Apelação interposta contra sentença que julgou procedente ação proposta pelo Consórcio Mogi-Guaçu para declarar a nulidade do ato administrativo que culminou a aplicação de multa administrativa. O atraso verificado na medição da obra, como demonstrou o estado de São Paulo, não decorreu de demora na aprovação pelos órgãos da Prefeitura de Mogi-Guaçu, mas, sim, de comportamento desidioso do apelado.

EXCELENTÍSSIMO JUÍZO DE DIREITO DA 6ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL - FAZENDA PÚBLICA

Autos nº 1057305-67.2017.8.26.0053

Autor: Consórcio Mogi-Guaçu

RÉU: ESTADO DE SÃO PAULO

O ESTADO DE SÃO PAULO, pelo procurador que subscreve, vem interpor ***Recurso de Apelação*** contra a sentença de fls. 988/993, pelas razões anexas.

Requer, após o cumprimento das formalidades legais, a remessa dos autos à superior instância.

São Paulo, 3 de abril de 2020.

GUILHERME CAVALCANTI
Procurador do Estado
OAB/SP Nº 430.328

RAZÕES DE RECURSO DE APELAÇÃO

Autos nº 1057305-67.2017.8.26.0053

APELANTE: ESTADO DE SÃO PAULO

APELADO: CONSÓRCIO MOGI-GUAÇU

Egrégio Tribunal de Justiça,

Colenda Câmara,

Eminentes Julgadores,

I. BREVE RELATO DA CONTROVÉRSIA

O Consórcio Mogi-Guaçu, formado pela Construtora Passarelli Ltda. e Verdi Sistemas Construtvios S.A., moveu contra o Estado de São Paulo ação pelo rito ordinário, visando à declaração de nulidade de multa contratual, aplicada em razão de atraso referente à medição nº 14.

A sentença lançada a fls. 988/993 julgou procedente o pedido, condenando o réu ao pagamento das despesas processuais, fixados os honorários advocatícios em 20% do valor da causa.

Como se passará a demonstrar, a sentença deve ser reformada, porquanto o pedido não procede.

II. RAZÕES PARA A REFORMA DA SENTENÇA

Com o devido respeito ao Juízo *a quo*, a sentença recorrida não deu a correta solução à causa.

Cumpre, de início, delimitar o âmbito recursal. O autor suscita diversas questões que teriam conduzido ao atraso da empreitada verificado na 14ª medição. O Juízo *a quo*, acertadamente, afastou tais alegações em relação à suposta demora na desapropriação (tópico 1), ao embargo da obra (tópico 2), ao volume de eucalipto (tópico 3) e ao índice pluviométrico no período (tópico 4). Acatou, porém, as escusas contidas no tópico 5 da sentença, qual seja, demora nas liberações dos projetos pela

prefeitura. E o acolhimento do ponto ensejou o decreto de procedência do pedido. É contra esse tópico da sentença que o recurso se dirige, tendo sido os demais bem-encaminhados pelo Juízo *a quo*.

Nos capítulos seguintes, passa-se a minudar os argumentos, mas cabe aqui fazer uma introdução e síntese deles.

Em **primeiro lugar**, conforme comprovado pela perícia judicial realizada, **o atraso** na empreitada verificada na 14ª medição **não decorreu de demora de aprovação pelos órgãos da Prefeitura de Mogi-Guaçu**. É, sim, fruto de comportamento desidioso do requerente, ora apelado.

Em **segundo lugar**, subsidiariamente, ainda que se tome que o atraso se deveu à delonga da Prefeitura de Mogi-Guaçu, o apelado assumiu o risco contratual por tal evento, elaborando o seu preço de acordo com os riscos e os benefícios do contrato. E, ao pretender a nulidade de multa contratual por descumprimento do contrato, sob o argumento de que não teria sido responsável pelo atraso verificado na empreitada, acaba por **alterar a matriz de risco definida pelo contrato**. Isso porque quer se exonerar de risco a si alocado na modelagem contratual (cláusula segunda, XIX), com a qual assentiu ao aderir ao processo licitatório (regra da vinculação ao instrumento convocatório – art. 3º da Lei nº 8.666/1993).

