



Contestação em ação de cobrança proposta por Petróleo Brasileiro S/A - Petrobrás, concessionária no contrato de concessão onerosa de uso de bem público (área aeroportuária) com encargo de construção de obra e reversão dos bens ao patrimônio do concedente (Departamento Aeroviário do Estado de São Paulo - Daesp), em face da empresa Voa SP S/A em litisconsórcio passivo. Pretendia a autora o ressarcimento dos valores que investiu na implantação da infraestrutura, eis que superiores à estimativa inicial. A ação foi julgada improcedente por ausência de previsão contratual que suportasse a pretensão, entendendo-se que "(...) foi ela, autora, quem deu causa, tanto por frustração do cronograma contratual quanto pelo empenho de recursos que fugiam ao horizonte de expectativas do contrato administrativo."

EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) DOUTOR(A) JUIZ(A) DE DIREITO DA 3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL - FAZENDA PÚBLICA**Procedimento Comum nº 1094884-34.2019.8.26.0100****Requerente: PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. PETROBRAS****REQUERIDO: VOA SP S.A. E DEPARTAMENTO AEROVIÁRIO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

O DEPARTAMENTO AEROVIÁRIO DO ESTADO DE SÃO PAULO, pelo procurador do Estado que esta subscreve, mandato *ex lege* (art. 132, da CRFB e arts. 98 e 99, I, da Cesp), nos autos em epígrafe, vem à presença de Vossa Excelência apresentar sua **CONTESTAÇÃO** (arts. 188, 335 e seguintes, todos do CPC), nos termos a seguir deduzidos:

SÍNTESE DOS FATOS E DA POSTULAÇÃO

Versam os autos ação de cobrança proposta por Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras), concessionária no contrato de concessão onerosa de uso de bem público (área aeroportuária) com encargo de construção de obra e reversão dos bens ao patrimônio do concedente (Departamento Aeroviário do Estado de São Paulo - “Daesp”), em face da ora contestante e da empresa VOA SP S.A. em litisconsórcio passivo.

Aduziu a parte autora, em apertada síntese, que foi firmado entre o Daesp e a Petrobras contrato de concessão de uso de área aeroportuária com reversão pelo prazo contratual de 2.920 dias¹ (ou 8 anos), prevendo a obrigação da concessionária em construir terminal de passageiros na área de 972 m² ao lado de terminal de passageiros já existente com 440 m² de área construída no Aeroporto de Itanhaém e de pagar o preço mensal de R\$ 100.018,80, sendo concedido o desconto de 60% do valor pelo período de 23 meses e 8 dias do prazo total da concessão a título de amortização da construção a ser realizada pela concessionária (“Petrobras”), que se iniciaria quando

1 Contrato Daesp nº ACOM/001/11(número Daesp)/Contrato nº 2050.0062372.10.2 (número PETROBRAS) - documento anexo.

concluída a construção pela concessionária,² alegando ter o direito à amortização de tudo que gastara independentemente de quaisquer prazos fixados no contrato.

Ainda segundo a parte autora, “o *Daesp*, unilateralmente, decidiu ‘inovar’ o contrato e impor o valor cheio do preço específico antes que as obras estivessem concluídas” (fls. 20 da petição inicial), o que teria criado uma discrepância entre a amortização pretendida pela Petrobras e aquela autorizada pelo *Daesp*, sendo que a concessionária apresentou uma conta de R\$ 17.085.554,33, embora a estimativa inicial da obra fosse de R\$ 1.535.565,60 pelo Anexo IV do contrato (fls. 13 e 21 da petição inicial).

Sob tais fundamentos fáticos, alega ter direito contratual à amortização (cláusulas 6.1.2 e 6.2) do valor de R\$ 17.085.554,33 apresentado pela concessionária e que teria havido um abuso de direito por parte do *Daesp* em não autorizar a amortização pretendida, pleiteando a condenação do *Daesp* e da VOA SP S.A., que se sub-rogou no contrato de concessão de direito ou ao menos de fato, explorando o terminal de passageiros, com base em responsabilidade civil contratual e em enriquecimento sem causa.

A pretensão não merece prosperar, como restará demonstrado a seguir.

INEXISTÊNCIA DO DIREITO DE AMORTIZAÇÃO: VIOLAÇÃO DAS DISPOSIÇÕES CONTRATUAIS, DEVER DE INFORMAÇÃO, DE COOPERAÇÃO E DEVER DE NÃO AGRAVAR PREJUÍZOS

O contrato de concessão celebrado entre as partes era por período certo e determinado (2.920 dias), contendo inclusive o prazo para amortização (23 meses e 8 dias), prevendo inclusive projeto básico da construção a ser realizada e estimativa de valor, de modo que não poderia a concessionária realizar obras com qualquer valor de dispêndio que entendesse oportuno e ver-se ressarcida da quantia que viesse a gastar com a manutenção da concessão extrapolando quaisquer prazos contratuais indefinidamente.

A parte autora (Petrobras) é empresa multinacional com larguíssima experiência nas áreas de engenharia e construções, de renome internacional por diversos feitos técnicos em avançados projetos de engenharia e exploração de combustíveis fósseis, transporte, energia e atividades afins.

2 21. PREÇO MENSAL: 1. Do início do contrato até o término das obras: R\$ 33.006,20. 2. No período de amortização: R\$ 40.007,52. 3. Do término da amortização até o término do contrato: R\$100.018,80.

Tinha a concessionária competência técnica mais que suficiente para estimar custos de construção de um terminal de 972 m² em local que já era conhecido pela empresa por vários anos, uma vez que o Aeroporto de Itanhaém lhe serve de base para transporte de pessoas e coisas para plataformas de exploração em águas profundas na plataforma continental há alguns quilômetros de distância do litoral paulista (*offshore*).³

Nesse diapasão, resulta claro dos termos do contrato de concessão de uso com reversão que a concessionária assumiu os riscos e a responsabilidade pela construção e implementação do terminal de passageiros, às suas expensas, conforme a Cláusula Terceira do contrato (“Da Construção”).

Como empresa concessionária com expertise, cabia-lhe verificar os riscos e os custos de tal empreendimento, de modo que considerou adequada a remuneração e viável a implantação nos termos do contrato, tanto que assentiu com o contrato que celebrou com o réu Daesp.

