rating A, até o limite de 10% do valor total atualizado da dívida, na data de deliberação. No II, o desconto é de 40%, e o limite total, de 30%.

Os contribuintes podem procurar a INE-SP para negociar a partir de 10 de dezembro. A negociação individual é possível desde que não exista edital aberto que contorne a necessidade

Uma recuperação judicial será o primeiro passo: o Estado não fazia parcelamento para empresas nessa situação. O próximo grupo a ser contemplado em rating será o do rating D.

Não há grande expectativa da FGE quanto à arrecadação de novos fatos, mas a procuradoria considera o procedimento importante do ponto de vista jurídico. Com a tiragem de valores fora da contabilidade patrimonial, os valores ajustados, que não se

Julio Paredes, *Quinto año de secundaria, curso 4 de la escuela de docentes*

des. A base a não será feita para inserir

Em 2021, a PGL pretende dar início ao primeiro ciclo de avaliação, no momento, a avaliação dos indicadores de desempenho da gestão ambiental, a fim de avaliar o grau de cumprimento das metas estabelecidas.

Desde a publicação da transação, alguns clientes quiseram entender melhor a procedência, mas não se contentaram, segundo Marcelo Bologna, sócio do Bologna Advogados. Ele afirma que há empresas que gostariam de saber porque tiveram seu latrocínio incluído em 2013, mas não têm condições de pagar as



pgespoficial 📢 A Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo (PGE-SP) publicará os critérios que serão usados no rating das dívidas submetidas à transação tributária, conforme a Resolução PGE nº 27. A classificação, que vai de A a D, determinará as condições de pagamento desses débitos.



pgespoficial
Brasília

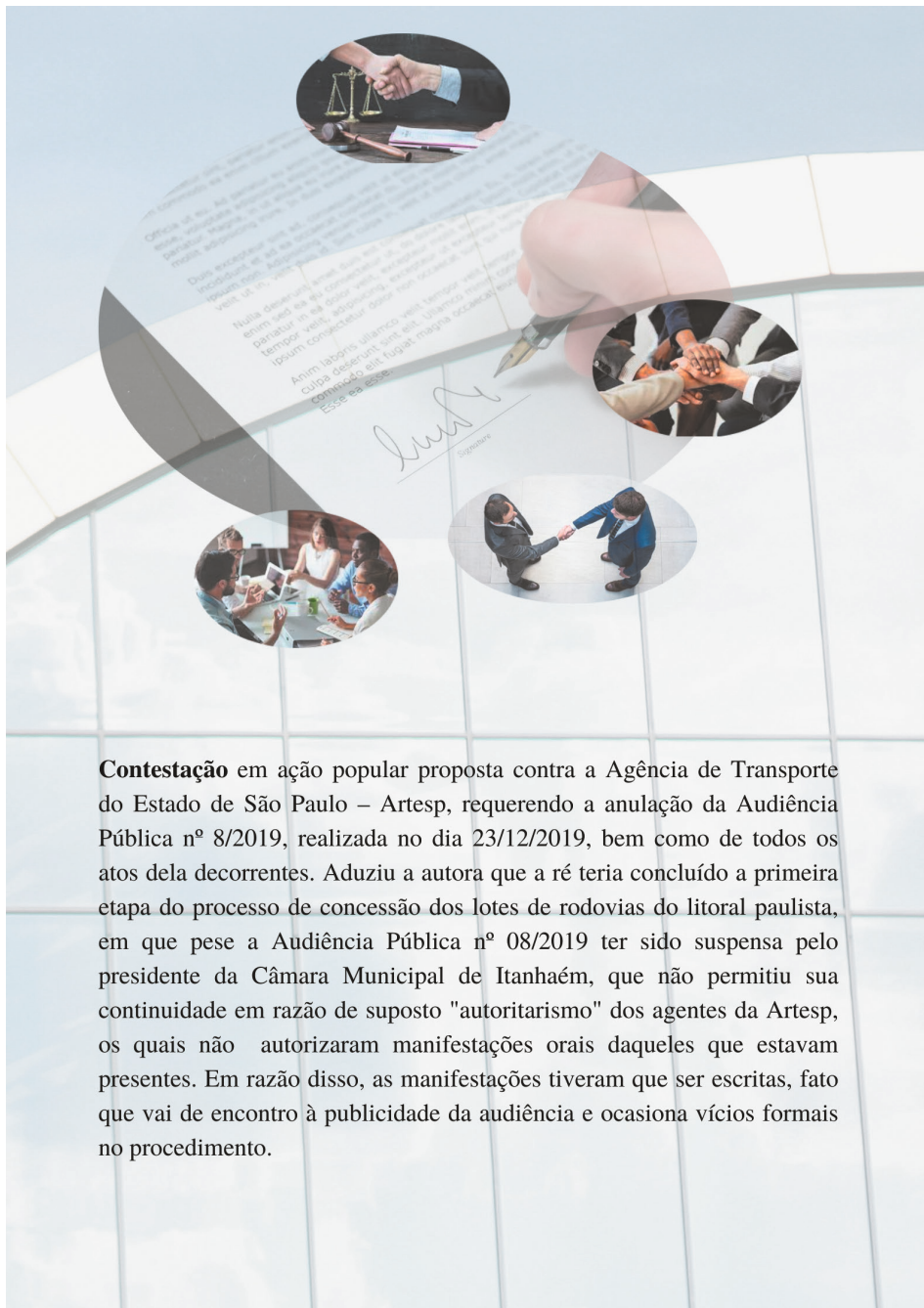
...



pgespoficial A procuradora geral do Estado, Lia Porto Corona, visitou a unidade da PGE de Brasília, nesta tarde (15) e se reuniu com os procuradores para tratar de temas de grande relevância ao Estado de São Paulo.

Ver todos os 3 comentários

15 de dezembro de 2020 · **Ver tradução**



Contestação em ação popular proposta contra a Agência de Transporte do Estado de São Paulo – Artesp, requerendo a anulação da Audiência Pública nº 8/2019, realizada no dia 23/12/2019, bem como de todos os atos dela decorrentes. Aduziu a autora que a ré teria concluído a primeira etapa do processo de concessão dos lotes de rodovias do litoral paulista, em que pese a Audiência Pública nº 08/2019 ter sido suspensa pelo presidente da Câmara Municipal de Itanhaém, que não permitiu sua continuidade em razão de suposto "autoritarismo" dos agentes da Artesp, os quais não autorizaram manifestações orais daqueles que estavam presentes. Em razão disso, as manifestações tiveram que ser escritas, fato que vai de encontro à publicidade da audiência e ocasiona vícios formais no procedimento.

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 6ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
DA COMARCA DA CAPITAL – PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

Processo nº 1009369-41.2020.8.26.0053

Rito ordinário

A AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DE TRANSPORTE DO ESTADO DE SÃO PAULO, pessoa jurídica de Direito Público, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 05.051.955/0001-91, com sede na Rua Iguatemi, nº 105, Itaim Bibi, São Paulo/SP, por intermédio do procurador do Estado subscritor, cujos poderes decorrem do artigo 132 da Constituição Federal e do artigo 75, inciso II, do Código de Processo Civil, nos autos da **AÇÃO POPULAR** em epígrafe que lhe movem **MARIA IZABEL AZEVEDO NORONHA** e **WILTON REIS BRITO**, vem apresentar sua **CONTESTAÇÃO** pelas razões a seguir expostas:

1. DA SÍNTESE DA AÇÃO

Os autores sustentam que o procedimento administrativo licitatório de concessão do Lote de Rodovias do Litoral Paulista, organizado e conduzido pela Artesp, padeceria de vício de forma, vez que ausente um pressuposto para o desenvolvimento válido do certame.

A invalidade que embasa a pretensão autoral decorreria do fato de que uma audiência pública¹, de um total de quatro atos da mesma natureza, designada para a fase preparatória do certame, teria sido frustrada e interrompida de forma prematura.

Para tanto, pleiteiam os autores populares a anulação da audiência pública supostamente inválida e de todos os atos subsequentes, bem como a imposição ao Poder Público de designação/realização de nova sessão substitutiva.

1 O feito refere-se à audiência pública realizada no dia 23/10/2019.

2. DOS FATOS

Em 1998, com a necessidade de buscar fontes alternativas de financiamento para infraestrutura de transportes, o estado de São Paulo deflagrou o seu programa de concessões rodoviárias.

Visando à expansão e ao aperfeiçoamento do referido programa, o estado de São Paulo, em conjunto com a Artesp, deliberou pela concessão do Lote de Rodovias do Litoral Paulista, trecho que compreende 240 quilômetros de extensão de rodovias, passando por 13 municípios² do litoral sul ao norte do estado de São Paulo, conforme descrito abaixo:



Com a finalidade de atender às exigências legais, bem como para ampliar as formas de participação e controle popular no exercício da atividade administrativa, o Poder Público estabeleceu que a publicação do edital de concessão do Lote de Rodovias do Litoral Paulista seria precedida de uma etapa preparatória bifásica de oitiva e participação das populações interessadas.

A primeira fase da etapa preparatória de oitiva das populações interessadas consistiu na realização de quatro audiências públicas, a saber: a) audiência nº 07/2019, realizada no município de Mogi das Cruzes no dia 21/10/2019;

2 Miracatu, Itariri, Peruíbe, Pedro Toledo, Itanhaém, Mongaguá, Praia Grande, Santos, Bertioga, Biritiba-Mirim, Mogi das Cruzes, Itaquaquecetuba e Arujá.

b) audiência nº 08/2019, realizada no município de Itanhaém no dia 23/10/2019; c) audiência nº 09/2019, realizada no município de Bertioga no dia 24/10/2019 e; d) audiência nº 10/2019, realizada no município de São Paulo no dia 25/10/2019. Na segunda fase da etapa preparatória, foi aberto procedimento de consulta pública, que se estendeu de 25/10/2019 a 25/11/2019, quando se encerrou a 1ª etapa do cronograma da concessão do lote das rodovias do litoral paulista.

Todas as audiências foram designadas e divulgadas com estrita observância às previsões legais³. A Artesp, em conjunto com o Poder Concedente, ao realizar os atos de consulta popular, atendeu ao disposto nas leis federais nº 8.666/93 e nº 8.987/95, bem como nas leis estaduais nº 7.835/92 e nº 6.544/89, e, para tanto: (i) respeitou o interregno mínimo de 15 (quinze) dias úteis⁴ compreendidos entre a realização das audiências e a publicação do edital; (ii) publicou o ato convocatório das audiências respeitando a antecedência mínima legal de 10 (dez) dias úteis⁵; e (iii) observou o quantitativo mínimo de audiências públicas exigido em lei.

No mesmo ato que atribuiu publicidade às datas de realização das audiências públicas, noticiou aos interessados sobre o regulamento e a forma de participação nas sessões públicas.

No dia 23/10/2019, data prevista para a realização da audiência pública do município de Itanhaém, a sessão foi aberta com a participação de 230 interessados (lista de presença anexada).

Nos termos do item IV do regulamento da audiência pública (documento anexo), a sessão se iniciaria com uma solenidade de abertura, seguida por uma fase de exposição técnica, questionamentos e contribuições.

3 Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea “c” desta lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.

4 As audiências foram realizadas nos dias 21 a 25 de outubro de 2020. O edital, por sua vez, foi publicado em fevereiro de 2020.

5 A convocação para as audiências públicas foi veiculada no *Diário Oficial* do Poder Executivo (Seção I), do dia 4 de outubro de 2019.

A segunda fase da audiência pública se iniciaria com a exposição do dr. Pedro Brito, diretor de Investimentos da Artesp, facultando-se, aos interessados, no final da exposição, a formulação de manifestações sob a forma de contribuições ou questionamentos, que seriam, dentro das possibilidades materiais, respondidos na mesma ocasião.

Conforme se exprime da oitiva da gravação da audiência pública⁶, desde a abertura da exposição, um grupo de participantes inscritos, cuja quantidade não se pode determinar, frustrou a realização do ato, impedindo a exposição e não deixando outra alternativa senão a interrupção da sessão. O término da audiência pública se deu, conforme narrado na Petição Inicial, em aproximadamente 18 (dezoito) minutos contados a partir do seu início.

Nas demais audiências públicas (Mogi das Cruzes⁷, Bertioga⁸ e São Paulo⁹) não houve quaisquer intercorrências que prejudicassem o andamento da sessão, tornando possível que o Poder Público, em uma relação de diálogo com a população, não somente explicasse todas as nuances do projeto, como também ouvisse a opinião dos populares e colhesse sugestões para o aprimoramento do investimento.

Posto a etapa preparatória consistente na oitiva das populações interessadas tenha sido concluída com êxito, em razão da pandemia inerente ao covid-19 e das medidas de isolamento social instituídas inicialmente pelo Decreto estadual nº 64.881, de março de 2020, o edital de licitação do trecho compreendido no Lote de Rodovias do Litoral Paulista ainda não foi publicado.

Com base nos fatos supracitados, pleiteiam os autores populares a decretação da nulidade da audiência pública de Itanhaém e, por consequência, a invalidação

6 Áudio da sessão pública realizada no município de Itanhaém em: <<http://www.artesp.sp.gov.br/Shared%20Documents/AUDIENCIASPUBLICAS/RodoviasdoLitoral/08-2019/%C3%81udio%20-%20Audi%C3%Aancia%20P%C3%BAblica%2008-2019.mp3>>.

7 Áudio da sessão pública realizada no município de Mogi das Cruzes em: <<http://www.artesp.sp.gov.br/Shared%20Documents/AUDIENCIASPUBLICAS/RodoviasdoLitoral/07-2019/AUDIO-AUDIENCIA-PUBLICA-07-2019-MOGI-DAS-CRUZES.mp3>>.

8 Áudio da sessão pública realizada no município de Bertioga em: <<http://www.artesp.sp.gov.br/Shared%20Documents/AUDIENCIASPUBLICAS/RodoviasdoLitoral/09-2019/%C3%81udio%20-%20Audi%C3%Aancia%20P%C3%BAblica%2009-2019.mp3>>.

9 Áudio da sessão pública realizada no município de São Paulo em: <<http://www.artesp.sp.gov.br/Shared%20Documents/AUDIENCIASPUBLICAS/RodoviasdoLitoral/10-2019/%C3%81udio%20-%20Audi%C3%Aancia%20P%C3%BAblica%2010-2019.mp3>>.

dos atos que lhe sucederam, bem como a designação de uma audiência substitutiva do ato tido como viciado.

A ação, conforme se demonstrará a seguir, não merece acolhimento, vez que: a) a audiência pública nº 08/2019, apesar da interrupção prematura, é válida; b) ainda que a audiência realizada no município de Itanhaém seja considerada inválida, as demais audiências realizadas já preenchem todos os requisitos legais atinentes ao estabelecimento de um diálogo com a população; e c) a audiência pública não pode ser interpretada como um direito subjetivo dos populares.

3. PRELIMINARES

A) Da impossibilidade jurídica do pedido de convocação de nova audiência pública – Ação Popular não é veículo adequado para a imposição de obrigação de fazer.

No rol de pedidos que consta da Petição Inicial, requerem os autores populares, no item “b” das fls. 7, seja o superintendente da Artesp e, por consequência, a própria agência reguladora, compelidos a convocar nova audiência pública para suprir o ato anterior.

Com efeito, o art. 1º da Lei nº 4.717/65 dispõe que *“qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos estados, dos municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (...)”*.

A Ação Popular é o meio posto à disposição de qualquer cidadão para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos ilegais e lesivos do patrimônio público, nos termos do artigo 5º, inciso LXXXIII, da CF/88: *“qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”*.

Na prática, pretendem os autores obrigar a agência reguladora estadual a realizar novo procedimento de oitiva da população interessada, pretensão jurídica que não pode ser objeto de Ação Popular.

A Ação Popular não é via adequada para a imposição de obrigações de fazer à Administração, prestando-se apenas à anulação de atos lesivos ao Erário, tendo função repressiva ou anulatória.

Como bem explica Marçal Justen Filho sobre o tema¹⁰:

A ação busca diretamente provimento jurisdicional de cunho constitutivo negativo. A Lei nº 4.717/1965, no art. 1º, faz referência à anulação ou declaração de nulidade. Os efeitos do provimento deverão ser fixados em vista do princípio da proporcionalidade.

(...)

A Ação Popular se dirige contra ato determinado. Isso significa que, como regra, a Ação Popular não pode ser dirigida contra a omissão estatal. O silêncio administrativo apenas autorizará a Ação Popular quando for qualificado juridicamente e produzir efeitos de manifestação de vontade administrativa.”

(gn)

Nesse sentido, confira-se a jurisprudência do e. TJSP:

AÇÃO POPULAR – Alegação de ato lesivo ao patrimônio público, consistente na omissão do município de Suzano em implementar políticas públicas destinadas à conscientização da necessidade de vacina anual viral em cães e gatos, como forma de exercer a posse responsável e o bem-estar animal – Falta de interesse processual, especificamente inadequação da via eleita – Ato omissivo - Inexistência de lesividade na prática do ato administrativo apontado como irregular – Ação Popular que visa à invalidação de ato lesivo ao patrimônio público, tendo função repressiva ou anulatória – Natureza desconstitutiva – Impossibilidade de condenação em obrigação de fazer no bojo de Ação Popular – Ademais, a Ação Popular, a pretexto da omissão do ente público, não pode ser utilizada, a par da análise da legalidade, como instrumento para substituir os critérios de discricionariedade do ato administrativo, sob pena de violação à separação dos Poderes – Sentença terminativa mantida. Reexame necessário e recurso voluntário desprovidos. (TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1003393-77.2019.8.26.0606; Relator (a): Oscild de Lima Júnior; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Foro de Suzano - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 10/3/2020; Data de Registro: 10/3/2020)

APELAÇÃO – Ação Popular – OBRIGAÇÃO DE FAZER – Manutenção de vias públicas - Inexistência de ato lesivo ao patrimônio público passível de anulação ou declaração de nulidade – Inadequação da Ação Popular – Impossibilidade de imposição de obrigação de fazer – Extinção do processo sem julgamento do mérito mantida – Apelação do Ministério Público desprovida – Apelação do requerido não conhecida. (TJSP; Apelação Cível 1054844-24.2017.8.26.0506; Relator (a): Ana Liarte; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro de Ribeirão Preto - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 11/6/2020; Data de Registro: 11/6/2020)

REEXAME NECESSÁRIO – Ação Popular – Pedido de contratação de docente com proficiência em física e matemática para suprir as aulas faltantes na grade curricular do ano letivo de 2019 da Etec Mandaqui, com afastamento do docente desidioso e apre-

10 Curso de Direito Administrativo, 13 ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 1195/1196.

sentação de plano didático de reposição das aulas perdidas – Indeferimento da Petição Inicial, por inadequação da via eleita – Manutenção – Ação Popular que é instrumento para anular ato administrativo lesivo ao patrimônio público ou ao meio ambiente – Existência de ato administrativo concreto a ser desconstituído que é pressuposto indispensável para o seu ajuizamento – Inadmissibilidade da veiculação de pedido consistente em obrigação de fazer – Reconhecimento de inadequação da via eleita que se impõe – Precedentes – Recurso oficial não provido. (TJSP; Remessa Necessária Cível nº 1046802-16.2019.8.26.0053; relator (a): Maria Olívia Alves; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 15ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 10/2/2020; Data de Registro: 10/2/2020)

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO POPULAR – ATO LESIVO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO – LEI ESTADUAL Nº 13.723/09 – ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – CESSÃO ONEROSA DE CRÉDITOS OBJETO DE PARCELAMENTO – CAPTAÇÃO DE INVESTIMENTOS – CONDENAÇÃO EM OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER - INDEFERIMENTO PARCIAL DO PEDIDO - TUTELA DE URGÊNCIA - INDEFERIMENTO - ADMISSIBILIDADE – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. 1. Por se tratar de ação destinada a assegurar a intangibilidade do patrimônio público e a integridade da moralidade administrativa, a sentença na Ação Popular tem natureza constitutiva negativa e condenatória no ressarcimento de danos causados ao erário. Condenação em obrigação de fazer ou não fazer. Inadmissibilidade. Falta de interesse processual pela inadequação da via eleita. Indeferimento de parte do pedido (art. 354, parágrafo único, CPC). 2. Para deferimento de tutela provisória de urgência faz-se necessária a concorrência dos requisitos da probabilidade do direito e o perigo de dano, ou, alternativamente, o risco ao resultado útil do processo (art. 300, CPC). 3. Suspensão de cessão de créditos tributários e não tributários objeto de parcelamento, bem como a vedação de comercialização de debêntures emitidas pela CPSEC. Ausência de probabilidade do alegado direito e risco de dano grave. Liminar indeferida. Decisão mantida. Recurso desprovido. (TJSP; Agravo de Instrumento nº 2049555-59.2017.8.26.0000; relator (a): Décio Notarangeli; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 12ª. Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 26/4/2017; Data de Registro: 26/4/2017.) (Grifo nosso.)

Portanto, diante da impossibilidade de imposição de prestação de fazer à Administração Pública no contexto da Ação Popular, o pedido de redesignação da audiência pública sequer deverá ser apreciado no mérito e, se apreciado, deverá ser rejeitado, pois extrapola os limites do procedimento previsto na Lei federal nº 4.717/65.

B) Da falta de interesse de agir – Anulação da audiência nº 08/2019 não revela impedimento ao prosseguimento do certame

No item “a” do rol de pedidos da Petição Inicial (fls. 7), os autores populares revelam a pretensão de “*anular o que a Artesp entende que foi a audiência pública nº 08/2019, realizada no dia 23 de outubro de 2019, e em consequência todos os efeitos decorrentes daquela*”.

A anulação da audiência pública nº 08/2019, contudo, conforme se demonstrará no tópico específico, não interfere ou prejudica os atos subsequentes, haja vista que a Artesp realizou outras três audiências públicas (Bertioga, Mogi das Cruzes e São Paulo) que, conjunta ou isoladamente, atendem o disposto previsto no artigo 39 da Lei federal nº 8.666/93 e nos demais dispositivos legais pertinentes.

Embora a referida questão seja abordada com mais profundidade no tópico concernente ao mérito, vale destacar, de antemão, que nas licitações cujos valores sejam considerados relevantes, a lei exige a realização de uma audiência pública.

Percebe-se, desta feita, que para o atendimento da exigência legal consignada no artigo 39 da Lei federal nº 8.666/93, bastaria que qualquer uma das quatro audiências realizadas pela Artesp restasse efetivada, ou seja, ainda que houvesse qualquer nulidade em uma das audiências públicas, o processo licitatório não se revelaria prejudicado, visto que as demais audiências seriam suficientes para a higidez do certame.

A pretensão de anular a audiência pública nº 08/2019, portanto, na prática, não conduz a qualquer resultado concreto e tampouco prejudica o regular andamento do certame, já que as audiências realizadas validamente nos municípios de Mogi das Cruzes, Bertioga e São Paulo, por si só, já atenderiam à exigência prevista no artigo 39 da Lei Federal nº 8.666/93 e, por consequência, validariam o prosseguimento regular da licitação de concessão do trecho rodoviário do litoral paulista.

Assim, ante a inexistência de qualquer efeito/proveito prático decorrente da anulação da audiência pública nº 08/2019, ocorrida no Município de Itanhaém, requer seja decretada a extinção da presente ação por falta de interesse de agir na modalidade *utilidade*.

4. DO MÉRITO

A. DA VALIDADE/LEGALIDADE DA AUDIÊNCIA PÚBLICA OBJETO DA PRESENTE AÇÃO.

A audiência pública é umas das formas de participação e de controle popular da Administração Pública. A exigência propicia ao particular a troca de informações com o administrador, bem como o livre exercício da cidadania e o respeito ao princípio do devido processo legal em sentido substantivo¹¹.

11 SOARES, Evanna. A audiência pública no processo administrativo. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Ed. 229. P. 259-283. 2002. file:///C:/Users/Vinicius/Downloads/46444-93242-1-PB.pdf

Vislumbrando a essencialidade do apontado mecanismo para o controle e para a democratização dos procedimentos públicos, em especial aqueles destinados às licitações e contratações públicas, o legislador entendeu pela necessidade de impor ao administrador a realização de ao menos 1 (uma) audiência pública como requisito preparatório para contratações de valor relevante.

A Artesp, antes mesmo de iniciar a fase licitatória do trecho referente às rodovias do litoral paulista, houve por bem deflagrar 4 (quatro) audiências públicas e uma consulta pública.

Conforme narrado na síntese fática, as audiências públicas preparatórias à deflagração do certame foram designadas e realizadas nas seguintes datas: a) audiência nº 07/2019, realizada no município de Mogi das Cruzes no dia 21/10/2019; b) audiência nº 08/2019, realizada no município de Itanhaém no dia 23/10/2019; c) audiência nº 09/2019, realizada no município de Bertioga no dia 24/10/2019 e; d) audiência nº 10/2019, realizada no município de São Paulo no dia 25/10/2019.

O cerne do litígio ora debatido insere-se na premissa adotada pela parte autora que, de forma errônea, entende que a audiência pública realizada no município de Itanhaém (audiência pública nº 08/2019), frustrada pela interrupção de parcela dos participantes da sessão, seria inválida, fato que, na percepção dos demandantes, acarretaria na nulificação de todos os atos subsequentes.

A premissa invocada pela parte autora não se sustenta.

A audiência pública nº 08/2019, instaurada no município de Itanhaém, assim como as demais, foi precedida de todas as cautelas legais. A Artesp, ao designar o referido ato, veiculou na imprensa oficial a data, hora e o local, bem como mencionou que a sessão pública seria organizada conforme os critérios definidos no regulamento da audiência (documentos anexados).

Para tanto, foi definido o cronograma do evento que, nos termos do regulamento, seria iniciado com a solenidade de abertura e seguindo pela fase expositiva.

Na audiência pública realizada no município de Itanhaém, a fase expositiva, que consistia na apresentação do projeto à população interessada, apesar do esforço do palestrante e da equipe técnica envolvida, foi interrompida por inúmeras manifestações de parcela dos presentes que se comportou de maneira inadequada e incompatível com o respeito e a solenidade do ato, ora gritando palavras de ordem, ora proferindo xingamentos contra o representante da agência reguladora.

Ante a impossibilidade de prosseguimento do ato, a sessão foi interrompida de forma prematura. A interrupção antecipada da sessão, contudo, não invalida a audiência pública e tampouco os atos que lhe sucederam.

O dever legal imposto aos entes públicos, no tocante à obrigação de realização de audiência pública, exaure-se na oferta do debate, na apresentação e exposição do projeto, bem como na tentativa de estabelecer um diálogo com a sociedade. Não há como defender a invalidação de um certame por ausência de participação quando uma das diversas audiências foi interrompida por conta do comportamento antissocial, antidemocrático e desrespeitoso de alguns indivíduos.

No caso em apreço, a Artesp promoveu todos os atos para o bom andamento das audiências públicas, inclusive na audiência realizada no município de Itanhaém, não sendo razoável, portanto, condicionar a validade da audiência pública à participação efetiva de terceiros cujo controle extrapola a órbita de ingerência da agência reguladora.

Houve, por parte do Poder Público, toda a mobilização necessária para oferecer à população interessada, para além da exposição do projeto, um diálogo profícuo acerca do trecho que se pretende licitar em regime de concessão.

Verifica-se, desta feita, que não há qualquer vício que, em tese, invalidaria a audiência pública nº 08/2019, ocorrida no município de Itanhaém.

Por outro lado, se o entendimento dos autores populares obtivesse êxito na presente ação, estaria sendo criado um precedente temerário, de forma a possibilitar que todos os projetos que pressupõem a instauração de audiência pública sejam frustrados por grupos que se organizem para inviabilizar a realização dos referidos atos preparatórios.

Vale ainda frisar que, diferentemente do que propõem os autores populares, não há qualquer equívoco, vício ou ilegalidade no regulamento instituído para a organização das audiências pública, em especial o item III.5, que determina que os *“interessados poderão, por escrito, dirimir dúvidas e fazer sugestões ao projeto. Para tanto, formulários serão distribuídos no início da audiência”*.

Não há qualquer imposição legal que determine que as perguntas ou contribuições tenham ou possam ser veiculadas oralmente. O modo de participação dos interessados é uma questão atrelada à formatação/organização da audiência pública, razão pela qual a previsão de que as perguntas e sugestões sejam apresentadas pela via escrita, por óbvio, não prejudicam a essência do ato. Em verdade, dão segurança e permitem o devido registro e documentação do ato.

Nas demais audiências públicas (Bertioga, Mogi da Cruzes e São Paulo), o público interessado teve a oportunidade de contribuir, de maneira significativa, para o aperfeiçoamento do projeto. Os quadros destacados abaixo demonstram que a ausência de perguntas ou sugestões orais em nada interferiu na participação popular, *verbis*:

Contribuições Audiências Públicas

Quadro Resumo

Nº	Audiência	Contribuição	Resposta Oficial
04	Audiência pública - 07	Sobre os corredores ecológicos – onde serão construídos? Como serão feitos na mata atlântica – serra do mar? Mogi Dutra – os corredores ecológicos não são suficientes – o que farão? Por que tantos pedágios cercando nossa cidade que está em evolução?	O contrato de concessão prevê que a concessionária deverá atender todas as condicionantes ambientais decorrentes dos processos de licenciamentos das obras previstas no plano de investimentos e demais exigências de órgãos ambientais intervenientes. Assim como o atendimento a legislação brasileira vigente. Quanto à existência de pedágios nas proximidades do município de Mogi das Cruzes, informamos que o projeto de concessão faz parte da política pública do governo do estado de São Paulo definido pelo conselho estadual de desestatização.
06	Audiência pública - 07	Quais as obrigações da concessionária em relação ao meio ambiente em caso de projeto de duplicação? Mogianos estamos acostumados a descer ao litoral sem custo, é como o quintal de Mogi. Qual é a previsão de pedágio em caso de concessão? Valores de rodanel ou de tambois e Anchieta/Imigrantes?	A concessionária deverá atender a legislação brasileira vigente e demais exigências dos órgãos ambientais nos processos de licenciamento. Com relação aos pedágios, todas as características do sistema de pedagiamento exposto refletem o atual estágio dos estudos, sendo que a definição exata de locais e quantidades de praças comporá os documentos que serão divulgados com o edital de licitação. Também serão analisados os benefícios que permitirão a redução das tarifas. A tarifa quilométrica será cerca de 20% inferior que a da Ecovias.
25	Audiência pública - 07	Porque um investimento tão agressivo ao meio ambiente numa região de mata atlântica tão fragilizada, degradada, ocupada irregularmente?	As obras previstas no plano de investimento foram definidas com base em estudos específicos para melhorias das condições gerais das rodovias do lote. A concessionária será obrigada a atender a legislação ambiental vigente e demais exigências dos órgãos ambientais para mitigação dos impactos ambientais na região.

Nº	Audiência	Contribuição	Resposta Oficial
56	Audiência pública - 09	1) além de instância balneária, Bertioga possui 2 unidades de conservação em seu território, possuindo vocação para se tornar cada vez mais uma cidade sustentável. O projeto inicial está considerando passagens ecológicas para a fauna na extensão do parque? 2) estão sendo levadas em consideração as fragilidades locais que a obra irá causar nas áreas de influência dos parques serra do mar e restinga de Bertioga? Os estudos de impacto ambiental criados durante a apresentação do projeto – estão disponíveis? 3) a população não foi consultada para a execução desta obra? Impacto ambiental: gigantesco para a região de reserva hidrológica Moradores de Bertioga: super tarifados com pedágio. 4) por que no projeto não tem os dados do impacto ambiental? 5) como as pessoas e outros seres vivos serão indenizados pelo impacto da obra em suas vidas. Os prejuízos são de todos e o lucro é privado. Como uma obra desse impacto não passa pela autorização pelas pessoas afetadas? Não queremos duplicação, pedágio ou iluminação da serra. O bairro mais populoso de Bertioga (chácara) ficará com sua mobilidade e acesso à cidade diretamente prejudicado com a obra. Não queremos a privatização, a duplicação e toda essa merda que vocês querem fazer parecer que é boa.	Os estudos ambientais são prioritários nos estudos de viabilidade das concessões do estado de São Paulo. Os estudos consideram a realização de consulta aos órgãos ambientais (Cetesb etc.), assim como as entidades que administram as unidades de conservação afetadas, para que sejam consideradas as medidas de mitigação socioambientais. Ressalta-se que durante a realização dos estudos socioambientais são levadas em consideração o atendimento da legislação brasileira e dos padrões internacionais exigidos pelo banco mundial.

Nº	Audiência	Contribuição	Resposta Oficial
71	Audiência pública - 10	A) o Cuxep está prevendo a adequação tecnológica de carros elétricos e autônomo? Ou será verificado pós é algo a ser previsto para este prazo de concessão. B) é previsto um acompanhamento (Opex) para invasão de faixa de domínio? É um problema recorrente nas concessões atuais com revisões jurídicas.	Na nova concessão está prevista a implantação de infraestrutura para rede de comunicação sem fio com o usuário (wi-fi ou equivalente). Esta tecnologia poderá ser aproveitada no futuro para uso dos veículos autônomos. Novas adequações que venham a ser necessárias, poderão ser contempladas nas revisões ordinárias de contrato. Está prevista verba no Capex para resolução dos passivos socioambientais (invasões da faixa de domínio). Durante a gestão da rodovia, está previsto no Opex a implantação de programas socioambientais visando a gestão da faixa de domínio e da relação com a comunidade lideira. Está prevista a obrigatoriedade da apresentação dos projetos em bim, desde o início da concessão, com evolução gradativa dos níveis de detalhamento/desenvolvimento (lod – level of development), conforme evolução das metodologias e tecnologias disponíveis no mercado. Está prevista a obrigatoriedade da Inspeção acreditada (certificação) dos projetos executivos desde o início da concessão, preferencialmente nos termos da portaria nº 367/20 INMETRO para projetos de infraestrutura.
	Audiência pública - 10	A) caso a praça de pedágio seja instalada na região do Gaivota, em terras indígenas, como ficará a compensação às aldeias afetadas? B) como ficará o acesso às aldeias?	A) a praça de pedágio prevista para o km 326+300, não está em terra indígena e nem na área de influência de 10km. Dispensando assim consulta à FUNAI, conforme a portaria interministerial nº 60/2015. Nove praças de bloqueio estão dentro da área de influência de 10km. Porém não afetam diretamente áreas indígenas. Neste caso, conforme a portaria interministerial nº 60/2015, será realizada consulta à FUNAI. B) o acesso às aldeias será mantido.

A partir das imagens demonstradas acima (fls. 1.537 a 1.539 do processo licitatório – documento anexado), verifica-se que os atos foram frutíferos e geraram contribuições oriundas dos populares que foram efetivamente aproveitadas pela Artesp. No caso do

município de Itanhaém, os questionamentos escritos que foram realizados na audiência pública nº 08/2019 serão respondidos e divulgados pela agência reguladora.

Percebe-se, dessa maneira, que a interrupção prematura da audiência pública nº 08/2019 se deu por motivos alheios à vontade da agência reguladora – que foge ao seu controle –, não sendo assim justificável a anulação do ato com evidente prejuízo ao regular andamento do certame e ao interesse público.

Considerando a postura assumida pela Artesp que, de forma efetiva, se mobilizou para ouvir as os populares das regiões afetadas pelo projeto de concessão do litoral paulista, nada justifica a decretação de nulidade da audiência pública nº 08/2019, ocorrida no Município de Itanhaém.

B. DO CUMPRIMENTO DE TODOS OS REQUISITOS LEGAIS – ATENDIMENTO AOS REQUISITOS DO ARTIGO 39 DA LEI FEDERAL Nº 8.666/93

Ainda que a audiência pública nº 08/2019, realizada no município de Itanhaém venha a ser considerada inválida por este douto Juízo, tal fato não implicará qualquer prejuízo para o prosseguimento do certame, conforme se passa a expor.

O regramento que disciplina a realização das audiências públicas, no contexto das contratações públicas, está genericamente estabelecido no **artigo 39 da Lei federal nº 8.666/93** (Lei Geral de Licitação e Contratos Administrativos)¹². A norma determina que, nas contratações cujo valor seja considerado relevante¹³, o Poder Público deverá convocar uma audiência pública: (i) com antecedência mínima de 15 (quinze) dias da data prevista para a publicação do edital; e (ii) divulgada com antecedência mínima 10 (dez) dias da realização do ato.

O tema, na Lei federal nº 8.987/95 (Lei de Concessão e Permissão de Serviços Públicos), contudo, é tratado de maneira difusa. O inciso II do artigo 7º da referida norma¹⁴ concede ao usuário do serviço o direito de receber do Poder Concedente e

12 Lei federal nº 8.666/93.

13 A lei estabelece que a relevância econômica da contratação, para fins de imposição à Administração Pública do dever de convocar audiência pública, ocorre quando o valor da contratação excede o montante de 100 (cem) vezes o limite estabelecido para a modalidade licitatória da *concorrência*.

14 Lei federal nº 8.987/95 - Art. 7º. Sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários: [...] II - receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos;

da concessionária, informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos. Já o artigo 21 da Lei federal nº 8.987/95¹⁵ determina que os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, **estarão à disposição dos interessados**, entre os quais se compreendem os populares.

A Lei estadual nº 7.835/92 (Lei de Concessão e Permissão de Serviços no Âmbito do Estado de São Paulo), por sua vez, pouco diz sobre diligências preparatórias à deflagração do certame e não traz qualquer menção à necessidade de realização de audiência pública.

Depreende-se das normas supracitadas que o Poder Concedente, intermediado ou não pela participação da agência reguladora do setor, para deflagrar um procedimento licitatório de concessão de valor relevante, deverá: a) designar uma audiência pública com antecedência mínima de 15 (quinze) dias da data prevista para a publicação do edital e divulgada com antecedência mínima de 10 (dez) dias da data prevista para a realização do ato; b) conceder aos usuários o direito de receber informações do Poder Concedente; e c) disponibilizar aos interessados os estudos *lato sensu* relacionados à concessão.

Os autores populares não impugnam ou sustentam a existência de dúvida acerca do cumprimento das obrigações legais estabelecidas nas alíneas “b” (direitos dos usuários) e “c” (disponibilização de estudos) do parágrafo anterior, razão pela qual, ao menos para efeitos da presente ação, tais requisitos são presumivelmente atendidos. **A questão tratada nos presentes autos cinge-se, portanto, ao cumprimento ou não dos pressupostos procedimentais estabelecidos no artigo 39 da Lei Federal nº 8.666/93.**

O estado de São Paulo, ao implementar o Programa Estadual de Concessões Rodoviárias, atribuiu especial atenção à oitiva dos interessados, sejam eles pessoas naturais, pessoas jurídicas, associações ou qualquer outro tipo de agremiação. Para tanto, antes de iniciar a fase de publicação do edital, o estado de São Paulo, com a colaboração da Artesp, designou não só 1 (uma), tal como exige a legislação, mas 4 (quatro) audiências públicas (procedimento marcado pela realização de sessões

15 Art. 21. Os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a participação da licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital.

presenciais) e um procedimento de consulta pública (procedimento não presencial ocorrido em ambiente virtual)¹⁶.

A designação de audiências públicas em número superior ao quantitativo exigido na legislação tinha por escopo a ampliação dos canais de diálogo com as localidades, porém, não constituem, em conjunto ou em quantidade, pressuposto formal de validade do processo licitatório.

Conforme já mencionado, a lei estabelece que o Poder Público deverá designar e realizar apenas uma audiência pública. O Estado de São Paulo e a Artesp foram além, designando outras três audiências públicas adicionais que se desenvolveram validamente até os seus respectivos encerramentos.

Verifica-se, desta feita, que ainda que a audiência pública nº 08/2019 seja considerada ilegal em razão do encerramento antecipado – o que seria irrazoável e desproporcional –, as demais audiências (Bertioga, Mogi das Cruzes e São Paulo) já seriam suficientes para o atendimento aos pressupostos estabelecidos em lei.

Outrossim, vale frisar que a interrupção prematura da audiência pública 08/2019, realizada no município de Itanhaém, não gerou qualquer prejuízo aos interessados, vez que todos os demais atos foram igualmente abertos a toda sociedade civil, sem restrições de origem ou localidade.

As audiências públicas foram distribuídas em um arranjo geográfico orientado pela seguinte lógica: a) na audiência de Mogi das Cruzes, ouvir-se-ia o público representativo da população interessada da região não litorânea; b) na audiência de Itanhaém, ouvir-se-ia o público representativo da população interessada do litoral sul; c) na audiência de Bertioga, ouvir-se-ia o público representativo da população interessada do litoral norte; e na audiência pública realizada no município de São Paulo, ouvir-se-ia o público representativo da população de todo o estado de São Paulo. **Destaque-se, entretanto, que jamais se impôs qualquer restrição à participação de cidadãos de regiões distintas nas diferentes audiências. O objetivo da divisão geográfica era expandir o acesso, nunca erigir barreiras à oitiva da sociedade.**

16 As audiências públicas foram tratadas com especial destaque no Relatório Conjunto SLT-Artesp-UPPP DE ANÁLISE PRELIMINAR - “Proposta Preliminar do Projeto de Concessão - (fls. 21 do processo administrativo anexado).

Percebe-se, dentro da conjuntura supracitada, que a principal audiência pública que congregou o interesse de todos os cidadãos integrantes da sociedade civil do estado de São Paulo foi realizada com êxito no município de São Paulo e, por si só, atende aos requisitos legais definidos no artigo 39 da Lei federal nº 8.666/93.

Não há, outrossim, qualquer imposição normativa que determine que a audiência pública tenha que ser realizada em todos ou em determinados municípios que serão afetados pela concessão, bastando a efetivação de **um único** ato, ainda que na capital do estado.

Referendando a suficiência da audiência pública realizada na capital do estado de São Paulo, vale mencionar que na Ação nº 1024413-42.2016.8.26.0053 o município de Ubatuba, ao questionar a privatização dos aeroportos promovida pelo estado de São Paulo e pelo Daesp, pleiteou a nulidade do processo de desestatização sob a justificativa de que o Poder Público não teria realizado, na circunscrição territorial do referido município, uma audiência pública para a oitiva da população local.

No caso supracitado, tanto o Ministério Público quanto o Poder Judiciário, em primeira instância (o município desistiu da ação ainda em primeira instância), entenderam que *“não se vislumbra a obrigatoriedade de consulta ou audiência pública no local onde está instalado o respectivo aeroporto”*.

Transcreve-se, por oportuno, o trecho da decisão que repeliu a Tutela de Urgência:

Trata-se de procedimento comum ajuizado pela Prefeitura Municipal de Ubatuba contra a Fazenda do Estado de São Paulo, o Daesp - Departamento Aeroviário do Estado de São Paulo e a Artesp - Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo. Aduz, em apertada síntese, que pretende a municipalidade de Ubatuba a gestão do aeroporto Gastão Madeira, localizado na cidade e incluído em programa de privatização do governo do Estado (Edital Artesp 01/2016). Alega que não é razoável a privatização do aeroporto quando ente público pretende sua gestão com a finalidade de promover o turismo receptivo na cidade litorânea. Além disso, afirma que não houve realização de consulta pública no município de Ubatuba, o que violaria o devido processo constitucional. Por fim, sustenta ser ilegal a terceirização do serviço delegado ao estado, já que quem gere as estruturas aeroportuárias é a Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República. Diante disso, pretende a anulação do Edital Artesp 01/2016 ou ao menos a exclusão do Aeroporto Gastão Madeira do procedimento de privatização, com pedido de tutela de urgência. Facultado o contraditório acerca do pedido liminar, as rés pugnaram pelo indeferimento da tutela antecipada, pois o procedimento licitatório é legal e a escolha sobre ceder o aeroporto para gestão municipal ou privatizá-lo está no âmbito da discricionariedade administrativa do estado. Além disso, há

possibilidade de terceirização da exploração do aeródromo em razão de expressa previsão no convênio de delegação com a União, que anuiu a privatização por meio da Secretaria da Aviação Civil. Por fim, a cidade de Ubatuba não apresentou seu projeto ou comprovou a viabilidade de gestão do aeroporto no âmbito municipal. O representante do Ministério Público pugnou nos autos pelo indeferimento do pedido liminar (fls. 328/332), sustentando que, apesar de desejável, não há previsão legal que imponha a realização de consulta pública no local sob pena de nulidade do processo licitatório e a escolha acerca da privatização está dentro da discricionariedade do governo do Estado e que há previsão legal para a exploração indireta pelo delegatário. É o breve relatório. Indefiro o pedido de Tutela de Urgência. Como muito bem-salientado pelo representante do Ministério Público, não há imposição legal, ao menos em análise de cognição sumária, para que realizada audiência ou consulta pública, apesar de ser medida bastante desejável e salutar. Além disso, há previsão legal para a exploração indireta da delegação concedida ao estado de São Paulo, que optou, no âmbito de sua discricionariedade, pela privatização do aeroporto. Desse modo, a discussão sobre oportunidade e conveniência da medida foge ao âmbito judicial, devendo ser debatida na esfera política. Por outro lado, não há notícia de eventual desvio de finalidade. (grifado e sublinhado) (decisão anexada)

Não há, portanto, qualquer prejuízo ou ilegalidade que justifique a decretação da nulidade dos atos subsequentes à audiência pública nº 08/2019.

C. DA INSTRUMENTALIDADE DA AUDIÊNCIA PÚBLICA – EVENTUAL NULIDADE DA AUDIÊNCIA PÚBLICA NÃO MACULA O PROCEDIMENTO SEM A DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZOS CONCRETOS

Em caráter subsidiário, destaca-se que a audiência pública é um instrumento que tem por escopo determinada finalidade e, portanto, deverá receber tratamento jurídico de procedimento acessório/instrumental.

Os autores populares não alegam a ocorrência de qualquer prejuízo advindo da não conclusão da audiência pública nº 08/2019, limitando-se a aventar que a interrupção antecipada da sessão conduziria não só à nulidade do ato, mas também de todo o procedimento a partir de então.

Com a devida vênia, o entendimento supracitado alça a audiência pública à condição de um rito essencial, quando, em verdade, ele é instituído para servir a um propósito específico.

Não se está, com a presente afirmação, a alegar a desnecessidade da participação popular – esse rito é importante e foi devidamente respeitado pela Artesp e pelo poder concedente – na realização do procedimento preparatório prévio à publicação

do edital da Concessão do Litoral Paulista, mas não se pode privilegiar a forma em detrimento da substância.

A audiência pública, assim como outros mecanismos de controle e fiscalização, é adotada para que, de maneira sinérgica, conduzam a atividade do administrador ao resultado mais efetivo e adequado aos parâmetros da moralidade, legalidade e publicidade. Todos os escopos inerentes ao referido mecanismo de controle, contudo, sequer foram questionados na presentes ação.

Percebe-se, a partir das premissas assentadas, o caráter instrumental da audiência pública que consubstancia um mecanismo destinado à realização do controle e da higidez das contratações públicas e, como tal, devem ser analisados sob o prisma de sua finalidade.

Os autores populares não alegam qualquer prejuízo concreto decorrente da interrupção antecipada da audiência pública nº 08/2019. Não há, sequer no plano abstrato, indícios de direcionamento, violação de princípios ou qualquer outro prejuízo ao erário que prejudicariam o prosseguimento da licitação.

A ausência de prejuízos concretos demonstra que, apesar da frustração da audiência pública nº 08/2019, a finalidade essencial do procedimento foi atendida. Não é dado aos autores populares, tal como pretendem na presente demanda, tratar a audiência pública com um direito subjetivo.

Marçal Justen Filho¹⁷ entende que a audiência pública não é veículo para a realização de direitos subjetivos, mas sim para a proteção objetiva do interesse público, de forma que somente se admitiria a nulidade do processo licitatório se restasse comprovado que a ausência ou invalidade do ato infringisse o próprio interesse público.

O acolhimento da tese dos autores populares, por outro lado, se revelaria atentatório aos preceitos de direito público, pois, além de retardar o andamento do certame, demandaria novos gastos e diligências para a realização de nova audiência pública em prejuízo ao princípio da eficiência e da moralidade.

É importante destacar que a **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro** prevê em seu artigo 21, *caput* e parágrafo único, que a decisão judicial que decretar

17 JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 7. Ed. São Paulo: Dialética. 2000. p. 394-395.

a invalidação de ato não pode impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivas. Essa norma deve ser interpretada sistematicamente com a disposição do artigo 22, § 1º, a qual impõe que a decisão sobre a validade de ato considere as circunstâncias práticas que houverem limitado ou condicionado a ação do agente público.

Desse modo, verifica-se que invalidar um certame de interesse geral em função da interrupção provocada por um grupo de manifestantes que se opuseram ilicitamente ao regular andamento de uma única audiência pública se mostraria completamente **excessivo e ignoraria as circunstâncias práticas que limitaram ou condicionaram a atuação dos agentes públicos que conduziam a audiência**, o que afrontaria as normas dos artigos 21 c/c 22, §1º, da LINDB.

A revisão judicial propugnada pelos autores populares deve levar em conta – como acima ressaltado – a finalidade do instituto da audiência pública e não se pode propugnar que o controle valha por si só, como se o mero formalismo fosse suficiente para assegurar o interesse público que deve ser resguardado pela Administração¹⁸.

Feitas essas considerações, entende-se que nada justifica a nulificação da audiência pública nº 08/2019 e, mais ainda, a anulação dos atos que lhe sucederam.

18 “Uma das vertentes que deve ser sempre considerada quando tratamos do tema do controle é a que diz com suas consequências. O controle não é um fim em si mesmo. Ele é um instrumento para o aperfeiçoamento da Administração e para a busca de eficiência e efetividade. A presunção de que o controle valha por si só, como se a mera existência de estruturas de controle seja suficiente para a Boa Administração, traz uma visão formalista do controle. A Administração Pública somente é eficiente se além de não desperdiçar recursos públicos (evitando o desvio ou o desperdício) ela logra atender às necessidades coletivas que correspondem à finalidade do agir administrativo. Qualquer controle que, sob o pálio de coibir o desvio ou o desperdício impede a consecução de uma ação administrativa, acaba por produzir um efeito contrário àquele que justifica a existência do controle. [...] um sistema de controle que só pune, invalida e impede não será um controle conforme os cânones do Estado Democrático de Direito. Será, se conseguir combinar rigor no combate aos despautérios com a verificação ponderada das consequências das medidas de coibição a seu alcance. [...] Nesse sentido é que se diz que o controle deve ser responsivo ou que deve ter um viés pragmático ou consequencialista. [...] A busca de eficiência da Administração Pública, no entanto, e ao contrário do que consta do senso comum, não implica necessariamente aumentar o controle. Ao menos por três motivos nem sempre é verdadeira a correlação de quanto mais controle, mais eficiente será a Administração: (i) a multiplicidade de controles pode levar à ineficiência do próprio controle; (ii) os procedimentos de controle têm custos; e (iii) o controle pelo controle pode levar ao déficit de responsividade acima enunciado.” MARQUES NETO, Floriano Azevedo: *Nova organização administrativa brasileira*. Coordenador: Paulo Modesto. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 207 e 209. Artigo: “Os grandes desafios do controle da Administração Pública”.

5. DO PEDIDO

Diante de todo o exposto, considerando a validade da audiência pública nº 08/2019, a ocorrência de outras audiências que, independentemente da audiência pública nº 08/2019, sustentam a legalidade do certame e o caráter instrumental da audiência pública, resta constatado que nada justifica a procedência da Ação Popular interposta.

Posto isso, requer a total improcedência da ação, condenando-se a autora nos consectários da sucumbência.

Protesta provar o alegado por todos os meios em direito admitidos.

Nesses termos,

pede deferimento.

São Paulo, 3 de setembro de 2020.

VINICIUS JOSÉ ALVES AVANZA

Procurador do Estado

OAB/SP Nº 314.247

SENTENÇA

PROCESSO Nº: 1009369-41.2020.8.26.0053 - AÇÃO POPULAR

REQUERENTE: MARIA IZABEL AZEVEDO NORONHA E OUTRO

REQUERIDO: AGÊNCIA DE TRANSPORTE DO ESTADO DE SÃO PAULO - ARTESP

Vistos.

MARIA IZABEL AZEVEDO NORONHA e WILTON REIS BRITO moveram Ação Popular contra a AGÊNCIA DE TRANSPORTE DO ESTADO DE SÃO PAULO - ARTESP, alegando, em síntese, que a ré concluiu a primeira etapa do processo de concessão dos lotes de rodovias do litoral paulista, sendo que referida etapa se tratava de audiências públicas realizadas entre os dias 25/10/2019 e 25/11/2019. Afirmam que a audiência pública nº 08/2019, realizada em 23/10/2019, não foi devidamente concluída, sendo suspensão pelo presidente da Câmara Municipal de Itanhaém, que não permitiu sua continuidade em razão do extremo autoritarismo dos agentes da Artesp, que por suas vezes não permitiram manifestações orais daqueles que estavam presentes. Em razão disso, as manifestações tiveram de ser escritas, fato que vai de encontro à publicidade da audiência, ocasionando diversos vícios formais no procedimento. Pretendem a procedência da ação para anular a Audiência Pública nº 08/2019, realizada pela Artesp no dia 23/12/2019, bem como todos os atos decorrentes dela, devendo a ré convocar nova Audiência Pública acerca do mesmo tema. Juntaram documentos.

A inicial foi emendada (fls. 118).

Devidamente citada, a ré apresentou contestação às fls. 125/150 alegando, preliminarmente, impossibilidade jurídica do pedido e falta de interesse de agir. No mérito, aduz que a audiência realizada é válida. Requereu a improcedência da ação. Juntou documentos.

Houve réplica (fls. 231/235).

Instadas sobre as provas que pretendem produzir, as partes se manifestaram às fls. 250 e 252.

O Ministério Público opinou pelo acolhimento da preliminar de falta de interesse processual na modalidade adequação, com relação ao pedido de convocação de nova audiência pública. No mérito, opinou pela improcedência da ação.

É o relatório.

D E C I D O.

O processo deve ser extinto, sem análise do mérito, uma vez que o autor é carecedor da ação por falta de interesse de agir.

Os autores objetivam nesta ação a condenação dos réus a) anular o que a Artesp entende que foi Audiência Pública nº 08/2019, realizada no dia 23 de outubro de 2019, e em consequência todos os efeitos decorrentes daquela; b) para que convoque nova Audiência Pública, a respeito do mesmo tema, respeitado todos os parâmetros do artigo 39 da Lei federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (g. n.).

A Ação Popular tem como escopo a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, Distrito Federal, dos estados, dos municípios, entre outros, como prevê o artigo 1º da Lei nº 4.717/65. A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXXIII, por sua vez, estabelece que qualquer cidadão é parte legítima para propor Ação Popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público, ou de entidade que o estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Desse modo, não se admite na Ação Popular a condenação a obrigação de fazer.

Somente as condenações pecuniárias decorrentes da invalidade do ato, ou seja, como efeito secundário da sentença, são admissíveis no procedimento da Ação Popular, ante a regra inserida no artigo 11 da Lei nº 4.717/65, a qual determina que a sentença que julgar procedente a Ação Popular, decretando a invalidade do ato impugnado, condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele.

A ação popular não é instrumento para defesa de direitos subjetivos ou de outras posições favoráveis ao indivíduo. Ela tem por escopo o controle cívico de atos e omissões da Administração, e o direito que o autor exerce não pertence a ele, mas à categoria que integra. Bem por isso, o autor popular é fungível: pode desistir da ação, mas em seu lugar é admissível que entre outro eleitor qualquer ou o próprio Ministério Público, como prevê o Artigo 9º da Lei nº 4.717/65.

A Ação Popular deve necessariamente visar ao interesse público e só pode ser exercida nos estritos termos da lei. A legislação em vigor não autoriza a outorga pretendida, reservando-a para outros procedimentos que tutelam interesses difusos.

Como se vê, o pedido de condenação na obrigação de fazer não condiz com o meio processual escolhido.

Ante o exposto e considerando tudo o mais que dos autos consta, JULGO EXTINTA a Ação Popular que MARIA IZABEL AZEVEDO NORONHA e WILTON REIS BRITO movem contra a AGÊNCIA DE TRANSPORTE DO ESTADO DE SÃO PAULO - ARTESP e o sr. SUPERINTENDENTE DA AGÊNCIA DE TRANSPORTE DO ESTADO DE SÃO PAULO, com fulcro no artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil.

Custas na forma da lei, descabendo a condenação em honorários.

Oportunamente, ao arquivo.

P. Intime-se.

São Paulo, 10 de dezembro de 2020.

CYNTHIA THOMÉ

Juíza de Direito



Agravo de Instrumento interposto contra decisão que, em sede de tutela antecipada, deferiu a suspensão da exigibilidade de multa administrativa, sancionatório imposto pela Agência de Transporte do Estado de São Paulo – Artesp à concessionária de serviço público rodoviário. Insurge-se a autora, ora agravada, contra a imposição de multa oriunda de inadimplemento parcial de contrato de concessão de serviço público, apurada mediante procedimento administrativo sancionatório, em razão da não execução, conforme cronograma físico-financeiro contratual, das obras de acostamento do KM 167+000 ao 167+500, Leste – Jurimirim, da SP 300.

EXMO(A). SR(A). DR(A). DESEMBARGADOR(A) PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DE SÃO PAULO

Autos de origem nº 1000349-26.2020.8.26.0053

Agravo de Instrumento - COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA RECURSAL

A AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DE TRANSPORTE DO ESTADO DE SÃO PAULO - ARTESP, por seu procurador subscritor, vem respeitosamente perante V. Exa. interpor, em face da decisão interlocutória proferida nos autos em epígrafe, adequada e tempestivamente, com suporte no art. 1.015, inc. I, do Código de Processo Civil (CPC), RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO, pelas razões, de fato e de direito, que a seguir se passa a expor.

Informa, com suporte no art. 1.017, § 5º, do CPC, que os autos do processo são eletrônicos¹.

Informa, cumprindo a prescrição do art. 1.016, inc. IV, do CPC, os nomes e os endereços completos dos advogados constantes do processo:

- Marcos Antonio Dacorso, OAB/SP nº 154.132;
- Juliana Kino T. S. Vieira, ambos com endereço profissional em Rua Padre José Teixeira, nº 33, Cambuí, Campinas/SP, PABX (19) 3255-0760, dacorso@dacorso.com.br.

Nestes termos, pede deferimento.

São Paulo, 3 de fevereiro de 2020.

ROMULO SILVA DUARTE

Procurador do Estado
OAB/SP Nº 423.402

1 CPC, art. 1.017 (...), § 5º - Sendo eletrônicos os autos do processo, dispensam-se as peças referidas nos incisos I e II do caput, facultando-se ao agravante anexar outros documentos que entender úteis para a compreensão da controvérsia.

RAZÕES DO RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO

COLENDO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMINENTES JULGADORES

ANTECIPAÇÃO DA TUTELA RECURSAL

Conforme analítica demonstração neste arrazoadado, estão presentes os requisitos para a antecipação da tutela recursal, nos termos do CPC:

Art. 1.019. Recebido o Agravo de Instrumento no tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o relator, no prazo de 5 (cinco) dias:

I - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão;

1. BREVE RELATO DA CONTROVÉRSIA RECURSAL

Na origem, trata-se de ação constitutiva negativa em que se pretende a declaração de nulidade e consequente desconstituição de ato administrativo sancionatório imposto, pela Artesp, à concessionária de serviço público rodoviário, ora agravada.

Insurge a autora, ora agravada, contra a imposição de multa administrativa oriunda de inadimplemento parcial de contrato de concessão de serviço público, apurada mediante o procedimento administrativo sancionatório nº 019.344/2015, e notificado à concessionária através da NOT. DIN nº 0247/15, e que consiste na não execução, conforme cronograma físico-financeiro contratual, das obras de acostamento do KM 167+000 ao 167+500, Leste – Jurimirim, da SP 300.

E conforme a seguinte tipificação contratual:

- Tipificação 28. Implantação e Execução, item 22, grupo III, nível D, constante do Anexo 11 – Das Penalidades, item 4.2 – Serviços correspondentes às funções de ampliação, conservação e manutenção.

E, objeto deste recurso, foi concedida tutela provisória para o fim de suspender a exigibilidade da multa, nestes termos:

Em princípio e em sede de cognição sumária, acolho as ponderações da autora, notadamente por conta da alegação de não disponibilização ou acesso oportuno à integralidade do processo administrativo ora questionado. Por outro lado, anoto que a medida não causará maior efeito construtivo em detrimento da requerida, a qual,

ao final, no caso de eventual improcedência, poderá retomar normalmente a cobrança. Ante o exposto, defiro a liminar, suspendendo a exigibilidade da multa (...).

Pelo equívoco na apreciação do direito material, bem como pela inadequação sistemático-processual da decisão, impõe-se sua revisão.