A modelagem contratual seguiu os ditames da Lei nº 8.666/1993, em especial a disposição do art. 65, II, "d", atribuindo à contratada a chamada **álea ordinária** (ou empresarial), pela qual **cabe a ela suportar os efeitos econômicos de eventos típicos da atividade empresarial**, no caso, a aprovação de projetos perante as instâncias públicas competentes.

É o que se passa a expor.

A. ATRASO NA EMPREITADA QUE NÃO DECORREU DE DEMORA PELOS ÓRGÃOS DE APROVAÇÃO DA PREFEITURA DE MOGI-GUAÇU

Não procede a alegação formulada pela apelada de que o atraso na empreitada se deu porque não foram obtidas a tempo as necessárias liberações e definições da prefeitura para execução dos serviços como emissário de esgoto, lançamento da rede de drenagem e trevo do acesso viário.

Na realidade, como demonstrado nos autos, **a evolução da obra já estava atrasada por falta de planejamento da requerente**, de modo que **não foi o atraso**

de liberação de várias frentes causadas pela contratada que a impediu de cumprir o cronograma.

Diante de tudo que se demonstrou nos autos, conclui-se que, ao contrário do que pretende fazer crer a requerente, **a aplicação da multa é, sim, decorrente do seu comportamento desidioso**, não havendo o que se falar na existência de fato alheio à sua vontade.

Em resposta aos quesitos formulados pela requerente, **o perito deixou claro que os fatos alegados na petição inicial não são capazes de justificar o atraso na execução das obras referentes à medição nº 14**. É o que se observa dos trechos abaixo transcritos:

"4.2.2 – Pode o Senhor Perito identificar as reais causas dos supostos atrasos referentes a medição nº 14, da construção da "Penitenciária Feminina de Mogi-Guaçu com ala de progressão penitenciária"?

*A Perícia é indireta e as causas atribuídas ao desatendimento da verba prevista para o mês da 14ª medição teriam sido: chuvas e dificuldades administrativas municipais. **No corpo do laudo evidenciou-se que não poderiam comprometer os seis dias que se pretendeu ver abonados**.*

> *(...)*
>
> *4.2.4 – Ainda se positiva a resposta ao quesito 2, pode o Senhor Perito informar quantos dias de atraso ocorreram?*
>
> *Resposta: de acordo com o cronograma de desenvolvimento financeiro pretendido para a medição e o valor medido para o período, ocorreram 6 dias de atraso, dos quais 3 dias foram descontados por ocorrência de chuvas. **Restaram 3 dias não explicados e sujeitos à multa, como adequadamente aplicadas**.*

Portanto, **a aplicação da penalidade se deu em razão de infração cometida pela contratada, agindo a Administração dentro da legalidade estrita**, motivo pelo qual não é possível a nulidade da sanção.

Não se pode olvidar que o Administrador Público é obrigado a aplicar a correlata sanção. Não pode ele dispor do direito-dever de proceder ao devido processo sancionador, por descumprimento contratual.

A penalidade de multa foi expressamente prevista no edital e no contrato, além de contar com respaldo legal.

Os princípios constitucionais da isonomia, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da prevalência do interesse público e da motivação dos atos administrativos foram observados, não havendo justificativa plausível para a anulação judicial.

Ao Judiciário a revisão dos atos administrativos fica *circunscrita à verificação da legalidade*.

Nas palavras de Seabra Fagundes, ao Poder Judiciário: " *é vedado apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o mérito dos atos administrativos. Cabe-lhe examiná-los, tão somente, sob o prisma da legalidade. Esse é o limite do controle, quanto à extensão*." (*in* "O Controle dos atos Administrativos", 4ª ed., p. 148/149).