É de fulcral importância frisar que o contrato assinado continha projeto, prazo de execução, forma e valor de amortização do investimento, ou seja, não se tratava de uma contratação “às cegas”, mas plenamente mensurável em seu conteúdo e seu custo pela PETROBRAS pelos termos da contratação:

11	Prazo contratual:	2.920 dias	12	Início	A partir da assinatura do contrato	13	Término:	
14	Prazo dos projetos e obras:	<p>a) 120 (cento e vinte) dias para apresentação dos projetos completos a partir do início do contrato, podendo ser prorrogado, a critério do Daesp;</p> <p>b) 30 (trinta) dias para iniciar as obras, a partir da AUTORIZAÇÃO PARA INÍCIO DE OBRAS que será emitida pelo Daesp mediante apresentação da licença de instalação (Cetesb), podendo ser prorrogado, a critério do Daesp;</p> <p>c) 365 (trezentos e sessenta e cinco dias) para término da construção a partir da AUTORIZAÇÃO PARA INÍCIO DE OBRAS, podendo ser prorrogada, a critério do Daesp;</p> <p>d) O não cumprimento dos prazos estipulados pelo Daesp implicará rescisão unilateral do contrato sem direito à indenização.</p>						

(...)

3 A respeito, mencionamos excerto de comunicação enviada pela própria parte autora:

“À Superintendência Daesp,

Com o intuito de esclarecer o conteúdo disposto no Ofício nº 238/2012 Daesp, de 29 de junho de 2012, o E&P-SERV/US-LOG vem através deste email ratificar que o Aeroporto de Itanhaém é considerado um ponto estratégico de apoio logístico às atividades offshore da Petrobras, sobretudo para o transporte de passageiros para as plataformas marítimas de exploração e produção de petróleo, e tal relevância é expressa no contrato nº 2050.0062372.102 firmado entre o Daesp e a Petrobras para a concessão de uso de área aeroportuária a título oneroso” (documento anexo).

17	Área total (m ²)	972,00 m2 (novecentos e setenta e dois metros quadrados), área solicitada em projeto para construção e adequação do TPS do aeroporto.
18	CONDIÇÕES FÍSICAS DA ÁREA:	Conforme ANEXO II - Projeto.
19		Investimentos com realização de edificações ou benfeitorias permanentes (imóveis).

(...)

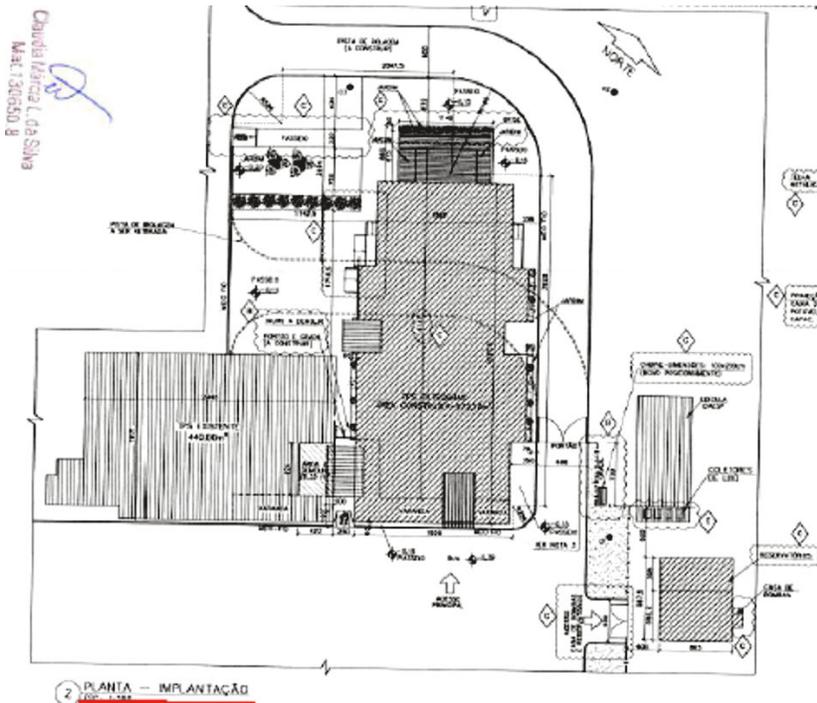
2.1. A área concedida, objeto deste instrumento, encontra-se descrita na planta constante do Anexo II deste termo e que faz parte integrante deste contrato.

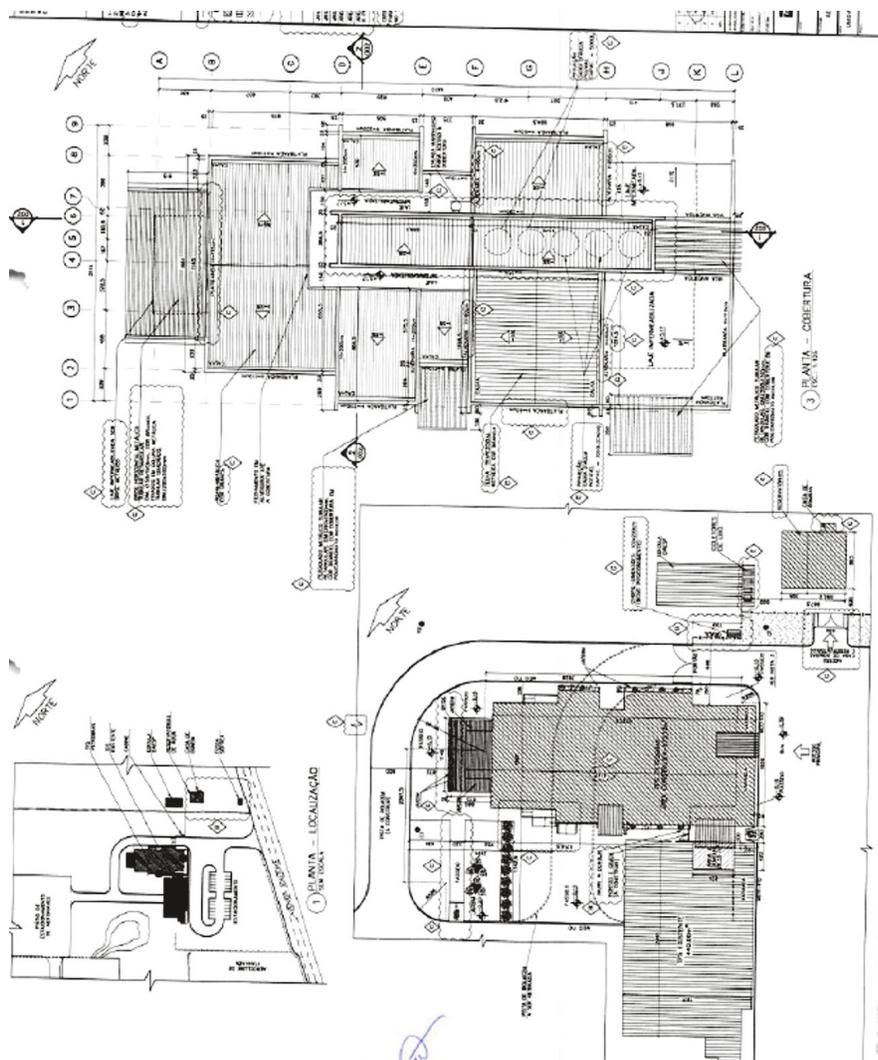
(...)

