



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**RECURSO ESPECIAL Nº 1792019 - DF (2019/0010220-2)**

**RELATOR : MINISTRO FRANCISCO FALCÃO**  
**RECORRENTE : UNIÃO**  
**ADVOGADO : NIOMAR DE SOUSA NOGUEIRA - MA003699**  
**RECORRIDO : BANCO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL SA**  
**ADVOGADOS : JOSE LUIS ZANCANARO - RS022543**  
**ROBERTO PACHECO TAPIA - RS024117**  
**MARCUS VINICIUS VITA FERREIRA - DF019214**  
**CLAUDIO CHAVES - DF034478**  
**HENRIQUE SEGABINAZZI DE FREITAS DO AMARAL**  
**CARVALHO - DF053723**  
**LEONARDO PEREIRA SANTOS COSTA - DF065489**  
**RECORRIDO : CONSTRUTORA SULTEPA SA**  
**RECORRIDO : SULCATARINENSE MIN ARTEF DE CIM BRIT E**  
**CONSTRUÇOES LTDA**  
**RECORRIDO : STE SERVICOS TECNICOS DE ENGENHARIA SA**  
**RECORRIDO : PEDRASUL CONSTRUTORA SA - EM RECUPERACAO**  
**JUDICIAL**  
**ADVOGADOS : CARLOS AUGUSTO SOBRAL ROLEMBERG E OUTRO(S) -**  
**DF008282**  
**MARCO ANTÔNIO MENEGHETTI - DF003373**  
**MARÍLIA DE ALMEIDA MACIEL CABRAL E OUTRO(S) -**  
**DF011166**  
**MÁRCIO HERLEY TRIGO DE LOUREIRO - DF011712**  
**MAURÍCIO MARANHÃO DE OLIVEIRA - DF011400**  
**PAULO ROBERTO SARAIVA DA COSTA LEITE E OUTRO(S)**  
**- DF003333**  
**RONEI RIBEIRO DOS SANTOS E OUTRO(S) - DF018118**

### **EMENTA**

**PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO  
RESCISÓRIA. CONTRATO ADMINISTRATIVO. OBRAS DE  
CONSTRUÇÃO E RECUPERAÇÃO DE ESTRADAS. EMBARGOS**

INFRINGENTES. PROVAS. ERRO DE FATO. ELEMENTOS FÁTICO-PROBATÓRIOS SUFICIENTEMENTE ASSENTADOS NA ORIGEM. REVALORAÇÃO. POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I - União ajuizou ação rescisória visando a rescindir acórdão que reconheceu o direito à indenização em favor das construtoras rés – valor hoje de mais de R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais) –, em decorrência de recomposição do equilíbrio financeiro de contratos por elas firmados para execução de serviços e obras de engenharia.

II - A ação, julgada por maioria, acolheu o pedido para, em juízo rescindendo, desconstituir o julgado e, em juízo rescisório, julgar improcedente o pedido das empresas autoras na ação originária.

III - Opostos embargos infringentes, foram eles rejeitados, mas os embargos de declaração opostos pelo Banrisul, na qualidade de terceiro interessado, foram acolhidos, com efeito modificativo, anulando o acórdão dos infringentes em razão de questão relativa ao voto desempate.

IV – Alegação de nulidade do acórdão dos embargos de declaração que modificaram o julgamento dos embargos infringentes, em razão da ausência de intimação da União para contrarrazoar os declaratórios opostos pela Banrisul, preliminar afastada, ressalva dos votos contrários.

V - Os votos proferidos, vencedores e vencidos, nos acórdãos que compõem a controvérsia na origem, em peculiar situação, na qual houve substituição de voto de desempate e efeitos infringentes, quer no tocante ao acórdão principal, quer no tocante aos embargos de declaração, devem ser considerados quanto aos elementos fático-probatórios expressamente assentados na origem.

VI - Os elementos fático-probatórios reconhecidos e constantes nos referidos acórdãos que compõem o deslinde das controvérsias que se instalaram na origem, se mostram suficientes à análise da matéria de direito em reavaliação, não importando em óbice ao enunciado n. 7 ou 5, da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, mas mera reavaliação das provas no caso concreto, consoante consolidado entendimento nesta Corte Superior.

VII - Pedido, de reforma do acórdão dada a existência de erro de fato no julgamento da ação originária, bem assim de o Banrisul não possuir interesse jurídico na lide.

VIII - A doutrina e a jurisprudência distinguem o interesse jurídico do interesse meramente econômico. O cessionário, em demandas que envolvam o crédito cedido, possui apenas interesse puramente econômico no desfecho da causa. A única consequência para o cessionário é a possível perda do valor que pagou pelo crédito, acerca do qual assumiu o risco com intuito meramente econômico de lucro sobre o deságio que obteve no preço pago. No caso concreto, menos ainda, pois o Banrisul, como cessionário, preserva o direito de regresso em face do cedente, com direito a habilitação

de seu crédito, haja vista o cedente ser responsável pela existência do crédito. Ao contrário do que assentado na origem, a intervenção do Banrisul nos autos era, e é, indevida, ante a falta de interesse jurídico.

IX – O voto substituto, tanto na qualidade de relator nos embargos infringentes, quanto na superveniente qualidade de Presidente da Seção (voto de desempate que substituiu o voto do Presidente anterior), que são idênticos, simplesmente ignorou a perícia realizada na rescisória, para concluir, com referências genéricas, que "nas duas instâncias ordinárias a prova foi exaustivamente examinada nas decisões", referindo-se às decisões que redundaram na decisão rescindenda.

X - Ocorre que, como se revelou assentado, com a realização da perícia no âmbito da ação rescisória, a decisão rescindenda baseou-se em uma presunção falsa e incabível, de que o vencimento das faturas de todos os contratos seria o vigésimo dia útil do mês subsequente ao trabalho realizado, ou seja, simplesmente adotou uma ficção, com base em previsão abstrata, sem a verificação quanto à data da efetiva medição, aprovação/apresentação da fatura ao DNER, marco inicial do processo administrativo tendente ao pagamento, que implica, somente ao final, autorização de pagamento, fato que restou assentado expressamente.

XI - Consta que as empresas não tinham sequer contabilidade organizada por contrato, e as faturas e documentos não continham a data de medição, ou apresentação das faturas, que pudessem indicar a inadimplência do DNER, algo inadmissível. Some-se a isto a conduta da empresa que nada fez para evitar ou minimizar os alegados prejuízos (*duty to mitigate the loss*), sem manter uma contabilidade confiável, sem providenciar o protocolo de apresentação das faturas, sem manter registro das medições e autorizações de pagamento, enfim, procedendo de forma negligente e desleixada, com seus próprios interesses, para depois alegar inadimplência contumaz da Administração.

XII - Ora, quem alega receber valores em atraso tem a obrigação de manter registro acurado e provas irrefutáveis da data devida ao pagamento e da data que efetivamente vinha recebendo, o que se revelou ausente na perícia realizada na ação rescisória. Age em *contra factum proprium* quem presta serviços durante anos, recebe sem ressalvas, não mantém registros de datas essenciais para verificação de inadimplência e anos depois pretende receber indenização alegando que os pagamentos ocorreram a destempo. Se é certo que quem paga mal, paga duas vezes, também é certo que aquele que recebe mal - sem cumprir suas obrigações contratuais, sem manter registros confiáveis, e sem constituir a mora - não pode vindicar danos por atraso de pagamento, muito menos por diminuição de trabalho ou paralizações de serviço, sem comprovar o descumprimento por parte da Administração.