B. MATRIZ DE RISCO NOS CONTRATOS REGIDOS PELA Nº LEI 8.666/1993

Subsidiariamente, ainda que se tome que o atraso se deveu à delonga da Prefeitura de Mogi-Guaçu na concessão de liberações e definições, **a apelada assumiu o risco contratual por tal evento, elaborando o seu preço de acordo com os riscos e os benefícios do contrato**, ao qual se vincula (art. 3º da Lei nº 8.666/1993).

Interpretando a sistemática da Lei nº 8.666/1993, em especial o disposto na alínea "d" do inciso II do art. 65, é entendimento consolidado na doutrina e na jurisprudência a chamada teoria das áleas, que classifica **a distribuição dos riscos entre as partes contratantes em áleas ordinária (ou empresarial) e extraordinária**.

Essa teoria assenta que a álea ordinária, ou empresarial, atribui à contratada os riscos típicos da atividade empresarial no âmbito do mercado; e atribui ao Poder Público os riscos extraordinários.

Ademais, com empréstimos da teoria da imprevisão, é entendimento pacífico de que os eventos, ainda que ordinários, são atribuídos ao Poder Público caso sejam imprevisíveis ou, se previsíveis, de consequências incalculáveis.

Quanto ao recorte recursal, conforme acima delimitado, **o risco definido à contratada quanto ao consentimento perante as instâncias de aprovação foi estabelecido na cláusula segunda**:

> *Cláusula segunda – Das obrigações e responsabilidades da contratada.*
>
> *À CONTRATADA, além das obrigações estabelecidas em cláusulas próprias deste instrumento e seus anexos, bem como daquelas estabelecidas em lei, em especial as definidas nos diplomas federal e estadual sobre licitações, cabe:*
>
> *(...)*
>
> *XIX - **providenciar o licenciamento e outros requisitos para a instalação do canteiro de obras e execução dos serviços**, sendo também responsável por todas as providências, bem como pelo pagamento de taxas e emolumentos junto às concessionárias de serviços públicos, para efetivação das ligações definitivas de água,*

telefone, energia elétrica, esgoto, gás e outros itens pertinentes, sendo essas condições necessárias ao recebimento definitivo da obra.

Ressalta-se que **a aprovação de projetos perante as instâncias públicas competentes é atividade típica empresarial no âmbito do mercado**, ou seja, trata-se de **álea ordinária**, de modo que o risco contratualmente atribuído à contratada está de acordo com a sistemática da Lei nº 8.666/1993, em especial o art. 65, II, "d".

Daí porque não cabe a invalidação da penalidade aplicada, uma vez que ela decorreu dos termos do edital, ao qual a contratada encontra-se vinculada (art. 3º da Lei nº 8.666/1993), e dos termos do contrato administrativo por ela firmado.

Havendo o atraso da empreitada e sendo esse um risco a ela atribuído, conforme demonstrado, não é possível escusar-se dela sob a alegação de que não deu causa à demora.

Não cabe aqui adentrar no campo da subjetividade, porquanto **o atraso na empreitada é um fato objetivamente verificado**, sendo que o risco pela ocorrência do evento foi atribuído à contratada.

Impende ainda ressaltar que **a demora na aprovação nas instâncias competentes é algo comum a todos os empresários, tratando-se de álea ordinária**.

Ou seja, a contratada não assumiu ônus maior do que o ordinário assumido no ato de empreender.

Por não ter gestado corretamente o risco que lhe foi atribuído, quer agora escusar-se da penalidade aplicada em razão do seu mau desempenho contratual.

III. CONCLUSÃO

Diante do exposto, o Estado de São Paulo requer o conhecimento e o provimento do recurso de apelação, para o fim de julgar improcedente o pedido inicial, condenando a autora ao pagamento das verbas decorrentes da sucumbência.

São Paulo, 3 de abril de 2020.