CLÁUSULA TERCEIRA - DA CONSTRUÇÃO

3. Na área referida na Cláusula Segunda, o CONCESSIONÁRIO deverá construir um Terminal de Passageiros de acordo com as plantas e especificações aprovadas pelo DAESP, sem prejuízo de outras exigências advindas do Poder Público de qualquer esfera ou natureza.
 - 3.1. A construção terá início no prazo definido na folha de rosto deste instrumento.
 - 3.2. O CONCESSIONÁRIO assume perante o DAESP plena e total responsabilidade legal, administrativa e técnica pela perfeita execução das obras, comprometendo-se a não promover modificações no projeto ou nas especificações, sem a prévia e expressa aprovação do DAESP.

(...)





(Excertos do contrato e Anexo II do contrato – documentos anexos)

Também eram previstos, como mencionado, a forma, o prazo e o valor da amortização a ser feita no contrato celebrado:

(...)

21	Preço mensal:	1. Do início do contrato até o término das obras: R\$ 33.006,20 2. No período da amortização: R\$ 40.007,52 3. Do término da amortização até o término do contrato: R\$ 100.018,80
----	---------------	--

(...)

CLÁUSULA NONA – DO PRAZO

9. Das obras:

O prazo para a conclusão das obras é o estipulado na folha de rosto do presente contrato.

9.1. Da amortização:

9.1.1. O prazo da amortização das benfeitorias permanentes será de 23 meses e 08 dias, tendo como base o valor fixado para o investimento, conforme Estudo Técnico Petrobras/SEPV-E–206/09, em anexo aprovado pela Daesp.

9.2. Da vigência do contrato:

9.2.1. O contrato terá o prazo de vigência determinado na folha de rosto.

Não há se falar, portanto, em “inovação” do contrato ou em “imposição de um valor específico” por parte do Daesp para amortização do investimento, tal como alardeado pela parte autora.

Além de existir um *estudo técnico prévio elaborado com estimativa de R\$ 1.535.565,60 que constituía o Anexo IV ao contrato*, como já consignado pela própria Autora,⁴ é curial notar que basta uma operação simples para se deduzir que a amortização estava contratualmente prevista em 60% do valor ofertado, portanto, em R\$ 60.011,28 mensais por 23 meses e 8 dias.

A amortização contratualmente prevista, portanto, era de R\$ 1.381.862,44 (60.011,28 reais x 23,26 meses).

Valor esse, inclusive, inferior à estimativa de construção do estudo técnico (R\$ 1.535.565,6), o que denota ser da realidade do contrato que os custos da obra deveriam ser de aproximados 1,4 milhão e que a amortização possivelmente seria inferior ao custo total, a depender da eficiência da concessionária na realização da obra, QUE CORRIA POR SUA CONTA E RISCO.

4 Pois bem: a) A construção do Terminal de Passageiros afigura um encargo inerente ao objeto contratual. No momento da assinatura da concessão, elaborou-se mera estimativa de custos, tal como consta da folha de rosto, com base em cálculo simples da metragem versus índices genéricos da construção civil. Nesse cenário, a estimativa original para a construção foi formulada por meio do Estudo Técnico ENGENHARIA/SL/SEPAV-E-206/2009 (Anexo IV ao contrato) e prévia, na ocasião de sua elaboração, custo de R\$ 1.535.565,60. Tal valor, como se verá, no plano dos fatos, foi largamente superado pelos custos reais da construção – não ressarcidos, nem um, nem outro – em razão das adequações técnicas necessárias à estrutura. (fls. 6 da petição inicial)

Com a devida vênia, é um verdadeiro despropósito com relação ao contrato celebrado entre as partes a pretensão de amortizar o gasto de R\$ 17.085.554,33 (mais de 17 milhões!).

É um delírio da Petrobras fazer investimentos de tal monta em contrato de concessão de uso que previa pouco mais de 23 parcelas de R\$ 60 mil para amortização, cujo móvel não é outro senão deter indefinidamente a posse do terminal de passageiros por ela utilizada, à revelia do contrato celebrado e do poder concedente.

A amortização desejada pela parte autora implicaria **284,7 meses, ou 23,7 anos, superando em muito o prazo contratual da concessão de 8 anos (ou 2.920 dias)⁵, prazo contratual certo e determinado desde sempre conhecido pela Petrobras ao assinar o contrato.**

A concessionária era plenamente conhecedora dos termos do contrato, do seu prazo total e do prazo de amortização (cláusulas 11 e 21 do contrato e cláusulas 9.1 e 9.2 do Anexo I), mesmo assim resolveu **descumprir o escopo do contrato e sua própria lógica econômica, em absoluta expressão de má-fé contratual.**

A propósito, vale mencionar o disposto no Código Civil:

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

§ 1º. A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que:

(...)

V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração.

É de clareza solar que a expressão econômica do contrato e sua racionalidade econômica inerente, **contendo amortização mensal de 60 mil reais⁶ por 23 meses e prazo total de 8 anos da concessão – incluindo prazo de projeto executivo e execução da obra** – não permitiam e não eram compatíveis com o investimento de 17 milhões, *se é que tal investimento efetivamente fora realizado.*

5

11	PRAZO CONTRATUAL:	2.920 dias
----	-------------------	------------

6

21	PRAZO MENSAL:	1. Do início do contrato até o término das obras: R\$ 33.006,20 2. No período da amortização: R\$ 40.007,52 3. Do término da amortização até o término do contrato: R\$ 100.018,80
----	---------------	--

O projeto era conhecido, o prazo da concessão era conhecida, a forma, prazo e valor da amortização eram, também, conhecidos, sendo verdadeiro despautério a alegação da Petrobras de que houve “imposição” de um valor de amortização pelo Daesp e que fora “surpreendida” com suposta “inovação” contratual, pois não guardou a devida conduta de boa-fé contratual na execução do contrato.