XIII - A supremacia do interesse público sobre o privado, da indisponibilidade do interesse público e o princípio da legalidade estrita impedem que a União (DNER) seja constituída em mora por uma data fictícia "adotada", ante a ausência de elementos que comprovem o pagamento a

destempo, por culpa exclusiva da empresa, que não mantinha contabilidade regular, não comprovou a data da medição dos serviços, se foram aprovados, com ressalvas, ou refazimento, nem a data de apresentação da fatura. Sem prova cabal do termo *a quo*, para caracterização da mora, como restou assentado, não há falar em indenização por pagamento a destempo, correção monetária, juros lucros cessantes e, muito menos, danos por desmobilização e mobilização, pois todos esses pleitos se baseiam na inexistente caracterização efetiva da mora, que não pode ser substituída arbitrariamente por uma data ficcional, "tirada da cabeça do perito", para "facilitar" o trabalho, a redundar em prejuízo bilionário ao erário e à sociedade.

XIV - Recurso especial provido para, **preliminarmente**, reconhecer a falta de interesse jurídico do Banrisul, declarar a nulidade das decisões, a partir do seu ingresso na lide, e restabelecer o voto do então Presidente da Seção, negando provimento aos embargos infringentes; **no mérito**, reformar o acórdão recorrido, para julgar procedente a ação rescisória, por erro de fato (julgamento fundado em fato inexistente) e, em juízo rescisório, reconhecer a ausência de caracterização da mora em desfavor da União (DNER), mora *ex persona*, em obrigação quesível, restabelecer acórdão de procedência, a julgar improcedente o pedido das empresas autoras na ação originária.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Teodoro Silva Santos e Afrânio Vilela votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 19 de novembro de 2025.

Ministro Francisco Falcão  
Relator



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**RECURSO ESPECIAL Nº 1792019 - DF (2019/0010220-2)**

**RELATOR : MINISTRO FRANCISCO FALCÃO**  
**RECORRENTE : UNIÃO**  
**ADVOGADO : NIOMAR DE SOUSA NOGUEIRA - MA003699**  
**RECORRIDO : BANCO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL SA**  
**ADVOGADOS : JOSE LUIS ZANCANARO - RS022543**  
**ROBERTO PACHECO TAPIA - RS024117**  
**MARCUS VINICIUS VITA FERREIRA - DF019214**  
**CLAUDIO CHAVES - DF034478**  
**HENRIQUE SEGABINAZZI DE FREITAS DO AMARAL**  
**CARVALHO - DF053723**  
**LEONARDO PEREIRA SANTOS COSTA - DF065489**  
**RECORRIDO : CONSTRUTORA SULTEPA SA**  
**RECORRIDO : SULCATARINENSE MIN ARTEF DE CIM BRIT E**  
**CONSTRUÇOES LTDA**  
**RECORRIDO : STE SERVICOS TECNICOS DE ENGENHARIA SA**  
**RECORRIDO : PEDRASUL CONSTRUTORA SA - EM RECUPERACAO**  
**JUDICIAL**  
**ADVOGADOS : CARLOS AUGUSTO SOBRAL ROLEMBERG E OUTRO(S) -**  
**DF008282**  
**MARCO ANTÔNIO MENEGHETTI - DF003373**  
**MARÍLIA DE ALMEIDA MACIEL CABRAL E OUTRO(S) -**  
**DF011166**  
**MÁRCIO HERLEY TRIGO DE LOUREIRO - DF011712**  
**MAURÍCIO MARANHÃO DE OLIVEIRA - DF011400**  
**PAULO ROBERTO SARAIVA DA COSTA LEITE E OUTRO(S)**  
**- DF003333**  
**RONEI RIBEIRO DOS SANTOS E OUTRO(S) - DF018118**

### **EMENTA**

**PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO  
RESCISÓRIA. CONTRATO ADMINISTRATIVO. OBRAS DE  
CONSTRUÇÃO E RECUPERAÇÃO DE ESTRADAS. EMBARGOS**

INFRINGENTES. PROVAS. ERRO DE FATO. ELEMENTOS FÁTICO-PROBATÓRIOS SUFICIENTEMENTE ASSENTADOS NA ORIGEM. REVALORAÇÃO. POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I - União ajuizou ação rescisória visando a rescindir acórdão que reconheceu o direito à indenização em favor das construtoras rés – valor hoje de mais de R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais) –, em decorrência de recomposição do equilíbrio financeiro de contratos por elas firmados para execução de serviços e obras de engenharia.

II - A ação, julgada por maioria, acolheu o pedido para, em juízo rescindendo, desconstituir o julgado e, em juízo rescisório, julgar improcedente o pedido das empresas autoras na ação originária.

III - Opostos embargos infringentes, foram eles rejeitados, mas os embargos de declaração opostos pelo Banrisul, na qualidade de terceiro interessado, foram acolhidos, com efeito modificativo, anulando o acórdão dos infringentes em razão de questão relativa ao voto desempate.

IV – Alegação de nulidade do acórdão dos embargos de declaração que modificaram o julgamento dos embargos infringentes, em razão da ausência de intimação da União para contrarrazoar os declaratórios opostos pela Banrisul, preliminar afastada, ressalva dos votos contrários.

V - Os votos proferidos, vencedores e vencidos, nos acórdãos que compõem a controvérsia na origem, em peculiar situação, na qual houve substituição de voto de desempate e efeitos infringentes, quer no tocante ao acórdão principal, quer no tocante aos embargos de declaração, devem ser considerados quanto aos elementos fático-probatórios expressamente assentados na origem.

VI - Os elementos fático-probatórios reconhecidos e constantes nos referidos acórdãos que compõem o deslinde das controvérsias que se instalaram na origem, se mostram suficientes à análise da matéria de direito em reavaliação, não importando em óbice ao enunciado n. 7 ou 5, da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, mas mera reavaliação das provas no caso concreto, consoante consolidado entendimento nesta Corte Superior.

VII - Pedido, de reforma do acórdão dada a existência de erro de fato no julgamento da ação originária, bem assim de o Banrisul não possuir interesse jurídico na lide.

VIII - A doutrina e a jurisprudência distinguem o interesse jurídico do interesse meramente econômico. O cessionário, em demandas que envolvam o crédito cedido, possui apenas interesse puramente econômico no desfecho da causa. A única consequência para o cessionário é a possível perda do valor que pagou pelo crédito, acerca do qual assumiu o risco com intuito meramente econômico de lucro sobre o deságio que obteve no preço pago. No caso concreto, menos ainda, pois o Banrisul, como cessionário, preserva o direito de regresso em face do cedente, com direito a habilitação

de seu crédito, haja vista o cedente ser responsável pela existência do crédito. Ao contrário do que assentado na origem, a intervenção do Banrisul nos autos era, e é, indevida, ante a falta de interesse jurídico.

IX – O voto substituto, tanto na qualidade de relator nos embargos infringentes, quanto na superveniente qualidade de Presidente da Seção (voto de desempate que substituiu o voto do Presidente anterior), que são idênticos, simplesmente ignorou a perícia realizada na rescisória, para concluir, com referências genéricas, que "nas duas instâncias ordinárias a prova foi exaustivamente examinada nas decisões", referindo-se às decisões que redundaram na decisão rescindenda.

X - Ocorre que, como se revelou assentado, com a realização da perícia no âmbito da ação rescisória, a decisão rescindenda baseou-se em uma presunção falsa e incabível, de que o vencimento das faturas de todos os contratos seria o vigésimo dia útil do mês subsequente ao trabalho realizado, ou seja, simplesmente adotou uma ficção, com base em previsão abstrata, sem a verificação quanto à data da efetiva medição, aprovação/apresentação da fatura ao DNER, marco inicial do processo administrativo tendente ao pagamento, que implica, somente ao final, autorização de pagamento, fato que restou assentado expressamente.

