



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 810.831 - BA (2015/0287166-0)

RELATORA : **MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
AGRAVANTE : EMBASA EMPRESA BAIANA DE ÁGUAS E SANEAMENTO S/A
ADVOGADOS : ANTÔNIO JORGE MOREIRA GARRIDO JÚNIOR - BA011021
MARCELA MENEZES SILVA MENDES - BA035424
MARIANNA PAES DANTAS - BA041359
AGRAVADO : CONSTRUPOLI - CONSTRUTORA E PRESTADORA DE
SERVIÇOS POLIVALENTE LTDA
ADVOGADOS : LEA MÁRCIA BRITTO MESQUITA - BA011364
VIVIAN VASCONCELOS - BA033531

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATO ADMINISTRATIVO. RESCISÃO UNILATERAL. ALEGAÇÃO DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO DO RECURSO. SÚMULA 284/STF. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE, À LUZ DAS PROVAS CONTIDAS NOS AUTOS E DAS CLÁUSULAS DO CONTRATO, CONCLUIU PELA OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA E PELO DESCUMPRIMENTO, PELO ENTE CONTRATANTE, DA FORMA DE PAGAMENTO AVENÇADO PELAS PARTES. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 5 E 7/STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno ajuizado contra decisão publicada em 17/10/2016, que, por sua vez, julgara recurso interposto contra decisão que inadmitira o Recurso Especial, publicada na vigência do CPC/73.

II. No acórdão objeto do Recurso Especial, o Tribunal de origem manteve sentença que, por sua vez, julgara parcialmente procedente o pedido, em ação ajuizada pela parte ora agravada, reconhecendo que (a) a rescisão unilateral do contrato de empreitada celebrado entre as partes, e consequente imposição de penalidades, deu-se com ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa; e (b) os atrasos nos pagamentos devidos pela parte agravante contribuíram para o comprometimento do cronograma de conclusão das obras.

III. Quanto à alegada ofensa ao art. 535 do CPC/73, a parte agravante não demonstrou em que ponto o acórdão embargado permaneceu omissa, contraditório ou obscuro, pelo que o recurso esbarra no óbice da Súmula 284/STF, por deficiência na fundamentação.

IV. No caso, infirmar os fundamentos do acórdão recorrido, o acolhimento da pretensão da parte agravante – no sentido de que a rescisão do contrato teria ocorrido exclusivamente por culpa da parte ora agravada – demandaria o reexame de matéria fática e a interpretação das cláusulas do contrato celebrado entre as partes, o que é vedado, em Recurso Especial, nos termos das Súmulas 5 e 7/STJ.

V. Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 16 de fevereiro de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 810.831 - BA (2015/0287166-0)

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de Agravo interno, interposto pela EMPRESA BAIANA DE ÁGUAS E SANEAMENTO – EMBASA, em 11/11/2016, contra decisão de minha lavra, publicada em 17/10/2016, assim fundamentada, **in verbis**:

"Trata-se de Agravo, interposto por EMBASA - EMPRESA BAIANA DE ÁGUAS E SANEAMENTO S/A, em 08/06/2015, contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, que inadmitiu o Recurso Especial interposto contra acórdão assim ementado:

'EMENTA - CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - CONTRATO - RESCISÃO UNILATERAL - PENALIDADES - PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA, CONTRADITÓRIO E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL - INOBSERVÂNCIA - AFASTAMENTO DA CLÁUSULA PENAL E RETENÇÃO DA CAUÇÃO - SENTENÇA MANTIDA - APELAÇÃO DESPROVIDA.

I - O objeto da irresignação é bem mais restrito do que a pretensão original. no havendo mais que discutir sobre a restauração da avença ou a reparação indenizatória, pleitos denegados em primeiro grau, e que não mereceram recurso da parte que lhes aproveita.

II - Infere-se dos autos que o atraso do pagamento das faturas teria contribuído decisivamente para o comprometimento do cronograma de conclusão das obras, de modo que a *exceptio non adimplendi*, ao que parece, pode ser invocada por ambas as partes.

III - Não restou comprovada a efetiva oportunização de contraditório e ampla defesa à contratada, inarredáveis preceitos constitucionais, razão pela qual justifica-se o afastamento da cláusula penal e da retenção de caução, como cuidou de assegurar a sentença. Precedentes.

IV - A afirmação da EMBASA de que já dispensou, *motu proprio*, a imposição das penalidades, justamente a parcela da pretensão que remanesce discutida em sede de apelo, recomenda consignar a proibição de *bis in idem* caso atendido o comando judicial, voluntariamente, pela Ré.

V - Sentença mantida. Apelação a que se nega provimento' (fls. 414/415e).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O acórdão em questão foi objeto de Embargos de Declaração, rejeitados nos seguintes termos:

'EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO E OBSCURIDADE. REDISCUSSÃO. REJEITADOS.

A simples pretensão de prequestionar é insuficiente para a admissão e acolhimento dos embargos.

