

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO****COMARCA DE SÃO CARLOS****FORO DE SÃO CARLOS****1ª VARA CÍVEL****R. SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760****Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min****SENTENÇA**

Processo Digital nº: **1000527-95.2014.8.26.0566**
 Classe - Assunto: **Procedimento Comum - Espécies de Contratos**
 Requerente: **DATEC PAVIMENTAÇÃO E TERRAPLANAGEM LTDA**
 Requerido: **BANDEIRANTES ENGENHARIA LTDA**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Daniel Luiz Maia Santos**

Vistos.

Datec Pavimentação e Terraplanagem Ltda ajuizou ação pelo procedimento comum contra **Engenharia e Comércio Bandeirantes Ltda** alegando, em síntese, ter celebrado contrato de subempreitada com a ré em 14 de fevereiro de 2012, destinado à prestação de serviços no contrato administrativo firmado entre a ré e a Prefeitura Municipal de São Carlos, pelo preço estimado de R\$ 7.666.358,36 e com prazo de vigência por 12 meses. Até outubro de 2012, a ré recebia ordens de serviços da Prefeitura e repassava parte delas para a autora, a qual as executava e, após mediação realizada pelo ente público, a ré lhe pagava o valor respectivo. No entanto, dentro do período de vigência do contrato, a ré repassou à autora apenas R\$ 4.721.606,19, o que importa inadimplemento do ajuste. Por isso, a ré deve arcar com o pagamento de multa contratual de 10% prevista no contrato. Discorreu sobre a natureza desta cláusula penal e afirmou ter permanecido no prejuízo com custos de imobilização, contratos de trabalho e paralisação de máquinas e implementos à espera de ordens de serviço relativas à subempreitada. Ainda, aduziu ter direito a lucros cessantes, correspondentes ao lucro líquido que ela obteria com o recebimento dos R\$ 2.944.752,19 restantes. Afirmou ter sofrido dano moral, porque diante do inadimplemento da ré, teve seu nome inscrito no cadastro de inadimplentes, tendo esclarecido que além do contrato de subempreitada, as partes mantiveram contrato verbal para fornecimento de Concreto Betuminoso Usinado a Quente (CBUQ) e pedras britas graduadas, cujo pagamento seria realizado quando do adimplemento das obrigações referentes à subempreitada após as medições da Prefeitura Municipal. Apesar disso, a ré ajuizou contra a autora duas ações monitórias, o que enseja o


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
1ª VARA CÍVEL
R. SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

cabimento da indenização por dano moral. Ao final, postulou a procedência do pedido, para que a ré seja condenada: (i) ao pagamento da cláusula penal prevista em 10% sobre o preço do contrato, no valor de R\$ 766.635,00; (ii) danos emergentes e lucros cessantes sofridos diante do inadimplemento e (iii) indenização por danos morais. Juntou documentos.

A ré foi citada e apresentou contestação. Argumentou que as partes celebraram contrato de subempreitada a preço unitário, onde os pagamentos são realizados por unidades determinadas, mediante medição, e por isso o preço total previsto no contrato era apenas estimado. Disse que as cláusulas contratuais deixam bem clara esta disposição mantida entre os contratantes, tendo negado a existência de permuta destes serviços com o fornecimento de insumos à autora (pedras e CBUQ), cuja relação comercial é distinta do contrato de subempreitada e por isso foram ajuizadas duas ações monitórias contra a autora, porque ela inadimpliu o pagamento da venda e compra destes insumos mencionados. Sustentou que o prazo contratual tinha por prazo máximo doze meses, o que não significa que seria mantido durante todo este período. Esta cláusula foi assim redigida porque este era o prazo da ré junto à contratante principal (Município), significando o número de meses suficientes à execução dos serviços, não necessariamente a totalidade dos serviços, pois estes eram estimados. O autor quer fazer crer que teria direito a executar e receber o valor total estimado do contrato, mesmo sem a realização de atividades. Não se trata de contratação por preço global, e sim a contratação pelo regime de preço unitário. Esclareceu que a subempreitada foi autorizada pela Prefeitura, a fim de que os serviços fossem executados de forma mais célere e após esta ter sinalizado que atrasaria os pagamentos, o que de fato ocorreu, a autora simplesmente abandonou a execução das atividades até então exercidas. Afirmou que o objeto licitado foi reduzido em mais de R\$ 5.000.000,00 por parte da Prefeitura e que seria ilógico que a subempreitada, contratada sob regime unitário, permanecesse com o valor total apenas estimado, contrato este extinto em razão da paralisação das obras por parte da autora, que se manteve inerte desde outubro de 2012 até janeiro de 2014, quando resolveu ajuizar a presente demanda. Não é responsável pelo pagamento de multa ou qualquer outra indenização à autora porque não deu causa à extinção do contrato; os serviços medidos foram devidamente pagos e a autora