GUILHERME CAVALCANTI
Procurador do Estado
OAB/SP Nº 430.328

Registro: 2020.000803002

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1057305-67.2017.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO, e apelado CONSÓRCIO MOGI-GUAÇU.

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos exmos. desembargadores ALIENDE RIBEIRO (presidente) e RUBENS RIHL.

São Paulo, 29 de setembro de 2020.

MARCOS PIMENTEL TAMASSIA
Relator

VOTO Nº 12029

APELAÇÃO Nº 1057305-67.2017.8.26.0053 – COMARCA: SÃO PAULO

APELANTE: FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

APELADO: CONSÓRCIO MOGI-GUAÇU

Julgador de Primeiro Grau: Alexandra Fuchs de Araújo

CONTRATO ADMINISTRATIVO - Demanda voltada à anulação do ato administrativo de aplicação da multa referente à medição nº 14, no bojo de contrato administrativo celebrado com o ente estadual demandado para a construção de penitenciária feminina de Mogi-Guaçu. Motivos invocados pelo apelante como ensejadores dos atrasos na execução da obra (desapropriação, embargo da obra, excessivo volume de eucalipto, índice pluviométrico e demora administrativa na liberação de projetos) que não se erigiram em circunstâncias externas ao contrato, excepcionais e imprevisíveis, estranhas à vontade das partes (álea econômica). Conjunto probatório dos autos que, no mais, não afastam a legalidade da multa imposta – Sentença reformada – Recurso provido.

Vistos etc.

Trata-se de recurso de apelação interposto pela **FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO** por inconformismo com a r. sentença de fls. 988/993 que, nos autos de ação ajuizada pelo **CONSÓRCIO MOGI-GUAÇU**, julgou os pedidos procedentes, "*a fim de declarar a nulidade do ato administrativo que culminou com a aplicação da multa referente à medição nº 14, bem como a inexigibilidade desta.*" (fl. 992). Na oportunidade, a exma. magistrada sentenciante consignou que "*grande parte dos argumentos arguidos pela parte autora não podem ser acolhidos, pois ou já foram considerados pela administração, ou não se sustentam pela realidade dos fatos. No entanto, a demora de resposta por parte do ente público de Mogi-Guaçu é fato suficiente que não deve o consórcio ser responsabilizado pelo atraso em questão.*" (fl. 992).

Em suas razões (fls. 999/1006), a **FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO** sustentou, em apertado resumo, que o atraso verificado na 14ª medição da obra não decorreu de demora na aprovação pelos órgãos da Prefeitura de Mogi-Guaçu, mas, sim, de comportamento desidioso do apelado. Afirma, na sequência, que ainda que se

considere que o atraso se deveu à delonga da Prefeitura em questão, o apelado havia assumido esse risco na celebração do contrato. Dessa forma, ao objetivar a nulidade da multa contratual, acaba alterando a matriz de risco definida pelo contrato. Afirma, no mais, que a penalidade aplicada decorreu dos termos do contrato, não havendo que se falar em sua invalidade. Requer, nesses termos, a reforma do julgado de primeiro grau.

Contrarrazões foram apresentadas às fls. 1.012/1.022. É o relatório.

DECIDO.

O recurso é tempestivo. Os demais requisitos de admissibilidade foram preenchidos.

Cuida-se de ação anulatória ajuizada pelo Consórcio Mogi Guaçu contra a Fazenda Pública do Estado de São Paulo.

Narra o autor, em sua peça inicial, que, após ter vencido o procedimento licitatório (Concorrência nº 002/201 - fls. 62/146) realizado pelo estado de São Paulo, por intermédio da Secretaria de Administração Penitenciária (SAP), assinou com a Administração estadual o Contrato nº 16/2012 (fls. 147/167), que tinha por objeto a execução de obras e serviços de engenharia para a construção da "Penitenciária Feminina de Mogi-Guaçu com ala de progressão penitenciária", situada na Rodovia Vice-Governador Almino Monteiro Álvares Afonso, no Município de Mogi-Guaçu.