Não se atribui efeito modificativo aos embargos de declaração quando manifesto o propósito de simplesmente adequar a decisão ao entendimento da embargante.

Inexistindo obscuridade, contradição ou omissão no acórdão embargado, rejeitam-se os embargos de declaração" (fl. 458e).

Nas razões do Recurso Especial, aduz a parte recorrente, preliminarmente, violação ao art. 535, II, do CPC/73, argumentando o seguinte:

"O acórdão recorrido fere expressamente o artigo 535, incisos II, do Código de Processo Civil, na medida em que este determina o cabimento dos embargos de declaração quando for omissivo ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.

Com efeito, o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, ao se limitar a asseverar a inexistência de contradições e/ou omissões, não apreciou a questão da violação ao Código de Processo Civil e Código Civil, deixando, conseqüentemente, de manifestar-se sobre ponto omissivo deveria pronunciar-se.

Como visto, a Recorrente apresentou os embargos de declaração prequestionadores em atenção às 98 e 211 do Superior Tribunal de Justiça. No entanto, o Tribunal de Justiça da Bahia não analisou a violação suscitada.

Ocorre que, a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia deveria ter se pronunciado acerca das matérias abordadas nos referidos embargos de declaração, contudo assim não procedeu, o artigo 535, incisos II, do CPC, razão pela qual pugna a Recorrente que este Egrégio Superior Tribunal de Justiça decrete a nulidade do mencionado acórdão, determinando que aquele órgão a quo se pronuncie sobre os pontos omissos, para que então estela preenchido o requisito do prequestionamento com vistas à interposição de futuro recurso especial, se for o caso" (fls. 468/469e).

Aponta, ainda, violação aos arts. 77 e seguintes da Lei 8.666/93,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sustentando que:

"A despeito das razões esposadas pela EMBASA, entendeu o Egrégio Tribunal de Justiça da Bahia ao julgar o recurso de apelação entendeu que os atrasos na execução das obras descritas no contrato firmado entre as partes, são decorrentes de supostos atrasos no pagamento por parte da EMBASA, sendo esta Recorrente ainda a responsável pelo comprometimento do cronograma de execução das obras.

No entanto, conforme já restou comprovado nos autos, cumpre novamente enfatizar que a rescisão do contrato se deu exclusivamente por responsabilidade da empresa Recorrida, uma vez que ao longo da execução do objeto licitado, a contratada incorreu em paralisações sucessivas de modo a comprometer sensivelmente o cronograma previsto no contrato firmado, inclusive tais paralisações acarretaram inúmeros prejuízos a EMBASA, bem como a toda a população que tiveram que conviver com obras abandonadas e pedidos de ligações não finalizados.

Destaca-se que a tese da Recorrida que responsabiliza seus atrasos por uma suposta demora na quitação das faturas de serviços, tese esta equivocadamente acolhida pelo Tribunal *a quo*, não pode continuar a prosperar. Isto porque, cumpre insistentemente demonstrar que tais atrasos de suposta responsabilidade da empresa Recorrente não ocorreram.

Além disso, cumpre ainda frizar que desde o início das obras de execução do contrato em questão, a embargada falhou em disponibilizar as três equipes comprometidas para a execução das obras. Assim, resta evidente que desde o começo do contrato a parte embargada falhou na execução do mesmo, antes de qualquer suposto atraso no pagamento dos serviços.

(...)

Sendo assim, mesmo que tivesse ocorrido atraso no pagamento de faturas do contrato firmado, ainda assim, a EMBASA poderia exigir que empreiteira executasse os trabalhos, inclusive em horários extraordinários, a fim de garantir a conclusão dos serviços no prazo pré-estabelecido.

Corroborar ainda com a argumentação acima trazida para demonstração da responsabilidade exclusiva da embargada na inexecução do contrato de nº 148/98, a celebração do termo aditivo nº 032/99, ocorrido em 01 de fevereiro de 1999.

Por meio do referido termo celebrado em 01/02/1999, a EMBASA prorrogou o prazo para a execução das obras contratadas em mais 150 (cento e cinquenta) dias. Entretanto, mais uma vez a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

empreiteira NÃO OBTEVE ÊXITO NA CONCLUSÃO DOS SERVIÇOS CONTRATADOS PELA EMBASA.

Diante de todo o exposto, resta evidente que a responsabilidade pelo descumprimento contratual recai exclusivamente sobre a apelada, o que motivou a Diretoria Executiva a editar a Resolução nº 267(99, datada de 14.06.2009, e ratificada pelo Conselho Administrativo, decidindo pela Rescisão Unilateral do Contrato nº 148198, e consequentemente a aplicação das sanções sabíveis" (fls. 471/473e).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 483/490e), negado seguimento ao Recurso Especial (fls. 492/493e), foi interposto o presente Agravo (fls. 497/503e).

Apresentada a contraminuta a fls. 506/515e.

A irresignação não merece acolhimento.

De início, verifica-se que a agravante não demonstrou no que consistiu a suposta ofensa ao artigo 535 do CPC/73, o que atrai, por analogia, a incidência da Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal ("É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia").

