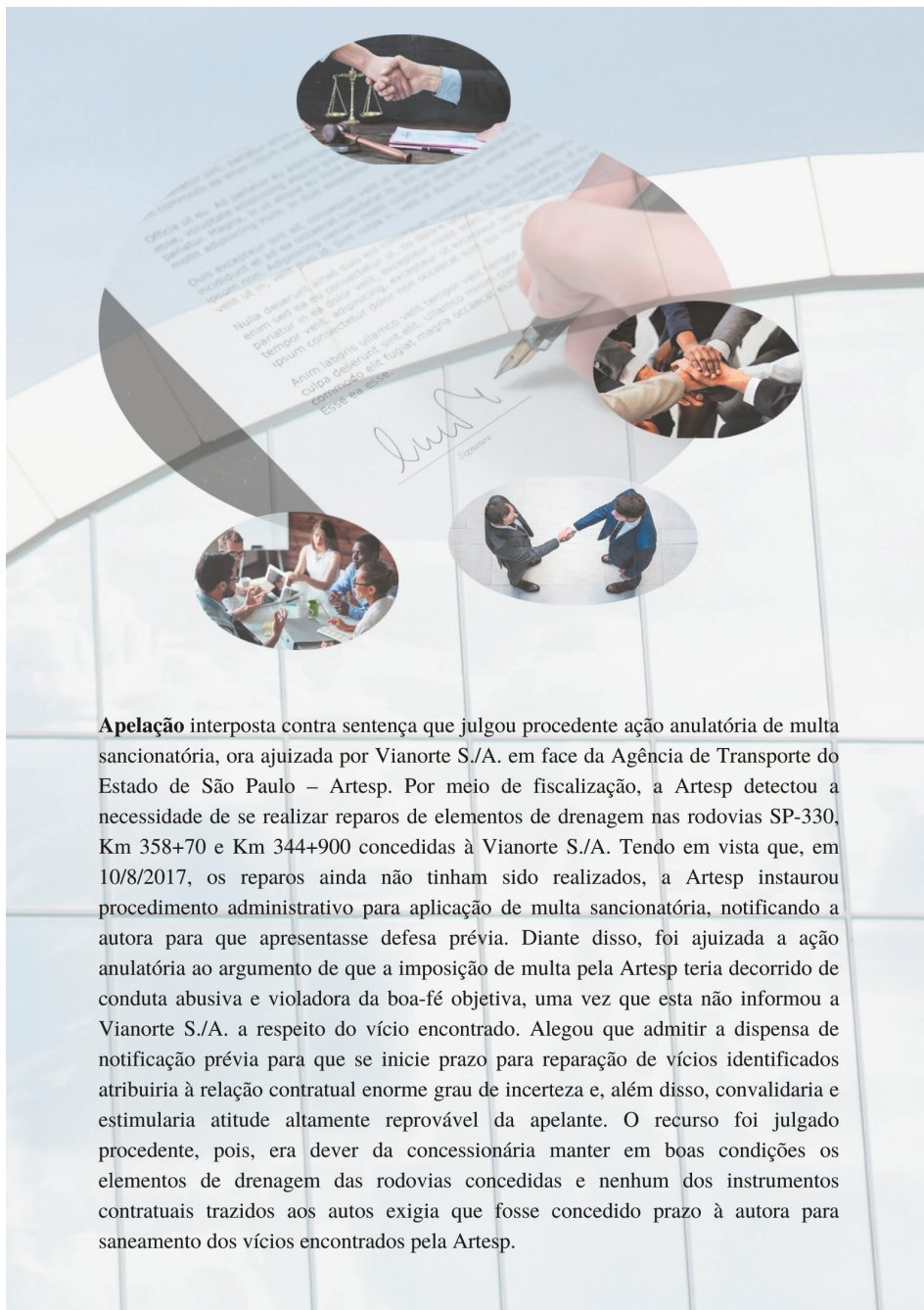




Apelação interposta contra sentença que julgou procedente ação anulatória de multa sancionatória, ora ajuizada por Vianorte S./A. em face da Agência de Transporte do Estado de São Paulo – Artesp. Por meio de fiscalização, a Artesp detectou a necessidade de se realizar reparos de elementos de drenagem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

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

Autos nº 1045810-89.2018.8.26.0053

PROCEDIMENTO COMUM

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

Nestes termos, pede deferimento.

São Paulo, 13 de março de 2020.

ROMULO SILVA DUARTE

Procurador do Estado
OAB/SP Nº 423.402

RAZÕES DO RECURSO DE APELAÇÃO

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

1. BREVE RELATO DA CONTROVÉRSIA RECURSAL

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

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

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

E, respeitosamente, a sentença deve ser reformada.

2. RAZÕES PARA A REFORMA DA SENTENÇA

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

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

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

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

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

Apesar disso, afirmou a sentença que:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. CONCLUSÃO

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

Nestes termos, pede deferimento.

São Paulo, 13 de março de 2020.

ROMULO SILVA DUARTE

Procurador do Estado

OAB/SP Nº 423.402

Registro: 2020.0000790754

ACÓRDÃO

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

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

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

São Paulo, 28 de setembro de 2020.

TERESA RAMOS MARQUES

Relatora

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

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

APELADO: VIANORTE S.A.

JUIZ PROLATOR: OTÁVIO TIOITI TOKUDA

COMARCA: SÃO PAULO

VOTO Nº 25.558

EMENTA

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

RELATÓRIO

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

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

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

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

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

FUNDAMENTOS

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

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

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

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

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

A sentença merece reforma.

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

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

A resposta, certamente, é negativa.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

TERESA RAMOS MARQUES

Relatora