2. RAZÕES PARA A REFORMA DA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA

2.1 Inexistência de probabilidade do direito: acesso pleno aos autos administrativos; inadimplemento contratual comprovado; e torrencial jurisprudência do TJSP, em cognição exauriente, para casos afins

Aprecia, a decisão, a probabilidade do direito a partir da seguinte fundamentação: *“notadamente por conta da alegação de não disponibilização ou acesso oportuno à integralidade do processo administrativo ora questionado”*.

No entanto, conforme se extrai do arcabouço probatório já produzido na ação principal e dos documentos que ora se juntam ao instrumento, a singela alegação de não acesso aos autos – como destacado na própria decisão, trata-se de mera alegação – não ter correspondência fática e jurídica.

Argumenta a Petição Inicial que *“a concessionária autora, em 27/11/2019, após ter o seu recurso administrativo improvido, requereu cópia integral dos autos do procedimento administrativo sancionatório à Artesp”* e *“até o presente momento, a Artesp não disponibilizou à concessionária autora a cópia integral dos autos do procedimento sancionador, para instrução dessa inicial”*, e que, por isso, houve nulidade.

De início, é inegável que *“a garantia do direito de defesa contempla, no seu âmbito de proteção, todos os processos judiciais ou administrativos”*², e que a violação a essa essencial prerrogativa jurídica conduz a atuação do estado à sanção de nulidade jurídica.

Nada disso se tem, no entanto, no caso sub judice.

Analisando a objeção, constata-se que o procedimento alegadamente adotado pela concessionária no âmbito administrativo – para dizer o menos – foi desnecessário e equivocado.

2 STF, RE 426.147 AgR, rel. min. Gilmar Mendes, j. 28/3/2006, 2ª T, DJ de 5/5/2006.

Conforme a disciplina normativa estadual, nos procedimentos administrativos em curso será assegurada vista obrigatória dos autos mediante a publicação dos atos processuais no Diário Oficial do estado, sendo assegurado ao advogado a retirada dos autos, durante o prazo para manifestação, mediante recibo:

Seção V

Da Publicidade

Artigo 35. Durante a instrução, será concedida vista dos autos ao interessado, mediante simples solicitação, sempre que não prejudicar o curso do procedimento. **Parágrafo único - A concessão de vista será obrigatória, no prazo para manifestação do interessado ou para apresentação de recursos, mediante publicação no Diário Oficial do estado.**

Artigo 36. Ao advogado é assegurado o direito de retirar os autos da repartição, mediante recibo, durante o prazo para manifestação de seu constituinte, salvo na hipótese de prazo comum.

Logo, para tomar ciência de qualquer decisão no processo, sobretudo ao final, bastaria ao advogado diligente ir até a Artesp e retirar em vista os autos, mediante recibo. É desnecessário, equivocado e, até mesmo, temerário, apenas protocolar um pedido de vista, no protocolo central da agência reguladora (onde, diariamente, diversos documentos têm entrada).

Analogamente, pense-se na hipótese em que um advogado, constituído nos autos de processo judicial, recebesse a publicação de sentença pelo diário de justiça (art. 272 do CPC) e, ao invés de ir até o cartório judicial para tomar conhecimento do conteúdo da decisão e preparar o respectivo recurso, apenas protocolasse uma petição, no protocolo geral do foro, solicitando vista dos autos e, após a fluência do prazo, vir alegar cerceamento de defesa.

É exatamente isso que se tem.

E, como decorre do regime de direito positivo, não se declara qualquer nulidade – porque inexistente – a favor de quem lhe deu causa:

CPC

TÍTULO III

DAS NULIDADES

Art. 276. Quando a lei prescrever determinada forma sob pena de nulidade, a decretação dessa não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa.

Não bastasse, decorre da tradição jurídica nacional e de múltiplos diplomas de direito positivo a máxima de que não há qualquer nulidade, em procedimentos judiciais

e administrativos, sem que se comprove a existência de prejuízo, caracterizado pelo efetivo efeito de dificultar ou impossibilitar o exercício das posições jurídicas inerentes ao devido processo legal, tais como o contraditório e a ampla defesa.

Sem ofensa ao sentido teleológico da norma não haverá prejuízo e, por isso, o reconhecimento da nulidade nessa hipótese constituiria consagração de um formalismo exagerado e inútil, que sacrificaria o objetivo maior da atividade jurisdicional; assim, somente a atipicidade relevante dá lugar à nulidade; daí que a conhecida expressão utilizada pela doutrina francesa: *pas de nullité sans grief*³.

Nesse sentido, prescreve a Lei estadual nº 10.177/98:

CAPÍTULO II

Da Invalidade dos Atos

Artigo 10. A Administração anulará seus atos inválidos, de ofício ou por provocação de pessoa interessada, salvo quando:

(...)

II - da irregularidade não resultar qualquer prejuízo;

E, mesmo que não houvesse específica previsão normativa no âmbito estadual, o próprio CPC:

Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

(...)

Art. 277. Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.

(...)

Art. 283. O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo ser praticados os que forem necessários a fim de se observarem as prescrições legais.

Parágrafo único. Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados desde que não resulte prejuízo à defesa de qualquer parte.

Logo, não houve qualquer prejuízo carreado à parte autora, que se defendeu plenamente no âmbito administrativo e, agora, em juízo.

Realmente, o processo administrativo deve ser simples, despidido de exigências formais excessivas, tanto mais que, a defesa pode ficar a cargo do próprio administrado, nem sempre familiarizado com os meandros processuais. Todavia, quando a lei impõe uma forma ou for-

3 GRINOVER, Ada Pellegrini; FILHÓ, Antônio Magalhães Gomes; FERNANDES, Antônio Scarance. *As Nulidades no Processo Penal*. 11ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007, p. 25.

malidade, essa deverá ser atendida, sob pena de nulidade do procedimento, mormente se da inobservância resulta prejuízo para as partes, mesmo porque, segundo o princípio da instrumentalidade das formas, não há nulidade sem prejuízo (pas de nullité sans grief)⁴.

Já analisando o suporte fático, relevante esclarecer que, com apoio nas regras de experiência comum⁵, os acostamentos previamente definidos nos traçados das rodovias são importantes áreas de escape e estão diretamente associadas à segurança do tráfego, de modo que a não execução das obras em questão é fato grave e viola os direitos dos usuários do serviço público.

Ademais, a não execução das obras não é tema controvertido neste processo, apenas afirmando a concessionária que “*as chuvas excessivas prejudicaram a execução e, portanto, a conclusão das obras de implantação de acostamentos na Rodovia SP-300, e justificaram o requerimento de postergação do prazo de término para 22/6/2011*” (fls. 19 da Petição Inicial).

Não bastasse, conforme relatório técnico, as obras – modestos 500 metros de acostamento – deveriam estar concluídas, em conformidade com o cronograma físico-financeiro definido em contrato, em 22/04/2011, mas, ainda em 15/2/2011 estavam **PARADAS** e com apenas **10% de conclusão**:


RELATÓRIO DE VISTORIA REALIZADA EM 09/05/2011

Lote 21 RODOVIAS DO TIETÊ						
SP SP 101						
Item	Serviço	Datas Programadas	Datas de Execução	% Exec	Ritmo	
0101010101	SP 101 - Duplicação km 11+400 ao km 14+640 - Hortolândia	04/04/2011 22/04/2014	01/03/2011	0,01	Parado	
02050204	Implantação de Dispositivo km 13+500 (tipo 5) - Hortolândia	04/04/2011 22/04/2014	04/04/2011	0,10	Parado	
Lote 21 RODOVIAS DO TIETÊ						
SP SP 113						
Item	Serviço	Datas Programadas	Datas de Execução	% Exec	Ritmo	
02020201	SP-113 Acostamento km 0+000 ao km 14+400 Leste - Tietê / Rafard	08/04/2010 22/04/2011	01/06/2010	93,50	Lento	
02020202	SP-113 Acostamento km 0+000 ao km 14+400 Oeste - Tietê / Rafard	08/04/2010 22/04/2011	01/06/2010	92,50	Lento	
Lote 21 RODOVIAS DO TIETÊ						
SP SP 300						
Item	Serviço	Datas Programadas	Datas de Execução	% Exec	Ritmo	
02020306	Acostamento km 167+000 ao km 167+500 Leste - Jumarim	15/03/2011 22/04/2011	15/02/2011	10,00	Parado	
02020307	SP-300 Acostamento km 170+300 ao km 171+900 Leste - Jumarim / Laranjal Paulista	15/03/2011 22/04/2011	15/02/2011	28,50	Lento	
02020308	SP-300 Acostamento km 178+300 ao km 178+000 Oeste - Laranjal Paulista	15/03/2011 22/04/2011	15/02/2011	30,70	Lento	

4 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 723.

5 CPC, art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a essas, o exame pericial.

Vale destacar, brevemente, que a mora ou inadimplemento no cumprimento de alguma obrigação carreada à concessionária de serviço público instaura cenário de violação dos direitos dos usuários e faz surgir o dever-poder para o poder concedente, de caráter regulador e fiscalizatório e de característica indisponível e indeclinável, de disciplinar o adimplemento da obrigação de forma capaz de suplantar a mora ou o inadimplemento.

Nesse contexto, surge para o poder concedente o dever-poder, previsto legal e contratualmente, de executar as cominações sancionatórias cabíveis, cuja natureza jurídica é de cláusula penal⁶.

E, para além dos intrínsecos danos para a sociedade e o Estado, “incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora”⁷.

Postas tais premissas – de forma concisa e objetiva – conclui-se que, pela (i) estrutura econômica e jurídica do contrato de concessão pública, que aloca à concessionária autora o múnus de bem executar o objeto confiado e zelar pelo integral cumprimento de suas obrigações; pelos (ii) efeitos decorrentes da mora ou inadimplemento da concessionária, diretamente violadores dos direitos dos usuários; pelo (iii) dever-poder para o poder concedente de bem disciplinar a execução contratual; e pela (iv) natureza jurídica de cláusula penal da sanção pecuniária contratual, presente o suporte fático legal e contratual, configurador de mora ou inadimplemento, incorre a concessionária de pleno direito na sanção respectiva.

Por fim, já considerando toda a argumentação trazida pela Petição Inicial, muito comum e que expressa repetida litigiosidade, a análise do requisito da probabilidade do direito deve, como condição sistemático-processual, considerar a atual e torrencial deferência técnica – em julgamentos com cognição exauriente e formadores de coisa julgada – do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), em relação a casos afins:

AÇÃO ANULATÓRIA. MULTA ADMINISTRATIVA. DESCUMPRIMENTO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO. Processo administrativo levado a efeito pela Artesp, com imposição de multa à concessionária de serviço público em virtude da não conclusão da obra

6 Com efeito, os contratos administrativos também preveem “mais duas espécies de multa: a moratória (...) ou a compensatória (...)”, que se revestem da natureza de cláusula penal. (GARCIA, Flávio Amaral. Licitações e Contratos Administrativos: casos e polêmicas. 5a ed. São Paulo: Malheiros, p. 413)

7 Conforme prescrito pelo art. 408 do Código Civil (CC), aplicado subsidiariamente, nos termos do art. 54 da Lei federal nº 8.666/93.

(item 02.05.03.04 da Concessão Rodoviária nº 002/Artesp/2009 - Melhoria do Dispositivo do km 15+500, tipo 4, da Rodovia SP 327) dentro do prazo previsto no cronograma físico-financeiro. Inadimplemento contratual demonstrado nos autos. Concessionária que não se desincumbiu de comprovar, conforme lhe incumbia (art. 373, I, CPC), a existência de eventuais causas excludentes de responsabilidade, consoante disposto no edital. Procedimento administrativo que garantiu o direito de ampla defesa e contraditório (art. 5º, LIV e LV, da CF). Presunção de veracidade, legalidade e legitimidade do ato administrativo não elididos pela parte autora. Poder Judiciário que não pode rever o mérito da decisão administrativa. Multa fixada com expressa previsão no edital e no contrato, e que era de prévia ciência da Concessionária. R. sentença de improcedência mantida. Verba honorária. Majoração em grau recursal. Art. 85, § 11, do CPC/2015. Observação nesse sentido. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO⁸.

APELAÇÃO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. AÇÃO ANULATÓRIA DE MULTA ADMINISTRATIVA COM TUTELA DE URGÊNCIA, CUMULADA COM PEDIDO DECLARATÓRIO. Concessionária Ecovias dos Imigrantes S.A. multada pela Artesp no valor de R\$ 231.408,80 (duzentos e trinta e um mil e quatrocentos e oito reais e oitenta centavos) por deixar de executar as obras de implantação de um sistema de proteção de obstáculos dentro da zona livre de segurança da rodovia, especificamente postes de iluminação e pontos de ônibus instalados. Sentença de improcedência. Inconformismo da autora. Ao firmar o contrato de concessão, a concessionária comprometeu-se a observar as normas de segurança, e também concordou com os termos da proposta do edital, de modo que colocação de um sistema de proteção de obstáculos nos postes de iluminação e pontos de ônibus instalados ao longo da rodovia, conforme as normas estabelecidas pela ABNT, não se configura exceção aos encargos assumidos pela concessionária. Inteligência das disposições do Edital de licitação nº 15/CIC/97. Recomposição do equilíbrio econômico-financeiro descabida. Não comprovação pela apelante que a imposição da multa tenha se dado ilegalmente, constatando-se, ao contrário, que o processo administrativo observou os princípios da ampla defesa e do contraditório, não havendo qualquer irregularidade que o macule. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO⁹.

MULTA ADMINISTRATIVA. ARTESP. Pretensão visando à decretação de nulidade da sanção aplicada pela Artesp. Concessionária autuada por não reparos de buracos ou painéis na pista de rolamento, no prazo de 24 horas. Cada panela e cada buraco representa, individualmente, risco de acidente e de danos pessoais e/ou para os ve-

8 TJSP; Apelação Cível 1041500-40.2018.8.26.0053; Relator (a): Flora Maria Nesi Tossi Silva; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 3ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 16/10/2019; Data de Registro: 17/10/2019.

9 TJSP; Apelação Cível 1053488-92.2017.8.26.0053; relator (a): Antonio Celso Faria; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 14ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 7/8/2019; Data de Registro: 7/8/2019.

ículos dos usuários, motivo de o contrato impor que sejam reparados em 24 horas. Não apareceram todos de uma vez, de modo que o descumprimento da obrigação contratual se verificou em relação a cada um deles, devendo cada qual ser considerado como uma infração para efeito da multa. Aplicação da multa no valor correto. Sentença mantida. Recurso conhecido e não provido¹⁰.

AÇÃO ANULATÓRIA. Multa contratual aplicada pela Artesp à Centrovias. TAM nº 01/2006. Manter sistema de arrecadação com operacionalidade inferior a 100%. Tipificação. Previsão contratual. Multa. Valor. – 1. Infração. Previsão contratual. É preciso interpretar o contrato de acordo com o objeto que por ele é regulado. O conceito de “operacionalidade” deve ser compreendido a partir dos serviços a serem prestados e entregues; a manutenção das praças de pedágio é dever assumido pela autora contratualmente e, por óbvio, eventuais avarias impactam na operação do sistema como um todo. Não se trata tão somente de arrecadação, mas sim de manter o sistema funcionando de maneira adequada. Nesse sentido, a tipificação da infração está correta. – 2. Multa. Valor. A infração praticada está prevista na Tipificação C. (Manutenção), Item 3, Grupo II, Nível D, da Tabela de Classificação de Infrações e Valores de Multa, Anexo I do Termo Aditivo Modificativo Coletivo - TAM nº 2006/01; a multa foi aplicada no valor de R\$-115.704,40 por praça de pedágio, totalizando R\$-694.226,40. Nos termos do Anexo I do Termo Aditivo Modificativo Coletivo- TAM nº 2006/01, para a infração imputada a multa é de R\$-25.000,00, para julho de 1997; atualizado este valor para a data da aplicação da multa, tem-se o valor de R\$-115.704,40 para julho de 2017; o valor foi multiplicado pelo número de praças de pedágios que estavam em desconformidade com o TAM nº 2006/01, chegando-se ao montante de R\$-694.226,40. Seria desproporcional que a multa aplicada fosse a mesma para o caso de uma ou seis praças de pedágios irregulares; a metodologia aplicada no cálculo da multa está em harmonia com o contrato e com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade; fica mantida, portanto. – Improcedência. Recurso desprovido¹¹.

APELAÇÃO – AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO – CONTRATO ADMINISTRATIVO – MULTA – INADIMPLENTO – Pretensão inicial voltada à declaração de nulidade do ato administrativo que cobrança de multa, decorrente de descumprimento de contrato administrativo firmado ou, subsidiariamente, redução da multa imposta – descabimento – rescisão unilateral do contrato por parte da Agência Reguladora Estadual motivada pelo descumprimento de cláusula contratual por parte da empresa contratada, nos termos do art. 78, I, da Lei nº 8.666/93 – comprovação do inadimplemento da concessionária que não efetuou a conclusão da obra SP-063 Recapeamento –

10 TJSP; Apelação Cível 1017889-24.2019.8.26.0053; relator (a): Vera Angrisani; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 16ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 25/7/2019; Data de Registro: 25/7/2019.

11 TJSP; Apelação Cível 1053294-92.2017.8.26.0053; relator (a): Torres de Carvalho; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 3ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 22/7/2019; Data de Registro: 22/7/2019.

km 0+000 ao 10+210 no prazo acordado, ou seja, 31/3/2013 – inexistência de ocorrência de culpa de terceiros, caso fortuito ou força maior – possibilidade de cobrança de multa pelo descumprimento contratual da contratada, nos termos do art. 87, I, da Lei nº 8.666/93 c.c. tipificação 28 – ‘Implantação e execução’, item 32 – ‘Não concluir obra de recapeamento conforme Cronograma Físico Financeiro vigente’, do Anexo 11, do contrato de Concessão Rodoviária nº 0036/ARTESP/2009 – sentença de improcedência mantida. Recurso da autora desprovido¹².

APELAÇÃO – AÇÃO ANULATÓRIA – MULTA ADMINISTRATIVA LAVRADA PELA ARTESP – DESCUMPRIMENTO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO DE CONCESSÃO – Pretensão inicial da autora voltada à declaração de nulidade da multa administrativa lavrada em seu desfavor pela Artesp em decorrência de suposto descumprimento de obrigações constantes de contrato de concessão firmado – Impossibilidade – Descumprimento contratual evidenciado em procedimento administrativo regular e em atendimento às garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório – Sanção aplicada em conformidade com o contrato celebrado e de forma razoável, não havendo qualquer desproporcionalidade em seu valor – Precedentes deste c. Tribunal de Justiça – Sentença mantida. Recurso não provido¹³.

Já por isso a decisão interlocutória deve ser reformada.

2.2 A análise do perigo da demora: o fator tempo contra quem?

Diz a decisão interlocutória que *“por outro lado, anoto que a medida não causará maior efeito constritivo em detrimento da requerida, a qual, ao final, no caso de eventual improcedência, poderá retomar normalmente a cobrança. Ante o exposto, defiro a liminar, suspendendo a exigibilidade da multa (...)”*.

Nota-se que a investigação sobre o perigo da demora, exposto no excerto transcrito, voltou-se para a condição jurídica da Artesp, segundo uma lógica meramente consequencialista: no caso de improcedência da ação, bastaria cobrar o valor da multa aplicada.

Desta maneira, acabou por afastar-se da lógica processual civil. Com efeito, quando prescreve o art. 300, do CPC, que a tutela provisória será concedida quando

12 TJSP; Apelação Cível 1038313-24.2018.8.26.0053; relator (a): Paulo Barcellos Gatti; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 3ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 10/6/2019; Data de Registro: 17/6/2019.

13 TJSP; Apelação Cível 1039525-80.2018.8.26.0053; relator (a): Paulo Barcellos Gatti; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 1ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 27/5/2019; Data de Registro: 29/5/2019.

houver elementos que evidenciem “*o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo*”, toma como objeto de investigação a condição jurídica da parte que a requer. Isto é, o fator tempo e um eventual prejuízo serão analisados com foco na parte que requer a tutela provisória, e não a parte adversa.

A parte adversa terá sua condição jurídica analisada, nesse aspecto, segundo a codificação, somente quando houver perigo de irreversibilidade na decisão (art. 300, § 3º, do CPC). Trata-se do cognominado perigo de dano inverso.

Para além disso, a lógica consequencialista adotada termina por suscitar outra: a afirmação de que bastaria a Artesp, no caso de improcedência, cobrar o valor da multa aplicada, é fundamentação genérica que serve a todos os processos jurisdicionais da mesma natureza¹⁴ (e são muitos, inclusive dessa mesma concessionária), não importando qual suporte fático se tenha.

Daí – e aqui está o *punctum dolens* – para todo e qualquer inadimplemento contratual ensejador da incidência das cláusulas penais contratuais, teriam as concessionárias, independentemente do suporte fático, isto é, do caso concreto, um grande estímulo natural: ajuizar ações, independentemente do caráter meritório delas, obter a suspensão da exigibilidade da multa administrativa, e esperar, sem pressa, a solução jurisdicional.

A um só tempo (i) incentiva-se a judicialização em massa, meritória ou não, transformando o Poder Judiciário em mero instrumento econômico para não cumprir obrigações contratuais e (ii) retira a funcionalidade jurídica e econômica das cláusulas penais contratuais, que são, como se sabe, mecanismos indutores do fiel cumprimento do contrato público.

A conclusão, pois, é uma: a tutela provisória, tal qual deferida, acabou por inverter o ônus do tempo do processo de maneira indevida, inclusive, não se pode esquecer, contra quem tem a seu favor a *presunção de legitimidade e veracidade de seus atos*.

Imperiosa a reforma da decisão, conclui-se.

Nestes termos, a jurisprudência:

ACÃO ANULATÓRIA. Contrato de Concessão Rodoviária nº 002/CR/1998. Não conservação de defesa metálica danificada. Multa. Suspensão da exigibilidade. Seguro garantia. Tutela de Urgência. – 1. Multa. Suspensão da exigibilidade. A irresignação da autora foi analisada e rejeitada por duas instâncias administrativas, sem elementos capazes

de infirmar as conclusões da administração. Os elementos dos autos denotam a desídia da autora no cumprimento de obrigação afeta ao Contrato de Concessão Rodoviária, a mitigar a alegação de que a multa foi mal aplicada. Não se entrevê a probabilidade do direito exigida para a concessão da tutela provisória; o perigo de dano, por si só, é insuficiente para a concessão da medida liminar. Inteligência do art. 300, ‘caput’ do CPC. – 2. Seguro garantia. O seguro garantia previsto no contrato e apresentado pela autora decorre de exigência contratual e assegura o cumprimento das obrigações por ela assumidas, inclusive o pagamento de multa eventualmente aplicada pela Artesp. Não se admite a utilização desse seguro para, suspendendo-se a exigibilidade da multa, impedir a execução do próprio seguro. A autora poderá obstar a execução da garantia depositando o valor integral exigido pela agência reguladora, medida que não representa dupla garantia. – Tutela de Urgência indeferida. Agravo da autora desprovido¹⁴.

3. A NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DA ATUAL JURISPRUDÊNCIA DESTE TJSP EM RELAÇÃO AO DEPÓSITO DO MONTANTE INTEGRAL, SEGURO-GARANTIA JUDICIAL E FIANÇA BANCÁRIA

3.1 O atual cenário: incentivo à judicialização; Poder Judiciário transformado em instrumento econômico e instância lotérica

Não se desconhece a atual jurisprudência deste TJSP, que, para casos similares, embora entenda – corretamente, pela “*inaplicabilidade do artigo 151 do CTN e da Súmula 112 do STJ*”, em razão da natureza não tributária do crédito¹⁵, decide que: “*suspensão do crédito que se mostra possível com o oferecimento do seguro garantia*”¹⁶. Permite, também, que se obste “*a execução da garantia depositando o valor integral exigido pela agência reguladora, medida que não representa dupla garantia*”¹⁷.

14 TJSP; Agravo de Instrumento 2266945-87.2019.8.26.0000; relator (a): Torres de Carvalho; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 3ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 16/12/2019; Data de Registro: 17/12/2019.

15 Tributo não é sancionamento: CTN, art. 3º - Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

16 TJSP; Agravo de Instrumento 3002004-95.2019.8.26.0000; relator (a): Ponte Neto; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 12ª. Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 11/7/2019; Data de Registro: 11/7/2019.

17 TJSP; Agravo de Instrumento 2266945-87.2019.8.26.0000; relator (a): Torres de Carvalho; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 3ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 16/12/2019; Data de Registro: 17/12/2019.

Coletados empiricamente, os precedentes demonstram uma razão de decidir comum: aplica-se, por analogia e como medida de favor debitoris, as disposições legislativas do art. 9 da Lei nº 6.830/80 (Lei de Execuções Fiscais).

Neste ponto, não é preciso citar qualquer lição de autoridade para afirmar que são nas rodadas de diálogo processual que se constrói, passo a passo, as melhores soluções jurisprudenciais para assuntos afins, seja para o fim de manter um entendimento ou mesmo para o aprimorar, sempre em atenção à contínua construção de uma jurisprudência “*estável, íntegra e coerente*” (art. 927 do CPC).

Dialogando com os precedentes, diz-se, de início, que em termos jurídico-normativos não surge como mais adequada a aplicação, via recurso analógico, das disposições prescritas no art. 9 da Lei nº 6.830/80 (Lei de Execuções Fiscais), porque essa tem como substrato fático uma pessoa jurídica de direito público na condição de autor, isto é, exequente, estando o executado, normalmente um particular, sujeito aos atos constritivos respectivos, situação em que, não se nega (ao menos em tese), há uma condição de maior vulnerabilidade jurídica.

A lógica das ações, portanto, é inversa. Enquanto na execução fiscal o Poder Público age como exequente, buscando todos os meios de sub-rogação jurisdicional para satisfação de seu crédito, nas ações de conhecimento - formadoras dos precedentes - são as concessionárias de serviço público rodoviário que figuram como autoras e buscam a anulação das sanções decorrentes de um inadimplemento contratual.

Logo, se para quem tem contra si um (i) processo de execução (ii) já ajuizado, e, portanto, está na (iii) iminência de sofrer atos de sub-rogação patrimonial, faz sentido maior proteção legal, que se traduz no direito subjetivo de obstar esses mesmos atos constritivos e defender-se, só pela garantia do crédito exigido, não faz sentido aplicar este mesmo direito subjetivo a quem (i) pretende ou irá ajuizar (ii) uma ação de conhecimento (iii) para buscar, mediante encargo probatório inteiro seu¹⁸, a anulação de uma sanção contratual.

A distinção entre as situações se aprofunda quando se tem, como em todos os litígios a envolver Artesp e concessionárias - uma relação jurídica de longo prazo, algumas para mais de 30 (trinta) anos, caracterizada pela complexidade das obrigações, que se estendem ao longo do cronograma físico-financeiro contratual.

18 CPC, art. 374. Não dependem de prova os fatos: (...) IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Aqui uma questão de percepção da litigiosidade extremamente importante: entender como direito subjetivo a suspensão da exigibilidade das sanções pecuniárias pela mera garantia jurisdicional, por meio de depósito, seguro garantia ou fiança bancária, é criar um inegável estímulo econômico à litigância excessiva e não meritória.

Explica-se: se bastar à concessionária que, a cada sanção contratual recebida, ajuíze uma ação – veja-se, independentemente de seu conteúdo e de sua seriedade – e deposite o valor em juízo para livrar-se de sua exigibilidade, não há mais porquê pagá-la (como é o caminho natural das obrigações). Pelo contrário, a realidade econômica estimará o litígio como melhor caminho, transformando o Poder Judiciário em instância lotérica, porque valerá a pena arriscar o ganho de ao menos uma, entre várias ações.

Isso se comprova não só pela verificação empírica da multiplicação de processos sobre o tema, mas também por estudos científicos que tomam como premissa a *law and economics*¹⁹, apontando a doutrina especializada que a *teoria econômica da litigância* aponta para a (i) a avaliação dos motivos econômicos que podem fazer surgir casos de litigância, (ii) a ponderação das vantagens e desvantagens econômicas no recurso à litigância judicial ou a certas formas alternativas de resolução de litígios; e (iii) quais as possíveis vias para a tentativa de resolução da tensão no binômio justiça garantística/justiça célere²⁰.

3.2 Proposta de correção: A seriedade no acesso à jurisdição

Postas essas breves e necessárias considerações, surge mais correto, já pelo aspecto jurídico-normativo, empregar o recurso analógico para fazer incidir as disposições do art. 919 do CPC, que disciplina os embargos à execução:

Art. 919. Os embargos à execução não terão efeito suspensivo.

§ 1º - O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando verificados os requisitos para a concessão da tutela provisória e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes.

§ 2º - Cessando as circunstâncias que a motivaram, a decisão relativa aos efeitos dos embargos poderá, a requerimento da parte, ser modificada ou revogada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

19 Os teóricos da Análise Econômica do Direito, por meio de métodos próprios das ciências econômicas, examinam “a formação, estrutura, processos e impacto econômico do direito e das instituições jurídicas” (MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. Economics and the law: from Posnerto post-modernism. Princeton: Princeton University Press, 1997, p. 3).

20 PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. Análise económica da litigância. Coimbra: Almedina, 2005, p. 9-11.

§ 3º - Quando o efeito suspensivo atribuído aos embargos disser respeito apenas a parte do objeto da execução, esta prosseguirá quanto à parte restante.

§ 4º - A concessão de efeito suspensivo aos embargos oferecidos por um dos executados não suspenderá a execução contra os que não embargaram quando o respectivo fundamento disser respeito exclusivamente ao embargante.

§ 5º - A concessão de efeito suspensivo não impedirá a efetivação dos atos de substituição, de reforço ou de redução da penhora e de avaliação dos bens.

E isso porque os embargos à execução (i) são uma ação de conhecimento (ii) ajuizada por quem pretende desconstituir um título executivo, e, portanto, (iii) tem o respectivo encargo probatório.

Veja-se que, conforme já dito, sob a razão que inspira a analogia, o regime jurídico dos embargos à execução é mais próximo do suporte fático ora tratado.

E, não bastasse, carrega a absoluta pertinência de introduzir elementos que vão, necessariamente, qualificar o acesso à justiça para as ações em questão, (i) não negando ou dificultando a tutela jurisdicional para questões realmente meritórias, (ii) e servindo de desestímulo econômico para as ações puramente lotéricas, sem nenhum respaldo jurídico.

Logo, o que se propõe é a superação do atual quadro jurisprudencial, a exigir, para as ações que tratam deste mesmo suporte fático (uma relação jurídica contratual, entre Artesp e concessionária, a gerar um conflito relativo a sanção pecuniária), que a obtenção da suspensão da exigibilidade do crédito esteja condicionado (i) à verificação dos requisitos para a concessão da tutela provisória e (ii) à garantia do juízo, através de depósito, seguro-garantia judicial específico ou fiança bancária.

4. CONCLUSÃO

Diante do exposto, a Artesp requer seja positivo o juízo de admissibilidade do recurso, porque preenchidos os respectivos requisitos, e que, no mérito, lhe seja dado provimento, para:

- a) seja concedida, monocraticamente, a antecipação da tutela recursal, para ser condicionada a obtenção da suspensão da exigibilidade do crédito (i) à verificação dos requisitos para a concessão da tutela provisória e (ii) à garantia do juízo, por meio de depósito, seguro-garantia judicial específico ou fiança bancária.

b) seja reformada a decisão interlocutória, para ser condicionada a obtenção da suspensão da exigibilidade do crédito (i) à verificação dos requisitos para a concessão da tutela provisória e (ii) à garantia do juízo, por meio de depósito, seguro-garantia judicial específico ou fiança bancária.

c) subsidiariamente, seja reformada a decisão interlocutória e a tutela provisória concedida, restabelecendo a exigibilidade da sanção pecuniária.

Nestes termos, pede deferimento.

São Paulo, 3 de fevereiro de 2020.

ROMULO SILVA DUARTE

Procurador do Estado

OAB/SP Nº 423.402

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 3000491-58.2020.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DE TRANSPORTE DO ESTADO DE SÃO PAULO - ARTESP, é agravada CONCESSIONÁRIA RODOVIAS DO TIETÊ S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos desembargadores RICARDO DIP (presidente sem voto), JARBAS GOMES E OSCILD DE LIMA JÚNIOR.

São Paulo, 24 de abril de 2020.

MARCELO L. THEODOSIO

Relator

11ª Câmara de Direito Público

Agravo de Instrumento nº 3000491-58.2020.8.26.0000

Agravante: Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo - Artesp

Agravado: Concessionária Rodovias do Tietê S.A. Comarca: São Paulo

Voto nº 16.760

RELATOR: MARCELO L. THEODÓSIO

AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação anulatória - **Decisão de 1º grau:** “*Vistos. 1. Em princípio e em sede de cognição sumária, acolho as ponderações da autora, notadamente por conta da alegação de não disponibilização ou acesso oportuno à integralidade do processo administrativo ora questionado. Por outro lado, anoto que a medida não causará maior efeito construtivo em detrimento da requerida, a qual, ao final, no caso de eventual improcedência, poderá retomar normalmente a cobrança. Ante o exposto, defiro a liminar, suspendendo a exigibilidade da multa. 2. Cite-se, com as advertências legais, servindo a cópia da presente como mandado. Int. São Paulo, 10 de janeiro de 2020.*” - **Inconformismo da Artesp - Possibilidade** - Seguro oferecido em garantia do contrato administrativo (ou seja, o chamado “seguro-garantia contratual – contrato de concessão”) não serve para o fim de suspender, em sede de ação anulatória/declaratória, a exigibilidade da aludida penalidade pecuniária, a ponto de impedir a Administração de promover a cobrança ou a execução do crédito que considera devido.

A empresa agravada poderá obter a suspensão da exigibilidade da multa e obstar a execução da garantia; basta oferecer o seguro-garantia ou a fiança bancária relativo a esta exação, ou depositar o valor integral exigido pela agência reguladora, medida que não representaria dupla garantia nem *bis in idem*.

Precedentes deste egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo e do e. STJ Decisão de 1º grau, reformada. Recurso de Agravo de Instrumento, provido.

Trata-se de ação anulatória movida por **RODOVIAS TIETÊ S.A.** em face da **AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DE TRANSPORTE DO ESTADO DE SÃO PAULO ARTESP**, autarquia estadual de regime especial.

Interpôs a Artesp o presente Agravo de Instrumento às fls. 1/14, contra a r. decisão do juízo *a quo* copiada às fls. 379 (processo principal), conforme a seguir: “*Vistos. 1. Em princípio e em sede de cognição sumária, acolho as ponderações da autora, notadamente por conta da alegação de não disponibilização ou acesso oportuno à integralidade do processo administrativo ora questionado. Por outro*

lado, anoto que a medida não causará maior efeito construtivo em detrimento da requerida, a qual, ao final, no caso de eventual improcedência, poderá retomar normalmente a cobrança. **Ante o exposto, defiro a liminar, suspendendo a exigibilidade da multa.** 2. Cite-se, com as advertências legais, servindo a cópia da presente como mandado. Int. São Paulo, 10 de janeiro de 2020. Antonio Augusto Galvão de França Juiz de Direito”. **Grifos nossos.**

Requer, a empresa agravante (Artesp), em síntese: a) seja concedida, monocraticamente, a antecipação da tutela recursal, para ser condicionada a obtenção da suspensão da exigibilidade do crédito (i) à verificação dos requisitos para a concessão da tutela provisória e (ii) à garantia do juízo, através de depósito, seguro garantia judicial específico ou fiança bancária; b) seja reformada a r. decisão interlocutória, para ser condicionada a obtenção da suspensão da exigibilidade do crédito (i) à verificação dos requisitos para a concessão da tutela provisória e (ii) à garantia do juízo, através de depósito, seguro-garantia judicial específico ou fiança bancária; e c) subsidiariamente, seja reformada a r. decisão interlocutória e a tutela provisória concedida, restabelecendo a exigibilidade da sanção pecuniária.

Por despacho esta Relatoria, processou-se sem efeito suspensivo o Recurso de Agravo de Instrumento (fls. 18).

Contraminuta (fls. 24/41).

É O RELATÓRIO.

O presente Agravo de Instrumento comporta provimento.

Em que pesem as alegações da autora/agravada a respeito da natureza administrativa da multa que lhe foi aplicada e da possibilidade de oferta do seguro-garantia como caução idônea, o que se verifica dos autos, na realidade, é que o seguro oferecido em garantia do contrato administrativo (ou seja, o chamado “seguro-garantia contratual”) não serve para o fim de suspender, em sede de ação anulatória/declaratória, a exigibilidade da aludida penalidade pecuniária, a ponto de impedir a Administração de promover a cobrança ou a execução do crédito que considera devido.

No mais, ressalta-se, por oportuno, que a cláusula 29 da avença dispõe sobre as garantias do contrato; e os itens 29.1 e 29.2 preveem que (fls. 109/141 - ação principal):

“29.1. O cumprimento cabal e tempestivo das obrigações assumidas pela CONCESSIONÁRIA junto à CONTRATANTE será garantido, nos termos, montantes e condições do Anexo XIV - Garantias, cumulativamente, através de:

- a. garantia de cumprimento das funções operacionais e de conservação;
- b. garantia de cumprimento das funções de ampliação;
- c. garantia de pagamento do valor fixo a que se refere o inciso II do item 43.1.

29.2. A garantia a que se refere a alínea 'a' do item 29.1 ficará retida até a assinatura do Termo de Devolução Definitivo do Sistema Rodoviária e servirá para cobrir:

(...);

- b. o pagamento de multas que forem aplicadas à concessionária com relação às funções operacionais e às funções de conservação;

(...);”.

A cláusula 30, por sua vez, dispõe sobre os seguros e prevê no item 30.1 que a concessionária deverá manter em vigor cobertura de seguro constante no Anexo XV - Apólices de Seguro, necessária para a garantia efetiva e compreensiva cobertura de riscos inerentes ao desenvolvimento de todas as atividades abrangidas pela concessão.

O seguro-garantia decorre de exigência contratual e tem por objetivo garantir a própria execução do contrato; não se confunde com a garantia usualmente manejada pelos executados para suspender a exigibilidade de créditos exequendos, pois distintas as finalidades. Aqui, visa assegurar a quitação administrativa das obrigações assumidas e não adimplidas pela autora, ora agravada, inclusive das multas eventualmente aplicadas; e, caso não esteja suspensa a exigibilidade da multa (por decisão judicial ou outro meio idôneo), nada impede que a Artesp acione o seguro.

Dessa feita, não se admite a utilização do seguro contratual para suspender a exigibilidade da multa e, com base nele, impedir sua própria execução.

Assim, a empresa autora/agravada poderá obter a suspensão da exigibilidade da multa e obstar a execução da garantia; basta oferecer o seguro-garantia ou a fiança bancária relativo a esta exação, que a jurisprudência vem admitindo, ou depositar o valor integral exigido pela agência reguladora, medida que não representaria dupla garantia nem *bis in idem*.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes desta egrégia Corte, em casos similares ao presente:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE CONCESSÃO RODOVIÁRIA. Imposição de multa à concessionária por descumprimento de cronograma de entrega de obras de recuperação OAE PSI Viaduto de Retorno - Km 585 + 200, pista oeste 2ª fase, no prazo previsto na ET 00.000.000-0C21/002, qual seja, 30/9/2012. Pleito voltado à suspensão da multa e da execução da garantia contratual mediante a apresentação de endosso seguro garantia com vistas a impedir a

execução do próprio seguro. Tutela de urgência não concedida. Decisão agravada mantida. Recurso não provido” (Agravado de instrumento nº 2167777-15.2019.8.26.0000, Rel. Des. **PAULO GALIZIA**);

“TUTELA DE URGÊNCIA – Suspensão de exigibilidade de multa contratual aplicada em contrato de concessão. Oferecimento de seguro-garantia já oferecido como garantia ao contrato de concessão – Caução inidônea – Precedentes – *Recurso não provido.*” (TJSP; Agravado de Instrumento 2253887-17.2019.8.26.0000; relator: **LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ**; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 13ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 12/2/2020; Data de Registro: 12/2/2020);

“AGRAVO DE INSTRUMENTO E AGRAVO INTERNO. Ação Anulatória Artesp. Multa Caução por meio de seguro- garantia já ofertado como garantia ao contrato de concessão Inadmissibilidade Caução inidônea Precedentes Decisão mantida Agravado de Instrumento desprovido Prejudicado o agravo interno” (Agravado de Instrumento 2180767-38.2019.8.26.0000, rel. des. **RENATO DELBIANCO**);

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. Tutela antecipada. Suspensão da exigibilidade de multa contratual pela apresentação de seguro-garantia. Inadmissibilidade. O seguro-garantia já oferecido como garantia ao contrato de concessão não é caução idônea para suspensão da exigibilidade de multa administrativa. Decorre de exigência contratual e visa à proteção do Poder Concedente quanto à garantia do cumprimento das obrigações pela contratada, inclusive, para o pagamento de multa, mas não se presta à suspensão da exigibilidade de multa contratual como pretende a agravada. Decisão mantida. Recurso conhecido e não provido” (Agravado de Instrumento nº 2175689-63.2019.8.26.0000, Rel. Des. **VERA ANGRISANI**);

“AÇÃO ANULATÓRIA. Contrato de Concessão Rodoviária nº 002/ARTESP/2009. Obras na SP-327 (melhoria de interseções no km 4+000) não concluídas no prazo estabelecido no cronograma vigente. Multa. Suspensão da exigibilidade. Seguro garantia. Tutela de urgência. 1. Multa. Suspensão da exigibilidade. A irrisignação da autora foi analisada e rejeitada por duas instâncias administrativas, além de ter sido minuciosamente abordada pela decisão agravada, sem contradita capaz de infirmar as conclusões do juízo. Os elementos dos autos denotam desídia da autora no cumprimento de diversas obrigações afetas ao Contrato de Concessão Rodoviária, a mitigar a alegação de que a multa foi mal aplicada. Não se entrevê a probabilidade do direito exigida para a concessão da tutela provisória; o perigo de dano, por si só, é insuficiente para a concessão da medida liminar. Inteligência do art. 300, caput do CPC. 2. *Seguro garantia. O seguro-garantia previsto no contrato e apresentado pela autora decorre de exigência contratual e assegura o cumprimento das obrigações por ela assumidas, inclusive o pagamento de multa eventualmente aplicada pela Artesp. Não se admite a utilização desse seguro para, suspendendo-se a exigibilidade da multa, impedir a execução do próprio seguro. A autora poderá obstar a execução da garantia depositando o valor integral exigido pela agência reguladora, medida que não representa dupla garantia. Tutela de urgência indeferida. Agravado*

*da autora desprovido” (Agravado de instrumento nº 2118464-85.2019.8.26.0000, rel. res. **TORRES DE CARVALHO**). Grifos nossos.*

*“AGRAVO DE INSTRUMENTO Demanda anulatória de multa aplicada em contrato de concessão de rodovia Oferecimento de seguro-garantia já oferecido como garantia ao contrato de concessão Pretensão de suspensão de exigibilidade da multa Indeferimento Não configuração dos requisitos necessários para concessão da medida. RECURSO NÃO PROVIDO. O seguro-garantia já oferecido como garantia ao contrato de concessão não é caução idônea para suspensão da exigibilidade de multa administrativa, cuja nulidade se pretende em demanda judicial (Agravado de instrumento nº 2181831-83.2019.8.26.0000, rel. des. **VICENTE DE ABREU AMADEI**).*

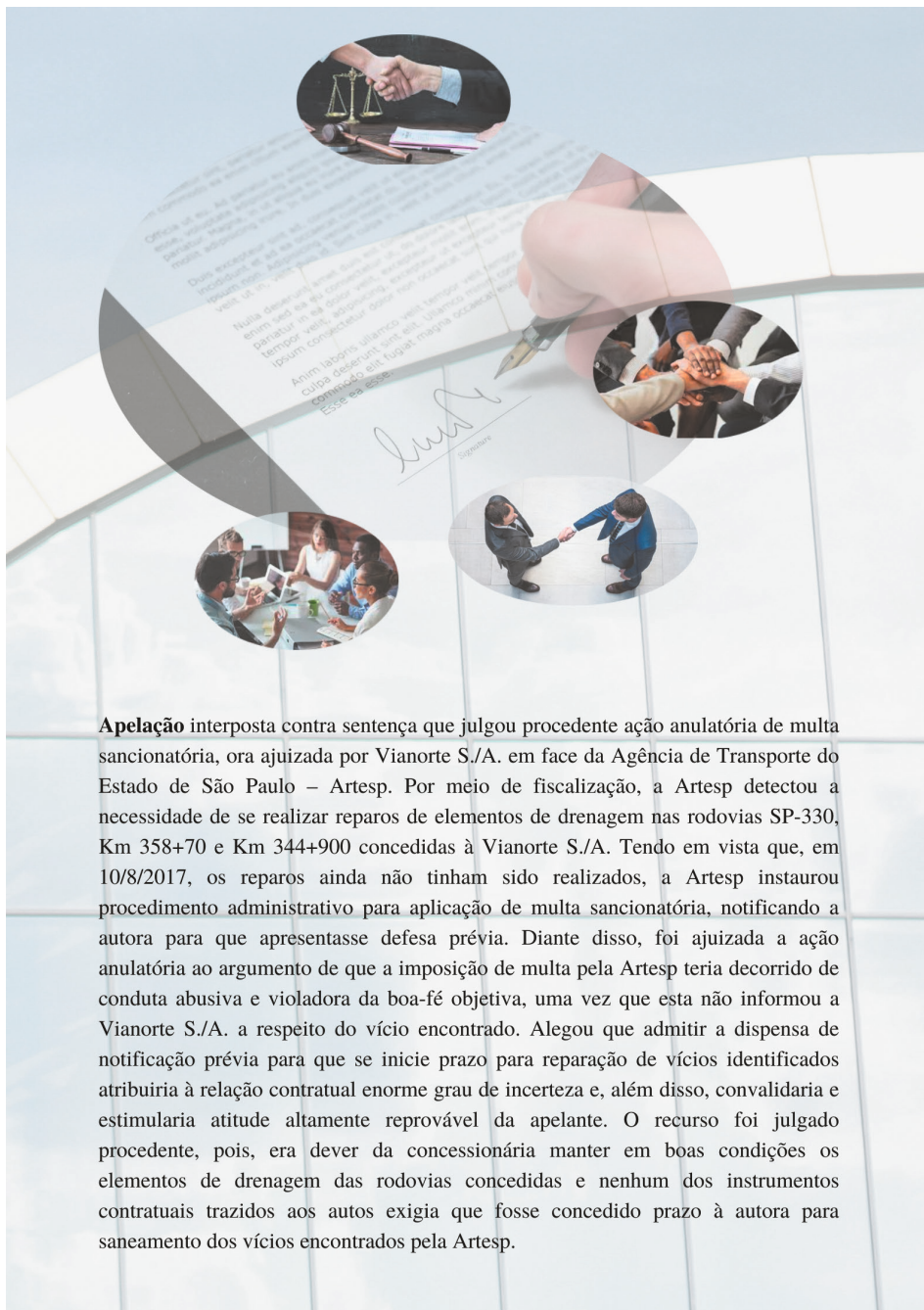
Na mesma linha de orientação, aliás, o decidido no âmbito do egrégio Superior Tribunal de Justiça, no REsp nº 1.689.279/SP, de relatoria da Min. **REGINA HELENA COSTA** (DJe de 4/9/2017). Ademais, a mera possibilidade de execução da multa não implica situação de dano irreparável ou de difícil reparação, da mesma forma que a mera propositura de ação anulatória não autoriza, por si só, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário (cf. REsp 289.420/PR, rel. min. José Delgado: RMS 97/MG, rel. min. Athos Carneiro).

A matéria de fundo do Agravo encerra-se nos limites processuais ora apreciados.

Ante o exposto, **dou provimento** ao Agravo de Instrumento, pelo reconhecimento da ausência de prestação de garantia idônea no juízo de 1º grau. A empresa autora/agravada poderá obter a suspensão da exigibilidade da multa e obstar a execução da garantia; basta oferecer o seguro-garantia ou a fiança bancária relativo a esta exação, ou depositar o valor integral exigido pela agência reguladora, medida que não representaria dupla garantia nem *bis in idem*.

MARCELO L. THEODOSIO

Relator



Apelação interposta contra sentença que julgou procedente ação anulatória de multa sancionatória, ora ajuizada por Vianorte S./A. em face da Agência de Transporte do Estado de São Paulo – Artesp. Por meio de fiscalização, a Artesp detectou a necessidade de se realizar reparos de elementos de drenagem nas rodovias SP-330, Km 358+70 e Km 344+900 concedidas à Vianorte S./A. Tendo em vista que, em 10/8/2017, os reparos ainda não tinham sido realizados, a Artesp instaurou procedimento administrativo para aplicação de multa sancionatória, notificando a autora para que apresentasse defesa prévia. Diante disso, foi ajuizada a ação anulatória ao argumento de que a imposição de multa pela Artesp teria decorrido de conduta abusiva e violadora da boa-fé objetiva, uma vez que esta não informou a Vianorte S./A. a respeito do vício encontrado. Alegou que admitir a dispensa de notificação prévia para que se inicie prazo para reparação de vícios identificados atribuiria à relação contratual enorme grau de incerteza e, além disso, convalidaria e estimularia atitude altamente reprovável da apelante. O recurso foi julgado procedente, pois, era dever da concessionária manter em boas condições os elementos de drenagem das rodovias concedidas e nenhum dos instrumentos contratuais trazidos aos autos exigia que fosse concedido prazo à autora para saneamento dos vícios encontrados pela Artesp.

EXMO(A). SR(A). DR(A). JUIZ(A) DE DIREITO DA 10ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA DA
COMARCA DA CAPITAL - FAZENDA PÚBLICA

Autos nº 1045810-89.2018.8.26.0053

PROCEDIMENTO COMUM

A AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DE TRANSPORTE DO ESTADO DE SÃO PAULO - ARTESP, por seu procurador subscritor, vem respeitosamente perante V. Exa., nos autos em epígrafe, interpor, em face da sentença proferida, adequada e tempestivamente, com suporte no art. 1.009 do Código de Processo Civil (CPC), RECURSO DE APELAÇÃO, pelas razões, de fato e de direito, que a seguir se passa a expor.

Nestes termos, pede deferimento.

São Paulo, 13 de março de 2020.

ROMULO SILVA DUARTE

Procurador do Estado
OAB/SP Nº 423.402

RAZÕES DO RECURSO DE APELAÇÃO

EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO,
EMINENTES DESEMBARGADORES,

1. BREVE RELATO DA CONTROVÉRSIA RECURSAL

Na origem, a sentença julgou procedente o pedido para “o fim de confirmar os efeitos da tutela antecipada, tornando-os definitivos, e declarar a nulidade da multa imposta nos autos do Processo Administrativo NOT. DIN 0714/2017” (fls. 749).

Versa, a multa em questão, sobre inadimplemento parcial de contrato público de concessão rodoviária, firmado entre o Estado de São Paulo – por meio da Artesp – e a Concessionária Vianorte S.A. ora Recorrida, consistente em não reparar os elementos de drenagem da Pista Sul da SP 300.

Notificada por intermédio da NOT. DIN. 0714/17, a Concessionária defendeu-se no Processo Administrativo nº 024.972/2017 e sofreu a imposição da sanção pecuniária, no valor de R\$ 72.381,50 (setenta e dois mil, trezentos e oitenta e um reais e cinquenta centavos), mediante o TAP. DIN. 0073/18.

E, respeitosamente, a sentença deve ser reformada.

2. RAZÕES PARA A REFORMA DA SENTENÇA

2.1 Sobre a natureza das obrigações contratuais; inadimplemento e cláusula penal

Considerado todo o contexto da relação jurídica de direito material que dá suporte a este processo, tem-se a execução indireta de serviços públicos pelo Estado de São Paulo, mediante concessão à iniciativa privada, que os assume e explora “por sua conta e risco”¹.

Da escolha política, econômica e jurídica de que decorre o processo de delegação à iniciativa privada da execução de determinado serviço público, resulta a

1 Lei nº 8.987/95: art. 2º - Para os fins do disposto nesta lei, considera-se: II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

recolocação da posição estatal no específico domínio econômico, pela (i) assunção da posição de regulador e fiscalizador da atividade; (ii) pela transferência, a terceiro interessado e habilitado, dos deveres inerentes à prestação do serviço, especialmente a prestação de serviço adequado, assim entendido “o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”²; e (iii) pela transferência, também a esse terceiro, de todos os riscos inerentes à prestação do serviço, sejam eles econômicos, técnicos ou jurídicos.

Apesar disso, afirmou a sentença que:

Ainda que a autora tenha o dever de realizar mapeamento e correção de problemas na pista de rolamento de forma periódica, no regulamento da concessão (fls. 440 e seguintes) foi estipulado que entre os serviços delegados estão os serviços de funções operacionais, compreendendo inspeção da pista, da faixa de domínio e de áreas remanescentes (fls. 445, item f).

Contudo, não foi estipulado um prazo diário, semanal ou mensal para que ocorra tal inspeção, motivo pelo qual, mostra-se abusivo impor multa sem a chance de a autora ter conhecimento prévio do problema no sistema de drenagem da pista.

A Artesp, por ter constatado que o problema no sistema de drenagem ainda persistia após alguns dias, impôs multa à autora sem dar oportunidade para o reparo do problema e sem chance de defesa, em flagrante violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, que também deve ser assegurado nos procedimentos administrativos (art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal).

Notória, portanto, a nulidade da multa imposta, não havendo no contrato firmado ou no regulamento da concessão previsão de presunção de que a autora tem conhecimento dos problemas no sistema de drenagem (fls. 748/749).

Ora, conforme descrito acima, à concessionária, ora recorrida, cabe, contratualmente, todos os deveres inerentes à prestação do serviço, especialmente a prestação de serviço adequado, assim entendido o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

Conforme prescrito no Edital de licitação DER nº 009/CIC/97, é obrigação e dever da concessionária manter serviços de Conservação e Manutenção de ROTINA,

2 Lei nº 8.987/95: art. 6º - Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. § 1º - Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

que são “o conjunto de serviços que são executados, em uma rodovia em tráfego, de acordo com padrões ou níveis preestabelecidos, visando manter os elementos construtivos da rodovia tão próximos quanto possível, técnica e economicamente, das condições originais em que foram construídos ou reconstruídos, objetivando preservar os investimentos, garantindo a segurança do tráfego, o conforto do usuário, além de manter o fluxo racional e econômico dos veículos” (fls. 290 dos autos).

Aí se inserem os serviços de Reparo nos Elementos de Drenagem, que, conforme descrição e padrão estabelecidos (fls. 295/296 dos autos) deve ser providenciado de imediato, com, NO MÍNIMO, duas inspeções específicas anuais.

Apesar disso, a fiscalização de rotina, a cargo da agência reguladora, constatou a necessidade de reparos em 2/8/2017, e, quando do retorno, em 10/8/2017, os serviços não haviam sido realizados:

REGISTRO DE NÃO CONFORMIDADES - CONSERVAÇÃO DE ROTINA													Folha:
Concessionária: VIANORTE							Lote: 5						
Ocorrência: Reparo de elementos de drenagem							Período: Agosto 2017						
ÍTEM	RODOVIA	INÍCIO	TÉRMINO	Pista	Local	Un.	Qtde.	DATAS		RETORNO		Data Reparo c/ atraso	Foto
		(km + m)	(km + m)					Constat.	P/ reparo	Data	Executado		
2	SP-330	358+700	358+730	Sul	Acostamento	km	0,030	02/08/17	Imediato	10/08/17	Não		2
3	SP-330	344+900		Sul	Acostamento	Un.	1,0	02/08/17	Imediato	10/08/17	Não		3

Logo, ao contrário da premissa estabelecida na sentença, é sim obrigação e dever da concessionária conhecer e reparar, de imediato, todos os elementos de drenagem, afinal – e com a escusa do simplismo – esta é a razão de ser da própria concessão rodoviária.

Com efeito, fosse verdade a premissa adotada – de que a Artesp teria de (i) constatar as falhas no serviço e (ii) assinalar oportunidade e prazo para correção, para somente após surgir a possibilidade da imposição de sanção contratual, restaria invertida toda a estrutura econômica e jurídica do contrato público, impondo à agência reguladora o ônus de manter colossal estrutura administrativa e de pessoal para monitorar toda a malha rodoviária estadual, enquanto as concessionárias apenas atuariam quando científicas de qualquer falha.

E é por isso que, como pontuado na contestação, diversamente do que alega a concessionária, mediante o “TAM” Coletivo 01/2006 (com base no qual se emitiu a notificação), o item 3.1, “c”, do Anexo 11 do Edital foi revogado, pois foram mantidas apenas as cláusulas e condições dos que que não conflitassem com seu conteúdo,

conforme Cláusula 13. Por sua vez, a Cláusula 5 do “TAM” traz à Administração apenas uma faculdade de, excepcionalmente e em situações específicas e fundamentadas, conceder novo prazo para adimplemento da obrigação, que pode ser ou não exercida conforme juízo técnico (fls. 106).

Ademais, o inadimplemento no cumprimento de alguma obrigação carreada à concessionária instaura cenário de violação dos direitos dos usuários e faz surgir o dever-poder para o poder concedente, de caráter regulador e fiscalizatório e de característica indisponível e indeclinável, de disciplinar o adimplemento da obrigação de forma capaz de suplantar esse inadimplemento.

Nesse contexto, surge para o poder concedente o dever-poder, previsto legal e contratualmente, de executar as cominações sancionatórias cabíveis, cuja natureza jurídica é de cláusula penal³.

E, para além dos intrínsecos danos para a sociedade e o Estado, “incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora”⁴.

E, da jurisprudência deste Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), colhe-se acórdão de 2020, com as mesmas partes e o mesmo contrato, julgando idêntico suporte fático:

APELAÇÃO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE RITO ORDINÁRIO COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. Concessionária multada pela Artesp devido à não reparação de elementos de drenagem e/ou realização de inspeções anuais em todo o sistema de drenagem da rodovia SP-330, Km 342+500 e Km 369+600, ambos da Pista Norte (acostamento), concedida à autora através de concessão (Licitação Pública). Pretensão à anulação da multa. Sentença de improcedência. O Edital de licitação nº 009/CIC/97 prevê que devem ser programadas e executadas no mínimo duas inspeções anuais pela concessionária em todo o sistema de drenagem das rodovias (Anexo 6 item c – fl. 398) e que a reparação deve ser providenciada de imediato. Apesar de o Edital não especificar prazo no qual deve ser efetivado o reparo de elementos de drenagem, a concessionária efetuou o reparo somente 21 dias após a primeira vistoria da Artesp, sendo que as medidas de reparação dos ele-

3 Com efeito, os contratos administrativos também preveem “mais *duas espécies de multa: a moratória (...) ou a compensatória (...)*”, que se revestem da natureza de cláusula penal. (GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e Contratos Administrativos: casos e polêmicas*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 413).

4 Conforme prescrito pelo art. 408 do Código Civil (CC), aplicado subsidiariamente, nos termos do art. 54 da Lei federal nº 8.666/93.

mentos de drenagem não estão condicionadas à prévia notificação do poder concedente, cabendo à concessionária fazer sua própria vistoria, reparar o necessário e não simplesmente aguardar que a Artesp lhe notifique das inconformidades para que o faça. O cumprimento da obrigação contratual de reparação dos elementos de drenagem, posteriormente à sua constatação pela Artesp, não afasta o descumprimento contratual e as infrações. Não comprovação pela apelante que a imposição da multa tenha se dado ilegalmente, constatando-se, ao contrário, que o processo administrativo observou os princípios da ampla defesa e do contraditório, não havendo qualquer irregularidade que o macule. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO⁵.

2.2 Funcionalidade econômica e jurídica da cláusula penal e o juízo de proporcionalidade/razoabilidade

Como já discorrido, o inadimplemento no cumprimento de alguma obrigação carreada à concessionária de serviço público instaura cenário de violação dos direitos dos usuários, e faz surgir o dever-poder para o poder concedente, de caráter regulador e fiscalizatório e de característica indisponível e indeclinável, de disciplinar o adimplemento da obrigação de forma capaz de suplantar este inadimplemento.

Nesse contexto, surge para o poder concedente a possibilidade, prevista legal e contratualmente, de executar as cominações sancionatórias cabíveis, cuja natureza jurídica é de cláusula penal⁶.

Conforme as corretas, atuais e sufragadas lições de Rubens Limongi França, a cláusula penal tem como escopo “*garantir, alternativa ou cumulativamente, conforme o caso, em benefício do credor ou de outrem, o fiel e exato cumprimento da obrigação principal, bem assim, ordinariamente, constituir-se pré-avaliação das perdas e danos e punição do devedor inadimplente*”⁷.

Logo, executada a cláusula penal pela imposição de multa pecuniária face o inadimplemento parcial das obrigações contratuais, é de se observar tanto a função

5 TJSP; Apelação Cível nº 1063737-68.2018.8.26.0053; relator (a): Antonio Celso Faria; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 5ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 11/3/2020; Data de Registro: 11/3/2020.

