



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 237.138 - SP (2012/0205450-7)

RELATORA : MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
AGRAVANTE : MUNICÍPIO DE SALES
ADVOGADOS : LELLIS FERRAZ DE ANDRADE JUNIOR E OUTRO(S) - SP079514
ANDERSON DE CAMARGO EUGENIO E OUTRO(S) - SP300743
AGRAVADO : COMERCIAL NAHRA DE ELETRODOMÉSTICOS LTDA
ADVOGADO : LUDUGER NEI TAMAROZZI - SP137955

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ARTS. 128 E 460 DO CPC/73. TESE RECURSAL NÃO PREQUESTIONADA. SÚMULA 211 DO STJ. FORNECIMENTO DE BENS PARA A ADMINISTRAÇÃO. INADIMPLÊNCIA. AÇÃO DE COBRANÇA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. TERMO INICIAL. VENCIMENTO DO CONTRATO. JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno ajuizado contra decisão que julgara recurso interposto contra **decisum** publicado na vigência do CPC/73.

II. Na origem, trata-se de Ação Ordinária, ajuizada pela parte agravada em face do Município de Sales/SP, objetivando o ressarcimento de valores referentes ao fornecimento de produtos comercializados pela empresa. O acórdão do Tribunal de origem manteve a sentença, que julgara procedente o pedido.

III. Não há falar, na hipótese, em violação ao art. 535 do CPC/73, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão recorrido e do acórdão proferido em sede de Embargos de Declaração apreciaram fundamentadamente, de modo coerente e completo, as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.

IV. O Recurso Especial é manifestamente inadmissível, por falta de prequestionamento, no que tange à tese recursal, pois não foi ela objeto de discussão, nas instâncias ordinárias, razão pela qual não há como afastar o óbice da Súmula 211/STJ.

V. Na forma da jurisprudência do STJ, "caso a Administração não pague o débito no vencimento contratado, surge o direito à cobrança e, portanto, o termo inicial do prazo prescricional, conforme o princípio da **actio nata**. Incontroverso que a entrega das mercadorias e a emissão da nota fiscal deram-se no período quinquenal anterior à propositura da Ação de Cobrança" (STJ, REsp 1.022.818/RR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 21/08/2009). Assim, estando o acórdão recorrido em consonância com a jurisprudência sedimentada nesta Corte, merece ser mantida a decisão ora agravada, em face do disposto no enunciado da Súmula 568 do STJ.

VI. 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 Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 06 de fevereiro de 2020(data do julgamento).

MINISTRA ASSUSETTE MAGALHÃES
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 237.138 - SP (2012/0205450-7)

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de Agravo interno, interposto por MUNICÍPIO DE SALES, em 17/10/2019, contra decisão de minha lavra, publicada em 23/09/2019, assim fundamentada, **in verbis**:

"Trata-se de Agravo em Recurso Especial, interposto pelo MUNICÍPIO DE SALES, contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que inadmitiu o Recurso Especial, manejado em face de acórdão assim ementado:

'CONTRATO ADMINISTRATIVO - Pretensão ao recebimento de valores devidos - Possibilidade - Particular que em decorrência da regra do equilíbrio econômico - financeiro, não pode ficar desamparado - Prescrição inócurren-te - Sentença mantida - Recurso improvido' (fl. 296e).

O acórdão em questão foi objeto de Embargos de Declaração (fls. 303/308e), os quais restaram rejeitados, nos seguintes termos:

'EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Omissão e contradição - Inocorrência - Oposição visando o prequestionamento de matéria, para viabilizar recurso a Tribunal Superior - Não está o órgão julgador subjugado às partes, obrigado a examinar todas as normas citadas, bem como todos os argumentos invocados, bastando a fundamentação em razão da qual não se acolhia a tese esposada no recurso - Rediscussão de matéria já julgada, emprestando-lhes evidente efeito infringente - Embargos rejeitados' (fl. 314e)