Nesse sentido:

"ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. GESTÃO DA FOLHA DE PAGAMENTO DE PREFEITURA. LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DE ANTINOMIA ENTRE AS RESOLUÇÕES DO CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL E O DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO. ART. 535, II DO CPC. INEXISTENTE. ALEGAÇÃO DE OFENSA A DISPOSITIVOS DO CDC. SÚMULA 221/STJ. RECURSO DO BANCO. ART. 331 E 335 DO CPC. DEBATE SOBRE DIREITO. SÚMULA 211/STJ. CLÁUSULAS CONTRATUAIS. SÚMULA 5/STJ.
(...)

2. O recurso especial do Ministério Público Estadual considera violado o art. 535, II do CPC, por omissão, bem como dispositivos da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

2.1. A alegação de violação ao art. 535, II do Código de Processo Civil, por postulada omissão, se apresenta absolutamente genérica, dando azo à aplicação da Súmula 284, do Supremo Tribunal Federal, por analogia.

(...)

Recursos especiais não conhecidos" (STJ, REsp 1.345.344/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 27/02/2014).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por outro lado, a Corte de origem, ao decidir a demanda, e concluir pela manutenção da sentença apelada, assim decidiu:

"Esse o objeto da irresignação, bem mais restrito do que a própria pretensão original. Não há o que discutir, pois, sobre a restauração da avença ou a reparação indenizatória, pleitos denegados em primeiro grau, e que não mereceram recurso da parte que lhes aproveita.

Ainda assim, infere-se dos autos que a EMBASA, talvez por reconhecer, indiretamente, o atraso nos pagamentos das faturas correspondentes aos serviços contratados, teria dispensado, por liberalidade, o pagamento da cláusula penal, abstendo-se também da retenção da garantia prestada.

Dito atraso nos pagamentos, aliás, a teor do Parecer nº 1660/98 (fls. 66/67), elaborado no âmbito da própria Apelante, teria contribuído decisivamente para o comprometimento do cronograma de conclusão das obras.

A *exceptio non adimplendi*, ao que parece, poderia ser invocada por ambas as partes.

Não bastasse isso, não restou comprovada a efetiva oportunização de contraditório e ampla defesa à contratada, inarredáveis preceitos inseridos no art. 5º, incisos LIV e LV, assegurando aos litigantes a oportunidade de produzir conjunto probatório servível para a sua defesa.

(...)

De qualquer sorte - e é importante ressaltar -, anuncia a própria EMBASA que já dispensou a imposição das penalidades, justamente a parcela da pretensão que remanesce discutida em sede de apelo.

Tratando-se de matéria fática, não pode ser, nesse plano, elucidada, sendo possível, todavia, a ratificação do quanto assegurado na sentença em favor da autora (dispensa da cláusula penal e devolução da caução), proibindo-se, evidentemente, o *bis in idem*, é dizer, se tais comandos já foram atendidos espontaneamente pela Ré/Apelante, não há falar em geração de título que conduza à eventual duplicidade de pagamentos" (fls. 418/419e).

Neste contexto, considerando a fundamentação adotada na origem, o acórdão recorrido somente poderia ser modificado mediante o reexame do contrato celebrado entre as partes e dos aspectos concretos da causa, o que é vedado, no âmbito do Recurso Especial, pelas Súmulas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5 e 7 desta Corte.

Em face do exposto, com fundamento no art. 253, parágrafo único, II, **a**, do RISTJ, conheço do Agravo para não conhecer do Recurso Especial" (fls. 527/532e)

Inconformada, sustenta a parte agravante que:

"III – DA INAPLICABILIDADE DA SÚMULA Nº 284 DO STF – DAS EFETIVAS OMISSÕES NO ACÓRDÃO PROLATADO - DA CORRETA DEMONSTRAÇÃO DAS VIOLAÇÕES À LEGISLAÇÃO.

Consoante a narração empreendida, a decisão atacada conheceu do Agravo para não conhecer do Recurso Especial interposto pela Agravante, haja vista que a suposta violação ao dispositivo legal esbarra em obstáculo sumulado por este Superior Tribunal de Justiça.

Sustenta a Ministra Relatora de maneira equivocada não há que se falar em violação ao art. 1.022 do NCPD (antigo artigo 535 do CPC/73), haja vista que a EMBASA não demonstrou de maneira precisa como tais violações tinham ocorrido.

Não obstante, a decisão parte de premissas equivocadas, tendo em vista que a ofensa ao dispositivo de legal foi claramente demonstrado no Recurso Especial, não assistindo razão para a inadmissão do referido recurso pelo Tribunal a quo, como explicitado abaixo.

Como demonstrado nas razões do Recurso Especial, a EMBASA, ora Recorrente apresenta seu questionamento quanto a omissão do Eg. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, que ao negar provimento à sua apelação, foi omissa no que tange à ofensa aos artigos 77 e seguintes da Lei 8.666/93.