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO CARLOS

FORO DE SÃO CARLOS

1ª VARA CÍVEL

R. SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

é que resolveu não mais prestar as atividades inerentes à subempreitada. Logo, não há que se falar em danos emergentes, lucros cessantes ou indenização por dano moral. Pugnou a improcedência. Juntou documentos.

A autora apresentou réplica.

Infrutífera a conciliação, foi deferida a produção de prova pericial, cujo laudo foi juntados aos autos, manifestando-se as partes. A seguir, o perito prestou novos esclarecimentos. A parte ré requereu o deferimento da produção de prova oral para se desincumbir de seu ônus probatório.

É o relatório.

Fundamento e decidido.

O pedido é improcedente.

Desnecessária a produção da prova oral requerida pela ré. Os documentos que instruíram a petição inicial, aliados à prova pericial realizada, permitem o pronto julgamento da causa. A oitiva das testemunhas, então, fica indeferida com base no artigo 443, incisos I e II, do Código de Processo Civil: *Art. 443. O juiz indeferirá a inquirição de testemunhas sobre fatos: I - já provados por documento ou confissão da parte; II - que só por documento ou por exame pericial puderem ser provados.*

Ademais, cabe ao juiz determinar a produção das provas que sejam relevantes para o desate da controvérsias, conforme dispõe o artigo 370 e seu parágrafo único, do Código de Processo Civil: *Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.*

As partes celebraram contrato de subempreitada (fls. 67/73) vinculado a contrato administrativo mantido entre a ré e o Município de São Carlos (fls. 59/64). O objeto deste ajuste era a execução de recapeamento asfáltico, redes de drenagem de águas pluviais, redes de abastecimento de água, redes de esgotamento sanitário, além de obras ou serviços complementares nas vias públicas do Município. Diante da necessidade de execução das obras previstas no contrato em tempo menor em razão do período de chuvas,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO CARLOS

FORO DE SÃO CARLOS

1ª VARA CÍVEL

R. SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

foi solicitado à ré, titular da relação jurídica com o ente público, a prestação do serviço de forma emergencial, surgindo daí o pedido de autorização para que fosse realizada a subempreitada e então as partes deste processo firmaram o contrato que ora está em discussão.

A autora, na petição inicial, imputa o inadimplemento do contrato à ré, sob o fundamento de que ela deixou de repassar parte do preço total contratado, de R\$ 7.666.358,36. Nessa falta de pagamento do preço total é que residiria, na ótica da demandante, o descumprimento do contrato e disso as consequências postuladas, tais como o pagamento de multa contratual, indenização por danos emergentes e lucros cessantes, além dos danos morais.

A ré, a seu turno, negou o inadimplemento. Argumentou que a autora é que deixou de prestar os serviços objeto do contrato em razão de sinalizado inadimplemento por parte do Município de São Carlos. Ademais, o preço previsto na subempreitada era apenas estimado, de modo que a autora não teria direito a receber o total ali previsto, até porque os pagamentos eram feitos de acordo com as medições realizadas pela Prefeitura Municipal (empreitada por preço unitário).