Isto porque, seja por imprudência ou má gestão, seja porque pretendeu mesmo o resultado, descurou-se totalmente das disposições do negócio e da racionalidade econômica do contrato, realizando obra muito além dos custos devidos e acordados.

Verificada tamanha – *alegada* – disparidade, cabia à concessionária pleitear aditamento contratual e **informar** adequadamente a nova realidade econômica pretendida e **não fazer como bem lhe aprouvesse para depois pretender uma amortização descabida e não contratada em desacordo com a boa-fé contratual**.

Há evidente violação da parte autora aos deveres anexos ou acessórios do contrato atinentes à boa-fé contratual, que inclui as seguintes condutas: **informação, cuidado, aviso**, esclarecimento, **previdência**, segurança, **prestação de contas, cooperação**, proteção, **cuidado com a pessoa e com o patrimônio da contraparte**.⁷

No caso concreto porque houve violação ao *duty to mitigate the loss*, impondo o inadimplemento contratual da parte autora, que não pode agora reclamar tais danos: “1. *A violação dos deveres anexos dos contratos decorrentes do princípio da boa-fé, em especial o dever de lealdade e de informação, implica inadimplemento do contrato*”.⁸

Tratando-se de obrigação no âmbito do contrato de concessão, qualquer mudança que se pretenda nela operar deve contar necessariamente com a anuência/vontade do Poder Público em aditamento contratual, o que não ocorreu, para alteração dos projetos, prazos e valores.

Se optou por fazer dispêndios e investimentos substancialmente superiores **em violação às disposições contratuais (cláusulas 11, 17, 18 e 21 do contrato e cláusulas 3^a, 9.1 e 9.2 do Anexo I, além do Anexo II)**,⁹ o fez por sua conta e

7 MARTINS-COSTA, Judith. Direito e cultura: entre as Veredas da Existência e da História. *Revista do Advogado*, São Paulo, nº 61, p. 73, nov. 2000.

8 TJ-MA – Apelação nº 0172952014 MA 0001207-40.2010.8.10.0063. Primeira Câmara Cível. Relator: Kleber Costa Carvalho. Data de Julgamento: 31/7/2014.

9 Todas já colacionadas acima nas páginas 4 a 6 da contestação.

risco, não podendo agora alegar seu comportamento torpe para pleitear indevida reparação por obrigação de sua parte *mal adimplida*, porque excessivamente onerosa e executada por sua exclusiva responsabilidade.

Para alongar a concessão por 23,7 anos e realizar investimentos que diz ter realizado, deveria ter buscado o poder concedente para realizar aditamento contratual, que seria analisado sob a ótica da oportunidade e conveniência de tais investimentos.

Entretanto, assim não procedeu, agindo por sua conta e risco em confronto ao que dispunha o contrato para depois pretender indenização milionária.

Conforme o Enunciado nº 169 da III Jornada de Direito Civil: “O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.”

No mesmo sentido, já reconheceu o STJ em paradigmático precedente que a “ausência de zelo com o patrimônio do credor” enseja a violação do dever de agir com boa-fé contratual e ao *duty to mitigate the loss*:

“DIREITO CIVIL. CONTRATOS. BOA-FÉ OBJETIVA. STANDARD ÉTICO-JURÍDICO. OBSERVÂNCIA PELAS PARTES CONTRATANTES. DEVERES ANEXOS. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO. INÉRCIA DO CREDOR. AGRAVAMENTO DO DANO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. RECURSO IMPROVIDO.

1. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade.
2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico.
3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. *Duty to mitigate the loss*: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade.
4. Lição da doutrinadora Véra Maria Jacob de Fradera. Descuido com o dever de mitigar o prejuízo sofrido. O fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o consequente agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano.

5. Violação ao princípio da boa-fé objetiva. Caracterização de inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária, (exclusão de um ano de ressarcimento).

6. Recurso improvido.”¹⁰

Não é compatível com a boa-fé objetiva do Direito brasileiro a conduta da parte contratante que pleiteia indenização por descumprir a racionalidade econômica do contrato (art. 113, § 1º, V, CC), as previsões contratuais e o dever de cooperação, assistindo os prejuízos avolumarem-se em detrimento do patrimônio da outra parte por falta de zelo e descumprimento dos deveres de informação, cuidado, diligência, aviso, previdência etc., o que seria **beneficiar-se da própria torpeza**.

Se abuso de direito houve, foi pela parte autora, por se comportar diversamente do esperado e do pretendido pelas partes, sendo certo que “*Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.*” (art. 112, CC).

Está a situação dos autos em evidente vilipêndio à boa-fé contratual, seja por total ausência de zelo e previdência, seja por ineficiência ou má gestão, a parte autora pretende um ressarcimento absurdo às custas de um contrato **findo**, em total desconformidade às previsões contratuais e ao contexto econômico presente na contratação, o que enseja a aplicação da regra *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

Nessa toada, as relações contratuais no direito brasileiro estão permeadas por uma racionalidade econômica que não pode ser deliberadamente negada pela parte autora mediante sua própria falta de zelo e previdência, fora do contexto contratual, como já reconheceu a jurisprudência:

Cobrança de mensalidades escolares. Autora que já sabia da desistência por parte da ré, tendo mesmo riscado seu nome da lista de chamada. Tentativa de cobrar o curso inteiro, apesar dessa ciência. Inadmissibilidade. Estabelecimento de ensino que tinha o dever de atenuar os prejuízos do devedor (*duty do mitigate the loss*) e, não o fazendo, agiu deslealmente, em afronta ao artigo 422 do Código Civil, e com desvio de finalidade de suas atividades, em lesão ao artigo 187 do mesmo Código. Risível argumento de que assim agiu por mera liberalidade, pois não beneficiava o devedor e sim a ela própria. **Autora que poderia ter rescindido o contrato 90 dias**

10 REsp 758.518/PR, rel. ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 17/6/2010, REPDJe 1º/7/2010, DJe 28/6/2010.

após o início do inadimplemento, com base no artigo 6º da Lei nº 9.870/99. Juiz a quo que considerou razoavelmente esse prazo como o devido pela ré inadimplente. Apelo improvido.¹¹

