



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000327518

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1062967-41.2019.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes/apelados AGÊNCIA REGUL.SERV.PÚBL.DELEG.DE TRANSP. EST. SÃO PAULO e ESTADO DE SÃO PAULO e Apelante AGÊNCIA REGULADORA DE SANEAMENTO E ENERGIA DO ESTADO DE SÃO PAULO - ARSESP, é apelado/apelante CONCESSIONÁRIA ROTA DAS BANDEIRAS S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Acolheram os embargos. V. U. , de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FRANCISCO SHINTATE (Presidente) E LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA.

São Paulo, 2 de abril de 2025.

COIMBRA SCHMIDT

Relator

Assinatura Eletrônica

Voto nº 49.854

Embargos de Declaração nº 1062967-41.2019.8.26.0053/50000 – SÃO PAULO*

Embargante: CONCESSIONÁRIA ROTA DAS BANDEIRAS S.A.

Embargada: AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DE TRANSPORTE DO ESTADO DE SÃO PAULO (ARTESP)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Anulação do acórdão anterior pelo Superior Tribunal de Justiça, com determinação de novo julgamento. Alegada omissão quanto à ciência da Artesp em relação às alterações de cronograma e/ou localização dos postos. Alegação de contradição quanto ao reconhecimento da falha no exercício do poder de polícia sem condenação da embargada nos prejuízos dela decorrentes. Suposta necessidade de retificação das premissas do acórdão quanto à responsabilidade pela operação das balanças. Reexame das questões suscitadas em atenção à determinação superior. Embargos acolhidos, sem efeito infringente.

O Superior Tribunal de Justiça, por meio da decisão de f. 2824/9, anulou acórdão de f. 2549/55, cujo relatório adoto, que rejeitou os embargos de declaração opostos contra acórdão que negou provimentos aos recursos de apelação (f. 2426/33).

A corte superior deu provimento ao recurso especial da Concessionária Rota das Bandeiras S/A, de modo a anular o acórdão por entender ter havido negativa de prestação jurisdicional sobre as seguintes teses defensivas

suscitadas nos declaratórios: *a) omissão quanto à comprovação de anuência da ARTESP, ora agravada, para o aditamento contratual quando "o acórdão recorrido sustentou que não houve demonstração da anuência referente à alteração dos postos de pesagem e que o silêncio da Administração Pública pressupõe o indeferimento do pedido"; b) omissão quanto à responsabilidade da concessionária pela operação de pesagem nas balanças, ante a ausência de fiscal da ARTESP para exercer o poder de polícia da agência; c) contradição quando reconheceu a existência de falha no exercício do poder de polícia da ARTESP e, ao mesmo tempo, julgou integralmente improcedente o pedido de reequilíbrio contratual; d) omissão quanto à análise do caso à luz dos preceitos legais invocados e que respaldam o reequilíbrio econômico-financeiro (e-STJ fls. 2453/2469) (f. 2826).*

Desta feita, devolveu os autos para que o Tribunal de origem reaprecie os embargos de declaração opostos pelo ora agravante, sanando os vícios de integração ora identificados (f. 2829).

É o relatório.

Passo a análise das questões pelas quais o Superior Tribunal de Justiça entendeu ter havido negativa de prestação jurisdicional.

Quanto à comprovação de anuência da ARTESP para o aditamento contratual anotou o acórdão:

É verdade que a apelante insistiu em rever prazos, locais e número dessas instalações, não obstante tivesse considerado *todos os custos envolvidos na exploração do trecho que lhe foi concedido, durante toda a vigência do Contrato*, ao elaborar sua proposta comercial (f. 3, § 8º). Assim, não havia razão lógica para que pleiteasse tal aditamento, não obstante tenha-se apressado em fazê-lo em 2010 (f. 2.341, § 26), ano seguinte ao da outorga da concessão (cf. f. 60).

Ora a anuência que afirma ter havido não está demonstrada. Em se tratando de contrato administrativo, qualquer aditamento há de ser lançado a termo, mercê dos princípios da legalidade, da moralidade e da publicidade (CR, art. 37, *caput*). Há, necessariamente, de ser objeto de instrumento específico. A lobrigada anuência haveria de assim, ser demonstrada. A reforçar clássica lição de Direito, segundo a qual quem cala não diz nada, demonstrou a apelante bem saber que o silêncio da Administração ao pleito que lhe é submetido acarreta presunção de indeferimento, nos termos do art. 33, § 1º da Lei estadual nº 10.177, de 1998, lembrado na inicial, a f. 8. Atos de mera tolerância, omissões, portanto, não induzem presunção de vênia ou atendimento do pleito.

A questão, como bem se vê, não ultrapassa o âmbito do contrato, circunscrevendo-se ao plano do inadimplemento. Bem recebida foi, pois, a exceção do contrato não cumprido.

Conquanto tenha manifestação da área técnica da Artesp informando que *“foi deferido o pleito de redução dos postos de pesagem, de PGF's para 3 e de 06 PPM's para 04” e “foi deferido o pleito de prorrogação do prazo para a construção dos mencionados postos de pesagem para a entrega em 2019”*, a apelante não trouxe aos autos o termo de aditamento (f. 1543). Conforme observado, *qualquer aditamento há de ser lançado a termo, mercê dos princípios da legalidade, da moralidade e da publicidade* (f. 1543).