6 Com efeito, os contratos administrativos também preveem “*mais duas espécies de multa: a moratória (...) ou a compensatória (...)*”, que se revestem da natureza de cláusula penal. (GARCIA, Flávio Amaral. *Licitacões e Contratos Administrativos: casos e polêmicas*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 413).

7 França, Rubens Limongi. *Raízes e Dogmática da Cláusula Penal: dissertação para concurso de professor titular de direito civil da Faculdade de Direito da USP*, 1987, p. 327.

dela própria (reparação dos danos públicos causados e punição do devedor inadimplente) quanto os naturais motivos do direito sancionador, que é dissuadir o inadimplemento contratual, servindo como *instrumento econômico indutor do fiel e regular cumprimento do contrato administrativo*.

2.3 Jurisprudência estável, íntegra e coerente deste TJSP: deferência técnica à agência reguladora

Nesses termos e plenamente verificado o inadimplemento contratual, dando suporte fático à infração e à respectiva sanção pecuniária, *a jurisprudência do TJSP caminha pela deferência à técnica especializada da agência reguladora*:

AÇÃO ANULATÓRIA. MULTA ADMINISTRATIVA. DESCUMPRIMENTO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO. Processo administrativo levado a efeito pela Artesp, com imposição de multa à concessionária de serviço público em virtude da não conclusão da obra (item 02.05.03.04 da Concessão Rodoviária nº 002/ARTESP/2009 - Melhoria do Dispositivo do km 15+500, tipo 4, da Rodovia SP 327) dentro do prazo previsto no cronograma físico-financeiro. Inadimplemento contratual demonstrado nos autos. Concessionária que não se desincumbiu de comprovar, conforme lhe incumbia (art. 373, I, CPC), a existência de eventuais causas excludentes de responsabilidade, consoante disposto no edital. Procedimento administrativo que garantiu o direito de ampla defesa e contraditório (art. 5º, LIV e LV, da CF). Presunção de veracidade, legalidade e legitimidade do ato administrativo não elididos pela parte autora. Poder Judiciário que não pode rever o mérito da decisão administrativa. Multa fixada com expressa previsão no edital e no contrato, e que era de prévia ciência da concessionária. R. sentença de improcedência mantida. Verba honorária. Majoração em grau recursal. Art. 85, § 11, do CPC/2015. Observação nesse sentido. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO⁸.

APELAÇÃO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. AÇÃO ANULATÓRIA DE MULTA ADMINISTRATIVA COM TUTELA DE URGÊNCIA, CUMULADA COM PEDIDO DECLARATÓRIO. Concessionária Ecovias dos Imigrantes S.A. multada pela Artesp no valor de R\$ 231.408,80 (duzentos e trinta e um mil, quatrocentos e oito reais e oitenta centavos) por deixar de executar as obras de implantação de um sistema de proteção de obstáculos dentro da zona livre de segurança da rodovia, especificamente postes de iluminação e pontos de ônibus instalados. Sentença de improcedência. Inconformismo da autora. Ao firmar o contrato de concessão, a concessionária comprometeu-se a observar as normas de segurança, e também concordou com os termos da proposta

8 TJSP; Apelação Cível nº 1041500-40.2018.8.26.0053; relator (a): Flora Maria Nesi Tossi Silva; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 3ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 16/10/2019; Data de Registro: 17/10/2019.

do edital, de modo que colocação de um sistema de proteção de obstáculos nos postes de iluminação e pontos de ônibus instalados ao longo da rodovia, conforme as normas estabelecidas pela ABNT, não se configura exceção aos encargos assumidos pela concessionária. Inteligência das disposições do Edital de licitação nº 15/CIC/97. Recomposição do equilíbrio econômico-financeiro descabida. Não comprovação pela apelante que a imposição da multa tenha se dado ilegalmente, constatando-se, ao contrário, que o processo administrativo observou os princípios da ampla defesa e do contraditório, não havendo qualquer irregularidade que o macule. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO⁹.

MULTA ADMINISTRATIVA. ARTESP. Pretensão visando à decretação de nulidade da sanção aplicada pela Artesp. Concessionária autuada por não reparos de buracos ou painéis na pista de rolamento, no prazo de 24 horas. Cada panela e cada buraco representa individualmente, risco de acidente e de danos pessoais e/ou para os veículos dos usuários, motivo do contrato impor que sejam reparados em 24 horas. Não apareceram todos de uma vez, de modo que o descumprimento da obrigação contratual se verificou em relação a cada um deles, devendo cada qual ser considerado como uma infração para efeito da multa. Aplicação da multa no valor correto. Sentença mantida. Recurso conhecido e não provido¹⁰.

AÇÃO ANULATÓRIA. Multa contratual aplicada pela Artesp à Centrovias. TAM nº 01/2006. Manter sistema de arrecadação com operacionalidade inferior a 100%. Tipificação. Previsão contratual. Multa. Valor. – 1. Infração. Previsão contratual. É preciso interpretar o contrato de acordo com o objeto que por ele é regulado. O conceito de “operacionalidade” deve ser compreendido a partir dos serviços a serem prestados e entregues; a manutenção das praças de pedágio é dever assumido pela autora contratualmente e, por óbvio, eventuais avarias impactam na operação do sistema como um todo. Não se trata tão somente de arrecadação, mas sim de manter o sistema funcionando de maneira adequada. Nesse sentido, a tipificação da infração está correta. – 2. Multa. Valor. A infração praticada está prevista na Tipificação C. (Manutenção), Item 3, Grupo II, Nível D, da Tabela de Classificação de Infrações e Valores de Multa, Anexo I do Termo Aditivo Modificativo Coletivo- TAM nº 2006/01; a multa foi aplicada no valor de R\$-115.704,40 por praça de pedágio, totalizando R\$-694.226,40. Nos termos do Anexo I do Termo Aditivo Modificativo Coletivo- TAM nº 2006/01, para a infração imputada a multa é de R\$-25.000,00, para julho de 1997; atualizado esse valor para a data da aplicação da multa, tem-se o valor de R\$-115.704,40 para julho de 2017; o valor foi multiplicado pelo número

9 TJSP; Apelação Cível nº 1053488-92.2017.8.26.0053; relator (a): Antonio Celso Faria; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 14ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 7/8/2019; Data de Registro: 7/8/2019.

10 TJSP; Apelação Cível nº 1017889-24.2019.8.26.0053; relator (a): Vera Angrisani; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 16ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 25/7/2019; Data de Registro: 25/7/2019.

de praças de pedágios que estavam em desconformidade com o TAM nº 2006/01, chegando-se ao montante de R\$-694.226,40. Seria desproporcional que a multa aplicada fosse a mesma para o caso de uma ou seis praças de pedágios irregulares; a metodologia aplicada no cálculo da multa está em harmonia com o contrato e com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade; fica mantida, portanto. – Improcedência. Recurso desprovido¹¹.

APELAÇÃO – AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO – CONTRATO ADMINISTRATIVO – MULTA – INADIMPLENTO – Pretensão inicial voltada à declaração de nulidade do ato administrativo que cobrança de multa, decorrente de descumprimento de contrato administrativo firmado ou, subsidiariamente, redução da multa imposta – descabimento – rescisão unilateral do contrato por parte da Agência Reguladora Estadual motivada pelo descumprimento de cláusula contratual por parte da empresa contratada, nos termos do art. 78, I, da Lei nº 8.666/93 – comprovação do inadimplemento da concessionária que não efetuou a conclusão da obra SP-063 Recapeamento – km 0+000 ao 10+210 no prazo acordado, ou seja, 31/3/2013 – inexistência de ocorrência de culpa de terceiros, caso fortuito ou força maior – possibilidade de cobrança de multa pelo descumprimento contratual da contratada, nos termos do art. 87, I, da Lei nº 8.666/93 c.c. tipificação 28 – ‘Implantação e execução’, item 32 – ‘Não concluir obra de recapeamento conforme Cronograma Físico Financeiro vigente’, do Anexo 11, do Contrato de Concessão Rodoviária nº 0036/ARTESP/2009 – sentença de improcedência mantida. Recurso da autora desprovido¹².

APELAÇÃO – AÇÃO ANULATÓRIA – MULTA ADMINISTRATIVA LAVRADA PELA ARTESP – DESCUMPRIMENTO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO DE CONCESSÃO – Pretensão inicial da autora voltada à declaração de nulidade da multa administrativa lavrada em seu desfavor pela Artesp em decorrência de suposto descumprimento de obrigações constantes de contrato de concessão firmado – Impossibilidade – Descumprimento contratual evidenciado em procedimento administrativo regular e em atendimento às garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório – Sanção aplicada em conformidade com o contrato celebrado e de forma razoável, não havendo qualquer desproporcionalidade em seu valor – Precedentes deste c. Tribunal de Justiça – Sentença mantida. Recurso não provido¹³.

11 **TJSP**; Apelação Cível nº 1053294-92.2017.8.26.0053; relator (a): Torres de Carvalho; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 3ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 22/7/2019; Data de Registro: 22/7/2019.

12 **TJSP**; Apelação Cível nº 1038313-24.2018.8.26.0053; relator (a): Paulo Barcellos Gatti; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 3ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 10/6/2019; Data de Registro: 17/6/2019.

13 **TJSP**; Apelação Cível nº 1039525-80.2018.8.26.0053; relator (a): Paulo Barcellos Gatti; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 1ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 27/5/2019; Data de Registro: 29/5/2019.

3. CONCLUSÃO

Diante do exposto, a Artesp requer seja positivo o juízo de admissibilidade do recurso, porque preenchidos os respectivos requisitos, para, no mérito, lhe ser dado provimento, reformando a sentença e julgando totalmente improcedente a pretensão da Petição Inicial, com a condenação da parte recorrida ao pagamento das verbas decorrentes da sucumbência.

Nestes termos, pede deferimento.

São Paulo, 13 de março de 2020.

ROMULO SILVA DUARTE

Procurador do Estado

OAB/SP Nº 423.402

Registro: 2020.0000790754

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Cível nº 1045810-89.2018.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DE TRANSPORTE DO ESTADO DE SÃO PAULO - Artesp, é apelado VIANORTE S.A.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso. V. U. (Sustentaram oralmente os drs. Vitor Gomes Moreira - OAB: 430.738, e Laura Carolina Amorim - OAB/SP 320.174)”, de conformidade com o voto do relator, que integra este Acórdão.

O julgamento teve a participação dos exmos. desembargadores PAULO GALIZIA (presidente sem voto), ANTONIO CARLOS VILLEN E ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ.

São Paulo, 28 de setembro de 2020.

TERESA RAMOS MARQUES

Relatora

10ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO APELAÇÃO CÍVEL: 1045810-89.2018.8.26.0053

APELANTE: AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DE TRANSPORTES DO ESTADO DE SÃO PAULO - ARTESP

APELADO: VIANORTE S.A.

JUIZ PROLATOR: OTÁVIO TIOITI TOKUDA

COMARCA: SÃO PAULO

VOTO Nº 25.558

EMENTA

CONTRATO ADMINISTRATIVO - *Anulatória – Procedimento sancionatório – Funcionamento dos elementos de drenagem da rodovia – Não observância – Multa – Possibilidade: prevista a obrigação de manter o pleno funcionamento no contrato de concessão, é devida a multa, diante da apuração da falta em procedimento administrativo com oportunidade de defesa.*

RELATÓRIO

Sentença que julgou procedente a ação anulatória de multa sancionatória ajuizada por Vianorte S.A. em face da Artesp. Condenou a agência reguladora ao pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa (fls.748/749).

Interposta Apelação (fls. 754/764) na qual alega-se que cabe à concessionária, nos termos do contrato administrativo firmado, todos os deveres inerentes à prestação do serviço, especialmente a prestação do serviço público adequado, assim entendido o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade das tarifas. Ainda destacou que nos termos do edital de licitação, era obrigação e dever da concessionária manter os serviços de conservação e manutenção de rotina, a fim de garantir a segurança do tráfego, o conforto do usuário e o fluxo racional e econômico dos veículos. Aduz, em seguida, que nesse dever se inserem os serviços de reparo nos elementos de drenagem que, segundo os termos contratuais, deve ser providenciado de imediato com, no mínimo, duas inspeções específicas anuais.

Assim, afirma que multa aplicada à concessionária, após o devido processo administrativo, seria válida, pois foi constatada a necessidade de reparos em 2/8/2017

e, no entanto, até 10/8/2017 tais serviços ainda não tinham sido realizados. Conclui, sustentando que, fosse verdade a premissa adotada na sentença, restaria invertida toda a estrutura econômica e jurídica do contrato público, impondo à agência reguladora o ônus de manter colossal estrutura administrativa e de pessoal para monitorar toda a malha rodoviária estadual, enquanto as concessionárias apenas atuariam quando científicas de qualquer falha. Por fim, junta precedentes deste Tribunal de Justiça em seu favor.

Houve a apresentação de contrarrazões (fls.767/778).

FUNDAMENTOS

Decorre dos autos digitais que, em 2/8/2017, a Artesp identificou, por meio de fiscalização, a necessidade de se realizar reparos de elementos de drenagem nas rodovias SP-330, Km 358+700 e Km 344+900 concedidas à Vianorte S.A. (Edital de licitação nº 009/CIC/97). Tendo em vista que, em 10/8/2017, os reparos ainda não tinham sido realizados, a Artesp houve por bem instaurar procedimento administrativo para aplicação de multa sancionatória, notificando a autora para que apresentasse Defesa Prévia. O procedimento correu com observância do Termo Aditivo Modificativo (TAM) Coletivo nº 01/2006 e, ao final, foi determinada a aplicação de multa à Vianorte S.A. no montante de R\$ 72.381,50 (fls. 99/100).

Diante disso, a autora ajuizou a presente ação anulatória na qual sustenta que a imposição de multa pela Artesp teria decorrido de conduta abusiva e violadora da boa-fé objetiva que deve prevalecer na execução do contrato de concessão, uma vez que não informou a Vianorte S.A. a respeito do vício encontrado em 2/8/2017. Alegou, ainda, que admitir a dispensa de notificação prévia para que se inicie prazo para reparação de vícios identificados atribuiria à relação contratual enorme grau de incerteza e, além disso, convalidaria e estimularia atitude altamente reprovável da apelante.

Em primeiro grau, o pedido foi julgado procedente pelos fundamentos a seguir expostos:

O pedido é procedente. A autora recebeu a administração de uma malha viária de 236,6 km de extensão, no estado de São Paulo. Tal fato é incontroverso. Ainda que a autora tenha o dever de realizar mapeamento e correção de problemas na pista de rolamento de forma periódica, no regulamento da concessão (fls. 440 e seguintes) foi estipulado que entre os serviços delegados estão os serviços de funções operacionais, compreendendo inspeção da pista, da faixa de domínio e de áreas remanescentes (fls. 445, item f). Contudo, não foi estipulado um prazo diário, semanal ou

mensal para que ocorra tal inspeção, motivo pelo qual, mostra-se abusivo impor multa sem a chance de a autora ter conhecimento prévio do problema no sistema de drenagem da pista. A Artesp, por ter constatado que o problema no sistema de drenagem ainda persistia após alguns dias, impôs multa à autora sem dar oportunidade para o reparo do problema e sem chance de defesa, em flagrante violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, que também deve ser assegurado nos procedimentos administrativos (art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal). Notória, portanto, a nulidade da multa imposta, não havendo no contrato firmado ou no regulamento da concessão previsão de presunção de que a autora tem conhecimento dos problemas no sistema de drenagem. Diante do exposto, JULGO O PEDIDO PROCEDENTE para o fim de confirmar os efeitos da tutela antecipada, tornando-os definitivos, e declarar a nulidade da multa imposta nos autos do Processo Administrativo NOT. DIN. 0714/2017. Em razão da sucumbência, arcará a ré com o pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 10% do valor da causa.

A sentença merece reforma.

Segundo entendeu o juízo sentenciante, no contrato de concessão não há qualquer disposição de prazo para que um determinado vício venha a ser reparado pela concessionária, razão pela qual era necessário que a Artesp, antes de instaurar procedimento administrativo, concedesse à Vianorte S.A. tempo suficiente para o reparo do vício. Como não o fez, considerou que a imposição de multa sancionatória teria sido medida abusiva e violadora da boa-fé objetiva. Muito embora este raciocínio encontre respaldo no âmbito do direito contratual privado, não pode prevalecer na esfera da execução dos contratos administrativos, em especial daqueles de concessão de serviço público. Como se verá, não se trata de afastar a boa-fé objetiva do âmbito dos contratos administrativos, mas de dar a essa cláusula geral interpretação que se adeque (*sic*) ao regime jurídico administrativo e, especialmente, ao interesse público.

A questão principal destes autos digitais está em saber se a Artesp tinha o dever de informar a concessionária sobre a constatação de vícios referentes ao cumprimento do contrato e, ainda de lhe conceder prazo para saná-los, antes mesmo de instaurar o procedimento administrativo de imposição de multa.

A resposta, certamente, é negativa.

Assim o é, porque nem o contrato de concessão e nem o TAM coletivo nº 001/2006 fazem tal exigência.

O Edital de licitação nº 009/CIC/97 prevê que deve ser providenciado de imediato, devendo ser programadas e executadas no mínimo duas inspeções anuais em todo o sistema de drenagem das rodovias (Anexo 6, item c, fls. 296). Não obs-

tante, após a constatação da infração em 2/8/17, a Artesp retornou ao local em 10/8/2017 verificando que a situação permanecia a mesma.

Apesar de o edital não especificar prazo no qual deveria ser efetivado o reparo de elementos de drenagem, está claro que este deveria ter sido realizado imediatamente, e não 8 (oito) ou 15 (quinze) dias depois da constatação do vício. Confira-se:

Reparo de elementos de drenagem: deve ser providenciado de imediato, devem ser programadas e executadas no mínimo, duas inspeções anuais em todo o sistema de drenagem das rodovias.

Como se vê, não apenas os reparos dos elementos de drenagem deviam ser providenciados imediatamente, como também deveria haver não apenas uma inspeção anual – como argumenta a concessionária –, mas sim no mínimo duas. Portanto, não era mesmo necessário que a Artesp concedesse prazo para que a Vianorte S.A. procedesse aos reparos necessários para a boa conservação das rodovias a ela concedidas, pois era obrigação da concessionária a manutenção dos elementos de drenagem em pleno funcionamento.

Do mesmo modo, a concessão de prazo para adequação do vício antes de se instaurar processo administrativo não tem previsão no TAM coletivo nº 001/2006.

A cláusula quinta do TAM coletivo nº 001/2006 prevê que *a Diretoria Notificante poderá conceder novo prazo, além do previsto em cronograma e compatível tecnicamente para realização do serviço e/ou obra inexecutado.*

Assim, as medidas de reparação dos elementos de drenagem não estão condicionadas à prévia notificação da Artesp, cabendo à concessionária fazer sua própria vistoria e reparar o necessário, e não simplesmente aguardar que seja notificada das inconformidades para que o fizesse. Esse “novo prazo” a ser concedido, como se vê, é uma faculdade da Artesp e, mais do que isso, deve ser considerado como complementar àquele já previsto no edital de concessão – acima referido.

Afinal, como bem-detectado nas Razões de Apelação, exigir que a Artesp realizasse a notificação da concessionária sempre que constataste qualquer vício no cumprimento do contrato, inverteria a lógica jurídica e econômica do contrato de concessão, no qual o particular executa serviço público, em seu próprio nome e por sua conta e risco, mas mediante a fiscalização e controle da Administração Pública.

O que se busca com os contratos de concessão é conferir melhor qualidade ao serviço público, pois, em tese, esse passaria a ser prestado por pessoa jurídica especializada, isto é, com *expertise* na área e com a agilidade do setor privado. Portanto,

o que se espera é que a concessionária preste o serviço com maior eficiência, com alta qualidade e que não dependa do estado para ter conhecimento sobre os vícios que devem ser sanados.

Por isso, o que se esperava era que a Vianorte S.A., por força do quanto contratado com o poder concedente, realizasse, de rotina, a fiscalização e manutenção dos elementos de drenagem das rodovias, estes, como se sabe, essenciais para a segurança do tráfego.

Também por essa razão, o cumprimento da obrigação contratual de reparação dos elementos de drenagem, posteriormente à sua constatação pela Artesp, não afasta o descumprimento contratual e as infrações.

Nesse sentido, inclusive, tem sido a jurisprudência deste Tribunal de Justiça de São Paulo. Confira-se:

APELAÇÃO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE RITO ORDINÁRIO COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.

Concessionária multada pela Artesp devido à não reparação de elementos de drenagem e/ou realização de inspeções anuais em todo o sistema de drenagem da rodovia SP-330, Km 342+500 e Km 369+600, ambos da Pista Norte (acostamento), concedida à autora através de Concessão (Licitação Pública). Pretensão à anulação da multa. Sentença de improcedência. O Edital de licitação nº 009/CIC/97 prevê que devem ser programadas e executadas no mínimo duas inspeções anuais pela concessionária em todo o sistema de drenagem das rodovias (Anexo 6 item c fl. 398) e que a reparação deve ser providenciada de imediato. Apesar de o Edital não especificar prazo no qual deve ser efetivado o reparo de elementos de drenagem, a concessionária efetuou o reparo somente 21 dias após a primeira vistoria da Artesp, sendo que as medidas de reparação dos elementos de drenagem não estão condicionadas à prévia notificação do poder concedente, cabendo à concessionária fazer sua própria vistoria, reparar o necessário e não simplesmente aguardar que a Artesp lhe notifique das inconformidades para que o faça. O cumprimento da obrigação contratual de reparação dos elementos de drenagem, posteriormente à sua constatação pela Artesp, não afasta o descumprimento contratual e as infrações. Não comprovação pela apelante que a imposição da multa tenha se dado ilegalmente, constatando-se, ao contrário, que o processo administrativo observou os princípios da ampla defesa e do contraditório, não havendo qualquer irregularidade que o macule. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO. (Apelação Cível nº 1063737-68.2018.8.26.0053, relator desembargador Antônio Celso Faria, 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, julgado em 11/3/2020).

AÇÃO ANULATÓRIA. Multa contratual aplicada pela Artesp à Vianorte. TAM nº 2006/01. Ausência de conservação de defesa metálica da Pista Sul SP-330. Notificação prévia. Multa. Valor. 1. Contrato administrativo. Termo Aditivo e Modificativo

nº 2006/01. A observação final constante do Anexo 11 do Edital que rege o contrato firmado entre as partes foi revogada pelo Termo Aditivo e Modificativo Coletivo nº 2006/01; a 'Cláusula Oitava' do aditivo expressamente prevê a substituição da tabela de penalidades do contrato. Ainda que considerássemos como não revogada a disposição, certo é que dela não se depreende que a notificação para reparo seja condição para aplicação da sanção. A previsão, ainda que vigente, não favorece a autora. 2. Contrato administrativo. Fiscalização. Reparo. Notificação prévia. Verificado o cometimento de descumprimento contratual que caracterize infração, a aplicação da sanção indicada no Anexo I do Termo Aditivo e Modificativo Coletivo nº 2006/01 prescinde de notificação prévia. Ao contrário do que defende a autora, o ilícito contratual é deflagrado quando a concessionária não efetua o reparo da irregularidade no prazo contratualmente previsto, e não pela notificação da irregularidade pela agência reguladora. 3. Infração. Penalidade. A realização do reparo após o prazo de 7 dias previsto no Anexo 6, página 9, item d.1 do Edital de licitação nº 009/CIC/1997, contados do aparecimento da irregularidade a ser reparada, sujeita a autora à penalidade prevista no nº 7. Defensas e Barreiras de Concreto, Item 1, Nível F do Anexo 1 do Termo Aditivo e Modificativo Coletivo nº 2006/01. A sanção tem previsão no contrato e o reparo intempestivo não impede sua incidência, tampouco denota necessidade de redução do valor da multa, prevista no aditivo; não há desproporcionalidade na penalidade aplicada. Improcedência. Recurso da autora desprovido. (Apelação Cível nº 1051681-66.2019.8.26.0053, rel. desembargador Torres de Carvalho, 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, julgado em 22/7/2020)

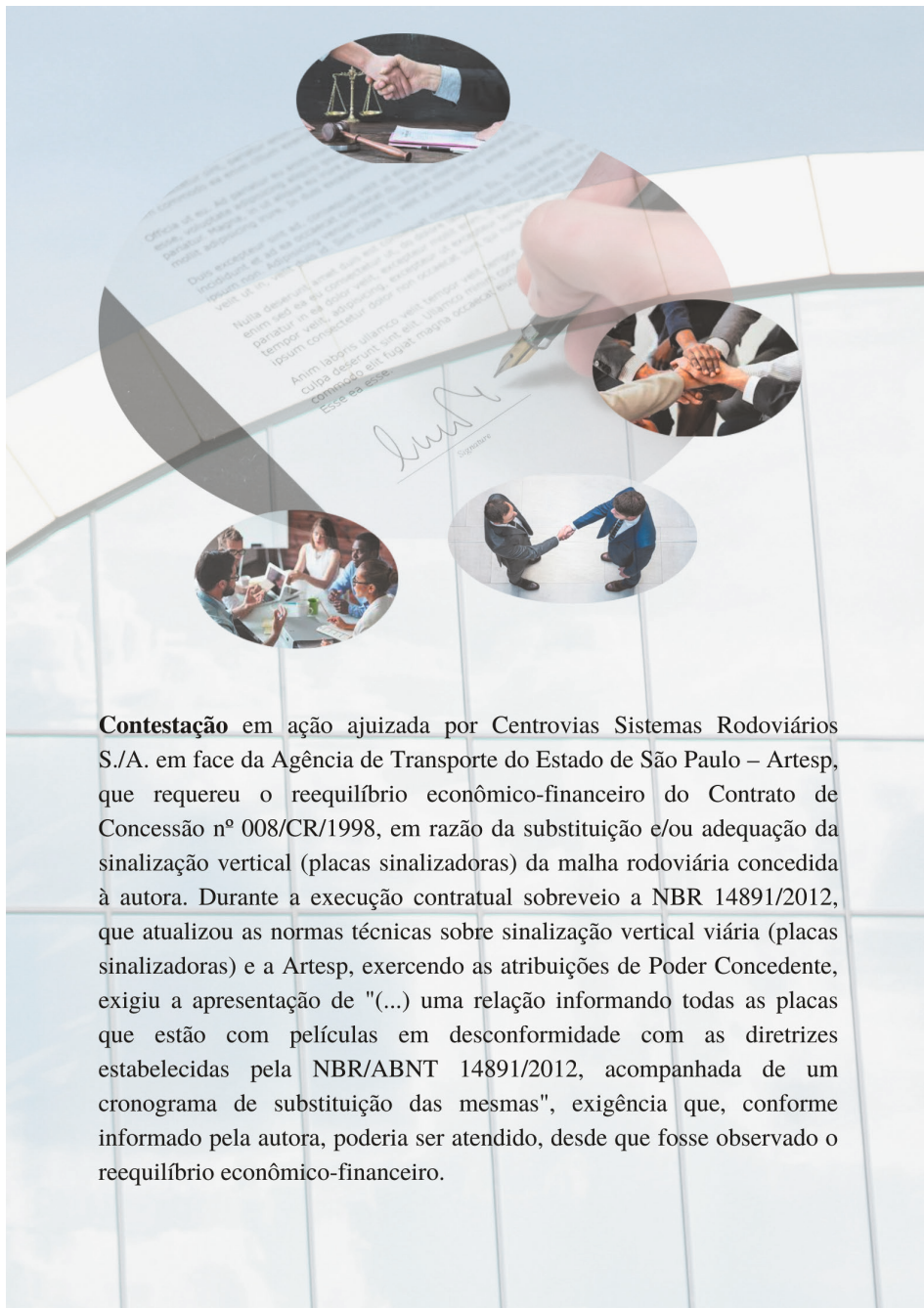
Logo, muito ao contrário do que fez constar o juízo sentenciante, a imposição de multa à Vianorte S.A. não foi abusiva ou violadora da boa-fé objetiva, pois, como já mencionado anteriormente, era dever da concessionária manter em boas condições os elementos de drenagem das rodovias concedidas e nenhum dos instrumentos contratuais trazidos aos autos exigia que fosse concedido prazo à autora para saneamento dos vícios encontrados pela Artesp.

Sendo assim, não há razão para a declaração de nulidade da multa imposta que, ao contrário, deve ser mantida.

Destarte, pelo meu voto, dou provimento ao recurso, para julgar improcedente a demanda, invertidos os ônus sucumbenciais, devendo, assim, a autora suportar o pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa.

TERESA RAMOS MARQUES

Relatora



Contestação em ação ajuizada por Centrovias Sistemas Rodoviários S./A. em face da Agência de Transporte do Estado de São Paulo – Artesp, que requereu o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão nº 008/CR/1998, em razão da substituição e/ou adequação da sinalização vertical (placas sinalizadoras) da malha rodoviária concedida à autora. Durante a execução contratual sobreveio a NBR 14891/2012, que atualizou as normas técnicas sobre sinalização vertical viária (placas sinalizadoras) e a Artesp, exercendo as atribuições de Poder Concedente, exigiu a apresentação de "(...) uma relação informando todas as placas que estão com películas em desconformidade com as diretrizes estabelecidas pela NBR/ABNT 14891/2012, acompanhada de um cronograma de substituição das mesmas", exigência que, conforme informado pela autora, poderia ser atendido, desde que fosse observado o reequilíbrio econômico-financeiro.

EXMO(A). SR(A). DR(A). JUIZ(A) DE DIREITO DA 7ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL

PROCEDIMENTO COMUM Nº 1022122-30.2020.8.26.0053

REQUERENTE: CENTROVIAS SISTEMAS RODOVIÁRIOS S.A.

REQUERIDO: AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DE TRANSPORTE DO ESTADO DE SÃO PAULO - ARTESP

A AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DE TRANSPORTE DO ESTADO DE SÃO PAULO - ARTESP, por seu procurador subscritor, vem respeitosa-mente perante V. Exa., nos autos do processo em epígrafe, com suporte no art. 335 do Código de Processo Civil (CPC) e dentro do prazo legal, apresentar sua **CONTESTAÇÃO** a todos os termos da Inicial, pelas razões, de fato e de direito, que a seguir passa a expor.

1. BREVE RELATO DA PETIÇÃO INICIAL

Trata-se de ação pelo procedimento comum, ajuizada por Centrovias Sistemas Rodoviários S.A. em face da Artesp, que visa a garantia de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão nº 008/CR/1998, em razão da substituição e/ou adequação da sinalização vertical (placas sinalizadoras) da malha rodoviária concedida à autora.

Afirma que durante a execução contratual sobreveio a NBR 14891/2012, que atualizou as normas técnicas sobre sinalização vertical viária (placas sinalizadoras), e que a Artesp, exercendo as atribuições de poder concedente¹, exigiu, mediante o Ofício CT. DOP. 0668/17, a apresentação de “(...) *uma relação informando todas as placas que estão com películas em desconformidade com as diretrizes estabelecidas pela NBR/ABNT 14891/2012, acompanhada de um cronograma de substituição das mesmas*” (fls. 3).

Em face dessa determinação, a autora afirma que se dispôs a atender a determinação, “(...) *mediante o necessário e devido reequilíbrio econômico-financeiro*” (fls. 4).

Porém, em novembro de 2018, o Conselho Diretor da Artesp rejeitou o pleito de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, justificando que a “(...)

1 Prescritas na LC estadual nº 914/2002.

implantação das películas retrorrefletidas em conformidade com as normas técnicas vigentes da ABNT não configura hipótese de desequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão” (fls. 4).

Ademais, afirma que, em razão de não ter atendido à exigência regulatória da Artesp, foi instaurado um processo administrativo para fins de aplicação de penalidade pecuniária, no importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) (fls. 4).

Assim, pede, ao final, a (i) a declaração de inexistência de relação jurídica que obrigue a autora a substituir e/ou adequar a sinalização vertical da malha rodoviária concedida nas condições unilateralmente impostas pela Artesp, sem a garantia da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e o devido ressarcimento pela Agência dos respectivos custos adicionais, anulando as determinações emitidas pela Artesp nesse sentido; bem como decisão para (ii) obstar e anular a aplicação e/ou imposição de quaisquer medidas sancionatórias, penalidades, retenções de valores ou pagamentos, execução de garantia contratual e quaisquer atos de natureza indenizatória aplicados em relação à autora em razão da não substituição e/ou adequação da sinalização vertical já implantada de acordo com o Contrato de Concessão nº 008/CR/1998 e normas técnicas vigentes à época da implantação, anulando-se as penalidades eventualmente aplicadas sob essa justificativa e condenando a Artesp a restituir à autora eventuais valores ou pagamentos que venham a ser retidos pela Agência sob esse fundamento (fls. 7).

Porém, conforme se demonstrará, a ação é improcedente.

2. O CONTRATO DE CONCESSÃO; DEVER DE ATUALIDADE; OBRIGAÇÃO, RESPONSABILIDADE E RISCO DA CONCESSIONÁRIA

Com efeito, a relação jurídica de direito material que dá suporte a este processo versa sobre o Contrato de Concessão nº 008/CR/98, regulado pela Lei nº 8.987/1995 e pela Lei estadual nº 7.835/1992, sendo certo que *“Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro”* (Item 29.1. do Edital de licitação (fls. 64) e art. 10 da Lei nº 8.987/1995)².

2 *Esse dispositivo, em outras palavras, diz que é o contrato de concessão que estabelece as condições de cumprimento do seu equilíbrio econômico-financeiro* (Ribeiro, Mauricio Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011).

Dessa maneira, sempre que algum evento extracontratual impactar na equação econômico-financeira do contrato de concessão, por criar nova obrigação ou responsabilidade, deve-se aferir a quem o próprio contrato (i) atribuiu o dever relacionado a esta obrigação ou responsabilidade e (ii) a quem cabe arcar com os custos decorrentes.

Nesse sentido, a legislação de regência impõe a prestação, pela concessionária autora, de serviço adequado, assim entendido, para além de outros fatores, aquele que satisfaz condições de atualidade, assim compreendida a absorção de modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço (art 6º, § 2º, da Lei nº 8.987/1995).

Sendo assim, é dever e encargo da concessionária autora prestar o serviço de acordo com as normas técnicas aplicáveis (art. 31, inc. I, da Lei nº 8.987/1995).

Logo, nada mais natural que o Anexo 6 do Edital de licitação, que deu origem ao Contrato de Concessão nº 008/CR/98, prever a observância compulsória das normas técnicas editadas pela ABNT:

2. CONSERVAÇÕES DE ROTINA

2.1 Conceitos Básicos

(...)

- Padrões de Conservação/Manutenção

- *Os serviços de conservação/manutenção rodoviária deverão ser executados, tendo como referências, especificações, normas, procedimentos existentes e/ou outros que vierem a ser aprovados ou modificados pelo CONTRATANTE.*

- *No caso em que os objetos dos serviços não possuam especificações do CONTRATANTE, prevalecerão as normas editadas pela ABNT e, em caso de sua inexistência, prevalecerão as indicações do CONTRATANTE à luz das normas internacionais aplicáveis (fls. 153).*

Ademais, há específica menção à absorção compulsória, pela concessionária, dos padrões e especificações existentes para a sinalização da malha rodoviária (Item 3.2.5 do Anexo 6):

B) Sinalização Vertical e Aérea:

(...)

- Sinalização Horizontal e Vertical

- *Os projetos de complementação e readequação da sinalização horizontal e vertical deverão atender no mínimo aos padrões e especificações existentes (fls. 176).*

E, nesse ponto, surge relevante considerar a própria afirmação da Petição Inicial, de que a concessão se encerra em 6/5/2020 e se encontram em trâmite as trata-

tivas para a devolução do Sistema Rodoviário (fls. 6), porque é peremptório o Anexo 10 do Edital de licitação ao prever:

A CONCESSIONÁRIA independentemente da manutenção e conservação necessárias a manter o NÍVEL DE SERVIÇO ADEQUADO durante o período da CONCESSÃO, deverá devolver o SISTEMA RODOVIÁRIO em bom estado, com a atualização adequada à época da devolução (...) (fls. 233).

A sinalização vertical deverá estar conforme o projeto, adequado à época do término da CONCESSÃO (fls. 235).

Assim, como decorrência particular do dever de atualidade, o sistema rodoviário deverá estar completamente adequado ao marco técnico vigente no momento de sua devolução ao poder concedente.

Dessa maneira, as fontes legais e contratuais atribuem à concessionária autora o dever e responsabilidade de observar as normas técnicas vigentes para a devida atualidade da sinalização vertical da malha rodoviária, de maneira que as obrigações e os custos decorrentes do cumprimento da NBR 14891/2012 são seus.

Logo, a autora é quem deve arcar com os custos decorrentes disso, na medida em que é responsável por todos os riscos associados à exploração do sistema rodoviário concedido:

EDITAL DE LICITAÇÃO
(...)

29.5. Variações de custo decorrentes das obrigações assumidas pela CONCESSIONÁRIA em relação ao previsto no PLANO DE NEGÓCIOS, inclusive o valor e o volume físico das funções de ampliações, não serão consideradas para efeito do equilíbrio econômico-financeiro, sendo considerado risco exclusivo da CONCESSIONÁRIA sua correta avaliação (fls. 64).

CLÁUSULA 24 – RISCOS DA CONCESSÃO

24.1. A CONCESSIONÁRIA assume integral responsabilidade pelos riscos inerentes à exploração do SISTEMA RODOVIÁRIO, excetuados unicamente aqueles em que o contrário resulte expressamente deste CONTRATO.

(...)

24.2. Variações de custos decorrentes das obrigações assumidas pela CONCESSIONÁRIA em relação ao previsto no PLANO DE NEGÓCIOS apresentado na PROPOSTA não serão consideradas para efeito do equilíbrio econômico-financeiro, sendo considerado risco exclusivo da CONCESSIONÁRIA sua correta avaliação” (fls. 1850).

Por tudo isso, conclui-se que os pedidos são improcedentes, porque a concessionária autora é obrigada, por disposições de lei e de contrato público, a dar cum-

primento e arcar com todos os custos que decorrem da atualidade do serviço, particularmente no tocante ao estrito cumprimento de normas técnicas operacionais.

Escoreita a atuação da agência reguladora, portanto, que promovendo e zelando pela eficiência técnica (art. 3, inc. II, da LC estadual nº 914/2002), atuou para assegurar padrão de serviço adequado, garantindo ao usuário regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas (art. 3, inc. IX, da LC estadual nº 914/2002).

Nesse sentido, a manifestação da Consultoria Jurídica:

28. Assim, as constantes atualizações dos equipamentos que guarnecem a rodovia compõem as obrigações da concessionária, devendo ser observadas não apenas para a sua conservação, para a prestação adequada do serviço como, igualmente, para a devolução do objeto da concessão.

(...)

35. A concessionária, ao elaborar sua proposta, deveria ter levado em consideração o risco decorrente da superveniência de normas técnicas, justamente por se tratar de contrato de concessão (de longo prazo), cujo edital de licitação já previa a obrigação de observância das normas da ABNT vigentes à época da execução dos serviços de ampliação. E se não o fez, a ela incumbe arcar com tal ônus, conforme claramente estipula a subcláusula 23.2 do contrato de concessão.

36. Sendo assim, não há que se falar na ocorrência de alteração das condições da proposta, modificação unilateral do contrato ou fato do príncipe, mas, sim, na materialização de risco contratualmente previsto e atribuído à concessionária, conforme acima exposto.

Assim, de forma plenamente fundamentada, o Conselho Diretor deliberou em “(...) *indeferir o pleito (...) consoante pronunciamentos das áreas técnicas, da Diretoria de Assuntos Institucionais e da DD Consultoria Jurídica da Artesp (...)*”.

Por fim, não é demais salientar que o Contrato de Concessão nº 008/CR/98 foi firmado por 20 (vinte) anos, não sendo crível supor que a concessionária, considerado seu porte e nível de *expertise* em sua área de atuação, não tenha tido previsibilidade quanto às correntes e constantes alterações de padrões técnicos rodoviários que poderiam ocorrer nesse período.

Nesse sentido, as lições de Luís Roberto Barroso:

“O longo prazo de tais contratos [*de concessão rodoviária*], porém, agrega à discussão sobre o regime jurídico das concessões rodoviárias dois elementos que não podem ser ignorados. O primeiro deles, já referido, é a natural alteração das necessidades relacionadas com o bem público em questão – a rodovia – e com os serviços a ele associados. Nas sociedades contemporâneas, em períodos substancialmente

menores que 20 anos, é possível observar fluxos migratórios, surgimento de cidades e povoados, desenvolvimento de diferentes tipos de transportes etc.”³

Assim, muito provavelmente esses possíveis custos foram considerados no seu plano econômico-financeiro, e, se não o foram, deveriam tê-lo sido, porque o risco é seu. E tanto o é seu que foi um risco segurado pela concessionária, como é afirmado na Petição Inicial e consta dos documentos carreados aos autos.

Nesses termos, dado o longo prazo dos contratos de concessão e a natural e constante atualização de normas e padrões técnicos rodoviários, o tema que constitui objeto deste processo não é novo na jurisprudência deste TJSP:

Apelação Cível – Ação Ordinária – Contrato Administrativo – Concessão de rodovias – Pretensão de reequilíbrio financeiro – Mudanças de dispositivos de segurança em vista de alteração da Norma ABNT da NBR 6971/83 para a NBR 15486/07 – Impossibilidade – Adequação técnica de dispositivos de segurança que é de responsabilidade da apelante observar por obrigação contratual assumida – Risco contratual que deve ser absorvido pela concessionária – Inexistência de fatos imprevisíveis – Sentença de improcedência que será parcialmente reformada apenas quanto a legitimidade do estado de São Paulo de figurar no polo passivo da ação. Recurso parcialmente provido⁴.

RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO E FINANCEIRO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO – ÁLEA ECONÔMICA EXTRAORDINÁRIA E EXTRA CONTRATUAL – INOCORRÊNCIA – Não se olvida que é possível, em casos excepcionais, desde que haja prova de que as obrigações que geraram o desequilíbrio contratual não tenham sido expressamente assumidas, o reequilíbrio econômico-financeiro contratual, pois a relação encargo/remuneração não pode ser perdida durante a execução do contrato (artigo 37, XXI, da CF/88, e artigos 55, III, 65, § 8º, e 65, II, alínea ‘d’, § 6º, todos da Lei federal nº 8.666/93) – No caso, contudo, não há falar em reequilíbrio contratual, tampouco em configuração da álea econômica extraordinária, pois o Anexo 7 – Serviços Correspondentes às Funções de Ampliação – do Edital de licitação nº 10/CIC/97, prevê que para a construção das passarelas a concessionária deverá observar o contido nas “Normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) referentes a projetos e materiais, além das Especificações Técnicas do CONTRATANTE referentes a este assunto” e que quaisquer riscos inerentes a exploração do SISTEMA RODOVIÁRIO seriam suportados

3 BARROSO, Luís Roberto. **O CONTRATO DE CONCESSÃO DE RODOVIAS: PARTICULARIDADES, ALTERAÇÃO E EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO**. In Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro, Edição Especial, 2012. p. 189.

4 TJSP; Apelação Cível 1017410-65.2018.8.26.0053; Relator (a): Eduardo Gouvêa; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 16ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 20/05/2019; Data de Registro: 21/05/2019.

pela apelante – Nesse contexto, de rigor a manutenção da r. sentença – Honorários majorados – Sentença mantida – Recurso desprovido⁵.

ILEGITIMIDADE PASSIVA – Verificação da pertinência subjetiva para figurar no polo passivo da demanda – Preliminar de legitimidade passiva da Fazenda paulista acolhida. CONTRATO ADMINISTRATIVO – Pretensão ao reequilíbrio financeiro de contrato de concessão de rodovias em razão de superveniente alteração das normas de segurança e sinalização de trânsito – Inadmissibilidade – Responsabilidade do concessionário relativa ao escopo da sua prestação de serviço público – Adequação técnica necessária em razão do interesse público – Previsão explícita no edital e no contrato da obrigação assumida – Evolução natural da técnica nas diretrizes de segurança que deve ser observada – Ação julgada extinta em face da Fazenda paulista, e improcedente em face da Artesp – Apelação da autora parcialmente provida, tão somente para o fim de afirmar a legitimidade passiva da Fazenda, mantido no mais o decreto de improcedência da ação⁶.

Portanto, para além do marco legal e contratual, a própria jurisprudência reconhece como obrigação e risco das concessionárias rodoviárias em geral a adequação do serviço à evolução natural das diretrizes de segurança, aí compreendida toda a sinalização da malha rodoviária, **merecendo destaque a irretocável fundamentação adotada em julgamento estendido⁷ pelo TJSP em tema idêntico:**

Não há falar, na espécie, em álea extraordinária, por mais de uma razão.

Em primeiro lugar, por ser de todo previsível a necessidade de adaptação do sistema de comunicação e transmissão de dados, à vista da constante evolução tecnológica e da contínua modernização de sistemas da espécie. A esse respeito, vale transcrever excerto de parecer da Diretoria de Operações da Artesp (fls. 448/451): “(...) a necessidade de substituição de sistemas de radiocomunicação analógica por sistemas digitais não pode ser considerada como um fato extraordinário e imprevisível, requisito necessário para configuração do que a doutrina caracteriza como Fato do Princípio [sic], argumento apresentado pela concessionária para justificar o pleito pela recomposição do reequilíbrio econômico-financeiro. A substituição dos sistemas de radiocomunicação

5 TJSP; Apelação Cível 1021540-98.2018.8.26.0053; Relator (a): Carlos von Adamek; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 3ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 26/02/2019; Data de Registro: 27/02/2019.

6 TJSP; Apelação Cível 1022436-78.2017.8.26.0053; Relator (a): Fermio Magnani Filho; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 15ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 27/08/2018; Data de Registro: 28/08/2018.

7 CPC, Art. 942. Quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores.

analogica por sistemas digitais constitui passo natural da evoluçao tecnologica que vem sendo observada em todos os sistemas de comunicacao sem fio. Logo, os custos da evoluçao dos sistemas analogicos para digitais poderia ter sido previstos no Plano de Negocios da Concessionaria, ate porque não seria razoavel supor que a tecnologia de radiocomunicacao analogica estaria imune a obsolescencia e não precisaria ser substituida ao longo de todo o periodo de concessao, levando em conta o rapido desenvolvimento tecnologico da area.” (fls. 450). Ainda, a atualizacao do sistema de comunicacao decorre logicamente da necessaria atualizacao e eficiencia dos servicos objeto da concessao, de inteira responsabilidade da concessionaria. Como lembrado no documento de fls. 470 e seguintes, o contrato celebrado não previa implantacao de sistema analogico, incumbindo ao concessionario as solucoes tecnicas necessarias a que o servico se mantivesse de maneira tecnologicamente atualizada e eficiente.

(...)

A autora, portanto, não apontou nenhum fato imprevisível apto a ensejar a revisao contratual. Na realidade, busca apenas recompor custos previsíveis e inerentes à exploracao do objeto concedido, o que, certamente, poderia ter sido contabilizado no momento de apresentacao da proposta na fase de licitacao. Como destacado pelo mm juiz sentenciante, “Não há qualquer excepcionalidade a justificar a indenizacao. O próprio contrato administrativo em sua cláusula 23.1 destaca a responsabilidade da concessionaria a respeito dos «riscos inerentes à exploracao» (fls. 303) e a evoluçao da tecnologia da comunicacao é risco inerente à atividade, e a cláusula 23.3 que realçou que custos decorrentes de obrigacoes assumidas pela concessionaria não qualificam desequilibrio economico-financeiro. O que pretende a autora é transformar a sua rotina de trabalho, os riscos ordinários, custos inerentes previsíveis, imaginados, evidentemente esperados da concessao em indenizacoes que, de fato, se acolhidas, descaracterizaríamos parâmetros de vencimento do processo de licitacao.”⁸

Surge livre de dúvidas a correção do entendimento da agência reguladora e a consequente improcedência desta ação.

3. DA INSINDICABILIDADE DO MÉRITO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS TÉCNICOS. DEFERÊNCIA JUDICIAL EM RELAÇÃO À ALOCAÇÃO DE RISCOS CONTRATUAIS. RISCO DE FRAUDE À LICITAÇÃO

Ainda é preciso considerar que a atribuicao do risco contratual é um dos principais instrumentos da regulacao da prestacao de servicos públicos, de modo que

8 TJSP; Apelação Cível 1021343-46.2018.8.26.0053; Relator (a): Aroldo Viotti; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 3ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 04/06/2019; Data de Registro: 01/07/2019.

constitui matéria de reserva de administração sobre a qual o Poder Judiciário não pode intervir. Nas palavras de Flávio Amaral Garcia, em sua obra *Concessões, Parcerias e Regulação*, Malheiros, 2019, p. 135/136:

Essa intervenção em determinados setores pode ser instrumentalizada pela via contratual. Tal ocorre quando o contrato assume o principal espaço jurídico conformador de decisões e escolhas regulatórias que serão determinantes para conceber e formatar aspectos essenciais na prestação do serviço ou gestão da infraestrutura. (...)

Assim, questões como a estrutura tarifária, metas de qualidade, indicadores de desempenho, compromissos de investimentos, partilha de riscos entre as partes, mecanismos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, universalização do serviço, método de alocação de custos, sistema de monitoramento e avaliação e resultados a serem atingidos são algumas das escolhas regulatórias que serão determinantes para aferição da eficiência do operador econômico na consecução do interesse público.

Esse compromisso (regulatory commitment), estabilizado a partir do vínculo contratual, representa parcela significativa da função regulatória estatal.

Em suma, ao regular um setor por meio do contrato, a partilha de riscos entre as partes constitui uma escolha discricionária do Poder Público e não pode ser subvertida pelo Poder Judiciário sob o argumento de que um modelo é mais adequado que outro. A alteração de cláusula contratual via interferência judicial acaba por modificar os critérios técnicos adotados para a regulação do setor, implicando intervenção em matéria sobre o qual os tribunais não possuem expertise.

Quando a regulação de um setor é realizada pela Administração, ela é ponderada em todos os prismas da política pública. A política regulatória é o resultado da recíproca interferência dos instrumentos regulatórios. Cada cláusula contratual, por conseguinte, está a se apoiar na outra, sendo que a interferência em apenas uma cláusula modifica toda regulação do setor.

Tendo isso em vista, é imperioso que o Poder Judiciário tenha uma postura de deferência pelas escolhas técnicas realizadas pela Administração.

Assim se manifestou o Superior Tribunal de Justiça em caso que bem se amolda à presente hipótese. Trata-se do julgamento no AgInt no AgInt na SLS 2.240-SP, relatado pela ministra Laurita Vaz, com julgamento em 7/6/2017, em que a Corte assentou que os órgãos judiciais estão impedidos de adotar fundamentos diversos daqueles que o Poder Executivo abraçaria, notadamente nas questões técnicas e complexas, em que os tribunais NÃO têm a *expertise* para concluir se os critérios

adotados pela Administração são corretos. Eis o trecho de interesse do precedente em referência:

(...) segundo a doutrina Chenery – a qual reconheceu o caráter político da atuação da Administração Pública dos Estados Unidos da América –, as cortes judiciais estão impedidas de adotarem fundamentos diversos daqueles que o Poder Executivo abraçaria, notadamente nas questões técnicas e complexas, em que os tribunais não têm a expertise para concluir se os critérios adotados pela Administração são corretos. Em tradução livre, a assertiva acima inferem-se da lição original em língua inglesa, da qual extraio o seguinte fragmento:

The Chenery doctrine forbids a reviewing court to uphold administrative action on a rationale different from that of the agency (typically a rationale advanced by the agency's lawyers in defending its decision in the reviewing court). This doctrine can be understood as a recognition of the political character of administrative adjudication. If the agency were thought to be engaged simply in a search for truth, it would be appropriate for the reviewing court to uphold the agency's decision on any ground that made sense to the court; presumably the agency would embrace that ground. But if the real springs of agency decision-making are political, it will be difficult for the court to predict whether the agency would adopt the suggested ground. Of course the Chenery doctrine would also make sense if agencies dealt with such difficult subject matter that courts could not tell whether a proposed rationale was right. Sometimes they do, but the doctrine is applied regardless of how technical or complex the issue is.' (Economic Analysis of Law. Fifth Edition. New York: Aspen Law and Business, 1996, p. 671)

Portanto, as escolhas políticas dos órgãos governamentais, desde que não sejam revestidas de ilegalidade, não podem ser invalidadas pelo Poder Judiciário."

Em recente precedente, o ministro Luiz Fux teceu importantes considerações sobre a necessidade de o Poder Judiciário respeitar a capacidade institucional do Poder Executivo acerca de decisões administrativas complexas. Eis o teor de trechos do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 1.083.955, julgado em 28/5/2019:

"[...] Os principais argumentos que fundamentam o dever de deferência do Judiciário às decisões técnicas adotadas por órgãos reguladores repousam na (i) falta de expertise e capacidade institucional de tribunais para decidir sobre intervenções regulatórias, que envolvem questões policêntricas e prognósticos de natureza técnica e (ii) na possibilidade de a revisão judicial ensejar efeitos sistêmicos nocivos à coerência e dinâmica regulatória administrativa.

Em primeiro lugar, a natureza prospectiva e multipolar das questões regulatórias se diferencia das demandas comumente enfrentadas pelo Judiciário, mercê da própria lógica inerente ao processo judicial. Decerto, a Administração Pública ostenta maior capacidade para avaliar elementos fáticos e econômicos próprios à regulação. Consoante o escólio doutrinário de Adrian Vermeule, o Judiciário não é a autoridade mais apta para decidir questões policêntricas de efeitos acentuadamente

complexos (VERMEULE, Adrian. Judging under uncertainty: An institutional theory of legal interpretation. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 248-251). Ade-mais, a intervenção judicial desproporcional no âmbito regulatório pode ensejar consequências negativas às iniciativas da Administração Pública. Em perspectiva pragmática, a invasão judicial ao mérito administrativo pode comprometer a unidade e coerência da política regulatória, desaguando em uma paralisia de efeitos sistêmicos acentuadamente negativos.

(...) Irretocável, portanto, o Acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*, que assentou a impossibilidade de revisão judicial do mérito de decisão administrativa proferida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, visto que a análise jurisdicional deve cingir-se a questões de legalidade ou abusividade do ato administrativo” (RE 1.083.955 AgR, relator(a): min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 28/5/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-122 DIVULG 6/6/2019 PUBLIC 7/6/2019).

Conforme orientação vinculante do e. STF, a matéria relativa aos parâmetros para o provimento do serviço público compõe o que se denomina de reserva de administração, de modo que nem o Poder Legislativo nem o Poder Judiciário podem intervir, concedendo “isenções”, criando “benefícios tarifários” ou mesmo assegurando a “não interrupção de serviço” (RE 680.425, relator(a): min. ALEXANDRE DE MORAES, julgado em 8/5/2018, publicado em DJe-092, DIVULG. 11/5/2018, PUBLIC. 14/5/2018). De acordo com a jurisprudência da mais alta Corte, não se pode admitir que o Poder Executivo seja substituído na gestão dos contratos administrativos celebrados, sob pena de violação ao princípio da harmonia entre os poderes (ADI 2.733, rel. min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJ de 3/2/2006).

Além disso, a possibilidade de quebra do equilíbrio econômico-financeiro de contratos de concessão impõe elevado ônus não só às concessionárias e ao poder concedente, mas também aos usuários, colocando em risco a adequada prestação do serviço (cf. STA 280, rel. min. Gilmar Mendes; SL 251, rel. min. Gilmar Mendes; SL 216, rel. min. Ellen Gracie, Pet. 2.242, min. Carlos Velloso).

Nessa mesma linha, o e. TJSP se posiciona ao avaliar a intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas complexas:

TJSP; Agravo Regimental Cível nº 2148587-42.2014.8.26.0000; relator (a): José Renato Nalini; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 10ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 15/10/2014; Data de Registro: 17/10/2014.

TJSP; Apelação Cível nº 1004149-48.2018.8.26.0048; relator (a): Marcelo Semer; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Foro de Atibaia - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 2/3/2020; Data de Registro: 2/3/2020.

TJSP; Apelação Cível nº 1014065-17.2016.8.26.0068; relator (a): Luís Francisco Aguilár Cortez; Órgão Julgador: **1ª Câmara de Direito Público**; Foro de Barueri - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 23/10/2019; Data de Registro: 23/10/2019.

Portanto, diante da legalidade e da complexidade da escolha regulatória sobre a forma de alocação do risco de atualização dos serviços prestados pelas concessionárias de rodovia, deve o Poder Judiciário abster-se de interferir no arranjo contratual sob pena de indevida subversão dos riscos contratualmente alocados.

Impende, por fim, observar que a introdução dos artigos 20 e 22 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro pela Lei nº 13.655/2018 acabou, de certa forma, por abraçar a doutrina da autocontenção judicial em matéria técnica e complexa. No caso em testilha, como acima argumentado, a consequência prática de decisão judicial que desconsidere risco contratualmente alocado é o desequilíbrio e desestruturação global do setor regulado, e não só da cláusula específica trazida para a demanda judicial.

Ademais, o reconhecimento da invalidade da Deliberação do Conselho Diretor da Artesp – o qual indeferiu o pleito de reequilíbrio – violaria frontalmente o princípio da segurança jurídica e o artigo 24 da LINDB, *in verbis*:

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

Esse dispositivo proíbe que o Poder Judiciário (*revisão na esfera judicial*) reconheça como inválido ato administrativo fundado em orientação geral (*interpretação contida em jurisprudência judicial majoritária*). Assim, em tendo a Deliberação seguido a interpretação judicial majoritária sobre a questão, não há espaço – do ponto de vista do postulado hermenêutico do artigo 24 da LINDB – para reconhecer a invalidade do ato administrativo (*declarem inválidas situações plenamente constituídas*). Isso porque, conforme demonstrado no tópico anterior, o e.TJSP adota a interpretação de que o risco por mudanças nos parâmetros técnicos é da concessionária.

Além da mencionada regra, o pronunciamento judicial violaria o princípio da segurança jurídica, o qual possui fundamento de validade constitucional nos artigos 1º e 5º da Constituição Federal, na medida em que declarou a invalidade de um ato fundado

em jurisprudência judicial majoritária, comprometendo aspectos de cognoscibilidade⁹, confiabilidade¹⁰ e calculabilidade¹¹ que devem ser assegurados no âmbito do Estado de Direito – sendo incompatível com tal princípio comportamentos autocontraditórios por parte das autoridades públicas, em especial, das autoridades judiciais.

Além dos problemas relativos à insindicabilidade do mérito do ato administrativo e da própria segurança jurídica, a alteração da regra de alocação dos riscos pela via judicial frustrará os objetivos da licitação. Isso ocorre pois, se os concorrentes da parte autora soubessem que o Poder Judiciário alteraria a matriz de riscos do contrato para privilegiar a concessionária que tivesse de lidar com o risco de mudanças nas regras técnicas de provimento do serviço, provavelmente teriam dado lances mais agressivos no processo licitatório.

Maurício Portugal Ribeiro – advogado e professor da FGV especialista em estruturação de projetos de concessão – explica que a alocação de riscos influencia diretamente no valor da proposta apresentada pelas licitantes, uma vez que as empresas participantes do certame fazem (ou deveriam fazer) o provisionamento do valor necessário para lidar com a eventual materialização do risco¹².

Por conseguinte, ao optar, na forma da lei, por transferir os riscos de mudanças nas regras técnicas ao concessionário, o Poder Público signalizou aos participantes da licitação que eles deveriam provisionar recursos suficientes para lidar com a materialização dessa eventualidade. Se o risco não se materializasse, ele viraria lucro

9 “Deve-se adotar, portanto, o conceito de cognoscibilidade, como capacidade, material e intelectual, de compreensão das alternativas interpretativas e dos critérios indispensáveis à sua concretização, no lugar do de determinação, como a capacidade de conhecer um único sentido normativo prévio.” (ÂVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 5ª ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2019, pg. 269)

10 “Tais modificações, todavia, devem assegurar estabilidade e continuidade normativas, visto que os direitos de propriedade e liberdade pressupõem um mínimo de permanência das regras válidas como condição para que o homem possa livremente plasmar a sua própria vida (...).” (ÂVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 5ª ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2019, pg. 269)

11 “Deve-se adotar, portanto, uma concepção alternativa de calculabilidade, verificável quando o previsor seja capaz de determinar os vários modos por meio dos quais os órgãos aplicadores poderão reconstruir a norma jurídica, de definir o número reduzido de qualificações jurídicas que podem ser atribuídas à situação fática existente e de calcular em grande medidas as consequências jurídicas abstratas atribuíveis a quaisquer dessas qualificações.” (ÂVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 5ª ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2019, pg. 269)

12 <http://www.portugalribeiro.com.br/wpp/wp-content/uploads/10-anos-lei-ppps-20anos-lei-concessoes.pdf>.

para a concessionária. Se ocorresse, deveria a concessionária lidar com ele. Alterar esta dinâmica no meio da execução contratual, repassando para o poder concedente os custos dessas alterações, implica verdadeira fraude à licitação.