XI - Consta que as empresas não tinham sequer contabilidade organizada por contrato, e as faturas e documentos não continham a data de medição, ou apresentação das faturas, que pudessem indicar a inadimplência do DNER, algo inadmissível. Some-se a isto a conduta da empresa que nada fez para evitar ou minimizar os alegados prejuízos (*duty to mitigate the loss*), sem manter uma contabilidade confiável, sem providenciar o protocolo de apresentação das faturas, sem manter registro das medições e autorizações de pagamento, enfim, procedendo de forma negligente e desleixada, com seus próprios interesses, para depois alegar inadimplência contumaz da Administração.

XII - Ora, quem alega receber valores em atraso tem a obrigação de manter registro acurado e provas irrefutáveis da data devida ao pagamento e da data que efetivamente vinha recebendo, o que se revelou ausente na perícia realizada na ação rescisória. Age em *contra factum proprium* quem presta serviços durante anos, recebe sem ressalvas, não mantém registros de datas essenciais para verificação de inadimplência e anos depois pretende receber indenização alegando que os pagamentos ocorreram a destempo. Se é certo que quem paga mal, paga duas vezes, também é certo que aquele que recebe mal - sem cumprir suas obrigações contratuais, sem manter registros confiáveis, e sem constituir a mora - não pode vindicar danos por atraso de pagamento, muito menos por diminuição de trabalho ou paralizações de serviço, sem comprovar o descumprimento por parte da Administração.

XIII - A supremacia do interesse público sobre o privado, da indisponibilidade do interesse público e o princípio da legalidade estrita impedem que a União (DNER) seja constituída em mora por uma data fictícia "adotada", ante a ausência de elementos que comprovem o pagamento a

destempo, por culpa exclusiva da empresa, que não mantinha contabilidade regular, não comprovou a data da medição dos serviços, se foram aprovados, com ressalvas, ou refazimento, nem a data de apresentação da fatura. Sem prova cabal do termo *a quo*, para caracterização da mora, como restou assentado, não há falar em indenização por pagamento a destempo, correção monetária, juros lucros cessantes e, muito menos, danos por desmobilização e mobilização, pois todos esses pleitos se baseiam na inexistente caracterização efetiva da mora, que não pode ser substituída arbitrariamente por uma data ficcional, "tirada da cabeça do perito", para "facilitar" o trabalho, a redundar em prejuízo bilionário ao erário e à sociedade.

XIV - Recurso especial provido para, **preliminarmente**, reconhecer a falta de interesse jurídico do Banrisul, declarar a nulidade das decisões, a partir do seu ingresso na lide, e restabelecer o voto do então Presidente da Seção, negando provimento aos embargos infringentes; **no mérito**, reformar o acórdão recorrido, para julgar procedente a ação rescisória, por erro de fato (julgamento fundado em fato inexistente) e, em juízo rescisório, reconhecer a ausência de caracterização da mora em desfavor da União (DNER), mora *ex persona*, em obrigação quesível, restabelecer acórdão de procedência, a julgar improcedente o pedido das empresas autoras na ação originária.

## RELATÓRIO

Na origem, a União, na condição de sucessora do extinto Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – DNER, ajuizou ação rescisória objetivando a desconstituição do acórdão proferido pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, originário da ação de conhecimento que tramitou perante a 17ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, proposta pela Construtora SULTEPA S/A, pela Sulcatarinense Mineração, Artefatos de Cimento, Britagem e Construções Ltda., pela STE – Serviços Técnicos de Engenharia S/A e pela Pedrasul Construtora Ltda.

A União alega ofensa ao art. 485, incisos IV, V e IX, do Código de Processo Civil de 1973, por ofensa a coisa julgada, violar literal disposição de lei e fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa.

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por maioria, julgou procedente a rescisória, conforme acórdão assim ementado:

AÇÃO RESCISÓRIA. CONTRATO ADMINISTRATIVO DE OBRAS DE RECUPERAÇÃO E CONSTRUÇÃO DE ESTRADAS. ATRASO NO PAGAMENTO. ACÓRDÃO QUE DETERMINOU INDENIZAÇÃO POR ATRASOS NOS PAGAMENTOS DE CONTRATOS DE EMPREITADA. OFENSA À COISA JULGADA NÃO CARACTERIZADA. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL DE CONTAGEM DO PRAZO PARA PAGAMENTO. DATA DE APRESENTAÇÃO DA FATURA AO DNER. OBRIGAÇÃO QUESÍVEL. ERRO DE FATO. DANOS EMERGENTES E LUCROS CESSANTES INCABÍVEIS. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

1. Ação rescisória proposta objetivando a desconstituição de acórdão da Quarta Turma do TRF - 1 a Região que confirmou sentença que reconheceu o direito de as empresas, ora rés, serem indenizadas pelo DNER em ressarcimento a alegados prejuízos causados pela autarquia em razão de atrasos nos pagamentos das prestações ajustadas em diversos contratos de empreitada, tendo por objeto a construção e a recuperação de estradas. Foram incluídas na condenação o pagamento da quantia concernente aos custos de mobilização e desmobilização de equipamentos, instalações e pessoal, durante os períodos em que permaneceram paralisadas ou reduzida a velocidade de execução dos serviços/obras, danos emergentes e lucros cessantes.

2. Caracterização de ofensa ao inciso IX do art. 485 (sentença fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa), pois a desconstituição do julgado por erro de fato importa na comprovação inequívoca do fato alegado e o autor logrou provar que a sentença impugnada admitiu fatos inexistentes (CPC, art. 485, § 1º).

3. Ausente a alegada ofensa à coisa julgada. O cotejo das cópias das peças processuais das ações mencionadas demonstra que o pedido das empresas na ação objeto da presente rescisória é mais abrangente (correção monetária com expurgos e juros de mora, custos com mobilização e desmobilização de equipamentos, instalações e pessoal, danos emergentes e lucros cessantes) que o do SINICON (correção monetária e juros de mora). As empresas ressaltaram expressamente na petição inicial os valores objeto da ação coletiva movida pelo SINICON e, nesta rescisória, o perito confirmou não ter havido duplicação de valores em benefícios das rés.

4. A prescrição da Lei 11.280/2006 não pode ser acolhida de forma retroativa em ação rescisória (decisão da maioria).

5. Inexistente alteração no equilíbrio econômico-financeiro dos contratos em decorrência das alegadas "sucessivas reduções" do ritmo e paralisações da execução dos serviços e obras ordenadas unilateralmente pelo DNER.

6. Termo inicial da contagem da mora da Administração: o posicionamento da Terceira Seção desta Corte, quanto à caracterização da mora é de que o termo

inicial de contagem do prazo para pagamento é em regra a data de apresentação da fatura ao DNER. Precedentes.

7. Quando a norma de regência e o contrato estabelecem obrigação quesível, não há se falar em mora do devedor antes do momento da apresentação da dívida a devedora, no caso a Administração.

8. A obrigação é quérable ou quesível, pois cabia ao credor, a empreiteira, procurar o devedor, o DNER, apresentar a dívida para receber o pagamento. Se a dívida é quérable não se aplica a regra *dies interpellat pro homine*.

9. Se não há prova da data em que as empreiteiras credoras apresentaram as dívidas materializadas nas faturas buscando, assim, cumprimento da obrigação, não há se falar em

correção monetária em decorrência da mora porquanto inexistente o termo a quo para sua contagem. É preciso se saber o momento em que o credor exige a prestação, convertendo-se a dívida em obrigação.

10. Em sede de Direito Administrativo não é possível se criar obrigações para o Estado que não sejam resultantes da lei ou do contrato administrativo. Por conseguinte, o inadimplemento total ou parcial da obrigação por parte do Poder Público se configura conforme o estipulado pela norma ou pela convenção das partes.