Sustenta para tanto a Ilustre Ministra Relatora, que as referida violação não fora devidamente demonstrada pela EMBASA no recurso em debate, de forma que aplica-se no caso em tela, por analogia, o impedimento da Súmula nº 284 do STF, contudo, tal alegação não deve prosperar, pelas razões a seguir expostas.

A Súmula nº 284 do STF dispõe que: "É INADMISSÍVEL O RECURSO EXTRAORDINÁRIO, QUANDO A DEFICIÊNCIA NA SUA FUNDAMENTAÇÃO NÃO PERMITIR A EXATA COMPREENSÃO DA CONTROVÉRSIA."

Entretanto, não há que se falar em aplicabilidade do referida súmula ao caso em exame, uma vez que não se trata de recurso extraordinário, bem como tendo em vista que houve a devida demonstração no Recurso Especial das omissões constantes no acórdão, bem como a ofensa aos dispositivos legais.

Como demonstrado nas razões do Recurso Especial, a EMBASA, ora Recorrente apresenta seu questionamento quanto a omissão do Eg.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, que ao negar provimento à sua Apelação, foi omissa no que tange à ofensa aos artigos 77 e seguintes da Lei 8.666/93.

(...)

IV – INAPLICABILIDADE DA SÚMULA Nº 5 e 7, DO STJ – DA NÃO ANÁLISE DE PONTOS FUNDAMENTAIS PARA O JULGAMENTO DA DEMANDA.

Ainda em observação a decisão ora agravada, verifica-se que a Ilustre Ministra Relatora manteve a decisão do Tribunal de origem quanto a condenação da EMBASA a dispensa da cláusula penal e a devolução da caução, tendo em vista que a análise da questão constitucional suscitada demandaria o reexame do contrato celebrado entre as partes e dos aspectos concretos da causa, situação que esbarraria em obstáculo sumulado por este Pretório Excelso.

Concluiu equivocadamente a ilustre Ministra Relatora que a suposta contrariedade ao artigo 77, da Lei 8.666/93 encaixa-se no quanto exposto no enunciado nº 5 da Súmula do STJ que veda a interposição de recurso especial para discutir interpretação de cláusula contratual.

Além disso, ressalta que a alteração da sentença de piso demandaria o reexame de provas que também é vedado pelo STJ através de sua Súmula 7.

Ocorre que, em simples observação as razões que levaram a interposição do Recurso Especial, verifica-se que o mesmo não objetivava a interpretação de cláusula contratual, mas sim a nítida omissão no que tange a violação clara aos artigos 77 e seguintes da Lei 8.666/93, no que se refere a possibilidade de incidência de multa contratual em caso de descumprimento total ou parcial do contrato, como aconteceu no caso em tela, que inclusive gerou a correta rescisão contratual do contrato.

Registrou a Recorrente que o não pronunciamento do Tribunal a quo, sobre os pontos acima citados, revela a nítida violação do julgado no que concerne a condenação da EMBASA a dispensa da cláusula penal e devolução da caução, mesmo a responsabilidade pela inexecução contratual ter sido exclusivamente da ora Agravada, não havendo que se falar em rediscussão de fatos e sim de análise de omissões provenientes do acórdão proferido pela Segunda Câmara Cível.

Como restou amplamente demonstrado no decorrer da demanda, bem como nas peças recursais apresentadas pela EMBASA ora Agravante, a Recorrida é a única e exclusiva responsável pela inexecução das obras de ligações domiciliares de esgoto e extensão da rede em bacias de emissário submarino no âmbito do Estado da Bahia, que culminaram na rescisão administrativa do contrato de nº 148/98" (fls. 540/543e).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, requer "seja JULGADO PROCEDENTE o presente AGRAVO REGIMENTAL, para que seja dado provimento integral ao Recurso Especial, sendo afastado qualquer tipo de condenação para a EMBASA" (fl. 547e).

A CONSTRUPOLI - CONSTRUTORA E PRESTADORA DE SERVIÇOS POLIVALENTE LTDA apresentou impugnação ao Agravo interno (fls. 551/556e).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 810.831 - BA (2015/0287166-0)

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): Não obstante os argumentos da parte agravante, as razões deduzidas neste recurso não são aptas a desconstituir os fundamentos da decisão atacada, que merece ser mantida.

Com efeito, conforme destacado na decisão agravada, a ora agravante, nas razões de seu Recurso Especial, ao alegar ofensa ao art. 535, II, do CPC/73, apenas sustentou, de forma genérica, que:

"O acórdão recorrido fere expressamente o artigo 535, incisos II, do Código de Processo Civil, na medida em que este determina o cabimento dos embargos de declaração quando for omissa o ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.

Com efeito, o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, ao se limitar a asseverar a inexistência de contradições e/ou omissões, não apreciou a questão da violação ao Código de Processo Civil e Código Civil, deixando, conseqüentemente, de manifestar-se sobre ponto omissa deveria pronunciar-se.

Como visto, a Recorrente apresentou os embargos de declaração prequestionadores em atenção às 98 e 211 do Superior Tribunal de Justiça. No entanto, o Tribunal de Justiça da Bahia não analisou a violação suscitada.