O Poder Judiciário não pode ser instrumento de fraude à licitação ou avalista de condutas oportunistas, criando incertezas jurídicas em relações jurídico-contratuais complexas firmadas por grandes grupos econômicos com o estado. O respeito aos contratos é fundamental para o desenvolvimento da infraestrutura paulista, de modo que o reconhecimento judicial de que um risco alocado contratualmente a uma parte pode ser invertido por alegações de custos com atualização do serviço para adequá-lo a normas técnicas gera um péssimo cenário para as contratações públicas, atraindo agentes de mercado que somente especulam e que não adotam boas práticas na execução dos contratos. O poder concedente e os usuários das rodovias não podem compartilhar com as concessionárias os prejuízos decorrentes de suas más escolhas ou de sua não adaptação a parâmetros técnicos e objetivos de prestação do serviço.

Outrossim, é importante destacar que (i) não se aplica aos contratos de concessão a teoria da onerosidade excessiva na forma como previsto no Código Civil e, (ii) ainda que fosse aplicável essa teoria, não incidiria para prestigiar a parte autora no presente caso.

Quanto à não aplicabilidade, essa se justifica porque as normas especiais dos contratos de concessão da Lei nº 8.987/1995 derogam normas gerais do Código Civil. Há normas específicas (artigos 2º e 10 da Lei de Concessões) que atribuem ao contrato de concessão (i) a definição do que é desequilíbrio contratual e (ii) as hipóteses de reequilíbrio. Essas normas atribuem ao contrato a regulação dos mecanismos de revisão da forma de remuneração do contratado. Esses institutos são incompatíveis com a aplicação da teoria civil da onerosidade excessiva, seja para revisão seja para resolução do contrato (as hipóteses de extinção estão legalmente previstas no artigo 35 da Lei nº 8.987/1995).

No mais, *ainda que se entendesse pela aplicação das regras do Código Civil*, essas não prestigiarão a parte autora. Sobre a revisão ou resolução de contratos por onerosidade excessiva, o Código Civil prevê as seguintes disposições:

Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

[...]

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Essas duas normas regulam uma excepcional intervenção no domínio dos contratos, permitindo a resolução ou a revisão **se os fatos supervenientes extrapolarem os riscos próprios ao negócio.**

Requer-se, para intervir no contrato, uma análise da conjuntura do mercado (ambiente de estabilidade ou risco), da qualificação das partes (se civis ou empresários), a extensão temporal (contratos longevos ou de curta duração) e a especificidade dos fatos supervenientes, ou seja, se são frequentes ou raros¹³.

Não por outra razão, o Conselho da Justiça Federal aprovou o Enunciado nº 438, o qual propugna que se deve levar em consideração a **sofisticação dos contratantes e a alocação dos riscos feita nos contratos:**

A revisão do contrato por onerosidade excessiva fundada no Código Civil deve levar em conta a natureza do objeto do contrato. Nas relações empresariais, observar-se-á **a sofisticação dos contratantes e a alocação de riscos** por eles assumidas com o contrato. (V Jornada de Direito Civil, 2011).

No presente caso, não há dúvidas de que a concessionária venceu uma licitação bastante competitiva e pertence a grupo econômico com experiência prática no setor de infraestrutura, atendendo ao critério de sofisticação. Quanto à alocação dos riscos, não há dúvidas de que o risco de mudanças nas normas técnicas de provimento do serviço foi expressamente atribuído à concessionária, conforme acima demonstrado.

Tentando construir a aplicação dessa teoria aos contratos de concessão, Maria Sylvia Zanella Di Pietro propõe que juridicamente sejam obedecidos os seguintes requisitos¹⁴:

(...) pode-se afirmar que são requisitos para o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, pela aplicação da teoria da imprevisão, que o fato seja: imprevisível quanto à sua ocorrência ou quando as suas consequências; estranho à vontade das partes; inevitável; causa de desequilíbrio muito grande no contrato.

13 Curso de Direito Civil – Volume 4 – Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, p. 664.

14 Parcerias na Administração Pública. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 125.

Se for fato previsível e de consequências calculáveis, ele é suportável pelo contratado, constituindo álea econômica ordinária; a mesma conclusão, se se tratar de fato que o particular pudesse evitar, pois não será justo que a Administração responda pela desídia do contratado; só o desequilíbrio muito grande, que torne excessivamente onerosa a execução para o contratado, justifica a aplicação da teoria da imprevisão, pois os pequenos prejuízos, decorrentes de má previsão ou de flutuações no mercado, constituem álea ordinária não suportável pela Administração. Além disso, tem que ser fato estranho à vontade das partes: se decorrer da vontade do particular, responde sozinho pelas consequências de seu ato (...)”.

São requisitos para a aplicação da teoria em exame “que o fato seja imprevisível quanto à sua ocorrência ou quanto às suas consequências, estranho à vontade das partes, inevitável e causa de desequilíbrio muito grande no contrato”.¹⁵

No caso, diga-se uma vez mais, há normas contratuais que expressamente autorizam a modernização da sinalização viária, de modo que é absolutamente descabida a alegação de fato imprevisível gerador da necessidade da readequação da relação econômico-financeira do contrato.

4. CONCLUSÃO

Diante do exposto, a **Artesp** requer:

- 1) sejam julgados totalmente improcedentes os pedidos formulados na petição inicial, com a condenação da Autora nos encargos decorrentes da sucumbência.

Protesta provar o alegado por todos os meios em direito admitidos.

Nestes termos, pede deferimento.

São Paulo, 04 de junho de 2020.

RÔMULO SILVA DUARTE

Procurador do Estado

OAB/SP nº 423.402

15 STJ-REsp 169.274-SP, de 11/6/02 – rel. min. Franciulli Neto.

SENTENÇA

Processo nº **1022122-30.2020.8.26.0053 - Procedimento Comum Cível**
Requerente: **Centrovias Sistemas Rodoviários S.A.**
Requerido: **AGÊNCIA REGUL. SERV. PÚBL. DELEG. DE TRANSP. EST. SÃO PAULO**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **EVANDRO CARLOS DE OLIVEIRA.**

Vistos.

A CENTROVIAS SISTEMAS RODOVIÁRIOS S.A. ajuizou ação contra a AGÊNCIA REGULADORA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DE TRANSPORTE DO ESTADO DE SÃO PAULO – ARTESP, alegando que firmou o Contrato de Concessão 008/CR/98 com o DER/SP, outorgando-lhe a exploração da malha rodoviária de ligação entre São Carlos, Itirapina, Brotas, Jaú e Bauru, com prazo final em 6/5/2020. Esclareceu que posteriormente o DER/SP foi substituído pela ré na relação contratual. Alegou que nos termos do item 20.8 do edital, está obrigada a realizar os projetos executivos de acordo com as normas, padrões e especificações técnicas básicas vigentes à época da realização e implantação das obras. No que se refere à sinalização vertical da rodovia, observou as disposições da ABNT NRB 14891/2002 e ABNT NBR 14644/2007. Ocorre que em 27/7/2012 houve alteração da NBR 14891 (com vigência a partir de 27/8/2012) estabelecendo novas diretrizes para a implantação das placas de sinalização vertical, sem exigir, contudo, a substituição indistinta das placas já implantadas de acordo com as normas técnicas anteriores. Não obstante, a ré passou a exigir que os novos padrões previstos na norma técnica fossem adotados, de forma retroativa e indistintamente a toda sinalização vertical já implantada (Ofício CT. DOP.0668/17, de 26/7/2017). Alegou que se dispôs a atender a exigência da ré desde que houvesse o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato e encaminhou planilha com os valores para readequação das películas implantadas antes de agosto de 2012, mas o pedido foi negado. Com isso, em razão de não ter promovido a troca das placas, a ré instaurou processo administrativo sancionatório para aplica-lhe a penalidade de multa no valor de R\$ 50.000,00. Apresentou defesa, mas a Diretoria de Operações (DOP) da

ré emitiu parecer recomendando a aplicação da multa, estando pendente de decisão final. Considerando que a concessão se encerra em 6/5/2020 e se encontram em trâmite tratativas para a devolução do Sistema Rodoviário, mediante a elaboração de Relatórios de Vistoria, a ré já comunicou a expectativa de sinistro à Swiss Re Corporate Solucitons Brasil Seguros S.A., seguradora responsável pelo seguro-garantia ofertado pela autora, com fundamento no descumprimento da exigência de adequação da sinalização vertical do sistema rodoviário. Com isso, requereu a declaração de inexistência de relação jurídica que lhe obrigue a substituir e/ou adequar a sinalização vertical da malha rodoviária concedida nas condições unilateralmente impostas pela ré, sem a garantia do equilíbrio econômico financeiro do contrato. Juntou documentos às fls. 10/6235.

A ré apresentou contestação sustentando a legalidade do ato administrativo. Aduziu que os arts. 6º e 31 da Lei nº 8.987/1995 impõem à autora o dever de prestar o serviço de forma adequada e de acordo com as normas técnicas aplicáveis. Argumentou que o Anexo 6 do Edital de licitação previu a observância compulsória das normas técnicas editadas pela ABNT, inclusive no que se refere a sinalização da malha rodoviária (item 2 e 3.2.5). Salientou que o Anexo 10 do Edital de licitação impõe à concessionária o dever de *devolver o sistema rodoviário em bom estado, com a atualização adequada à época da devolução*. Asseverou ser de responsabilidade da autora a observação das normas técnicas e por todos os riscos associados à exploração do sistema rodoviário concedido, de modo que os custos decorrentes da atualidade dos serviços também são de sua responsabilidade, não havendo que se falar em equilíbrio econômico-financeiro. Ponderou ainda sobre a impossibilidade de intervenção judicial na alteração de cláusula contratual e a inaplicabilidade da teoria da onerosidade excessiva prevista no Código Civil. Requereu a improcedência do pedido. Juntou documentos às fls. 6.260/7.015.

Houve réplica (fls. 7.020/7.210).

Instadas para especificarem as provas a serem produzidas (fl. 7211), a ré requereu a juntada dos documentos às fls. 7.215/7.375 (fl. 7.214) e a autora requereu a produção de prova pericial de engenharia (fl. 7.376).

É o relatório.

Passo a sanear o feito.

Trata-se de ação por meio da qual a empresa pretende a declaração de inexistência de relação jurídica que obrigue a Autora a substituir e/ou adequar a

sinalização vertical da malha rodoviária e a anular da aplicação e/ou imposição de quaisquer medidas sancionatórias decorrentes deste fato.

As questões de mérito a serem apreciadas são exclusivamente de direito, tornando desnecessária a produção de provas em audiência, nos termos do artigo 355 do Código de Processo Civil de 2015.

Desnecessária a produção de prova pericial de engenharia, vez que o descumprimento das normas atuais da ABNT em relação à sinalização pretérita existente é fato incontroverso.

A existência do Contrato de Concessão nº 008/CR/98, celebrado entre as partes em 09/06/1998, restou incontroversa e comprovada pela prova documental carreada aos autos.

Estabelece o Anexo 6 do Edital de licitação que deu origem ao Contrato:

2. CONSERVAÇÕES DE ROTINA

2.1 Conceitos Básicos (...)

Padrões de Conservação/Manutenção

Os padrões dos serviços de conservação/manutenção na execução dos trabalhos da CONCESSIONÁRIA devem respeitar no mínimo as condições abaixo:

Os serviços de conservação/manutenção rodoviária deverão ser executados, tendo como referências, especificações, normas, procedimentos existentes e/ou outros que vierem a ser aprovados ou modificados pelo CONTRATANTE.

No caso em que os objetos dos serviços não possuam especificações do CONTRATANTE, prevalecerão as normas editadas pela ABNT e em caso de sua inexistência, prevalecerão as indicações do CONTRATANTE à luz das normas internacionais aplicáveis (fls. 153).

Durante a vigência do contrato e após a transferência do controle do sistema rodoviário, foram realizados trabalhos dos termos das disposições contidas na ABNT NBR 14891/2002 e ABNT NBR 14644/2007.

Após, em 27/7/2012, houve a alteração da NBR 14891 (com vigência a partir de 27/8/2012), que estabeleceu novas diretrizes para a implantação das placas de sinalização vertical e a questão a ser dirimida nestes autos consiste em saber se, em razão dessa norma, há obrigação de substituição das placas implantadas de acordo com as normas técnicas anteriores.

Sobre esse ponto, havia previsão no Anexo 10 do Edital de licitação:

A CONCESSIONÁRIA independentemente da manutenção e conservação necessárias a manter o NÍVEL DE SERVIÇO ADEQUADO durante o período da CONCESSÃO,

deverá devolver o SISTEMA RODOVIÁRIO em bom estado, com a atualização adequada à época da devolução e garantia de prosseguimento da vida útil por 6 anos das estruturas em geral, principalmente do pavimento. Nesse período não deverá ocorrer necessidade de serviços de recuperação e/ou reforços nas obras de arte especiais. (fls. 233).

...

A sinalização vertical deverá estar conforme o projeto, adequado à época do término da CONCESSÃO (fls. 235).

A autora, no momento em que adequou a sinalização vertical às normas contidas nas ABNT NBR 14891/2002 e ABNT NBR 14644/2007 atuou de forma regular; no entanto a adequação dessas estruturas, ocorrida há mais de 8 anos, não as torna definitivas.

Assim, patente a necessidade da sinalização vertical estar de acordo com as normas contidas na ABNT NBR 14891, vigente desde 27/8/2012.

A autora tinha conhecimento da obrigação de atualização do sistema que lhe seria imputada e, portanto, considerou tal disposição na apresentação de seu preço.

Os precedentes indicados na defesa amoldam-se perfeitamente à hipótese versada nesses autos:

Apelação Cível - Ação Ordinária - Contrato Administrativo - Concessão de rodovias - Pretensão de reequilíbrio financeiro - Mudanças de dispositivos de segurança em vista de alteração da Norma ABNT da NBR 6971/83 para a NBR 15486/07. Impossibilidade. Adequação técnica de dispositivos de segurança que é de responsabilidade da apelante observar por obrigação contratual assumida. Risco contratual que deve ser absorvido pela concessionária. Inexistência de fatos imprevisíveis. Sentença de improcedência que será parcialmente reformada apenas quanto a legitimidade do estado de São Paulo de figurar no polo passivo da ação. Recurso parcialmente provido. (TJSP; Apelação Cível 1017410-65.2018.8.26.0053; relator (a): Eduardo Gouvêa; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 16ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 20/05/2019; Data de Registro: 21/5/2019).

ILEGITIMIDADE PASSIVA. Verificação da pertinência subjetiva para figurar no polo passivo da demanda. Preliminar de legitimidade passiva da Fazenda Paulista acolhida. CONTRATO ADMINISTRATIVO. Pretensão ao reequilíbrio financeiro de contrato de concessão de rodovias em razão de superveniente alteração das normas de segurança e sinalização de trânsito. Inadmissibilidade. Responsabilidade do concessionário relativa ao escopo da sua prestação de serviço público. Adequação técnica necessária em razão do interesse público. Previsão explícita no edital e no contrato da obrigação assumida. Evolução natural da técnica nas diretrizes de segurança que deve ser observada. Ação julgada extinta em face da Fazenda paulista, e impro-

cedente em face da Artesp. Apelação da autora parcialmente provida, tão somente para o fim de afirmar a legitimidade passiva da Fazenda, mantido no mais o decreto de improcedência da ação (TJSP; Apelação Cível 1022436-78.2017.8.26.0053; relator (a): Fermino Magnani Filho; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes; 15ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 27/8/2018; Data de Registro: 28/8/2018.)

Assim, não há que se falar em desequilíbrio econômico-financeiro, vez que a autora assumiu a responsabilidade contratual pela entrega do sistema adequado às normas vigentes na data do término da concessão.

Diante do exposto, **julgo improcedente** o pedido formulado.

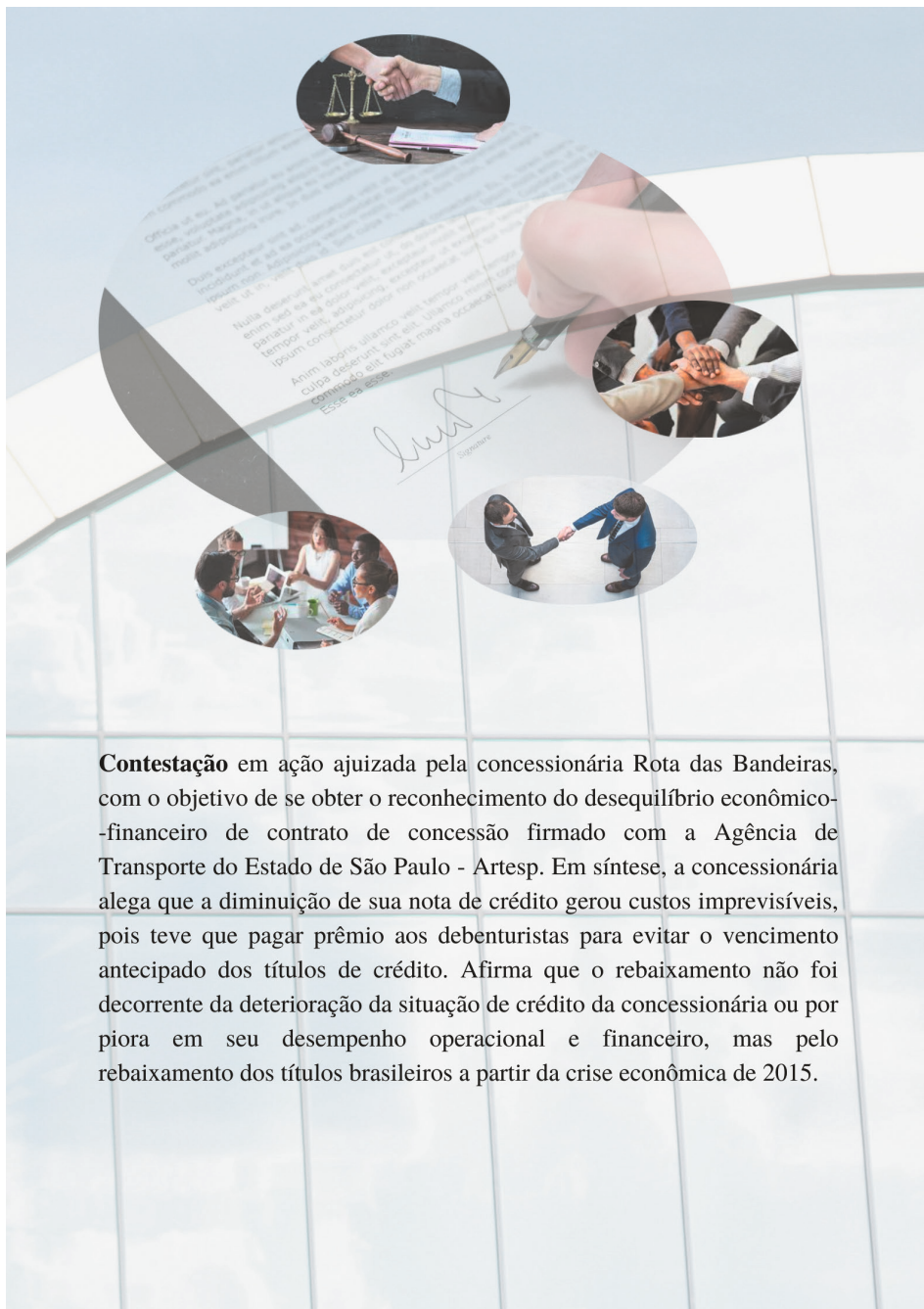
Condeno a empresa autora ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios que fixo em 10% sobre o valor da causa, nos termos do art. 85, § 4º, III, do CPC.

Pri.

São Paulo, 11 de agosto de 2020.

EVANDRO CARLOS DE OLIVEIRA

Juiz de Direito



Contestação em ação ajuizada pela concessionária Rota das Bandeiras, com o objetivo de se obter o reconhecimento do desequilíbrio econômico-financeiro de contrato de concessão firmado com a Agência de Transporte do Estado de São Paulo - Artesp. Em síntese, a concessionária alega que a diminuição de sua nota de crédito gerou custos imprevisíveis, pois teve que pagar prêmio aos debenturistas para evitar o vencimento antecipado dos títulos de crédito. Afirma que o rebaixamento não foi decorrente da deterioração da situação de crédito da concessionária ou por piora em seu desempenho operacional e financeiro, mas pelo rebaixamento dos títulos brasileiros a partir da crise econômica de 2015.

EXMO(A). SR(A). DR(A). JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL - FAZENDA PÚBLICA

PROCEDIMENTO ORDINÁRIO Nº 1065799-47.2019.8.26.0053

REQUERENTE: CONCESSIONÁRIA ROTA DAS BANDEIRAS S.A.

REQUERIDA: AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DE TRANSPORTES DO ESTADO DE SÃO PAULO – ARTESP E FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DE TRANSPORTES DO ESTADO DE SÃO PAULO – ARTESP E A FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, representadas pelos procuradores do Estado subscritos, vêm respeitosamente à presença de Vossa Excelência apresentar CONTESTAÇÃO, com base nos fundamentos de fato e de direito a seguir expostos:

1. SÍNTESE DA DEMANDA

Trata-se de ação ajuizada pela Concessionária Rota das Bandeiras em que esta pede o reconhecimento do desequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão 03/ARTESP/2009 - **Contrato**.

Em síntese, a concessionária alega que a diminuição de sua nota de crédito gerou custos imprevisíveis, pois teve que pagar prêmio aos debenturistas para evitar o vencimento antecipado dos títulos de crédito. Afirma que o rebaixamento não foi decorrente da deterioração da situação de crédito da concessionária, ou por piora em seu desempenho operacional e financeiro, mas pelo rebaixamento dos títulos brasileiros a partir da crise econômica de 2015.

Dessa forma, a concessionária requer a procedência da ação para que seja declarado o seu direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, com a condenação das rés a recompor o equilíbrio nos valores requeridos no pleito administrativo (*“o valor base a VPL (valor presente líquido) de 2008 – ano de elaboração da proposta comercial – em R\$ 3.254.604,28 (três milhões, duzentos e cinquenta e quatro mil, seiscentos e quatro reais e vinte e oito centavos)”*).

Consoante se demonstrará, as pretensões aduzidas não encontram respaldo no ordenamento jurídico e nas cláusulas contratuais que regem a matéria porquanto (i) o

Contrato de Concessão atribui a responsabilidade econômico-financeira pela materialização de riscos de financiamento à parte autora; (ii) a alocação de riscos e a regra de reequilíbrio de contratos de obra da Lei nº 8.666/1993 não é aplicável a contratos de concessão; (iii) a teoria da onerosidade excessiva não é aplicável a contratos de concessão; (iv) o Poder Judiciário não pode intervir na escolha regulatória da Artesp quanto à distribuição de riscos do contrato de concessão; (v) o valor supostamente devido não pode incluir dispêndios com comissão de assessoria financeira e assessoria jurídica e impostos; (vi) a forma de atualização do débito deve obediência aos critérios de atualização previstos na lei que regula as indenizações devidas pela Fazenda Pública.

2. DO PEDIDO DE REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO DE CONCESSÃO

A. DA COMPOSIÇÃO ACIONÁRIA DA CONCESSIONÁRIA ROTA DAS BANDEIRAS E O CONTEXTO DA CRISE ECONÔMICA BRASILEIRA DE 2015

Alega a concessionária que teve o *rating* rebaixado de suas debêntures em razão da crise econômica de 2015 e em decorrência de medidas econômicas adotadas pelo governo federal na tentativa de conter os catastróficos resultados fiscais, políticos e econômicos vivenciados pelo país.

Não menciona em nenhum momento que a Concessionária Rota das Bandeiras, até maio de 2019, tinha como controladora a Odebrecht Rodovias S.A.

De acordo com informações do site da concessionária:

A Companhia é uma sociedade por ações, controlada atualmente pelos Fundos de Investimento em Participações Multiestratégia SCP 1355 ("SCP 1355") e OTP CRB ("FIP OTP").

Em 27 de maio de 2019 a então controladora direta Odebrecht Rodovias S.A. ("ODBVias"), alienou o equivalente a 85% do capital social da Companhia para o Fundo de Investimento em Participações Multiestratégia SCP 1355.



QUADRO DE COMPOSIÇÃO ACIONÁRIA

CONCESSIONÁRIA ROTA DAS BANDEIRAS S.A. Av. Juca Peçanha, 116 – Cidade Satélite – Atibaia – SP – CEP 12941-000 CNPJ (MF) 10.647.979 / 0001-48				
Acionistas	Quantidade de Ações Nominativas Ordinárias (ON)	Quantidade de Ações Nominativas Preferenciais (PN)	Total de Ações Nominativas / Ordinárias (ON + PN)	Percentual de Participação Acionária (%)
Odebrecht Investimentos em Infra-estrutura Ltda.	104.406.653	20.881.331	125.287.984	60,00%
Odebrecht Serviços de Engenharia e Construção S.A.	-	83.526.322	83.526.322	40,00%
TOTAL	104.406.653	104.406.653	208.813.306	100,00%

No momento da assinatura do **contrato**, a composição acionária da concessionária era formada integralmente por empresas do Grupo Odebrecht:

É conhecimento notório que o envolvimento do Grupo Odebrecht nos escândalos de corrupção da Operação Lava-Jato foi um dos fatos catalizadores da crise econômica de 2015, que culminou com o *impeachment* da então presidente Dilma Rousseff.

Desde meados de 2015, era noticiado o risco atrelado às dívidas do Grupo Odebrecht:¹

REVISTA EXAME

O Risco Odebrecht

Em dez anos, a Odebrecht, quarto maior grupo do país, quintuplicou de tamanho e passou a faturar 108 bilhões de reais. A meta era chegar a 200. Agora tem seu presidente preso e negócios sob suspeita. Pior: com uma enorme dívida para pagar

Por **Maria Luiza Filgueiras**
 12 ago 2015, 11h20

De acordo com a citada reportagem, houve o rebaixamento da nota de risco da dívida do grupo em razão das investigações da Lava-Jato, do alto valor da dívida (cerca de 88 bilhões de reais), da possibilidade de aplicação de multas pelos ilícitos praticados e da prisão de seus dirigentes.

Dessa maneira, a narrativa da autora de que teve que arcar com o pagamento de prêmio aos debenturistas para evitar o vencimento antecipado da dívida **em decorrência do rebaixamento do rating** por agências de risco e de que tal fato teria se dados apenas por fatores externos não releva o contexto em que a concessionária estava envolvida: era uma empresa do Grupo Odebrecht.

A concessionária teve sua nota rebaixada de Ba1/Aa2.br para Ba3/A3.br, com perspectiva negativa, em julho de 2016, pela Moody's. Acerca dos fundamentos do *rating*, consta no Parecer de crédito da agência (em anexo):

(...)

Nos últimos anos, o grupo Odebrecht, controlador da RDB, diversificou suas atividades e investiu em novos projetos que incluem plataformas de petróleo para suportar a crescente produção de petróleo, energia, água e tratamento de esgoto e em concessões de rodovias pedagiadas do Brasil. Por meio da subsidiária OTP, o grupo tem

¹ <<https://exame.abril.com.br/revista-exame/o-risco-odebrecht/>>.

buscado atividades oportunas no setor de transporte, principalmente em rodovias pedagiadas, portos e aeroportos. Injeções de capital em novos projetos potenciais e captação de longo prazo deverão ser na sua maioria financiada por dívida sem direito a recurso de financiamento de projetos.

(...)

De 2009 a 2011, a Rota das Bandeiras recebeu injeções de capital de seus acionistas no montante de R\$ 557 milhões e, em 2013, a empresa obteve um empréstimo mútuo de R\$ 300 milhões de seu acionista OTP - Odebrecht Transport S.A. O empréstimo mútuo está subordinado às debêntures e ao empréstimo do BNDES enquanto o pagamento do principal está programado para ser realizado em uma única parcela em 10 de outubro de 2025, após o vencimento das debêntures e do empréstimo do BNDES.

(...)

A RDB é uma subsidiária indireta da Odebrecht S.A. (Odebrecht; sem rating), uma holding familiar de investimentos de um dos maiores conglomerados brasileiros não financeiros. A subsidiária de engenharia e construção da Odebrecht, a Odebrecht Engenharia e Construção S.A. (B2/Ba2.br; em revisão para rebaixamento), representa aproximadamente 35% das receitas consolidadas, com 45% representados por sua subsidiária petroquímica Braskem, e 20% por outras subsidiárias que operam na sua maioria nos setores de infraestrutura e energia.

Veja-se que pertencer ao Grupo Odebrecht fez parte do contexto econômico da concessionária, o que foi levado em conta na fixação do *rating* pela Agência.

Tanto que com a venda de 85% do controle acionário da Rota das Bandeiras pela controladora Odebrecht Rodovias S.A. para um Fundo de Investimentos Internacional, a Moody's decidiu revisar o *rating*, elevando-o².

E realmente o *rating* subiu para Ba3/A1.br, com perspectiva positiva, em junho de 2019, sendo que de acordo com o parecer da Agência: *“a visão do crédito também incorpora a expectativa de que a companhia está mais bem posicionada para obter fontes de financiamento adicionais para cumprir com seu programa de investimento e manter ao mesmo tempo um perfil de liquidez sólido após a conclusão do processo de venda de 85% de suas ações em maio de 2019”* (em anexo).

Portanto, não se pode alegar que o rebaixamento se deu por razões externas à companhia, mormente porque a avaliação sobre sua capacidade de cumprir seu programa de investimentos estava umbilicalmente atrelada ao perfil do seu sócio controlador, grupo econômico mergulhado no maior escândalo de corrupção da história.

2 <https://www.moody.com/research/Moodys-coloca-ratings-da-Rota-das-Bandeiras-em-revisao-para-PR_395156>.

B. DA IMPOSSIBILIDADE DE REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

O contrato de concessão não pode ser considerado desequilibrado em razão de variações de custo de capital próprio ou de terceiros (financiamento) necessários para o custeio da atividade empresarial. A Concessionária é a única responsável pela obtenção dos financiamentos necessários, tendo o contrato alocado de forma clara o risco de financiamentos à contratada.

Vejamos.

A tutela do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, assim como dos demais contratos administrativos, corresponde a garantia constitucional, estando prevista no inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal e, na legislação ordinária, artigo 9º, §§ 2º, 3º e 4º e 10 da Lei nº 8.987/95.

O contrato de concessão, diferente do que ocorre nos contratos de obra, envolve a transferência de uma série de riscos ao particular contratado pela Administração, a ele incumbindo a gerência do negócio e a assunção de responsabilidades semelhantes à de um empresário privado.

Bem elucida a lição de JUSTEN FILHO, ao afirmar que o:

[...] relacionamento entre poder concedente e concessionário rege-se pelos princípios fundamentais que disciplinam a atividade administrativa do Estado. O conceito de concessão se integra, por isso, pelo princípio de que o concessionário assume os riscos da atividade, cabendo-lhe a faculdade de imprimir os princípios da atividade privada à organização do serviço concedido. Em última análise, a concessão produz a transferência, para a órbita alheia, dos riscos e encargos privados da prestação do serviço público. Se o titular da competência para prestação do serviço público mantiver em sua esfera jurídica a responsabilidade pelos encargos e riscos correspondentes, não se configura a concessão. Aliás, na medida em que o delegatário não concorresse com uma parcela dos riscos e não estivesse sujeito a arcar com os prejuízos, nem se poderia cogitar de atribuir-lhe a parcela de lucros. Seria ofensivo à ordem jurídica o modelo contratual que reservasse ao Estado o risco do prejuízo e assegurasse ao delegatário o privilégio de parte dos lucros³ (g.n.).

Entre os riscos ordinários que se inserem na esfera de risco do concessionário constam aqueles relativos às decisões empresariais, comuns a quaisquer executivos. Não se pode perder de vista que, com a celebração do contrato de concessão, o particular não é agraciado com uma espécie de “escudo” que

3 JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos* – São Paulo: Dialética, 1997, p. 67.

o protegerá das intempéries advindas das conjunturas mutáveis e dos riscos decorrentes do negócio.

O contrato de concessão – não é demais repetir – não comporta protecionismo especial ao empreendedor privado que, no giro dos negócios, seja com o Poder Público, seja com o particular, está sujeito a qualquer intempérie, não sendo a cláusula *rebus sic stantibus* garantia ao desempenho administrativo inadequado ou insatisfatório.

BANDEIRA DE MELLO sinaliza que é inerente às particularidades do instituto da concessão de serviço público uma proteção ao equilíbrio econômico-financeiro **menos completa** do que a existente na generalidade dos contratos administrativos, por assumir o concessionário **riscos proporcionais à margem de liberdade que lhe é assegurada**, porquanto titular de poderes para organizar economicamente a atividade e montar sua própria estratégia de investimentos, de forma a obter o melhor resultado ou custo-benefício do empreendimento, visando extrair a maior lucratividade possível, desde que respeitados os padrões impostos pelo Estado.⁴

Logo, o poder concedente não pode assumir o ônus decorrente da má estratégia ou má gestão empresarial do concessionário, senão para descaracterizar o contrato de concessão. Celso Antonio Bandeira de Mello claramente alude a esse quadro quando afirma que a expressão “equilíbrio econômico-financeiro” não traz consigo uma imunização do concessionário ao malogro de seu empreendimento pessoal, quando venha a sofrer vicissitudes próprias da vida negocial.⁵

O artigo 10 da Lei nº 8.987/95 estabelece relação entre as condições do contrato e a equação financeira, de sorte que resulta atendido o equilíbrio contratual se respeitado o contrato de concessão: ***“Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro”***.

Assim, para a adequada definição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, deve ser avaliada a matriz de riscos estabelecida no contrato de concessão de serviço público. A matriz de risco define qual das partes é responsável por cada uma das atividades previstas no instrumento contratual e para lidar com incertezas positivas e negativas (ganhos e ônus) que afetam tais atividades. Ao estipular as responsabilidades de cada parte do contrato, a matriz de risco fixa o conjunto de

4 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 15ª ed., SP: Malheiros, p. 680-1.

5 Ob. cit., p. 680-1.

encargos e benefícios de cada uma delas e, assim, em conjunto com as obrigações de desempenho na prestação dos serviços e o sistema de pagamentos, compõe a equação econômico-financeira do contrato.

O rompimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato que enseja o direito à sua recomposição, portanto, não depende somente da constatação de quebra da correlação entre encargos e vantagens, mas também da distribuição de responsabilidades em decorrência da materialização do risco. Somente eventos cuja responsabilidade não tenha sido atribuída à parte prejudicada podem gerar o restabelecimento da equação econômica via pleito de reequilíbrios.

Nesse passo, cumpre destacar que a cláusula 22 do Contrato de Concessão nº 002/Artesp/2009 prevê que a **concessionária assume integral responsabilidade pelos riscos inerentes à exploração do sistema rodoviário e, especialmente, que variações de custos decorrentes das obrigações assumidas não serão considerados para efeito do equilíbrio econômico-financeiro, posto que a correta avaliação dos custos e do que deve ser realizado para execução do contrato é de risco exclusivo da concessionária:**

22.1. A CONCESSIONÁRIA assume integral responsabilidade pelos riscos inerentes à exploração do SISTEMA RODOVIÁRIO, excetuados unicamente aqueles em que o contrário resulte expressamente deste CONTRATO.

22.2. Diminuição de receita, decorrente de alterações da demanda de tráfego em relação ao previsto no Plano de Negócios apresentado na PROPOSTA, não serão consideradas para efeito do equilíbrio econômico-financeiro, sendo considerado risco exclusivo da CONCESSIONÁRIA a correta avaliação do possível impacto sobre a exploração do SISTEMA RODOVIÁRIO decorrente da evolução futura dessa demanda.

22.2.1. A CONCESSIONÁRIA assumirá, integralmente, o risco das projeções das receitas acessórias.

22.3. Variações de custo decorrentes das obrigações assumidas pela CONCESSIONÁRIA em relação ao previsto no PLANO DE NEGÓCIOS apresentado na PROPOSTA não serão consideradas para efeito do equilíbrio econômico-financeiro, sendo considerado risco exclusivo da CONCESSIONÁRIA sua correta avaliação.

Com efeito, nos custos decorrentes das obrigações assumidas pela concessionária **incluem-se os custos de capital**, de maneira que as suas variações consistem em risco de exclusiva responsabilidade da concessionária.

Ademais, conforme disposto na cláusula contratual 15, a concessionária é a única e exclusiva responsável pela obtenção dos financiamentos necessários para a execução do contrato de concessão:

CAPÍTULO VI
FINANCIAMENTO

CLÁUSULA 15. - OBTENÇÃO DO FINANCIAMENTO

15.1. A CONCESSIONÁRIA é a única e exclusiva responsável pela obtenção dos financiamentos necessários ao normal desenvolvimento dos serviços abrangidos pela CONCESSÃO, de modo a cumprir, cabal e tempestivamente, todas as obrigações assumidas neste CONTRATO.

15.1.1. Para a obtenção dos recursos financeiros adicionais ao capital social, necessários ao normal desenvolvimento das atividades abrangidas pela CONCESSÃO, a CONCESSIONÁRIA celebrou em, 27/3/2003, instrumento denominado PROPOSTA FIRMA DE EMPRÉSTIMO PONTE – FINANCIAMENTO PARA IMPLEMENTAÇÃO DOS CORREDOR DOM PEDRO I, em regime de colocação firme e de melhores esforços, juntamente com ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRA-ESTRUTURA LTDA., ODEBRECHT SERVIÇOS DE ENGENHARIA E CONSTRUÇÃO S.A. e BANCO SANTANDER S.A., e a carta do BANCO SANTANDER, datada de 27/3/2009, com declaração de celebração de mandato objetivando a assessoria para a participação na licitação e compromisso de viabilizar os empréstimos e/ou colocação de obrigações de curto e longo prazos, que constitui(em) o ANEXO IX – Documentos de Financiamento.

15.1.2. A CONCESSIONÁRIA não poderá alegar qualquer disposição, cláusula ou condição do(s) Contrato(s) de Financiamento, ou qualquer atraso no desembolso dos recursos, para se eximir, total ou parcialmente, das obrigações assumidas neste CONTRATO, cujos termos são de pleno conhecimento da(s) INSTITUIÇÃO(ÕES) FINANCIADORA(S).

15.2. A CONTRATANTE poderá autorizar a CONCESSIONÁRIA a dar em garantia dos financiamentos contratados nos termos desta Cláusula, os direitos emergentes de exploração do SISTEMA RODOVIÁRIO, nos termos do artigo 28 da Lei nº 8.987/1995, quando não houver comprometimento da operacionalização e da continuidade da prestação dos serviços objeto da CONCESSÃO.

E nos termos do art. 31, VIII, da Lei nº 8.987/95, é encargo da concessionária *“captar, aplicar e gerir os recursos financeiros necessários à prestação do serviço”*.

Dessa forma, de acordo com as cláusulas contratuais, o impacto da estrutura de capital (proporção de capital próprio e de capital de terceiros) adotada na atividade empresarial constitui risco do negócio, de modo que se for bem ou mal sucedida suas vantagens ou desvantagens deverão ser apropriadas pelo concessionário. Assim, se o concessionário obtiver empréstimos mais baratos não pode o poder concedente buscar o reequilíbrio para apropriar-se das melhores condições de financiamento, assim como não é dado ao concessionário socializar os prejuízos de seus custos com debêntures mal contratadas.

De acordo com a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro: *“a álea ordinária ou empresarial, que está presente em qualquer tipo de negócio, é um risco que todo*

empresário corre, *como resultado da própria flutuação do mercado*; sendo previsível, por ela responde o "concessionário"⁶ (g.n.).

Com efeito, é opção econômica-administrativa da concessionária, ou de qualquer sociedade empresária, definir qual é a melhor maneira de captar recursos para o financiamento do projeto.

Existem várias maneiras da concessionária captar recursos: *bonds*, debêntures, debêntures conversíveis, empréstimo, *funding*, oferta pública inicial de ações (IPO) etc.

Em relação às debêntures, de acordo com a Lei nº 6.404/76, a empresa pode emitir debêntures nas condições constantes da escritura de emissão (art. 52), com a possibilidade de “*de estipular amortizações parciais de cada série, criar fundos de amortização e reservar-se o direito de resgate antecipado, parcial ou total, dos títulos da mesma série*” (art. 55).

Assim, a emissão de debêntures com cláusula de vencimento antecipado na hipótese de rebaixamento do *rating* é decisão empresarial da concessionária, de sua exclusiva responsabilidade nos termos contratuais.

Claramente pretende a autora transferir para as rés os ônus decorrentes de sua opção em emitir debêntures com as condições citadas e de optar pela renegociação, com pagamento de prêmios.

Veja-se que a relação jurídica existente no presente caso é da concessionária com os debenturistas, nos termos das cláusulas fixadas no título de crédito, não se relacionando com qualquer cláusula do contrato de concessão.

Nos termos da cláusula contratual 23.1, III, pode acarretar o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato a “*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*”.

Em primeiro lugar, como descrito anteriormente, não se tratou de evento alheio ao contexto econômico da Concessionária, tendo em vista que até maio de 2019 era empresa do Grupo Odebrecht.

6 Parcerias na Administração Pública. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 117.

Além disso, o custo decorrente do pagamento de prêmios para evitar o vencimento antecipado das debêntures decorreu de opção administrativa e empresarial da empresa, sobre a qual o poder concedente não tem qualquer ingerência.

Com efeito, a crise econômica de 2015/2016 não se revela excepcional quando se analisa os movimentos do PIB de 1978 a 2017, conforme a manifestação da Diretoria de Controle Econômico-Financeiro (fls. 154/160 das informações anexas):

Observa-se que a atual crise, onde o PIB caiu 3,59% e 3,77% nos últimos dois anos, nada tem de excepcional se comparada a 1981 e 1990, onde o PIB decresceu 4,25% e 4,35%, respectivamente. Sendo assim, não cabem os argumentos apresentados pela concessionária, uma vez que reversões após épocas de bonança já haviam ocorrido outras vezes na economia brasileira, inclusive após períodos de crescimento de magnitude superior aos recentemente observados na economia brasileira. Mais ainda, é possível observar que a economia vem apresentando sinais de reversão e o mercado prevê PIB positivo em 2017 (1,01%). (...)

(...) ao considerarmos a variância das séries [do PIB], estas não podem ser consideradas diferentes, nos levando à conclusão que a média da variação real anual do PIB entre 1978 e 2007 é igual a média da variação real anual do PIB entre 2008 e 2017.

(...) Sabe-se que, das três componentes descritas acima [indústria, agropecuária e serviço], as que mais impactam o tráfego nas rodovias são a agropecuária e a indústria. Então, uma premissa conservadora para a previsão das variações dos meses por um período de 30 anos poderia, e deveria, levar em consideração a possibilidade de quedas ao menos tão grandes quanto as já ocorridas no passado, no caso, por volta de 8%. Observando a crise atual, agropecuária e indústria retraíram-se bem menos do que ocorrido na década de 80, de forma que a adoção de premissas minimamente conservadoras seriam suficientes para mitigar seus efeitos adversos.

(...)

Uma previsão conservadora, que tomasse somente os desvios padrão das séries para cima e para baixo, teria como pior cenário os valores de -7,43% para a agropecuária e -6,04% para a indústria. Deste ponto de vista, os decréscimos observados nos últimos anos podem ser considerados normais e completamente dentro de uma banda de variação esperada. Novamente, ressalta-se as reversões observadas, uma vez que o mercado espera um crescimento de 12,43% para a agropecuária e decréscimo de apenas -0,02% para a indústria em 2017.

Assim, não há que se falar em álea econômica extraordinária, já que os movimentos do PIB apenas se são no sentido de regressão à média. Esse fato é esperado, dado o caráter de longo prazo dos contratos. Por vezes ocorrem aumentos, mas que são compensados por quedas futuras, mantendo-se o equilíbrio em patamares constantes (como nesse caso) ou então em tendências de crescimento suaves e bem-comportadas.

Ademais, o Edital de licitação do Lote 7 (Corredor Dom Pedro I) foi publicado em meados de 2008, com apresentação de propostas em 29/10/2008, momento de grave crise mundial.

E considerando o longo prazo do contrato em questão, qual seja, 30 anos, seria de se esperar que houvesse crises econômicas nesse período.

Dessa forma, eventual crise política e econômica não gera ao poder concedente a responsabilidade por custos relacionados à estratégia de captação de recursos e de financiamento do projeto.

Não pode a concessionária “pinçar” períodos de retrocesso econômico para justificar reequilíbrio econômico-financeiro do contrato em seu favor, sob pena de se contradizer valendo-se da própria torpeza: se a recessão econômica de dois anos (2015/2016) implica revisão contratual a favor da concessionária, quer isso dizer que o crescimento econômico nos demais anos de contrato (2010 a 2014 e 2017) implica revisão a favor do poder concedente e redução das tarifas de pedágio pagas pelos usuários?

A análise macroeconômica não pode ser feita com base em recortes temporais manipulados e favoráveis à concessionária.

Nesse sentido, a presente demanda desconsidera que o prazo da concessão é de 30 anos, de modo que é inadmissível considerar apenas curto período de tempo.

Se a autora pressupôs 30 anos de pura bonança econômica, sem quaisquer variações macroeconômicas, em suas projeções financeiras apresentadas na proposta, deve arcar com essa decisão empresarial.

No caso em questão, se a concessionária tivesse optado em antecipar o vencimento dos títulos de crédito, o Poder Público teria que arcar com a integralidade do pagamento das dívidas?

Nesse cenário hipotético, se o poder concedente arcasse com o pagamento integral das dívidas, em última análise, seriam todos os contribuintes paulistas que indenizariam os prejuízos decorrentes da decisão empresarial e da crise econômica, levando-se em consideração que se trata de serviço remunerado pela tarifa de pedágio paga pelos usuários do sistema rodoviário.

Portanto, a parte autora não demonstrou como, por que e nem quanto do desequilíbrio provocado por sua atuação empresarial deve ser suportado pelo Poder Público, sendo improcedente sua pretensão.

C. DA INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA ONEROSIDADE EXCESSIVA AO CONTRATO DE CONCESSÃO. FRAUDE À LICITAÇÃO E À LÓGICA JURÍDICO-ECONÔMICA DO CONTRATO. SUBVERSÃO DA MATRIZ DE RISCOS

A parte autora procura impor aos usuários do serviço de rodovia os custos decorrentes de sua opção empresarial de captar recursos mediante emissão de debêntures. Justifica essa transferência de custos na aplicação equivocada e ilegal da teoria da onerosidade excessiva, a qual estaria fundada no artigo 65, II, “d” da Lei federal nº 8.666/93, o qual prevê, *in verbis*:

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

[...]

II - por acordo das partes:

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

Da simples leitura desta disposição legal, percebe-se que a norma tem como objetivo conferir fundamento legal a aditivos firmados pelo Poder Público e por particulares que estejam vinculados por contratos regulados pela Lei nº 8.666/93. O item “d”, do II, prevê que pode ser firmado acordo para manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato nas hipóteses de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis ou em casos de força maior/caso fortuito/fato do príncipe, desde que tais eventos configurem álea econômica EXTRAORDINÁRIA E EXTRA CONTRATUAL.

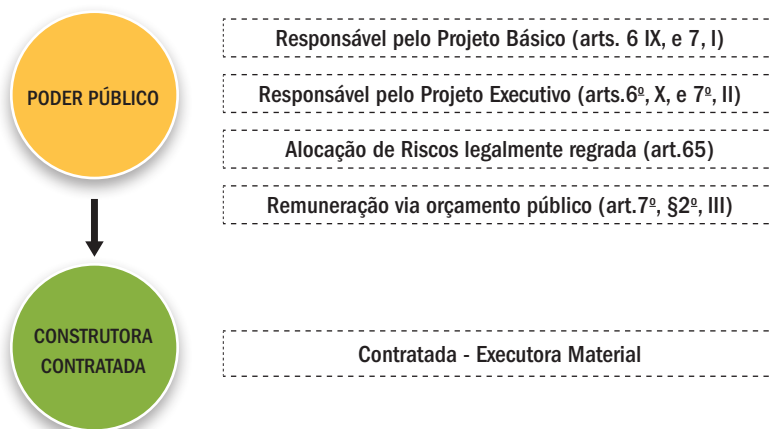
Por razões de *economia dos contratos* e de *lei*, o contrato de concessão do serviço de rodovia não é regulado, no que tange ao sistema de equilíbrio econômico-financeiro, pela Lei federal nº 8.666/1993, mas por *suas próprias disposições*, consoante expressamente disposto no artigo 10 da Lei federal nº 8.987/1995.

Ainda que fosse regulado pela Lei federal nº 8.666/1993, não incidiria a hipótese acima prevista, pois a materialização de custos a maior decorrentes de risco de financiamento, além de não ser extraordinário (conforme demonstrado no tópico anterior) foi expressamente regulado no instrumento do contrato de concessão (portanto, trata-se de álea contratualizada).

Assim, não está configurado o requisito da “álea econômica **extraordinária e extracontratual**”, prevista no artigo 65, II, “d”, da Lei federal nº 8.666/1993, não havendo fundamento jurídico para um aditivo que enseje aumento de tarifas para recompor a equação econômico-financeira do contrato.

É importante reforçar, para que o Poder Judiciário não seja indevidamente induzido a erro e dê respaldo a uma tese jurídica com efeitos sistêmicos devastadores, que os contratos de obra e de serviços da Lei federal nº 8.666/93 possuem uma dinâmica e uma lógica jurídico-econômica **completamente distintas** daquelas dos Contratos de Concessão.

Como ensina o professor Jacintho Arruda Câmara, a Lei nº 8.666/93 estabelece um **protagonismo do Poder Público na viabilização da infraestrutura**, transferindo para a **contratada** basicamente **a incumbência de executar as suas decisões**. O diploma não permite que a contratada assuma o ônus de conseguir um financiamento para a obra ser executada (art.7, § 3º), impondo como requisito de validade para a contratação a existência de dotação orçamentária (art.7º, § 2º, III). O modo de pagamento das prestações devidas é paulatino, dá-se à medida que a obra vai sendo executada (art. 40, XIV, “a”). Isto é, **a cada medição** a Administração deve **pagar o correspondente que for executado**. Nesse tipo de contratação, a Administração deve apresentar, juntamente com o edital, as características **mais relevantes do projeto a ser executado pela empresa contratada**. Não é possível transferir para o empresário o ônus de elaborar o projeto (art. 7, § 2º, I) e tampouco a responsabilidade por captar recursos e por definir soluções técnicas para melhor atingimento das finalidades públicas. De modo ilustrativo, pode-se esquematizar as características dos contratos da Lei nº 8.666/1993 da seguinte forma:

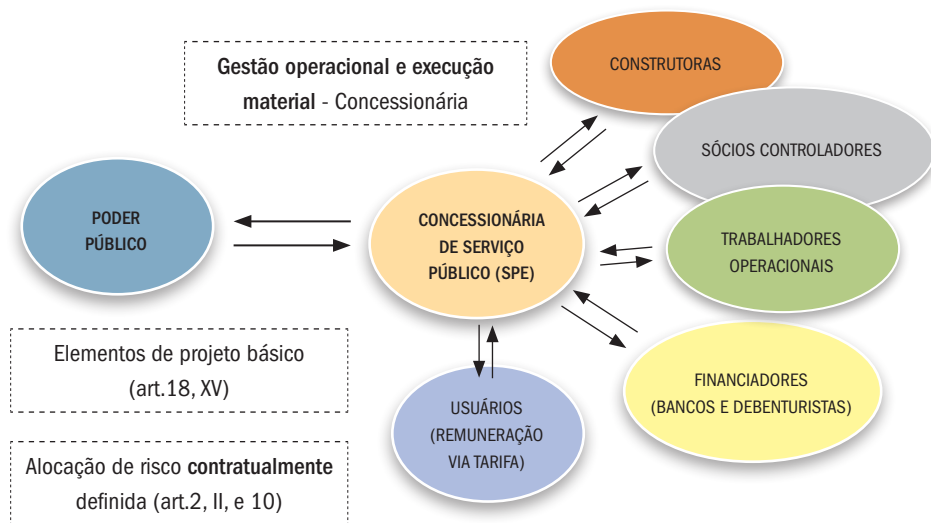


Assim, em razão das características essenciais dessa relação jurídico-contratual (forma de remuneração da contratada e de financiamento, forma de concepção do projeto e responsabilidades das partes), tem-se um sistema específico para reequilíbrio desses contratos, caracterizado pela regra do 65 da Lei nº 8.666/93. Essa norma não pode ser simplesmente transplantada para a dinâmica dos contratos de concessão, ainda mais quando se está a tratar de riscos claramente atribuídos à concessionária.

Diante desse cenário, não se mostra sustentável invocar como **precedente** para o presente caso o acórdão proferido pelo e. STJ no Recurso Ordinário em MS nº 15.154-PE, pois, neste caso, a colenda Corte Superior apreciou **recurso** contra **acórdão** que reconheceu que a maxidesvalorização cambial seria risco inerente a um contrato de fornecimento de softwares *firewall* de interesse do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. A decisão do e. STJ apreciou a validade do indeferimento do pedido de recomposição de preços em um simples contrato de fornecimento de serviço regulado pela Lei nº 8.666/93, o qual, por óbvio, é juridicamente incomparável a um contrato de concessão de longo prazo.

É importante ressaltar que na Contratação da Lei nº 8.987/95, estabelece-se um outro caminho (diferente daquele da Lei federal nº 8.666/3) para viabilizar a construção e a exploração da infraestrutura pública (rodovia). Como ensina o professor Jacintho Arruda⁷, quando a infraestrutura pública admite exploração econômica, é possível contratar particulares para que estes assumam o ônus do investimento, em troca do direito à exploração econômica dos serviços atrelados àquela infraestrutura. Entre as várias características dessa dinâmica contratual, há uma central ao regime de concessões: a remuneração da contratada é baseada na exploração do serviço ou da infraestrutura delegada. Além disso, nesse modelo se admite a participação dos particulares inclusive na formulação de projetos e na definição de soluções para a realização de empreendimentos públicos. De modo ilustrativo, pode-se esquematizar as características dos contratos de concessão da seguinte forma:

7 Jacintho Arruda Câmara, “Contratações públicas para projetos de infraestrutura”. Artigo publicado no livro *Direito da Infraestrutura 1*, coords. Fernando S. Marcato e Mário Engler Pinto Junior, São Paulo, SaraivaJur, 2017, p. 66.



Assim, nesse modelo, as soluções para a infraestrutura podem ser amplamente delegadas ao concessionário – como no caso do contrato de concessão ora em apreço – de modo que os riscos e responsabilidades são por este assumidos (art. 2º e 10 da Lei nº 8.987/1995). A ideia geral é que cabe ao contrato “fixar uma divisão de riscos entre o poder concedente e a empresa concessionária” e à concessionária é delegado o poder para estabelecer e coordenar os arranjos contratuais que firma com construtoras, financiadores, trabalhadores, seguradoras e com seus sócios controladores. Não é à toa que doutrinariamente se fala que as concessões existem para viabilizar o financiamento privado da infraestrutura, o qual ocorre por capital próprio e por capital de terceiros, sendo as concessionárias verdadeiras “empresas privadas”⁸:

No setor de infraestrutura paira um certo desconforto em admitir que a organização racional dos fatores de produção toma a forma, como não poderia deixar de ser, de empresa: está aí o desuso de tal palavra face ao emprego recorrente de termos como “projeto”, “investimento”, “SPE” a denunciar o fenômeno, como se fosse necessário ocultar algo tão legítimo quanto a busca do lucro, público ou privado, pela exposição ao risco, pelo empreendedorismo, pela criatividade em bolar modelagens desafiadoras do senso comum nos diversos saberes que vão aos poucos consolidando, no espaço que coube ao direito, uma nova e deliciosa prática de advocacia.

8 VANZELLA, Rafael. Financiamento Privado da Infraestrutura. In: Mario Engler Pinto Júnior; Fernando Marcato. (org.). Direito da Infraestrutura. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 1, p. 305-384.

Como consequência desta distinção entre os institutos, é possível afirmar que uma intervenção judicial na escolha regulatória feita pela Artesp quanto ao modo de alocar riscos em um contrato de concessão de rodovia pode gerar problemas sistêmicos incalculáveis e desastrosos para o estado de São Paulo, em especial por sinalizar que o estado “garantirá” a lucratividade das concessões nas hipóteses em que estas tenham problemas na obtenção de financiamento com capital de terceiros. Esses projetos (empresas) se sustentam em um arranjo contratual que atribui aos concessionários os bônus e ônus decorrentes de uma relação jurídica complexa e de longo prazo, a qual envolve investimentos de alta monta, a cobrança de tarifas públicas, a percepção de receitas acessórias, um cronograma físico-financeiro de obras a realizar e um amplo espectro de possibilidades de gerenciamento de riscos típicos do gerenciamento de uma infraestrutura de grande porte. Em suma, este modelo é adotado em muitos contratos de concessão firmados pelo estado, de modo que um precedente judicial intervindo nesta atribuição de riscos gerará incentivos nefastos para o Programa de Concessões.

Destaque-se que a atribuição do risco contratual é um dos principais instrumentos da regulação do serviço público pela Administração, configurando matéria de reserva de administração, de modo que nem o Poder Legislativo nem o Poder Judiciário podem intervir, concedendo “isenções”, criando “benefícios tarifários” ou mesmo assegurando a “reequilíbrios” fora das disposições contratuais, conforme orientação geral vinculante do Supremo Tribunal Federal (RE 680.425, relator(a): min. ALEXANDRE DE MORAES, julgado em 8/5/2018, publicado em DJe-092, DIVULG., 11/5/2018, PUBLIC., 14/5/2018). De acordo com a jurisprudência da mais alta Corte, não se pode admitir que o Poder Executivo seja substituído na gestão dos contratos administrativos celebrados, sob pena de violação ao princípio da harmonia entre os poderes (ADI 2.733, rel. min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJ de 3/2/2006).

Além disso, a possibilidade de quebra do equilíbrio econômico-financeiro de contratos de concessão impõe elevado ônus não só às concessionárias e ao poder concedente, mas também aos usuários, colocando em risco a adequada prestação do serviço (cf. STA 280, rel. min. Gilmar Mendes; SL 251, rel. min Gilmar Mendes; SL 216, rel. min. Ellen Gracie, Pet.2.242, min. Carlos Velloso).

Tendo isso em vista, é imperioso que o Poder Judiciário tenha uma postura de deferência pelas escolhas técnicas realizadas pela Administração. Assim se manifestou o Superior Tribunal de Justiça em caso que bem se amolda à presente hipótese. Tra-

ta-se do julgamento no AgInt no AgInt na SLS 2.240-SP, relatado pela ministra Laurita Vaz, com julgamento em 7/6/2017, em que a Corte assentou que os órgãos judiciais estão impedidos de adotarem fundamentos diversos daqueles que o Poder Executivo abraçaria, notadamente nas questões técnicas e complexas, em que os tribunais NÃO têm a *expertise* para concluir se os critérios adotados pela Administração são corretos⁹.

Em recente precedente, o ministro Luiz Fux teceu importantes considerações sobre a necessidade de o Poder Judiciário respeitar a capacidade institucional do Poder Executivo acerca de decisões administrativas complexas. Eis o teor de trechos do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 1.083.955, julgado em 28/5/2019:

“[...] Os principais argumentos que fundamentam o dever de deferência do Judiciário às decisões técnicas adotadas por órgãos reguladores repousam na (i) falta de expertise e capacidade institucional de tribunais para decidir sobre intervenções regulatórias, que envolvem questões policêntricas e prognósticos de natureza técnica e (ii) na possibilidade de a revisão judicial ensejar efeitos sistêmicos nocivos à coerência e dinâmica regulatória administrativa.