11. Os danos emergentes e os lucros cessantes também são inexistentes. Esta Corte já assentou que a caracterização do lucro cessante demanda prova de que a empresa teria um lucro razoável de determinado valor, ou ainda que perdeu este ou aquele negócio jurídico em razão de sua condição financeira atual, pois "mera possibilidade de negócios futuros, incluindo licitações que a empresa poderia vencer ou perder, não podem ser considerados como lucro cessante, pois nesta categoria só se enquadram negócios jurídicos prováveis concretamente e o ganho que a empresa razoavelmente poderia esperar deles. Não se trata de mera possibilidade abstrata de ter realizado outras obras." (AC 2000.34.00.004192- 0/DF, Rel. Desembargador Federal Fagundes de Deus, Quinta Turma, e-DJF1 p.636 de 26/09/2008).

12. A indenização por lucros cessantes não pode ser cumulada com juros compensatórios, que, igualmente, representam a justa compensação que se deve tirar do dinheiro aplicado no negócio.

13. Não restou caracterizada mora, uma vez que não há, nos autos, faturas nas quais se logrou verificar a data de apresentação junto ao DNER, data da medição, nem relatórios.

14. Ação rescisória procedente para, em juízo rescindendo, desconstituir o acórdão impugnado (AC nº 1998.01.00.002551-5/DF) e, em juízo rescisório, julgar improcedente o pedido das empresas autoras da ação originária.

Opostos embargos infringentes pela Construtora Sultepa S.A e outros, foram eles rejeitados, nos termos assim ementados (fl. 5.588):

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. EMBARGOS INFRINGENTES EM AÇÃO RESCISÓRIA. CONTRATO ADMINISTRATIVO DE OBRAS E DE RECUPERAÇÃO DE ESTRADAS.

1. Embora a ação, rescisória seja uma ação excepcional de desconstituição da coisa julgada e, por isso mesmo, de direito estrito nos casos de sua admissibilidade e de respectiva interpretação, tem a jurisprudência admitido, quando fundada em ofensa à literalidade de disposição de lei, aplicação inclusive do princípio do jura novit curia.

2. Hipótese em que o voto vencedor, proferido na ação rescisória, não mostra simples reexame de prova, mas a ocorrência de violação a dispositivos legais no âmbito da ação em que prolatada a decisão rescindenda, a indicar a existência de fundamento de rescisão contemplado no inciso V do artigo 485 do Código de Processo Civil.

3. Embargos infringentes rejeitados.

As empresas envolvidas opuseram embargos de declaração (fls. 5.598-5.602), nos quais pontuaram a ausência de juntada aos autos dos votos proferidos por três

desembargadores no julgamento dos infringentes, votos esses que foram julgados prejudicados, ante o acolhimento dos embargos de declaração do Banco do Estado do Rio Grande do Sul - BANRISUL (fls. 5.605-5.622), na qualidade de terceiro interessado, "(...) para declarar a nulidade do voto do então presidente Desembargador Federal João Batista Moreira" e determinar "(...) a remessa dos autos ao atual presidente desta 3ª Seção, Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, para proferir o seu voto de desempate" (fl. 5678), conforme assim ementado (fls. 5.660-5.681):

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OCORRÊNCIA DE EMPATE. PROLAÇÃO DE VOTO DE DESEMPATE COM RETOMADA DO JULGAMENTO. APLICAÇÃO DOS ARTS. 62, § 4º, C/C O ART. 48, §§ 3º E 4º, DO REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. AUSÊNCIA DE REINCLUSÃO DO FEITO EMPAUTA, PARA FINS DE REGULAR INTIMAÇÃO DAS PARTES E RENOVAÇÃO- DO RELATÓRIO E SUSTENTAÇÃO ORAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE

I - Nos termos do §4º do art. 62 do RITRF 1ª Região, "havendo empate, o presidente da seção proferirá o voto de desempate. Se ausente o presidente da seção, o julgamento será suspenso para colher o voto de desempate do presidente da seção, a quem serão remetidos os autos", dispondo, ainda, o art. 48 da referida norma regimental que "não participarão do julgamento os desembargadores federais que não tenham assistido ao relatório ou aos debates, salvo quando se derem por esclarecidos" (§3º) e que "se, para efeito do quorum ou desempate na votação, for necessário o voto de desembargador federal nas condições do parágrafo anterior, serão renovados o relatório e a sustentação oral, computando-se os votos anteriormente proferidos" (§4º).

II - Na hipótese dos autos, ocorrida a hipótese prevista no referido §4º do art. 62, mas não adotada a providência prevista no §4º do art. 48, o do RITF 1ª Região, eis que a retomada do julgamento dos embargos infringentes interpostos, para fins de prolação do voto-desempate, sem a reinclusão do feito em pauta, a possibilitar a renovação do relatório e a sustentação oral, afigura-se nulo o julgamento, devendo os autos serem submetidos à apreciação do Presidente da Seção, a fim de que supra a omissão em referência, computando-se os demais votos anteriormente proferidos.

III - Provimento dos embargos de declaração do Banco do Estado do Rio Grande Do Sul S/A -Banrisul. Prejudicialidade dos embargos opostos pela CONSTRUTORA SULTEPA S/A e Outras.

A União opôs embargos de declaração, rejeitados (fls. 5.739 e 5.743).

Novos aclaratórios pela União, também rejeitados (fls. 5.853-5.869).

Proferido o voto de desempate nos embargos infringentes, foram providos para declarar a improcedência da rescisória, nos termos da seguinte ementa (fl. 5.768):

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. EMBARGOS INFRINGENTES EM AÇÃO RESCISÓRIA. CONTRATO ADMINISTRATIVO DE OBRAS E DE RECUPERAÇÃO DE ESTRADAS. PROVA. VALORAÇÃO. ERRO DE FATO. INOCORRÊNCIA.

I - "Para que a coisa julgada seja rescindível por erro de fato é imprescindível que exista nexo de causalidade entre o erro apontado pelo demandante e o resultado da sentença. Há erro de fato quando a sentença admitir um fato inexistente ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido (art. 485, § 1º, CPC). É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato (art. 485, § 2º, CPC). Já se decidiu que, se houve pronunciamento sobre a situação fática na decisão rescindenda, não cabe ação rescisória (STJ, 5ª Turma, REsp 267.495/RS, rel. Min. Félix Fischer, j. em 19.03.2002, DJ 15.04.2002, p. 246). Se o fato foi objeto de cognição judicial mediante prova no curso de raciocínio do juiz, não cabe ação rescisória. Mas se o fato foi suposto, no raciocínio, como mera etapa para o juiz chegar a uma conclusão, a ação rescisória é admissível. Não é adequado afirmar que a ação rescisória não é admissível nos casos de equivocada valoração da prova ou das alegações de fato. Ocorrendo valoração inadequada da prova a rescisória é cabível, desde que não tenha ocorrido valoração de prova que incidu diretamente sobre o fato admitido ou não admitido. Se a equivocada valoração da prova repercutiu na compreensão distorcida da existência ou da inexistência do fato, e isso serviu como etapa do raciocínio que o juiz empregou para formar seu juízo, a ação rescisória é cabível". (Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, CPC comentado artigo por artigo, RT, 2008, págs. 495/492.)

II - Nas duas instâncias ordinárias a prova foi exaustivamente examinada nas decisões, não se afigurando possível afirmar que se trata de valoração inadequada da prova, a justificar "erro de fato" na rescisória, por se tratar, no caso, de valoração de prova que incidu diretamente sobre o fato admitido, objeto da demanda de então, ou seja, a mora.

III - Correta a conclusão do voto vencido, no sentido de que a rescisória pretendia rejugamento do caso para tão somente impugnar a prova pericial produzida antes, tanto que se pediu nova perícia e, ainda, foi apresentado também laudo unilateral do Ministério Público Federal.

IV - Tanto a sentença como o acórdão concluíram que o laudo pericial de então reconheceu a ocorrência das paralisações, dos atrasos nos pagamentos e dos lucros cessantes.