Busca-se, por meio da presente demanda, a anulação de multa referente à **medição nº 14**, correspondente ao período de 23.7.2013 a 21.8.2013, aplicada pela autoridade administrativa em virtude de suposto atraso na execução da obra.

Argumenta o autor que, no transcorrer da relação contratual, sobrevieram diversos obstáculos resultantes de circunstâncias não previstas no instrumento convocatório, ou, mesmo que previstas, com incompatibilidades em face da real situação do local onde a obra seria erigida.

As principais justificativas para o atraso, portanto, foram as seguintes: i) demora na desapropriação; ii) embargo da obra; iii) volume do eucalipto empregado; iv) alto índice pluviométrico no período; e v) demora da Prefeitura Municipal de Mogi-Guaçu em aprovar e liberar projetos.

A demandada, por seu turno, defende que as penalidades impostas têm razão de ser, uma vez que os atrasos não são justificáveis.

Nesse embate, a controvérsia consiste em aferir se o atraso na execução da obra decorreu de áleas **extraordinárias** (econômicas ou administrativas), não podendo ser imputado ao consórcio demandante, ou de áleas ordinárias (ou empresariais),

inerentes ao risco do empreendimento assumido, que devem ser absorvidas pelo particular contratado.

Como ensina MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, "*além da força maior, apontam-se três tipos de áleas ou riscos que o particular enfrenta quando contrata com a Administração:*

1. ***Álea ordinária*** *ou* ***empresarial****, que está presente em qualquer tipo de negócio; é um risco que todo empresário corre, como resultado da própria flutuação do mercado; sendo previsível, por ele responde o particular. Há quem entenda que mesmo nesses casos a Administração responde, tendo em vista que nos contratos administrativos os riscos assumem maior relevância por causa do porte dos empreendimentos, o que torna mais difícil a adequada previsão dos gastos; não nos parece aceitável essa tese, pois, se os riscos não eram previsíveis, a álea deixa de ser ordinária;*
2. ***Álea administrativa****, que abrange três modalidades:*
   a) *uma decorrente do poder de* ***alteração unilateral*** *do contrato administrativo, para atendimento do interesse público; por ela responde a Administração, incumbindo-lhe a obrigação de restabelecer o equilíbrio voluntariamente rompido;*
   b) *a outra corresponde ao chamado* ***fato do príncipe****, que seria um ato de autoridade, não diretamente relacionado com o contrato, mas que repercute indiretamente sobre ele; nesse caso, a Administração também responde pelo restabelecimento do equilíbrio rompido;*
   c) *a terceira constitui o* ***fato da Administração****, entendido como toda conduta ou comportamento desta que torne impossível, para o cocontratante particular, a execução do contrato (Escola, 1977, v. I: 434); ou, de forma mais completa, é "toda ação ou omissão do Poder Público que, incidindo direta e especificamente sobre o contrato, retarda, agrava ou impede a sua execução" (Hely Lopes Meirelles, 2003: 233);*
1. ***álea econômica****, que corresponde a circunstâncias externas ao contrato, estranhas à vontade das partes, imprevisíveis, excepcionais, inevitáveis, que causam desequilíbrio muito grande no contrato, dando lugar à aplicação da teoria da imprevisão; em princípio, repartem-se os prejuízos, já que não decorreram da vontade de nenhuma das partes."* (*Direito Administrativo,* 20ª edição, São Paulo: Atlas, 2007, p. 257/258). (Negritado no original).

Na espécie, o mm. Juízo de primeiro grau anotou, na decisão de fls. 531/532, ser "*questão de fato controversa se o atraso na Medição nº 14 se deu em razão da desídia da autora, como entendeu a Administração, ou se houve outros fatores determinantes, tais como chuva, invasões de terceiros de demora na aprovação dos projetos*". Dessa forma, na mesma oportunidade, deferiu a produção de prova pericial.