AGRAVO DE INSTRUMENTO. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO DE EXECUÇÃO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. APLICAÇÃO DA TEORIA DO *DUTY TO MITIGATE THE LOSS* De acordo com a teoria *Duty to Mitigate the Loss*, as partes possuem o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas possíveis e necessárias para que o dano não seja agravado. No caso dos autos, não há como imputar à empresa agravante a responsabilidade por permanecer a execução à deriva ao longo de dez anos, considerando que os executados indicaram bens à penhora em 2009, permanecendo a instituição exequente inerte nesse período, agravando severamente seu prejuízo que assim não deverá ser arcado pela agravante. Reforma da decisão recorrida, para afastamento dos juros moratórios a contar da indicação dos bens à penhora pela agravante. AGRAVO PROVIDO.¹²

Compra e venda de bem móvel – Televisor que apresentou defeitos – Demora da fabricante na solução do impasse que levou o consumidor a ajuizar demanda para obter a restituição do preço pago pelo produto – Autor que busca, na presente ação indenizatória, ser reembolsado pelo prejuízos decorrentes das mensalidades que pagou ao plano de tv a cabo que não pôde usufruir – Impossibilidade - Aplicação da teoria do dever de mitigar os próprios prejuízos (*duty to mitigate the loss*), como decorrência dos deveres anexos impostos pela cláusula geral da boa-fé objetiva – dever de cooperação não observado pelo consumidor – hipótese em que havia possibilidade de o consumidor ter evitado o aumento do prejuízo decorrente da cobrança das mensalidades do plano de tv a cabo, bastando que tivesse adotado providência muito simples: solicitar a suspensão da assinatura junto à prestadora de serviços – sentença mantida. - Recurso desprovido.¹³

A parte autora, sabendo que o prazo de amortização (23 meses e 8 dias) seria insuficiente e mesmo o prazo da concessão após a construção (pouco mais de 6 anos) também seria insuficiente para amortizar 17 milhões de reais, nada fez para limitar os gastos da construção a seu encargo, apenas majorou seu prejuízo, sequer procurou o poder concedente para tratar de aditamento, após o momento em que já havia gasto mais de 1,5 milhão na obra.

11 TJSP; Apelação Cível nº 0065891-45.2012.8.26.0002; relator (a): Soares Levada; Órgão Julgador: 34ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 30/8/2016; Data de Registro: 30/8/2016.

12 Agravo de Instrumento, nº 70082279902, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, relator: Leoberto Narciso Brancher, Julgado em: 18/12/2019.

13 TJSP; Apelação Cível nº 1003782-33.2016.8.26.0100; relator (a): Edgard Rosa; Órgão Julgador: 25ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 10ª Vara Cível; Data do Julgamento: 15/9/2016; Data de Registro: 19/9/2016.

Assim, não pode a ré arcar com tais custos acrescidos anormais à avença, sabidamente impossíveis de serem amortizados quando foram realizados pela autora.

Noutro giro, o contrato estipulava claramente que a construção deveria ser iniciada e concluída no prazo de 365 dias (cláusula 14, item “c”)¹⁴ e que a cláusula 8.8 do Anexo I previa expressamente a rescisão do contrato caso isso não ocorresse:

8. Este contrato poderá ser rescindido, se o concessionário:

(...)

8.8. Não iniciar ou concluir a construção dentro dos prazos determinados, bem como paralisar as obras por mais de 30 (trinta) dias, salvo por motivo de força maior devidamente justificada, comprovado e aceito pelo Daesp.

E dispunha expressamente a cláusula 8.11, in fine, que a rescisão contratual por ato do concessionário implicaria a perda do direito à amortização:

9.11. Solicitar a rescisão contratual a qualquer tempo, revertendo as construções ao patrimônio do aeroporto sem qualquer indenização. **Qualquer hipótese de rescisão contratual por ato do concessionário (seja lícito ou ilícito) implicará total renúncia ao direito de ser indenizado por investimentos decorrentes do cumprimento do presente contrato.**

No presente caso, é incontroverso que a Petrobras não cumpriu o prazo previsto, superando em muito, 365 dias (ou 1 ano) para a conclusão da obra, que deveria ocorrer até 12/12/2012,¹⁵ valendo mencionar as dificuldades alegadas pela concessionária em documento protocolado no Daesp (doc. anexo):

Em 21 de dezembro de 2012, a Petrobras encaminhou um e-mail à Superintendência do Daesp, comprometendo-se a:

“(a) responder formalmente a notificação extrajudicial, incluindo no corpo a cronologia do empreendimento, mais precisamente entre o recebimento do Termo “Autorização de Início de Obras” até o real início das obras;”

14 14. Prazos dos projetos e obras: (...) c) 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias para término da construção a partir da autorização para início de obras, podendo ser prorrogado, a critério do Daesp.

15 Tal Autorização foi concedida em 12/12/2011, conseqüentemente, o prazo para conclusão das obras deveria ocorrer até 12/12/2012, conforme alínea “c” do campo 14 da folha de rosto do contrato, salvo se o prazo fosse prorrogado, “a critério do Daesp. (fls. 12 da petição inicial)

RESPOSTA:

A PETROBRAS, em 12 de dezembro de 2011, recebeu a Autorização para Início das Obras de construção do Terminal de Passageiros no Aeroporto de Itanhaém. De acordo com a Cláusula 9ª do Contrato Nº ACOM/001/11, há um prazo de 30 dias, após o recebimento desta Autorização para que as obras efetivamente se iniciem. Sendo assim, a PETROBRAS considera que o prazo máximo para início das obras se deu em 12 de janeiro de 2012.

Ocorre que, a empresa melhor classificada no processo licitatório da PETROBRAS, que visava a contratação de empresa de engenharia para a execução das obras de construção do Terminal de Passageiros, apresentou problemas em seu cadastro, o que gerou a necessidade de diligenciamentos e o atraso na finalização do processo de contratação.

Esta demora foi sinalizada à DAESP em fevereiro de 2012, conforme documentação anexa e que em síntese é transcrita no cronograma abaixo:

Tabela 01. Cronologia dos Fatos do Certame Licitatório para construção do Terminal de Passageiros.