V - Embargos infringentes a que se dá provimento. Ação rescisória que se julga improcedente.

Novos aclaratórios pela União, também rejeitados (fls. 5.853-5.869).

A União interpõe recurso especial, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas *a* e *c*, da Constituição República, alegando a violação do art. 1.023 do CPC de 2015, apontando a nulidade do acórdão que julgou os embargos declaratórios opostos pelo

Banrisul (que tiveram efeitos infringentes), tendo em vista a ausência de intimação do Procurador Regional da União para apresentar impugnação ao recurso.

Sustenta afronta aos arts. 50 e 499, § 1º, do CPC/73, afirmando que o Banrisul em nenhum momento antes dos declaratórios teria se manifestado nos autos, limitando-se a demonstrar, nos embargos, apenas a existência de interesse econômico, por ser cessionário dos créditos da SUTELPA S/A., situação que não justificaria seu ingresso no feito na qualidade de terceiro prejudicado.

Afirma, por fim, afronta ao art. 485, IX, do CPC/73, sob a alegação de erro de fato resultante de atos ou de documentos da causa, pelo que diversos fatos inexistentes foram considerados na perícia e no acórdão rescindendo, situação que resultou em inclusão indevida de lucros cessantes e de juros compensatórios, e fixação equivocada do marco inicial da mora, resultando em condenação em valores estratosféricos.

Aponta, por fim, dissídio jurisprudencial entre o aresto recorrido e julgado desta Corte Superior, REsp 1.372.919/PE, em relação à obrigatoriedade de intimação pessoal do Procurador Regional da União para apresentar impugnação.

Contrarrazões ao recurso especial ofertadas às fls. 5.924-5965 e 6.005-6.020.

Instado a se manifestar, opinou o Ministério Público Federal pelo provimento do recurso, em razão da ausência de intimação pessoal do Procurador da União (fls. 6.048-6.057).

Tendo em vista a ocorrência de voto divergente negando provimento ao recurso especial da União, na parte em que pleiteada a anulação do acórdão dos embargos de declaração (fls. 6.073-6.074), os autos foram reencaminhados ao Ministério Público Federal para manifestação quanto ao mérito do recurso especial, nos termos do art. 64, XIII, do RISTJ (fls. 678-679).

Parecer do Ministério Público Federal opinando pelo não conhecimento do recurso especial (fls. 6.184-6.190).

É o relatório.

## VOTO

Superada a questão de nulidade dos embargos de declaração opostos pela parte recorrida, ressalvado voto favorável à nulidade deste relator, passo à análise das demais matérias.

Inicialmente, importa destacar que os inúmeros votos proferidos, vencedores e vencidos, nos acórdãos que compõem a controvérsia na origem, em peculiar situação, na qual houve substituição de voto de desempate e efeitos infringentes, quer no tocante ao acórdão principal, quer no tocante aos embargos de declaração, devem ser considerados quanto aos elementos fático-probatórios expressamente assentados na origem.

Observe-se, ainda, que a decisão que julgou os embargos de declaração opostos pelo Banrisul não anulou, de fato, o anterior acórdão, mas apenas o voto de desempate, proferido pelo Presidente da Seção ao tempo da votação (Desembargador Federal João Batista Moreira), porque antes do seu voto não houve a renovação do relatório e da sustentação oral, nos termos do Regimento Interno do Tribunal Regional da 1ª Região.

Anulado o voto, houve apenas o novo voto de desempate, remetidos os autos ao e. Desembargador Federal Jirair Meguerian, que é o próprio relator dos embargos infringentes, mas que calhou ser o Presidente da Seção, quando do julgamento dos embargos de declaração que redundaram na anulação do voto do anterior Presidente.

Não há, portanto, dois acórdãos integrais dos embargos infringentes (com a renovação de todos os votos), mas um único acórdão, cujo voto de desempate do

Presidente da Seção foi anulado e substituído pelo voto do próprio relator dos embargos infringentes, que veio, coincidentemente, a ser o Presidente ao tempo da decisão que anulou o voto do Presidente anterior.

Tal se verifica, inclusive, porque o voto de desempate do "novo" Presidente, foi mera cópia do voto que anteriormente proferira como relator: "Adoto os mesmos fundamentos do voto por mim proferido quando do julgamento dos embargos infringentes, a saber: *omissis*" (fl. 5750).

Tem-se, portanto, que os elementos fático-probatórios reconhecidos e constantes nos referidos acórdãos que compõem o deslinde das controvérsias que se instalaram na origem, se mostram suficientes à análise da matéria de direito em reavaliação, não importando em óbice ao enunciado n. 7 ou 5, da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, mas mera reavaliação das provas no caso concreto, consoante consolidado entendimento nesta Corte Superior.

No que concerne à apontada violação dos arts. 50 e 499, §1º, do CPC de 1973 (parágrafo único do art. 996 de CPC de 2015), relacionada à tese da não justificativa de ingresso do Banrisul no feito na condição de terceiro prejudicado, tendo em vista a ausência de interesse jurídico na lide, senão econômico, o acórdão dos embargos de declaração assim se manifestou (fls. 5.856-5.857):

[...]

Sustenta a embargante que os julgados não se pronunciaram quanto à alegação de que os declaratórios opostos pelo Banrisul não poderiam ter sido conhecidos e julgados, por faltar-lhe interesse jurídico a justificar a sua intervenção no feito na qualidade de terceiro prejudicado, já que o interesse do embargante seria meramente econômico, por se tratar de cessionário dos créditos da Construtora Sultepa S/A, legitimidade essa, inclusive, que jamais foi analisada por este Tribunal.

Ocorre que o Banrisul não requereu a sua intervenção no feito, mas somente interpôs os declaratórios na qualidade de terceiro prejudicado, faculdade autorizada pelo art. 499 do CPC/1973, vigente à época da interposição dos declaratórios do Banrisul, segundo o qual “O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público”, desde que demonstrado o “...nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial”.

[...].

Tal faculdade ficou mantida quando da edição do novo CPC, em seu art. 996, assim redigido:

*Art. 996. O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público, como parte ou como fiscal da ordem jurídica.*

*Parágrafo único. Cumpre ao terceiro demonstrar a possibilidade de a decisão sobre a relação jurídica submetida à apreciação judicial atingir direito de que se afirme titular ou que possa discutir em juízo como substituto processual.*

No presente caso, o Banrisul demonstrou o nexo de dependência entre seu interesse e a relação jurídica aqui discutida, na medida em que figura como cessionário dos créditos cujo direito a Construtora Sultepa S/A busca assegurar, conforme documento de fls. 5.447-5.454, suficiente para demonstrar o seu interesse jurídico na causa.

Ainda que assim não fosse, consoante o art. 119 do CPC/2015, “Pendendo causa entre 2 (duas) ou mais pessoas, o terceiro juridicamente interessado em que a sentença seja favorável a uma delas poderá intervir no processo para assisti-la”.

Já o art. 124 preceitua que “Considera-se litisconsorte da parte principal o assistente sempre que a sentença influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido”.

Vale dizer, assim, que, para que seja admitido o ingresso do assistente no feito, faz-se necessária a demonstração que a decisão a ser proferida poderá influir em sua esfera jurídica, não bastando, para tanto, o mero interesse econômico.

[...].

Contudo, salta aos olhos, o interesse do cessionário na cessão de crédito é de natureza meramente econômica, e não jurídica. O Banrisul atua como mero interessado no valor que dispendeu para aquisição do crédito, com intenção lucrativa.

Ao adquirir o crédito, o cessionário não se torna parte originária da relação obrigacional, tampouco adquire vínculo pessoal com o devedor, mas apenas passa a titularizar um direito patrimonial, circulável como qualquer outro bem, título ou documento de dívida (arts. 286 e 287 do Código Civil).