Em primeiro lugar, a natureza prospectiva e multipolar das questões regulatórias se diferencia das demandas comumente enfrentadas pelo Judiciário, mercê da própria lógica inerente ao processo judicial. Decerto, a Administração Pública ostenta maior capacidade para avaliar elementos fáticos e econômicos próprios à regulação. Consoante o escólio doutrinário de Adrian Vermeule, o Judiciário não é a autoridade mais apta para decidir questões policêntricas de efeitos acentuadamente complexos (VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: An institutional theory of*

9 “(...) segundo a doutrina Chenery – a qual reconheceu o caráter político da atuação da Administração Pública dos Estados Unidos da América –, as cortes judiciais estão impedidas de adotarem fundamentos diversos daqueles que o Poder Executivo abraçaria, notadamente nas questões técnicas e complexas, em que os tribunais não têm a expertise para concluir se os critérios adotados pela Administração são corretos. Em tradução livre, a assertivas acima inferem-se da lição original em língua inglesa, da qual extraio o seguinte fragmento:

The Chenery doctrine forbids a reviewing court to uphold administrative action on a rationale different from that of the agency (typically a rationale advanced by the agency's lawyers in defending its decision in the reviewing court). This doctrine can be understood as a recognition of the political character of administrative adjudication. If the agency were thought to be engaged simply in a search for truth, it would be appropriate for the reviewing court to uphold the agency's decision on any ground that made sense to the court; presumably the agency would embrace that ground. But if the real springs of agency decision-making are political, it will be difficult for the court to predict whether the agency would adopt the suggested ground. Of course the Chenery doctrine would also make sense if agencies dealt with such difficult subject matter that courts could not tell whether a proposed rationale was right. Sometimes they do, but the doctrine is applied regardless of how technical or complex the issue is.’ (Economic Analysis of Law. Fifth Edition. New York: Aspen Law and Business, 1996, p. 671). Portanto, as escolhas políticas dos órgãos governamentais, desde que não sejam revestidas de ilegalidade, não podem ser invalidadas pelo Poder Judiciário”.

legal interpretation. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 248-251). Ade- mais, a intervenção judicial desproporcional no âmbito regulatório pode ensejar consequências negativas às iniciativas da Administração Pública. Em perspectiva pragmática, a invasão judicial ao mérito administrativo pode comprometer a unidade e coerência da política regulatória, desaguando em uma paralisia de efeitos sistêmicos acentuadamente negativos.

(...) Irretocável, portanto, o acórdão proferido pelo Tribunal a quo, que assentou a impossibilidade de revisão judicial do mérito de decisão administrativa proferida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, visto que a análise jurisdicional deve cingir-se à questões de legalidade ou abusividade do ato administrativo” (RE 1083955 AgR, relator(a): min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 28/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-122, DIVULG. 6/6/2019, PUBLIC. 7/6/2019).

Nessa mesma linha, o e. TJSP se posiciona ao avaliar a intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas complexas:

- TJSP; Agravo Regimental Cível 2148587-42.2014.8.26.0000; relator (a): José Renato Nalini; Órgão Julgador: **Órgão Especial**; Foro Central - Fazenda Pública/ Acidentes - 10ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 15/10/2014; Data de Registro: 17/10/2014.
- TJSP; Apelação Cível 1004149-48.2018.8.26.0048; relator (a): Marcelo Semer; Órgão Julgador: **10ª Câmara de Direito Público**; Foro de Atibaia - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 2/3/2020; Data de Registro: 2/3/2020.
- TJSP; Apelação Cível 1014065-17.2016.8.26.0068; relator (a): Luís Francisco Aguiar Cortez; Órgão Julgador: **1ª Câmara de Direito Público**; Foro de Barueri - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 23/10/2019; Data de Registro: 23/10/2019.

Portanto, diante da complexidade das escolhas regulatórias e da recíproca interação entre as cláusulas contratuais, deve o Poder Judiciário abster-se de interferir nas escolhas técnicas da Administração, em especial no caso de alocação de riscos de um contrato de longo prazo para cuja política desenhada contempla exatamente a impossibilidade de o estado financiar os projetos.

É importante ressaltar que todos os parceiros privados (concessionários) que atuam em conjunto com a Administração Pública Estadual conhecem (ou deveriam conhecer) o “Manual de Parcerias do Estado de São Paulo”¹⁰, documento em que claramente se expli-

10 Disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/parcerias/docs/manual_de_parcerias_do_estado_de_sao_paulo.pdf>

citam os grupos de riscos de grandes projetos de infraestrutura¹¹. Riscos de projeto de engenharia¹², riscos de construção/implantação¹³, riscos ambientais¹⁴, riscos políticos e sociais¹⁵, riscos operacionais¹⁶, **riscos econômico-financeiros**¹⁷, riscos jurídicos¹⁸, riscos tecnológicos¹⁹ etc., todos estão bem-descritos e aqueles que se engajam em uma contratação desse porte estão (ou deveriam estar) a par das regras do jogo.

Entre os riscos econômico-financeiros é importante destacar **o risco de financiamento**, expressamente destacado no manual:

- 11 Define-se risco como todo e qualquer evento futuro que, caso se confirme, possa trazer impacto - positivo ou negativo - aos objetivos previamente delineados. Enquanto os impactos negativos resultam da concretização de ameaças de não cumprimento do que foi planejado, os impactos positivos são advindos de oportunidades de melhoria capturadas e executadas. Em termos econômicos, um risco traduz uma incerteza, um elemento de imponderabilidade sobre eventos futuros relativos às relações econômicas e que acaba funcionando tanto como freio quanto como incentivador do mercado produtivo. Do ponto de vista da teoria dos contratos, o risco é uma atribuição de responsabilidade contratual a uma determinada parte, a qual cabe se responsabilizar ou assumir seus efeitos de determinado evento ou ação. (<http://www.parcerias.sp.gov.br/parcerias/docs/manual_de_parcerias_do_estado_de_sao_paulo.pdf>)
- 12 Risco do projeto não ser adequado para o provimento dos serviços na qualidade, quantidade e custo definidos bem como de ser alterado por solicitação do poder concedente ou iniciativa do agente privado.
- 13 Risco de acontecerem eventos ao longo da implantação que obstaculizem o cumprimento dos prazos ou que aumentem os custos de construção, como: (i) risco de que o parceiro privado não consiga título legal adequado para iniciar a implantação do projeto na área selecionada; (ii) riscos relacionados à condução de processos de desapropriação, que vão desde a eventual impossibilidade de obter a desocupação das áreas desapropriadas ou invadidas, até os custos com reassentamentos; (iii) riscos geológico/arqueológico; (iv) interferências (identificação de custos) e (v) riscos relacionados à situação dos ativos existentes e à tecnologia empregada na obra.
- 14 Riscos relativos à possibilidade de o local do projeto estar contaminado, exigindo atividades significativas para remediá-lo ou, ainda, risco de poluição de terrenos adjacentes ao local do empreendimento; ou, ainda, risco de impossibilidade/atraso na obtenção do licenciamento ambiental.
- 15 Riscos relacionados à encampação, suspensão da cobrança de tarifas por parte do poder concedente, manifestações públicas contra a cobrança de tarifa.
- 16 Relativos a (i) falhas na operação e manutenção do projeto e correspondentes perdas de receitas, penalidades ou indenizações; (ii) risco da demanda pelos serviços ser inferior ou superior à estimada.
- 17 Riscos que afetam as receitas do parceiro privado (por ex., falta de retorno econômico dos investimentos realizados) e riscos relacionados ao financiamento do projeto, como o risco de o capital para implantar o projeto não estar disponível no mercado nos montantes e condições programados.
- 18 Relacionados a demoras em processos judiciais, por exemplo, em ações de desapropriações de áreas destinadas à implantação do projeto.
- 19 Risco de a prestação do serviço, em virtude da obsolescência tecnológica, tornar-se ineficaz, implicando prejuízo aos usuários ou ao poder concedente.

da demanda pelos serviços ser inferior ou superior à estimada.

Econômico-Financeiros



Riscos que afetam as receitas do parceiro privado (por ex., falta de retorno econômico dos investimentos realizados) e riscos relacionados ao financiamento do projeto, como o risco de o capital para implantar o projeto não estar disponível no mercado nos montantes e condições programados.

Jurídicos

Relacionados a demoras em processos judiciais, por exemplo, em ações de

Portanto, chega a ser surpreendente que se venha a juízo defender a tese de que o poder concedente responda por riscos de financiamento de concessões, mormente quando o instituto da concessão se presta a justamente viabilizar o uso de recursos privados na expansão da infraestrutura pública. Isto é: o Poder Público opta por conceder a infraestrutura justamente porque não quer usar recursos do orçamento público para essa atividade (premissa inerente a um programa de desestatização), mas os autores – insatisfeitos com o fracasso do arranjo contratual estabelecido com seus financiadores (debenturistas) pretendem repassar ao estado os custos de sua incompetência – fraudando o objetivo do contrato de concessão e toda a política pública desenhada para o setor.

Ademais, como acima dito, uma regra básica é a de que o reequilíbrio de contratos de concessão existe para operacionalizar compensações de uma a outra parte do contrato na ocorrência de eventos que (i) configuram risco atribuídos a uma parte do contrato, mas que (ii) impactem, de uma perspectiva econômica e/ou financeira, a outra.

Como acima destacado, o reequilíbrio somente pode ser dado se juridicamente houver desequilíbrio. Juridicamente, o contrato não pode ser considerado desequilibrado se a parte a quem foi alocado o risco é a mesma parte que sofre as consequências (econômico-financeiras) da materialização do evento previsível ou imprevisível que lhe foi atribuído (artigos 2º, II²⁰, e 10²¹ da Lei nº 8.987/1995).

Alterar a regra de alocação dos riscos pela via judicial frustrará, inclusive, os objetivos da licitação, pois, se os concorrentes da parte autora soubessem que o Poder Judiciário alteraria a matriz de riscos do contrato para privilegiar a concessio-

20 “Art.2º: II - Concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;”

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

nária que tivesse de lidar com o risco de financiamento, provavelmente teriam dado lances mais agressivos no processo licitatório.

Maurício Portugal Ribeiro – advogado e professor da FGV especialista em estruturação de projetos de concessão – explica que a alocação de riscos influencia diretamente no valor da proposta apresentada pelas licitantes, uma vez que as empresas participantes do certame fazem (ou deveriam fazer) o provisionamento do valor necessário para lidar com a eventual materialização do risco²².

Portanto, ao optar, na forma da lei, por transferir os riscos de financiamento ao concessionário, o Poder Público sinalizou aos participantes da licitação que eles deveriam provisionar recursos suficientes para lidar com a materialização dessa eventualidade. Se o risco não se materializasse, ele viraria lucro para a concessionária. Se ocorresse, deveria a concessionária lidar com ele.

É importante destacar que o estado de São Paulo não tem participação na construção das cláusulas do contrato de financiamento via debêntures de infraestrutura, de modo que não pode responder por custos com antecipação de prêmio e de assessoria jurídica. Essa “transferência de custos” travestida de pleito de reequilíbrio não obedece à lógica de um contrato de concessão de longo prazo no qual expressamente o risco de financiamento é alocado ao concessionário.

Destaque-se que alterar a alocação de riscos e a equação econômico-financeira por meio da aplicação da tese das “*sujeições imprevistas*” ou da “*onerosidade excessiva*” seria o mesmo que ignorar a discriminação de riscos feita no contrato e toda a lógica do procedimento licitatório realizado. Em verdade, avalizar-se-ia um comportamento oportunista que tem como objetivo fraudar o processo licitatório pela via judicial, afastando o dever da contratada de tomar as medidas pertinentes para prevenir-se ou para mitigar os riscos inerentes à operação e ao financiamento de uma infraestrutura de grande porte (rodovia).

O Poder Judiciário não pode ser instrumento de fraude à licitação ou avalista de condutas oportunistas, criando incertezas jurídicas em relações jurídico-contratuais complexas firmadas por grandes grupos econômicos com o estado. O respeito aos contratos é fundamental para o desenvolvimento da infraestrutura paulista, de modo

22 <<http://www.portugalribeiro.com.br/wpp/wp-content/uploads/10-anos-lei-ppps-20anos-lei-concessoes.pdf>>

que o reconhecimento judicial de que um risco alocado contratualmente a uma parte pode ser invertido por alegações de variação de custo de captação de financiamento gera um péssimo cenário para as contratações públicas, atraindo agentes de mercado que somente especulam e que não adotam boas práticas na execução dos contratos. Os usuários das rodovias não podem compartilhar com as concessionárias os prejuízos decorrentes de suas más escolhas de financiamento, mormente porque não tiveram qualquer participação na elaboração desses contratos. Se alguém tem de responder por esse custo é a sociedade empresária que tomou o empréstimo e seus acionistas controladores, as quais participaram ou adquiriram a concessionária sabendo da existência do contrato firmado com os debenturistas.

Outrossim, é importante destacar que (i) não se aplica aos contratos de concessão a teoria da onerosidade excessiva na forma como previsto no Código Civil e, (ii) ainda que fosse aplicável esta teoria, não incidiria para prestigiar a parte autora no presente caso.

Quanto à não aplicabilidade, essa se justifica porque as normas especiais dos contratos de concessão da Lei nº 8.987/1995 derogam normas gerais do Código Civil. Há normas específicas (artigos 2º e 10 da Lei de Concessões) que atribuem ao contrato de concessão (i) a definição do que é desequilíbrio contratual e (ii) as hipóteses de reequilíbrio. Essas normas atribuem ao contrato a regulação dos mecanismos de revisão da forma de remuneração do contratado (no caso, revisão tarifária). Esses institutos são incompatíveis com a aplicação da teoria civil da onerosidade excessiva, seja para revisão seja para resolução do contrato (as hipóteses de extinção estão legalmente previstas no artigo 35 da Lei nº 8.987/1995).

No mais, *ainda que se entendesse pela aplicação das regras do Código Civil*, essas não prestigiarão a parte autora. Sobre a revisão ou resolução de contratos por onerosidade excessiva, o Código Civil prevê as seguintes disposições:

Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

[...]

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Essas duas normas regulam uma excepcional intervenção no domínio dos contratos, permitindo a resolução ou a revisão se os fatos supervenientes extrapolem os riscos próprios ao negócio.

Requer-se, para intervir no contrato, uma análise da conjuntura do mercado (ambiente de estabilidade ou risco), da qualificação das partes (se civis ou empresários), a extensão temporal (contratos longevos ou de curta duração) e a especificidade dos fatos supervenientes, ou seja, se são frequentes ou raros²³.

Não por outra razão, o Conselho da Justiça Federal aprovou o Enunciado nº 438, o qual propugna que se deve levar em consideração a **sofisticação dos contratantes e a alocação dos riscos feita nos contratos**:

A revisão do contrato por onerosidade excessiva fundada no Código Civil deve levar em conta a natureza do objeto do contrato. Nas relações empresariais, observar-se-á a sofisticação dos contratantes e a alocação de riscos por eles assumidas com o contrato. (V Jornada de Direito Civil, 2011)

No presente caso, não há dúvidas de que a concessionária venceu uma licitação bastante competitiva e que pertence a grupo econômico com experiência prática no setor de infraestrutura, atendendo o critério de sofisticação. Quanto à alocação dos riscos, não há dúvidas de que o risco de financiamento foi expressamente atribuído à concessionária, conforme acima demonstrado.

Tentando construir a aplicação desta teoria aos contratos de concessão, Maria Sylvia Zanella Di Pietro propõe que juridicamente sejam obedecidos os seguintes requisitos²⁴:

(...) pode-se afirmar que são requisitos para o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, pela aplicação da teoria da imprevisão, que o fato seja:

1. imprevisível quanto à sua ocorrência ou quando as suas consequências;
2. estranho à vontade das partes;
3. inevitável;
4. causa de desequilíbrio muito grande no contrato.

Se for fato previsível e de consequências calculáveis, ele é suportável pelo contratado, constituindo álea econômica ordinária; a mesma conclusão, se se tratar de fato que o particular pudesse evitar, pois não será justo que a Administração

23 Curso de Direito Civil – Volume 4 – Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, p. 664.

24 Parcerias na Administração Pública. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 125.

responda pela desídia do contratado; só o desequilíbrio muito grande, que torne excessivamente onerosa a execução para o contratado, justifica a aplicação da teoria da imprevisão, pois os pequenos prejuízos, decorrentes de má previsão ou de flutuações no mercado, constituem álea ordinária não suportável pela Administração. Além disso, tem que ser fato estranho à vontade das partes: se decorrer da vontade do particular, responde sozinho pelas consequências de seu ato (...).

No presente caso, verifica-se que o fato decorre de flutuações do mercado e da vontade do particular, tendo em vista que decidiu emitir as debêntures com cláusula de vencimento antecipado e decidiu pagar prêmios para evitar o vencimento, sendo certo que não se aplica a teoria da imprevisão.

Outro fator relevante para que se aplique a teoria da onerosidade excessiva para viabilizar a revisão contratual é a extrema vantagem para a outra parte, o que não restou demonstrado no presente feito. Portanto, sob qualquer ótica que se afira a questão, verifica-se seu completo descabimento.

D. DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Em ação ajuizada pela Concessionária do Rodoanel Oeste S.A., com pedido de recomposição econômico-financeira do contrato, em virtude da crise financeira mundial de setembro de 2008 que causou condições de crédito mais gravosas daquelas prevista nas projeções financeiras da proposta, a ação foi julgada improcedente pela 11^a Vara da Fazenda Pública. De acordo com a r. sentença:

(.....)

Esses fatos não poderiam ser ignorados pela autora, pois ao realizar seu plano de negócios, ela já tinha em mente que a ré não se responsabilizaria pelos financiamentos, tanto que seria mantida a responsabilidade pelo cumprimento das obrigações, ainda que a autora não obtivesse tais empréstimos, nos expressos termos da cláusula 15.1, daí soar inconsistente a ideia de que contraiu empréstimos externos estimulada pela ré (fls. 865).

A avaliação dos riscos por parte da autora entretanto deve ser contemporizada pela cláusula 23.1, e seu inciso III, pois ali se assegura a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, em especial na ocorrência de eventos excepcionais, causadores de significativas modificações nos mercados financeiros e cambial, que impliquem alterações substanciais nos pressupostos adotados na elaboração das projeções financeiras, desde que tais eventos não sejam passíveis de serem cobertos por mecanismos efetivamente disponíveis no mercado nacional ou internacional, a custos razoáveis (fls. 868/869).

O contrato admite uma oscilação de ganho e perda, até porque não é estanque, mas sim se sujeita às circunstâncias externas, pois está inserido em um ambiente, de modo que quando esta força incontornável movimentar o equilíbrio da cláusula econômico-financeira, será sempre necessário verificar se esta oscilação ocorreu dentro de um grau de razoabilidade aceitável, a merecer relevo a ocorrência apenas se de algum modo foi afrontada a equivalência da álea econômica.

O Poder Público se sujeita a remunerar o particular, mas dentro de uma ideia de custo da prestação e o lucro que a ele corresponder.

(...)

Dentro dessas noções, cabe verificar até que ponto as condições externas do contrato, de fato teriam movimentado o equilíbrio acima de níveis razoáveis, a se levar em conta a tese da autora, no sentido de terem ocorrido fatos imprevisíveis à época da proposta, ou ainda que previsíveis, de consequências incalculáveis.

Como bem defende a ré, o Poder Público não pode interferir nas negociações privadas da concessionária, daí a inviabilidade de se empregar a Taxa Interna de Retorno (TIR) dos acionistas, como a baliza para o reequilíbrio econômico-financeiro, ou em outros termos, o que a empresa entendeu que seria a taxa de remuneração dos sócios não pode ser assegurada pelo Poder Público.

(...)

As decisões empresariais de financiamento e alavancagem financeira adotadas pela autora não vão alterar a taxa interna de retorno, protegida normativamente e contratualmente, uma vez que tais custos lhe foram originalmente imputados por conta da concessão.

(Processo nº 0048584-90.2010.8.26.0053, data da publicação: 4/7/2011).

A 4ª Câmara de Direito Público do e. Tribunal de Justiça de São Paulo confirmou a sentença de improcedência, de acordo com a ementa a seguir exposta:

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. (TJSP; Apelação Cível 0048584-90.2010.8.26.0053; relator (a): Ricardo Feitosa; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 11ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 4/8/2014; Data de Registro: 6/8/2014) (g.n.)

Em caso que versava sobre equilíbrio econômico-financeiro de contrato administrativo em razão de crise econômica e aumento de preços, a 4ª Câmara de Direito Público do e. TJSP manteve sentença de improcedência, sob o fundamento de que a oscilação de mercado não consiste em evento imprevisível:

APELAÇÃO – CONTRATO ADMINISTRATIVO – AÇÃO INDENIZATÓRIA – PEDIDO ADMINISTRATIVO DE REEQUILÍBRIO FINANCEIRO DO CONTRATO – ENTREGA DE CESTAS BÁSICAS PARA O MUNICÍPIO – AUMENTO DE PREÇOS DOS PRODUTOS – Pretensão da autora ao recebimento de indenização referente ao indeferimento da revisão de preços pleiteada perante a Fazenda Municipal, nos termos do art. 65, II, “d”, da Lei nº 8.666/93 – Preliminar: cerceamento do direito de defesa – inocorrência – suficiência de instrução do feito – Mérito: alegação de crise econômica intensa no país, que causou o aumento absurdo das mercadorias que compõem a cesta básica objeto do contrato – descabimento – hipótese em que se cuida de evento esperado e corriqueiro em uma economia como o Brasil, que possui ampla concorrência e possui câmbio flutuante, não tendo sido demonstrada a ocorrência de álea extraordinária – ausência de justificativa razoável apta a elidir a responsabilidade do contratado em prever noções de risco de mercado – empresa que atua no ramo há considerável tempo – sentença mantida. Recurso da autora improvido. (TJSP; Apelação Cível 0003979-34.2013.8.26.0577; relator (a): Paulo Barcellos Gatti; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro de São José dos Campos - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 20/2/2017; Data de Registro: 23/2/2017)

Confira-se a seguir julgados do e.TJSP em que se entendeu que a variação cambial não consiste em álea extraordinária, por se tratar de evento esperado e corriqueiro:

CONTRATO ADMINISTRATIVO. Alteração. Pretensão da requerida à reforma da r. sentença que determinou o ressarcimento de valores pagos em razão de variação cambial. Descabimento. Hipótese em que se cuida de evento esperado e corriqueiro em uma economia onde vigora câmbio flutuante, não tendo sido demonstrada a ocorrência de álea extraordinária. Art. 65, II, d, § 8º, da Lei nº 8.666/93. RECURSO NÃO PROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 0000035-07.2007.8.26.0586; Relator (a): Jarbas Gomes; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro de São Roque - 2ª. Vara Judicial; Data do Julgamento: 4/2/2015; Data de Registro: 4/2/2015)

ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO. Pregão Melhor preço por item - Pedido de revisão contratual ofertado por licitante vencedora antes da formalização do contrato administrativo. Impossibilidade no caso. Argumento de variação cambial em decorrência de crise política vivenciada nos bastidores do Ministério da Fazenda. Evento que não se enquadra nas hipóteses autorizadas pelo art. 65, II, d, da Lei nº 8.666/93. Risco empresarial previsível. Inadimplemento configurado. Legalidade e legitimidade das sanções impostas. Precedente - Sentença de improcedência do pedido mantida. Recurso improvido. (TJSP; Apelação Cível 0007616-52.2009.8.26.0053; relator (a): Carlos Eduardo Pachi; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 13ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 28/11/2012; Data de Registro: 29/11/2012)

CONTRATO ADMINISTRATIVO. Indenização por desequilíbrio econômico-financeiro decorrente do aumento de despesas indiretas por conta das prorrogações contratuais, e da alteração inesperada da política cambial (teoria da imprevisão). INVIABILIDADE. Aditivos ao contrato que, segundo a perícia, prorrogaram por três meses a execução

dos serviços, lapso muito pequeno para causar impacto nas despesas indiretas. A variação cambial, por si só, não caracteriza imprevisibilidade. Ausência de prova das alegações. Correção monetária devida a partir do 30º dia das medições. Juros de mora de 6% ao ano, a partir da citação. Provimento parcial a todos os recursos. (TJSP; Apelação Cível 9088045-12.2009.8.26.0000; relator (a): Oliveira Santos; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 6ª Vara; Data do Julgamento: 1º/3/2010; Data de Registro: 19/3/2010)

E. DOS VALORES A SER RECOMPOSTOS

A concessionária requereu a condenação das requeridas a recompor o equilíbrio do contrato nos valores requeridos no pleito administrativo: R\$ 16.198.170,30.

Tal quantia consiste no prêmio pago aos debenturistas e nas despesas com as assessorias financeira e jurídica envolvidas:

Descrição	Valor R\$
Prêmio aos debenturistas	1.588.106,14
Comissão assessoria financeira	5.976.271,11
Assessoria jurídica + impostos	26.005,16
Total	7.590.382,41

Descrição	Valor R\$
Prêmio aos debenturistas	8.253.994,97
Comissão assessoria financeira	940.785,83
Assessoria jurídica + impostos	13.007,09
Total	9.207.787,89

Dessa forma, na remota hipótese na ação ser julgada procedente, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato **deve ser restrita ao valor do prêmio pago aos debenturistas**.

Com efeito, não cabe recompor valores referentes às assessorias financeira e jurídica, porque as requeridas não fizeram parte do contrato de prestação de serviços.

Os valores pagos aos profissionais que prestaram às assessorias possuem natureza obrigacional, de maneira que apenas vinculam os seus signatários.

Nesse sentido, a jurisprudência do e. TJSP:

(...) HONORÁRIOS CONTRATUAIS - Pretensão de ressarcimento das despesas com advogado. IMPOSSIBILIDADE: Não se pode vincular ao contrato de prestação de serviços advocatícios terceiro que dele não participou. A contratação é inerente ao exercício regular dos direitos constitucionais do contraditório, ampla defesa e acesso à Justiça (...). (TJSP; Apelação Cível 1005687-57.2017.8.26.0482; relator (a): Israel Góes dos Anjos; Órgão Julgador: 37ª Câmara de Direito Privado; Foro de Presidente Prudente - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 28/8/2018; Data de Registro: 31/8/2018)

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS (...) Autor que apela buscando a reforma parcial da sentença, insistindo na devolução em dobro do valor pago, na condenação ao pagamento das despesas com advogado, lucros cessantes e indenização por danos morais - Devolução em dobro do valor pago que não encontra previsão legal - Lucros cessantes que não foram expressamente solicitados no pedido inicial e sequer foram comprovados nos autos - Reembolso de honorários contratuais bem afastado - Entendimento pacificado nesta Colenda Câmara no sentido de que tal verba não integra os danos materiais - (...). (TJSP; Apelação Cível 0000112-05.2014.8.26.0187; relator (a): José Augusto Genofre Martins; Órgão Julgador: 31ª Câmara de Direito Privado; Foro de Fartura - Vara Única; Data do Julgamento: 6/2/2018; Data de Registro: 7/2/2018)

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - Ação declaratória de inexistência de relação jurídica c.c. pedido de indenização por danos morais e tutela antecipada - (...) DANOS MATERIAIS - Despesas com contratação de advogado - Inadmissibilidade de reembolso dos honorários advocatícios contratuais, tendo em vista o caráter obrigacional vinculante apenas entre seus signatários (...). (TJSP; Apelação Cível 4000173-75.2013.8.26.0009; relator (a): Carlos Nunes; Órgão Julgador: 31ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional IX - Vila Prudente - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 11/4/2017; Data de Registro: 11/4/2017)

No mesmo sentido, o entendimento do c. STJ: “A Corte Especial e a Segunda Seção do STJ já se pronunciaram no sentido de ser incabível a condenação da parte sucumbente aos honorários contratuais despendidos pela vencedora. Precedentes: EREsp. 1.507.864/RS, relatora Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/4/2016, DJe 11/5/2016 e EREsp 1.155.527/MG, rel. ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/6/2012, DJe 28/6/2012” (AgInt no AREsp 1254623/MG, rel. ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/6/2019, DJe 28/6/2019).

Assim, não se mostra razoável imputar o débito de escolhas particulares da concessionária ao Poder Público, mormente em relação a valores obscuros e definidos sem sua intervenção.

F. DA ATUALIZAÇÃO DOS VALORES

Eventualmente declarado o direito ao ressarcimento, o que se admite apenas por argumentação, a esse deve ser atribuída natureza meramente indenizatória, devendo ao valor apurado ser aplicado os critérios legais de juros e atualização monetária constantes da legislação em vigor.

De acordo com o artigo 1º da Lei federal nº 9.494/1997:

Art. 1º-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança. (Redação dada pela Lei nº 11.960, de 2009) (Vide Adin 5348 - Decisão do STF declaração parcial de inconstitucionalidade).

Na linha da ADI 5.348²⁵ e do Tema 810²⁶, para fins de remuneração do capital e compensação da mora de todas as condenações impostas à Fazenda Pública deve-se aplicar os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança. Quanto à correção monetária, aplica-se o IPCA-e.

Assim, com a propositura da demanda, eventual débito será judicial e, com isso, o cálculo da atualização monetária e dos juros de mora passa a considerar os índices utilizados para as demandas em geral em que a Fazenda Pública é ré.

Ademais, há significativas diferenças no valor pretendido caso seja aplicado um critério ou outro.

A indenização do valor equivalente ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato implica remunerá-lo, igualmente, pela taxa interna anual de retorno do contrato, a qual foi fixada, no momento da apresentação do plano de negócios da concessionária.

25 O Tribunal, por maioria, julgou procedente o pedido formulado na ação direta para declarar a inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, alterado pela Lei nº 11.960/2009, na parte em que se estabelece a aplicação dos índices da caderneta de poupança como critério de atualização monetária nas condenações da Fazenda Pública, nos termos do voto da relatora, vencido o Ministro Gilmar Mendes. Plenário, Sessão Virtual de 1º/11/2019 a 8/11/2019.

26 “[...]; II - O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina. (RE 870.947, relator(a): min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 20/9/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-262, DIVULG. 17/11/2017, PUBLIC. 20/11/2017)

Ou seja, a remuneração que a concessionária projetou auferir com o negócio à época da elaboração de sua proposta, já descontada a inflação, está representada em tal porcentagem.

A metodologia estabelecida contratualmente garante que, quando do reequilíbrio econômico do contrato em favor da concessionária, sejam mantidas as condições que lhe permitam alcançar tal remuneração, o que resultaria em flagrante enriquecimento indevido, visto que o investimento que ensejou o pedido decorre de obrigação prevista no contrato de concessão.

Admitir o contrário implicaria conferir ganhos estratosféricos e desarrazoados à concessionária, representados na elevada taxa interna de retorno do contrato.

Cumpra esclarecer, nesse ponto, que a Artesp, com frequência, se depara com casos em que é necessário proceder à alteração unilateral do contrato para inclusão de novos investimentos, o que pode ensejar a recomposição econômico-financeira do contrato em prol da concessionária. Contudo, a economicidade de tal conduta, caso aplicados os critérios contratualmente definidos, esbarraria na alta taxa interna de retorno anual estabelecida para a concessão.

Assim, para garantir que a inclusão de novos investimentos nos contratos não trouxesse prejuízo aos cofres públicos, a Artesp estabeleceu, por meio da Resolução Artesp 01/2013, que tal procedimento somente seria feito caso a concessionária concordasse que os novos investimentos seriam remunerados, não pela taxa interna de retorno do contrato, mas sim por nova taxa condizente com o momento econômico em que tais investimentos forem incluídos nos contratos.

Essa sistemática é denominada tecnicamente de “fluxo de caixa marginal”, justamente porque o reequilíbrio não é calculado com base no “fluxo de caixa original” da proposta (aí inclusa a taxa de retorno contratual), mas sim a partir de um fluxo de caixa próprio (“marginal”) que conterà taxa de retorno apropriado para a época.

Assim, caso se conclua que alguma reparação deve ser conferida à concessionária, esta deve ser balizada apenas como indenização aos custos extras suportados pela concessionária, e não como um direito ao reequilíbrio contratual.

Logo, caso não seja determinada a correção do valor pelos critérios previstos legalmente para indenização por parte do poder público, requer-se que eventual reequilíbrio contratual seja feito pela metodologia prevista na Resolução Artesp 01/2013, a qual resultará na aplicação de uma taxa de retorno condizente com o momento econômico atual.

3. REQUERIMENTO FINAL

Diante do exposto, requer-se seja julgada improcedente a ação proposta, condenando-se os autores a arcar com os ônus da sucumbência.

Subsidiariamente, pugna-se para que o valor do desequilíbrio se restrinja ao montante adiantado a título de prêmio aos debenturistas, devendo o montante ser atualizado na forma da Lei nº 11.960/09 ou, se não acolhido esse último pedido, observando-se a metodologia do fluxo de caixa marginal.

Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos.

GRAZIELLA MOLITERNI BENVENUTI

Procuradora do Estado
OAB/SP Nº 319.584

LUCAS LEITE ALVES

Procurador do Estado
OAB/SP Nº 329.911

SENTENÇA

Processo nº: **1065799-47.2019.8.26.0053**

Classe-Assunto: **Procedimento Comum Cível - Equilíbrio Financeiro**

Requerente: **Concessionária Rota das Bandeiras S.A.**

Requerido: **Fazenda Pública do Estado de São Paulo e outro**

Juíza de Direito: **ALINE APARECIDA DE MIRANDA**

Vistos.

Trata-se de ação promovida por CONCESSIONÁRIA ROTA DAS BANDEIRAS S.A. em face de FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DE TRANSPORTE DO ESTADO DE SÃO PAULO Artesp. Sustenta, em síntese, a celebração de Contrato de Concessão nº 003/Artesp/2009 com o objeto de exploração do sistema rodoviário correspondente ao corredor Dom Pedro I, referente ao Lote 07 do “Programa de Concessões Rodoviárias”. Argumenta que, quando da formulação da proposta comercial, o país estava vivenciando um período de desenvolvimento crescente da economia, porém o cenário se deteriorou, havendo o rebaixamento da classificação do “Risco Brasil” em decorrência da forte recessão econômica. Por consequência da ausência de investimentos no país e da situação de crédito, teve sua nota rebaixada, exclusivamente pelos fatos expostos, alheios à ingerência da Companhia. Alega, assim, ter arcado com custos imprevistos, consistentes no pagamento de prêmio de 0,10% e 0,50% sobre o saldo atualizado de debêntures – cuja possibilidade de emissão é considerada na proposta comercial – a fim de evitar a declaração de vencimento antecipado. Requer o reconhecimento do direito ao reequilíbrio econômico-financeiro, condenando os réus ao pagamento de indenização pelos prejuízos suportados, de acordo com os valores requeridos no pleito administrativo.

Citados, os réus contestaram, impugnando o valor da causa. No mérito, sustentaram, em resumo, que a requerente, até maio de 2019, tinha como controladora a Odebrecht Rodovias S.A., o que contribuiu para o rebaixamento da nota, em virtude

dos escândalos do Grupo Odebrecht. Teceram considerações acerca da impossibilidade de reequilíbrio econômico-financeiro e da inaplicabilidade da teoria da onerosidade excessiva ao contrato de cessão (fls. 247/288).

Sobreveio réplica (fls. 848/870). É o relatório.

Fundamento e decido.

A ação comporta julgamento no estado em que se encontra, pois a controvérsia que remanesce é de direito e os fatos invocados pela autora estão bem demonstrados. Basta, pois, analisar se as alterações invocadas pela autora são aptas a fundamentar o reequilíbrio econômico-financeiro pretendido.

Eventual dilação probatória não traria aos autos novos elementos aptos a modificar o desfecho de julgamento que se apresentará.

De início, acolho a impugnação do valor atribuído à causa. O pedido autoral consiste na condenação dos réus à recomposição nos valores requeridos no pleito administrativo, devendo o valor da causa corresponder a esses. O Valor Presente Líquido requerido pela parte autora, à fl. 163, foi de R\$ 3.254.604,38. A ré apresentou cálculos da atualização (fl. 293), não havendo impugnação destes pela autora. Determino, então, a retificação para que conste R\$ 32.569.384,95. Anote-se.

No mérito, o pedido é improcedente.

Sabe-se que a disciplina dos contratos administrativos “*compreende a regra da manutenção da equação econômico-financeira originalmente estabelecida, cabendo ao contratado o direito a uma remuneração sempre compatível com aquela equação, e à Administração o dever de rever o preço quando, em decorrência de ato estatal (produzido ou não à vista da relação contratual), de fatos imprevisíveis ou da oscilação dos preços da economia, ele não mais permita a retribuição da prestação assumida pelo particular, de acordo com a equivalência estipulada pelas partes no contrato*” (Carlos Ari Sundfeld. *Licitação e contrato administrativo*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 239).

É dizer, o equilíbrio econômico-financeiro, criação do Conselho de Estado Francês, importa na combinação econômica realizada entre concedente e concessionário sobre uma correlação entre o que o concessionário tem expectativa de receber e aquilo que o concessionário se compromete a gastar, em cenário de expectativa de resultado e de obrigações econômicas assumidas.

*“Para parcela significativa da doutrina brasileira, a preservação desse equilíbrio ao longo da execução do contrato é garantia prevista constitucionalmente. Decorre da previsão contida no art. 37, XXI, da CF, que, ao mesmo tempo em que impõe o dever de licitar à Administração, também lhe obrigou a inscrever em seus contratos ‘cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei’” (CÂMARA, Jacintho Arruda, in *Tratado de direito administrativo: licitação e contratos administrativos*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, Coordenação Maria Sylvia Zanella Di Pietro, p. 343).*

Servindo a cláusula do equilíbrio econômico-financeiro a ambos os contratantes, lícito deflagrar o procedimento com vistas à revisão da remuneração para o caso de a realidade fenomênica divergir da previsão contratual.

A Lei federal nº 8.987/95, ao regulamentar os contratos de concessão de serviços públicos e obras públicas, dispôs:

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

No caso em tela, a cláusula 22 do Termo de contrato, prevê expressamente:

22.1. A CONCESSIONÁRIA assume integral responsabilidade

pelos riscos inerentes à exploração do SISTEMA RODOVIÁRIO, excetuados unicamente aqueles em que o contrário resulte expressamente deste CONTRATO.

(...)

22.3 Variações de custo decorrentes das obrigações assumidas pela CONCESSIONÁRIA em relação ao previsto no PLANO DE NEGÓCIOS apresentado na PROPOSTA não serão consideradas para efeito do equilíbrio econômico-financeiro, sendo considerado risco exclusivo da CONCESSIONÁRIA sua correta avaliação (fl. 71)”

Foi estipulado, ainda, na cláusula 15, o seguinte:

15.1. A CONCESSIONÁRIA é a única e exclusiva responsável pela obtenção dos financiamentos necessários ao normal desenvolvimento dos serviços abrangidos pela CONCESSÃO, de modo a cumprir, cabal e tempestivamente, todas as obrigações assumidas neste CONTRATO” (fl. 67).

A autora, ao emitir debêntures, assumiu o risco inerente à atividade financeira, não podendo atribuir responsabilidade aos réus dos prejuízos sofridos. Prevalece, aqui, o princípio da *pacta sunt servanda*. Deve-se observar a obrigação contratual assumida.

Não há de se falar, ainda, em recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em virtude da ocorrência de evento excepcional, conforme previsto na cláusula 23 (fl. 71), tampouco de alteração das condições originais do ajuste, porquanto as

variações da economia e das notas de avaliação do país são perfeitamente comuns, cujo risco deve ser levado em conta quando da elaboração do pacto de longo prazo. O ciclo de alta e baixa da economia é constante e esperado, inexistindo configuração de álea econômica extraordinária.

É de se destacar expressivo lapso temporal decorrido entre a proposta inicial, apresentada no ano de 2008, e a aprovação do pagamento a que se busca ressarcimento, em 30/5/2016 (fl. 07), estando de acordo com a normalidade a variação dos índices de remuneração e das notas de avaliação de empresas ao passar de vários anos.

Ante o exposto, **JULGO IMPROCEDENTE o pedido**. Arcará a autora com as custas e despesas processuais, bem como com os honorários advocatícios da parte contrária, fixados nas faixas mínimas do art. 85, § 3º, do CPC sobre o valor atualizado da causa.

P.I.C.

São Paulo, 19 de junho de 2020.



Apelação interposta contra sentença que julgou procedente ação proposta pelo Consórcio Mogi-Guaçu para declarar a nulidade do ato administrativo que culminou a aplicação de multa administrativa. O atraso verificado na medição da obra, como demonstrou o estado de São Paulo, não decorreu de demora na aprovação pelos órgãos da Prefeitura de Mogi-Guaçu, mas, sim, de comportamento desidioso do apelado.

EXCELENTÍSSIMO JUÍZO DE DIREITO DA 6ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA DA
COMARCA DA CAPITAL - FAZENDA PÚBLICA

Autos nº 1057305-67.2017.8.26.0053

Autor: Consórcio Mogi-Guaçu

RÉU: ESTADO DE SÃO PAULO

O ESTADO DE SÃO PAULO, pelo procurador que subscreve, vem interpor *Recurso de Apelação* contra a sentença de fls. 988/993, pelas razões anexas.

Requer, após o cumprimento das formalidades legais, a remessa dos autos à superior instância.

São Paulo, 3 de abril de 2020.

GUILHERME CAVALCANTI

Procurador do Estado

OAB/SP Nº 430.328

RAZÕES DE RECURSO DE APELAÇÃO

Autos nº 1057305-67.2017.8.26.0053

APELANTE: ESTADO DE SÃO PAULO

APELADO: CONSÓRCIO MOGI-GUAÇU

Egrégio Tribunal de Justiça,
Colenda Câmara,
Eminentes Julgadores,

I. BREVE RELATO DA CONTROVÉRSIA

O Consórcio Mogi-Guaçu, formado pela Construtora Passarelli Ltda. e Verdi Sistemas Construtivos S.A., moveu contra o Estado de São Paulo ação pelo rito ordinário, visando à declaração de nulidade de multa contratual, aplicada em razão de atraso referente à medição nº 14.

A sentença lançada a fls. 988/993 julgou procedente o pedido, condenando o réu ao pagamento das despesas processuais, fixados os honorários advocatícios em 20% do valor da causa.

Como se passará a demonstrar, a sentença deve ser reformada, porquanto o pedido não procede.

II. RAZÕES PARA A REFORMA DA SENTENÇA

Com o devido respeito ao Juízo *a quo*, a sentença recorrida não deu a correta solução à causa.

Cumpre, de início, delimitar o âmbito recursal. O autor suscita diversas questões que teriam conduzido ao atraso da empreitada verificado na 14ª medição. O Juízo *a quo*, acertadamente, afastou tais alegações em relação à suposta demora na desapropriação (tópico 1), ao embargo da obra (tópico 2), ao volume de eucalipto (tópico 3) e ao índice pluviométrico no período (tópico 4). Acatou, porém, as escusas contidas no tópico 5 da sentença, qual seja, demora nas liberações dos projetos pela

prefeitura. E o acolhimento do ponto ensejou o decreto de procedência do pedido. É contra esse tópico da sentença que o recurso se dirige, tendo sido os demais bem-encaminhados pelo Juízo *a quo*.

Nos capítulos seguintes, passa-se a minudar os argumentos, mas cabe aqui fazer uma introdução e síntese deles.

Em primeiro lugar, conforme comprovado pela perícia judicial realizada, o atraso na empreitada verificada na 14ª medição não decorreu de demora de aprovação pelos órgãos da Prefeitura de Mogi-Guaçu. É, sim, fruto de comportamento desidioso do requerente, ora apelado.

Em segundo lugar, subsidiariamente, ainda que se tome que o atraso se deveu à delonga da Prefeitura de Mogi-Guaçu, o apelado assumiu o risco contratual por tal evento, elaborando o seu preço de acordo com os riscos e os benefícios do contrato. E, ao pretender a nulidade de multa contratual por descumprimento do contrato, sob o argumento de que não teria sido responsável pelo atraso verificado na empreitada, acaba por **alterar a matriz de risco definida pelo contrato**. Isso porque quer se exonerar de risco a si alocado na modelagem contratual (cláusula segunda, XIX), com a qual assentiu ao aderir ao processo licitatório (regra da vinculação ao instrumento convocatório – art. 3º da Lei nº 8.666/1993).

A modelagem contratual seguiu os ditames da Lei nº 8.666/1993, em especial a disposição do art. 65, II, “d”, atribuindo à contratada a chamada álea ordinária (ou empresarial), pela qual **cabe a ela suportar os efeitos econômicos de eventos típicos da atividade empresarial**, no caso, a aprovação de projetos perante as instâncias públicas competentes.

É o que se passa a expor.

A. ATRASO NA EMPREITADA QUE NÃO DECORREU DE DEMORA PELOS ÓRGÃOS DE APROVAÇÃO DA PREFEITURA DE MOGI-GUAÇU

Não procede a alegação formulada pela apelada de que o atraso na empreitada se deu porque não foram obtidas a tempo as necessárias liberações e definições da prefeitura para execução dos serviços como emissário de esgoto, lançamento da rede de drenagem e trevo do acesso viário.

Na realidade, como demonstrado nos autos, a evolução da obra já estava atrasada por falta de planejamento da requerente, de modo que não foi o atraso

de liberação de várias frentes causadas pela contratada que a impediu de cumprir o cronograma.

Diante de tudo que se demonstrou nos autos, conclui-se que, ao contrário do que pretende fazer crer a requerente, a aplicação da multa é, sim, decorrente do seu comportamento desidioso, não havendo o que se falar na existência de fato alheio à sua vontade.

Em resposta aos quesitos formulados pela requerente, o perito deixou claro que os fatos alegados na petição inicial não são capazes de justificar o atraso na execução das obras referentes à medição nº 14. É o que se observa dos trechos abaixo transcritos:

“4.2.2 – Pode o Senhor Perito identificar as reais causas dos supostos atrasos referentes a medição nº 14, da construção da “Penitenciária Feminina de Mogi-Guaçu com ala de progressão penitenciária”?

A Perícia é indireta e as causas atribuídas ao desatendimento da verba prevista para o mês da 14ª medição teriam sido: chuvas e dificuldades administrativas municipais. No corpo do laudo evidenciou-se que não poderiam comprometer os seis dias que se pretendeu ver abonados.

(...)

4.2.4 – Ainda se positiva a resposta ao quesito 2, pode o Senhor Perito informar quantos dias de atraso ocorreram?

Resposta: de acordo com o cronograma de desenvolvimento financeiro pretendido para a medição e o valor medido para o período, ocorreram 6 dias de atraso, dos quais 3 dias foram descontados por ocorrência de chuvas. Restaram 3 dias não explicados e sujeitos à multa, como adequadamente aplicadas.

Portanto, a aplicação da penalidade se deu em razão de infração cometida pela contratada, agindo a Administração dentro da legalidade estrita, motivo pelo qual não é possível a nulidade da sanção.

Não se pode olvidar que o Administrador Público é obrigado a aplicar a correlata sanção. Não pode ele dispor do direito-dever de proceder ao devido processo sancionador, por descumprimento contratual.

A penalidade de multa foi expressamente prevista no edital e no contrato, além de contar com respaldo legal.

Os princípios constitucionais da isonomia, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da prevalência do interesse público e da motivação dos atos administrativos foram observados, não havendo justificativa plausível para a anulação judicial.

Ao Judiciário a revisão dos atos administrativos fica *circumsrita à verificação da legalidade*.

Nas palavras de Seabra Fagundes, ao Poder Judiciário: “ é vedado apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o mérito dos atos administrativos. Cabe-lhe examiná-los, tão somente, sob o prisma da legalidade. Esse é o limite do controle, quanto à extensão.” (in “O Controle dos atos Administrativos”, 4ª ed., p. 148/149).

B. MATRIZ DE RISCO NOS CONTRATOS REGIDOS PELA Nº LEI 8.666/1993

Subsidiariamente, ainda que se tome que o atraso se deveu à delonga da Prefeitura de Mogi-Guaçu na concessão de liberações e definições, a apelada assumiu o risco contratual por tal evento, elaborando o seu preço de acordo com os riscos e os benefícios do contrato, ao qual se vincula (art. 3º da Lei nº 8.666/1993).

Interpretando a sistemática da Lei nº 8.666/1993, em especial o disposto na alínea “d” do inciso II do art. 65, é entendimento consolidado na doutrina e na jurisprudência a chamada teoria das áleas, que classifica **a distribuição dos riscos entre as partes contratantes em áleas ordinária (ou empresarial) e extraordinária**.

Essa teoria assenta que a álea ordinária, ou empresarial, atribui à contratada os riscos típicos da atividade empresarial no âmbito do mercado; e atribui ao Poder Público os riscos extraordinários.

Ademais, com empréstimos da teoria da imprevisão, é entendimento pacífico de que os eventos, ainda que ordinários, são atribuídos ao Poder Público caso sejam imprevisíveis ou, se previsíveis, de consequências incalculáveis.

Quanto ao recorte recursal, conforme acima delimitado, **o risco definido à contratada quanto ao consentimento perante as instâncias de aprovação foi estabelecido na cláusula segunda**:

Cláusula segunda – Das obrigações e responsabilidades da contratada.

À CONTRATADA, além das obrigações estabelecidas em cláusulas próprias deste instrumento e seus anexos, bem como daquelas estabelecidas em lei, em especial as definidas nos diplomas federal e estadual sobre licitações, cabe:

(...)

XIX - providenciar o licenciamento e outros requisitos para a instalação do canteiro de obras e execução dos serviços, sendo também responsável por todas as providências, bem como pelo pagamento de taxas e emolumentos junto às concessionárias de serviços públicos, para efetivação das ligações definitivas de água,

telefone, energia elétrica, esgoto, gás e outros itens pertinentes, sendo essas condições necessárias ao recebimento definitivo da obra.

Ressalta-se que a aprovação de projetos perante as instâncias públicas competentes é atividade típica empresarial no âmbito do mercado, ou seja, trata-se de *álea ordinária*, de modo que o risco contratualmente atribuído à contratada está de acordo com a sistemática da Lei nº 8.666/1993, em especial o art. 65, II, “d”.

Daí porque não cabe a invalidação da penalidade aplicada, uma vez que ela decorreu dos termos do edital, ao qual a contratada encontra-se vinculada (art. 3º da Lei nº 8.666/1993), e dos termos do contrato administrativo por ela firmado.

Havendo o atraso da empreitada e sendo esse um risco a ela atribuído, conforme demonstrado, não é possível escusar-se dela sob a alegação de que não deu causa à demora.

Não cabe aqui adentrar no campo da subjetividade, porquanto o atraso na empreitada é um fato objetivamente verificado, sendo que o risco pela ocorrência do evento foi atribuído à contratada.

Impende ainda ressaltar que a demora na aprovação nas instâncias competentes é algo comum a todos os empresários, tratando-se de álea ordinária.

Ou seja, a contratada não assumiu ônus maior do que o ordinário assumido no ato de empreender.

Por não ter gestado corretamente o risco que lhe foi atribuído, quer agora escusar-se da penalidade aplicada em razão do seu mau desempenho contratual.

III. CONCLUSÃO

Diante do exposto, o Estado de São Paulo requer o conhecimento e o provimento do recurso de apelação, para o fim de julgar improcedente o pedido inicial, condenando a autora ao pagamento das verbas decorrentes da sucumbência.

São Paulo, 3 de abril de 2020.

GUILHERME CAVALCANTI

Procurador do Estado

OAB/SP Nº 430.328

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1057305-67.2017.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO, e apelado CONSÓRCIO MOGI-GUAÇU.

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso. V. U.”, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos exmos. desembargadores ALIENDE RIBEIRO (presidente) e RUBENS RIHL.

São Paulo, 29 de setembro de 2020.

MARCOS PIMENTEL TAMASSIA

Relator

VOTO Nº 12029

APELAÇÃO Nº 1057305-67.2017.8.26.0053 – COMARCA: SÃO PAULO

APELANTE: FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

APELADO: CONSÓRCIO MOGI-GUAÇU

Julgador de Primeiro Grau: Alexandra Fuchs de Araújo

CONTRATO ADMINISTRATIVO - Demanda voltada à anulação do ato administrativo de aplicação da multa referente à medição nº 14, no bojo de contrato administrativo celebrado com o ente estadual demandado para a construção de penitenciária feminina de Mogi-Guaçu. Motivos invocados pelo apelante como ensejadores dos atrasos na execução da obra (desapropriação, embargo da obra, excessivo volume de eucalipto, índice pluviométrico e demora administrativa na liberação de projetos) que não se erigiram em circunstâncias externas ao contrato, excepcionais e imprevisíveis, estranhas à vontade das partes (álea econômica). Conjunto probatório dos autos que, no mais, não afastam a legalidade da multa imposta – Sentença reformada – Recurso provido.

Vistos etc.

Trata-se de recurso de apelação interposto pela **FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO** por inconformismo com a r. sentença de fls. 988/993 que, nos autos de ação ajuizada pelo **CONSÓRCIO MOGI-GUAÇU**, julgou os pedidos procedentes, “a fim de declarar a nulidade do ato administrativo que culminou com a aplicação da multa referente à medição nº 14, bem como a inexigibilidade desta.” (fl. 992). Na oportunidade, a exma. magistrada sentenciante consignou que “grande parte dos argumentos arguidos pela parte autora não podem ser acolhidos, pois ou já foram considerados pela administração, ou não se sustentam pela realidade dos fatos. No entanto, a demora de resposta por parte do ente público de Mogi-Guaçu é fato suficiente que não deve o consórcio ser responsabilizado pelo atraso em questão.” (fl. 992).

Em suas razões (fls. 999/1006), a **FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO** sustentou, em apertado resumo, que o atraso verificado na 14ª medição da obra não decorreu de demora na aprovação pelos órgãos da Prefeitura de Mogi-Guaçu, mas, sim, de comportamento desidioso do apelado. Afirma, na sequência, que ainda que se

considere que o atraso se deveu à delonga da Prefeitura em questão, o apelado havia assumido esse risco na celebração do contrato. Dessa forma, ao objetivar a nulidade da multa contratual, acaba alterando a matriz de risco definida pelo contrato. Afirma, no mais, que a penalidade aplicada decorreu dos termos do contrato, não havendo que se falar em sua invalidade. Requer, nesses termos, a reforma do julgado de primeiro grau.

Contrarrazões foram apresentadas às fls. 1.012/1.022. É o relatório.

DECIDO.

O recurso é tempestivo. Os demais requisitos de admissibilidade foram preenchidos.

Cuida-se de ação anulatória ajuizada pelo Consórcio Mogi Guaçu contra a Fazenda Pública do Estado de São Paulo.

Narra o autor, em sua peça inicial, que, após ter vencido o procedimento licitatório (Concorrência nº 002/201 - fls. 62/146) realizado pelo estado de São Paulo, por intermédio da Secretaria de Administração Penitenciária (SAP), assinou com a Administração estadual o Contrato nº 16/2012 (fls. 147/167), que tinha por objeto a execução de obras e serviços de engenharia para a construção da “Penitenciária Feminina de Mogi-Guaçu com ala de progressão penitenciária”, situada na Rodovia Vice-Governador Almino Monteiro Álvares Afonso, no Município de Mogi-Guaçu.

Busca-se, por meio da presente demanda, a anulação de multa referente à **medição nº 14**, correspondente ao período de 23.7.2013 a 21.8.2013, aplicada pela autoridade administrativa em virtude de suposto atraso na execução da obra.

Argumenta o autor que, no transcorrer da relação contratual, sobrevieram diversos obstáculos resultantes de circunstâncias não previstas no instrumento convocatório, ou, mesmo que previstas, com incompatibilidades em face da real situação do local onde a obra seria erigida.

As principais justificativas para o atraso, portanto, foram as seguintes: i) demora na desapropriação; ii) embargo da obra; iii) volume do eucalipto empregado; iv) alto índice pluviométrico no período; e v) demora da Prefeitura Municipal de Mogi-Guaçu em aprovar e liberar projetos.

A demandada, por seu turno, defende que as penalidades impostas têm razão de ser, uma vez que os atrasos não são justificáveis.

Nesse embate, a controvérsia consiste em aferir se o atraso na execução da obra decorreu de áleas **extraordinárias** (econômicas ou administrativas), não podendo ser imputado ao consórcio demandante, ou de áleas ordinárias (ou empresariais),

inerentes ao risco do empreendimento assumido, que devem ser absorvidas pelo particular contratado.

Como ensina MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, “além da força maior, apontam-se três tipos de áleas ou riscos que o particular enfrenta quando contrata com a Administração:

1. **Álea ordinária ou empresarial**, que está presente em qualquer tipo de negócio; é um risco que todo empresário corre, como resultado da própria flutuação do mercado; sendo previsível, por ele responde o particular. Há quem entenda que mesmo nesses casos a Administração responde, tendo em vista que nos contratos administrativos os riscos assumem maior relevância por causa do porte dos empreendimentos, o que torna mais difícil a adequada previsão dos gastos; não nos parece aceitável essa tese, pois, se os riscos não eram previsíveis, a álea deixa de ser ordinária;
2. **Álea administrativa**, que abrange três modalidades:
 - a) uma decorrente do poder de **alteração unilateral** do contrato administrativo, para atendimento do interesse público; por ela responde a Administração, incumbindo-lhe a obrigação de restabelecer o equilíbrio voluntariamente rompido;
 - b) a outra corresponde ao chamado **fato do príncipe**, que seria um ato de autoridade, não diretamente relacionado com o contrato, mas que repercute indiretamente sobre ele; nesse caso, a Administração também responde pelo restabelecimento do equilíbrio rompido;
 - c) a terceira constitui o **fato da Administração**, entendido como toda conduta ou comportamento desta que torne impossível, para o cocontratante particular, a execução do contrato (Escola, 1977, v. I: 434); ou, de forma mais completa, é “toda ação ou omissão do Poder Público que, incidindo direta e especificamente sobre o contrato, retarda, agrava ou impede a sua execução” (Hely Lopes Meirelles, 2003: 233);
1. **álea econômica**, que corresponde a circunstâncias externas ao contrato, estranhas à vontade das partes, imprevisíveis, excepcionais, inevitáveis, que causam desequilíbrio muito grande no contrato, dando lugar à aplicação da teoria da imprevisão; em princípio, repartem-se os prejuízos, já que não decorreram da vontade de nenhuma das partes.” (Direito Administrativo, 20ª edição, São Paulo: Atlas, 2007, p. 257/258). (Negrito no original).

Na espécie, o mm. Juízo de primeiro grau anotou, na decisão de fls. 531/532, ser “questão de fato controversa se o atraso na Medição nº 14 se deu em razão da desídia da autora, como entendeu a Administração, ou se houve outros fatores determinantes, tais como chuva, invasões de terceiros de demora na aprovação dos projetos”. Dessa forma, na mesma oportunidade, deferiu a produção de prova pericial.

Após a realização da perícia – laudo técnico acostado às fls. 646/729, seguido dos esclarecimentos periciais de fls. 896/905 e 936/941 – sobreveio a r. sentença de fls. 988/993, que julgou os pedidos procedentes, consignando que “a demora de resposta por parte do ente público de Mogi-Guaçu é fato suficiente que não deve o consórcio ser responsabilizado pelo atraso em questão” (fl. 992).

Conquanto se respeite o entendimento firmado em primeiro grau de jurisdição, o recurso interposto comporta provimento.

Com efeito, a análise das provas constantes do processo não indica que o atraso verificado na 14ª Medição se deveu a quaisquer das causas apontadas pelo Consórcio apelado.

Assinala o perito que o Contrato nº 16/2012 tinha o prazo original de vigência estabelecido em 512 dias, tendo sido prorrogado em 8 (oito) oportunidades, por conta dos aditivos firmados – ficando com prazo total de 738 dias. A execução do objeto contratual, inicialmente projetada para ser concluída em 450 dias, foi prorrogada 6 (seis) vezes, alcançando 570 dias.

O valor previsto para a 14ª Medição (objeto dos autos) era de R\$ 2.419.302,17, tendo sido medido apenas R\$ 1.904.500,93. Conforme relatado pelo perito, “os dias de atraso são calculados de acordo com o desenvolvimento financeiro da obra a cada medição.” Na medição nº 14 restou “um salvo não realizado de R\$ 514.801,24, que é a diferença entre o valor previsto e o valor medido” (fl. 683).

Do total dos dias de atraso, após o parcial acolhimento da defesa prévia apresentada pelo consórcio administrativamente, foram descontados os *dias justificados*, referentes aqueles em que os serviços foram prejudicados em decorrência de fortes chuvas. Assim, alcançando-se um total de **3 (três) dias de atraso**, o montante da multa foi fixado em R\$ 3.088,81, conforme cálculos de fl. 686.

Às fls. 687 e seguintes, o auxiliar de confiança do juízo passou a analisar os argumentos lançados pelo autor para justificar a total impossibilidade de se aplicar a multa em questão.

Com base nos apontamentos periciais, bem como nos demais elementos probatórios constantes nos autos, é possível concluir que a: i) suposta demora na desapropriação; ii) o embargo da obra; iii) o volume do eucalipto empregado; o iv) alto índice pluviométrico no período; e v) a demora na liberação de projetos por parte da prefeitura não podem ser considerados como argumentos legítimos a afastar a incidência

da multa aplicada, porquanto não se erigiram em circunstâncias externas ao contrato, excepcionais e imprevisíveis, estranhas à vontade das partes (álea econômica).

Relativamente ao **índice pluviométrico do período**, é certo que este fator já havia sido considerado pela Administração Pública, uma vez que ensejou, conforme exposto, a diminuição do valor da multa inicialmente imposta, reconhecendo-se que o evento justificaria alguns dias de atraso nos serviços. Não se trata, portanto, de fundamento suficiente para afastar a sanção em tela.