DEZEMBRO/2011	12 de dezembro de 2011 - DAESP emite o Termo de Autorização para início das obras.
JANEIRO/2012	O certame licitatório da PETROBRAS apresentou o primeiro colocado em janeiro de 2012, após o recebimento e análise das propostas. A PETROBRAS identificou problemas no cadastro da empresa classificada como primeira colocada, solicitando a regularização. A PETROBRAS adota critérios rígidos de fiscalização contratual, estabelecidos no Decreto 2.745, de 24 de agosto de 1998, que aprova o Regulamento de seu Procedimento Licitatório Simplificado e na Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, instituindo normas sobre licitações e contratos da Administração Pública.
FEVEREIRO/2012	
MARÇO/2012	
ABRIL/2012	
MAIO /2012	
JUNHO/2012	Em junho de 2012, a empresa Vectra Engenharia foi declarada vencedora do certame, após revisão dos itens acima mencionados, e aprovação das equipes Jurídica, Tributária e Fiscal da PETROBRAS.

JULHO/2012	A equipe de comissão de licitação do presente processo finaliza a documentação técnica para aprovação do Corpo Gerencial PETROBRAS.
AGOSTO/2012	Em 15 de Agosto de 2012 a PETROBRAS celebrou a assinatura de contrato junto a empresa Vectra Engenharia, obedecendo o período de mobilização do efetivo responsável para a realização dos serviços contratados.

(...)

Face o exposto acima, a PETROBRAS vem, por meio desta, solicitar a prorrogação do prazo do término das obras para a data de 24 de setembro de 2013.

Verifica-se que a concessionária, por problemas a ela inerentes, não se desincumbiu da obrigação no caso, o que já implicava a total renúncia ao direito de ser indenizado por investimentos decorrentes do contrato (cláusula 8.11, *in fine*), o que é fato incontroverso.

Tanto é que pleiteou a prorrogação da conclusão da obra de 12 de janeiro para 24 de setembro de 2013, prorrogação de 77% do período inicialmente previsto de 365 dias e havia expressa previsão contratual de que os investimentos já realizados não seriam amortizados nesse caso.

Por mais essa violação contratual evidente, a Petrobras não possui o direito alegado.

Por derradeiro, o documento de fls. 102-104 demonstra que a parte autora anuiu com a sub-rogação dos direitos do contrato de concessão pela VOA SP S.A., isto é, manifestou inequívoco interesse em não manter a concessão celebrada, o que também ensejava a rescisão do contrato pela cláusula 8.11:

9.11. Solicitar a rescisão contratual a qualquer tempo, revertendo as construções ao patrimônio do aeroporto sem qualquer indenização. Qualquer hipótese de rescisão contratual por ato do concessionário (seja lícito ou ilícito) implicará na total renúncia ao direito de ser indenizado por investimentos decorrentes do cumprimento do presente contrato.

Isto porque não tinha mais interesse e desejou encerrar o contrato, transmitindo sua posição contratual a terceiros, o que também resulta na total renúncia ao direito de ser indenizado por investimentos decorrentes do contrato (cláusula 8.11, *in fine*), o que é fato incontroverso.

Além das violações contratuais, também pelo desejo de encerrar a relação contratual, houve renúncia ao direito de ter os investimentos amortizados, não procedendo o pedido de condenação em *supostos* custos de 17 milhões na obra, incluindo gastos que não guardam conexão com as previsões e o escopo do contrato.

INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DA FAZENDA PÚBLICA NO MONTANTE ALEGADO

De início, cabe pontuar que o contrato de concessão transferiu a posse e o uso do lote à concessionária, que fez seu projeto executivo, utilizou os materiais da qualidade e custo que entendeu pertinentes, contratou os empregados e empresas que entendeu mais ou menos competitivos/onerosos para o empreendimento, utilizou os métodos construtivos que quis etc., uma vez que a responsabilidade pela obra era exclusivamente da concessionária.

Dessa forma, exsurge a impossibilidade de carrear a quem não era responsável pela obra e não tinha a posse da área tudo o que bem entendeu gastar, bem como todos os erros e problemas de gestão que eram da responsabilidade da concessionária.

Se fez mal a obra ou se gastou demais, isso era um risco exclusivamente seu, pois o prazo do contrato e a amortização eram limitados.

O Daesp não pode ser penalizado pelo comportamento displicente e pródigo da concessionária, *nem pode ser aceito o laudo unilateral da parte autora, até mesmo porque inclui diversos elementos que demonstram o gasto desnecessário e não previsto na obrigação de construir um módico terminal de passageiros de 972 m², bens móveis (p. ex. mobiliário e ambulância) ou mesmo elementos preexistente ao terminal da Petrobras (como a área externa, jardins e pavimentação das vias) que estão sendo levados em conta.*

Nesse sentido, o laudo da parte autora (doc. 16 da petição inicial) apresenta as razões de sua divergência de valor com o laudo elaborado por engenheiro do Daesp:

“(…) existem diversas peculiaridades e características da edificação, parâmetros adotados em projetos e exigências de SMS, que geram distorções se feita utilização de método comparativo (CUB).

Segue lista de características especiais da obra:

- Grande área de jardim, calçadas e pavimentação (mais de 2.500 m²) proporcionalmente ao tamanho da edificação (aproximadamente 1.100 m²). O

dimensionamento da pavimentação foi considerado como via coletora com tráfego previsto como médio pesado, proporcionando maior resistência e consequentemente maior vida útil ao pavimento.

- Isolamento acústico e térmico das áreas internas e administrativas da edificação, com utilização de vidros duplos e revestimento por painéis isolantes nas paredes, além de forro termo acústico e cobertura com isolamento, proporcionando maior conforto aos usuários e funcionários, reduzindo significativamente o consumo de energia elétrica com o uso de ar condicionado.
- Sistema de coleta e reserva de água de chuva, proporcionando redução de consumo de água e custos de fornecimentos pela Sabesp.
- Sistemas de brises e pergolados com cobertura em policarbonato, além do isolamento das paredes e esquadrias da edificação, reduzindo significativamente o consumo de energia elétrica com o uso de ar condicionado.

(...)

- Tubulações de água e esgoto de série reforçada proporcionando aumento da vida útil das instalações e redução dos custos de manutenção.
- Instalações elétricas subterrâneas envelopadas de acordo com a NR-10.
- A climatização da edificação é realizada por ar condicionado do tipo Self container com sistema de redundância nas salas de CFTV e TCOM.
- Construção de nova entrada de energia (com envelopes, padrão, poste e transformador) devido à impossibilidade de utilização das instalações existentes.
- Componentes especiais, como escadas para acesso a equipamentos de monitoramento, escadas para acesso a área técnica em resina fenólica, porta blindada na sala CFTV.
- Reforço na estrutura metálica da cobertura com a finalidade de resistir à agressividade do ambiente.
- Disponibilização no canteiro de obra durante a execução uma equipe de resgate composta por uma ambulância de suporte básico, Motorista Socorrista e Técnico de Enfermagem.

Em relação aos custos específicos de SMS, esses estão discriminados no item B dos Demonstrativos de formação de preço e somam aproximadamente 10 % dos custos totais da obra: alimentação, uniformes, EPI, transporte, ASO, plano de saúde e odontológico, seguro de vida.

Além desses custos de SMS de fácil visualização, existem ainda outros custos relativos ao tempo gasto antes do início da jornada de trabalho para preparação dos serviços, emissão de Permissão de Trabalho e Diário Diário de Segurança, Meio Ambiente e Saúde. Essas atividades são estimadas em 10 % do período diário e estão incluídas em todas as composições de mão de obra. (fls. 142-144)

É certo que o valor encontrado no laudo produzido pela própria empresa autora às fls. 147 dos autos (R\$ 14.678.102,57) **não integra a obrigação contratual e**

não pode ser imposta ao Daesp, que não é responsável por gastos ilimitados num empreendimento de **amortização limitada em contrato**.

Por outro lado, verifica-se que o Daesp buscou uma *solução alternativa e consensual fora do contrato* ao elaborar uma avaliação às fls. 112-134 dos autos (R\$ 4.485.500,00), destacando-se:

9. ENCERRAMENTO

O trabalho trata somente de benfeitorias permanentes (benfeitoria que quando removida, haja destruição total ou parcial da mesma);

Encerramos o presente Laudo de Avaliação com 9 (nove) folhas, numeradas sequencialmente, com capa, rubricadas com anexos, sendo essa datada e assinada pelo signatário.

Não se nega, portanto, que a concessionária gastou mais do que a estimativa inicial e mais do que o contrato permitia como amortização, embora não se chegue ao montante alegado na petição inicial.

O que se nega é o direito da concessionária ser amortizada ou ressarcida nos montantes pretendidos, por falta de previsão contratual ou legal e, ainda, nega-se que se houvesse ressarcimento a fazer esse deveria ser no montante alegado.

CONCLUSÕES

Ante todo o exposto, requer a Fazenda Pública sejam julgados **totalmente improcedentes** os pedidos externados na peça exordial, por falta de base jurídica, consoante todos os argumentos elencados anteriormente.

Subsidiariamente, requer-se seja a condenação restrita ao que o contrato previa como amortização, isto é, aos 23 meses e 8 dias com parcela de R\$ 60.011,28, ou seja, R\$ 1.381.862,44 (60.011,28 reais x 23,26 meses), mais as correções monetárias aplicáveis.

Se porventura nenhum desses entendimentos foram adotados, ainda subsidiariamente, requer-se a condenação no valor correspondente à amortização mensal de 60.011,28 reais pelo período contratual posterior à entrega da obra em 06/3/2015 (data do aceite da obra) até o termo final do contrato em 15/1/2019 (2920 dias a partir de sua assinatura em 16/01/2011, o que sempre foi de conhecimento da parte autora, pois havia prazo determinado, o que equivale a R\$ 2.777.941,50, mais correção monetária aplicável.

Em última hipótese, sobrevivendo condenação, que seja no valor apurado pelo Daesp no laudo de fls. 112-134 (doc. 14 da petição inicial) em R\$ 4.485.500,00, pois ainda que desconsiderada a existência de limitação contratual à amortização e o prazo determinado do contrato, a responsabilidade pela obra era da concessionária e não era lícito ressarcir-se de quaisquer gastos a maior por “materiais especiais”, “itens atípicos” ou “características especiais” incluídas na obra que não estavam no escopo da concessão e que vão além do básico (verificados no laudo técnico do Daesp às fls. 149-154)¹⁶.

Protesta pelo acompanhamento das provas pleiteadas ou que venham a ser produzidas de ofício, requerendo-se a juntada dos documentos anexos e, na remota hipótese de sobrevir condenação em valores, seja aplicado o Tema 810/STF.

Termos em que, pede-se deferimento.

São Paulo, 7 de janeiro de 2020.

CAIO AUGUSTO NUNES DE CARVALHO

Procurador do Estado de São Paulo
OAB/SP Nº 302.130

16 E que somado ao laudo anterior do Daesp resulta no valor total de R\$ 7.476.487,12 pleiteado subsidiariamente na petição inicial.

SENTENÇA

Processo nº: **1094884-34.2019.8.26.0100**

Classe -Assunto: **Procedimento Comum Cível - Perdas e Danos**

Requerente: **Petrobrás - Petróleo Brasileiro S.A.**

Requerido: **DEPARTAMENTO AEROVIÁRIO DO ESTADO DE SÃO PAULO e VOA SP SPE S.A.**

Juiz de Direito: dr. **LUIS MANUEL FONSECA PIRES**

Vistos.

Trata-se de ação na qual se afirma que a autora, Petrobras, pretende o ressarcimento em razão de concessão onerosa de uso de bem público com encargo de construção de obra, pois houve o desatendimento da obrigação de ressarcir os custos de construção do terminal de passageiros do aeroporto de Itanhaém pelas rés; tal obrigação poderia ter sido cumprida mediante descontos no preço da concessão (período de amortização); o contrato foi firmado com a ré Daesp, a atividade a ser exercida estava especificada no campo 20 do contrato: acompanhamento das operações de embarque e desembarque de passageiros, *briefing* de segurança de voo e inspeção de bagagens; pela cláusula terceira o concessionário deveria construir um terminal de passageiros, e a consequência seria a amortização do investimento por meio de descontos previstos no preço específico (valor mensal da concessão), conforme item 21 dos arts. 6.1.2 e 6.2 do contrato; mas o valor da construção nunca foi amortizado ou ressarcido; a cláusula temporal do item 9.1 do Anexo I deve ser lida sistemicamente quanto ao seu elemento circunstancial: estudo técnico original que serviu de base à fixação da amortização dos valores iniciais e no prazo original; o custo da obra e a amortização são elementos reciprocamente ajustáveis, a conclusão da obra aconteceu, mas o valor amortizável não foi recebido; o período de obras estava indisponível, o uso concedido era reconhecidamente inviável, gerava pagamentos de apenas 33% do preço público; a amortização apenas se iniciaria com conclusão da obra, mas a fase de amortização nunca se iniciou, dificuldades na execução e alterações de escopo exigiram o prolongamento da construção; o

fato gerador do “preço específico” é evidente nos campos 17,18, 19 e 20; a corré Voa é responsável solidária porque aderiu à causa do dano e à ilicitude ao assumir o contrato de concessão com ativo do terminal não amortizado e ao não promover sua amortização em sua gestão. Pede-se, portanto, a condenação das rés em pagar a quantia de R\$ 17.085.554,33.