Nas razões do Recurso Especial, interposto com base no art. 105, III, **a**, da Constituição Federal, a parte ora agravante aponta violação aos artigos: **a)** 535 do CPC/73, sustentando que o Tribunal de origem deixou de analisar os arts. 63, §2º, 75, 76, 77 da Lei 4.320/64, 128, 460 do CPC/73, 59, **caput**, da Lei 8.666/93 e 1º do Decreto 20.910/32; **b)** 1º do Decreto 20.910/32, sob a tese de que 'a mera formalização da dívida por empenho administrativo não tem o condão de eternizar a possibilidade de cobrança, assim sendo, afastar a prescrição quanto as notas fiscais emitidas até 17/12/1996, ou seja, há mais de cinco anos do ajuizamento da presente ação, vulnera frontalmente o disposto no artigo 10 do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decreto nº. 20.910/32' (fl. 326e); **c)** 63, §2º, 75, 76, 77 da Lei 4.320/64, pois, 'a própria Lei 4320/64 criou mecanismos para exercer o controle da execução orçamentária, cumpre salientar, impondo ao administrador dentre outras obrigações a observância dos 'comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço' (art. 63, § 2º, II) e o controle da legalidade na realização da despesa (art. 75, II), aliás, prévio, concomitante e subsequente (art. 77)'(fl. 327e); **d)** 128, 460 do CPC/73 e 59, **caput** e parágrafo único, da Lei 8.666/93, sob o fundamento de que, 'se se trata de ação de cobrança e não é objeto do litígio pedido de indenização fundado no artigo 59, § único da Lei de Licitações, 'data venia', vulnera o disposto nos artigos 128 e 460 do CPC a decisão que sumariamente e sem sequer cogitar o ânimo do contratado defere indenização... apenas para evitar o enriquecimento ilícito' (fl. 331e).

Por fim, requer o provimento do Recurso Especial.

Não foram apresentadas contrarrazões.

Inadmitido o Recurso Especial (fls. 338/339e), foi interposto o presente Agravo (fls. 342/354e).

Não foi apresentada contraminuta (fl. 356e).

A irresignação não merece prosperar.

Inicialmente, em relação ao art. 535 do CPC/73, deve-se ressaltar que o acórdão recorrido, julgado sob a égide do anterior Código de Processo Civil, não incorreu em omissão, uma vez que o voto condutor do julgado apreciou, fundamentadamente, todas as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida pela parte recorrente.

Vale destacar, ainda, que não se pode confundir decisão contrária ao interesse da parte com ausência de fundamentação ou negativa de prestação jurisdicional. Nesse sentido: STJ, REsp 1.129.367/PR, Rel. Ministra DIVA MALERBI (Desembargadora Federal Convocada/TRF 3ª Região), SEGUNDA TURMA, DJe de 17/06/2016; REsp 1.078.082/SP, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 02/06/2016; AgRg no REsp 1.579.573/RN, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 09/05/2016; REsp 1.583.522/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 22/04/2016.

Cumprido ressaltar que a alegada ofensa aos artigos 128, 460 do CPC/73, não foram objeto das razões da Apelação, em 2º Grau, somente tendo sido suscitadas pela recorrente nos Embargos de Declaração, em indevida inovação recursal. Assim, ante a falta de prequestionamento, incide, na hipótese, o óbice da Súmula 211/STJ.

No que diz respeito ao prazo prescricional, manifestou-se o Tribunal de origem:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

'Como bem se nota, a legislação prevê que o direito de cobrar o débito municipal prescreverá em cinco anos a contar da data do fato do qual se originar. No caso em apreço, o débito originou-se da entrega das obras e foi formalizado com a emissão da nota fiscal pela empresa. Em seguida, a municipalidade oficializou a despesa ao criar o empenho - referente ao exercício de 1996 (fls. 17/19). Com efeito, a formalização da dívida, por si só, já basta para que a empresa buscasse o pagamento da importância devida. O que atesta o reconhecimento do débito é a origem do título regularmente emitido. A recorrente, lastreada no empenho existente, poderia ter requerido o recebimento da dívida administrativamente ou mesmo ajuizado ação de cobrança' (fls. 297/298e).

Com efeito, constata-se que a orientação firmada pelo Tribunal de origem encontra-se em consonância com o entendimento manifestado por esta Corte acerca do termo inicial do prazo de prescrição, conforme se infere dos seguintes julgados:

'PROCESSUAL CIVIL, ADMINISTRATIVO E FINANCEIRO. ART. 535 DO CPC. OMISSÃO INEXISTENTE. FORNECIMENTO DE BENS PARA A ADMINISTRAÇÃO. INADIMPLÊNCIA. AÇÃO DE COBRANÇA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. TERMO INICIAL.

1. A alegação genérica de ofensa ao art. 535 do CPC, sem indicação das matérias que deveriam ter sido apreciadas pelo Tribunal de origem e de sua relevância para o deslinde da demanda, atrai a incidência da Súmula 284/STF.
2. Hipótese em que a recorrida move Ação Ordinária de Cobrança contra o Estado para receber valores relativos ao fornecimento de mercadorias. É incontroverso que o prazo prescricional é de cinco anos, conforme o Decreto 20.910/1932. Discute-se apenas o termo inicial.
3. O TJ entendeu que o prazo quinquenal é contado a partir da apresentação da nota fiscal. O Estado defende que o termo inicial é a emissão da nota de empenho.
4. A despesa pública deve ser sempre antecedida de empenho (art. 60 da Lei 4.320/1964), que é o ato contábil-financeiro pelo qual se destaca uma parcela ou a totalidade da disponibilidade orçamentária para atender à despesa que se pretende realizar.
5. Após o empenho, a Administração firma o contrato de aquisição de serviço ou de fornecimento de bens.
6. O empenho, por si, não cria obrigação de pagamento. O Estado não pode pagar por serviço não prestado ou por mercadoria não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entregue apenas porque houve empenho da despesa.