Quanto à suposta **demora na desapropriação** do terreno para execução do objeto contratual, o perito consignou que a imissão na posse havia sido deferida em janeiro de 2009, e efetivada em fevereiro do mesmo ano. Assinala o *expert*, ainda, que em imagem de 31 de outubro de 2012, é possível observar que *“o terreno objeto do contrato estava com o serviço de corte de madeira/limpeza realizado no período da 5ª medição, ou seja, anteriormente ao período da 14ª medição”* (fl. 698). Não há, portanto, qualquer relação comprovada entre a desapropriação da área e o atraso dos serviços relativos à 14ª Medição.

No que se refere ao **embargo da obra**, o auxiliar do juízo assentou, à fl. 700 do laudo técnico, que a despeito do aludido embargo, a obra não foi paralisada e prosseguiu com os serviços de corte de eucalipto, conforme dava conta Ata de Vistoria juntada no laudo. Por sua vez, quanto ao **acréscimo do volume de eucalipto**, o perito apurou que *“esse acréscimo de quantitativo foi uma das justificativas para a elaboração do 1º e 2º termos de aditamento, que prorrogaram, respectivamente, 29 e 64 dias, o contrato. (...) o corte dos eucaliptos foi realizado completamente em período anterior a outubro de 2012, sem outras intercorrências”* (fl. 701). Também sob esses pontos de vista, portanto, não há que se falar em ilegalidade na aplicação da multa em comento.

Finalmente, tampouco a suposta **demora na liberação de projetos**, por parte da Prefeitura Municipal de Mogi-Guaçu, caracterizar-se-ia como álea extraordinária, a justificar o atraso verificado e liberar o autor da multa aplicada.

Conforme visto, a 14ª Medição abarcou o período de 23/7/2013 a 21/8/2013 (fl. 678). Nesse intervalo, o autor alega que não conseguiu, junto à Prefeitura Municipal de Mogi-Guaçu, as liberações e aprovações de que necessitava, tendo protocolado os seguintes processos administrativos:

- i) Processo nº 4541/2010 (Protocolo em abril de 2010), voltado à apresentação dos Projetos de Drenagem da Penitenciária;

- ii) Processo nº 3932/2013 (Protocolo em março de 2013), voltado à apresentação do projeto de melhoria viária (rotatória), para manifestação e diretrizes;
- iii) Processo nº 6638/2013 (Protocolo em maio de 2013), voltado à apresentação de diretrizes para execução de emissário de esgoto à beira da Rodovia Vice-Governador Almino Monteiro Alves Afonso, no percurso entre o KM 14 + 500m ao KM 10 + 50m.

O autor alega, nesse sentido, que a Administração Municipal teve prazo suficiente para a análise das solicitações, de modo a não provocar quaisquer atrasos nas obras relativas à medição ora em comento. Ocorre, porém, que a resposta do município somente veio em novembro de 2013 – data posterior, portanto, à Medição nº 14, que durava até 21.08.2013. Daí, então, a tese sustentada pelo consórcio, no sentido de que a demora na liberação dos projetos teria sido causa do atraso verificado nos serviços concernentes à medição em tela.

Sem razão, contudo.

Em que pese o esforço argumentativo do autor, em momento algum dos autos restou **cabalmente demonstrado** que a suposta demora na liberação dos projetos, por parte da Prefeitura Municipal de Mogi-Guaçu, teria sido a causa dos atrasos que ensejaram a aplicação da multa em comento.

A análise dos documentos juntados aos autos, e do laudo pericial produzido, não revela que a suposta demora na liberação de projetos, por parte da prefeitura, seria fator preponderante para o atraso apurado na medição em questão.

Na esteira do já exposto, o valor previsto para a 14ª Medição era de **R\$ 2.419.302,17**, tendo sido medido apenas **R\$ 1.904.500,93**. Questionado o *expert* se os serviços considerados impedidos de serem executados estavam planejados para ao período em questão, houve a seguinte resposta: *“o tema foi desenvolvido no corpo do laudo, uma vez que o objetivo a ser alcançado mensalmente se expressava pela verba estimada a ser medida. Os serviços poderiam ser intercambiados e, pelo que se depreende do material documental disponível nos autos, haviam atividades em curso que alcançariam a verba prevista”*.(fl. 716).

Extrai-se do apontamento pericial que, ainda que houvesse serviços que, para serem executados, dependiam da resposta da prefeitura às solicitações administrativas formuladas pelo consórcio, é certo que o valor de R\$ 2.419.302,17 – que deveria ter sido medido –, **poderia ser atingido a partir da execução de outras atividades**, uma vez que elas eram, nas palavras do próprio perito, intercambiáveis.

Adiante, quando o perito foi questionado se poderia identificar as reais causas dos supostos atrasos referentes à Medição nº 14, respondeu que “a perícia é indireta e as causas atribuídas ao desatendimento da verba prevista para o mês da 14ª medição teriam sido: chuvas e dificuldades administrativas municipais. No corpo do laudo, evidenciou-se que não poderiam comprometer os seis dias que se pretendeu ver abonadas” (fl. 727).

Ficou claro, portanto, que os argumentos de que se valeu o autor para pleitear a anulação da multa imposta não prosperam. As supostas causas para o atraso verificado na 14ª Medição, consoante os apontamentos periciais, não justificariam todos os dias de atraso verificados.

Assim, ainda que por hipótese se conceba que, de fato, houve demora da Prefeitura de Mogi-Guaçu na análise de solicitações administrativas formuladas pelo autor, voltadas à liberação de projetos, é certo que essa morosidade não influenciou, preponderantemente, para o atraso constatado na 14ª Medição.

Além disso, não se trata de situação incomum no cotidiano das contratações administrativas, de maneira que esse risco é precificado pelas empreiteiras no momento da formulação das propostas, não podendo ser tomado como evento imprevisível e tampouco dotado de consequências imprevisíveis. Configura, por assim dizer, álea ordinária ou empresarial, devendo por ele responder o particular.

Tanto é assim que o próprio contrato celebrado entre as partes, em sua cláusula segunda (“das obrigações e responsabilidades da contratada”), previa que “À CONTRATADA, além das obrigações estabelecidas em cláusulas próprias deste instrumento e seus anexos, bem como daquelas estabelecidas em lei, em especial as definidas nos diplomas federal e estadual sobre licitações, cabe: (...) XIX - providenciar o licenciamento e outros requisitos para a instalação do canteiro de obras e execução dos serviços, sendo também responsável por todas as providências, bem como pelo pagamento de taxas e emolumentos junto às concessionárias de serviços públicos, para efetivação das ligações definitivas de água, telefone, energia elétrica, esgoto, gás e outros itens pertinentes, sendo essas condições necessárias ao recebimento definitivo da obra” (fl. 150).

Inexiste na espécie, portanto, álea extraordinária que possa afastar a falta atribuível ao autor e, por consequência, a multa que lhe foi imposta.

No mais, do ponto de vista formal, não há qualquer ilegalidade na multa aplicada. O consórcio foi notificado administrativamente acerca da penalidade imposta, tendo sido a referida decisão administrativa adequadamente motivada (fl. 276). Da

mesma forma, após apresentação de defesa prévia (fls. 321/327), a decisão responsável pela diminuição do valor da multa foi, igualmente, motivada nos termos legais (fls. 278/279 e 297). Houve, ainda, notificação para apresentação de recurso administrativo (fl. 299). Não há qualquer nulidade, nesse aspecto, a ser declarada.

Por fim, registro que, em casos muito semelhantes, envolvendo a aplicação de multa ao consórcio autor em função de atrasos verificados nas medições nºs 7A, 7B, 8 e 9 (Apelação nº 1041784-19.2016.8.26.0053) e medição nº 16 (Apelação nº 1005718-69.2018.26.0053), relativas à mesma obra, esta c. 1ª Câmara de Direito Público, em acórdãos de minha relatoria, houve por bem **manter as multas impostas**, afastando, diga-se, argumentos do consórcio que haviam sido lançados nos referidos casos e, em grande parte, **repetidos** nos presentes autos.

Invertam-se os ônus sucumbenciais. Deixo de majorar o valor dos honorários advocatícios, posto que fixados em patamar máximo na r. sentença (20% sobre o valor da causa).

De resto, para facultar eventual acesso às vias especial e extraordinária, considero prequestionada toda a matéria infraconstitucional e constitucional, observando a remansosa orientação do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, na hipótese de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão colocada tenha sido decidida¹.

Ante todo o exposto, voto pelo **PROVIMENTO** do presente recurso.

MARCOS PIMENTEL TAMASSIA

Relator

¹ EDROMS 18.205/SP, ministro Felix Fischer, DJ. 8/5/2006, p. 240.



Contestação em ação proposta pela concessionária Rota das Bandeiras contra a Agência de Transporte do Estado de São Paulo – Artesp, em que se requereu o reequilíbrio da equação econômico-financeira de contrato de concessão, em razão da detecção de vícios ocultos durante a execução de obra de recuperação da ponte sobre o Rio Jaguari, que, conforme a autora, teriam ensejado gastos adicionais não previstos no contrato, tornando a sua obrigação excessivamente onerosa.

EXMO(A). SR(A). DR(A). JUIZ DE DIREITO DA 8ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL –SP

Procedimento Comum nº 1030900-86.2020.8.26.0053

Requerente: Concessionária Rota das Bandeiras S.A.

Requerido: AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DE TRANSPORTES DO ESTADO DE SÃO PAULO - ARTESP

A AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DE TRANSPORTES DO ESTADO DE SÃO PAULO - ARTESP, pela procuradora do Estado que esta subscreve, nos autos do processo em epígrafe, vem, perante Vossa Excelência, apresentar CONTESTAÇÃO aos fatos e fundamentos aduzidos na petição inicial.

I. SÍNTESE DOS FATOS

Trata-se de ação proposta pela Concessionária Rota das Bandeiras, requerendo a condenação da Artesp a reequilibrar a equação econômico-financeira do Contrato de Concessão nº 003/Artesp/2009, em razão da detecção de vícios ocultos durante a execução da obra item 05.02.04.01.00.00.21, referente à recuperação da ponte sobre o Rio Jaguari, que ensejaram gastos adicionais não previstos no contrato, tornando a sua obrigação excessivamente onerosa.

A requerente narra que tais anomalias não eram passíveis de identificação à época da licitação e da apresentação da proposta comercial e somente foi descoberta a sua real dimensão após o início da obra de ampliação/alargamento da ponte.

Por essa razão, a concessionária formulou pleito de reequilíbrio perante a Artesp, no valor estimado, à época, anterior à realização da obra de reforço, de R\$ 454.612,59 (quatrocentos e cinquenta e quatro mil, seiscentos e doze reais e cinquenta e nove centavos) na base de julho/2008.

Alega, ainda, que enquanto aguardava a decisão da Agência, solicitou parecer técnico sobre a estabilidade estrutural da ponte, tendo sido concluída a necessidade de execução da obra no prazo máximo de 8 meses. Diante de tal situação, a concessionária tomou todas as providências para elaboração de projeto executivo

de reforço estrutural e para iniciar a execução da obra, que totalizaram um montante exato de R\$ 1.439.885,87 (um milhão, quatrocentos e trinta e nove mil, oitocentos e oitenta e cinco reais e oitenta e sete centavos).

Ao final, o requerimento administrativo foi indeferido pela Artesp.

Diante de tais fatos, foi proposta a presente demanda com o objetivo de ser a Artesp compelida a recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão pelos custos adicionais e imprevisíveis experimentados pela concessionária, com a devida atualização monetária e incidência de juros legais até a data da efetiva recomposição.

Conforme será abaixo demonstrado, a pretensão autoral não merece acolhimento.

III. PRELIMINARMENTE

1. DA DECADÊNCIA

A concessionária alega a existência de vício oculto na ponte sobre o Rio Jaguari que não era passível de identificação à época da licitação e da apresentação da proposta comercial, ensejando gastos extraordinários e imprevisíveis quando da execução da obra de recuperação da OAE.

No presente caso, é possível a aplicação, por analogia, do art. 445 do Código Civil, que prevê o prazo decadencial de um ano, a partir da efetiva entrega da coisa, para a invocação dos vícios ocultos em caso de aquisição de bens imóveis. Eis o teor do dispositivo:

Art. 445. O adquirente decai do direito de obter a redibição ou abatimento no preço no prazo de trinta dias se a coisa for móvel, e de um ano se for imóvel, contado da entrega efetiva; se já estava na posse, o prazo conta-se da alienação, reduzido à metade.

Partindo-se de tal interpretação analógica, é possível afirmar que a **requerente tinha o prazo de um ano para apontar a existência de vício oculto a partir da entrega do sistema rodoviário, em 3/4/2009**, conforme Termo de Entrega assinado entre as partes (anexo). No entanto, a concessionária apenas suscitou a existência de vício oculto na estrutura da ponte em **26/3/2018**, em correspondência encaminhada à Artesp (fls. 742 e seguintes), ultrapassando em muito o prazo decadencial de um ano.

Nem se alegue que, pela incidência da regra prevista no art. 445, §1º, do Código Civil¹, o termo inicial do prazo é a data em que a concessionária teve ciência do vício oculto, quando da execução das obras de alargamento da Ponte (2018), por se tratar de defeito que, por sua natureza, só podia ser conhecido mais tarde.

Isso porque, o item 3.2.2 do Anexo 6 do edital (fls. 553/558), determinava que nos primeiros seis meses da concessão a autora deveria apresentar um programa de monitoração e gerenciamento das Obras de Arte Especiais, estabelecendo, assim, uma obrigação de estudo e vistoria das OAEs.

Eis o teor de tal disposição editalícia:

“3.2.2. Recuperação de Obras de Arte Especiais, Correntes e Passarelas.

- Descrição

A CONCESSIONÁRIA deverá apresentar um programa de monitoração e gerenciamento, até os primeiros 6 (seis) meses, para aplicá-lo durante todo período de CONCESSÃO, das Obras de Arte Especiais e Passarelas, garantindo a manutenção e adequação da segurança e funcionalidade requeridas nos moldes da Especificação Técnica para Manutenção e Gerenciamento de OAE's “CONTROLE DAS OBRAS DE ARTE ESPECIAIS ET-00.000.000-0-C21/002 revisão 1” da CONTRATANTE/FISCALIZAÇÃO.

(...)

O LICITANTE, com base na inspeção e investigação de projeto das obras de arte, deverá estimar as quantidades de serviços prioritários relativos à recuperação das obras de arte especiais, correntes e passarelas, assim como apontar as providências para esses serviços no plano de monitoração e gerenciamento para todas elas.

(...)

Deverão ser apresentados também, no programa de Monitoração e Gerenciamento as condições atualizadas com classificações sob aspectos estruturais, funcionais e de durabilidade das OAE's e Passarelas, com arquivos eletrônicos contendo os relatórios das Inspeções Especiais e projetos que foram utilizados, incluindo os projetos que vieram alterar cadastros geométricos originais como alargamentos, prolongamentos, implantações de defensas rígidas ou substituições de OAE's e passarelas.

O Banco de Dados deverá apresentar informações adicionais existentes como histórico das recuperações anteriores em que a obra foi submetida, dados de geotecnia e de propriedades mecânicas dos materiais constituintes das estruturas dessas obras, acidentes e informações sobre a passagem de cargas especiais (...). (g.n.)

1 Art. 445. (...) § 1º - Quando o vício, por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde, o prazo contar-se-á do momento em que dele tiver ciência, até o prazo máximo de cento e oitenta dias, em se tratando de bens móveis; e de um ano, para os imóveis.

Tal item prevê que nos primeiros seis meses da concessão, a concessionária deveria realizar estudo pormenorizado, com o histórico das recuperações anteriores feitas nas OAEs e propriedades mecânicas dos materiais das estruturas das obras. Havia também a obrigação de a concessionária apresentar, no programa de monitoração, a classificação dos aspectos estruturais, funcionais e de durabilidade das pontes, o que exige estudo complexo.

Assim, para a elaboração de um programa minimamente consistente, a concessionária tinha a obrigação de efetivar uma análise detalhada da estrutura das OAEs do sistema rodoviário. Surpreende, assim, que após apresentado o programa no prazo consignado (seis meses após a transferência do controle), não tenha detectado as alegadas falhas estruturais na ponte sobre o Rio Jaguari.

Portanto, não há como ser acolhido o argumento da requerente de que o vício oculto somente pôde ser conhecido em 2018, já que havia **expressa obrigação da concessionária de implementar programa de monitoração e gerenciamento das OAEs a ser executado ao longo de todo o período de concessão**.

No entanto, caso se entenda aplicável a regra do § 1º do art. 445 do Código Civil, cabe destacar que, nos casos de vícios ocultos em bens imóveis que somente se revelam mais tarde, o prazo para invocar o defeito é contado a partir da ciência do adquirente, desde que o vício se revele até o prazo máximo de um ano. Essa é a correta interpretação de tal dispositivo, conforme Enunciado 174 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal:

Enunciado 174, CJF: Em se tratando de vício oculto, o adquirente tem os prazos do caput do art. 445 para obter redibição ou abatimento de preço, desde que os vícios se revelem nos prazos estabelecidos no § 1º, fluindo, entretanto, a partir do conhecimento do defeito.

Esse entendimento também é consagrado pela jurisprudência, como se observa das ementas abaixo transcritas:

RECURSO ESPECIAL. VÍCIO REDIBITÓRIO. BEM MÓVEL. PRAZO DECADENCIAL. ART. 445 DO CÓDIGO CIVIL.

1. O prazo decadencial para o exercício da pretensão redibitória ou de abatimento do preço de bem móvel é de 30 dias (art. 445 do CC). Caso o vício, por sua natureza, somente possa ser conhecido mais tarde, o § 1º do art. 445 estabelece, em se tratando de coisa móvel, o prazo máximo de 180 dias para que se revele, correndo o prazo decadencial de 30 dias a partir de sua ciência. 2. Recurso Especial a que se nega provimento". (grifos nossos)

(REsp 1.095.882/SP, rel. ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 9/12/2014, DJe 19/12/2014)

ESTIMATÓRIA. VÍCIOS REDIBITÓRIOS em imóvel. decadência. prazo para exteriorização do vício. segurança jurídica. Insurgência dos autores em face da sentença que pronunciou a decadência do direito de reclamação por vícios redibitórios em imóvel (art. 269, IV, CPC). Alegação de que o prazo decadencial do art. 445, §1º, CC, teria início apenas com a ciência do vício. Presunção que não poderia ter sido utilizada para o pronunciamento da decadência. Perícia que teria sido desvirtuada. Constatação dos vícios alegados. Necessidade de reparação. Não acolhimento. Decadência bem decretada. Vícios redibitórios, ainda que ocultos, têm prazo legal para exteriorização. 1 ano (art. 445, § 1º, CPC). Problemas surgidos nesse ínterim, prazo decadencial do caput do art. 445, CC, tem início da ciência do vício. Segurança jurídica. Vícios reclamados supostamente exteriorizados 5 anos após imissão na posse. Impossibilidade. Indiferença da constatação por perícia dos vícios. Decadência do direito de reclamar pelo abatimento do preço. Sentença mantida. Recurso desprovido”. (grifos nossos) (TJSP; Apelação Cível 0000309-51.2013.8.26.0071; relator (a): Carlos Alberto de Salles; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro de Bauru - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 15/7/2016; Data de Registro: 15/7/2016)

Ou seja, mesmo que se entenda pela aplicação do art. 445, § 1º do CC/02, seria necessário que o vício tivesse se exteriorizado no prazo de um ano a contar da efetiva entrega, o que não ocorreu.

Diante das razões acima expostas, a Artesp requer seja reconhecida a decadência do direito da concessionária, extinguindo-se o presente processo, nos termos do art. 487, inciso II, do Código de Processo Civil.

III. DO MÉRITO

III. 1. DA INEXISTÊNCIA DE DIREITO AO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO DE CONCESSÃO:

A parte autora justifica o seu pleito de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão na alegação equivocada de que as anomalias encontradas na Ponte sobre o Rio Jaguari configuram vício oculto, ensejando a materialização de álea extraordinária, o que atrai a aplicação do artigo 65, inciso II, “d”, da Lei federal nº 8.666/93².

2 Art. 65. Os contratos regidos por esta lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

[...]

II - por acordo das partes:

Ocorre que tal disposição legal tem como objetivo conferir fundamento legal a aditivos firmados pelo Poder Público e por particulares que estejam vinculados por contratos regulados pela Lei nº 8.666/93. A alínea “d”, do inciso II, prevê que pode ser firmado acordo para manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato nas hipóteses de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis ou em casos de força maior/caso fortuito/fato do príncipe, desde que tais eventos configurem álea econômica extraordinária e extracontratual.

Cabe reforçar que os contratos de obra e de serviços regulados pela Lei Geral de Licitações possuem uma **dinâmica e uma lógica jurídico-econômica completamente distintas** daquelas dos contratos de concessão.

Na contratação da Lei nº 8.987/95, estabelece-se um caminho distinto daquele previsto na Lei nº 8.666/93 para viabilizar construção e exploração da infraestrutura pública (rodovia). Diferentemente dos contratos de obra pública, os contratos de concessão envolvem a transferência de uma série de riscos ao particular contratado pela Administração, a ele incumbindo a gerência do negócio e a assunção de riscos tal qual um empresário privado.

Portanto, **o contrato de concessão não é regulado, no que tange ao sistema de equilíbrio econômico-financeiro, pela Lei nº 8.666/1993, mas por suas próprias disposições**, na forma do artigo 10 da Lei nº 8.987/1995.

Assim, para a adequada definição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, deve ser avaliada a sua matriz de riscos, que define qual das partes é responsável pelas atividades previstas no instrumento contratual e para lidar com incertezas positivas e negativas (ganhos e ônus) que afetam tais atividades. Ao estipular as responsabilidades de cada parte do contrato, a matriz de risco fixa o **conjunto de encargos e benefícios de cada uma delas e, assim, em conjunto com as obrigações de desempenho na prestação dos serviços e o sistema de pagamentos, compõe a equação econômico-financeira do contrato.**

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

Ao contrário do que alegado pela requerente, a verificação do rompimento do equilíbrio contratual **não depende pura e simplesmente da constatação da quebra da correlação entre encargos e vantagens dos contratantes**; mostra-se indispensável a análise do Edital de licitação e das disposições do contrato, em especial da **distribuição de responsabilidades pela materialização dos riscos contratuais**.

Não por outro motivo, o artigo 10 da Lei federal nº 8.987/95 estabelece que, atendidas as condições do contrato, considera-se mantido o seu equilíbrio econômico-financeiro. Desse modo, materializado um risco atribuído a uma das partes, não terá cabimento eventual pleito de reequilíbrio, ainda que tal evento tenha efetivamente causado consequências gravosas àquele que assumiu o risco da sua ocorrência. **Somente eventos cuja responsabilidade não tenha sido atribuída à parte prejudicada podem gerar o restabelecimento da equação econômica**.

É indispensável, portanto, a análise das obrigações e dos riscos atribuídos a cada uma das partes no Edital e no contrato, a fim de verificar a existência ou não da ruptura do equilíbrio da equação econômico-financeira do contrato.

Nesse particular, cumpre destacar que a cláusula 22 do contrato de concessão prevê que a Concessionária assume integral responsabilidade pelos riscos inerentes à exploração do sistema rodoviário e, especialmente, **variações de custos decorrentes das obrigações assumidas**, que não serão considerados para efeito do equilíbrio econômico-financeiro, posto que a **correta avaliação dos custos e do que deve ser realizado para execução do contrato é de risco exclusivo da concessionária**:

CLÁUSULA 22. - RISCOS DA CONCESSÃO

22.1. A CONCESSIONÁRIA assume integral responsabilidade pelos riscos inerentes à exploração do SISTEMA RODOVIÁRIO, excetuados unicamente aqueles em que o contrário resulte expressamente deste CONTRATO.

(...)

22.3. **Variações de custos decorrentes das obrigações assumidas pela CONCESSIONÁRIA em relação ao previsto no PLANO DE NEGÓCIOS apresentado na PROPOSTA não serão consideradas para efeito do equilíbrio econômico-financeiro, sendo considerado.** (g.n.)

Ademais, conforme será demonstrado abaixo, havia expressa previsão no Edital e no contrato de concessão da **obrigação** da concessionária de **realização de vistorias prévias à elaboração da proposta e de conservação especial do sistema rodoviário, inclusive a recuperação das obras de arte especiais**.

Dessa forma, constata-se que o pleito formulado pela parte autora envolve obrigações a ela atribuídas e riscos por ela contratualmente assumidos, não havendo que se falar em direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Por fim, ainda que o contrato em questão fosse regulado pela Lei federal nº 8.666/1993, não incidiria a hipótese do art. 65, inciso II, alínea “d”, pois os vícios apontados na ponte sobre o Rio Jaguari não **configuram evento imprevisível** (conforme será demonstrado abaixo), afastando-se o requisito de extraordinariedade. Além disso, **houve expressa assunção da concessionária do risco referente à correta avaliação dos custos necessários ao cumprimento das obrigações contratuais**. Ou seja, o risco foi expressamente regulado no instrumento do contrato de concessão, tratando-se, portanto, de **álea contratualizada**.

Assim, não está configurado o requisito da “álea econômica extraordinária e extracontratual”, não havendo fundamento jurídico para o reconhecimento do direito à recomposição do equilíbrio da equação econômico-financeira do contrato, ainda que se entenda aplicável o disposto no artigo 65, II, “d”, da Lei federal nº 8.666/1993.

III.2. DA OBRIGAÇÃO DA CONCESSIONÁRIA DE REALIZAR VISTORIAS PRÉVIAS NO SISTEMA RODOVIÁRIO

O item 12 do Edital de licitação previa expressamente o dever dos licitantes realizarem a **vistoria prévia do sistema rodoviário**, disponibilizando a oportunidade de realizarem tantas quantas entendessem necessárias. A partir das vistorias efetivadas e das informações disponibilizadas em *data room*, os licitantes deveriam elaborar a metodologia de execução, incluindo os seus planos econômico-financeiro e de negócios, **não podendo, posteriormente, alegar desconhecimento sobre o real estado do objeto de concessão**. Eis o teor da disposição editalícia:

12. DAS VISTORIAS

12.1. Os LICITANTES deverão vistoriar o SISTEMA RODOVIÁRIO e suas cercanias, em data a ser estabelecida pela CONTRATANTE, tendo em vista a verificação das condições locais, para avaliação própria da quantidade e natureza dos trabalhos, materiais e equipamentos necessários à realização do objeto da CONCESSÃO, forma e condições de suprimento, meios de acesso ao local e obtenção de quaisquer outros dados que julgarem necessários para preparação da METODOLOGIA DE EXECUÇÃO, incluindo o PLANO ECONÔMICO-FINANCEIRO e o PLANO DE NEGÓCIOS e realização dos serviços, assim como para a adequada exploração da CONCESSÃO e atingimento dos níveis de serviços estabelecidos neste Edital.

12.2. Poderão ser feitas tantas vistorias quanto cada LICITANTE considerar necessário, mas a primeira vistoria será conjunta e oficial; para tanto, os representantes credenciados dos LICITANTES deverão apresentar-se no local, data e hora a serem estabelecidos pela CONTRATANTE.

12.3. Todas as vistorias deverão ser prévia e obrigatoriamente programadas com a CONTRATANTE.

12.4. Ao final da vistoria oficial, a CONTRATANTE fornecerá aos representantes credenciados dos LICITANTES o Atestado de Vistoria, que fará parte do envelope contendo a METODOLOGIA DE EXECUÇÃO.

12.5. A CONTRATANTE considerará que as propostas apresentadas foram elaboradas com perfeito conhecimento do sítio do SISTEMA RODOVIÁRIO, não podendo a CONCESSIONÁRIA, em hipótese alguma, pleitear modificações nos preços, prazos, ou condições do CONTRATO, ou alegar qualquer prejuízo ou reivindicar qualquer benefício, sob a invocação de insuficiência de dados ou informações sobre o mesmo.

12.6. O LICITANTE se responsabiliza pelo exame de todas as instruções, condições, exigências, leis, decretos, normas, especificações e regulamentações referidas neste Edital.

12.7. O LICITANTE também se responsabilizará pelo exame de toda a documentação técnica existente, concernente ao lote rodoviário objeto desta Licitação, com vistas à elaboração da proposta e seus custos.

12.7.1. A documentação mencionada no item 12.7 estará disponibilizada em DATA ROOM, na SEDE DA CONTRATANTE, que conterà o conjunto de dados e elementos informativos necessários e suficientes para avaliar as dimensões, características e o custo das obras previstas, assim como a definição dos métodos e prazos de execução, que assegurem o nível de precisão técnica adequada para configurar precisamente o objeto da concessão, conforme indicações dos estudos técnicos preliminares que respaldam sua viabilidade, em todos os aspectos e o correto tratamento do impacto ambiental do empreendimento. (g.n.)

Como se vê, o edital expressamente previa o dever das licitantes realizarem vistorias no sistema rodoviário, a fim de verificarem as condições locais para avaliação própria da quantidade e natureza dos trabalhos, materiais e equipamentos necessários à realização do objeto da concessão.

Se a vistoria realizada pela requerente foi insuficiente e superficial, não pode ser utilizada como justificativa para o desconhecimento do histórico da OAE e de suas anomalias existentes.

A proposta apresentada pela concessionária se vincula à sua prévia obrigação de vistoria do sistema rodoviário. Assim, o risco de eventualmente ser necessário dispendar mais recursos do que o constante de seu plano original de negócios em razão de inadequada avaliação quanto à estrutura foi atribuído à concessionária.

Tanto isso é verdade que o já transcrito item 12.5 do Edital estabelece que se considera que as propostas apresentadas foram elaboradas com perfeito conhecimento do sistema rodoviário, não podendo a concessionária alegar, em hipótese alguma, qualquer prejuízo ou reivindicar qualquer benefício com fundamento em insuficiência de dados ou informações sobre o sistema.

O item 12.7 também estabelece que a licitante se responsabiliza pelo exame de toda a documentação técnica existente, concernente ao Lote rodoviário objeto da concessão, com vistas à elaboração da proposta e seus custos.

Observe-se que a requerente, ainda na qualidade de licitante, confirmou sua integral ciência das condições estabelecidas na cláusula 12 do Edital, como se observa do Atestado de Vistoria abaixo:

EDITAL Nº 002/2008

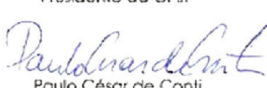
CONCORRÊNCIA PÚBLICA INTERNACIONAL - CONCESSÃO ONEROSA DO CORREDOR DOM PEDRO I, CONSTITUÍDO PELAS RODOVIAS SP-065, SPI-084/066, SP-332, SP-360, SP-063, SP-083, SPA-122/065, SPA-067/360, SPA-114/332, PROLONGAMENTOS DA SP-083 – ANEL SUL DE CAMPINAS E VIA PERIMETRAL DE ITATIBA E OUTROS SEGMENTOS DE RODOVIAS TRANSVERSAIS.

ATESTADO DE VISTORIA

Em atendimento ao disposto no item 12.2 do Edital de Licitação nº 002/2008, **CERTIFICO** que compareceu à **VISTORIA TÉCNICA** ocorrida em 25/09/2008, a empresa **ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRA-ESTRUTURA LTDA.**, ao final assinando o presente por meio de seu representante devidamente credenciado, Sr. Paulo César de Conti, e confirmando sua integral ciência das condições estabelecidas na Cláusula 12 do referido Edital.

São Paulo, 25 de setembro de 2008.


JOÃO CARLOS COELHO ROCHA
Presidente da CPJP


Paulo César de Conti
Representante do Interessado

No Termo de Entrega assinado pelas partes, também consta a realização de vistoria conjunta do sistema existente:

TERMO DE ENTREGA

Nos termos do item 29.2 do Edital de Concorrência Pública Internacional ARTESP nº 002/2008, de um lado, o **PODER CONCEDENTE**, por intermédio da **AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DE TRANSPORTE DO ESTADO DE SÃO PAULO – ARTESP**, como **CONTRATANTE**, neste ato representada por seu Diretor Geral, Carlos Eduardo Sampaio Dória e, de outro lado, a **CONCESSIONÁRIA ROTA DAS BANDEIRAS S.A.**, neste ato representada por seus Diretores Geraldo Villin Prado e Sidney dos Passos Ramos, após a realização de vistoria conjunta do **SISTEMA EXISTENTE**, consoante **TERMO DE VISTORIA** anexo, que integra o presente, efetivam, a partir da 00:00 hora de 03 de abril de 2009, a **TRANSFERÊNCIA DO CONTROLE DO SISTEMA EXISTENTE**, constituído pelo atual conjunto de pistas de rolamento do **SISTEMA RODOVIÁRIO**, suas respectivas faixas de domínio e edificações, instalações e equipamentos nela contidos, compreendendo a malha rodoviária estadual constituída pelas rodovias SP-065, SPI-084/066, SP-332, SP-360, SP-063, SP-083, SPA-122/065, SPA-067/360, SPA-114/332, prolongamentos da SP-083 – Anel Sul de Campinas e Via Perimetral de Itatiba e outros segmentos de rodovias transversais, na forma que especifica o Decreto nº 53.310, de 08 de agosto de 2008.

São Paulo, 02 de abril de 2009.

Repise-se, ademais, que o item 3.2.2 do Anexo 6 do Edital (fls. 553/558), ao tratar especificamente da recuperação das OAEs, prevê a obrigação da concessionária de apresentar um programa de monitoração e gerenciamento, até os 6 primeiros meses da concessão, a ser aplicado durante todo o período contratual, garantindo a manutenção e adequação da segurança e funcionalidade requeridas nos moldes da Especificação Técnica para Manutenção e Gerenciamento de OAEs (ET-00.000.000-0-C21/002 revisão 1).

Destaca-se abaixo o teor de tal disposição editalícia.

3.2.2. Recuperação de Obras de Arte Especiais, Correntes e Passarelas.

- Descrição

A CONCESSIONÁRIA deverá apresentar um programa de monitoração e gerenciamento, até os primeiros 6 (seis) meses, para aplicá-lo durante todo período de CONCESSÃO, das Obras de Arte Especiais e Passarelas, garantindo a manutenção e adequação da segurança e funcionalidade requeridas nos moldes da Especificação Técnica para Manutenção e Gerenciamento de OAEs “CONTROLE DAS OBRAS DE ARTE ESPECIAIS ET-00.000.000-0-C21/002 revisão 1” da CONTRATANTE/FISCALIZAÇÃO.

A CONCESSIONÁRIA deverá atender às normas vigentes da ABNT para projetos estruturais, inclusive nas recuperações e/ou reforços e/ou alargamentos.

O LICITANTE, com base na inspeção e investigação de projeto das obras de arte, deverá estimar as quantidades de serviços prioritários relativos à recuperação das

obras de arte especiais, correntes e passarelas, assim como apontar as providências para esses serviços no plano de monitoração e gerenciamento para todas elas.

A CONCESSIONÁRIA deverá prover a FISCALIZAÇÃO do Sistema de Gerenciamento de OAEs e PASSARELAS quanto a software e equipamentos.

O programa de Monitoração e Gerenciamento, deverá estar disponível e atualizado. Seu banco de dados deverá conter, logo após a execução da recuperação de OAE e passarela, fotos de reconhecimento das patologias e das respectivas terapias executadas e datadas com metodologia e materiais empregados.

Deverão ser apresentados também, no programa de Monitoração e Gerenciamento as condições atualizadas com classificações sob aspectos estruturais, funcionais e de durabilidade das OAEs e passarelas, com arquivos eletrônicos contendo os relatórios das inspeções especiais e projetos que foram utilizados, incluindo os projetos que vieram alterar cadastros geométricos originais como alargamentos, prolongamentos, implantações de defensas rígidas ou substituições de OAEs e passarelas.

O banco de dados deverá apresentar informações adicionais existentes como histórico das recuperações anteriores em que a obra foi submetida, dados de geotecnica e de propriedades mecânicas dos materiais constituintes das estruturas dessas obras, acidentes e informações sobre a passagem de cargas especiais.

A CONCESSIONÁRIA deverá sempre apresentar arquivos eletrônicos completos das inspeções de todas as OAEs com as fotos, inclusive, das recuperações, identificando os serviços e datas. (...) (g.n.)

Observe-se que a referida disposição editalícia prevê que o licitante deve estimar os serviços a serem realizados no programa de recuperação de OAEs com base na inspeção e investigação realizadas na época do certame. Também havia previsão de que o licitante deveria executar tal obrigação com especialistas, identificando as intervenções necessárias para adequação às normas da ABNT e às classificações da ET-00.000.000-0-C21/002 sob os aspectos estruturais, de funcionalidade e de durabilidade.

A obrigação de efetivo conhecimento das condições estruturais das OAEs é reforçada pela leitura da detalhada obrigação de recuperação, estipulada de modo absolutamente discriminado no aludido item 3.2.2. do Anexo 6 do Edital, que estende tal obrigação ao pavimento, à drenagem superficial, aos aparelhos de apoio e juntas de dilatação, às estruturas de concreto e/ou aço e/ou mista, aos taludes dos encontros, aos dispositivos de segurança, entre outros itens. Há, inclusive, expressa menção às obrigações de recuperação de obras com patologia estrutural, que é justamente o caso dos autos:

A recuperação das obras de arte especiais e passarelas atendendo ao plano de monitoração, gerenciamento e cronograma de recuperações de OAEs deverão abordar os serviços necessários para adequá-las às classificações da ET-00.000.000-0-C21-002, revisão 1, descritos a seguir:

(...)

g.2. Obras com patologias estruturais

Caso a patologia estrutural gere a necessidade de verificações teóricas que comprovem a necessidade de intervenções que alterem a forma e/ou armação de elementos estruturais, a classe da obra deverá ser elevada ao TB 45 tf, conforme norma vigente ABNT, tanto para o caso de recuperação como para o caso de alargamento. (fls. 554/556).

Portanto, da análise das disposições editalícias acima descritas, evidencia-se a obrigação da concessionária de realizar todas as vistorias que entendesse necessárias no sistema rodoviário, cabendo a ela dimensionar todos os aspectos que comporiam os seus custos na proposta apresentada.

Assim, é da concessionária o risco de eventualmente ser necessário dispendir mais recursos do que o constante de seu plano original de negócios em razão de inadequada avaliação quanto à estrutura lhe foi atribuída, como deixa expressa a cláusula 22 do contrato de concessão, acima transcrita.

Veja-se que se a situação fosse oposta, isto é, se a concessionária houvesse estimado no Plano de Negócios que iria gastar um valor superior ao que efetivamente gastou para executar uma obra de acordo com os padrões técnicos, não iria reconhecer ao poder concedente o direito a pleitear o reequilíbrio do contrato. Afirmaria – corretamente – que o contrato aloca o risco de variação dos custos para si e que, portanto, se foi mais eficiente e executou a obra a um preço menor, os lucros decorrentes dessa eficiência não deveriam ser compartilhados com o usuário ou com o poder concedente, sob pena de gerar insegurança jurídica e de afastar investimentos privados.

Assim, do mesmo modo que o poder concedente não está autorizado contratualmente a pleitear reequilíbrios para se apropriar da eficiência da concessionária na execução das obras, a concessionária não está autorizada a pleitear reequilíbrios porque foi ineficiente ao estimar os gastos necessários para recuperar ou manter o sistema rodoviário de acordo com as normas técnicas. Em síntese, atendendo a um ideal de igualdade e proporcionalidade, onde não há compartilhamento de lucros não se pode querer compartilhamento de prejuízos.

Dessa forma, visto que a concessionária não adotou as diligências cabíveis para apurar as condições estruturais das OAEs que seriam recuperadas, a fim de elaborar corretamente o seu plano de negócios, não pode arguir a sua falha em seu favor, restando afastado o seu direito ao reequilíbrio contratual.

III. 2. DA OBRIGAÇÃO DA CONCESSIONÁRIA DE RECUPERAÇÃO DAS OBRAS DE ARTE ESPECIAIS

Além da obrigação da concessionária de realizar as vistorias necessárias no sistema rodoviário, o Edital de licitação também é claro ao imputar-lhe a obrigação de realizar a recuperação das obras de arte especiais.

O Decreto estadual nº 53.310/2008 (Anexo I do Edital – fls. 136/145), que regulamenta a concessão, elenca a função de conservação dentre os serviços delegados de competência da concessionária e prevê expressamente a **obrigação de conservação especial** de todos os elementos que compõem o sistema rodoviário, inclusive a **recuperação de obras de arte especiais**.

Eis o teor do art. 5º do referido decreto (fls. 140/141):

*Artigo 5º - São **serviços delegados**, de competência específica da CONCESSIONÁRIA:*
(...)

*II. Serviços correspondentes a **funções de conservação**, compreendendo especialmente:*

- a. **Conservação de rotina dos elementos que compõem o sistema rodoviário incluindo**: pavimento, drenagem, túneis, **obras de arte especiais**, sinalização, dispositivos de segurança rodoviária, revestimento vegetal e demais elementos da faixa de domínio, sistemas de controle e automação, sistemas de telecomunicação, instalações prediais, pátios operacionais e de suporte, sistemas de eletrificação e sistemas de iluminação;*
- b. **Conservação especial de todos os elementos que compõem o sistema rodoviário, relacionados na alínea “a” deste inciso, visando à preservação do empreendimento original, incluindo** serviços de recapeamento de pista, recuperação de pavimento de concreto, **recuperação de obras de arte especiais**, substituição de sinalização vertical e horizontal, substituição de equipamentos de controle, arrecadação, comunicação e automação, reforma de instalações e outros similares;*
- c. **Conservação de emergência visando repor, reconstruir ou restaurar, de imediato, às condições normais, trecho de rodovia que tenha sido obstruído, bem como instalações e equipamentos e demais elementos da rodovia, danificados por qualquer causa**;*
- d. manutenção de vicinais, em condições operacionais, na forma que vier a ser definida no Edital. (g.n.)*

Nas definições de serviços delegados e valor de investimento, o Edital realça a importância central da conservação, como se observa da leitura dos itens abaixo destacados (fls. 102/103):

1.34. SERVIÇOS DELEGADOS: serviços públicos a serem prestados obrigatória e ininterruptamente pela CONCESSIONÁRIA durante todo o prazo da CONCESSÃO,

consistentes nas funções operacionais, de conservação e de ampliação, nos termos disciplinados no REGULAMENTO DA CONCESSÃO e discriminados neste Edital. (...)

1.40. VALOR DA CONTRATAÇÃO: o total da receita estimada, em valor corrente, prevista no PLANO DE NEGÓCIOS, para todo o prazo da CONCESSÃO, que servir de base à celebração do CONTRATO.

1.41. VALOR DO INVESTIMENTO: valor correspondente ao desembolso previsto para ampliação e conservação especial, previsto no PLANO DE NEGÓCIOS, que servir de base à celebração do CONTRATO. (g.n.)

Igualmente, foi imposta à concessionária a obrigação de elaboração dos projetos necessários à execução da conservação especial, para os quais, obviamente, deveria levar em consideração a estrutura das obras de arte especiais que existem na rodovia. A esse respeito transcreve-se o teor do item 21.8 do Edital:

21.8. Caberá à CONCESSIONÁRIA a elaboração dos projetos necessários à execução dos serviços correspondentes a funções de conservação especial e de ampliação.

21.8.1. Os projetos executivos de que trata este item, inclusive suas revisões e alterações, mesmo durante a execução dos serviços, deverão obedecer a normas, padrões e especificações técnicas básicas adotadas pela CONTRATANTE, vigentes à época da realização da obra, para o mesmo padrão de rodovia.

Por seu turno, o item 9.5. do Edital determina que a obrigação de os licitantes efetivarem a descrição das metodologias e tecnologias para os serviços de conservação especial deve abranger todo o período de concessão (fls. 112):

9.5. As descrições das metodologias de execução e tecnologias, para os serviços correspondentes às funções de ampliação e conservação especial, deverão abranger todo o prazo de CONCESSÃO, apoiadas em planilhas com especificações e quantidades relativas a cada serviço e referindo-se a cronogramas físico-financeiros, em bases anuais.

O tema é tão central que mereceu tratamento específico e minucioso no Anexo 6 do Edital, que dispõe acerca das obrigações da concessionária a respeito dos serviços de conservação de rotina, conservação/manutenção especial, além de outras intervenções. O item 3 do referido anexo traz os conceitos básicos de conservação/manutenção especial (fls. 546):

3. CONSERVAÇÃO/MANUTENÇÃO ESPECIAL

3.1. Conceitos básicos

Conservação/manutenção especial é o conjunto de obras e serviços necessários à preservação do investimento inicial.

Trata-se, portanto, de recuperações incluindo adequações a novas tecnologias, constituindo-se em obras e serviços adequados de maior porte ou complexidade

técnica necessárias em decorrência do término da vida útil de parcelas componentes do sistema viário. Por essas atividades e serviços recompõem-se o período de vida útil do componente rodoviário com garantia de atendimento aos padrões estabelecidos no Edital.

Relembre-se que o item 3.2.2 do Anexo 6 do Edital, referente à “Recuperação de Obras de Arte Especiais, Correntes e Passarelas”, previa a obrigação da concessionária de apresentar um **programa de monitoração e gerenciamento das OAEs**, até os 6 primeiros meses da concessão. Ou seja, era de conhecimento da concessionária desde sua participação na licitação que, se se sagrasse vencedora, iria apresentar um programa de monitoração e gerenciamento das OAEs para sua recuperação, **com observância da Especificação Técnica - ET-00.000.000-0-C21/002 e das normas vigentes da ABNT.**

Destaque-se que a referida especificação técnica **designa por recuperação as ações de reparação, reforma e reforço levadas a efeito nas OAEs**, com garantia das condições de segurança e conforto aos seus usuários, conforme exigidas pela ABNT, assim instituindo:

*Por **reparação** entender-se-á toda ação de restituição da integridade da obra que não seja de natureza imediatamente estrutural, mas vinculada à sua durabilidade. Citem-se, nesse caso, reparações como restituição de recobrimento de armadura, proteção de taludes, injeções de fissuras passivas etc.*

*Por **reforma**, entender-se-ão as ações destinadas a melhorar a funcionalidade da OAE, tais como readequação de gabaritos, reconstrução de guarda-corpos, renivelamento entre aterros e lajes de aproximação etc.*

***Reforço**, de sua vez, significará o conjunto de todas as ações de caráter estrutural que objetivem a restituição da capacidade portante inicial da OAE ou, mesmo, elevação de sua classe portante mediante ações nos seus diversos componentes estruturais, tais como aumentos de seção transversal, elevação da capacidade das fundações etc.” (grifo original)*

No tocante a conservação especial de estruturas de concreto e/ou aço e/ou mista, o referido item 3.2.2 assim especifica (fls. 553/554):

A CONCESSIONÁRIA deverá identificar todos os problemas apresentados pelas Estruturas de Concreto e/ou Aço e/ou Mista, respeitando a ET-00.000.000-0-C21/002 revisão 1, aplicando-a tanto em OAEs, OACs e Passarelas, quantificando os serviços necessários à recuperação das mesmas, que compreendem, entre outros:

- tratamento de fissuras;*
- combate à atuação de cloretos e estado de carbonatação;*
- tratamento de armaduras expostas e/ou com corrosão;*
- tratamento de concreto desagregado ou disgregado;*

- *reabilitação da obra para níveis aceitáveis de deformações e deslocamentos, segundo normas da ABNT;*

(...)

- *reforço estrutural;*
- *restauração de manutenção;*
- *demolição;*
- *substituição;*
- *retaludamento de taludes;*
- *macaqueamento da OAE;*
- *instrumentação da OAE; (...)* (g.n.)

Observa-se, assim, que o Edital e o contrato de concessão não fizeram menção apenas à manutenção, mas à recuperação das obras de arte especiais, o que por si só seria suficiente para afastar a razoabilidade do pleito autoral.

Como visto, há expressa obrigação da concessionária em efetivar a recuperação das OAEs, sendo descabido alegar que as suas condições estruturais não eram de seu conhecimento como forma de escapar de dever contratualmente estabelecido, até porque também havia expressa disposição editalícia obrigando as licitantes a realizar as vistorias prévias.

Evidentemente, a apresentação de uma proposta tecnicamente robusta pressunha o dever de analisar as condições estruturais dos elementos que compunham o sistema rodoviário. Assim, o comportamento adequado dos agentes econômicos que participaram da licitação seria cercar-se das informações necessárias e fazer as vistorias e análises técnicas pertinentes a fim de apresentar uma proposta financeiramente sustentável.

Assim, cabia à concessionária, ao elaborar o seu plano de negócios, levar em consideração as condições estruturais das obras de arte especiais existentes, já que assumiu expressamente a obrigação de conservação especial do sistema rodoviário, incluindo o serviço de recuperação das OAEs.

Repise-se que é da concessionária o risco de inadequação do seu plano de negócios, de modo que se os custos para o cumprimento das obrigações contratuais foram equivocadamente dimensionados na proposta, cabe à requerente arcar com as consequências, em respeito à matriz de riscos contratuais.

Diante do exposto, conclui-se que a recuperação da ponte sobre o Rio Jaguari e o conhecimento de sua real situação estrutural fazem parte das obrigações assu-

midas pela concessionária, cabendo à ela a correta estimativa dos valores, materiais e serviços que serão necessários para a execução do objeto contratual. Eventual variação de custo em relação ao previsto no plano de negócios não enseja recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, pelo que devem ser rejeitados os pedidos formulados na petição inicial.

III. 3. NÃO CONFIGURAÇÃO DE VÍCIO OCULTO. INEXISTÊNCIA DE FATO IMPREVISÍVEL

No tocante à alegação da requerente de que teria detectado tardiamente diversas anomalias na ponte sobre o Rio Jaguari, impossíveis de serem identificadas à época da apresentação da proposta, cabe trazer alguns comentários apresentados pela Diretoria de Investimentos da Artesp.

Conforme se observa do despacho FD.DIN. 65.638/18 (fls. 1.039/1.042), constatou-se que a concessionária tinha pleno conhecimento sobre as patologias da OAE em questão após a realização da vistoria para elaboração da proposta à época da licitação.

Em vistoria sob responsabilidade da autora, ainda como licitante, realizada pela sua contratada Brücken Engenharia e apresentada em sua Proposta Técnica (anexa), foi diagnosticado quadro patológico da superestrutura dessa OAE, ressaltando-se as seguintes anomalias: *“Fundo das vigas longarinas e transversinas, encontra-se corrosão em áreas localizadas, carbonatação em peças que integram a superestrutura, fundo da laje balanço provavelmente com pouco cobrimento.”*

Tal vistoria também advertiu, no campo “Observações Adicionais”, sobre a existência de “fios protendidos de uma das longarinas de borda já rompidos por corrosão, acelerada pela tensão e pelo lançamento de águas através dos buzinos e pelo pouco cobrimento”. (grifos nossos).

Vê-se, assim, que era de conhecimento da requerente o quadro patológico da ponte sobre o Rio Jaguari, que apresentava anomalias preexistentes graves, sob os aspectos estrutural e de durabilidade, precedentes ao período de concessão.

A própria parte autora reconhece que tais anomalias eram conhecidas à época da licitação, mas afirma que, quando da execução das obras de alargamento da OAE, foi descoberta uma situação imprevisível de corrosão generalizada nos cabos de protensão da ponte.

No entanto, a requerente não consegue comprovar que os alegados vícios não eram passíveis de identificação quando da elaboração da sua proposta. Tampouco

há justificativa para o fato de não ter elaborado estudos pormenorizados à época da licitação, já que o próprio Edital lhe impunha a obrigação de recuperação das OAEs e de realizar as vistorias no objeto da concessão, **presumindo-se o perfeito conhecimento da concessionária sobre as reais condições dos elementos do sistema rodoviário**, conforme item 12.5 do Edital, acima transcrito.

A requerente, inclusive, anuiu com tal disposição editalícia, que **expressamente afasta a possibilidade de a concessionária alegar qualquer prejuízo ou reivindicar qualquer benefício sob a invocação de insuficiência de dados ou informações sobre o sistema rodoviário**, como se pretende na presente demanda.

Pelas regras de distribuição do ônus probatório, cabe à parte autora a prova da existência do vício oculto na ponte sobre o Rio Jaguari e a demonstração de que as alegadas anomalias não podiam ser detectadas quando da apresentação da sua proposta.

Contudo, conforme já demonstrado, os defeitos alegados pela parte autora eram **manifestamente visíveis e diagnosticáveis à época da licitação, não havendo que se falar, portanto, em vício oculto**. Era evidente a necessidade de aprofundar as investigações para avaliação das intervenções específicas a serem realizadas durante o período de concessão, a fim de que constassem no plano de negócios da concessionária.

Dessa forma, a parte autora, ainda como licitante, **obteve os dados necessários para prever as recuperações e conservação especial da OAE para todo o tempo da concessão e considerá-las em sua proposta**. A análise das condições estruturais das OAEs deve ser realizada por uma experiente operadora de estrada de rodagem antes da apresentação da sua proposta em cumprimento, inclusive, ao dever de vistoriar o objeto da concessão durante o procedimento licitatório.

Assim, não pode ser aceito o argumento de que as condições estruturais da Ponte seriam vício oculto, pois cabia à concessionária o dever de analisar as condições dos elementos do sistema rodoviário que pretendia explorar, principalmente porque lhe contratualmente imposto o dever não apenas de conservar tais obras, mas de recuperá-las.

Resta evidente, assim, que **a concessionária não procedeu com a devida cautela antes de assumir a organização do serviço**, não podendo, agora, alegar a existência de vício oculto.

III. 5. DA INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA IMPREVISÃO AO CONTRATO DE CONCESSÃO. SUBVERSÃO DA MATRIZ DE RISCOS.

Como acima destacado, o contrato não pode ser considerado desequilibrado se a parte a quem foi alocado o risco é a mesma parte que sofre as consequências (econômico-financeiras) da materialização do evento previsível ou imprevisível que lhe foi atribuído.

Alterar a regra de alocação dos riscos pela via judicial frustrará, inclusive, os objetivos da licitação, pois, se os concorrentes da parte autora soubessem que o Poder Judiciário alteraria a matriz de riscos do contrato para privilegiar a requerente, provavelmente teriam dado lances mais agressivos no processo licitatório.

Em recente SENTENÇA proferida pelo juízo da 14ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA no Processo nº 1053865-63.2017.8.26.0053 (anexa), essa questão foi abordada de forma bastante precisa em ação em que se pleiteou o reequilíbrio em função de discrepâncias entre os custos estimados no Plano de Negócios e aqueles efetivamente suportados. O douto Juízo afastou a pretensão jurídica destacando, entre outros argumentos, que haveria vulneração ao princípio da licitação, *in verbis*:

[...] As alegações da autora não prosperam, conforme exposto ao longo desta sentença, pois ocorreu álea ordinária, tanto no tocante à demanda quanto em relação aos preços dos insumos, o que era risco inerente à sua atividade empresarial.

O reequilíbrio econômico-financeiro existe para corrigir distorções e impedir o enriquecimento sem causa de um dos contratantes, mas não para permitir ao particular contratado estar completamente alheio aos riscos da atividade empresarial exercida. O poder concedente não tem o dever de impedir que o particular experimente as consequências negativas inerentes à própria atividade escolhida, cujos resultados oscilam naturalmente em uma economia capitalista.

Na mesma esteira, não é obrigado o poder concedente a garantir ao particular a obtenção de lucros com a celebração do contrato de concessão, mas apenas a equivalência de condições iniciais, ou seja, presentes quando a celebração do contrato.

Por essa ação, pretende a autora verdadeira blindagem aos efeitos negativos de uma economia de mercado, e isto por meio do capital público, que, segundo seu entender, deve compensá-la pelos cálculos deficientes promovidos quando da elaboração de sua proposta comercial e pelas oscilações naturais da economia, assumindo o poder concedente riscos inerentes à atividade empresarial dela, o que é inadmissível e contrário à garantia do reequilíbrio econômico-financeiro.

E, mais, se não foi a autora diligente o suficiente no estudo produzido para a elaboração de sua proposta, pretender receber os valores que acredita serem devidos em seu favor pelo estado é o mesmo que não observar o princípio da isonomia entre os licitantes. Isso porque venceu a autora com a proposta mais vanta-

josa então apresentada, eliminando os demais licitantes, daí que, se sua proposta não era sustentável economicamente não poderia ter vencido o certame em detrimento das demais concorrentes, não podendo pretender a sustentabilidade econômica de sua proposta às custas do erário ou dos usuários como, de resto, foi correta e precisamente destacado a fls. 2.274, item 25:

Por óbvio, se SPPMAR errou ao elaborar seu plano de negócios e sua proposta para o procedimento de licitação, tal erro não pode ser imputado ao poder concedente. O contrário seria admitir não só que a concessionária se valesse da própria torpeza para enriquecer às custas dos usuários do serviço público, como também daria oportunidade para burla ao princípio de licitação, na medida em que a concessionária venceu o certame com base em proposta que, por ser mais vantajosa, eliminou as demais concorrentes.

O pedido de reequilíbrio econômico-financeiro sob alegação de que o contrato não corresponde ao que foi projetado na proposta formulada pela própria concessionária constitui alteração que vulnera o princípio da licitação”.

Assim, indubitável a improcedência da ação. (g.n.)

Conforme acima destacado, **alterar a alocação de risco e a equação econômico-financeira por meio da aplicação da teoria da imprevisão ou da tese das “sujeições imprevistas” seria o mesmo que ignorar a discriminação de riscos feita no contrato e toda a lógica do procedimento licitatório realizado.** Em verdade, avaliar-se-ia um comportamento oportunista que tem como objetivo fraudar o processo licitatório pela via judicial, afastando o dever da contratada de tomar as medidas pertinentes para prevenir-se ou para mitigar os riscos inerentes à operação de uma infraestrutura de grande porte (rodovia) a longo prazo.

Outrossim, é importante destacar que não se aplica aos contratos de concessão a teoria da imprevisão na forma como prevista no Código Civil e, ainda que fosse aplicável, não incidiria para regular o presente caso.

Isso porque as normas especiais dos contratos de concessão da Lei 8.987/1995 derrogam normas gerais do Código Civil. Há normas específicas (artigos 2º e 10 da Lei de Concessões) que atribuem ao contrato de concessão (i) a definição do que é desequilíbrio contratual e (ii) as hipóteses de reequilíbrio. Também o contrato é que regula os mecanismos de revisão da forma de remuneração do contratado.

No mais, ainda que se entendesse pela aplicação da regra do Código Civil, essas não prestigiariam a parte autora. Sobre a revisão ou resolução de contratos, o Código Civil prevê as seguintes disposições:

Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz

corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

[...]

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Estas duas normas regulam uma excepcional intervenção no domínio dos contratos, permitindo a resolução ou a revisão **se os fatos supervenientes extrapolem os riscos próprios ao negócio**.

Requer-se, para intervir no contrato, uma análise da conjuntura do mercado (ambiente de estabilidade ou risco), da qualificação das partes (se civis ou empresários), a extensão temporal (contratos longevos ou de curta duração) e a especificidade dos fatos supervenientes, ou seja, se são frequentes ou raros³.

Não por outra razão, o Conselho da Justiça Federal aprovou os Enunciados nº 366 e nº 438, os quais propugnam que se deve levar em consideração a sofisticação dos contratantes e a alocação dos riscos feita nos contratos:

Enunciado 366, CJP: O fato extraordinário e imprevisível causador de onerosidade excessiva é aquele que não está coberto objetivamente pelos riscos próprios da contratação. (IV Jornada de Direito Civil)

Enunciado nº 438: A revisão do contrato por onerosidade excessiva fundada no Código Civil deve levar em conta a natureza do objeto do contrato. Nas relações empresariais, observar-se-á a sofisticação dos contratantes e a alocação de riscos por eles assumidas com o contrato. (V Jornada de Direito Civil) (g.n.).

No presente caso, não há dúvidas de que a concessionária venceu uma licitação bastante competitiva e que pertence a grupo econômico com experiência prática no setor de infraestrutura, atendendo o critério de sofisticação. Quanto à alocação dos riscos, não há dúvidas de que o risco de variação de custos decorrentes das obrigações em relação ao previsto no plano de negócios foi expressamente atribuído à concessionária, conforme acima demonstrado.

Portanto, ao contrário do que afirma a requerente, não há que se falar em aplicação da teoria da imprevisão para fundamentar o reconhecimento do seu direito ao reequilíbrio do contrato de concessão.

3 Curso de Direito Civil – Volume 4 – Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal – Pg. 664.

III. 6. DA INEXISTÊNCIA DAS HIPÓTESES CONTRATUAIS REFERENTES À RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

O pleito de reequilíbrio econômico-financeiro formulado pela concessionária é integralmente pautado na existência de vício oculto na estrutura da ponte sobre o Rio Jaguari, o que teria ensejado gastos adicionais não previstos na sua proposta.