Ocorre que, a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia deveria ter se pronunciado acerca das matérias abordadas nos referidos embargos de declaração, contudo assim não procedeu, o artigo 535, incisos II, do CPC, razão pela qual pugna a Recorrente que este Egrégio Superior Tribunal de Justiça decrete a nulidade do mencionado acórdão, determinando que aquele órgão a quo se pronuncie sobre os pontos omissos, para que então estela preenchido o requisito do prequestionamento com vistas à interposição de futuro recurso especial, se for o caso" (fls. 468/469e).

Assim, deixou a agravante de apontar, de forma precisa e fundamentada, qual teria sido o ponto omissa, contraditório ou obscuro do acórdão recorrido, a justificar o acolhimento da alegada ofensa ao art. 535, II, do CPC/73. Desta forma, é o caso de incidência, por analogia, do óbice previsto na Súmula 284/STF ("É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia"). Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. SÚMULA Nº 284/STF. AÇÃO CAUTELAR. NATUREZA SATISFATIVA. AJUIZAMENTO DA AÇÃO PRINCIPAL. DESNECESSIDADE. SÚMULA Nº 83/STJ.

1. O recurso especial que indica violação do artigo 535 do Código de Processo Civil de 1973, mas traz somente alegação genérica de negativa de prestação jurisdicional é deficiente em sua fundamentação, o que atrai o óbice da Súmula nº 284 do Supremo Tribunal Federal.

2. A natureza satisfativa da medida cautelar torna desnecessária a postulação de pedido em caráter principal. Súmula nº 83/STJ.

3. Agravo interno não provido" (STJ, AgInt no AREsp 915.586/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, DJe de 29/11/2016).

"ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/73. SÚMULA 284/STF. EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS. SÚMULA 7/STJ.

1. Inviável o apelo especial, quanto à alegação de ofensa ao art. 535 do CPC, se as razões expendidas no recurso forem genéricas, constituindo simples remissão aos embargos de declaração opostos na origem, sem particularizar os pontos em que o acórdão teria sido omissos, contraditórios ou obscuros. Incidência da Súmula 284/STF.

2. Rever o entendimento do Tribunal de origem, quanto à inexistência de indícios em relação à prática de improbidade administrativa, implica reexame das provas constantes dos autos, o que é defeso em sede de recurso especial ante o que preceitua a Súmula 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

3. Agravo interno a que se nega provimento" (STJ, AgInt no AREsp 869.998/RN, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 23/11/2016).

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. ALEGAÇÃO GENÉRICA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 284/STF. MATÉRIAS NÃO APRECIADAS PELA CORTE DE ORIGEM. SÚMULA 211/STJ. EXISTÊNCIA DE VAGAS E DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADO.

1. Não se conhece da suposta afronta ao artigo 535 do CPC quando a parte recorrente se limita a afirmar, genericamente, sua violação, sem, contudo, demonstrar especificamente que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

temas não foram abordados pelo acórdão recorrido, incidindo, por conseguinte, o enunciado 284 da Súmula do STF.

2. A falta de prequestionamento da matéria suscitada no recurso especial, a despeito da oposição de embargos declaratórios, impede seu conhecimento, a teor da Súmula 211/STJ.

3. No pertinente à discricionariedade da Administração Pública para analisar a conveniência e oportunidade da nomeação de candidato aprovado em concurso público fora do número de vagas, a fundamentação mostra-se deficiente, motivo pelo qual não pode ser conhecido, incidindo, por analogia, a Súmula 284 do STF.

4. O alegado dissídio jurisprudencial não foi comprovado, a um porque esta Corte já se pronunciou no sentido de que "acórdão proferido em mandado de segurança ou em recurso ordinário em mandado de segurança não se presta à finalidade de demonstração do dissídio jurisprudencial, não autorizando o processamento do recurso especial pelo art. 105, inciso III, alínea 'c', da Constituição da República" (AgRg no AgRg nos EDcl no AREsp 623.316/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 14/4/2015); a dois, porque a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que "a análise da violação do art. 1º da Lei 12.016/2009, a fim de aferir a existência de direito líquido e certo à concessão da segurança, demanda exceder os fundamentos colacionados no acórdão recorrido, com a incursão no conteúdo fático-probatório dos autos, o que implica reexame de provas. Incidência da Súmula 7 desta Corte de Justiça" (AgRg no REsp 1.573.417/RS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 15/3/2016).

5. Agravo Interno não provido" (STJ, AgInt no AREsp 353.674/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 29/11/2016).

Quanto à matéria de fundo, a sentença assim decidiu a causa:

"Nos autos existem provas de que a parte autora enviou à Ré correspondências nas datas de 21/07/98 (fls. 39/43), 18 de agosto de 1998 (fls. 45/46 e 47), 02 de setembro de 1998 (fls. 51/52 e 54/58), 30 de outubro de 1998 (fls. 63/64) e 13 de novembro de 1998 (fl. 65), reclamando do atraso nos pagamentos, manifestando a impossibilidade de cumprimento do cronograma contratado.