De outra parte, a aquiescência da ARTESP quanto às tratativas de redução de postos de pesagem, não

exime a responsabilidade da concessionária de construção de balanças, prevendo no item 4.2.2 do contrato:

Será de responsabilidade da CONCESSIONÁRIA a operação dos pontos fixos de pesagem, compreendendo o controle de entrada e saída dos veículos na praça de pesagem e a operação de pesagem propriamente dita, executada pelo operador da balança. O exame da documentação, seguindo de eventuais emissões de autos de infração, serão da responsabilidade de agentes do PODER CONCEDENTE, operando no posto, em conjunto com o pessoal da CONCESSISONÁRIA (f. 134).

No caso, a proposta era de redução dos postos de pesagem, sendo que a concessionária construiu apenas um dos quinze inicialmente previstos. O atraso para a conclusão dos postos de pesagem contribuiu diretamente para a ausência de agentes responsáveis pela fiscalização de peso da carga dos veículos, pois, para o fornecimento de recursos humanos, necessária a instalação das estruturas e equipamentos que deveria ser implantado pela Concessionária.

Note-se que a recomposição econômico-financeira somente poderá ser verificada após a conclusão dos deveres contratuais ainda não cumpridos.

Conforme assentado na sentença, *o que se pleiteia neste processo é a revisão econômica do contrato sob a alegação do exercício deficitário do poder de polícia, e não a sua ausência. E o que se depreende dos autos é que, para o pleno exercício deste poder fiscalizatório, imprescindível a*

existência de estrutura adequada que comporte maior abrangência de atuação. A constatação de que nem todos os Postos que albergariam a fiscalização incluídos no projeto inicial não foram concluídos mitiga, à sua medida, o próprio poder fiscalizatório que se pretendia realizar. Bem por isso é que emerge a relevância da invocação, pela parte requerida, da exceção do contrato não cumprido (f. 2317).

No tocante à omissão quanto à responsabilidade da concessionária pela operação de pesagem nas balanças ante a ausência de fiscal da ARTESP para exercer o poder de polícia da agência e a ocorrência de contradição quanto ao reconhecimento da falha no exercício do poder de polícia sem condenação da embargada, mesmo em relação ao posto de pesagem que incontestavelmente está construído e em operação, o acórdão embargado expressamente se pronunciou, *in verbis*:

Não se controverte acerca da possibilidade de revisão do contrato administrativo para restauração de seu equilíbrio econômico-financeiro, subjacente à preservação das condições efetivas da proposta, segundo o art. 37, XXI, da Constituição da República. Tal, aliás, é objeto da cláusula 23 do contrato (f. 71).

Não se questiona, tampouco, o fato de o poder concedente haver deixado de designar agentes em número suficiente para o exercício do poder de polícia administrativa na repressão ao tráfego de veículos com excesso de peso; obrigação imposta aos órgãos e entidades executivos rodoviários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, no âmbito de sua circunscrição pelo art. 21, VIII, do Código de Trânsito Brasileiro. A prática, aliás, tipifica a infração descrita no art. 231, V, do diploma.

A controvérsia, tal qual posta pela apelante, concerne a verificar se a apontada omissão estatal consubstancia o fato do príncipe, hipótese autorizante da revisão colimada.

Segundo a definição de Laubedère citada por Cretella Júnior no alentado verbete de sua autoria, Fato do príncipe, “Enciclopédia

Saraiva de Direito” 36/322-5, verifica-se este *na medida editada pela administração (o príncipe, o Estado) e que tem por consequência tornar mais difícil e mais onerosa a execução do contrato pelo contraente*. Não discrepa a doutrina, a exemplo do que, por exemplo, lecionam Hely Lopes Meirelles e atualizadores e J.S. Carvalho Filho . Adverte este, aliás, que o fato do príncipe se caracteriza por ser imprevisível, extracontratual e extraordinário.

Mas o que se tem é a alegação de violação do contrato por parte da Administração, que designou apenas um fiscal para inibir a recorrente infração, quando deveria destacá-los em número suficiente para efetivação da fiscalização, na conformidade do item 4.2.2 do Anexo V do edital, reproduzido a f. 134.

Acontece que, nos termos da disposição, o poder de polícia seria exercido mediante *o exame da documentação, seguido de eventuais emissões de autos de infração por agentes do poder concedente, operando no posto, em conjunto com o pessoal da concessionária*. Que, incontestavelmente, responsabilizou-se por sua construção e operação.

E, igualmente de forma incontroversa, a apelante edificou apenas **uma** das quinze praças de pesagem (f. 825 e 1559) a que se obrigou.

Ora, se não havia postos de pesagem, como impor ao concedente a obrigação de fiscalizar, nas condições pactuadas?

(...)