No entanto, a existência do alegado vício oculto não é hipótese que autoriza a recomposição do equilíbrio contratual, por não se enquadrar em nenhuma das hipóteses previstas na cláusulas 23 do contrato, como se observa abaixo:

CLÁUSULA 23. - EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

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:

- I. Modificação unilateral imposta pelo CONTRATANTE ou pelo PODER CONCEDENTE nas condições do CONTRATO desde que, em resultado direto dessa modificação, verifique-se para a CONCESSIONÁRIA uma significativa alteração dos custos ou da receita, para mais ou para menos.
- II. Ocorrência de casos fortuitos e de força maior, nos termos previstos na cláusula 47 e observado o disposto no subitem 30.6.2 do Edital.
- III. Ocorrência de eventos excepcionais, causadores de significativas modificações nos mercados financeiro e cambial, que impliquem alterações substanciais nos pressupostos adotados na elaboração das PROJEÇÕES FINANCEIRAS, para mais ou para menos.
- IV. Alterações legais de caráter específico, que tenham impacto significativo e direto sobre as receitas ou sobre os custos dos serviços pertinentes às atividades abrangidas pela CONCESSÃO, para mais ou para menos.

A parte autora não logrou êxito em comprovar qualquer das hipóteses aptas a caracterizar a quebra do equilíbrio da equação econômico-financeira do contrato.

Ao contrário do que alega a requerente, não houve modificação unilateral do contrato, uma vez que o Edital (incluindo seus anexos) e o contrato de concessão impõem à concessionária a obrigação de efetivar a conservação especial do sistema rodoviário, inclusive a recuperação das obras de arte especiais. Relembre-se, ademais, que a requerente assumiu o dever de vistoriar adequadamente o sistema rodoviário.

A alegação de falhas nas condições estruturais da OAE também não se enquadra em hipótese de caso fortuito ou força maior e não advém de eventos excepcionais que tenham afetado o mercado financeiro ou cambial.

A requerente tampouco foi surpreendida por fato novo e imprevisível, pois, como bem ressaltado acima, ela tinha ciência de patologias existentes na OAE, tanto que indicou a sua existência no relatório técnico por ela elaborado por ocasião da licitação.

Saliente-se também o disposto na cláusula 23.7 do contrato, que afasta expressamente o pleito de reequilíbrio econômico-financeiro formulado pela concessionária:

Cláusula 23 – EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO:

(...)

23.7. Não caberá, durante o prazo da CONCESSÃO, qualquer solicitação de reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO por conta de diferenças de quantidades ou alegação de desconhecimento do SISTEMA RODOVIÁRIO e dos serviços previstos neste CONTRATO, no âmbito das intervenções realizadas desde a sua construção, em especial aquelas decorrentes de fatores que possam ser identificados e solucionados pelas técnicas conhecidas à época da PROPOSTA". (g.n.)

Consequentemente, não há que se falar em recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, dado que inexistente modificação unilateral das condições do contrato pelo poder concedente ou outra hipótese que torne o mecanismo cabível, na forma da cláusula 23 do contrato.

III. 7. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 20 E 24 DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO

Por fim, deve ser rechaçada a alegação da parte autora de violação aos artigos 20⁴ e 24⁵ da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

A decisão do Conselho Diretor da Artesp de indeferir o pedido de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de Concessão foi proferida no bojo de processo administrativo regular, com base nas manifestações das Diretorias de Investimentos e de Assuntos Institucionais da Agência, bem como no parecer da Consultoria Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado.

4 Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

5 Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Como se observa dos documentos de fls. 1.039/1.042, 1.043/1.047 e 1.048/1.062, 1.063/1.064, tal decisão administrativa não foi baseada exclusivamente em valores jurídicos abstratos, mas em **argumentos técnico-jurídicos**. Tanto as manifestações técnicas quanto o parecer jurídico pautaram-se nas disposições do edital de licitação, do contrato de concessão e da legislação aplicável, apreciando detidamente os argumentos levantados pela concessionária, que restaram, ao final, rechaçados.

Também não houve violação ao art. 24 da LINDB, tendo em vista a inexistência de mudança de orientação geral. A Artesp apenas aplicou as disposições editalícias e contratuais e concluiu pelo descabimento do pleito de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Tal dispositivo sequer é aplicável à discussão posta no presente processo, uma vez que se refere irretroatividade de nova orientação geral para anular deliberações administrativas anteriores, questão totalmente alheia à lide posta entre as partes.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, requer-se seja julgada extinta a ação, com resolução do mérito, em razão da ocorrência de decadência, nos termos do art. 487, inciso II, do Código de Processo Civil.

Caso assim não se entenda, requer seja julgada improcedente a ação proposta, condenando-se a requerente a arcar com os ônus da sucumbência.

Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos.

Pede deferimento.

São Paulo, 6 de agosto de 2020.

LUÍSA BARAN DE MELLO ALVARENGA

Procuradora do Estado

OAB/SP Nº 329.168

Processo Digital nº: 1030900-86.2020.8.26.0053

Classe - Assunto Procedimento Comum Cível - Contratos Administrativos

Requerente: Concessionária Rota das Bandeiras S.A.

Requerido: AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DE TRANSPORTE DO ESTADO DE SÃO PAULO

Juiz(a) de Direito: r(a). Josué Vilela Pimentel

VISTOS.

CONCESSIONÁRIA ROTA DAS BANDEIRAS S.A. ajuizou AÇÃO ORDINÁRIA em face da AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DE TRANSPORTE DO ESTADO DE SÃO PAULO. Alega que aos 2/4/2009 firmou contrato de concessão com a Artesp, para exploração do sistema rodoviário constituído pela malha rodoviária estadual do Corredor Dom Pedro I, correspondente ao Lote 7 do Programa de Concessões Rodoviárias do Estado de São Paulo. Por meio do aludido contrato, a autora se obrigou a realizar as duas obras na ponte sobre o Rio Jaguari, localizada no km 134+700, sentido norte da rodovia SP-332. A primeira obra foi realizada e concluída em 29/3/2018, conforme informado à agência reguladora, em 18/4/2018, por meio da correspondência C-CRB-ART-0555/18. Já no que se refere à segunda obra, a CRB encaminhou a correspondência C-CRBART-0430-18, ainda no período em que a primeira obra estava em execução, informando à Artesp que, durante as obras de ampliação/alargamento e recuperação, foram detectadas anomalias diversas na OAE (ponte), cujas dimensões não puderam ser previstas nos relatórios técnicos da Inspeção Especial requeridos pela CRB à época do início da concessão. Diante dessa situação imprevisível, ao se deparar com tais anomalias, a CRB contratou as empresas Beltrame e Engeti para realizarem vistorias durante a obra de alargamento que ainda estava em execução, bem como para elaborar o projeto de recuperação do reforço. Entretanto, considerando que os valores referentes a tais vistorias, à elaboração do projeto de recuperação e à execução do projeto para recuperação do reforço da ponte excedem consideravelmente o objeto contratual e a obrigação assumida pela concessionária ao contratar com o poder concedente, a obrigação tornou-se excessivamente onerosa, sendo necessário o reequilíbrio contratual em favor da autora, a fim de readequar os investimentos realizados suplementarmente com a recuperação das estruturas da ponte. Diante disso, requereu condenação da ré na obrigação de proceder à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, sendo a Artesp condenada a reequilibrar o contrato pelos custos adicionais e

imprevisíveis experimentados pela CRB, com a devida atualização monetária e incidência de juros legais até a data da efetiva recomposição. Juntou documentos (fls. 33/1.122).

Citada (fls. 1.124), a ré contestou (fls. 1.128/1.159). Inicialmente, alegou decadência do direito de alegação de vícios ocultos. Afirmou que a requerente tinha o prazo de um ano para apontar a existência de vício oculto a partir da entrega do sistema rodoviário, em 3/4/2009, conforme Termo de Entrega assinado entre as partes. No entanto, a concessionária apenas suscitou a existência de vício oculto na estrutura da ponte em 26/3/2018, em correspondência encaminhada à Artesp, ultrapassando em muito o prazo decadencial de um ano. Ressaltou que o item 3.2.2 do Anexo 6 do Edital determinava que nos primeiros seis meses da concessão, a autora deveria apresentar um programa de monitoração e gerenciamento das obras de arte especiais, estabelecendo, assim, uma obrigação de estudo e vistoria das OAEs, entretanto, não o fez no prazo avençado. No mérito, defendeu a inexistência do direito de reequilíbrio contratual. Sustentou que, contrário do alegado pela requerente, a verificação do rompimento do equilíbrio contratual não depende pura e simplesmente da constatação da quebra da correlação entre encargos e vantagens dos contratantes; mostra-se indispensável a análise do Edital de licitação e das disposições do contrato, em especial da distribuição de responsabilidades pela materialização dos riscos contratuais. Além disso, houve expressa assunção da concessionária do risco referente à correta avaliação dos custos necessários ao cumprimento das obrigações contratuais. Argumentou pela obrigação da concessionária pela recuperação das obras de arte especiais. Apontou a inexistência de vício oculto ou fatos imprevisíveis. Defendeu a inaplicabilidade da teoria da imprevisão ao contrato de concessão. Ainda, inexistência das hipóteses contratuais referentes à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. Requereu a improcedência da demanda. Juntou documentos (fls. 1.160/1.674).

Houve réplica (fls. 1.678/1.715).

É o relatório.

DECIDO.

A pretensão da autora está fulminada pela prescrição.

O contrato de concessão foi firmado aos 2/4/2009, para exploração do sistema constituído pela malha rodoviária estadual do Corredor Dom Pedro I, correspondente ao Lote 7 do Programa de Concessões Rodoviárias do Estado de São Paulo. Por meio do aludido contrato, a autora se obrigou a realizar as duas obras na ponte sobre o Rio Jaguari, localizada no km 134+700, sentido norte da rodovia SP-332.

Conforme o Termo de Entrega assinado entre as partes a autora dispunha do prazo de um ano para apontar a existência de vício oculto, a partir da entrega do sistema rodoviário, que se deu em 3/4/2009. No entanto, apenas suscitou a existência de vício oculto na estrutura da ponte em 26/3/2018. A própria autora reconhece que a primeira obra foi realizada e concluída em 29/3/2018.

O item 3.2.2, do Anexo 6 do Edital determina que, nos primeiros seis meses da concessão, a autora deveria apresentar um programa de monitoração e gerenciamento das obras de arte especiais.

Logo, a contar da data da entrega do trecho concedido a autora dispunha de seis meses para se inteirar sobre as necessidades das obras que realizaria na Ponte do Rio Jaguari. Logo, sua alegação de vício oculto não convence, vez que são decorridos mais de oito anos desde o recebimento da ponte até o momento que decidiu examiná-la pormenorizadamente e alegar vício oculto.

E, em última análise, o que aqui pretende a autora é a reparação civil por alegado enriquecimento ilícito por parte da requerida.

Seja à luz do art. 206, § 3º, V, do CC, ou do art. 1º do Decreto lei nº 20.910/32, a pretensão está mesmo fulminada pela prescrição.

Como se vê, decorreram nove anos entre a entrega da rodovia (com a ponte) e a alegação de que o contrato previu remuneração inferior ao que seria necessário para a realização da obra.

Assim, estando a pretensão da autora atingida pela prescrição, dispensável qualquer dilação probatória, devendo ser o pedido julgado desde já improcedente.

Ante o exposto e considerando o que mais dos autos consta, julgo IMPROCEDENTE o pedido, acolhendo a alegação de prescrição e extinguindo o processo com conhecimento do mérito nos termos do art. 487, II, do CPC.

Sucumbente, a autora arcará com as custas e despesas do processo, além de honorários que arbitro no percentual mínimo condizente com o valor da causa, nos termos do art. 85 e seus parágrafos do CPC.

P.R.I.C.

São Paulo, 26 de setembro de 2020.

DR. JOSUÉ VILELA PIMENTEL

Juiz de Direito



Contestação em ação popular ajuizada em face governo do estado de São Paulo, ao argumento de que o Sistema de Monitoramento Inteligente (Simi), ao qual o Estado tem acesso mediante cooperação com empresas de telefonia móvel, violaria o direito de intimidade e o direito de reunião, não estando ao alcance do poder normativo do Estado, além de que, na visão do autor, permitiria que prisões fossem efetuadas em locais onde houvesse aglomeração, “atitudes que nem no tempo do regime militar eram vistas”.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL

AÇÃO POPULAR – AUTOS Nº 1020192-74.2020.8.26.0053

REQUERENTE: MAURÍCIO ROBERTO GIOSA

REQUERIDO: GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

O ESTADO DE SÃO PAULO, pessoa jurídica de direito público interno, pelo procurador do Estado que ao final subscreve, mandato *ex lege* (art. 132, CRFB, e arts. 98 e 99, I, Cesp), nos autos em epígrafe, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, nos termos dos artigos 335 e seguintes, do Código de Processo Civil, apresentar sua **CONTESTAÇÃO**, com fundamento nas razões de fato e de direito expostas a seguir.

I – SÍNTESE DOS FATOS E DOS PEDIDOS

Trata-se de ação popular ajuizada por Maurício Roberto Giosa em face do Governo do Estado de São Paulo alegando que o Sistema de Monitoramento Inteligente ao qual o Estado tem acesso mediante cooperação com empresas de telefonia móvel violaria o direito de intimidade e o direito de reunião, não estando ao alcance do poder normativo do Estado, além de que permitiria que prisões fossem efetuadas em locais onde houvesse aglomeração, “atitudes que nem no tempo do regime militar eram vistas”, diz.

Sob tais fundamentos, pediu liminarmente a suspensão do Sistema de Monitoramento Inteligente e, por fim, a procedência da ação popular para determinar o cancelamento do Sistema de Monitoramento Inteligente e obrigação de não fazer consistente em não editar “qualquer decreto que vise a prender cidadãos” (*sic*).

Não prosperam os pedidos formulados na exordial. É o que se passa a expor.

II – DA INÉPCIA DA INICIAL, DA ILEGITIMIDADE PASSIVA E DA LITISPENDÊNCIA

De início, verifica-se da petição inicial que o autor popular propôs a demanda em face do “Governo do Estado de São Paulo” e nem incluiu as empresas envolvidas, de modo que **não atendeu ao contido no art. 6º da Lei nº 4.717/65, *in verbis*:**

Art. 6º - A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo.

Conforme avalizada doutrina, *“existe, portanto, um litisconsórcio passivo necessário na ação popular, de vez que várias pessoas têm necessariamente que ser citadas”*¹, isso por haver expressa disposição de lei (art. 6º, LAP) e também considerando o fato de *“que, pelo menos em seu capítulo desconstitutivo, a decisão que acolha a ação terá um caráter unitário, nesse sentido de ser qualitativamente homogênea para todos. Por outras palavras, a insubsistência do ato atacado passa a ser uma inovação no status quo ante que se coloca em face de todos os corréus*².

A ação não poderia ser proposta exclusivamente contra uma única pessoa, como fez o autor popular, havendo **nulidade** configurada, como reconhece o STJ em jurisprudência consolidada:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO POPULAR. ATO PRATICADO POR PREFEITO. HOMOLOGAÇÃO DE CONCURSO PARA PROVIMENTO DE EMPREGO PÚBLICO OBJETO DE ANULAÇÃO. CONCURSADOS QUE FORAM EXONERADOS E NÃO PARTICIPARAM DA LIDE. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DOS LITISCONSORTES NECESSÁRIOS. NULIDADE CONFIGURADA.

1. A ação popular reclama cúmulo subjetivo no polo passivo, cujo escopo é o de alcançar e convocar para o âmbito da ação, não apenas os responsáveis diretos pela lesão, mas todos aqueles que, de forma direta ou indireta, tenham concorrido para sua ocorrência, bem assim os que dela se beneficiaram ou se prejudicaram.

2. É cediço em abalizada doutrina sobre o *thema* que: “(...) a insubsistência do ato atacado passa a ser uma inovação no *status quo ante* que se coloca em face de todos os corréus. Daí a necessidade, sentida pelo legislador, de que venham aos autos todos os legítimos contraditores, até para que se cumpra o art. 47 do CPC (...)” Rodolfo de Camargo Mancuso, *in Ação Popular*, RT, 5ª ed., 2003, p.172.

3. Consecutariamente, devem ser citados para integrar o litisconsórcio passivo necessário simples, os sujeitos elencados no art. 6º c/c art. 1º, da Lei 4.717/65, verbis:

Art. 1º: Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos estados, dos municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista, de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos. (omissis)

1 DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 732.

2 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular**. 3ª ed. São Paulo: RT, 1998, p. 160.

Art. 6º: A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo.

§ 1º - Se não houver benefício direto do ato lesivo, ou se for ele indeterminado ou desconhecido, a ação será proposta somente contra as outras pessoas indicadas neste artigo.

§ 2º - No caso de que trata o inciso II, item “b”, do art. 4º, quando o valor real do bem for inferior ao da avaliação, citar-se-ão como réus, além das pessoas públicas ou privadas e entidades referidas no art. 1º, apenas os responsáveis pela avaliação inexata e os beneficiários da mesma.

§ 3º - A pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente.

(...)

6. Recurso especial provido para declarar a nulidade do presente feito determinando que se proceda à citação de todos os litisconsortes necessários passivos na ação popular, prejudicada a análise das demais questões suscitadas.³

O mínimo que se espera é a correta indicação do polo passivo, nos termos da determinação legal, o que enseja *in casu* a inépcia da inicial por desatendimento de exigência específica da Lei nº 4.717/65 para a petição inicial.

A petição inicial também é inepta porque não há fundamentação do pedido.

Com efeito, o autor popular narra a existência do Sistema de Monitoramento Inteligente, porém não especifica como e em que consiste a violação de direitos alegada, não havendo causa de pedir na petição inicial, nos termos do art. 330, § 1º, I, do CPC:

“Art. 330. (...) § 1º - Considera-se inepta a petição inicial quando:

I - lhe faltar pedido ou causa de pedir,”

Ademais, o Estado de São Paulo não é parte no acordo de cooperação técnica do Sistema de Monitoramento Inteligente, firmado entre operadoras de telefonia, a Associação Brasileira de Recursos em Telecomunicações (ABR) e a empresa pública Instituto de Pesquisas Tecnológicas do Estado de São Paulo S.A. (IPT)

3 REsp 762.070/SP, rel. ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/12/2009, DJe 10/02/2010.

Há evidentes equívocos em todos os fatos alegados, porquanto são suposições ilusórias, inclusive sobre as partes, conforme se verifica do documento anexo contendo o acordo de cooperação técnica.

Com a devida vênia, é o caso de extinção por **manifesta ilegitimidade de parte** (art. 330, II, do CPC), uma vez que não há nenhum ato específico e concreto mencionado na petição inicial atribuível ao governo do estado. O autor popular constrói sua falsa narrativa a partir de **um único documento (fls. 6/7)**, que é uma **mera solicitação de documentos para instruir procedimento interno no MPF**.

Ainda, preliminarmente, cabe consignar a existência de **litispendência** em relação aos autos nº 1019132-66.2020.8.26.0053, ajuizada em 10/4/2020 às 22h09 e distribuída para a 4ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo, ação idêntica, constando os seguintes pedidos:

a) Recebimento e processamento da presente Ação Popular, tendo em vista a ofensa à moralidade administrativa decorrente da instituição do SIMI-SP promulgado pelo Governador do Estado de São Paulo (João Dória);

b) Concessão da medida liminar para sustar imediatamente o Sistema de Monitoramento Inteligente (Simi-SP), dada a ofensa ao direito à privacidade das pessoas, bem como de usurpação de competência privativa do presidente da república em situação de Estado de Defesa;

c) Cominação de multa diária, em dinheiro, e não em precatórios, no importe de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), por dia de descumprimento da referida sustação do Simi-SP, a ser destinada a Associação de Assistência à Criança Deficiente (AACD), inscrita no CNPJ nº 60.979.457/0001-11, situada na Avenida Prof. Ascendino Reis, nº 724, VI. Clementino, São Paulo – SP, CEP 04027-000;

d) Intimação do governador do estado de São Paulo, João Dória, para que, de forma minuciosa, detalhe como se deu a captação desses dados, bem como se tal parceria foi publicada, bem como se houve alguma espécie de contraprestação pecuniária às empresas de telefonia (TIM, Claro, Oi e Vivo), bem como o valor dessa contraprestação pecuniária, se houver, bem como se todos os cidadãos do estado de São Paulo deram o efetivo consentimento, de forma clara e inequívoca, para o tratamento das referidas informações, em conformidade com a LGPD;

e) (...)

f) Procedência total da Ação Popular, determinando o cancelamento do Sistema de Monitoramento Inteligente (Simi-SP), por ofender a moralidade administrativa, a privacidade dos cidadãos paulistas, bem como por ofender a competência privativa do presidente da república em situação de estado de defesa.

Vale lembrar que a verificação da litispendência nas ações de cariz coletiva não leva em conta as partes que formalmente se apresentam na relação processual, mas

sim o grupo coletivo de beneficiários de eventual provimento na ação, consoante pacífica jurisprudência do STJ, *verbis*:

2. Tratando-se de ações coletivas, para efeito de aferição de litispendência, a identidade de partes deverá ser apreciada sob a ótica dos beneficiários dos efeitos da sentença, e não apenas pelo simples exame das partes que figuram no polo ativo da demanda. Precedentes.⁴

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA E AÇÃO POPULAR. LITISPENDÊNCIA ENTRE AÇÕES COLETIVAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA E AÇÃO POPULAR. ADMISSIBILIDADE. AUTORES ATUAM COMO SUBSTITUTOS PROCESSUAIS DOS TITULARES MATERIAIS DO DIREITO COLETIVO *LATO SENSU* TUTELADO. COLETIVIDADE DOS MUNICÍPIOS DE CARPINA.

1. Na hipótese dos autos, incontroversa a existência de identidade de pedido e de causa de pedir, não só porque reconhecida pelo acórdão recorrido, mas também porque tal identidade é expressamente admitida pelo próprio recorrente, que somente se insurge contra o reconhecimento da litispendência, por entender que esse pressuposto processual negativo exigiria também a identidade de partes processuais.

2. Outrossim, a tese do recorrente não prospera, pois contrária à doutrina e jurisprudência consolidada do STJ, consoante a qual nas ações coletivas, para efeito de aferição de litispendência, a identidade de partes deverá ser apreciada sob a ótica dos beneficiários dos efeitos da sentença, e não apenas pelo simples exame das partes que figuram no polo ativo da demanda, ainda que se trate de litispendência entre ações coletivas com procedimentos diversos, como a Ação Civil Pública (procedimento regulado pela Lei nº 7.347/1985; Ação Popular (procedimento regulado pela Lei nº 4.717/1965); pelo Mandado de Segurança (procedimento regulado pela Lei nº 12.016/2009); pela Ação de Improbidade Administrativa (procedimento regulado pela Lei nº 8.429/1992) etc. (REsp 427.140/RO, rel. ministro JOSÉ DELGADO, rel. p/ Acórdão ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 20/5/2003, DJ 25/8/2003, p. 263; REsp 1.168.391/SC, rel. ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/5/2010, DJe 31/5/2010; REsp 925.278/RJ, rel. ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 19/6/2008, DJe 8/9/2008; RMS 24.196/ES, rel. ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 13/12/2007, DJ 18/2/2008, p. 46).⁵

Dessa forma, requer-se o pronto indeferimento da petição inicial, por sua inépcia e pela manifesta ilegitimidade de parte, nos termos dos artigos 330, I e II e art. 485, I e IV, todos do Código de Processo Civil, bem como o reconhecimento de litispendência, o que igualmente impõe a extinção sem solução do mérito (art. 485, V, do CPC).

4 REsp 1.168.391/SC, rel. ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/5/2010, DJe 31/5/2010.

5 AgRg no REsp 1.505.359/PE, rel. ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 30/11/2016.

III – MÉRITO

O autor popular, a partir de uma série de suposições, alega que o Sistema de Monitoramento Inteligente ofende a direitos constitucionais e seria implantado para viabilizar prisões ilegais.

Com a devida vênia, a versão fantasiosa da parte autora não merece qualquer crédito, seja porque não traz consigo qualquer tipo de supedâneo fático-probatório, seja porque ignora totalmente o que seja o Sistema de Monitoramento Inteligente, fazendo comparações e ilações descabidas.

A) Projeto Interno “Ações Emergenciais contra a covid” no Instituto de Pesquisas Tecnológicas (IPT) e o desenvolvimento do Sistema de Monitoramento Inteligente (Simi)

O Instituto de Pesquisas Tecnológicas (IPT), que é uma empresa pública cuja constituição foi autorizada pela Lei estadual nº 896/1975 para desempenho de atividades científicas e tecnológicas nos setores público e privado, por sua iniciativa voluntária e em consonância com suas atribuições legais, iniciou o projeto interno “Ações Emergenciais contra a covid” para pesquisar soluções para a pandemia do covid-19 (*coronavirus disease 2019*). A iniciativa é composta de 8 (oito) eixos, sendo o 4º (quarto) eixo a aplicação de *big data* e georreferenciamento para o apoio a políticas públicas:

EIXO 4 - Aplicações de Big Data e georreferenciamento de dados aplicados na geração de informações para o desenvolvimento de estratégias de mitigação de riscos à população e ao apoio a políticas públicas;

Destaca-se que tal eixo encontra plena ressonância na orientação da Organização Mundial da Saúde de utilização de dados e realização de monitoramento de informações para definir medidas sanitárias adequadas e proporcionais para combate à pandemia, senão vejamos:

In a scenario in which sustained community transmission has been detected, objectives will expand to include monitoring the geographical spread of the virus, transmission intensity, disease trends, characterization of virologic features, and the assessment of impacts on healthcare services. In some countries, surveillance priorities will differ at subnational levels. Robust covid-19 surveillance data are essential to calibrate appropriate and proportionate public health measures.”

Num cenário em que fora detectada uma transmissão comunitária sustentada, objetivos serão expandidos para incluir o monitoramento da dispersão geográfica do vírus, intensidade de transmissão, tendências da doença, caracterização dos aspectos virológicos e a avaliação dos impactos nos serviços de saúde. Em alguns

países, as prioridades de monitoramento irão diferir no nível subnacional. Dados de monitoramento robustos sobre a covid-19 são essenciais para calibrar medidas sanitárias apropriadas e proporcionais.” (tradução livre a partir do documento Operational Planning Guidelines to Support Country Preparedness and Response da Organização Mundial da Saúde, p. 6 – documento anexo).

Com base nessas orientações, foi iniciado o **projeto Simi com o propósito específico de produzir informações fundamentadas para o combate à covid-19**. Em parceria com empresas de telefonia móvel, foram aprovados **dois acordos consecutivos**: o primeiro apenas entre o IPT e a Telefônica Brasil S.A., firmado em 27 de março de 2020; e o segundo, mais abrangente, envolvendo o IPT, a Associação Brasileira de Recursos em Telecomunicações (ABR Telecom) e operadoras de telefonia móvel que operam em São Paulo (Claro S.A., Oi Móvel S.A., Telefônica Brasil S.A. e TIM S.A.), firmado em 14 de abril de 2020, conforme o Acordo de Cooperação Técnica em anexo.

Salientamos, a respeito, o seguinte excerto da Nota Técnica que acompanha a documentação anexa:

No contexto do Projeto Interno “Ações Emergenciais contra a covid”, o Eixo 4 - Aplicações de Big Data e georreferenciamento de dados aplicados no suporte à tomada de decisões, tem por finalidade subsidiar o desenvolvimento de estratégias de mitigação de riscos à população no combate ao covid-19.

Com esse propósito, inicialmente, em 27 de março de 2020, o IPT formalizou Acordo de Cooperação Técnica com a empresa Telefonica Brasil S.A., que teve como objeto *“regulamentar a forma de acesso das informações providas pela ‘PLATAFORMA BIG DATA’ pelo IPT, com a finalidade apoiar os órgãos governamentais das áreas de Saúde, Segurança Pública e Defesa Civil, no planejamento estratégico de ações que visem à identificação de demandas de logística para possível repasse de ajuda humanitária, por meio da identificação, de zonas onde podem ocorrer maior disseminação do vírus covid-19, utilizando-se de matrizes de deslocamento de origem e destino das pessoas, buscando com análise estatística avaliar o comportamento da população quanto ao isolamento social, identificação de formação de pontos de aglomeração, definição das principais vias utilizadas pela população para deslocamento, comportamento do êxodo para outras cidades.”*

A posteriori, no intuito de ampliar a quantidade das operadoras de telefonia envolvidas na referida atividade, em 14 de abril p.p., o Instituto celebrou Acordo de Cooperação Técnica com as Prestadoras de Serviços de Telecomunicações de Interesse Coletivo – CLARO S.A., OI MÓVEL S.A., TELEFONICA BRASIL S.A., TIM S.A. – doravante denominadas PRESTADORAS, bem como com a Associação Brasileira de Recursos em Telecomunicações – ABR TELECOM, tendo por escopo o acesso de uma plataforma de dados – a PLATAFORMA BIG DATA, que lhe permitisse, por meio da atuação de seus pesquisadores especialistas, “apoiar tecnicamente os órgãos governamentais legitimados e devidamente motivado, diante do interesse público geral e irrestrito

em conter a disseminação do vírus covid-19, por meio da identificação de zonas, onde podem ocorrer maior disseminação do vírus, utilizando-se de matrizes de fluxos de deslocamento de origem e destino, entre outras aplicações que possam ser desenvolvidas com a mesma finalidade”.

Ambas as iniciativas tiveram por desiderato colaborar, de forma voluntária, com o planejamento estratégico do governo do estado de São Paulo, mormente para viabilizar ações que visassem à priorização de atendimentos, restrições, ou mapeamento de isolamento, salutar para obstaculizar a propagação do Novo Coronavírus, no território paulista.

Extraí-se dos documentos anexos e do arranjo contratual firmado entre as operadoras e o IPT que, na realidade, há ilegitimidade da Fazenda Pública do Estado de São Paulo, como dito alhures.

Atualmente, após o amadurecimento da iniciativa estruturada nos acordos de cooperação supramencionados, foi aprovado o Decreto nº 64.963, de 5 de maio de 2020, o qual dispõe especificamente sobre o Sistema de Informações e Monitoramento Inteligente (ao qual se integra o Sistema de Monitoramento Inteligente):

DECRETO Nº 64.963, DE 5 DE MAIO DE 2020

Institui o Sistema de Informações e Monitoramento Inteligente - SIMI, destinado ao enfrentamento da pandemia da covid-19, e dá providências correlatas.

JOÃO DORIA, Governador do Estado de São Paulo, no uso de suas atribuições legais, Considerando as recomendações do Comitê Administrativo Extraordinário covid-19, no exercício da atribuição de que trata o item 1 do parágrafo único do artigo 3º do Decreto nº 64.864, de 16 de março de 2020; considerando a necessidade de se aperfeiçoar a gestão da informação com vistas à maior eficiência na contenção da disseminação da covid-19,

Decreta:

Artigo 1º - Fica instituído o Sistema de Informações e Monitoramento Inteligente - Simi, consistente em ferramenta de consolidação de dados e informações coligidos por órgãos e entidades da Administração Pública estadual.

Parágrafo único - O SIMI:

1. destina-se a apoiar a formulação e avaliação das ações do Estado de São Paulo para enfrentamento da pandemia da covid-19;
2. não conterá dados pessoais, assim considerados aqueles relacionados a pessoa natural, identificada ou identificável, limitando-se a dados anonimizados.

Artigo 2º - O Simi será gerido por Comitê Gestor, integrado por representantes da Administração Pública estadual, na seguinte conformidade:

I - 1 (um) da Secretaria de Governo, que o coordenará;

II - 1 (um) da Secretaria de Desenvolvimento Econômico, que será responsável pela secretaria executiva;

III - 2 (dois) da Secretaria da Saúde;

IV - 1 (um) do Instituto de Pesquisas Tecnológicas do Estado de São Paulo S.A. - IPT.

Parágrafo único - Os membros do comitê de que trata este artigo serão designados pelo secretário de governo, à vista de indicação dos titulares das pastas e do dirigente máximo da entidade.

Artigo 3º - O Comitê Gestor do Simi terá as seguintes atribuições:

I - solicitar, receber e consolidar os dados e as informações públicos, coligidos por órgãos e entidades da Administração Pública estadual, relacionados à disseminação da covid-19 e à capacidade estrutural do sistema de saúde;

II - zelar para que apenas dados e informações públicos integrem o Simi;

III - interpretar as informações disponibilizadas no Simi, inclusive mediante inferências estatísticas, quando for o caso;

IV - elaborar relatórios técnicos e científicos destinados a subsidiar o Comitê Administrativo Extraordinário covid-19, a que se refere o artigo 3º do Decreto nº 64.864, de 16 de março de 2020, e o Governador;

V - analisar modelos de cenários da evolução da covid-19 no Estado, elaborados pela Administração Pública ou disponibilizados por órgãos ou entidades externos;

VI - propor a celebração de parcerias que contribuam para a geração e análise de informações relevantes para formulação e avaliação das ações de enfrentamento à covid-19.

Parágrafo único - Os relatórios a que alude o inciso IV deste artigo serão divulgados, pelo Comitê Administrativo Extraordinário COVID-19, com vistas a contribuir para o enfrentamento da pandemia, observadas as disposições da Lei federal nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, e do Decreto nº 58.052, de 16 de maio de 2012.

Artigo 4º - O secretário de governo, mediante resolução, poderá expedir normas complementares a este decreto.

Artigo 5º - Este decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Assim, não se trata de um “grampo generalizado”, não se trata de interceptação ou de escutas telefônicas, não havendo “quebra de sigilo de dados telefônicos”. Trata-se de acesso a uma plataforma com *matrizes de deslocamento*, ou seja, verificação de mobilidade do conjunto de usuários de telefonia móvel.

B) Respeito à legislação vigente (Lei nº 9.472/97) e atendimento à legislação ainda não vigente (Lei nº 13.709/18): as bases e o objeto do acordo de cooperação técnica

Destaca-se que a parca legislação atualmente vigente, qual seja, a Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97, art. 72, § 2º), é plenamente atendida no projeto Simi, uma vez que as operadoras de telefonias podem, lícitamente, divulgar a terceiros informações agregadas sem identificação dos usuários ou violação de sua intimidade.

Como será mais detalhado adiante, não se trata de nenhum repasse de dados individuais, mas de informações agregadas, consolidadas e estatísticas, que já eram anteriormente capturadas pelas operadoras de telefonia para a manutenção operacional de sua rede, verificando-se a *quantidade* de usuários conectados a antenas de telefonia móvel para o dimensionamento adequado da estrutura de cada operadora. Diz o dispositivo mencionado:

Art. 72. Apenas na execução de sua atividade, a prestadora poderá valer-se de informações relativas à utilização individual do serviço pelo usuário.

§ 1º A divulgação das informações individuais dependerá da anuência expressa e específica do usuário.

§ 2º A prestadora poderá divulgar a terceiros informações agregadas sobre o uso de seus serviços, desde que elas não permitam a identificação, direta ou indireta, do usuário, ou a violação de sua intimidade.

Assim, é necessário desmistificar a campanha de *fake news* levada a efeito pelos autores populares que questionam o Simi. Não existe (i) qualquer prejuízo à “inviolabilidade das comunicações telefônicas”, simplesmente porque não há captação de qualquer comunicação telefônica; (ii) não existe qualquer tipo de escuta ou fornecimento de dados referentes às ligações; (iii) também não existe qualquer prejuízo à “privacidade e à intimidade” dos usuários, porque não há acesso do ente público a nenhum tipo de dado individual, muito menos pessoal dos clientes das operadoras de telefonia (tais como RG, CPF, nome e endereço, endereço de IP, MEI, dados individuais de geolocalização etc.).

Os dados coletados pelas operadoras referem-se à *quantidade* de aparelhos celulares que está conectada a uma antena de telefonia móvel e a *informação obtida pelo ente público é, meramente, um agregado estatístico de tais quantidades*, de modo que não é possível saber quem esteja conectado e nem de qual operadora aqueles dados se originaram.

Os dados também não são coletados por meio do sistema de GPS de aparelhos móveis, não sendo possível saber com precisão onde estariam as pessoas que integram aquele dado estatístico. O que se tem é um resultado de que aquele *número de usuários* daquela região, em conjunto, está utilizando uma determinada antena para comunicar-se com a rede de telefonia de sua operadora.

Verifica-se que o argumento de ofensa à Lei Geral de Proteção de Dados é totalmente equivocado, primeiro porque sequer está vigente o diploma legal, ex vi

art. 65,⁶ depois porque *mesmo que estivesse produzindo efeitos hoje*, ela é integralmente observada (naquilo que é possível de ser observado).

Repita-se que as operadoras de telefonia não fornecem qualquer informação sobre quais usuários estão conectados naquela região por meio daquela antena, mas apenas quantos usuários estão conectados, ou seja, os dados são anonimizados, tal como previsto no art. 5º, III, da Lei federal nº 13.709/2018 (LGPD - texto legal ainda não em vigor):

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;

II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;

III - dado anonimizado: dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento;

(...)

XI - anonimização: utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis no momento do tratamento, por meio dos quais um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo;

Os dados coletados pelas operadoras passam por um processo de anonimização e são agregados de modo a produzir o índice de isolamento social das regiões, não havendo repasse ao IPT ou ao estado de São Paulo de dados pessoais brutos ou bancos de dados com identificação dos clientes que utilizam tais ou quais antenas de telefonia. Nesse sentido, pontua-se da Nota Técnica anexa:

Portanto, faz parte do modelo operacional das PRESTADORAS o acompanhamento do número de terminais conectados em cada ANTENA para o gerenciamento da sua infraestrutura. (...)

Frente a isso, as PRESTADORAS notaram o valor da oportunidade de realizarem a averiguação de índices de isolamento por meio da contabilização de parâmetros

6 Art. 65. Esta Lei entra em vigor: (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019.)

I - dia 28 de dezembro de 2018, quanto aos arts. 55-A, 55-B, 55-C, 55-D, 55-E, 55-F, 55-G, 55-H, 55-I, 55-J, 55-K, 55-L, 58-A e 58-B; e (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019.)

II - 24 (vinte e quatro) meses após a data de sua publicação, quanto aos demais artigos. (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)

II - em 3 de maio de 2021, quanto aos demais artigos. (Redação dada pela Medida Provisória nº 959, de 2020.)

existentes em sua infraestrutura de telefonia celular. De tal sorte, as plataformas digitais que já eram utilizadas na gestão dessa infraestrutura, adquiriram novas funcionalidades de cálculos, com base em origem-destino de movimentação de terminais celulares, capazes de oferecer índices de isolamento social, os quais são lastreados em dados anonimizados e agregados, em respeito ao previsto na Lei federal nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGDP, ainda não vigente.).”

Essas informações estatísticas agregadas e anonimizados são inseridos pelas operadoras de telefonia móvel numa **plataforma big data** que é gerenciada pela **ABR Telecom** – uma entidade privada, sem fins econômicos, ou lucrativos, de cunho estritamente técnico, que atua na prestação de serviços de soluções tecnológicas para as operadoras de telefonia móvel – para a **elaboração de relatórios estatísticos agregados de todas as operadoras, que, então, são acessados pelo IPT.**

O Instituto de Pesquisas Tecnológicas do Estado de São Paulo S.A. (IPT) – empresa pública com capital majoritário detido pelo estado de São Paulo, cujo objeto é atender às demandas científicas e tecnológicas dos setores público e privado por meio de projetos de pesquisa e desenvolvimento científico e de apoio tecnológico – **unicamente tem acesso aos relatórios estatísticos produzidos pela ABR Telecom na plataforma big data.** Essa plataforma – uma espécie de programa de computador – possui informações consolidadas fruto de dados que já passaram por processo de anonimização no âmbito das próprias operadoras.

Em outras palavras, **os relatórios estatísticos a que o IPT tem acesso são um compilado de informações agregados e anonimizados das operadoras, que apontam os percentuais sob forma de índices ou sob forma de mapas de isolamento social observado em cidades do estado de São Paulo e bairros da capital no dia anterior.**

É uma informação quantitativa sem vinculação a indivíduos, que detecta um número de pessoas desconhecidas e se há movimentação, a ponto de passarem a se utilizar de outra antena de telefonia móvel ao invés daquela anterior (pequenas movimentações, de menos de 200 metros não são captadas). *Além disso, a informação não está disponível em tempo real, referindo-se ao dia anterior.*

O processo de anonimização dos dados é realizado dentro da infraestrutura das próprias prestadoras pela coleta das conexões com as antenas e supressão dos elementos relativos aos usuários, transformando-se os dados num agregado numérico. As informações repassadas pelas operadoras referem-se à **quantidade** de celulares ligados às antenas de telefonia móvel (numa analogia, é como informar a quantidade de ingressantes que passaram nas catracas de uma estação do metrô

naquele dia, mas sem informar quem são tais pessoas). Quando um celular é ligado, ele se conecta a uma antena próxima e, quando há deslocamento, ele muda a conexão para outra antena mais próxima.

Isso fica registrado na Estação Radio Base, o que permite verificar se houve aglomeração naquele local e se houve movimentação, em geral, da população que está conectada à antena.

A **plataforma big data** se utiliza de “matrizes de deslocamento de origem e destino das pessoas, buscando com análise estatística avaliar o comportamento da população quanto ao isolamento social, identificação de formação de pontos de aglomeração, definição das principais vias utilizadas pela população para deslocamento, comportamento do êxodo para outras cidades” (Cláusula 1.1.1 do acordo com a Telefônica.). Consoante disposto na cláusula 1.2, na **Plataforma Big Data** “serão disponibilizados mapas de visualização, de acordo com os casos de uso identificados, elaborados por intermédio da utilização de **dados anonimizados e agregados**”.

Diante do sucesso do projeto piloto e com o intuito de ampliar a quantidade de operadoras de telefonia envolvidas na iniciativa, foi firmado – em 14 de abril de 2020 – o **Acordo de Cooperação Técnica com as Prestadoras de Serviços de Telecomunicações de Interesse Coletivo** (Claro S.A., Oi Móvel S.A., Telefônica Brasil S.A., Tim S.A) e com a **ABR Telecom** – **Acordo de Cooperação Técnica**.

Nesse acordo mais abrangente, logo no **Glossário**, há a definição do tipo de informação que será compartilhada e a definição da Plataforma Big Data, estando muito bem descrita a finalidade do instrumento jurídico:

[...] (i) **DADOS**: consistem nos dados estatísticos e volumétricos disponibilizados de forma anonimizada, por meio de mapas de calor, e com vistas ao fortalecimento da política pública de contenção da expansão do coronavírus e de combate ao covid-19 no território nacional, dentre outras aplicações, portanto sempre relacionados com a finalidade pretendida no Acordo.

[...]

(v) **PLATAFORMA BIG DATA**: Plataforma gerida pela ABR Telecom, contendo os **DADOS**, anonimizados e agregados, sem a possibilidade de identificação do titular do dado e da **PRESTADORA** que a disponibilizou. [...]

1. DO OBJETO DO ACORDO

1.1. O presente Acordo estabelece a cooperação entre as partes para:

1.1.1 Permitir acesso do ENTE PÚBLICO aos **DADOS disponibilizados na PLATAFORMA BIG DATA**, com a finalidade de apoiar os órgãos governamentais legitimados e devidamente motivado, diante do interesse público geral e irrestrito em conter a

disseminação do vírus covid-19, por meio da identificação de zonas, onde podem ocorrer maior disseminação do vírus, utilizando-se de matrizes de fluxos de deslocamento de origem e destino, entre outras aplicação que possam ser desenvolvidas com a mesma finalidade.

1.2. As PARTES declaram que para a execução do presente acordo não há o tratamento de qualquer dado pessoal, tendo em vista que todos os DADOS são anonimizados, agregados, estatísticos e volumétricos disponibilizados das bases das PRESTADORAS.

Inclusive, por seu grau de incerteza quanto à informação estatística agregada, o termo isenta as operadoras pela precisão da descrição quantitativa da população em regiões:

3.1.3. Estar ciente de que os DADOS refletem um resultado estatístico que poderá subsidiar as análises do ENTE PÚBLICO e não garantem com precisão absoluta que as zonas identificadas são aquelas nas quais podem ocorrer maior, ou menor, disseminação do coronavírus.

Essas informações produzidas a partir de dados anonimizados e agregados são utilizadas para a feitura de relatórios pelo IPT com o objetivo de apoiar tecnicamente a Administração estadual a planejar estrategicamente ações que tenham como escopo o enfretamento da pandemia. Para tanto, o Acordo de Cooperação Técnica exige daqueles que têm acesso à Plataforma Big Data a inserção de *login* e senha de uso pessoal e intransferível (cláusulas 3.1, 3.1.1, 3.1.2, 3.1.3, 3.1.3.1, 3.1.4, 3.1.5 do Acordo de Cooperação Técnica).

O procedimento que está sendo levado a cabo no projeto Simi já foi anteriormente avaliado do ponto de vista jurídico em parecer da AGU quando da análise de sua efetivação no âmbito do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, pelo PARECER nº 00280/2020/CONJUR-MCTIC/CGU/AGU, concluindo “*pela viabilidade jurídica de compartilhamento de dados de usuários de serviços de telecomunicações para fins de combate ao covid-19, na forma anônima e agregada*”. A respeito:

“11. Sendo que o questionamento em tela ainda se reverte que maior especificidade e urgência, tendo em vista que tais dados serão utilizados para combate da pandemia do covid-19, de interesse público notório e imediato, razão pela qual, se impõe a necessidade de tomar decisões administrativas urgentes, em que pese a discussão jurídica sobre a tema ainda não tenha amadurecido.

(...) em que pese a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais ainda não se encontre em vigor, verifica-se que os dados anonimizados não serão considerados dados pessoais para os fins da lei, uma vez que o dado anonimizado não permite que o titular possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento.

16. Portanto, quanto à questão levantada nos autos, pode-se concluir que, se os dados de geolocalização obtidos a partir de dispositivos móveis de comunicação, que permitam a identificação individualizada do usuário para fins de combate ao covid-19, forem enquadrados como dado anonimizado, não demandará prévia decisão judicial para sua utilização.

17. Além disso, considerando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, considerando que o caso em tela visa atender a interesse público imediato de combater a pandemia covid-19, verifica-se que o espírito da LGPD, alça questões de saúde pública, como a realização de estudos em saúde pública, como limite à proteção do dado pessoal, sendo tratados exclusivamente dentro do órgão e estritamente para a finalidade de realização de estudos e pesquisas e mantidos em ambiente controlado e seguro, mantendo sempre que possível a anonimização ou pseudonimização dos dados, conforme depreende-se do art. 13 da Lei:

Art. 13 - Na realização de estudos em saúde pública, os órgãos de pesquisa poderão ter acesso a bases de dados pessoais, que serão tratados exclusivamente dentro do órgão e estritamente para a finalidade de realização de estudos e pesquisas e mantidos em ambiente controlado e seguro, conforme práticas de segurança previstas em regulamento específico e que incluam, sempre que possível, a anonimização ou pseudonimização dos dados, bem como considerem os devidos padrões éticos relacionados a estudos e pesquisas.

§ 1º - A divulgação dos resultados ou de qualquer excerto do estudo ou da pesquisa de que trata o caput deste artigo em nenhuma hipótese poderá revelar dados pessoais.

§ 2º - O órgão de pesquisa será o responsável pela segurança da informação prevista no caput deste artigo, não permitida, em circunstância alguma, a transferência dos dados a terceiro.

§ 3º - O acesso aos dados de que trata este artigo será objeto de regulamentação por parte da autoridade nacional e das autoridades da área de saúde e sanitárias, no âmbito de suas competências.

§ 4º - Para os efeitos deste artigo, a pseudonimização é o tratamento por meio do qual um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo, senão pelo uso de informação adicional mantida separadamente pelo controlador em ambiente controlado e seguro.

(...)

21. Finalmente, considerando a finalidade específica do compartilhamento dos dados de usuários de serviços de telecomunicações, considerando que os dados anonimizados não serão considerados dados pessoais, considerando o princípio da preponderância do interesse público sobre o particular refletido no art. 13 da LGPD e no art. 6º. da Lei nº 13.979, de 2020, este último igualmente visando evitar a propagação da doença, considerando que a jurisprudência do STF e STJ é no sentido que a proteção a que se refere o art. 5º, XII, da Constituição, é da comunicação 'de dados' e não dos 'dados em si mesmos' e considerando as informações presta-

das na NOTA INFORMATIVA Nº 1192/2020/SEI-MCTIC, opina-se pela viabilidade de compartilhamento dos dados na forma anônima e agregada.” (documento anexo, *grifos nossos*)

A realidade é que não há *tratamento de nenhum* dado pessoal pelo IPT e pelo estado de São Paulo no projeto Simi, não havendo *nenhuma* possibilidade, sequer em tese, de ofensa ao direito de privacidade ou de locomoção.

A peça exordial não passa, enfim, de pura fantasia e má-fé.

Mesmo que o estado de São Paulo quisesse ter acesso a dados pessoais, o que não é o caso, a própria LGPD estabelece a possibilidade de acesso e de tratamento dos dados pessoais para execução de políticas públicas previstas em lei e regulamentos ou em favor da tutela da saúde, vida e incolumidade das pessoas, *in verbis*:

Art. 7º - O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

(...)

III - pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta lei;

IV - para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais;

(...)

VII - para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;

VIII - para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária;

Ademais, a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020 – **Lei da covid-19**, em seu artigo 6º, § 1º,⁷ reconhece às autoridades administrativas a possibilidade de requisição de dados essenciais à identificação de pessoas infectadas ou com suspeita de infecção como forma de evitar a propagação do novo coronavírus, mesmo tratando-se de dados pessoais, o que não é o caso em tela. Essa medida administrativa estaria inclusive em consonância com o **Regulamento Sanitário Internacional**,

7 Art. 6º - É obrigatório o compartilhamento entre órgãos e entidades da administração pública federal, estadual, distrital e municipal de dados essenciais à identificação de pessoas infectadas ou com suspeita de infecção pelo coronavírus, com a finalidade exclusiva de evitar a sua propagação.

§ 1º - A obrigação a que se refere o *caput* deste artigo estende-se às pessoas jurídicas de direito privado quando os dados forem solicitados por autoridade sanitária.

acordado na 58^a Assembleia Geral da Organização Mundial da Saúde e incorporado ao ordenamento jurídico interno pelo Decreto nº 10.212, de 30 de janeiro de 2020⁸.

Conclui-se que não há tratamento de nenhum dado pessoal, seja por pessoa jurídica de direito público, seja pelo IPT ou pela ABR; apenas as próprias operadoras de telefonia conhecem a quem se referem os dados anonimizados e agregados estatisticamente que são repassados nessa forma, não havendo qualquer mácula à privacidade dos indivíduos.

Por outro lado, o monitoramento geral da movimentação da população e o nível de adesão à quarentena, lembrando que se trata de recomendação das autoridades públicas e não proibição legal para andar nas vias públicas, torna-se essencial para o acompanhamento da epidemia e para a produção de inteligência epidêmica e tomada de decisão.

C) Operacionalidade do Sistema de Monitoramento Inteligente

Como visto, o sistema é operacionalizado por meio de uma plataforma *big data*, que sequer é mantida pelo IPT, mas apenas acessada pelo IPT e mantida pela ABR Telecom e alimentada com os agregados estatísticos anonimizados das operadoras de telefonia, que não são dados individualizados.

O acordo de cooperação técnica firmado entre o IPT, ABR Telecom e as operadoras de telefonia móvel possui o prazo de vigência até dia **30 de junho de 2020** (cláusula 2.1), podendo ser prorrogado desde que mantida a situação de emergência em saúde da covid-19, tornando-se o mencionado acordo o único instrumento

8 Artigo 45 - Tratamento de dados pessoais 1. As informações de saúde coletadas ou recebidas por um Estado Parte de outro Estado Parte ou da OMS, consoante este Regulamento, referentes a pessoas identificadas ou identificáveis, deverão ser mantidas em sigilo e processadas anonimamente, conforme exigido pela legislação nacional. 2. Não obstante o Parágrafo 1º, os Estados Partes poderão revelar e processar dados pessoais quando isso for essencial para os fins de avaliação e manejo de um risco para a saúde pública, no entanto os Estados Partes, em conformidade com a legislação nacional, e a OMS devem garantir que os dados pessoais sejam: (a) processados de modo justo e legal, e sem outros processamentos desnecessários e incompatíveis com tal propósito; (b) adequados, relevantes e não excessivos em relação a esse propósito; (c) acurados e, quando necessário, mantidos atualizados; todas as medidas razoáveis deverão ser tomadas a fim de garantir que dados imprecisos ou incompletos sejam apagados ou retificados; e (d) conservados apenas pelo tempo necessário. 3. Mediante solicitação, a OMS fornecerá às pessoas, na medida do possível, os seus dados pessoais a que se refere este Artigo, em formato inteligível, sem demoras ou despesas indevidas e, quando necessário, permitirá a sua retificação.

a regular a transferência de informação relacionada à pandemia, **com rescisão de qualquer outro** (cláusulas 10.4 e 10.11):

2. DA VIGÊNCIA

2.1. O presente Acordo passará a vigorar a partir da data de sua assinatura e vigorará até 30 de junho de 2020 (a “vigência inicial”).

2.2. A vigência inicial poderá ser prorrogada desde que haja idêntica extensão do cenário de Calamidade Pública.

10.4. As cláusulas deste Acordo consolidam o completo entendimento das PARTES e prevalecem sobre quaisquer entendimentos firmados anteriormente a respeito do objeto ora contratado.

10.11. As partes reconhecem, expressamente, neste ato, ser o presente acordo o único instrumento a regular a relação entre elas quanto ao objeto do presente acordo, razão pela qual dão por rescindido de pleno direito todos e quaisquer contratos, compromissos e outros acordos, tácitos ou expressos, que porventura tenham as partes mantido anteriormente à formalização do presente acordo.

Para acessar a plataforma *big data* mantida pela ABR Telecom, deve ser utilizado *login* e senha em uma *interface WEB* pelo IPT, que se compromete pelo acordo a não repassar o acesso a terceiros, se utilizar dos dados apenas para a finalidade prevista⁹ e a notificar a ABR Telecom a respeito de quais órgãos governamentais estão sendo subsidiados com a execução do acordo.¹⁰

O modelo adotado, em absoluta preocupação com o direito à privacidade dos indivíduos, inerente ao Estado Democrático de Direito, é de ***compartilhamento de informações consolidadas e não de dados brutos***, isto é, privilegiou-se a revelação da informação necessária à política pública e não dos dados existentes nas operadoras de telefonia:

[...] Quando suficiente para atender o objetivo da política pública, o repasse de informação deve ser priorizado sobre o repasse de dados.

*Para muitas das ações de combate à covid-19, como de distanciamento social, não se faz necessário que agentes do setor privado (e.g, telecomunicações e empresas tecnologias que possuem a geolocalização dos indivíduos), repassem tais dados, em formato bruto, para as autoridades sanitárias. **Basta que eles mesmos tratem tais da-***

9 9.2.1. É expressamente vedado à PARTE receptora o acesso a sistemas da PARTE divulgadora para fins estranhos ao objeto deste Acordo e/ou a utilização de qualquer equipamento da PARTE divulgadora para acesso, ou tentativa de acesso a ambientes de terceiros.

10 9.2.2. A PARTE receptora compromete-se a notificar a PARTE divulgadora acerca da disponibilização dos DADOS aos ÓRGÃOS GOVERNAMENTAIS LEGITIMADOS.

dos internamente e revelem as informações oriundas de tais tratamento, tais como os bairros, regiões ou mesmo cidades e estados que estão cumprindo tais medidas de restrição de locomoção. Esse é o caso, por exemplo, dos chamados “mapas de calor” que impedem, tecnicamente, qualquer acesso a identificadores pessoais, como Imedi, device ID ou rastreamento preciso de movimentação individual de dispositivos. Dessa forma, dados de localização – sejam eles obtidos por meio de GPS, triangulação de dados ou outras técnicas contemporâneas – que reduziram, em tese, o risco de potencial de identificar de um indivíduo em específico.¹¹

E por se contar com tal solução, não há que se falar em consentimento nem em incidência do regime de proteção a dados pessoais, pois de dado pessoal não se trata.

Ainda assim, são diversas as cautelas presentes no acordo. Em relação ao **ciclo de vida** das *informações agregadas*, temos que há expressa limitação e identificação aos objetivos do acordo de combate à covid-19. Ademais, está determinado que *tudo o que foi obtido seja destruído* ao término da vigência do acordo de cooperação técnica:

9.7. Uma vez terminada a vigência deste acordo ou, ainda, caso uma das PARTES rescinda o presente instrumento, a ABR deverá tomar todas as providências para confirmar por escrito às PARTES que destruiu ou apagou permanentemente todas as Informações Confidenciais, da maneira estipulada pelas PRESTADORAS, com exceção daqueles registros e informações sujeitos a obrigações legais de guarda.

Vale mencionar, inclusive, que embora o acordo por vezes fale em “dados”, “informações” ou “informações confidenciais”, há alguma imprecisão técnico-redacional, pois além da documentação e especificações técnicas inerentes à plataforma e à tecnologia utilizadas (a que está obrigada a guardar “sigilo”)¹², apenas existe o acesso à plataforma *big data* pelo IPT e órgãos governamentais, como alerta a Nota Técnica: “Embora o acordo mencione o “acesso a dados”, o que ocorre efetivamente é o “acesso à plataforma” e não o acesso a informações pessoais.” (doc. anexo)

11 BIONI, Bruno; ZANATTA, Rafael; MONTEIRO, Renato; RIELLI, Mariana. Privacidade e pandemia: recomendações para o uso legítimo de dados no combate à covid-19. *Conciliando o combate à covid-19 com o uso legítimo de dados pessoais e o respeito aos direitos fundamentais*. São Paulo: Data Privacy Brasil, 2020.

12 9.1. A PARTE receptora, seus administradores, empregados e subcontratados guardarão absoluto sigilo, pelo prazo de 05 (cinco) anos, a contar do encerramento do acordo, com relação a totalidade dos DADOS fornecidas pela PARTE divulgadora para o cumprimento do presente acordo, incluindo, mas não se limitando a materiais, pormenores, informações, documentos, especificações técnicas, ou comerciais, inovações e aperfeiçoamento, que sejam de criação ou desenvolvimento, conjunto, ou individual, da outra PARTE, ou de terceiros, mesmo que decorrentes dos serviços/fornecimento, aos quais venham a ter conhecimento, ou acesso em razão deste acordo, não podendo, sob qualquer pretexto, divulgar, revelar, reproduzir, utilizar, ou deles dar conhecimento a terceiros estranhos a este acordo.

Em relação à informação a que o IPT tem acesso (quanto à granularidade ou nível de sumarização), há o nível percentual de aparelhos que se mantiveram conectados nas mesmas antenas em relação ao total de pessoas conectadas, não sendo possível precisar quantas e quais são as antenas, onde elas estão e quantos aparelhos estão conectados nas diferentes antenas, quando a informação é trazida por índices (vídeo demonstrativo: <<https://photos.app.goo.gl/LFve18mxkEF2T2Z57>>).

Quando a informação é trazida por “mapas de calor”, a informação acessada pelo IPT distingue os índices por cidades e, no caso da capital, por bairros da cidade, apontando a percentagem de aparelhos em circulação do bairro/cidade em relação ao total de aparelhos conectados a antenas naquele bairro/cidade, além de indicar a quantidade total de aparelhos em circulação naquele bairro/cidade e se aqueles em circulação saíram do mesmo bairro ou de outros bairros, não sendo possível precisar quem são as pessoas, quais são as antenas ou de qual bairro/cidade vieram, se de outro bairro/cidade. (vídeo demonstrativo: (<<https://photos.app.goo.gl/Xc6EqfoXMSkzZCtE9>>).