Por meio do Parecer 1660/98 (fls. 66/67), a Requerida, em 04 de dezembro de 1998, admitiu a constância dos atrasos nos pagamentos causadores de retardamento, agravamento ou impedimento da regular execução do contrato, concluindo, in verbis:

"A superveniência desses fatos, permitirá a rescisão do contrato,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sem nenhuma penalidade a ser aplicada à Contratada, porque o evento relativo aos atrasos nos pagamentos atuaram (sic) como causa justificadora do não cumprimento do cronograma. Outra alternativa que propomos é um novo ajuste ao cronograma, com fundamento no Art.57, parágrafo 10, inciso VI da Lei 8.666/93, combinado com a cláusula terceira, alínea f do contrato, que autoriza a prorrogação do prazo face a 'omissão ou atraso de providência a cargo da EMBASA, inclusive quanto aos pagamentos previstos de que resulte, diretamente, impedimento ou retardamento na execução do contrato".

Optando pela segunda sugestão, a Ré, em 01/02/99, fez novo ajuste, sendo celebrado o Termo Aditivo nº 032/99, com o que o prazo para execução das obras foi prorrogado em mais 150 dias (fls. 69/70).

Na data de 15 de junho de 1999, a Autora impugnou a multa de R\$ 13.626,78 (fls. 71/73), argumentando que se multas não foram aplicadas de junho a dezembro de 1998, não poderiam mais ser, bem como que o atraso no pagamento continuou existindo.

Ocorreu que, três dias depois, a Requerida comunicou à Demandante, pelo expediente de fl. 74, que, pela Resolução 267/99, de 14 de junho de 1999, a sua Diretoria Executiva DECIDIU PELA RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO Nº 146/98(...), BEM COMO APLICAÇÃO DA CLÁUSULA PENAL E SUSPENSÃO DO DIREITO DE LICITAR E CONTRATAR NO ESTADO DA BAHIA, PELO PERÍODO DE 01 (HUM) ANO.

De tal exposição, conclui-se que não houve um procedimento regular anterior à rescisão contratual, sendo esta decidida pela Diretoria Executiva da Ré sem qualquer participação da Autora.

A mera comunicação do fato, rescisão unilateral do contrato, à Contratada não é suficiente para que seja o mesmo rescindido, sem que tenha sido dado a esta o direito da ampla defesa, do devido processo legal e do contraditório.

Em suma, é inoxidável a inexistência de instauração do processo administrativo em face da Autora, com relação à rescisão unilateral do contrato, por parte da Ré, sem lhe terem sido assegurados os princípios constitucionais acima delineados.

(...)

Aliás, a Lei 8.666/93, ao tratar da "Inexecução e da Rescisão dos Contratos", nos artigos 77 e 78, prescreve:

Art. 77. A inexecução total ou parcial do contrato enseja a sua rescisão, com as consequências contratuais e as previstas em lei ou regulamento.

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Parágrafo único. Os casos de rescisão contratual serão formalmente motivados nos autos do processo, assegurado o contraditório e a ampla defesa. (grifos postos)

Sendo assim, não foi válida nem legal a rescisão unilateral procedida pela Ré.

(...)

Mostra-se, ainda, imperioso realçar que o laudo pericial de fls. 206/211 há de ter a sua importância mitigada porque sua elaboração se deu com base quase que exclusiva nas deduções da Ré.

Destarte, as informações nele contidas limitou-se a repetir o que era incontroverso, isto é, o atraso no cronograma físico da obra, sendo omissos quanto ao exame do cumprimento do pagamento, pela parte ré, no prazo estipulado.

No que toca à obrigação da Ré, observa-se que a Cláusula 4, parágrafo 4º, do Contrato 148/98, previa que

'As faturas correspondentes serão processadas e pagas pela EMBASA, no prazo de 20 (vinte) dias contados a partir da data da declaração de adimplemento de cada parcela. Esse prazo ficará suspenso na hipótese de constatação de erros ou irregularidades nas faturas e somente voltará a fluir após a apresentação de novas faturas corretas.

Para efeito do disposto neste item, considera-se como declaração de adimplemento da obrigação contratada, a data da aprovação. pela autoridade competente, da execução no todo ou em parte. da obra ou serviço.'

Deste modo, processada a fatura, o pagamento deveria ocorrer em 20 dias. Mas, como admitido pela Ré no Parecer 646/99 (fls. 131/133), o mesmo, no curso do contrato, acabou sendo realizado com atraso médio de 25,5 dias, situação que, segundo alegou a Autora, tanto na inicial quanto nas correspondências remetidas àquela, causou atraso no cronograma.

O contrato administrativo é regido pela Lei nº 8.666, de 1993 e tem algumas peculiaridades próprias decorrentes das prerrogativas da Administração Pública. Mas, como qualquer contrato, deve ser respeitado o equilíbrio financeiro.

Na hipótese, tem-se que a Ré descumpriu sua obrigação no contrato, atrasando o pagamento das faturas, ao argumento de que era fato conhecido da Autora que a obra era feita com repasses de recursos do Tesouro Estadual. Esta situação, aliás, não restou demonstrada.

(...)

Do quanto exposto, conclui-se que a rescisão unilateral contratual levada a efeito pela Requerida se deu com afronta ao direito da ampla defesa e do contraditório. Ademais, é inequívoco que a demora dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

repasse acabaram por concorrer para o atraso no cronograma físico da obra.

Dai emerge que se a Empresa Ré não adimplia a tempo a sua obrigação o rigor da exigência da obrigação cabente à Autora mostrou-se abusivo.

Tais certezas afastam a aplicação da Cláusula Décima Segunda do Contrato (f. 35) que prevê que o não cumprimento ou o cumprimento irregular de quaisquer cláusulas ou condições, constitui causa de inadimplemento do mesmo, bem assim das penalidades insertas no seu parágrafo 2º (multa e perda da caução).

No que pertine à afirmação de que a Autora teria ficado impedida de participar de licitações no âmbito do Estado da Bahia, tem-se que embora esta penalidade tenha sido aplicada pela Ré (fl. 160), o documento de fl. 160 não noticia impedimento de licitação.

Por via de consequência, vislumbra-se razoável manter-se a rescisão contratual, com afastamento das penas impostas à Demandante afetas à cláusula penal de 10% (R\$ 28.196,76) e à perda da caução prestada (5% sobre o valor do contrato), esta no montante à época de R\$ 168.286,00.

Finalmente, no que toca à indenização - material e moral - tem-se que o pedido não prospera, porque a Ré não produziu provas suficientes a demonstrar que teve efetivo prejuízo pelo descumprimento do contrato pela Ré, requisito essencial a ensejar tal direito, conforme art. 79, § 2º da Lei 8.666/93.

Em face do exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a pretensão ajuizada pela Autora para, declarando rescindido o Contrato nº 148/98, determinar à Ré que devolva à Autora a cláusula penal (R\$ 28.196,76) e a caução prestada, equivalente a 5% do valor global indicado na Cláusula Quarta (R\$ 168.286,00), tudo devidamente corrigido desde a ocasião da rescisão, com juros de mora de 0,5% (meio por cento) a/m da citação até janeiro de 2003 e, a partir daí, de 1% a/m" (fls. 332/334e).

Interposta Apelação, pela agravante, foi ela improvida, em acórdão assim fundamentado:

"Esse o objeto da irresignação, bem mais restrito do que a própria pretensão original. Não há o que discutir, pois, sobre a restauração da avença ou a reparação indenizatória, pleitos denegados em primeiro grau, e que não mereceram recurso da parte que lhes aproveita.

Ainda assim, infere-se dos autos que a EMBASA, talvez por reconhecer, indiretamente, o atraso nos pagamentos das faturas correspondentes aos serviços contratados, teria



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dispensado, por liberalidade, o pagamento da cláusula penal, abstendo-se também da retenção da garantia prestada.

Dito atraso nos pagamentos, aliás, a teor do Parecer nº 1660/98 (fls. 66/67), elaborado no âmbito da própria Apelante, teria contribuído decisivamente para o comprometimento do cronograma de conclusão das obras.

A exceptio non adimplendi, ao que parece, poderia ser invocada por ambas as partes.

Não bastasse isso, não restou comprovada a efetiva oportunização de contraditório e ampla defesa à contratada, inarredáveis preceitos inseridos no art. 5º, incisos LIV e LV, assegurando aos litigantes a oportunidade de produzir conjunto probatório servível para a sua defesa.

(...)

De qualquer sorte - e é importante ressaltar -, anuncia a própria EMBASA que já dispensou a imposição das penalidades, justamente a parcela da pretensão que remanesce discutida em sede de apelo.

Tratando-se de matéria fática, não pode ser, nesse plano, elucidada, sendo possível, todavia, a ratificação do quanto assegurado na sentença em favor da autora (dispensa da cláusula penal e devolução da caução), proibindo-se, evidentemente, o *bis in idem*, é dizer, se tais comandos já foram atendidos espontaneamente pela Ré/Apelante, não há falar em geração de título que conduza à eventual duplicidade de pagamentos" (fls. 418/419e).

Nesse contexto, conforme destacado na decisão agravada, a análise da irresignação da ora agravante – no sentido de que "a rescisão do contrato se deu exclusivamente por responsabilidade da empresa Recorrida, uma vez que ao longo da execução do objeto licitado, a contratada incorreu em paralisações sucessivas de modo a comprometer sensivelmente o cronograma previsto no contrato firmado, inclusive tais paralisações acarretaram inúmeros prejuízos a EMBASA, bem como a toda a população que tiverem que conviver com obras abandonadas e pedidos de ligações não finalizados" (fl. 471e) – demandaria o reexame de matéria fática e do contrato celebrado entre as partes, o que é vedado, em Recurso Especial, nos termos das Súmulas 5 e 7/STJ. Nesse sentido:

"ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. RESCISÃO UNILATERAL. ASSUNÇÃO IMEDIATA DO OBJETO DO CONTRATO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SUPOSTA OFENSA AO ART. 35, §2º, DA LEI 8.987/1995. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. ACÓRDÃO FUNDAMENTADO COM BASE NO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS E NA INTERPRETAÇÃO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS. SÚMULAS 7 E 5 DO STJ.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Quanto à suposta violação do art. 35, §2º, da Lei 8.987/1995, Observo que o Tribunal a quo não emitiu juízo de valor sobre as questões jurídicas levantadas em torno do referido dispositivo. O Superior Tribunal de Justiça entende ser inviável o conhecimento do Recurso Especial quando os artigos tidos por violados não foram apreciados pelo Tribunal a quo, a despeito da oposição de Embargos de Declaração, haja vista a ausência do requisito do prequestionamento. Incide, na espécie, a Súmula 211/STJ.

2. É inviável, portanto, analisar a tese defendida no Recurso Especial de que teria sido determinado, inevidamente, o apossamento administrativo de seus bens, pois inarredáveis o reexame de cláusula contratual e a revisão do conjunto probatório dos autos para afastar as premissas fáticas estabelecidas pelo acórdão recorrido. Aplicam-se, portanto, os óbices das Súmulas 5/STJ e 7/STJ.

3. Agravo Interno não provido" (STJ, AgInt no AREsp 903.572/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 17/11/2016).

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESCISÃO CONTRATUAL REALIZADA POR JUSTO MOTIVO. RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONTRATANTE. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 5 E 7/STJ .

1. A convicção a que chegou o acórdão recorrido no tocante à correção da rescisão do contrato administrativo e o respeito aos direitos da empresa contratada, decorreu da análise do conjunto fático-probatório dos autos e dos termos do contrato administrativo, de forma que o acolhimento da pretensão recursal demandaria o reexame do mencionado suporte, obstando a admissibilidade do especial à luz das Súmulas 5 e 7 desta Corte.

2. Agravo interno não provido" (AgInt no AREsp 355.207/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 22/09/2016).

"ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. ATO ADMINISTRATIVO. RESCISÃO UNILATERAL. NULIDADE. DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. CLÁUSULAS PREVISTAS NO EDITAL. SÚMULAS 5 E 7/STJ. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF.

1. Hipótese em que o Tribunal de origem reconheceu a nulidade do ato administrativo que rescindiu unilateralmente o contrato celebrado entre



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

as partes.

2. A agravante afirma que "os fatos ocorridos que determinaram a alteração contratual de prorrogação de prazo não justificam o alegado desequilíbrio econômico-financeiro" (fl. 1.835, e-STJ). No entanto, para modificar o entendimento firmado no acórdão recorrido, seria necessário exceder as razões colacionadas no acórdão vergastado, o que demanda incursão no contexto fático-probatório dos autos, bem como examinar as regras contidas no contrato, o que é impossível no Recurso Especial, ante os óbices contidos nas Súmulas 5 e 7 do STJ.

3. Não se pode conhecer da irresignação contra a ofensa ao dispositivo legal invocado, uma vez que não foi analisado pela instância de origem. Ausente, portanto, o indispensável requisito do prequestionamento, o que atrai, por analogia, o óbice da Súmula 282/STF.

4. Agravo Regimental não provido" (STJ, AgRg no AREsp 839.070/SP< Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 27/05/2016).

Ante o exposto, **nego provimento** ao Agravo interno.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2015/0287166-0

AgInt no
AREsp 810.831 / BA

Números Origem: 00811563219998050001 140997058494 811563219998050001

PAUTA: 16/02/2017

JULGADO: 16/02/2017

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MARIO LUIZ BONSAGLIA

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : EMBASA EMPRESA BAIANA DE ÁGUAS E SANEAMENTO S/A
ADVOGADOS : ANTÔNIO JORGE MOREIRA GARRIDO JÚNIOR - BA011021
MARCELA MENEZES SILVA MENDES - BA035424
MARIANNA PAES DANTAS - BA041359
AGRAVADO : CONSTRUPOLI - CONSTRUTORA E PRESTADORA DE SERVIÇOS
POLIVALENTE LTDA
ADVOGADOS : LEA MÁRCIA BRITTO MESQUITA - BA011364
VIVIAN VASCONCELOS - BA033531

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Contratos
Administrativos - Penalidades

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : EMBASA EMPRESA BAIANA DE ÁGUAS E SANEAMENTO S/A
ADVOGADOS : ANTÔNIO JORGE MOREIRA GARRIDO JÚNIOR - BA011021
MARCELA MENEZES SILVA MENDES - BA035424
MARIANNA PAES DANTAS - BA041359
AGRAVADO : CONSTRUPOLI - CONSTRUTORA E PRESTADORA DE SERVIÇOS
POLIVALENTE LTDA
ADVOGADOS : LEA MÁRCIA BRITTO MESQUITA - BA011364
VIVIAN VASCONCELOS - BA033531

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.