Após a realização da perícia – laudo técnico acostado às fls. 646/729, seguido dos esclarecimentos periciais de fls. 896/905 e 936/941 – sobreveio a r. sentença de fls. 988/993, que julgou os pedidos procedentes, consignando que "a demora de resposta por parte do ente público de Mogi-Guaçu é fato suficiente que não deve o consórcio ser responsabilizado pelo atraso em questão" (fl. 992).

Conquanto se respeite o entendimento firmado em primeiro grau de jurisdição, o recurso interposto comporta provimento.

Com efeito, a análise das provas constantes do processo não indica que o atraso verificado na 14ª Medição se deveu a quaisquer das causas apontadas pelo Consórcio apelado.

Assinala o perito que o Contrato nº 16/2012 tinha o prazo original de vigência estabelecido em 512 dias, tendo sido prorrogado em 8 (oito) oportunidades, por conta dos aditivos firmados – ficando com prazo total de 738 dias. A execução do objeto contratual, inicialmente projetada para ser concluída em 450 dias, foi prorrogada 6 (seis) vezes, alcançando 570 dias.

O valor previsto para a 14ª Medição (objeto dos autos) era de R$ 2.419.302,17, tendo sido medido apenas R$ 1.904.500,93. Conforme relatado pelo perito, "*os dias de atraso são calculados de acordo com o desenvolvimento financeiro da obra a cada medição.*" Na medição nº 14 restou "*um salvo não realizado de R$ 514.801,24, que é a diferença entre o valor previsto e o valor medido*" (fl. 683).

Do total dos dias de atraso, após o parcial acolhimento da defesa prévia apresentada pelo consórcio administrativamente, foram descontados os *dias justificados*, referentes aqueles em que os serviços foram prejudicados em decorrência de fortes chuvas. Assim, alcançando-se um total de **3 (três) dias de atraso,** o montante da multa foi fixado em R$ 3.088,81, conforme cálculos de fl. 686.

Às fls. 687 e seguintes, o auxiliar de confiança do juízo passou a analisar os argumentos lançados pelo autor para justificar a total impossibilidade de se aplicar a multa em questão.

Com base nos apontamentos periciais, bem como nos demais elementos probatórios constantes nos autos, é possível concluir que a: i) suposta demora na desapropriação; ii) o embargo da obra; iii) o volume do eucalipto empregado; o iv) alto índice pluviométrico no período; e v) a demora na liberação de projetos por parte da prefeitura não podem ser considerados como argumentos legítimos a afastar a incidência

da multa aplicada, porquanto não se erigiram em circunstâncias externas ao contrato, excepcionais e imprevisíveis, estranhas à vontade das partes (álea econômica).

Relativamente ao **índice pluviométrico do período**, é certo que este fator já havia sido considerado pela Administração Pública, uma vez que ensejou, conforme exposto, a diminuição do valor da multa inicialmente imposta, reconhecendo-se que o evento justificaria alguns dias de atraso nos serviços. Não se trata, portanto, de fundamento suficiente para afastar a sanção em tela.

Quanto à suposta **demora na desapropriação** do terreno para execução do objeto contratual, o perito consignou que a imissão na posse havia sido deferida em janeiro de 2009, e efetivada em fevereiro do mesmo ano. Assinala o *expert*, ainda, que em imagem de 31 de outubro de 2012, é possível observar que "*o terreno objeto do contrato estava com o serviço de corte de madeira/limpeza realizado no período da 5ª medição, ou seja, anteriormente ao período da 14ª medição"* (fl. 698). Não há, portanto, qualquer relação comprovada entre a desapropriação da área e o atraso dos serviços relativos à 14ª Medição.

