



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 OAEs “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, CJP: 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 VISTÓRIAS 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 dispendir 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

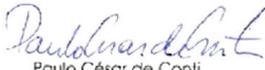
CONCORRÊNCIA PÚBLICA INTERNACIONAL - CONCESSÃO ONEROSA DO CORREDOR DOM PEDRO I, CONSTITUÍDO PELAS RODOVIAS SP-065, SPI-084/066, SP-332, SP-360, SP-063, SP-083, SPA-122/065, SPA-067/360, SPA-114/332, PROLONGAMENTOS DA SP-083 – ANEL SUL DE CAMPINAS E VIA PERIMETRAL DE ITATIBA E OUTROS SEGMENTOS DE RODOVIAS 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 CP/IP


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 cobertura.”*

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 buzinotes e pelo pouco cobertura”. (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 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. 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, CJF:** 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