Seu interesse é meramente patrimonial, financeiro, econômico. Pouco ou nada se lhe dá, no que venha a ser o resultado da demanda, a par de seu único interesse, que é estritamente de lucro.

Nesse sentido, o Código de Processo Civil, em seu art. 109, restringe a atuação processual do cessionário, permitindo-lhe a substituição do cedente apenas com anuência da parte contrária, ou, de forma subsidiária, sua intervenção como assistente.

Tal previsão evidencia que o legislador reconhece a ausência de interesse jurídico direto do cessionário no litígio, uma vez que seu vínculo é reflexo e deriva exclusivamente da expectativa de recebimento do valor decorrente do crédito.

A doutrina e a jurisprudência distinguem o interesse jurídico do interesse meramente econômico. O cessionário, em demandas que envolvam o crédito cedido, possui apenas interesse puramente econômico no desfecho da causa.

A única consequência para o cessionário é a possível perda do valor que pagou pelo crédito, acerca do qual assumiu o risco com intuito meramente econômico de lucro sobre o deságio que obteve no preço pago.

No caso concreto, menos ainda, pois o Banrisul, como cessionário, preserva o direito de regresso em face do cedente, com direito a habilitação de seu crédito, haja vista o cedente ser responsável pela existência do crédito.

Ao contrário do que assentado na origem, a intervenção do Banrisul nos autos era, e é, indevida, ante a falta de interesse jurídico.

O resultado consequencial não pode ser outro, senão a nulidade do acórdão proferido em embargos declaratórios, com efeitos infringentes, e o restabelecimento do acórdão dos embargos infringentes que confirmou o acórdão principal.

Nada obstante, ainda que assim não fosse, não há como afastar a alegação de afronta ao art. 485, IX, do CPC de 1973, por erro de fato.

A perícia realizada na ação rescisória revelou sem sombra de dúvida que a decisão rescindenda apoiou-se em fato inexistente.

O Tribunal de origem determinou a realização de perícia na ação rescisória, tendo em vista que, em se tratando de ente público, não pode haver pena de confissão dos fatos, sendo imperiosa a prova pericial para apurar se a decisão rescindenda pautou-se em situação de fato inexistente, haja vista a defesa, então proposta pelo DNER, ter se

restringido à matéria de direito, como apontou a e. Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida (fl. 4806):

Determinei realização de prova pericial na presente ação rescisória porque embora a lide originária dissesse respeito a questões de direito e de fato, o DNER, em sua contestação na ação originária, limitou-se a discutir direito em tese, ou seja, os juros moratórios eram indevidos porque norma administrativa interna proibia, não havia previsão normativa de correção monetária para os contratos e não era devida indenização por desmobilização.

Além de não discutir os fatos, o DNER, não impugnou o laudo na ação originária. Em grau de recurso requereu a nulidade da perícia ainda sem impugnar especificamente o laudo. Em síntese, toda a defesa que o DNER produziu foi de natureza meramente formal.

Hoje, o valor pretendido pelos réus na ação originária é de ordem de mais de um bilhão de reais, e não é possível que o Judiciário condene o Estado a pagar dívida de tal montante sem que tenha as exatas circunstâncias dos fatos na lide.

Somente agora nesta rescisória os fatos se tornaram controvertidos, razão da necessidade da perícia.

A perícia, no caso sub judice, não teve o propósito de regular a causa mediante reexame de prova, mas averiguar fatos que não foram objeto de discussão na ação originária, nem na sentença nem no acórdão rescindendo, tais como, inexistência de lucros cessantes e desmobilização de pessoal e equipamento. O DNER na presente ação rescisória não está levantando nova versão sobre os fatos, cujas circunstâncias foram agitadas na ação originária. Lá, o DNER não agitou qualquer circunstância de fato.

O e. Desembargador que veio a proferir o voto de desempate, substituindo o Presidente "natural" da Seção ao tempo da votação dos embargos infringentes, aduziu, em cotação literal: "não me impressionam, outrossim, os argumentos de r. voto condutor", para o fim de simplesmente ignorar os achados na perícia realizada na ação rescisória; o que, de fato impressiona.

Impressiona o aparente desprezo aos princípios basilares do Direito Administrativo, em especial ao mais basilar, do qual derivam todos os demais, qual seja, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Admira um possível desfalque bilionário ao erário, com base em fatos inexistentes, não cause impressão ao julgador.

Justamente por estar em pauta o dinheiro dos contribuintes, o erário, é que atos e contratos administrativos gozam de princípios e regras que lhes conferem direitos e

prerrogativas imperativas, que não são privilégios, no sentido que o leigo costuma atribuir ao termo, mas instrumentos legítimos de proteção da coisa pública.

Tais regras e princípios, ao contrário do direito penal, quando se trata da proteção do patrimônio público nos contratos administrativos, operam *pro societate*, em favor da administração pública, para proteção dos recursos subtraídos à força dos contribuintes, para serem aplicados em favor da sociedade.

Por tal razão, é inadmissível que se subtraíam quaisquer valores do erário, sem a inequívoca e cabal certeza, baseada no princípio da legalidade estrita, de que tais valores são indubitavelmente devidos aos particulares, seja em respaldo legal ou contratual, não havendo mínima margem para presunções, suposições ou arbítrio, defronte aos recursos públicos.

O legislador, atento à complexidade e excesso de atribuições e serviço que envolvem a administração pública, põe a salvo a eventual ineficiência ou erro de algum agente estatal, para que não conduzam à confissão sobre elementos de fato, nem à perda ou renúncia de direitos, posicionando o interesse público acima do interesse privado.

Pertinente, necessária e adequada a providência, em se ter realizado perícia na presente ação rescisória, como bem apontado pela então e. Desembargadora Federal, e hoje e. Ministra, Isabel Gallotti (fls. 4846-4847):

(...) além do minucioso trabalho empreendido no voto da Relatora de verificação dos documentos do processo e das conclusões da perícia - tanto da perícia feita na ação originária, quanto da perícia feita na ação rescisória, e do laudo técnico produzido por iniciativa do MPF destaco que não houve contestação pelo extinto DNER dos fatos por meio dos quais a autora buscou indenização. (...)

Portanto, na realidade, foi uma ação ordinária de indenização das empresas autoras contra o DNER, hoje, União Federal, em que as autoras alegam que, durante a execução do contrato, sofreram prejuízos porque não receberam na época própria os pagamentos devidos. Se fosse uma ação contra particulares, a mera circunstância de essa ação não ter sido contestada na época própria, na primeira instância, atrairia a aplicação da pena de confissão quantos aos fatos incontroversos, e penso que não seria necessário nem perícia, exceto para liquidar o valor da condenação, mas não é o caso, porque era uma ação contra um ente público, hoje sucedido pela União Federal, mas, já na época, um ente público, em que se

demandava reparação por prejuízos causados durante o cumprimento de contratos administrativos. Contratos administrativos são caracterizados pela formalização não só do contrato, mas de todos os atos relacionados a esses contratos e, portanto, penso que não se operaria contra o DNER, assim como contra a União, pena de confissão de todos os fatos que não foram contestados na ação, simplesmente porque o DNER optou por fazer uma contestação baseada só em teses jurídicas sem afirmar nem negar ocorrência dos fatos narrados na inicial e que, por envolverem contratos administrativos, a meu ver, deveriam ter sido todos documentados.

Observo que a perícia que se seguiu, na realidade, foi totalmente imprestável para o fim a que se destinava, e foi por isso que a relatora determinou a realização de outra perícia na rescisória.

O voto do e. Desembargador Federal Jirair Aram Megueriam, tanto como relator nos embargos infringentes, quanto na superveniente qualidade de Presidente da Seção (voto de desempate que substituiu o voto do Presidente anterior), que são idênticos, simplesmente ignorou a perícia realizada na rescisória, para concluir, com referências genéricas, que "nas duas instâncias ordinárias a prova foi exaustivamente examinada nas decisões", referindo-se às decisões que redundaram na rescindenda.

