



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 arrazoado, 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 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 (...).

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, despido 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 - Jumiirim	15/03/2011 22/04/2011	15/02/2011	10,00	Parado		
02020307	SP-300 Acostamento km 170+300 ao km 171+900 Leste - Jumiirim / Laranjal Paulista	15/03/2011 22/04/2011	15/02/2011	28,50	Lento		
02020308	SP-300 Acostamento km 176+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:

ACÇÃO 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. Licitacões 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 painel 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.

Dáí – 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:

AÇÃO 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 constrictivos 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 constrictivos 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 basta 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 Posner to post-modernism*. Princeton: Princeton University Press, 1997, p. 3).

20 PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Análise econômica 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 N° 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” (Agravo 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 (Agravo 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