7. Por outro lado, impossível iniciar o prazo prescricional de cobrança a partir do empenho, pela simples razão de que o contrato ainda não foi adimplido. O credor não tem pretensão de receber por despesa a ser realizada, o que demonstra a inexistência de actio nata.

8. Ao cumprir o contrato (entrega da mercadoria ou prestação do serviço), o servidor responsável atesta a correta realização da despesa e procede à liquidação, prevista no art. 63 da Lei 4.320/1964. Em princípio, a partir da liquidação, o interessado pode exigir o pagamento na forma do contrato firmado.

9. Caso a Administração não pague o débito no vencimento contratado, surge o direito à cobrança e, portanto, o termo inicial do prazo prescricional, conforme o princípio da actio nata.

10. Incontroverso que a entrega das mercadorias e a emissão da nota fiscal deram-se no período quinquenal anterior à propositura da Ação de Cobrança.

11. Recurso Especial não provido' (STJ, REsp 1.022.818/RR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 21/08/2009)

'PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. AÇÃO DE LOCUPLETAMENTO ILÍCITO. EMISSÃO DO EMPENHO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. DECRETO N. 20.910/32. SUSPENSÃO OU INTERRUPTÃO. NÃO-OCORRÊNCIA.

1. Trata-se de ação de locupletamento ilícito objetivando a cobrança de importância não paga relativa a obras executadas e entregues ao recorrido. Sustenta a empresa que o prazo prescricional foi inaugurado com o cancelamento do empenho pelo município, porquanto este foi o momento que declinou, inequivocamente, da sua intenção de pagar. O município, por seu turno, defende que o direito de cobrança da dívida teve início a partir da emissão da nota fiscal dos serviços, ou, alternativamente, com a abertura do empenho.

2. A legislação prevê que o direito de cobrar o débito municipal prescreverá em cinco anos a contar da data do fato do qual se originar. Inteligência do art. 1º do Decreto n. 20.910/32.

3. No caso em apreço, o débito originou-se da entrega das obras e foi formalizado com a emissão da nota fiscal pela empresa. Em seguida, a municipalidade oficializou a despesa ao criar o empenho n. 2364, referente ao exercício de 1996.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. A recorrente, lastreada no empenho existente, poderia ter requerido o recebimento do restante da dívida administrativamente ou mesmo ajuizado ação de cobrança, mas não o fez em tempo hábil, quedando-se inerte durante a fluência da prescrição.

5. Recurso especial não-provido' (STJ, REsp 924.175/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, DJ de 27/09/2007, p. 238).

Além disso, constou do acórdão recorrido que 'não pode a Administração, sob a alegação de vício no procedimento licitatório tirar proveito da atividade particular' (fl. 298e).

Com efeito, nos termos da jurisprudência desta Corte, demonstrada a efetiva realização do objeto contratado, não pode a Administração locupletar-se indevidamente, devendo indenizar o particular pelos serviços prestados. Nesse sentido:

'ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE COBRANÇA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À ADMINISTRAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONTRATO. INDENIZAÇÃO. CABIMENTO. ART. 59, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8.666/93. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. (...)

4. Quanto ao dever de indenizar, o STJ entende que, ainda que o contrato realizado com a Administração Pública seja nulo, por ausência de prévia licitação, o ente público não poderá deixar de efetuar o pagamento pelos serviços prestados ou pelos prejuízos decorrentes da administração, desde que comprovados, ressalvada a hipótese de má-fé ou de ter o contratado concorrido para a nulidade. Precedentes: AgRg no AREsp 5.219/SE, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 2/6/2011; REsp 928.315/MA, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ de 29.6.2007.

(...)

9. Agravo Regimental não provido' (STJ, AgRg no AREsp 239.295/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 25/9/2013)

'ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. FUNÇÕES EXCLUSIVAS DO ESTADO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. REVISÃO. PROVAS. NÃO-CABIMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. IRRISÓRIOS. EXORBITANTES. NÃO-OCORRÊNCIA. REVISÃO. NÃO-CABIMENTO. SÚMULA 07/STJ.

1. (...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Assentado pelo juízo a quo que o contratado executou os serviços avençados, até a data em que a nulidade foi declarada, é de se imputar à Administração Pública o dever de indenizar por todos os prejuízos que tenha o particular sofrido, nos termos do que dispõe o art. 59, parágrafo único, da Lei n.º 8.666/93. Precedentes.

4. (...)

5. Agravo regimental não provido' (STJ, AgRg no AREsp 5.219/SE, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe de 2/6/2011).

Ante o exposto, com fulcro no art. 253, parágrafo único, II, **b**, do RISTJ, **conheço** do Agravo, para **negar provimento** ao Recurso Especial" (fls. 364/368e).

Inconformada, sustenta a parte agravante que:

"Seja-nos permitido discordar, 'data maxima venia', porque ocorreu no caso concreto efetiva negativa de vigência à lei federal; não incidem os óbices apontados, mais ainda, o recurso da municipalidade está inclusive em sintonia com orientações desta Corte e, diga-se de passagem, referendadas pela própria r. decisão ora agravada.

Solicita aliás, para a devida compreensão do litígio, licença para repisar a questão controvertida.

Trata-se de cobrança fundada em notas fiscais alusivas a entrega de mercadorias e respectivos empenhos feitos em 1996, que no ajuizamento em 2001 estavam em cadastrados como restos a pagar.

Em sua defesa suscitou a prescrição daquelas relativas a fornecimento ocorrido há mais de cinco anos anteriores ao ajuizamento e, quanto ao mais, comprovou que todas têm por origem certames licitatórios e apontou graves elementos que afastam a boa-fé da licitante recorrida e, em consequência, ensejam a improcedência e exoneram o Poder Público do dever de indenizar.

Toda a controvérsia está centrada ao redor do art. 1º do Dec. 20.910/32 c.c. a Súmula 383/STF e do art. 59, 'caput' da Lei de Licitações.

Tais defesas foram rejeitadas em primeiro grau e estas mesmas questões jurídicas foram abordadas em apelação, entretanto, não foram dirimidas pelo acórdão de origem, sequer com a necessária clareza no tocante a prescrição ou minimamente enfrentada quanto a exoneração do dever de indenizar o contratado que laborar com má-fé.

Pontuou, singelamente, o v. acórdão de origem:

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Seguindo tais premissas, HONRADOS MINISTROS, todo empenho administrativo formalmente constituído seria imprescritível, bastando que seja em seguida contabilmente cadastrado em restos a pagar (driblando no caso o art. 1º do Dec. 20.910/32 cc a Súmula 383/STF); mais, nesta toada o art. 59, “caput” da Lei de Licitações seria letra morta...

O acórdão de origem desviou o foco do litígio;

deixou de enfrentar as questões jurídicas devidamente impugnadas, não se podendo desta forma cogitar inovação recursal em relação aos arts. 128 e 460 do CPC... ou o óbice da Súmula 211/STJ.

A apelação teve por finalidade definir o marco inicial para computar o prazo prescricional previsto no artigo 1º do Dec. 20.910/32 em caso de cobrança fundada em nota fiscal de fornecimento de mercadoria, notadamente se a persistência do empenho como restos a pagar interrompe ou não a prescrição e, em caso afirmativo, como este prazo seria reiniciado.

Seria de rigor análise objetiva da defesa e aplicar o direito ao caso concreto.

O mesmo se diga também quanto a ressarcimento ou direito a indenização quando o licitante laborar com má-fé.

Insista-se:

O empenho processado na forma do art. 58 da Lei nº. 4.320/1964 gera para o Poder Público a obrigação de pagamento em quaisquer circunstâncias?

A referida obrigação de pagamento não pode ser desconstituída?

Nem mesmo pelo Judiciário (CF, 5º, XXXV)?

Resiste à nulidade da causa subjacente?

É atingida pela prescrição? Subsume-se à Súmula 383/STF?

Sob o fundamento de se evitar o enriquecimento ilícito da Administração é legítimo deferir indenização, na forma do art. 59, § único da Lei 8.666/93, sem cogitar o ânimo do contratado, à margem dos limites da lide, portanto, independente de pedido específico da parte?

A hipótese não é de decisão contrária à pretensão.

Estas relevantes questões não tiveram resposta nas instâncias de origem, sedimentando a negativa de vigência ao art. 535, incisos I e II do CPC/1973, vigente quando da interposição da apelação, do recurso especial e do respectivo agravo manejado contra o seu trancamento.

A r. decisão agravada afastou o decantado defeito, olvidando que o acórdão de origem peca por clareza ao afastar a prescrição e deferiu indenização a pretexto de evitar o enriquecimento ilícito, porém, no particular sem enfrentar a centralidade da impugnação e, desta forma, equivocadamente confirmou o maltrato à lei federal.

É oportuno repisar o mérito do recurso.

- Artigo 1º do Decreto nº. 20.910/32:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O dispositivo foi referido pelo acórdão de origem, que inclusive registrou ser de 5 (cinco) anos o prazo para cobrar o débito, 'contado da data do fato do qual se originar'. O v. acórdão sedimentou em seguida que no caso em apreço 'o débito originou-se da entrega das obras' (trata-se em verdade de alegado fornecimento de mercadorias) e foi 'formalizado com a emissão de nota fiscal' e oficializado pela recorrente com o empenho administrativo referente ao exercício de 1996.

A par destas premissas, entretanto, o v. acórdão decretou que a mera formalização da dívida basta para buscar o pagamento da importância devida. Fincou assim a ideia de que a obrigação de pagamento representada por formal empenho administrativo seria... imprescritível (?), 'data venia', conclusão que vulnera o artigo 1º do Decreto nº. 20.910/32 (diploma recepcionado com força de lei federal).

O empenho administrativo não gera porém a imprescritibilidade. Exprime quando muito causa interruptiva da prescrição, ainda assim, sujeitando-se a incidência do art. 3º do DL nº. 4597/42:

(...)

e à inteligência da Súmula 383/STF:

A mera formalização da dívida por empenho administrativo não tem o condão de eternizar a possibilidade de cobrança, assim, afastar a prescrição quanto às notas fiscais emitidas e empenhadas até 17/12/1996, ou seja, há mais de cinco anos do ajuizamento da ação, vulnera frontalmente o disposto no artigo 1º do Decreto nº. 20.910/32.

O próprio v. acórdão recorrido firmou que o crédito tem origem em (alegada) entrega de mercadorias e erigiu este marco para computar o prazo para exercitar o direito.

É em verdade até inexplicável, 'data venia', o fundamento pela qual o acórdão de origem atribuiu exigibilidade às notas fiscais emitidas e empenhadas até 17/12/1996...

(...)

É pois de rigor decretar-se a prescrição quanto às notas fiscais emitidas e empenhadas para pagamento até 17/12/1996, insistimos, resguardando assim eficácia ao artigo 1º do Dec. 20.910/32, independente de subsistir empenho como restos a pagar nos anos seguintes, em homenagem ao art. 3º do DL nº. 4597/42 e à Súmula 383/STF.

- Art. 59, 'caput' e § único, da Lei 8666/93:

A arguição de nulidade das licitações que conferem sustentação aos empenhos objeto da cobrança e consequente exoneração do dever de indenizar foi afastada com o declarado – e único – objetivo de evitar o enriquecimento ilícito da Administração.

(...)

A lei de regência, portanto, não assegura àquele que contrata com o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Poder Público o direito a indenização em toda e qualquer hipótese.

(...)

'In casu' nada disso foi apreciado, exatamente porque não se postula indenização com fundamento no disposto no artigo 59, § único da Lei de Licitações...

(...)

Assente-se que a própria r. decisão agravada se reporta a precedente desta Corte (AgRg no Aresp 5.219/SE) que a par de resguardar a obrigação do Poder Público a indenizar o licitante contratado, expressamente ressalva a hipótese de má-fé ou de ter o contratado concorrido para a nulidade.

Se assim não fosse, definitiva e efetivamente, estaria amesquinhado a exigência do art. 37, inciso XXI da nossa Lei Maior.

A Administração estaria sempre e inexoravelmente compelida a indenizar, ainda que o licitante tenha laborado com má-fé ou concorrido para a nulidade" (fls. 373/381e).

Por fim, requer "seja acolhido este agravo interno e o provimento do recurso especial, decretando-se a nulidade do v. acórdão de origem e recomendando o exame das questões suscitadas nos embargos de declaração ou, se assim não for, reconhecer a prescrição parcial do direito postulado pela recorrida; determinar a instrução do feito ou fincar a nulidade da relação subjacente e, de pronto, inverter o deslinde, julgando totalmente improcedente a cobrança" (fl. 382e).

Intimada, a parte agravada deixou transcorrer **in albis** o prazo para manifestação (fl. 387e).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 237.138 - SP (2012/0205450-7)

VOTO

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

Na origem, trata-se de Ação Ordinária, ajuizada pela parte agravada em face do Município de Sales/SP, objetivando o ressarcimento de valores referentes ao fornecimento de produtos comercializados pela empresa.

O acórdão do Tribunal de origem manteve a sentença, que julgara procedente o pedido.

De plano, à luz do que decidido pelo acórdão recorrido, cumpre asseverar que, ao contrário do que ora se sustenta, não houve violação ao art. 535, II, do Código de Processo Civil de 1973, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão recorrido e do acórdão proferido em sede de Embargos de Declaração apreciaram, fundamentadamente e de modo completo, todas as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.

Assim, **"a solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC"** (STJ, AgInt no AgInt no AREsp 867.165/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 19/12/2016).

Vale ressaltar, ainda, que não se pode confundir decisão contrária ao interesse da parte com ausência de fundamentação ou negativa de prestação jurisdicional. Nesse sentido: STJ, REsp 801.101/MG, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 23/04/2008.

A propósito, ainda:

"ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS.

1. Não há violação ao art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida e a decisão está suficientemente fundamentada.

(...)

Agravo regimental improvido" (STJ, AgRg no AREsp 433.424/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 17/02/2014).

Ademais, não cabem Declaratórios com objetivo de provocar prequestionamento, se ausentes omissão, contradição ou obscuridade no julgado (STJ,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no REsp 1.235.316/RS, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 12/05/2011), bem como não se presta a via declaratória para obrigar o Tribunal a reapreciar provas, sob o ponto de vista da parte recorrente (STJ, AgRg no Ag 117.463/RJ, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, TERCEIRA TURMA, DJU de 27/10/1997).

Quanto à tese central, sustentada pela ora agravante, referente ao disposto nos arts. 128 e 460 do CPC/73, o Recurso Especial não ultrapassa o exame da admissibilidade, ante o óbice da Súmula 211 do STJ ("Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal **a quo**").

Isso porque, para que se configure o prequestionamento, não basta que o recorrente devolva o exame da questão controvertida para o Tribunal. É necessário que a causa tenha sido decidida à luz da legislação federal indicada como violada, bem como seja exercido **juízo de valor sobre os dispositivos legais indicados e a tese recursal a eles vinculada**, interpretando-se a sua aplicação ou não ao caso concreto.

Nesse contexto, por simples cotejo das razões recursais e dos fundamentos do acórdão, percebe-se que a tese recursal não foi apreciada, pela Corte de origem, sequer de modo implícito, não tendo servido de fundamento à conclusão adotada pelo Tribunal **a quo**. A propósito, a reiterada jurisprudência desta Corte:

"AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. PENSÃO POR MORTE. ESTUDANTE UNIVERSITÁRIO. PRORROGAÇÃO DO BENEFÍCIO ATÉ 24 ANOS DE IDADE. INTERPRETAÇÃO DE LEGISLAÇÃO LOCAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 280/STF. DISPOSITIVOS DA LEI N. 8.213/91 NÃO PREQUESTIONADOS. SÚMULA N. 211/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

(...)

2. O prequestionamento não exige que haja menção expressa dos dispositivos infraconstitucionais tidos como violados. Entretanto, é imprescindível que no aresto recorrido a tese tenha sido discutida, mesmo que suscitada em embargos de declaração. Incidência da Súmula n. 211/STJ.

3. Agravo regimental não provido" (STJ, AgRg nos EDcl no AREsp 726.546/AM, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 04/11/2015).

"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. NÃO OCORRÊNCIA. SÚMULA N. 7 DO STJ. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 211 DO STJ.

(...)

3. Incide a Súmula n. 211/STJ quando a questão suscitada no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recurso especial, não obstante a oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pela Corte a quo.

4. O acesso à via excepcional, nos casos em que o Tribunal *a quo*, a despeito da oposição de embargos de declaração, não regulariza a omissão apontada, depende da veiculação, nas razões do recurso especial, de ofensa ao art. 535 do CPC.

5. Agravo regimental desprovido" (STJ, AgRg no AREsp 750.119/DF, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, DJe de 03/11/2015).

Assim, embora a recorrente tenha oposto Embargos de Declaração, ainda que para fins de prequestionamento, o Tribunal **a quo** não decidiu tal questão, incidindo, nesse passo, o óbice da Súmula 211 deste Superior Tribunal de Justiça.

Registre-se, ainda, por oportuno, que a exigência de prequestionamento encontra respaldo no próprio permissivo constitucional:

"Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

(...)

III - julgar, em Recurso Especial, as **causas decididas**, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) **der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal**".

Vale, a propósito, conferir a lição de NELSON NERY JÚNIOR, no sentido de que "(...) a locução causas decididas, autoriza a exigência do denominado prequestionamento da questão constitucional ou federal, exigência feita nos verbetes ns. 282 e 356 da Súmula da jurisprudência predominante no STF, aplicáveis ao RE e também ao REsp. A questão objeto dos recursos deve ter sido decidida pelo órgão judicial inferior, sem o que não se terá cumprido o requisito constitucional para a admissibilidade desses recursos" (in *Princípios Fundamentais - Teoria Geral dos Recursos*, 5ª edição, RT, p. 252).

Não é outro o entendimento que se recolhe na doutrina, valendo, anotar, mais uma vez, NELSON NÉRY JÚNIOR, que reforça a conclusão de que: "Quando, nada obstante tenham sido interpostos embargos de declaração prequestionadores (STF 282 e 356), ainda persistir a omissão do tribunal, não cabe o RE e/ou REsp por ofensa àquele preceito que o recorrente invocara e que continua objeto da omissão do tribunal. Sobre esse preceito, pois, não ocorreu 'decisão' e não pode essa matéria ser objeto nem de RE nem de REsp. (...) Verificada e mantida essa omissão pelo tribunal *a quo*, mesmo depois de haverem sido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

interpostos e rejeitados embargos de declaração prequestionadores, contra esse acórdão cabe REsp por ofensa ao art. 535 do CPC" (in Princípios Fundamentais - Teoria Geral dos Recursos, 5ª edição, RT, p. 253).

A propósito do tema, os seguintes precedentes desta Corte:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. NÃO RECEBIMENTO DA APELAÇÃO. INSURGÊNCIA CONTRA ACORDO JUDICIAL DEVIDAMENTE HOMOLOGADO. AUSÊNCIA DE VÍCIO DE VONTADE. PREQUESTIONAMENTO. INOCORRÊNCIA. SÚMULA Nº 211/STJ. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 503 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INOCORRÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no entendimento de que a parte deve vincular a interposição do recurso especial à violação do artigo 535 do Código de Processo Civil, quando, mesmo após a oposição de embargos declaratórios, o Tribunal *a quo* persiste em não decidir questões que lhe foram submetidas a julgamento.

2. 'Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*.' (Súmula do STJ, Enunciado nº 211). (...)

4. Agravo regimental improvido" (STJ, AgRg no REsp 1.167.295/SC, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 1º/12/2010).

"RECURSO ESPECIAL. SALÁRIO-EDUCAÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO FUNDADO EM MATÉRIA CONSTITUCIONAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. INEXISTÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. (...)

2. Nos casos em que o tribunal de 2ª instância se nega a emitir pronunciamento acerca dos pontos tidos como omissos, contraditórios ou obscuros, embora provocado via embargos declaratórios, deve a recorrente especial alegar contrariedade ao art. 535 do CPC, pleiteando a anulação do acórdão.

3. 'Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*.' (Súmula 211 do STJ).

4. Agravo regimental desprovido" (STJ, AgRg no Ag 461.406/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJU de 24/02/2003).

Registre-se, outrossim, que o Recurso Especial foi interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/73. Desse modo, incide a jurisprudência desta Corte, firmada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

na época, no sentido de que "não se admite o prequestionamento ficto, ou seja, aquele segundo o qual, a oposição de Embargos de Declaração é suficiente ao suprimento do requisito do prequestionamento" (STJ, AgRg no AREsp 180.224/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe de 23/10/2012).

No tocante à prescrição, manifestou-se o Tribunal de origem:

"Como bem se nota, a legislação prevê que o direito de cobrar o débito municipal prescreverá em cinco anos a contar da data do fato do qual se originar. No caso em apreço, o débito originou-se da entrega das obras e foi formalizado com a emissão da nota fiscal pela empresa. **Em seguida, a municipalidade oficializou a despesa ao criar o empenho - referente ao exercício de 1996 (fls. 17/19).**

Com efeito, a formalização da dívida, por si só, já basta para que a empresa buscasse o pagamento da importância devida. O que atesta o reconhecimento do débito é a origem do título regularmente emitido. A recorrente, lastreada no empenho existente, poderia ter requerido o recebimento da dívida administrativamente ou mesmo ajuizado ação de cobrança" (fls. 297/298e).

Com efeito, constata-se que a orientação firmada pelo Tribunal de origem encontra-se em consonância com o entendimento manifestado por esta Corte acerca do termo inicial do prazo de prescrição, conforme se infere dos seguintes julgados:

"PROCESSUAL CIVIL, ADMINISTRATIVO E FINANCEIRO. ART. 535 DO CPC. OMISSÃO INEXISTENTE. FORNECIMENTO DE BENS PARA A ADMINISTRAÇÃO. INADIMPLÊNCIA. AÇÃO DE COBRANÇA. PRESCRIÇÃO QÜINQUENAL. TERMO INICIAL.

1. A alegação genérica de ofensa ao art. 535 do CPC, sem indicação das matérias que deveriam ter sido apreciadas pelo Tribunal de origem e de sua relevância para o deslinde da demanda, atrai a incidência da Súmula 284/STF.
2. Hipótese em que a recorrida move Ação Ordinária de Cobrança contra o Estado para receber valores relativos ao fornecimento de mercadorias. É incontroverso que o prazo prescricional é de cinco anos, conforme o Decreto 20.910/1932. Discute-se apenas o termo inicial.
3. O TJ entendeu que o prazo quinquenal é contado a partir da apresentação da nota fiscal. O Estado defende que o termo inicial é a emissão da nota de empenho.
4. A despesa pública deve ser sempre antecedida de empenho (art. 60 da Lei 4.320/1964), que é o ato contábil-financeiro pelo qual se destaca uma parcela ou a totalidade da disponibilidade orçamentária para atender à despesa que se pretende realizar.
5. Após o empenho, a Administração firma o contrato de aquisição de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

serviço ou de fornecimento de bens.

6. O empenho, por si, não cria obrigação de pagamento. O Estado não pode pagar por serviço não prestado ou por mercadoria não entregue apenas porque houve empenho da despesa.

7. Por outro lado, impossível iniciar o prazo prescricional de cobrança a partir do empenho, pela simples razão de que o contrato ainda não foi adimplido. O credor não tem pretensão de receber por despesa a ser realizada, o que demonstra a inexistência de *actio nata*.

8. Ao cumprir o contrato (entrega da mercadoria ou prestação do serviço), o servidor responsável atesta a correta realização da despesa e procede à liquidação, prevista no art. 63 da Lei 4.320/1964. Em princípio, a partir da liquidação, o interessado pode exigir o pagamento na forma do contrato firmado.

9. Caso a Administração não pague o débito no vencimento contratado, surge o direito à cobrança e, portanto, o termo inicial do prazo prescricional, conforme o princípio da *actio nata*.

10. Incontroverso que a entrega das mercadorias e a emissão da nota fiscal deram-se no período quinquenal anterior à propositura da Ação de Cobrança.

11. Recurso Especial não provido" (STJ, REsp 1.022.818/RR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 21/08/2009)

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. AÇÃO DE LOCUPLETAMENTO ILÍCITO. EMISSÃO DO EMPENHO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. DECRETO N. 20.910/32. SUSPENSÃO OU INTERRUPTÃO. NÃO-OCORRÊNCIA.

1. Trata-se de ação de locupletamento ilícito objetivando a cobrança de importância não paga relativa a obras executadas e entregues ao recorrido. Sustenta a empresa que a o prazo prescricional foi inaugurado com o cancelamento do empenho pelo município, porquanto este foi o momento que declinou, inequivocamente, da sua intenção de pagar. O município, por seu turno, defende que o direito de cobrança da dívida teve início a partir da emissão da nota fiscal dos serviços, ou, alternativamente, com a abertura do empenho.

2. A legislação prevê que o direito de cobrar o débito municipal prescreverá em cinco anos a contar da data do fato do qual se originar. Inteligência do art. 1º do Decreto n. 20.910/32.

3. No caso em apreço, o débito originou-se da entrega das obras e foi formalizado com a emissão da nota fiscal pela empresa. Em seguida, a municipalidade oficializou a despesa ao criar o empenho n. 2364, referente ao exercício de 1996.

4. A recorrente, lastreada no empenho existente, poderia ter requerido o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recebimento do restante da dívida administrativamente ou mesmo ajuizado ação de cobrança, mas não o fez em tempo hábil, quedando-se inerte durante a fluência da prescrição.

5. Recurso especial não-provido" (STJ, REsp 924.175/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, DJ de 27/09/2007, p. 238).

Destarte, estando o acórdão recorrido em consonância com a jurisprudência do STJ, aplica-se, ao caso, o entendimento consolidado na Súmula 568 desta Corte, **in verbis**: "O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema".

Ademais, ainda na forma da jurisprudência do STJ, "demonstrada a efetiva realização do objeto contratado, não pode a Administração se locupletar indevidamente, devendo indenizar o particular pelos serviços prestados" (STJ, AgRg no REsp 1489307/ DF, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 18/05/2015).

Assim, não se divisam, nas razões do Agravo interno, argumentos capazes de desconstituir a decisão agravada, que deve ser mantida, por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, nego provimento ao Agravo interno.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2012/0205450-7

AgInt no
AREsp 237.138 / SP

Números Origem: 129001 61885152 6188515200 91945803320078260000 994070395880

PAUTA: 06/02/2020

JULGADO: 06/02/2020

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO JOSÉ GISI**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : MUNICÍPIO DE SALES
ADVOGADOS : LELLIS FERRAZ DE ANDRADE JUNIOR E OUTRO(S) - SP079514
ANDERSON DE CAMARGO EUGENIO E OUTRO(S) - SP300743
AGRAVADO : COMERCIAL NAHRA DE ELETRODOMÉSTICOS LTDA
ADVOGADO : LUDUGER NEI TAMAROZZI - SP137955

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Contratos
Administrativos - Pagamento Atrasado / Correção Monetária

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : MUNICÍPIO DE SALES
ADVOGADOS : LELLIS FERRAZ DE ANDRADE JUNIOR E OUTRO(S) - SP079514
ANDERSON DE CAMARGO EUGENIO E OUTRO(S) - SP300743
AGRAVADO : COMERCIAL NAHRA DE ELETRODOMÉSTICOS LTDA
ADVOGADO : LUDUGER NEI TAMAROZZI - SP137955

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 Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.