Ocorre que, como se revelou assentado, com a realização da perícia no âmbito da ação rescisória, a decisão rescindenda baseou-se em uma presunção falsa e incabível, de que o vencimento das faturas de todos os contratos seria o vigésimo dia útil do mês subsequente ao trabalho realizado, ou seja, simplesmente adotou uma ficção, com base em previsão abstrata, sem a verificação quanto à data da efetiva medição, aprovação apresentação da fatura ao DNER, marco inicial do processo administrativo tendente ao pagamento, que implica, somente ao final, autorização de pagamento, fato que restou assentado expressamente, veja-se (fls. 4814; 4823 e ss.)

A Exma. Sra. Desembargadora Federal SELENE MARIA DE ALMEIDA (Relatora):  
(...)

#### **Mérito - Do laudo pericial**

Para a compreensão da controvérsia, transcrevo, a seguir, trechos do laudo pericial de fls. 1.708/1.783 (s.g.):

*omissis*

(...)

Importante repisar aspectos importantes ressaltados no laudo:

a) "foi confirmado que **as empresas não mantinham, à época dos fatos objeto da lide, contabilidade por obra e/ou contrato.**" (fl. 1.711); [grifo no original]

b) "nos valores apurados neste Laudo Pericial a título de correção monetária por atraso de pagamento dos serviços/obras (doc. 01) foram desconsideradas todas as NF /Faturas constantes do processo SINICON (doc. 05)." (fl. 1.712);

c) conforme acima transcrito a "perícia verificou algumas incongruências entre a prova pericial apresentada na ação de conhecimento nº 96.0002144-9 e os documentos disponibilizados para exame pericial, os quais foram devidamente corrigidos por esta perícia em seus cálculos (doc. 01)." (fls. 1.712);

d) "nos contratos examinados por esta perícia, várias são as formas de medir e pagar as parcelas dos trabalhos executados, conforme as cláusulas transcritas no quesito 09 desta série, cujos parâmetros foram adotados nos cálculos elaborados por esta perícia." (fl. 1.748);

e) "(...) **ocorreu uma inobservância do Sr. Perito dos critérios contratuais que definem a data de vencimento das faturas quando da elaboração de seus cálculos, pois considerou como vencimento das faturas de todos os contratos sob exame o 20º (vigésimo) dia útil do mês subsequente ao mês que foram realizados os serviços.**" (fl.1.773) [grifo no original]

(...)

### **Incongruências verificadas no laudo pericial**

Como se demonstrará a seguir, a perícia realizada nos autos desta rescisória também merece reparos de natureza técnica.

Além disso, o Direito aplicável à controvérsia não autoriza o pagamento do montante apurado como se demonstrará quando da apreciação do mérito.

Cumpra abrir um parêntese para elogiar o preciso e alentado Parecer nº 4008/2009/PQ /PRR -I a Região, da lavra do Dr. Paulo Queiroz, bem como o detalhado Parecer Técnico nº 023/2009 que lhe faz parte integrante, da lavra dos analistas periciais em contabilidade Cleiton Bandeira Sena e Rosália Maria Mafra de Oliveira e do economista Luiz Armando Lopez Campião.

Deveras, o bem lançado parecer assevera que "(...) força é convir que a perícia nesta ação rescisória, na verdade, teve como único objetivo analisar e esclarecer a perícia anteriormente produzida, corrigindo eventuais omissões ou inexatidões, à procura dos excessos no valor indenizatório a que a União foi condenada a pagar às empresas rés. Não se trata, portanto, de uma nova prova, mas de uma revisão da prova anteriormente produzida, o que não pode ser vedado numa ação rescisória, ainda mais quando se discute o pagamento de uma indenização de milhões de reais, como ocorre na espécie." (fl. 4.518).

Quanto ao **termo inicial dos contratos** o Parecer Técnico do Núcleo Pericial da PRR 1a Região logrou identificar os motivos pelos quais o valor da indenização restou onerado na perícia feita nesta ação rescisória. Confirmam-se os critérios utilizados pelo núcleo pericial para a aferição (fls. 4.587/4.591):

"Inicialmente, cumpre destacar que no período entre 1987 a 1993 - época da celebração dos contratos sob análise (fls. 4054-4229), tais contratos eram regidos

pelo Decreto -Lei nº 2.300/86, entre 25.11.86 a 21.06.93, e, a partir de 22.06.93, pela Lei 8.666/93. Esses dispositivos legais preceituam que os contratos celebrados junto à Administração Pública devem conter expressamente cláusulas concernentes ao modo de pagamento dos serviços prestados pelo contratado, conforme transcrições abaixo:

Art. 45. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

(...) III - o preço e as condições de pagamento, e quando for o caso, os critérios de reajustamento;' (Dec. Lei nº2.300, de 21.11.86)

'Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

(...) III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;' (Lei nº 8.666, de 21.06.93)

Após meticoloso exame dos 24 (vinte e quatro) contratos celebrados entre as empresas e o DNER, verificamos a existência de diferentes cláusulas que versam sobre a forma do pagamento dos serviços/obras contratados pelo DNER, a saber:

(a) 11 (onze) contratos previam que o pagamento, das faturas deveria ser efetuado em conformidade com as Normas e Procedimentos Administrativos sobre Contratações de Obras e Serviços de Engenharia do DNER - 10 dias úteis ou 14 dias corridos, após a apresentação, da fatura -, conforme cláusula contratual padrão abaixo:

CLÁUSULA QUARTA - DO PAGAMENTO CONDIÇÕES E REAJUSTAMENTO - Os serviços efetivamente executados serão medidos, faturados e pagos em conformidade com as NORMAS E PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS SOBRE CONTRATAÇÕES DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA, vigentes no DNER, que também integram o presente Contrato, independente de transcrição."

(b) 03 (três) contratos determinavam que o pagamento das faturas deveria efetivar-se, em até 30 (trinta) dias "após a medição dos serviços, conforme dispositivo contratual padrão abaixo:

"CLÁUSULA QUARTA - DO PAGAMENTO, DO REAJUSTAMENTO, DA ATUALIZAÇÃO DE VALOR POR ATRASO DE PAGAMENTO E DOS DESCONTOS POR ANTECIPAÇÃO DE PAGAMENTO - Os serviços efetivamente executados, após efetuada a medição. serão pagos até 30 dias corridos, contados da data final de cada período de aferição dos serviços."

(c) 01 (um) contrato estabelecia que o pagamento da fatura deveria ocorrer dentro de 25 (vinte e cinco) dias após a apresentação da fatura, segundo cláusula abaixo:

"CLÁUSULA TERCEIRA

(")

2) CONDIÇÕES DE PAGAMENTO - O pagamento dos trabalhos efetivamente executados pelo CONTRATADO será feito através da tesouraria do D.N.E.R. e corresponderá às Medições Mensais, devendo o CONTRATADO habilitar-se ao mesmo mediante apresentação das correspondentes faturas e certificado da fiscalização.

(...)

Parágrafo Segundo - Os quantitativos dos trabalhos executados dentro de cada mês do ano civil serão medidos, faturados e pagos da seguinte forma: a) as medições e respectivas faturas deverão ser apresentadas ao protocolo do Distrito Rodoviário Federal incumbido da fiscalização até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao da sua execução; b) a liquidação e o pagamento de cada fatura deverá se verificar dentro de 25 (vinte e cinco) dias ao da sua protocolização, salvo motivo de força maior e/ou fato alheio à Administração do DNER.