Nas telas abaixo extraídas do sistema e no vídeo demonstrativo da plataforma *big data*¹³ podemos ver que aparecem unicamente **informações consolidadas dos dados agregados**, em formas de gráfico ou de mapa. Não existe qualquer acesso à base de dados originais, mas apenas ao resultado agregado sem qualquer identificação pessoal:

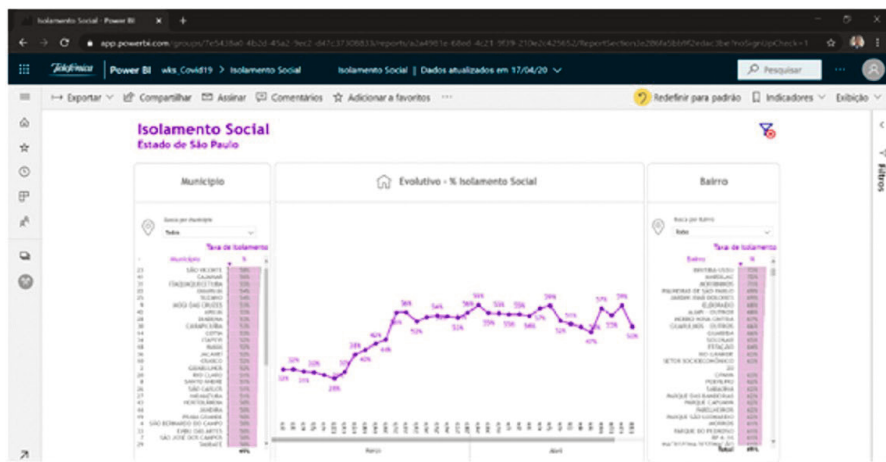


Figura 1. Índices de isolamento no Estado de SP

13 Vídeo integral: <<https://photos.app.goo.gl/J2nEvY5NVVWkt6TBA>>.

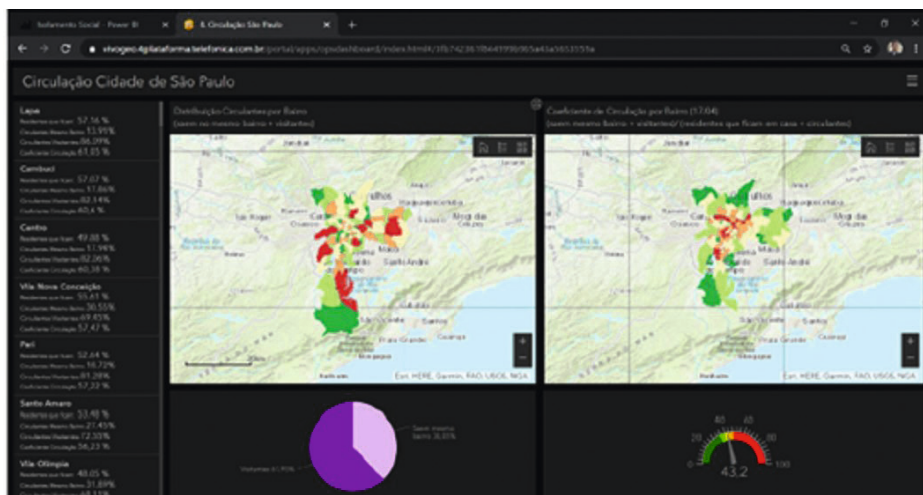


Figura 2. Mapas de isolamento e circulação

Como, também, explicitado na Nota Técnica anexa:

Ressalta-se que a PLATAFORMA BIG DATA não fornece qualquer informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável ou atinente a origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural, tendo em vista, repete-se, que todos os dados originais dela constantes são anonimizados, agregados, estatísticos e volumétricos, derivados das bases das respectivas Prestadoras, não sendo, destarte, considerados dados pessoais nem sensíveis, de acordo com o preconizado no artigo 5º, incisos I e II, da Lei federal nº 13.709/2018.

Haja vista que o Instituto acessa apenas visualizações de gráficos e valores regionalizados, inexistente qualquer possibilidade de desanonimização dos dados acessados por intermédio da PLATAFORMA BIG DATA.

Ressalta-se, por derradeiro, que foi informado extrato do acordo de cooperação técnica na página web do IPT (<<https://www.ipt.br/>>) e que os índices de isolamento estão disponibilizados no site <<https://www.saopaulo.sp.gov.br/coronavirus/isolamento/>> na aba “índices dos municípios” de idêntica maneira que são fornecidos os índices com relação aos municípios do estado de São Paulo na plataforma big data.

D) Das demais ilações despropositadas da peça exordial

Como visto, não existe nenhuma ilegalidade pelo IPT ter firmado acordo de cooperação técnica com vistas a obter informações que possam subsidiar políticas públicas. Também não há que se falar em violação de competência disposta no art. 84, IX, da Constituição Federal,¹⁴ pois o IPT não decretou estado de defesa ou de sítio nem o governador do estado, também não havendo mitigação à inviolabilidade da comunicação telefônica, que está preservada.

A suposição do autor popular de que seriam impostas prisões aos cidadãos sem previsão legal tampouco merece maiores considerações ou crédito, pois não há nem sequer algum elemento indiciário do porquê isso viria a ocorrer.

Muito pelo contrário, o Decreto nº 64.881, de 23 de março de 2020, contém em seu artigo 4º mera recomendação, de modo que **nada há a autorizar o distorcido raciocínio do autor popular de “ameaças de prisão”**:

Artigo 4º - Fica **recomendado** que a circulação de pessoas no âmbito do estado de São Paulo se limite às necessidades imediatas de alimentação, cuidados de saúde e exercício de atividades essenciais.

Ademais, em momento bastante posterior ao funcionamento do Sistema de Monitoramento Inteligente, o governador houve por bem promulgar o Decreto nº 64.963, de 5 de maio de 2020, que “Institui o Sistema de Informações e Monitoramento Inteligente” e dá providências correlatas, ao qual o Sistema de Monitoramento Inteligente se integra, para regulamentar a utilização das informações no âmbito da Administração Pública e prestar apoio ao Comitê Administrativo Extraordinário covid-19.

Denota-se que *inexiste a possibilidade de prisão em função de Decreto do Poder Executivo do estado*, mas unicamente poderá ocorrer em havendo violação de tipo penal, o que é bastante óbvio e certamente deveria ser sabido pelo autor popular, posto que patrocina a própria demanda proposta.

Ante o exposto, carece de qualquer fundamento a versão fantasiosa apresentada na peça exordial, que deve ser rechaçada na sua totalidade.

14 Art. 84. Compete privativamente ao presidente da República: (...) IX - decretar o estado de defesa e o estado de sítio;

IV – CONCLUSÃO

Ante o exposto, o estado de São Paulo requer a **total improcedência** dos pedidos formulados na inicial, seja extinguindo o processo sem solução do mérito, seja com a improcedência no mérito.

Requer a juntada dos documentos anexos, que corroboram a total improcedência.

Nesses termos, pede-se deferimento.

São Paulo, 2 de junho de 2020.

CAIO AUGUSTO NUNES DE CARVALHO

Procurador do Estado de São Paulo

OAB/SP N° 302.130

SENTENÇA

Processo nº: **1020192-74.2020.8.26.0053**

Classe - Assunto: **Ação Popular - Violação aos Princípios Administrativos**

Requerente: **Mauricio Roberto Giosa**

Requerido: **Fazenda Pública do Estado de São Paulo**

Juiz de Direito: dr. **LUIS MANUEL FONSECA PIRES**

Vistos.

Trata-se de ação popular que visa suspender os efeitos do acordo entabulado entre o governador de São Paulo e as operadoras de celular Vivo, Oi, Claro e Tim, que estariam fazendo o monitoramento de cidadãos-usuários em situação de aglomeração e repassando os dados às autoridades públicas para fins de impedimento daqueles que estivessem violando a determinação de distanciamento social em época de pandemia ligada à covid-19. Afirmo que a atitude do governador fere o inciso XII e XV do art. 5º da Constituição Federal ao mitigar o direito a intimidade e o direito a reunião. Requer, em suma, a suspensão do acordo, bem como a abstenção do governador de editar decreto para prisão de cidadãos. Juntou documentos.

A liminar foi indeferida (fls. 77-81).

O estado de São Paulo contestou (fls. 94-119) arguindo sobre a inépcia da inicial; sua ilegitimidade; da legalidade das ações de emergência contra a covid-19; do respeito a legislação; da operacionalidade do Sistema de Monitoramento Inteligente. Juntou documentos.

Há réplica (fls. 269).

É o relatório. Decido.

Cuida o mérito em saber se o acordo feito com as operadoras de celulares a fim de operacionalizar o Sistema de Monitoramento Inteligente de São Paulo fere os direitos fundamentais de intimidade e reunião, previstos no art. 5º, XII e XV, da Constituição Federal.

Não há que se falar em violação da privacidade do cidadão. Os dados fornecidos pelas operadoras de celulares as autoridades públicas se limitam a simples ‘mapas de calor’. Trata-se de dados estatísticos de aglomerados e não dados individuais (fls. 14). O método utilizado baseia-se na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e serve, no caso, para o acompanhamento da epidemia, como guia do gestor público na alocação dos recursos para o combate do coronavírus.

O direito fundamental à proteção de dados e comunicação telefônica (art. 5º, XII) não é afetado porque nenhuma conversa nem dados pessoais de qualquer usuário são atingidos, apenas, repito, utiliza-se o *georreferenciamento*, e acresço que não se faz aleatoriamente, mas sim para o planejamento de um programa de saúde pública que objetiva combater a proliferação de uma epidemia no país. O direito à livre locomoção, ir e vir (art. 5º XV), sofre restrições, evidente, mas a Constituição não pode ser interpretada por trechos previamente selecionados, pois o que se impõe é saber *qual a razão* para a restrição, e novamente a pandemia é motivo mais que suficiente a justificar a percepção de que o direito de locomoção não é absoluto, mas se integra e deve ser sopesado com outros direitos e deveres constitucionais, dentre eles a proteção à vida e o respeito à dignidade da pessoa humana, iguais direitos fundamentais (art. 5º e 1º, III, respectivamente). A vida em sociedade não se realiza de modo atomizado. Por isso a interpretação jurídica dos direitos fundamentais deve ser sistematizada e priorizar-se o coletivo quando convicções particulares podem pôr em risco a vida dos outros.

Nesse sentido:

A adoção de medidas restritivas de isolamento social pelo Poder Público, visando ao enfrentamento da pandemia do covid-19, resguarda os direitos fundamentais à vida e à saúde e encontra amparo em recomendações e orientações técnicas de órgãos científicos, dentre os quais o Ministério da Saúde e a Organização Mundial da Saúde OMS.¹

Quanto às eventuais detenções de cidadãos que não sigam as determinações de não aglomeração, impossível que haja um salvo-conduto judicial para toda e qualquer situação envolvendo o combate da pandemia, pois haverá análise, por parte do Juízo criminal competente, de cada caso concreto.

1 TJSP. Apelação nº 2073723-23.2020.8.26.0000 rel. des. Antonio Carlos Malheiros, julgado em 4/6/2020.

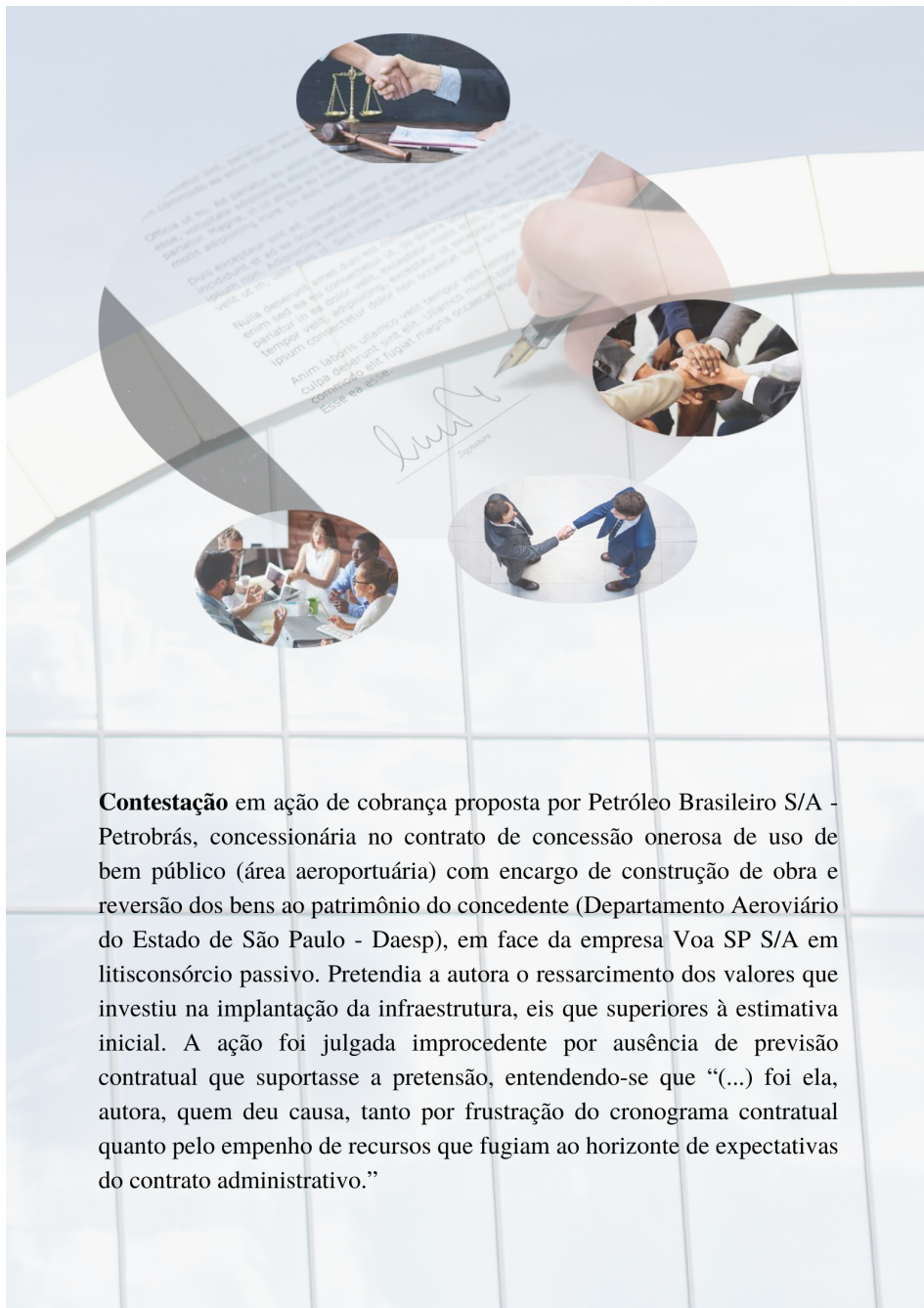
Portanto, o monitoramento de grandes centros urbanos por meio de ‘mapas de calor’, em época de pandemia, é decisão acertada e a competência discricionária da Administração Pública deve ter primazia.

Ante o exposto, **JULGO IMPROCEDENTE** o pedido. Em relação à sucumbência, condeno o vencido a suportar as custas processuais e a verba honorária da parte contrária que fixo no percentual mínimo do valor da causa, a ser apurada em execução, nos termos do artigo 85, § 3º do Código de Processo Civil.

São Paulo, 22 de junho de 2020.

LUIS MANUEL FONSECA PIRES

Juiz de Direito



Contestação em ação de cobrança proposta por Petróleo Brasileiro S/A - Petrobrás, concessionária no contrato de concessão onerosa de uso de bem público (área aeroportuária) com encargo de construção de obra e reversão dos bens ao patrimônio do concedente (Departamento Aeroviário do Estado de São Paulo - Daesp), em face da empresa Voa SP S/A em litisconsórcio passivo. Pretendia a autora o ressarcimento dos valores que investiu na implantação da infraestrutura, eis que superiores à estimativa inicial. A ação foi julgada improcedente por ausência de previsão contratual que suportasse a pretensão, entendendo-se que "(...) foi ela, autora, quem deu causa, tanto por frustração do cronograma contratual quanto pelo empenho de recursos que fugiam ao horizonte de expectativas do contrato administrativo."

EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) DOUTOR(A) JUIZ(A) DE DIREITO DA 3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL - FAZENDA PÚBLICA

Procedimento Comum nº 1094884-34.2019.8.26.0100

Requerente: PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. PETROBRAS

REQUERIDO: VOA SP S.A. E DEPARTAMENTO AEROVIÁRIO DO ESTADO DE SÃO PAULO

O DEPARTAMENTO AEROVIÁRIO DO ESTADO DE SÃO PAULO, pelo procurador do Estado que esta subscreve, mandato *ex lege* (art. 132, da CRFB e arts. 98 e 99, I, da Cesp), nos autos em epígrafe, vem à presença de Vossa Excelência apresentar sua **CONTESTAÇÃO** (arts. 188, 335 e seguintes, todos do CPC), nos termos a seguir deduzidos:

SÍNTESE DOS FATOS E DA POSTULAÇÃO

Versam os autos ação de cobrança proposta por Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras), concessionária no contrato de concessão onerosa de uso de bem público (área aeroportuária) com encargo de construção de obra e reversão dos bens ao patrimônio do concedente (Departamento Aeroviário do Estado de São Paulo - “Daesp”), em face da ora contestante e da empresa VOA SP S.A. em litisconsórcio passivo.

Aduziu a parte autora, em apertada síntese, que foi firmado entre o Daesp e a Petrobras contrato de concessão de uso de área aeroportuária com reversão pelo prazo contratual de 2.920 dias¹ (ou 8 anos), prevendo a obrigação da concessionária em construir terminal de passageiros na área de 972 m² ao lado de terminal de passageiros já existente com 440 m² de área construída no Aeroporto de Itanhaém e de pagar o preço mensal de R\$ 100.018,80, sendo concedido o desconto de 60% do valor pelo período de 23 meses e 8 dias do prazo total da concessão a título de amortização da construção a ser realizada pela concessionária (“Petrobras”), que se iniciaria quando

1 Contrato Daesp nº ACOM/001/11(número Daesp)/Contrato nº 2050.0062372.10.2 (número PETROBRAS) - documento anexo.

concluída a construção pela concessionária,² alegando ter o direito à amortização de tudo que gastara independentemente de quaisquer prazos fixados no contrato.

Ainda segundo a parte autora, “o *Daesp*, unilateralmente, decidiu ‘inovar’ o contrato e impor o valor cheio do preço específico antes que as obras estivessem concluídas” (fls. 20 da petição inicial), o que teria criado uma discrepância entre a amortização pretendida pela Petrobras e aquela autorizada pelo *Daesp*, sendo que a concessionária apresentou uma conta de R\$ 17.085.554,33, embora a estimativa inicial da obra fosse de R\$ 1.535.565,60 pelo Anexo IV do contrato (fls. 13 e 21 da petição inicial).

Sob tais fundamentos fáticos, alega ter direito contratual à amortização (cláusulas 6.1.2 e 6.2) do valor de R\$ 17.085.554,33 apresentado pela concessionária e que teria havido um abuso de direito por parte do *Daesp* em não autorizar a amortização pretendida, pleiteando a condenação do *Daesp* e da VOA SP S.A., que se sub-rogou no contrato de concessão de direito ou ao menos de fato, explorando o terminal de passageiros, com base em responsabilidade civil contratual e em enriquecimento sem causa.

A pretensão não merece prosperar, como restará demonstrado a seguir.

INEXISTÊNCIA DO DIREITO DE AMORTIZAÇÃO: VIOLAÇÃO DAS DISPOSIÇÕES CONTRATUAIS, DEVER DE INFORMAÇÃO, DE COOPERAÇÃO E DEVER DE NÃO AGRAVAR PREJUÍZOS

O contrato de concessão celebrado entre as partes era por período certo e determinado (2.920 dias), contendo inclusive o prazo para amortização (23 meses e 8 dias), prevendo inclusive projeto básico da construção a ser realizada e estimativa de valor, de modo que não poderia a concessionária realizar obras com qualquer valor de dispêndio que entendesse oportuno e ver-se ressarcida da quantia que viesse a gastar com a manutenção da concessão extrapolando quaisquer prazos contratuais indefinidamente.

A parte autora (Petrobras) é empresa multinacional com larguíssima experiência nas áreas de engenharia e construções, de renome internacional por diversos feitos técnicos em avançados projetos de engenharia e exploração de combustíveis fósseis, transporte, energia e atividades afins.

2 21. PREÇO MENSAL: 1. Do início do contrato até o término das obras: R\$ 33.006,20. 2. No período de amortização: R\$ 40.007,52. 3. Do término da amortização até o término do contrato: R\$100.018,80.

Tinha a concessionária competência técnica mais que suficiente para estimar custos de construção de um terminal de 972 m² em local que já era conhecido pela empresa por vários anos, uma vez que o Aeroporto de Itanhaém lhe serve de base para transporte de pessoas e coisas para plataformas de exploração em águas profundas na plataforma continental há alguns quilômetros de distância do litoral paulista (*offshore*).³

Nesse diapasão, resulta claro dos termos do contrato de concessão de uso com reversão que a concessionária assumiu os riscos e a responsabilidade pela construção e implementação do terminal de passageiros, às suas expensas, conforme a Cláusula Terceira do contrato (“Da Construção”).

Como empresa concessionária com expertise, cabia-lhe verificar os riscos e os custos de tal empreendimento, de modo que considerou adequada a remuneração e viável a implantação nos termos do contrato, tanto que assentiu com o contrato que celebrou com o réu Daesp.

É de fulcral importância frisar que o contrato assinado continha projeto, prazo de execução, forma e valor de amortização do investimento, ou seja, não se tratava de uma contratação “às cegas”, mas plenamente mensurável em seu conteúdo e seu custo pela PETROBRAS pelos termos da contratação:

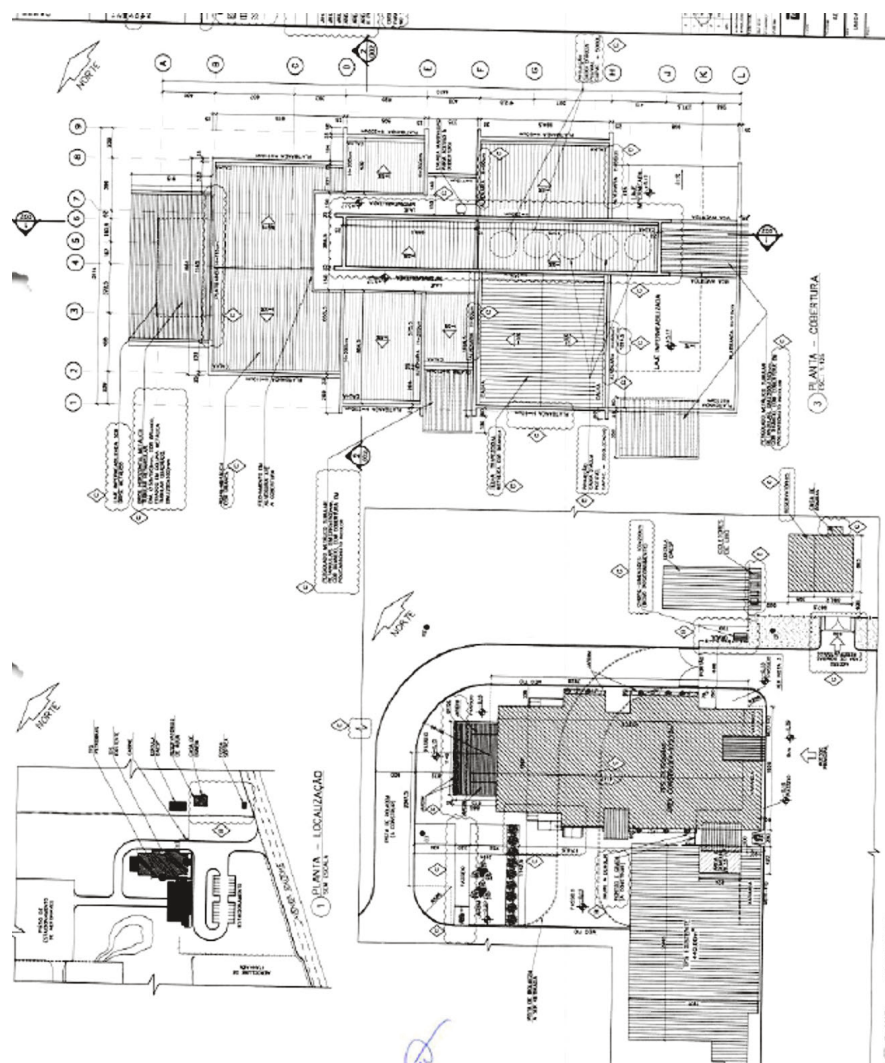
11	Prazo contratual:	2.920 dias	12	Início	A partir da assinatura do contrato	13	Término:	
14	Prazo dos projetos e obras:	a) 120 (cento e vinte) dias para apresentação dos projetos completos a partir do início do contrato, podendo ser prorrogado, a critério do Daesp; b) 30 (trinta) dias para iniciar as obras, a partir da AUTORIZAÇÃO PARA INÍCIO DE OBRAS que será emitida pelo Daesp mediante apresentação da licença de instalação (Cetesb), podendo ser prorrogado, a critério do Daesp; c) 365 (trezentos e sessenta e cinco dias) para término da construção a partir da AUTORIZAÇÃO PARA INÍCIO DE OBRAS, podendo ser prorrogada, a critério do Daesp; d) O não cumprimento dos prazos estipulados pelo Daesp implicará rescisão unilateral do contrato sem direito à indenização.						

(...)

3 A respeito, mencionamos excerto de comunicação enviada pela própria parte autora:

“À Superintendência Daesp,

Com o intuito de esclarecer o conteúdo disposto no Ofício nº 238/2012 Daesp, de 29 de junho de 2012, o E&P-SERV/US-LOG vem através deste email ratificar que o Aeroporto de Itanhaém é considerado um ponto estratégico de apoio logístico às atividades offshore da Petrobras, sobretudo para o transporte de passageiros para as plataformas marítimas de exploração e produção de petróleo, e tal relevância é expressa no contrato nº 2050.0062372.102 firmado entre o Daesp e a Petrobras para a concessão de uso de área aeroportuária a título oneroso” (documento anexo).



(Excertos do contrato e Anexo II do contrato – documentos anexos)

Também eram previstos, como mencionado, a forma, o prazo e o valor da amortização a ser feita no contrato celebrado:

(...)

21	Preço mensal:	1. Do início do contrato até o término das obras: R\$ 33.006,20 2. No período da amortização: R\$ 40.007,52 3. Do término da amortização até o término do contrato: R\$ 100.018,80
----	---------------	--

(...)

CLÁUSULA NONA – DO PRAZO

9. Das obras:

O prazo para a conclusão das obras é o estipulado na folha de rosto do presente contrato.

9.1. Da amortização:

9.1.1. O prazo da amortização das benfeitorias permanentes será de 23 meses e 08 dias, tendo como base o valor fixado para o investimento, conforme Estudo Técnico Petrobras/SEPV-E–206/09, em anexo aprovado pela Daesp.

9.2. Da vigência do contrato:

9.2.1. O contrato terá o prazo de vigência determinado na folha de rosto.

Não há se falar, portanto, em “inovação” do contrato ou em “imposição de um valor específico” por parte do Daesp para amortização do investimento, tal como alardeado pela parte autora.

Além de existir um *estudo técnico prévio elaborado com estimativa de R\$ 1.535.565,60 que constituía o Anexo IV ao contrato*, como já consignado pela própria Autora,⁴ é curial notar que basta uma operação simples para se deduzir que a amortização estava contratualmente prevista em 60% do valor ofertado, portanto, em R\$ 60.011,28 mensais por 23 meses e 8 dias.

A amortização contratualmente prevista, portanto, era de R\$ 1.381.862,44 (60.011,28 reais x 23,26 meses).

Valor esse, inclusive, inferior à estimativa de construção do estudo técnico (R\$ 1.535.565,6), o que denota ser da realidade do contrato que os custos da obra deveriam ser de aproximados 1,4 milhão e que a amortização possivelmente seria inferior ao custo total, a depender da eficiência da concessionária na realização da obra, QUE CORRIA POR SUA CONTA E RISCO.

4 Pois bem: a) A construção do Terminal de Passageiros afigura um encargo inerente ao objeto contratual. No momento da assinatura da concessão, elaborou-se mera estimativa de custos, tal como consta da folha de rosto, com base em cálculo simples da metragem versus índices genéricos da construção civil. Nesse cenário, a estimativa original para a construção foi formulada por meio do Estudo Técnico ENGENHARIA/SL/SEPAV-E-206/2009 (Anexo IV ao contrato) e prévia, na ocasião de sua elaboração, custo de R\$ 1.535.565,60. Tal valor, como se verá, no plano dos fatos, foi largamente superado pelos custos reais da construção – não ressarcidos, nem um, nem outro – em razão das adequações técnicas necessárias à estrutura. (fls. 6 da petição inicial)

Com a devida vênia, é um verdadeiro despropósito com relação ao contrato celebrado entre as partes a pretensão de amortizar o gasto de R\$ 17.085.554,33 (mais de 17 milhões!).

É um delírio da Petrobras fazer investimentos de tal monta em contrato de concessão de uso que previa pouco mais de 23 parcelas de R\$ 60 mil para amortização, cujo móvel não é outro senão deter indefinidamente a posse do terminal de passageiros por ela utilizada, à revelia do contrato celebrado e do poder concedente.

A amortização desejada pela parte autora implicaria **284,7 meses, ou 23,7 anos, superando em muito o prazo contratual da concessão de 8 anos (ou 2.920 dias)⁵, prazo contratual certo e determinado desde sempre conhecido pela Petrobras ao assinar o contrato.**

A concessionária era plenamente conhecedora dos termos do contrato, do seu prazo total e do prazo de amortização (cláusulas 11 e 21 do contrato e cláusulas 9.1 e 9.2 do Anexo I), mesmo assim resolveu **descumprir o escopo do contrato e sua própria lógica econômica, em absoluta expressão de má-fé contratual.**

A propósito, vale mencionar o disposto no Código Civil:

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

§ 1º. A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que:

(...)

V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração.

É de clareza solar que a expressão econômica do contrato e sua racionalidade econômica inerente, **contendo amortização mensal de 60 mil reais⁶ por 23 meses e prazo total de 8 anos da concessão – incluindo prazo de projeto executivo e execução da obra** – não permitiam e não eram compatíveis com o investimento de 17 milhões, se é que *tal investimento efetivamente fora realizado*.

5

11	PRAZO CONTRATUAL:	2.920 dias
----	-------------------	------------

6

21	PRAZO MENSAL:	1. Do início do contrato até o término das obras: R\$ 33.006,20 2. No período da amortização: R\$ 40.007,52 3. Do término da amortização até o término do contrato: R\$ 100.018,80
----	---------------	--

O projeto era conhecido, o prazo da concessão era conhecida, a forma, prazo e valor da amortização eram, também, conhecidos, sendo verdadeiro despautério a alegação da Petrobras de que houve “imposição” de um valor de amortização pelo Daesp e que fora “surpreendida” com suposta “inovação” contratual, pois não guardou a devida conduta de boa-fé contratual na execução do contrato.

Isto porque, seja por imprudência ou má gestão, seja porque pretendeu mesmo o resultado, descurou-se totalmente das disposições do negócio e da racionalidade econômica do contrato, realizando obra muito além dos custos devidos e acordados.

Verificada tamanha – *alegada* – disparidade, cabia à concessionária pleitear aditamento contratual e **informar** adequadamente a nova realidade econômica pretendida e **não fazer como bem lhe aprouvesse para depois pretender uma amortização descabida e não contratada em desacordo com a boa-fé contratual**.

Há evidente violação da parte autora aos deveres anexos ou acessórios do contrato atinentes à boa-fé contratual, que inclui as seguintes condutas: **informação, cuidado, aviso**, esclarecimento, **previdência**, segurança, **prestação de contas, cooperação**, proteção, **cuidado com a pessoa e com o patrimônio da contraparte**.⁷

No caso concreto porque houve violação ao *duty to mitigate the loss*, impondo o inadimplemento contratual da parte autora, que não pode agora reclamar tais danos: “1. *A violação dos deveres anexos dos contratos decorrentes do princípio da boa-fé, em especial o dever de lealdade e de informação, implica inadimplemento do contrato*”.⁸

Tratando-se de obrigação no âmbito do contrato de concessão, qualquer mudança que se pretenda nela operar deve contar necessariamente com a anuência/vontade do Poder Público em aditamento contratual, o que não ocorreu, para alteração dos projetos, prazos e valores.

Se optou por fazer dispêndios e investimentos substancialmente superiores **em violação às disposições contratuais** (cláusulas 11, 17, 18 e 21 do contrato e cláusulas 3ª, 9.1 e 9.2 do Anexo I, além do Anexo II),⁹ o fez por sua conta e

7 MARTINS-COSTA, Judith. Direito e cultura: entre as Veredas da Existência e da História. *Revista do Advogado*, São Paulo, nº 61, p. 73, nov. 2000.

8 TJ-MA – Apelação nº 0172952014 MA 0001207-40.2010.8.10.0063. Primeira Câmara Cível. Relator: Kleber Costa Carvalho. Data de Julgamento: 31/7/2014.

9 Todas já colacionadas acima nas páginas 4 a 6 da contestação.

risco, não podendo agora alegar seu comportamento torpe para pleitear indevida reparação por obrigação de sua parte *mal adimplida*, porque excessivamente onerosa e executada por sua exclusiva responsabilidade.

Para alongar a concessão por 23,7 anos e realizar investimentos que diz ter realizado, deveria ter buscado o poder concedente para realizar aditamento contratual, que seria analisado sob a ótica da oportunidade e conveniência de tais investimentos.

Entretanto, assim não procedeu, agindo por sua conta e risco em confronto ao que dispunha o contrato para depois pretender indenização milionária.

Conforme o Enunciado nº 169 da III Jornada de Direito Civil: “O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.”

No mesmo sentido, já reconheceu o STJ em paradigmático precedente que a “ausência de zelo com o patrimônio do credor” enseja a violação do dever de agir com boa-fé contratual e ao *duty to mitigate the loss*:

“DIREITO CIVIL. CONTRATOS. BOA-FÉ OBJETIVA. STANDARD ÉTICO-JURÍDICO. OBSERVÂNCIA PELAS PARTES CONTRATANTES. DEVERES ANEXOS. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO. INÉRCIA DO CREDOR. AGRAVAMENTO DO DANO. INADIMPLENTO CONTRATUAL. RECURSO IMPROVIDO.

1. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade.
2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico.
3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. *Duty to mitigate the loss*: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade.
4. Lição da doutrinadora Véra Maria Jacob de Fradera. Descuido com o dever de mitigar o prejuízo sofrido. O fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o consequente agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano.

5. Violação ao princípio da boa-fé objetiva. Caracterização de inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária, (exclusão de um ano de ressarcimento).

6. Recurso improvido.”¹⁰

Não é compatível com a boa-fé objetiva do Direito brasileiro a conduta da parte contratante que pleiteia indenização por descumprir a racionalidade econômica do contrato (art. 113, § 1º, V, CC), as previsões contratuais e o dever de cooperação, assistindo os prejuízos avolumarem-se em detrimento do patrimônio da outra parte por falta de zelo e descumprimento dos deveres de informação, cuidado, diligência, aviso, previdência etc., o que seria **beneficiar-se da própria torpeza**.

Se abuso de direito houve, foi pela parte autora, por se comportar diversamente do esperado e do pretendido pelas partes, sendo certo que “*Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.*” (art. 112, CC).

Está a situação dos autos em evidente vilipêndio à boa-fé contratual, seja por total ausência de zelo e previdência, seja por ineficiência ou má gestão, a parte autora pretende um ressarcimento absurdo às custas de um contrato **findo**, em total desconformidade às previsões contratuais e ao contexto econômico presente na contratação, o que enseja a aplicação da regra *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

Nessa toada, as relações contratuais no direito brasileiro estão permeadas por uma racionalidade econômica que não pode ser deliberadamente negada pela parte autora mediante sua própria falta de zelo e previdência, fora do contexto contratual, como já reconheceu a jurisprudência:

Cobrança de mensalidades escolares. Autora que já sabia da desistência por parte da ré, tendo mesmo riscado seu nome da lista de chamada. Tentativa de cobrar o curso inteiro, apesar dessa ciência. Inadmissibilidade. Estabelecimento de ensino que tinha o dever de atenuar os prejuízos do devedor (*duty do mitigate the loss*) e, não o fazendo, agiu deslealmente, em afronta ao artigo 422 do Código Civil, e com desvio de finalidade de suas atividades, em lesão ao artigo 187 do mesmo Código. Risível argumento de que assim agiu por mera liberalidade, pois não beneficiava o devedor e sim a ela própria. Autora que poderia ter rescindido o contrato 90 dias

10 REsp 758.518/PR, rel. ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 17/6/2010, REPDJe 1º/7/2010, DJe 28/6/2010.

após o início do inadimplemento, com base no artigo 6º da Lei nº 9.870/99. Juiz *a quo* que considerou razoavelmente esse prazo como o devido pela ré inadimplente. Apelo improvido.¹¹

AGRAVO DE INSTRUMENTO. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO DE EXECUÇÃO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. APLICAÇÃO DA TEORIA DO *DUTY TO MITIGATE THE LOSS* De acordo com a teoria *Duty to Mitigate the Loss*, as partes possuem o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas possíveis e necessárias para que o dano não seja agravado. No caso dos autos, não há como imputar à empresa agravante a responsabilidade por permanecer a execução à deriva ao longo de dez anos, considerando que os executados indicaram bens à penhora em 2009, permanecendo a instituição exequente inerte nesse período, agravando severamente seu prejuízo que assim não deverá ser arcado pela agravante. Reforma da decisão recorrida, para afastamento dos juros moratórios a contar da indicação dos bens à penhora pela agravante. AGRAVO PROVIDO.¹²

Compra e venda de bem móvel – Televisor que apresentou defeitos – Demora da fabricante na solução do impasse que levou o consumidor a ajuizar demanda para obter a restituição do preço pago pelo produto – Autor que busca, na presente ação indenizatória, ser reembolsado pelo prejuízos decorrentes das mensalidades que pagou ao plano de tv a cabo que não pôde usufruir – Impossibilidade – Aplicação da teoria do dever de mitigar os próprios prejuízos (*duty to mitigate the loss*), como decorrência dos deveres anexos impostos pela cláusula geral da boa-fé objetiva – dever de cooperação não observado pelo consumidor – hipótese em que havia possibilidade de o consumidor ter evitado o aumento do prejuízo decorrente da cobrança das mensalidades do plano de tv a cabo, bastando que tivesse adotado providência muito simples: solicitar a suspensão da assinatura junto à prestadora de serviços – sentença mantida. – Recurso desprovido.¹³

A parte autora, sabendo que o prazo de amortização (23 meses e 8 dias) seria insuficiente e mesmo o prazo da concessão após a construção (pouco mais de 6 anos) também seria insuficiente para amortizar 17 milhões de reais, nada fez para limitar os gastos da construção a seu encargo, apenas majorou seu prejuízo, sequer procurou o poder concedente para tratar de aditamento, após o momento em que já havia gasto mais de 1,5 milhão na obra.

11 TJSP; Apelação Cível nº 0065891-45.2012.8.26.0002; relator (a): Soares Levada; Órgão Julgador: 34ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 30/8/2016; Data de Registro: 30/8/2016.

12 Agravo de Instrumento, nº 70082279902, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, relator: Leoberto Narciso Brancher, Julgado em: 18/12/2019.

13 TJSP; Apelação Cível nº 1003782-33.2016.8.26.0100; relator (a): Edgard Rosa; Órgão Julgador: 25ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 10ª Vara Cível; Data do Julgamento: 15/9/2016; Data de Registro: 19/9/2016.

Assim, não pode a ré arcar com tais custos acrescidos anormais à avença, sabidamente impossíveis de serem amortizados quando foram realizados pela autora.

Noutro giro, o contrato estipulava claramente que a construção deveria ser iniciada e concluída no prazo de 365 dias (cláusula 14, item “c”)¹⁴ e que a cláusula 8.8 do Anexo I previa expressamente a rescisão do contrato caso isso não ocorresse:

8. Este contrato poderá ser rescindido, se o concessionário:

(...)

8.8. Não iniciar ou concluir a construção dentro dos prazos determinados, bem como paralisar as obras por mais de 30 (trinta) dias, salvo por motivo de força maior devidamente justificada, comprovado e aceito pelo Daesp.

E dispunha expressamente a cláusula 8.11, in fine, que a rescisão contratual por ato do concessionário implicaria a perda do direito à amortização:

9.11. Solicitar a rescisão contratual a qualquer tempo, revertendo as construções ao patrimônio do aeroporto sem qualquer indenização. **Qualquer hipótese de rescisão contratual por ato do concessionário (seja lícito ou ilícito) implicará total renúncia ao direito de ser indenizado por investimentos decorrentes do cumprimento do presente contrato.**

No presente caso, é incontroverso que a Petrobras não cumpriu o prazo previsto, superando em muito, 365 dias (ou 1 ano) para a conclusão da obra, que deveria ocorrer até 12/12/2012,¹⁵ valendo mencionar as dificuldades alegadas pela concessionária em documento protocolado no Daesp (doc. anexo):

Em 21 de dezembro de 2012, a Petrobras encaminhou um e-mail à Superintendência do Daesp, comprometendo-se a:

“(a) responder formalmente a notificação extrajudicial, incluindo no corpo a cronologia do empreendimento, mais precisamente entre o recebimento do Termo “Autorização de Início de Obras” até o real início das obras;”

14 14. Prazos dos projetos e obras: (...) c) 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias para término da construção a partir da autorização para início de obras, podendo ser prorrogado, a critério do Daesp.

15 Tal Autorização foi concedida em 12/12/2011, consequentemente, o prazo para conclusão das obras deveria ocorrer até 12/12/2012, conforme alínea “c” do campo 14 da folha de rosto do contrato, salvo se o prazo fosse prorrogado, “a critério do Daesp. (fls. 12 da petição inicial)

RESPOSTA:

A PETROBRAS, em 12 de dezembro de 2011, recebeu a Autorização para Início das Obras de construção do Terminal de Passageiros no Aeroporto de Itanhaém. De acordo com a Cláusula 9ª do Contrato Nº ACOM/001/11, há um prazo de 30 dias, após o recebimento desta Autorização para que as obras efetivamente se iniciem. Sendo assim, a PETROBRAS considera que o prazo máximo para início das obras se deu em 12 de janeiro de 2012.

Ocorre que, a empresa melhor classificada no processo licitatório da PETROBRAS, que visava a contratação de empresa de engenharia para a execução das obras de construção do Terminal de Passageiros, apresentou problemas em seu cadastro, o que gerou a necessidade de diligenciamentos e o atraso na finalização do processo de contratação.

Esta demora foi sinalizada à DAESP em fevereiro de 2012, conforme documentação anexa e que em síntese é transcrita no cronograma abaixo:

Tabela 01. Cronologia dos Fatos do Certame Licitatório para construção do Terminal de Passageiros.

DEZEMBRO/2011	12 de dezembro de 2011 - DAESP emite o Termo de Autorização para início das obras.
JANEIRO/2012	O certame licitatório da PETROBRAS apresentou o primeiro colocado em janeiro de 2012, após o recebimento e análise das propostas. A PETROBRAS identificou problemas no cadastro da empresa classificada como primeira colocada, solicitando a regularização. A PETROBRAS adota critérios rígidos de fiscalização contratual, estabelecidos no Decreto 2.745, de 24 de agosto de 1998, que aprova o Regulamento de seu Procedimento Licitatório Simplificado e na Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, instituindo normas sobre licitações e contratos da Administração Pública.
FEVEREIRO/2012	
MARÇO/2012	
ABRIL/2012	
MAIO /2012	
JUNHO/2012	Em junho de 2012, a empresa Vectra Engenharia foi declarada vencedora do certame, após revisão dos itens acima mencionados, e aprovação das equipes Jurídica, Tributária e Fiscal da PETROBRAS.

JULHO/2012	A equipe de comissão de licitação do presente processo finaliza a documentação técnica para aprovação do Corpo Gerencial PETROBRAS.
AGOSTO/2012	Em 15 de Agosto de 2012 a PETROBRAS celebrou a assinatura de contrato junto a empresa Vectra Engenharia, obedecendo o período de mobilização do efetivo responsável para a realização dos serviços contratados.

(...)

Face o exposto acima, a PETROBRAS vem, por meio desta, solicitar a prorrogação do prazo do término das obras para a data de 24 de setembro de 2013.

Verifica-se que a concessionária, por problemas a ela inerentes, não se desincumbiu da obrigação no caso, o que já implicava a total renúncia ao direito de ser indenizado por investimentos decorrentes do contrato (cláusula 8.11, *in fine*), o que é fato incontroverso.

Tanto é que pleiteou a prorrogação da conclusão da obra de 12 de janeiro para 24 de setembro de 2013, prorrogação de 77% do período inicialmente previsto de 365 dias e havia expressa previsão contratual de que os investimentos já realizados não seriam amortizados nesse caso.

Por mais essa violação contratual evidente, a Petrobras não possui o direito alegado.

Por derradeiro, o documento de fls. 102-104 demonstra que a parte autora anuiu com a sub-rogação dos direitos do contrato de concessão pela VOA SP S.A., isto é, manifestou inequívoco interesse em não manter a concessão celebrada, o que também ensejava a rescisão do contrato pela cláusula 8.11:

9.11. Solicitar a rescisão contratual a qualquer tempo, revertendo as construções ao patrimônio do aeroporto sem qualquer indenização. Qualquer hipótese de rescisão contratual por ato do concessionário (seja lícito ou ilícito) implicará na total renúncia ao direito de ser indenizado por investimentos decorrentes do cumprimento do presente contrato.

Isto porque não tinha mais interesse e desejou encerrar o contrato, transmitindo sua posição contratual a terceiros, o que também resulta na total renúncia ao direito de ser indenizado por investimentos decorrentes do contrato (cláusula 8.11, *in fine*), o que é fato incontroverso.

Além das violações contratuais, também pelo desejo de encerrar a relação contratual, houve renúncia ao direito de ter os investimentos amortizados, não procedendo o pedido de condenação em *supostos* custos de 17 milhões na obra, incluindo gastos que não guardam conexão com as previsões e o escopo do contrato.

INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DA FAZENDA PÚBLICA NO MONTANTE ALEGADO

De início, cabe pontuar que o contrato de concessão transferiu a posse e o uso do lote à concessionária, que fez seu projeto executivo, utilizou os materiais da qualidade e custo que entendeu pertinentes, contratou os empregados e empresas que entendeu mais ou menos competitivos/onerosos para o empreendimento, utilizou os métodos construtivos que quis etc., uma vez que a responsabilidade pela obra era exclusivamente da concessionária.

Dessa forma, exsurge a impossibilidade de carrear a quem não era responsável pela obra e não tinha a posse da área tudo o que bem entendeu gastar, bem como todos os erros e problemas de gestão que eram da responsabilidade da concessionária.

Se fez mal a obra ou se gastou demais, isso era um risco exclusivamente seu, pois o prazo do contrato e a amortização eram limitados.

O Daesp não pode ser penalizado pelo comportamento displicente e pródigo da concessionária, *nem pode ser aceito o laudo unilateral da parte autora, até mesmo porque inclui diversos elementos que demonstram o gasto desnecessário e não previsto na obrigação de construir um módico terminal de passageiros de 972 m², bens móveis (p. ex. mobiliário e ambulância) ou mesmo elementos preexistente ao terminal da Petrobras (como a área externa, jardins e pavimentação das vias) que estão sendo levados em conta.*

Nesse sentido, o laudo da parte autora (doc. 16 da petição inicial) apresenta as razões de sua divergência de valor com o laudo elaborado por engenheiro do Daesp:

“(…) existem diversas peculiaridades e características da edificação, parâmetros adotados em projetos e exigências de SMS, que geram distorções se feita utilização de método comparativo (CUB).

Segue lista de características especiais da obra:

- Grande área de jardim, calçadas e pavimentação (mais de 2.500 m²) proporcionalmente ao tamanho da edificação (aproximadamente 1.100 m²). O

dimensionamento da pavimentação foi considerado como via coletora com tráfego previsto como médio pesado, proporcionando maior resistência e consequentemente maior vida útil ao pavimento.

- Isolamento acústico e térmico das áreas internas e administrativas da edificação, com utilização de vidros duplos e revestimento por painéis isolantes nas paredes, além de forro termo acústico e cobertura com isolamento, proporcionando maior conforto aos usuários e funcionários, reduzindo significativamente o consumo de energia elétrica com o uso de ar condicionado.
- Sistema de coleta e reserva de água de chuva, proporcionando redução de consumo de água e custos de fornecimentos pela Sabesp.
- Sistemas de brises e pergolados com cobertura em policarbonato, além do isolamento das paredes e esquadrias da edificação, reduzindo significativamente o consumo de energia elétrica com o uso de ar condicionado.

(...)

- Tubulações de água e esgoto de série reforçada proporcionando aumento da vida útil das instalações e redução dos custos de manutenção.
- Instalações elétricas subterrâneas envelopadas de acordo com a NR-10.
- A climatização da edificação é realizada por ar condicionado do tipo Self container com sistema de redundância nas salas de CFTV e TCOM.
- Construção de nova entrada de energia (com envelopes, padrão, poste e transformador) devido à impossibilidade de utilização das instalações existentes.
- Componentes especiais, como escadas para acesso a equipamentos de monitoramento, escadas para acesso a área técnica em resina fenólica, porta blindada na sala CFTV.
- Reforço na estrutura metálica da cobertura com a finalidade de resistir à agressividade do ambiente.
- Disponibilização no canteiro de obra durante a execução uma equipe de resgate composta por uma ambulância de suporte básico, Motorista Socorrista e Técnico de Enfermagem.

Em relação aos custos específicos de SMS, esses estão discriminados no item B dos Demonstrativos de formação de preço e somam aproximadamente 10 % dos custos totais da obra: alimentação, uniformes, EPI, transporte, ASO, plano de saúde e odontológico, seguro de vida.

Além desses custos de SMS de fácil visualização, existem ainda outros custos relativos ao tempo gasto antes do início da jornada de trabalho para preparação dos serviços, emissão de Permissão de Trabalho e Diário Diário de Segurança, Meio Ambiente e Saúde. Essas atividades são estimadas em 10 % do período diário e estão incluídas em todas as composições de mão de obra. (fls. 142-144)

É certo que o valor encontrado no laudo produzido pela própria empresa autora às fls. 147 dos autos (R\$ 14.678.102,57) **não integra a obrigação contratual e**

não pode ser imposta ao Daesp, que não é responsável por gastos ilimitados num empreendimento de **amortização limitada em contrato**.

Por outro lado, verifica-se que o Daesp buscou uma *solução alternativa e consensual fora do contrato* ao elaborar uma avaliação às fls. 112-134 dos autos (R\$ 4.485.500,00), destacando-se:

9. ENCERRAMENTO

O trabalho trata somente de benfeitorias permanentes (benfeitoria que quando removida, haja destruição total ou parcial da mesma);

Encerramos o presente Laudo de Avaliação com 9 (nove) folhas, numeradas sequencialmente, com capa, rubricadas com anexos, sendo essa datada e assinada pelo signatário.

Não se nega, portanto, que a concessionária gastou mais do que a estimativa inicial e mais do que o contrato permitia como amortização, embora não se chegue ao montante alegado na petição inicial.

O que se nega é o direito da concessionária ser amortizada ou ressarcida nos montantes pretendidos, por falta de previsão contratual ou legal e, ainda, nega-se que se houvesse ressarcimento a fazer esse deveria ser no montante alegado.

CONCLUSÕES

Ante todo o exposto, requer a Fazenda Pública sejam julgados **totalmente improcedentes** os pedidos externados na peça exordial, por falta de base jurídica, consoante todos os argumentos elencados anteriormente.

Subsidiariamente, requer-se seja a condenação restrita ao que o contrato previa como amortização, isto é, aos 23 meses e 8 dias com parcela de R\$ 60.011,28, ou seja, R\$ 1.381.862,44 (60.011,28 reais x 23,26 meses), mais as correções monetárias aplicáveis.

Se porventura nenhum desses entendimentos foram adotados, ainda subsidiariamente, requer-se a condenação no valor correspondente à amortização mensal de 60.011,28 reais pelo período contratual posterior à entrega da obra em 06/3/2015 (data do aceite da obra) até o termo final do contrato em 15/1/2019 (2920 dias a partir de sua assinatura em 16/01/2011, o que sempre foi de conhecimento da parte autora, pois havia prazo determinado, o que equivale a R\$ 2.777.941,50, mais correção monetária aplicável.

Em última hipótese, sobrevivendo condenação, que seja no valor apurado pelo Daesp no laudo de fls. 112-134 (doc. 14 da petição inicial) em R\$ 4.485.500,00, pois ainda que desconsiderada a existência de limitação contratual à amortização e o prazo determinado do contrato, a responsabilidade pela obra era da concessionária e não era lícito ressarcir-se de quaisquer gastos a maior por “materiais especiais”, “itens atípicos” ou “características especiais” incluídas na obra que não estavam no escopo da concessão e que vão além do básico (verificados no laudo técnico do Daesp às fls. 149-154)¹⁶.

Protesta pelo acompanhamento das provas pleiteadas ou que venham a ser produzidas de ofício, requerendo-se a juntada dos documentos anexos e, na remota hipótese de sobrevir condenação em valores, seja aplicado o Tema 810/STF.

Termos em que, pede-se deferimento.

São Paulo, 7 de janeiro de 2020.

CAIO AUGUSTO NUNES DE CARVALHO

Procurador do Estado de São Paulo

OAB/SP Nº 302.130

16 E que somado ao laudo anterior do Daesp resulta no valor total de R\$ 7.476.487,12 pleiteado subsidiariamente na petição inicial.

SENTENÇA

Processo nº: **1094884-34.2019.8.26.0100**

Classe -Assunto: **Procedimento Comum Cível - Perdas e Danos**

Requerente: **Petrobrás - Petróleo Brasileiro S.A.**

Requerido: **DEPARTAMENTO AEROVIÁRIO DO ESTADO DE SÃO PAULO e VOA SP SPE S.A.**

Juiz de Direito: dr. **LUIS MANUEL FONSECA PIRES**

Vistos.

Trata-se de ação na qual se afirma que a autora, Petrobras, pretende o ressarcimento em razão de concessão onerosa de uso de bem público com encargo de construção de obra, pois houve o desatendimento da obrigação de ressarcir os custos de construção do terminal de passageiros do aeroporto de Itanhaém pelas rés; tal obrigação poderia ter sido cumprida mediante descontos no preço da concessão (período de amortização); o contrato foi firmado com a ré Daesp, a atividade a ser exercida estava especificada no campo 20 do contrato: acompanhamento das operações de embarque e desembarque de passageiros, *briefing* de segurança de voo e inspeção de bagagens; pela cláusula terceira o concessionário deveria construir um terminal de passageiros, e a consequência seria a amortização do investimento por meio de descontos previstos no preço específico (valor mensal da concessão), conforme item 21 dos arts. 6.1.2 e 6.2 do contrato; mas o valor da construção nunca foi amortizado ou ressarcido; a cláusula temporal do item 9.1 do Anexo I deve ser lida sistemicamente quanto ao seu elemento circunstancial: estudo técnico original que serviu de base à fixação da amortização dos valores iniciais e no prazo original; o custo da obra e a amortização são elementos reciprocamente ajustáveis, a conclusão da obra aconteceu, mas o valor amortizável não foi recebido; o período de obras estava indisponível, o uso concedido era reconhecidamente inviável, gerava pagamentos de apenas 33% do preço público; a amortização apenas se iniciaria com conclusão da obra, mas a fase de amortização nunca se iniciou, dificuldades na execução e alterações de escopo exigiram o prolongamento da construção; o

fato gerador do “preço específico” é evidente nos campos 17,18, 19 e 20; a corrê Voa é responsável solidária porque aderiu à causa do dano e à ilicitude ao assumir o contrato de concessão com ativo do terminal não amortizado e ao não promover sua amortização em sua gestão. Pede-se, portanto, a condenação das rés em pagar a quantia de R\$ 17.085.554,33.

A ré Daesp contestou (fls. 176-197) para dizer que a autora tem experiência contratual em obras desta natureza, não há sentido que não soubesse dos riscos e dos valores necessários, que já conhecia a região por usar a base para a exploração de petróleo no mar, que os valores e a forma de amortização estavam bem descritas no contrato e portanto não há o que ser ressarcido; não houve inovação ou imposição de qualquer valor à autora.

A corrê VOA contestou (fls. 316-351) diz que não participou da negociação entre a autora e a Daesp, que a intenção da Petrobrás de utilizar o espaço como sua base operacional em Itanhaém e usar a estrutura edificada por ela lhe é estranha; os prazos do contrato não foram cumpridos por culpa da autora, houve então justificativa para a rescisão do contrato.

Houve réplica (fls. 548-561), instrução com a produção de provas documentais, e oportunidade às partes de apresentarem seus memoriais (fls. 631-639; 641-645; 646).

É o relatório. Decido.

A preliminar de ilegitimidade de parte da corrê VOA diz respeito ao próprio mérito, qual a sua responsabilidade, e como tal o tema será tratado.

Cuida o mérito em saber se em contrato de concessão onerosa de uso de bem público, uma área aeroportuária, com encargo de construção de obra e reversão de bens ao concedente, inicialmente firmado entre a Petrobras (autora) e a Daesp (ré), houve supressão de parte substancial da amortização supostamente prevista em contrato de modo a caracterizar um prejuízo a ser ressarcido inclusive pela corrê VOA, (corrê) que posteriormente assumiu a gestão do espaço público.

O contrato de concessão de uso com reversão foi definido pelo prazo de oito anos. Foi definida a obrigação da concessionária, autora, construir um terminal de passageiros numa área de 972 m² ao lado de outro terminal ali presente, e o desconto de 60% por um período de 23 meses e 8 dias do prazo total da concessão *sob a natureza jurídica de amortização* foi definido na cláusula 9.1.

O que não se justifica na tese da autora é a ideia de ausência de um valor da realização da obra. O terminal foi definido em sua área, 972 m². O contrato apre-

sentava projeto, prazo de execução e *forma e valor de amortização*. O item 21, que define o “preço mensal”, estipula a quantia do início do contrato ao término das obras, *período de amortização com valor exato (R\$ 40.007,52)*, e ainda o *término da amortização, R\$ 100.018,80*.

Destaca-se o estudo técnico prévio elaborado com a estimativa de custo de R\$ 1.535.565,60, Anexo IV do contrato, e amortização de 60% estipulada implicava, como sustentado pela Daesp, em valores mensais de R\$ 60.011,28 por 23 meses e 8 dias, total de R\$ 1.381.862,44.

Nesse quadro, as variáveis que pudessem afetar os valores estimados com muita proximidade da realidade devem mesmo ser consideradas, porque contratualmente assumidas, mas ainda porque previstas em lei, obrigações assumidas pela autora por sua *conta e risco* art. 2º, III, da Lei nº 8.987/95, um princípio da delegação de serviços públicos, o que engloba os serviços públicos precedidos de obras públicas.

A autora não estava autorizada a fazer o investimento que bem entendesse, distante dos paradigmas contratuais, esperando o ressarcimento sob qualquer condição. É a autora que inova nos termos contratuais ao sustentar que não lhe havia limites de obras consequentemente, valores a serem amortizados.

A tese é ainda mais estranha porque a distância que se impõe da transparência e da eficiência pois não houve clareza muito menos razoabilidade no empenho por parte da autora, em largo afastamento do regime jurídico administrativo, parte de uma empresa *estatal*, integrante da Administração Indireta, portanto uma pessoa jurídica que deveria, mais do que outros entes privados que pudessem contratados, conhecer e ser rigorosa quanto às diretrizes do direito público a serem observadas.

Não apenas a boa-fé, pertinentemente destacada pela Daesp, mas princípios elementares do direito público foram desconsiderados pela autora ao ignorar limites a serem observados na execução do projeto de acordo com as expectativas anteriormente anunciadas. Legalidade, publicidade (transparência) e eficiência foram desconsiderados com as inovações unilaterais da autora no empenho de recursos das obras realizadas.

Ainda sem fundamento jurídico a autora pretende a responsabilidade solidária da corré VOA, delegada dos serviços públicos de administração de aeroportos estaduais, que apenas assumiu a gestão do local sem vínculo algum com o contrato precedente entre a autora e a Daesp. O salto dado no negócio jurídico da autora com a ré Daesp para encontrar a corré VOA não apresenta um fundamento jurídico. A

simples posição da corre de concessionária do espaço não lhe acarreta não há um dispositivo legal apontado responsabilidade por eventuais frustrações de negócios jurídicos anteriores entre a concedente e antigos concessionários.

O que se constata, na confissão formulada pela própria autora, foi o descumprimento, por sua parte, de prazos contratuais que levaram, com o tempo, à impossibilidade de manutenção dos termos contratuais. A rescisão operou-se. Não há dúvida, pela descrição e documentos relacionados pela autora, que amargou sensível prejuízo. Mas foi ela, autora, quem deu causa, tanto por frustração do cronograma contratual quanto pelo empenho de recursos que fugiam ao horizonte de expectativas do contrato administrativo.

Por essa razão, o prejuízo que de fato existe, mas não é de responsabilidade das rés, deve ser explicado pela autora em suas instâncias próprias de prestação de contas por ser uma empresa estatal, mas não pode ser ficticiamente imputado às rés.

Ante o exposto, **JULGO IMPROCEDENTE** o pedido. Condeno o vencido a suportar as custas processuais e a verba honorária da parte contrária que fixo em R\$ 50.000,00 em favor de cada ré.

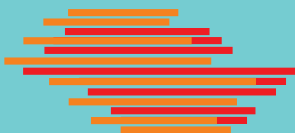
PR.I.

São Paulo, 22 de outubro de 2020.

LUIZ MANUEL FONSECA PIRES

Juiz de Direito

ISSN 2237-4515



CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO