



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2019.0000597568

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1013121-21.2013.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante PAULITEC CONSTRUÇÕES LTDA, é apelado SERVIÇO SOCIAL DO COMÉRCIO - SESC.

ACORDAM, em 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MATHEUS FONTES (Presidente) e HÉLIO NOGUEIRA.

São Paulo, 25 de julho de 2019

ALBERTO GOSSON

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Comarca: **Foro Central Cível – 9ª Vara Cível**
Processo nº: **1013121-21.2013.8.26.0100**
Apelante: **PAULITEC CONSTRUÇÕES LTDA**
Apelado: **SERVIÇO SOCIAL DO COMÉRCIO - SESC**
Juiz Prolator: Rodrigo Galvão Medina

VOTO N.º 15.119

AÇÃO DENOMINADA DE COBRANÇA POR SERVIÇOS DE FÔRMA EXECUTADOS E NÃO PAGOS DECORRENTES DE CONTRATO DE EMPREITADA CELEBRADO ENTRE A AUTORA E O RÉU, APÓS VENCER CERTAME LICITATÓRIO NA MODALIDADE DE CONCORRÊNCIA, PARA CONSTRUÇÃO DE GINÁSIO NA UNIDADE -SESC - DE JUNDIAÍ.

ALEGAÇÃO DE QUE AS FÔRMAS DE CONCRETO TERIAM SE DETERIORADO EM VIRTUDE DE PARALISAÇÃO DAS OBRAS DECORRENTES DE PROBLEMAS COM O LICENCIAMENTO AMBIENTAL ENVOLVENDO O DPRN - DEPARTAMENTO DE PROTEÇÃO AOS RECURSOS NATURAIS. PRETENSÃO DE QUE A RESPONSABILIDADE PELA PARALISAÇÃO SEJA IMPUTADA AO APELADO, ENQUANTO QUE ESTE ARGUMENTA QUE A RESPONSABILIDADE É DA APELANTE.

AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. AUTORA ORA APELANTE QUE PLEITEIA A REFORMA DA SENTENÇA PARA QUE SEJA ANULADA A PERÍCIA REALIZADA E OUTRA SEJA FEITA, INDIRETAMENTE, PARA MENSURAÇÃO DOS PREJUÍZOS.

CONTROVÉRSIA QUE DEVE SE CENTRAR SOBRE A RELAÇÃO CONTRATUAL, EXTENSÃO DOS DANOS E CAUSA DA POSSÍVEL DETERIORAÇÃO DAS FÔRMAS.

DESNECESSIDADE DE ANULAÇÃO DA PERÍCIA. AVALIAÇÃO DE QUE A AUTORA NÃO SE DESINCUMBIU DO ÔNUS PROBATÓRIO DE MANTER OS MATERIAIS PARA VISTORIA E REALIZAÇÃO CABAL DA PERÍCIA COM A POSSIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO DOS DANOS.

RECURSO IMPROVIDO.

Vistos,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

PAULITEC CONSTRUÇÕES LTDA. apela (fls. 1241/1255) da r. sentença de fls. 1231/1239, que nos autos da denominada ação de cobrança fundada em serviços de fôrma executados e não pagos em empreitada por preço unitário que move contra **SERVIÇO SOCIAL DO COMÉRCIO - SESC**, Administração Regional no Estado de São Paulo, julgou a demanda improcedente e condenou a autora no pagamento das despesas processuais e custas judiciais, além de honorários advocatícios à parte litigante contrária, os quais arbitrou em R\$ 5.000,00 (fls. 1238).

A apelante sustenta que ajuizou a presente ação “... buscando o reequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato celebrado entre as partes, com a consequente condenação do Apelado ao pagamento da quantia inicialmente estimada em R\$ 1.368.647,86 (um milhão, trezentos e sessenta e oito mil, seiscentos e quarenta e sete reais e oitenta e seis centavos), relativo a toda perda de material de fôrmas para concreto aparente e respectiva mão de obra, em razão da paralisação, por aproximadamente 1 ano e 6 meses, da construção dos setores “E” e “F” da unidade do Sesc de Jundiaí causada por culpa exclusiva do Apelado” (fls. 1243).

Que a perita demonstrou total desconhecimento do assunto, “... não confirmou, mas também não negou, ter ocorrido prejuízos no tocante à perda dos materiais de fôrmas, se limitando em afirmar não ter sido possível realizar o cálculo, pelo fato de não existir mais nenhum dos materiais na data da perícia ...” (fls. 1244).

Que ao contrário do entendimento pericial foi demonstrado “... que a elaboração do cálculo de reaproveitamento das fôrmas prescindia de análise física dos materiais descartados, ...” conforme parecer técnico de especialista ao qual se reporta (fls. 1244).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Protesta pela realização de nova perícia em decorrência de, no seu entender, imprestabilidade do laudo confeccionado, pois, "... a perícia deveria ser realizada de FORMA INDIRETA, por meio de análise de projetos estruturais, fôrmas e escoramentos, bem como demais documentos juntados aos autos, totalmente capazes de possibilitar a confecção de um laudo conclusivo" (fls. 1248).

Em prosseguimento à crítica ao laudo pericial assinala "... que não houve preocupação da profissional em analisar os projetos de estruturas, fôrmas e escoramentos entregues pela Apelante e pelo Apelado, e nem mesmo no projeto arquitetônico que especificava estruturas em CONCRETO APARENTE LISO. Esta condição, por si só, impede a utilização de madeiras brutas, como as citadas pela Perita, sendo condição imperiosa a utilização de MADEIRA COMPENSADA PLASTIFICADA" (fls. 1249) insistindo que "... conforme já exposto de forma reiterada nos autos, o objeto da perícia consiste no reequilíbrio da equação econômico-financeira com apuração dos prejuízos relativo à PERDA DAS FÔRMAS para concreto armado, decorrente da paralisação da obra" (fls. 1250).

Tece considerações acerca da análise procedida pelo especialista Paulo Helene, no que diz respeito ao critério para estabelecimento do reequilíbrio do contrato mediante verificação indireta por meio da documentação presente nos autos, bem como pela elaboração do método comparativo de cenários (fls. 1252) e termina por pedir a reforma da sentença "... para o fim de reconhecer a nulidade do laudo pericial realizado nos autos, em razão da falta dos requisitos exigidos no artigo 473, determinando a realização de nova perícia conforme autoriza artigo 480, com a necessária substituição da perita nomeada, pela falta de conhecimento técnico e científico, nos termos do artigo 468, inciso I, todos do Código de Processo Civil, determinando o retorno dos autos à origem para realização de nova perícia, com nomeação de profissional especializado em análise de projetos e



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

execução de fôrmas para concreto aparente” (fls. 1255).

Recurso tempestivo, preparado (fls. 1256/1257) e respondido (fls. 1261/1276).

É o relatório do essencial ao qual se acresce o da sentença.

Conforme já salientado trata-se de ação em que a ora apelante pretende o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato celebrado entre as partes, com a consequente condenação do Apelado ao pagamento da quantia inicialmente estimada em R\$ 1.368.647,86 (um milhão, trezentos e sessenta e oito mil, seiscentos e quarenta e sete reais e oitenta e seis centavos), relativo a toda perda de material de fôrmas para concreto aparente e respectiva mão de obra, em razão da paralisação, por aproximadamente 1 ano e 6 meses, da construção dos setores “E” e “F” da unidade do Sesc de Jundiaí causada por culpa exclusiva do apelado, réu.

A autora, ora apelante saiu-se vencedora em certame licitatório para construção das edificações da unidade do SESC Jundiaí englobando o fornecimento, pelo menor preço, regime de composição unitária de preços, de todo o material, mão de obra, maquinaria, ferramental, equipamentos e instrumental necessários para consecução da obra.

O valor da obra em regime de empreitada foi estimado em R\$ 49.028,089,37 (quarenta e nove milhões, vinte e oito mil, oitenta e nove reais e trinta e sete centavos) e a autora sagrou-se vencedora do certame licitatório, pelo valor de proposta de R\$ 46.948.891,12 (quarenta e seis



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

milhões, novecentos e quarenta e oito mil, oitocentos e noventa e um reais e doze centavos).

Do contexto dos autos ressalta que houve aditivos ao contrato original decorrentes de serviços não englobados na concorrência cabendo informar que a presente demanda foi distribuída em 21.3.2013, juntamente com outra, envolvendo as mesmas partes e tendo por objeto o mesmo certamente licitatório (processo nº 1013154-11.2013.8.26.0100), só que naquela demanda a causa de pedir reportava-se à cobrança de custos com o cimbramento realizados na obra e que não teriam sido ressarcidos pelo réu, conforme se depreende da leitura da ementa que ora se transcreve.

APELAÇÃO. AÇÃO DE COBRANÇA LASTREADA EM CERTAME LICITATÓRIO, NA MODALIDADE CONCORRÊNCIA. REGIME DE COMPOSIÇÃO UNITÁRIA DE PREÇOS NA OBRA DE CONSTRUÇÃO DA EDIFICAÇÃO DE NOVA UNIDADE DO SESC EM JUNDIAÍ.

EMPREITEIRA APELADA INGRESSOU COM DEMANDA JUDICIAL PARA COBRANÇA DE CUSTOS COM CIMBRAMENTO REALIZADOS NA OBRA, QUE NÃO FORAM RESSARCIDOS PELO APELANTE RÉU.

SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU QUE ACOLHEU CONCLUSÕES DO LAUDO PERICIAL E CONDENOU O APELANTE RÉU NO PAGAMENTO DA IMPORTÂNCIA ENCONTRADA PELO PERITO.

DE SE PREVALECER O ENTENDIMENTO DE QUE A COMPOSIÇÃO DE CUSTOS NÃO OBTVEVE TRANSPARÊNCIA DEVIDA NAS PLANILHAS E QUE A AUTORA APELADA NÃO REUNIU CONDIÇÕES DE ESTABELECEM TODAS AS BASES PARA ELABORAÇÃO DE SUA PLANILHA QUE RESULTOU NA PROPOSTA VENCEDORA DO CERTAME.

CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA BASE DO CONTRATO, DA FORÇA VINCULANTE DO PACTO E DA CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ OBJETIVA. PROVIMENTO PARCIAL



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

AO RECURSO PARA CONDENAR O APELANTE NOS VALORES ENCONTRADOS NO PARECER TÉCNICO DO SEU ASSISTENTE.

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO NESSES TERMOS. OBSERVAÇÃO DE QUE ACÓRDÃO DO COLENDO ÓRGÃO ESPECIAL DEU PELA COMPETÊNCIA DESTA 22ª CÂMARA APÓS CONFLITO NEGATIVO SUSCITADO PELA COLENDIA 12ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO.

A questão trazida nestes autos se cinge à cobrança de fôrmas de concreto que teriam se deteriorado diante da paralisação temporária das obras dos blocos “E” e “F” em decorrência de problemas com o órgão competente para liberação ambiental.

O SESC bate-se pela não responsabilidade quanto à paralisação das obras tentando jogá-la para a autora com base na cláusula 11.3 do contrato, o que me parece incorreto.

Se houve precipitação e equívoco por parte DPRN - Departamento de Proteção aos Recursos Naturais é certo que a responsabilidade não pode ser imputada à empreiteira como pretende, além de a hipótese da cláusula 11.3 não se aplicar tipicamente sobre o caso, que a meu ver resvala para autêntico 'fato do príncipe'.

Por outro ângulo de análise, vê-se que não há desculpa para que a autora não tivesse preservado as formas de concreto que teriam se deteriorado por conta da paralisação das obras, uma vez que detinha interesse direto na eventual cobrança desse custo anormal que lhe estaria sendo carreado por circunstância alheia ao curso do contrato.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Nesse particular, correta a sentença ao afirmar que a autora não se desincumbiu de seu ônus probatório, algo que lhe estaria nas mãos e sobre seu controle direto.

Percebe-se que o cerne da crítica ao laudo pericial, toda ela escorada no parecer técnico do Dr. Paulo Helene que enfatiza a viabilidade de realização de perícia indireta (fls. 1252).

A apelante enfatiza a impossibilidade do reaproveitamento das fôrmas de concreto, com a consequência de descarte dos materiais, dizendo que operou corretamente o armazenamento, mas que não pode evitar um processo de umedecimento que não resistiu à longa espera e que teria levado à sua deterioração (fls. 317).

Nesse contexto, o laudo pericial concluiu não ser possível do ponto de vista técnico pericial, com os elementos presentes nos autos, confirmar a alegação da autora de emprego de apenas 22.213,21 m².

“Com isso, esta profissional não pode tecnicamente responder sobre o coeficiente realizado em cotejo com o coeficiente previsto/planejado. Como a signatária do presente laudo não possui elementos técnicos nem informações seguras para afirmar qual foi o quantitativo efetivamente realizado/efetivado pela empresa autora na obra e como não pode tecnicamente responder sobre o coeficiente realizado em cotejo com o coeficiente previsto/planejado para as fôrmas de concreto, não pode tampouco, por consequência, afirmar se houve efetivamente perda monetária por parte da empresa autora nem mensurar qual teria sido essa perda” (fls. 848).

Por outro lado, não resta dúvida de que um elemento



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

indispensável para apuração de responsabilidades no caso concreto passa pela verificação do estado de armazenamento das fôrmas de concreto durante o período de paralisação das obras.

O apelado anexou fotografias à fls. 479/481 em que se visualizam materiais expostos ao relento e que mereceram, por parte da autora, refutação não de todo convincente, tipo: o acervo fotográfico é imprestável como prova (fls. 661), “primeiro porque não possuem data, ou seja, não comprovam se tratar de fatos ocorridos à época da paralisação da obra” e “Segundo que a obra ficou paralisada por quase um ano e meio, e neste tempo não há forma utilizada que resista ao tempo, ainda que bem acondicionada” e “Terceiro porque as fotos não provam se tratar de formas utilizadas nos blocos “E” e “F”” (fls. 662).

Ora, embora pertinentes, em tese, as contestações deveriam vir acompanhadas de documentos comprobatórios a justificar contraposição feita, fato que a apelante decididamente não se desincumbiu!

Reafirme-se que o contrato de empreitada previu a construção do ginásio da futura unidade do SESC Jundiaí, incluindo os serviços civis de superestrutura, alvenaria e revestimento, de acordo com a proposta comercial (cláusula 1.1) conforme discriminação na planilha orçamentária, sendo correto concluir que os serviços extras e a cobrança de eventuais desacertos provenientes de paralisações ou outros imprevistos constituem fatos que dependem de prova concludente, tanto no que respeita a ocorrência, mas principalmente, quanto à extensão e responsabilização pelos danos ocorridos.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Pelas razões expostas, é-se forçado a concluir que a autora não se desincumbiu da prova dos danos verificados, tanto no que respeita aos prejuízos decorrentes do não aproveitamento das fôrmas de concreto, como no que tange ao armazenamento adequado para que se evitasse a denunciada deterioração, que acabou sendo avaliada por presunção, uma vez inviabilizada a prova direta do dano.

Nego, pois, provimento ao recurso e por consequência elevo os honorários advocatícios em favor do advogado do apelado para R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), que corresponde a aproximadamente 2% sobre o valor da causa sem atualização, levando em consideração o valor pecuniário e a importância do objeto em litígio, o trabalho desenvolvido e o tempo demandado, nos termos do §11, do artigo 85 do Código de Processo Civil.

É como voto.

Alberto Gosson
Relator