Neste contexto, pressuposto inarredável para se dar guarida às alegações da autora e passar à fase de quantificação dos danos em decorrência do descumprimento da obrigação, é a afirmação de que a ré inadimpliu o contrato mantido. Sem isso, é desnecessário qualquer incursão no tocante à pretensão indenizatória, por lhe faltar a causa fundamental.

A cláusula segunda do contrato resume a forma de pagamento do preço avençado:

2.1 O valor do presente contrato é estimado em R\$ 7.666.358,36 (Sete milhões, seiscentos e sessenta e seis mil, trezentos e cinquenta e oito reais e trinta e seis centavos), pelo regime de preço unitário, nos termos da planilha orçamentária que faz parte integrante do presente, e serão pagos à CONTRATADA através de medições dos serviços, no mesmo prazo do CONTRATO PRINCIPAL, cujos valores deverão ser repassados à CONTRATADA em até 48 (quarenta e oito) horas do pagamento realizado pela CONTRATANTE PRINCIPAL.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO CARLOS

FORO DE SÃO CARLOS

1ª VARA CÍVEL

R. SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

2.2 - O não pagamento da medição no prazo estabelecido no item anterior, acarretará uma multa de 2%, sobre o valor da fatura, acrescido de juros de 1% ao mês.

2.3 - Os valores apurados nas medições serão pagos à CONTRATADA, através de boleto bancário ou mediante depósito bancário, na conta corrente a ser indicada.

Já na cláusula quarta, há previsão da forma como seriam realizadas as medições destinadas a apurar os pagamentos que deveriam ser feitos pela ré à parte autora, ressaltando a vinculação da subempreitada ao contrato administrativo que lhe deu razão de existir:

4.1 - As medições terão a mesma periodicidade das medições do CONTRATO PRINCIPAL e o pagamento das mesmas será efetuado até 48 (quarenta e oito) horas após o recebimento da respectiva medição do CONTRATO PRINCIPAL, pela CONTRATANTE junto à PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO CARLOS, mediante apresentação da Fatura de Prestação de Serviços.

Da interpretação destas cláusulas percebe-se que as partes celebraram o contrato de subempreitada pelo regime de preço unitário, de forma análoga ao modo de execução previsto no artigo 6º, inciso VIII, alínea b, da Lei nº 8.666/1993. Este regime, aliás, foi o empregado no contrato administrativo mantido pela ré com a Administração Pública (edital de concorrência – fl. 30), sendo certa a interligação e subordinação da subempreitada com este contrato principal.

Sobre esta forma de execução dos serviços, em comparação com a contratação da empreitada por preço global, cumpre trazer suas definições e aplicação, consoante as balizas elencadas em acórdão proferido no âmbito do Tribunal de Contas da União: *No regime de empreitada por preço global contrata-se a execução da obra ou do serviço por preço certo e total (Lei 12.462/11, art. 2º, inciso II). Nessa linha, mostra-se interessante para obras cujo objeto, por sua natureza, possa ser projetado com margem mínima de incerteza acerca das variáveis intervenientes, de modo que o custo global, e o das etapas que o constituem, esteja estimado, também, com uma maior precisão. Da afirmação anterior, decorre a necessidade da existência de um projeto básico com alto grau de detalhamento, com o objetivo de minimizar os riscos e os preços ofertados pelos*


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
1ª VARA CÍVEL
R. SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

*licitantes, que arcam com eventuais erros ou omissões na quantificação de cada serviço. [...] Já no regime de empreitada por preço unitário contrata-se a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas (Lei 12.462/11, art. 2º, inciso III). Deve ser utilizado sempre que os quantitativos a serem executados não puderem ser definidos com grande precisão. [...] A remuneração da contratada, nesse regime, é feita em função das unidades de serviço efetivamente executadas, com os preços previamente definidos na planilha orçamentária da obra. Assim, o acompanhamento do empreendimento torna-se mais difícil e detalhado, já que se faz necessária uma fiscalização mais rigorosa dos serviços executados sob o aspecto quantitativo. Nesse caso, o contratado se obriga a executar cada unidade de serviço previamente definido por um determinado preço acordado. O construtor contrata apenas o preço unitário de cada serviço, recebendo pelas quantidades efetivamente executadas. (Tribunal de Contas da União. Processo de Tomada de Contas nº 007.109/2013-0. Sessão realizada em 31/07/2013. Rel. Min. **Valmir Campelo**).*

A interpretação dada pela parte autora à cláusula que previu o preço do contrato não é a adequada de acordo com a forma pelo qual o ajuste foi estabelecido. O contrato não lhe garantia o recebimento do preço total ali previsto, porque os pagamentos eram realizados de forma periódica e a depender das medições realizadas pela Prefeitura Municipal, tudo em consonância com o contrato administrativo da qual a ré era titular. Então, por aí já se percebe que a alegada falta de repasses de valores por parte da ré, por si só, não é motivo suficiente para caracterizar o inadimplemento desta última no tocante à subempreitada.

Caso a autora tivesse prestado efetivamente os serviços, com a devida medição unitária por parte do ente público municipal e a ré não tivesse repassado os valores, aí sim seria possível se falar em inadimplemento. Mas não é isso que consta na petição inicial. Há uma alegada falta de repasses, porém a autora não nega o fato de que não prestou integralmente os serviços, ao menos no período reclamado. Sem a contraprestação da subempreiteira, não haveria mesmo que se falar em pagamento, pois o contrato e o regime escolhido para a execução dos serviços, pressupõe a efetiva realização e mediação das obras.


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
1ª VARA CÍVEL
R. SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Ausente a prestação efetiva de serviços e mediação por parte da Administração, não há que se falar em pagamento, pois serviço prestado não houve. Se a autora não executou de fato as atividades objeto do contrato, não há que se falar em pagamento e por isso não se constata inadimplemento por parte da ré, o que seria essencial para o acolhimento do pedido.

Outrossim, se a ré prestou pessoalmente atividades ligadas a este contrato o fez com base na relação jurídica mantida com a Administração, à qual a autora estava subordinada. Nas obrigações da ré na subempreitada (fl. 71) não há previsão de eventual exclusividade em relação a determinada parte do projeto. A autora, neste ponto, inovou na réplica ao afirmar que a ré executou parte dos serviços prestados. Este fato não consta da petição inicial e, de todo modo, havia fundamento contratual (contrato administrativo) para que a ré assim agisse, tudo com o objetivo de dar cumprimento ao objeto deste ajuste mantido com o Município.

A autora ainda alegou a existência de um segundo contrato (verbal) mantido entre as partes, destinado ao fornecimento de insumos (CBUQ e pedras britas graduadas), cujo pagamento devido pela autora à ré seria descontado dos repasses que deveriam ser feitos em relação ao contrato de subempreitada. Não houve prova deste ajuste e nada neste sentido constou das cláusulas do contrato, sendo inadmissível a afirmação de que parte dos repasses não foi realizada para pagamento dos insumos fornecidos, fato que inclusive levou à procedência das ações monitórias ajuizadas pela ré contra a autora (sentenças e acórdão de fls. 162/175).

Ainda, fica difícil imaginar que duas empresas do porte econômico das demandantes (veja-se o valor do capital social de ambas – fls. 19 e 130) firmassem um contrato essencial para o desempenho de suas atividades econômicas de forma verbal. Tudo isso, aliado à impossibilidade de afirmação de inadimplemento da ré, conduz à legitimidade do ajuizamento das ações monitórias contra a autora, sendo descabido o pleito de indenização por danos morais.

Sendo, então, impossível responsabilizar a ré, pois ausente seu inadimplemento, descabe impor a ela o pagamento pelos danos emergentes, lucros cessantes e multa contratual postulados.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO CARLOS

FORO DE SÃO CARLOS

1ª VARA CÍVEL

R. SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Ante o exposto, **julgo improcedente o pedido, extinguindo-se o processo, com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil.**

Em razão da sucumbência, condeno a parte autora ao pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, de acordo com os critérios do artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil.

Publique-se e intime-se.

São Carlos, 13 de junho de 2018.

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006,
CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**