A ré Daesp contestou (fls. 176-197) para dizer que a autora tem experiência contratual em obras desta natureza, não há sentido que não soubesse dos riscos e dos valores necessários, que já conhecia a região por usar a base para a exploração de petróleo no mar, que os valores e a forma de amortização estavam bem descritas no contrato e portanto não há o que ser ressarcido; não houve inovação ou imposição de qualquer valor à autora.

A corré VOA contestou (fls. 316-351) diz que não participou da negociação entre a autora e a Daesp, que a intenção da Petrobrás de utilizar o espaço como sua base operacional em Itanhaém e usar a estrutura edificada por ela lhe é estranha; os prazos do contrato não foram cumpridos por culpa da autora, houve então justificativa para a rescisão do contrato.

Houve réplica (fls. 548-561), instrução com a produção de provas documentais, e oportunidade às partes de apresentarem seus memoriais (fls. 631-639; 641-645; 646).

É o relatório. Decido.

A preliminar de ilegitimidade de parte da corré VOA diz respeito ao próprio mérito, qual a sua responsabilidade, e como tal o tema será tratado.

Cuida o mérito em saber se em contrato de concessão onerosa de uso de bem público, uma área aeroportuária, com encargo de construção de obra e reversão de bens ao concedente, inicialmente firmado entre a Petrobras (autora) e a Daesp (ré), houve supressão de parte substancial da amortização supostamente prevista em contrato de modo a caracterizar um prejuízo a ser ressarcido inclusive pela corré VOA, (corré) que posteriormente assumiu a gestão do espaço público.

O contrato de concessão de uso com reversão foi definido pelo prazo de oito anos. Foi definida a obrigação da concessionária, autora, construir um terminal de passageiros numa área de 972 m² ao lado de outro terminal ali presente, e o desconto de 60% por um período de 23 meses e 8 dias do prazo total da concessão *sob a natureza jurídica de amortização* foi definido na cláusula 9.1.

O que não se justifica na tese da autora é a ideia de ausência de um valor da realização da obra. O terminal foi definido em sua área, 972 m². O contrato apre-

sentava projeto, prazo de execução e *forma e valor de amortização*. O item 21, que define o “preço mensal”, estipula a quantia do início do contrato ao término das obras, *período de amortização com valor exato (R\$ 40.007,52)*, e ainda o *término da amortização, R\$ 100.018,80*.

Destaca-se o estudo técnico prévio elaborado com a estimativa de custo de R\$ 1.535.565,60, Anexo IV do contrato, e amortização de 60% estipulada implicava, como sustentado pela Daesp, em valores mensais de R\$ 60.011,28 por 23 meses e 8 dias, total de R\$ 1.381.862,44.

Nesse quadro, as variáveis que pudessem afetar os valores estimados com muita proximidade da realidade devem mesmo ser consideradas, porque contratualmente assumidas, mas ainda porque previstas em lei, obrigações assumidas pela autora por sua *conta e risco* art. 2º, III, da Lei nº 8.987/95, um princípio da delegação de serviços públicos, o que engloba os serviços públicos precedidos de obras públicas.

A autora não estava autorizada a fazer o investimento que bem entendesse, distante dos paradigmas contratuais, esperando o ressarcimento sob qualquer condição. É a autora que inova nos termos contratuais ao sustentar que não lhe havia limites de obras conseqüentemente, valores a serem amortizados.

A tese é ainda mais estranha porque a distância que se impõe da transparência e da eficiência pois não houve clareza muito menos razoabilidade no empenho por parte da autora, em largo afastamento do regime jurídico administrativo, parte de uma empresa *estatal*, integrante da Administração Indireta, portanto uma pessoa jurídica que deveria, mais do que outros entes privados que pudessem contratados, conhecer e ser rigorosa quanto às diretrizes do direito público a serem observadas.

Não apenas a boa-fé, pertinentemente destacada pela Daesp, mas princípios elementares do direito público foram desconsiderados pela autora ao ignorar limites a serem observados na execução do projeto de acordo com as expectativas anteriormente anunciadas. Legalidade, publicidade (transparência) e eficiência foram desconsiderados com as inovações unilaterais da autora no empenho de recursos das obras realizadas.

Ainda sem fundamento jurídico a autora pretende a responsabilidade solidária da *corrê VOA*, delegada dos serviços públicos de administração de aeroportos estaduais, que apenas assumiu a gestão do local sem vínculo algum com o contrato precedente entre a autora e a Daesp. O salto dado no negócio jurídico da autora com a ré Daesp para encontrar a *corrê VOA* não apresenta um fundamento jurídico. A

simples posição da corré de concessionária do espaço não lhe acarreta não há um dispositivo legal apontado responsabilidade por eventuais frustrações de negócios jurídicos anteriores entre a concedente e antigos concessionários.

O que se constata, na confissão formulada pela própria autora, foi o descumprimento, por sua parte, de prazos contratuais que levaram, com o tempo, à impossibilidade de manutenção dos termos contratuais. A rescisão operou-se. Não há dúvida, pela descrição e documentos relacionados pela autora, que amargou sensível prejuízo. Mas foi ela, autora, quem deu causa, tanto por frustração do cronograma contratual quanto pelo empenho de recursos que fugiam ao horizonte de expectativas do contrato administrativo.

Por essa razão, o prejuízo que de fato existe, mas não é de responsabilidade das rés, deve ser explicado pela autora em suas instâncias próprias de prestação de contas por ser uma empresa estatal, mas não pode ser ficticiamente imputado às rés.

Ante o exposto, **JULGO IMPROCEDENTE** o pedido. Condeno o vencido a suportar as custas processuais e a verba honorária da parte contrária que fixo em R\$ 50.000,00 em favor de cada ré.

P.R.I.

São Paulo, 22 de outubro de 2020.

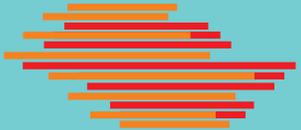
LUIZ MANUEL FONSECA PIRES

Juiz de Direito

ISSN 2237-4515



9 772237 451009 50



CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO