



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.072.900 - SP (2017/0063223-4)

RELATORA : MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
AGRAVANTE : HELIO MIACHON BUENO
ADVOGADO : CARLOS ROBERTO MARRICHI JÚNIOR E OUTRO(S) - SP189197
AGRAVADO : JOSÉ MARTINI NETO
ADVOGADO : JOSÉ MARTINI NETO (EM CAUSA PRÓPRIA) - SP100990
INTERES. : MUNICÍPIO DE MOGI-GUACU

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO POPULAR. RECOMPOSIÇÃO DE DANO AO ERÁRIO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTS. 6º, **CAPUT**, E 7º, V, DA LEI 4.717/65. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DO CPC/73. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 2/STJ. APLICAÇÃO DAS REGRAS DE ADMISSIBILIDADE DO CPC/73. PREQUESTIONAMENTO FICTO. DESCABIMENTO. ACÓRDÃO RECORRIDO COM BASE EM FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL. NÃO INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SÚMULA 126/STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno ajuizado contra decisão publicada em 03/05/2017, que, por sua vez, julgara recurso interposto contra **decisum** publicado na vigência do CPC/73.

II. Segundo consta dos autos, trata-se, na origem, "de ação popular ajuizada por José Martini Neto em face da Municipalidade de Mogi Guaçu e seu Prefeito Municipal, Hélio Miachon Bueno. Sustenta, em síntese, que o Poder Público, representado pelo Prefeito, ajuizou ação de desapropriação com base em decreto expropriatório, e posteriormente desistiu da mesma, ensejando a sua extinção sem julgamento de mérito. Este ato administrativo seria ilegal, em razão do fato de o decreto expropriatório ter descumprido requisitos legais; e lesivo, na medida em que a Municipalidade foi condenada ao pagamento de R\$ 255.816,47 (duzentos e cinquenta e cinco mil, oitocentos e dezesseis reais e quarenta e sete centavos) a título de custas processuais e de honorários advocatícios. O autor requer, assim, a condenação do segundo correu ao ressarcimento do valor pago pela Municipalidade a título de ônus da sucumbência".

III. Em relação à alegada de ofensa aos arts. 6º, **caput**, e 7º, V, da Lei 4.717/65, 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, sequer implicitamente, razão pela qual não há como afastar o óbice da Súmula 211/STJ.

IV. No caso, considerando que o Recurso Especial fora interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/73, aplica-se, na espécie, o entendimento do Enunciado Administrativo 2/STJ, aprovado pelo Plenário da Corte, na sessão de 9 de março de 2016, segundo o qual "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Justiça". Inaplicável, pois, **in casu**, o art. 1.025 do CPC/2015.

V. Existindo fundamento de índole constitucional, suficiente para a manutenção do acórdão recorrido, cabia à parte recorrente a interposição do imprescindível Recurso Extraordinário, de modo a desconstituí-lo. Ausente essa providência, o conhecimento do Especial esbarra no óbice da Súmula 126/STJ. Precedentes do STJ.

VI. Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

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), 08 de agosto de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.072.900 - SP (2017/0063223-4)

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de Agravo interno, interposto por HELIO MIACHON BUENO, em 19/05/2017, contra decisão de minha lavra, publicada em 03/05/2017, assim fundamentada, **in verbis**:

"Trata-se de Agravo, interposto por HELIO MIACHON BUENO, em 23/09/2014, contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que inadmitiu o Recurso Especial manejado em face de acórdão assim ementado:

"AÇÃO POPULAR PARA RECOMPOSIÇÃO DE DANO AO ERÁRIO - Nos termos do artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal, a ação popular é meio processual adequado para pedido de ressarcimento de dano ao erário - Entendimento ratificado pela doutrina - Carência de ação que deve ser afastada - Sentença de procedência mantida - Recurso não provido" (fl. 247e).

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

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Omissão, Inocorrência - Caráter infringente emprestado à pretensão de manifesta irresignação com o resultado do julgamento. Inadmissibilidade. Pronunciamento colegiado claro, abrangente e bem definido. Embargos rejeitados" (fl. 265e).

Sustenta a parte agravante, nas razões do Recurso Especial, além de dissídio jurisprudencial, ofensa aos artigos 1º, 6º e 7º, V, da Lei 4.717/65, sob os seguintes fundamentos: a) "contraria a Lei 4.717/65 o V. Acórdão combatido, ao permitir que a ação popular em tela se sustente, mesmo sem promover pedido de anulação ou declaração de nulidade de ato, essência da própria ação, sendo forçoso o reconhecimento da carência de ação nos termos propostos" (fl. 274e); b) imperioso o reconhecimento da necessidade de participação do beneficiário, como litisconsorte, na presente demanda; c) não foi reconhecido ao recorrente o direito à produção de provas e apresentação de razões finais, o que evidencia cerceamento de seu direito de defesa.

Requer, ao final, seja conhecido e provido o presente Recurso Especial.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em contrarrazões, a parte ora agravada assevera que deve ser mantido o acórdão recorrido.

Negado seguimento ao Recurso Especial (fl. 304e), foi interposto o presente Agravo (fls. 307/315e).

Em contraminuta, a parte agravada afirma que deve ser negado provimento ao Agravo.

A irresignação não merece acolhimento.

Inicialmente, cabe destacar que o Tribunal de origem não se manifestou acerca do teor dos arts. 6º e 7º, V, da Lei 4.717/65, relativos às teses acerca da necessidade de reconhecimento da participação do beneficiário na demanda, bem como que não foi oportunizado ao recorrente o direito à produção de provas. Por essa razão, à falta do indispensável prequestionamento, não pode ser conhecido o Recurso Especial no ponto, incidindo o teor da Súmula 211 do STJ ("Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição dos embargos declaratórios, não foi apreciado pelo Tribunal a quo").

Por outro lado, acerca da controvérsia, manifestou-se o Tribunal de origem:

"A ação popular, proposta por qualquer do povo, desde que cidadão eleitor, objetiva a tutela jurídico-processual de direitos subjetivos meta-individuais assinalados na Lei 4.717/65. De modo diverso, a ação civil pública respeita à tutela de interesses difusos e coletivos. Não há, no caso em questão, interesse difuso e coletivo sendo protegido. O que se pretende é exclusivamente o ressarcimento de danos ao patrimônio público.

A presente ação evidentemente não visa a salvaguarda de direitos difusos, mas à satisfação de interesses cujo titular é o Município de Mogi Guaçu. E tal interesse vem respaldado pela Constituição Federal, que, em seu artigo 5º, LXXIII, previu instrumento processual específico para a defesa do erário, a ação popular" (fl. 248e),

Do exposto, verifica-se que a parte recorrente não atacou, via Recurso Extraordinário, o referido fundamento constitucional. Assim, existindo fundamento de índole constitucional, suficiente para manutenção do aresto recorrido, cabia à parte recorrente a interposição do mencionado Agravo, de modo a desconstituí-lo, ausente essa providência, o conhecimento do Especial esbarra na censura da Súmula 126/STJ, segundo a qual, "é inadmissível Recurso Especial, quando o acórdão recorrido assenta-se em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário".

Sinale-se, por fim, o não cabimento do Recurso Especial com base no dissídio jurisprudencial, pois as mesmas razões que inviabilizaram o conhecimento do apelo, pela alínea a, servem de justificativa quanto à alínea c do permissivo constitucional.

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. 350/352e).

Inconformada, sustenta a parte agravante que:

"O Recurso Especial proposto pelo ora agravante, se valeu, além da divergência jurisprudencial, da demonstração da infringência de três artigos 1º, 6º e 7º, V, da Lei 4.717/65.

Em relação à infringência aos artigos 6º e 7º, V da Lei 4.717/65, Vossa Excelência entendeu ser caso de incidência da súmula 211 deste Colendo STJ, abaixo reproduzida com a devida Vênia:

(...)

Neste aspecto, há um ponto que resta incontroverso e merece atenção, qual seja, que a despeito da proposição de Embargos de Declaração, na 1ª Instância, repetição do tema em recurso de Apelação e propositura de Embargos de declaração em face do Acórdão atacado via especial, o tema NÃO FOI APRECIADO ESPECIFICAMENTE.

Contudo, a dicção do Artigo 1025 do CPC, trouxe uma nova luz ao tema, tratando a matéria da seguinte forma:

Art. 1.025. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.

(Artigo 1025 do CPC, negritos e grifos nossos)

(...)

É inegável que as alterações no CPC, inclusive quando trouxe expressamente o princípio da primazia da resolução do mérito em seu art. 4º, não dão margem para a aplicação irrestrita da súmula 211.

O que se pretende agora, pois, é que este Tribunal Superior reconheça que houve erro na análise dos Declaratórios e omissão ostensiva quanto a fundamentos perfeitamente lançados desde a defesa de 1ª instância e desde então insistentemente e incrivelmente repetidos e ignorados. Basta a análise das peças referidas para facilmente se verificar tal ponto.

Mas fato ainda pior, "Data Máxima Vênia" deve ser observado na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decisão dos Declaratórios rejeitados.

É que além de não enfrentar o tema, a decisão referida faz constar expressamente em sua parte final que:

“Consideram-se pré-questionados, para fins de possibilitar a interposição de recurso especial e de recurso extraordinário todos os dispositivos de lei federal e as normas da Constituição Federal mencionadas pela parte.

Ante os fundamentos aqui expostos, pelo meu voto rejeito os embargos. ” (SIC, e-STJ Fl.266, penúltimo e último parágrafos, negritos e grifos nossos)

Embora possa haver certa coincidência naquilo que pareceu ser a antecipação da adoção da tese do prequestionamento ficto, agora devidamente acolhida pelo CPC, certo é que naquele momento levou o jurisdicionado a erro.

Ora Excelência como desconsiderar a questão da boa-fé???

Se o Acórdão dos Embargos de Declaração faz constar de forma expressa que os dispositivos de lei estão devidamente pré questionados, como se imaginar a necessidade de novos declaratórios para tal finalidade, ou mesmo Recurso especial pelo descumprimento do Artigo 535 do antigo CPC???

Portanto, a dicção do Artigo 1025 do CPC, aliada ao inequívoco defeito na decisão dos Declaratórios, que além de não suprir a clara omissão, fez constar o prequestionamento ficto levando a parte a erro, devem ser suficientes para convencer Vossas Excelências da necessidade de se aplicar a efetiva Justiça, afastando a súmula 211 neste caso concreto e conhecendo o Recurso Especial pela infringência aos artigos 6º e 7º, V, da Lei 4.717/65.

DA NEGATIVA PELO ÓBICE DA SÚMULA 126 DO C.STJ.

Necessário também tratar da negativa de seguimento sob alegação de incidência da súmula 126 do C.STJ, abaixo transcrita com a devida Vênia:

(...)

Neste aspecto a divergência está, com toda Vênia, na análise do que seria, no caso concreto, fundamento Constitucional suficiente, por si só, para manter o Acórdão.

Aparentemente Vossa Excelência entendeu que o quanto ementado no V. Acórdão combatido, teria dado resposta ao tema da lide, enquanto na verdade nunca foi ponto de divergência a inaplicabilidade do dispositivo Constitucional evocado.

"AÇÃO POPULAR PARA RECOMPOSIÇÃO DE DANO AO ERÁRIO

-Nos termos do artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ação popular é meio processual adequado para pedido de ressarcimento de dano ao erário - Entendimento ratificado pela doutrina - Carência de ação que deve ser afastada - Sentença de procedência mantida - Recurso não provido" (fl. 247e).

O que o ora agravante discute desde o início é o manejo inadequado da Lei 4.717/65. Mas não porque busca ressarcimento ao erário, mas sim em razão do desvio da finalidade. O que se sustenta e se busca, é um pronunciamento deste Egrégio Tribunal Superior, para tratar do atendimento ao artigo 1º da Lei 4.717/65 no caso concreto.

Não teria assim o recorrente, em tese, nenhuma hipótese de cabimento de extraordinário, já que nunca discutiu a inaplicabilidade do Artigo 5º, LXXXIII, mas sim a necessidade, nestes casos, de observação da Lei 4.717/65 na sua integralidade.

Afastada a aplicabilidade da súmula nº 126 do STJ, também serão possíveis análises das divergências jurisprudenciais apontadas de forma consistentes e adequadas, para que seja conhecido o Especial também neste tópico" (fls. 364/368e).

Por fim, requer "seja conhecido e provido o presente Agravo Interno, para, nos termos da fundamentação supra, afastar no caso concreto a aplicação das súmulas 211 e 126 deste Colendo STJ, e conhecer do Recurso Especial na forma como proposto" (fl. 369e).

Impugnação da parte agravada, a fls. 378/385e, pelo improvimento do recurso, e pela "aplicação do disposto no Artigo 85, § 1º e 2º do Código de Processo Civil, com a condenação do Agravante em 10% (Dez por cento) do valor total da condenação". Acrescenta que, "na sentença monocrática, já foram fixados honorários advocatícios de sucumbência de 10% (Dez por cento), tendo o Acórdão mantido tal verba sucumbencial, e, nos termos do § 2º do Artigo 85, estabelece o máximo de 20% (Vinte por cento). Assim, pelo fato do Agravante interpor o presente Recurso, com nítido efeito procrastinatório, requer a aplicação do disposto no § 1º do Artigo 85 do Código de Processo Civil".

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.072.900 - SP (2017/0063223-4)

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.

Segundo consta dos autos, trata-se, na origem, "de ação popular ajuizada por José Martini Neto em face da Municipalidade de Mogi Guaçu e seu Prefeito Municipal, Hélio Miachon Bueno. Sustenta, em síntese, que o Poder Público, representado pelo Prefeito, ajuizou ação de desapropriação com base em decreto expropriatório, e posteriormente desistiu da mesma, ensejando a sua extinção sem julgamento de mérito. Este ato administrativo seria ilegal, em razão do fato de o decreto expropriatório ter descumprido requisitos legais; e lesivo, na medida em que a Municipalidade foi condenada ao pagamento de R\$ 255.816,47 (duzentos e cinquenta e cinco mil, oitocentos e dezesseis reais e quarenta e sete centavos) a título de custas processuais e de honorários advocatícios. O autor requer, assim, a condenação do segundo correu ao ressarcimento do valor pago pela Municipalidade a título de ônus da sucumbência" (fls. 78/79e).

O Juízo de 1º Grau julgou procedente a ação, para "condenar o réu Hélio Miachon Bueno na devolução aos cofres públicos municipais da verba de R\$ 255.816,47 (duzentos e cinquenta e cinco mil, oitocentos e dezesseis reais e quarenta e sete centavos) a cujo pagamento deu causa indevidamente" (fls. 146/149e).

O Tribunal de origem, por maioria, manteve a sentença de procedência, **in verbis:**

"Não se verifica, no presente caso, carência de ação por inadequação da via eleita. Na verdade, a ação popular é o meio adequado para a formulação de pedido de ressarcimento de dano ao erário.

A ação popular, proposta por qualquer do povo, desde que cidadão eleitor, objetiva a tutela jurídico-processual de direitos subjetivos meta-individuais assinalados na Lei 4.717/65. De modo diverso, a ação civil pública respeita à tutela de interesses difusos e coletivos. Não há, no caso em questão, interesse difuso e coletivo sendo protegido. O que se pretende é exclusivamente o ressarcimento de danos ao patrimônio público.

A presente ação evidentemente não visa a salvaguarda de direitos difusos, mas à satisfação de interesses cujo titular é o Município de Mogi Guaçu. E tal interesse vem respaldado pela Constituição Federal, que, em seu artigo 5º, LXXIII, previu



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

instrumento processual específico para a defesa do erário, a ação popular.

Ada Pellegrini Grinover assinala o seguinte: "A diferença entre a ação popular constitucional e a ação civil pública, que visam a anular atos lesivos à moralidade administrativa, reside exclusivamente na legitimação ativa: à primeira, é legitimado o cidadão; à segunda, o Ministério Público. Pode-se assim afirmar, sem temor de erro, que a Lei Nacional do Ministério Público ampliou a legitimação à ação popular, atribuída pela Constituição ao cidadão, para estendê-la ao Ministério Público. Mas, na verdade, esta ação civil pública, criada pela LNMP, nada mais é do que uma espécie que pertence ao gênero ação popular (...). Trata-se de legitimações extraordinárias, disjuntivas e concorrentes, podendo ser exercidas por qualquer dos legitimados, em nome próprio e no interesse da coletividade. " (Uma nova modalidade de legitimação à ação popular:

possibilidade de conexão, continência e litispendência. In: MILARÉ, Édis (Coord.). Ação Civil Pública: Lei n 0 7.347/85, reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação. São Paulo: RT, 1995 1 p.24-25).

Pode a ação civil pública - de acordo com Ada Pellegrini Grinover, espécie do gênero ação popular - **ser utilizada para a proteção do patrimônio público e social. Entretanto, frise-se, a legitimação do Ministério Público é extraordinária, isto é, a ação civil pública para ressarcimento de dano ao erário tem natureza de ação popular.** "Diga-se de passagem que a extensão da legitimação ativa à ação popular, para o Ministério Público, é perfeitamente constitucional: com efeito, a própria Constituição Federal, no art. 129, IX, expressamente admite que se confirmem ao Parquet outras funções, desde que compatíveis com suas finalidades. E, na forma abrangente do art. 127, CF, que afirma incumbir ao Ministério Público a "defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais (...)", acomoda-se certamente a titularidade da ação popular para a tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa. Decorre daí que a ação civil pública, na modalidade que estamos examinando, tem a natureza jurídica de ação popular. Só a legitimidade ativa é diversa." (Ibidem, páginas 23 e 24).

Por tais razões, penso que **a r. sentença de Primeira Instância deve ser mantida por seus próprios fundamentos.**

Posto isto, voto para **negar provimento ao recurso**, nos termos explicitados" (fls. 248/249e).

Nas razões do Recurso Especial, a parte recorrente aponta, além de dissídio jurisprudencial, ofensa aos arts. 1º, 6º, **caput**, e 7º, V, da Lei 4.717/65, sob os seguintes fundamentos: a) "contraria a Lei 4.717/65 o V. Acórdão combatido, ao permitir que a ação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

popular em tela se sustente, mesmo sem promover pedido de anulação ou declaração de nulidade de ato, essência da própria ação, sendo forçoso o reconhecimento da carência de ação nos termos propostos" (fl. 274e); b) "tratando-se de Ação popular, necessário que fosse respeitada na integralidade a Lei 4.717/65, que a regulamenta, mas não o foi. Desde a contestação, especificamente às fls. 89, §3º, o recorrente sustenta a necessidade de participar dos autos como litisconsorte, o beneficiário. (...) Portanto o V. Acórdão combatido contrariou referido dispositivo legal, Art. 6, "caput" da Lei 4.717/65, ao ignorar a necessidade de participação do beneficiário na presente demanda na forma proposta, o que deve ser corrigido" (fls. 274/275e); c) "não sendo reconhecido o direito à produção de provas e apresentação de Razões finais ao recorrente pelo Acórdão combatido, tem-se que o mesmo também contrariou, ou negou vigência ao Artigo 7º, V, da Lei 4.417/65" (fl. 277e).

Sem razão, contudo.

Com efeito, em relação à alegação de ofensa aos arts. 6º, **caput**, e 7º, V, da Lei 4.717/65, 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 aludida 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 o 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.

Destaca-se, no ponto, que o mero acolhimento dos Embargos de Declaração, para fins de prequestionamento, sem que a matéria tenha sido efetivamente debatida, pelo Juízo de origem, não autoriza o conhecimento do Recurso Especial.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

Desse modo, não havendo sido apreciada a questão suscitada nos Embargos Declaratórios, a parte recorrente deveria vincular a interposição do Recurso Especial à violação do art. 535 do CPC/73 e, não, aos dispositivos tidos como violados, mas não apreciados.

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 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).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"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).

In casu, considerando que o Recurso Especial fora interposto contra acórdão publicado em 28/10/2012 (fl. 268e), na vigência do CPC/73, aplica-se, na espécie, o entendimento do Enunciado Administrativo 2/STJ, aprovado pelo Plenário da Corte, na sessão de 9 de março de 2016, segundo o qual "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) **devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**".

Desse modo, incide a jurisprudência desta Corte, firmada na vigência do CPC/73, 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, QUARTA TURMA, DJe de 23/10/2012).

No mesmo sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. **DECISÃO PUBLICADA SOB A ÉGIDE DO CPC/1973. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 2/STJ. APLICAÇÃO DAS REGRAS DE ADMISSIBILIDADE DO CPC/1973. PREQUESTIONAMENTO FICTO. DESCABIMENTO.**

1. "Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) **devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (Enunciado Administrativo n. 2/STJ).

2. Não há, pois, que se cogitar de aplicação das novas regras do Código de Processo Civil, o qual entrou em vigor em 18 de março de 2016, quando se trata da admissibilidade do presente recurso especial, cujos marcos temporais são anteriores à vigência do novo CPC.

3. Logo, incide no caso a pacífica jurisprudência do STJ, firmada ainda na sistemática do CPC/1973, no sentido de que "não admite o chamado 'prequestionamento ficto', que se daria com a mera oposição de aclaratórios, sem que o Tribunal de origem tenha efetivamente emitido juízo de valor sobre as teses debatidas" (AgRg no AREsp 789.914/SP, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 29/2/2016).

4. Assim, correto o entendimento que consignou que a matéria referente ao art. 27 da Lei n. 9.868/99 não foi objeto de análise pela Corte a quo. Desse modo, carece o tema do indispensável prequestionamento viabilizador do recurso especial, razão pela qual não merece ser apreciado.

5. Agravo interno a que se nega provimento" (STJ, AgInt nos EDcl no AREsp 955.627/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 05/05/2017).

No que tange à alegação de ofensa ao art. 1º da Lei 4.717/65, como destacou a decisão ora agravada, verifica-se que o Tribunal de origem decidiu a controvérsia também à luz do art. 5º, LXXIII, da CF/88, concluindo que "a ação popular é o meio adequado para a formulação de pedido de ressarcimento de dano ao erário", pois, "não visa a salvaguarda de direitos difusos, mas à satisfação de interesses cujo titular é o Município de Mogi Guaçu. E tal interesse vem respaldado pela Constituição Federal, que, em seu artigo 5º, LXXIII, previu instrumento processual específico para a defesa do erário, a ação popular".

Nesse contexto, tendo o acórdão recorrido fundamento constitucional, não impugnado, mediante Recurso Extraordinário, incide, no ponto, a Súmula 126 do STJ, segundo a qual "É inadmissível Recurso Especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta Recurso Extraordinário".

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes desta Corte:

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROGRESSÃO FUNCIONAL. NORMA PENDENTE DE REGULAMENTAÇÃO. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

1. Conforme se depreende da decisão regional, a controvérsia apresentada era se manter o interstício de 18 meses para a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

progressão violaria o princípio da legalidade, pois a alteração procedida pela MP 479/09 (convertida na Lei nº 12.269/10) garante que, até a regulamentação da Lei, deve ser aplicado o período de 12 meses para a progressão funcional (fl. 121, e-STJ).

2. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ao analisar a matéria, acolheu a pretensão da parte autora, ora agravada, de que realmente a aplicação do interstício de 18 para a progressão funcional violaria o princípio da legalidade, porquanto seria necessária a edição de regulamento para a aplicação do prazo de 8 meses de que trata a Lei 11.501, de 11/7/2007. Assim, decidiu que, para a progressão funcional da autora, deveria ser observado o prazo de 12 meses.

3. Assentado o aresto regional em fundamento de natureza constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e não tendo a parte vencida manifestado Recurso Extraordinário, é inadmissível o Recurso Especial, nos termos da Súmula 126 do STJ.

4. Agravo Interno não provido" (STJ, AgInt no REsp 1.593.783/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 07/10/2016)

"PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. EXCLUSÃO DE ÍNDICE INFLACIONÁRIO DETERMINADO NO TÍTULO EXECUTIVO. DECISÃO FUNDAMENTADA EM PRECEITO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO INTERPOSTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 126/STJ. REVISÃO DE MATÉRIA DE FATO. IMPOSSIBILIDADE. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ.

1. Consoante afirmado na decisão atacada, tendo o Tribunal de origem concluído pela ocorrência de erro material e, não existindo no acórdão regional elementos que indiquem ter havido reforma no critério de elaboração do cálculo de liquidação, a inversão do julgado, como propugnado, demandaria necessariamente o reexame de aspectos fáticos da causa, providência vedada nesta via, a teor do óbice contido no enunciado 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

2. Apesar de o acórdão recorrido também ter utilizado fundamento constitucional para decidir a causa, não foi interposto pelos autores recurso extraordinário, evidência que atrai o óbice da Súmula 126/STJ: "É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário".

Agravo regimental improvido" (STJ, AgInt no REsp 1.591.194/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 30/05/2016).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, não procede o pedido formulado pela parte agravada, para que haja condenação do agravante em honorários advocatícios recursais, com fundamento no art. 85, §§ 1º e 2º, do CPC/2015, pois, como já ressaltado, o presente grau de jurisdição inaugurou-se com a publicação do acórdão que ensejou a interposição do próprio Recurso Especial, em 2012, antes da vigência do novo diploma processual civil.

Confira-se, a propósito, o Enunciado Administrativo 7/STJ: "Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC".

Ademais, "o pedido de arbitramento/majoração da verba honorária de sucumbência no Agravo Interno, formulado pela embargante, deve ser rejeitado, em razão do entendimento da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira - Enfam - adotado no seminário "O Poder Judiciário e o Novo CPC", no qual se editou o enunciado 16, com o seguinte teor: **"Não é possível majorar os honorários na hipótese de interposição de recurso no mesmo grau de jurisdição (art. 85, § 11, do CPC/2015)". Dito de outro modo, como se trata (o Agravo Interno) de recurso que apenas prorroga, no mesmo grau de jurisdição, a discussão travada no Recurso Especial, o caso concreto não comporta a aplicação do art. 85, § 11, do CPC/2015"** (STJ, EDcl no AgInt no REsp 1.578.347/AL, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 08/11/2016).

Assim, incensurável a decisão ora 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: 2017/0063223-4

AgInt no
AREsp 1.072.900 /
SP

Números Origem: 00078342620098260362 1085/2009 10852009 20120000452727 3620120090078343
78342620098260362

PAUTA: 08/08/2017

JULGADO: 08/08/2017

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSÉ FLAUBERT MACHADO ARAÚJO**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : HELIO MIACHON BUENO
ADVOGADO : CARLOS ROBERTO MARRICHI JÚNIOR E OUTRO(S) - SP189197
AGRAVADO : JOSÉ MARTINI NETO
ADVOGADO : JOSÉ MARTINI NETO (EM CAUSA PRÓPRIA) - SP100990
INTERES. : MUNICÍPIO DE MOGI-GUACU

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Atos
Administrativos

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : HELIO MIACHON BUENO
ADVOGADO : CARLOS ROBERTO MARRICHI JÚNIOR E OUTRO(S) - SP189197
AGRAVADO : JOSÉ MARTINI NETO
ADVOGADO : JOSÉ MARTINI NETO (EM CAUSA PRÓPRIA) - SP100990
INTERES. : MUNICÍPIO DE MOGI-GUACU

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 Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.