No que se refere ao **embargo da obra**, o auxiliar do juízo assentou, à fl. 700 do laudo técnico, que a despeito do aludido embargo, a obra não foi paralisada e prosseguiu com os serviços de corte de eucalipto, conforme dava conta Ata de Vistoria juntada no laudo. Por sua vez, quanto ao **acréscimo do volume de eucalipto**, o perito apurou que "*esse acréscimo de quantitativo foi uma das justificativas para a elaboração do 1º e 2º termos de aditamento, que prorrogaram, respectivamente, 29 e 64 dias, o contrato. (...) o corte dos eucaliptos foi realizado completamente em período anterior a outubro de 2012, sem outras intercorrências"* (fl. 701). Também sob esses pontos de vista, portanto, não há que se falar em ilegalidade na aplicação da multa em comento.

Finalmente, tampouco a suposta **demora na liberação de projetos**, por parte da Prefeitura Municipal de Mogi-Guaçu, caracterizar-se-ia como álea extraordinária, a justificar o atraso verificado e liberar o autor da multa aplicada.

Conforme visto, a 14ª Medição abarcou o período de 23/7/2013 a 21/8/2013 (fl. 678). Nesse intervalo, o autor alega que não conseguiu, junto à Prefeitura Municipal de Mogi-Guaçu, as liberações e aprovações de que necessitava, tendo protocolado os seguintes processos administrativos:

i) Processo nº 4541/2010 (Protocolo em abril de 2010), voltado à apresentação dos Projetos de Drenagem da Penitenciária;

ii) Processo nº 3932/2013 (Protocolo em março de 2013), voltado à apresentação do projeto de melhoria viária (rotatória), para manifestação e diretrizes;

iii) Processo nº 6638/2013 (Protocolo em maio de 2013), voltado à apresentação de diretrizes para execução de emissário de esgoto à beira da Rodovia Vice-Governador Almino Monteiro Alves Afonso, no percurso entre o KM 14 + 500m ao KM 10 + 50m.

O autor alega, nesse sentido, que a Administração Municipal teve prazo suficiente para a análise das solicitações, de modo a não provocar quaisquer atrasos nas obras relativas à medição ora em comento. Ocorre, porém, que a resposta do município somente veio em novembro de 2013 – data posterior, portanto, à Medição nº 14, que durava até 21.08.2013. Daí, então, a tese sustentada pelo consórcio, no sentido de que a demora na liberação dos projetos teria sido causa do atraso verificado nos serviços concernentes à medição em tela.

Sem razão, contudo.

Em que pese o esforço argumentativo do autor, em momento algum dos autos restou **cabalmente demonstrado** que a suposta demora na liberação dos projetos, por parte da Prefeitura Municipal de Mogi-Guaçu, teria sido a causa dos atrasos que ensejaram a aplicação da multa em comento.

A análise dos documentos juntados aos autos, e do laudo pericial produzido, não revela que a suposta demora na liberação de projetos, por parte da prefeitura, seria fator preponderante para o atraso apurado na medição em questão.

Na esteira do já exposto, o valor previsto para a 14ª Medição era de **R$ 2.419.302,17**, tendo sido medido apenas **R$ 1.904.500,93**. Questionado o *expert* se os serviços considerados impedidos de serem executados estavam planejados para ao período em questão, houve a seguinte resposta: "*o tema foi desenvolvido no corpo do laudo, uma vez que o objetivo a ser alcançado mensalmente se expressava pela verba estimada a ser medida. **Os serviços poderiam ser intercambiados e, pelo que se depreende do material documental disponível nos autos, haviam atividades em curso que alcançariam a verba prevista***".(fl. 716).

Extrai-se do apontamento pericial que, ainda que houvesse serviços que, para serem executados, dependiam da resposta da prefeitura às solicitações administrativas formuladas pelo consórcio, é certo que o valor de R$ 2.419.302,17 – que deveria ter sido medido –, **poderia ser atingido a partir da execução de outras atividades,** uma vez que elas eram, nas palavras do próprio perito, intercambiáveis.

Adiante, quando o perito foi questionado se poderia identificar as reais causas dos supostos atrasos referentes à Medição nº 14, respondeu que "*a perícia é indireta e as causas atribuídas ao desatendimento da verba prevista para o mês da 14ª medição teriam sido: chuvas e dificuldades administrativas municipais. **No corpo do laudo, evidenciou-se que não poderiam comprometer os seis dias que se pretendeu ver abonadas**"* (fl. 727).