Diga-se que, mesmo no que toca à dita deficiente atuação fiscal no único posto instalado, difícil não seria à apelante dimensionar o subjacente prejuízo, passível de reparação segundo a regra do art. 37, § 6º, da Constituição da República: sendo sua a responsabilidade pela operação das balanças, cujos registros que haverão de ser examinados pelo agente adido são emitidos eletronicamente, bastaria que cumprisse a sua parte, emitisse-os e, com base em tais relatórios, buscasse obter junto ao omissor a devida reparação pelo desgaste prematuro causado pelos caminhões cujo tráfego haveria de ser bloqueado.

Como se vê, o acórdão é claro nos fundamentos no sentido de que a eficiência administrativa na fiscalização dos veículos com carga depende do cumprimento de obrigações contratuais por parte da concessionária. E, no caso, a má fiscalização por parte da Administração decorre da significativa

participação da própria concessionária não se revelando adequado considerar a revisão econômica do contrato por meio do seu reequilíbrio econômico financeiro. Como ressaltado pelo MM. Juiz da causa, *o que se verifica do caso posto em juízo é uma subsunção precisa da aplicação da exceção do contrato não cumprido, cuja contribuição causal à fiscalização do serviço tem relação inversamente proporcional ao implemento das obrigações contratuais por parte da autora. E, considerado este intervalo de descumprimento (ou de tratativas para a prorrogação do adimplemento), não se revela adequado considerar a recomposição econômico-contratual em favor da autora. Em confirmação do já exposto, da leitura do contrato firmado também se extrai a correta distribuição dos ônus em relação à fiscalização do tráfego de veículos, tendo sido seguida a orientação jurisprudencial retro exposta no sentido de ser possível a particularização das fases fiscalização e consentimento do ciclo do poder de polícia. Em referência à fixação dos pontos controvertidos, de fato a fiscalização seria possível de implementação por parte da Administração – que não poderia se furtar deste exercício em detrimento do interesse público -, porém, a falha desta fiscalização, como exposto ad nauseam, não pode se imputada à Administração, que invoca, acertadamente, a exceção do contrato não cumprido (f. 2317/8).*

Quanto ao item “d”, conforme previsto no Contrato de Concessão (Cláusula 22 – Riscos da Concessão), os riscos inerentes à exploração do sistema rodoviário,

excetuando aqueles que o contrário resulte expressamente do contrato de concessão, são de integral responsabilidade da concessionária 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 concessionária¹.

E a Cláusula 23 elenca as situações que possibilitam a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. Contudo, os fatos narrados na inicial não se enquadram das hipóteses previstas da Cláusula 23.1 do contrato, pois não decorreram de uma modificação unilateral nem da contratante e nem do Poder concedente; não decorreram de alterações legais ou cambiais e também não se trata de força maior. O acórdão expressamente destacou:

A controvérsia, tal qual posta pela apelante, concerne a verificar **se a apontada omissão estatal consubstancia o fato do príncipe, hipótese autorizante da revisão colimada.**

Segundo a definição de Laubedère citada por Cretella Júnior no alentado verbete de sua autoria, *Fato do príncipe*, “Enciclopédia Saraiva de Direito” 36/322-5, verifica-se este na *medida editada*

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

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

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

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

pela administração (o príncipe, o Estado) e que tem por consequência tornar mais difícil e mais onerosa a execução do contrato pelo contraente. Não discrepa a doutrina, a exemplo do que, por exemplo, lecionam Hely Lopes Meirelles² e atualizadores e J.S. Carvalho Filho³. Adverte este, aliás, que o fato do príncipe se caracteriza por ser imprevisível, extracontratual e extraordinário.

Mas o que se tem é a alegação de violação do contrato por parte da Administração, que designou apenas um fiscal para inibir a recorrente infração, quando deveria destacá-los em número suficiente para efetivação da fiscalização, na conformidade do item 4.2.2 do Anexo V do edital, reproduzido a f. 134.

Acontece que, nos termos da disposição, o poder de polícia seria exercido *mediante o exame da documentação, seguido de eventuais emissões de autos de infração por agentes do poder concedente, operando no posto, em conjunto com o pessoal da concessionária*. Que, incontestavelmente, responsabilizou-se por sua construção e operação.

Deveras, a correção de pavimento não consiste em evento imprevisível, sendo consequência lógica do próprio risco inerente à conservação do sistema rodoviário.

E, repito, a eficiência administrativa na fiscalização dos veículos com carga depende do cumprimento de obrigações contratuais não cumpridas por parte da concessionária.

Por fim, observo ser desnecessário o prequestionamento, considerando que está consagrado no art. 1.025 do CPC aquilo que, conforme aponta Cassio Scarpinella Bueno⁴, parcela da doutrina e da jurisprudência chama de “prequestionamento ficto”, segundo o qual *consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de prequestionamento, ainda que os embargos de declaração sejam*

² *Direito Administrativo Brasileiro*, 26ª Ed., Malheiros, 2001, p.229/30

³ *Manual de Direito Administrativo*, 25ª Ed., Atlas, 2012, p. 211.

⁴ Novo *Cydyg* de Processo Civil Anotado, 2ª Ed., Ed. Saraiva, 2016, p. 855.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.

Acolho os embargos de declaração
para explicitar o que antes fora dito, sem modificação do decidido.

COIMBRA SCHMIDT
Relator