Ficou claro, portanto, que os argumentos de que se valeu o autor para pleitear a anulação da multa imposta não prosperam. As supostas causas para o atraso verificado na 14ª Medição, consoante os apontamentos periciais, não justificariam todos os dias de atraso verificados.

Assim, ainda que por hipótese se conceba que, de fato, houve demora da Prefeitura de Mogi-Guaçu na análise de solicitações administrativas formuladas pelo autor, voltadas à liberação de projetos, é certo que essa morosidade não influiu, preponderantemente, para o atraso constatado na 14ª Medição.

Além disso, não se trata de situação incomum no cotidiano das contratações administrativas, de maneira que esse risco é precificado pelas empreiteiras no momento da formulação das propostas, não podendo ser tomado como evento imprevisto e tampouco dotado de consequências imprevisíveis. Configura, por assim dizer, álea ordinária ou empresarial, devendo por ele responder o particular.

Tanto é assim que o próprio contrato celebrado entre as partes, em sua cláusula segunda ("*das obrigações e responsabilidades da contratada*"), previa que "À CONTRATADA, além das obrigações estabelecidas em cláusulas próprias deste instrumento e seus anexos, bem como daquelas estabelecidas em lei, em especial as definidas nos diplomas federal e estadual sobre licitações, cabe: (...) XIX *- providenciar o licenciamento e outros requisitos para a instalação do canteiro de obras e execução dos serviços, sendo também responsável por todas as providências, bem como pelo pagamento de taxas e emolumentos junto às concessionárias de serviços públicos, para efetivação das ligações definitivas de água, telefone, energia elétrica, esgoto, gás e outros itens pertinentes, sendo essas condições necessárias ao recebimento definitivo da obra*" (fl. 150).

Inexiste na espécie, portanto, álea extraordinária que possa afastar a falta atribuível ao autor e, por consequência, a multa que lhe foi imposta.

No mais, do ponto de vista formal, não há qualquer ilegalidade na multa aplicada. O consórcio foi notificado administrativamente acerca da penalidade imposta, tendo sido a referida decisão administrativa adequadamente motivada (fl. 276). Da

mesma forma, após apresentação de defesa prévia (fls. 321/327), a decisão responsável pela diminuição do valor da multa foi, igualmente, motivada nos termos legais (fls. 278/279 e 297). Houve, ainda, notificação para apresentação de recurso administrativo (fl. 299). Não há qualquer nulidade, nesse aspecto, a ser declarada.

Por fim, registro que, em casos muito semelhantes, envolvendo a aplicação de multa ao consórcio autor em função de atrasos verificados nas medições nºs 7A, 7B, 8 e 9 (Apelação nº 1041784-19.2016.8.26.0053) e medição nº 16 (Apelação nº 1005718-69.2018.26.0053), relativas à mesma obra, esta c. 1ª Câmara de Direito Público, em acórdãos de minha relatoria, houve por bem **manter as multas impostas**, afastando, diga-se, argumentos do consórcio que haviam sido lançados nos referidos casos e, em grande parte, **repetidos** nos presentes autos.

Invertam-se os ônus sucumbenciais. Deixo de majorar o valor dos honorários advocatícios, posto que fixados em patamar máximo na r. sentença (20% sobre o valor da causa).

De resto, para facultar eventual acesso às vias especial e extraordinária, considero prequestionada toda a matéria infraconstitucional e constitucional, observando a remansosa orientação do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, na hipótese de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão colocada tenha sido decidida[1].

Ante todo o exposto, voto pelo **PROVIMENTO** do presente recurso.

MARCOS PIMENTEL TAMASSIA
Relator

1 EDROMS 18.205/SP, ministro Felix Fischer, DJ. 8/5/2006, p. 240.