Parágrafo Terceiro - O pagamento deverá ser efetuado à vista de certificado, emitido pela fiscalização do DNER, no qual se ateste a autenticidade, a correção e a exatidão das quantidades e dos valores, bem como a qualidade dos trabalhos executados e as importâncias devidas"

(d) 01 (um) contrato determinava que o pagamento das faturas deveria efetivar-se em até 31 (trinta e um) dias após a medição dos serviços, conforme dispositivo contratual padrão abaixo:

"CLÁUSULA OUARTA - DO PAGAMENTO, DO REAJUSTAMENTO, DOS DESCONTOS POR ANTECIPAÇÃO PAGAMENTO E DA ATUALIZAÇÃO DE VALOR POR ATRASO DE PAGAMENTO - Os serviços, efetivamente executados, após efetuada a medição, serão pagos até 31 (trinta e um) dias corridos, contados da data final de cada período de aferição dos serviços."

(e) 01 (um) contrato determinava que o pagamento das faturas deveria efetivar-se até o quinto dia de cada mês mediante a apresentação junto ao DNER, conforme dispositivo contratual abaixo:

"CLÁUSULA TERCEIRA

DO PREÇO E DO PAGAMENTO - REAJUSTAMENTO

(2) DO PAGAMENTO - O pagamento dos trabalhos executados será efetuado mediante conta apresentada ao DNER, até o dia (5) cinco de cada mês, acompanhada de relatório elaborado de conformidade com o Escopo de Trabalho, Proposta Técnica e Proposta de Preço, em que conste a relação detalhada de todos os serviços executados no mês anterior."

(f) 01 (um) contrato determinava diferentes prazos para parcelas distintas, conforme cláusula abaixo:

CLÁUSULA V - PAGAMENTOS E REAJUSTAMENTO

Os pagamentos serão efetuados pela Tesouraria do 10º DRF, na seguinte forma:

| PARCELA | DIAS CONSECUTIVOS | RELATÓRIO                 | %PGP |
|---------|-------------------|---------------------------|------|
| 1ª      | 30                | Relatório parcial         | 25   |
| 2ª      | 60                | Minuta Relatório Final    | 60   |
| 3ª      | -                 | Aprovação Relatório Final | 15   |

(g) 01 (um) contrato não previa prazo para pagamento em seu escopo, dispunha apenas que o pagamento deveria ser efetuado pela Tesouraria do DNER mediante apresentação das faturas pelo Contratado, conforme Cláusula abaixo:

"CLÁUSULA TERCEIRA

(...)

2) CONDIÇÕES DE PAGAMENTO - O pagamento dos trabalhos efetivamente executados pelo CONTRATADO será feito através da Tesouraria do DNER e corresponderá às verificações mensais devendo o CONTRATADO habilitar-se ao mesmo mediante apresentação das correspondentes faturas e certificados da fiscalização

Parágrafo Segundo - O pagamento deverá ser efetuado à vista de certificado, emitido pela fiscalização do DNER, no qual se ateste a autenticidade, a correção e a exatidão das quantidades e dos valores, bem como a qualidade dos trabalhos executados e as importâncias devidas.

(h) 05 (cinco) contratos não estipularam prazo para pagamento, expressando-se no sentido de que o pagamento deveria ser efetuado após a entrega de relatórios.

Agrupamos os contratos acima descritos por prazo de pagamento, de acordo com o seguinte quadro demonstrativo:

[Vide quadro às fls. 4826]

Verificamos, a partir das informações contidas no quadro acima, que, apesar de haver nos contratos diferentes termos para início do prazo de pagamento (data de apresentação da fatura, data da medição e data de entrega de relatórios), **o Perito do Juízo considerou um único termo inicial para todos os Contratos**, qual seja: **o primeiro dia após a execução dos serviços/obras**. [grifo no original]

Nesse sentido, considerando que **a apresentação da fatura junto ao DNER ou a medição** (termo inicial determinados nos contratos), ocorrem sempre após **a execução dos serviços/obras** (termo inicial adotado pelo perito), **atestamos que a metodologia adotada pelo expert (para a aferição do termo inicial do atraso nos pagamentos das faturas gera um número maior de dias e onera, conseqüentemente, o valor da indenização**. [grifo no original]

Cabe destacar que a excepcionalidade encontrada nos contratos 129/87, PG10-193/89, PG 10-002/92, PG 312/92-00, PG 10-002/9 27/88, que apenas especificam o termo inicial para o pagamento dos serviços/obras, sem determinar um prazo específico. Nesses casos, sugerimos que após a apresentação da fatura ou entrega do relatório seja acrescentado o prazo especificado na Norma CA/DNER 212/87-PG2 (DOU 19.05.1988), ou seja, 10 (dez) dias úteis ou 14 (quatorze) dias corridos."

### **Motivo da realização de prova pericial na ação rescisória.**

Determinei realização de prova pericial na presente ação rescisória porque embora a lide originária dissesse respeito a questões de direito e de fato, o DNER, em sua contestação na ação originária, limitou-se a discutir direito em tese, ou seja, os juros moratórios eram

indevidos porque norma administrativa interna proibia, não havia previsão normativa de correção monetária para os contratos e não era devida indenização por desmobilização.

Além de não discutir os fatos, o DNER, não impugnou o laudo na ação originária. Em grau de recurso requereu a nulidade da perícia ainda sem impugnar especificamente o laudo. Em síntese, toda a defesa que o DNER produziu foi de natureza meramente formal.

Hoje, o valor pretendido pelos réus não ação originária é de ordem de mais de um bilhão de reais, e não é possível que o judiciário condene o Estado a pagar dívida de tal montante, sem que tenha as exatas circunstâncias dos -fatos na lide.

Somente agora nesta rescisória os fatos se tornaram controvertidos, razão da necessidade da perícia.

A perícia, no caso sub judice, não teve o propósito de regular a causa mediante reexame de prova, mas averiguar fatos que não foram objeto de discussão na ação originária, nem na sentença nem no acórdão rescindendo, tais como, inexistência de lucros cessantes e desmobilização de pessoal e equipamento. O DNER na presente ação rescisória não está levantando nova versão sobre os fatos, cujas circunstâncias foram agitadas na ação originária. Lá, o DNER não agitou qualquer circunstância de fato.

Nem o réu na ação originária, isto é, o DNER, nem o juiz a quo nem a egrégia Quarta Turma se pronunciaram sobre a existência de fatos que só agora são discutidos.

A discussão nesta ação rescisória não diz respeito a valoração da prova nem sobre critério hermenêutico adotado pelo aresto rescindendo.

O erro de fato ocorre quando a sentença admiti em fato inexistente ou quando considera inexistente fato que ocorreu.

O erro de fato, que dá ensejo à ação rescisória não pode ter sido objeto de controvérsia nem valorado judicialmente no processo originário (§ 1º, inciso IX, art. 485 do CPC).

O acórdão rescindendo da egrégia Quarta Turma declarou que adotava como razão de decidir a prova documental que instruiu a petição inicial, além da perícia produzida na instrução probatória.

O erro de fato supõe fato suscitado e não resolvido. Caracterizada, portanto, a ofensa ao inciso IX do art. 485 (sentença fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa), pois a desconstituição do julgado por erro de fato importa na comprovação inequívoca do fato alegado e a autora logrou provar que o acórdão impugnado admitiu fato inexistente (CPC, art. 485, § 1º).

O Superior Tribunal de Justiça tem manifestado o entendimento no sentido de que o erro de fato se configura quando o julgado que se pretende rescindir considera fato inexistente ou reputa inexistente fato efetivamente ocorrido, desde que não tenha havido controvérsia nem pronunciamento judicial sobre esse fato (cf. REsp 435698/SP, Primeira Turma, Rel. Ministro Francisco Falcão, DJ de 03/10/2005, p. 119)

(...)

Cumpre ressaltar, no entanto, que não há alteração no equilíbrio econômico-financeiro em decorrência das alegadas "sucessivas reduções" do ritmo e paralisações da execução dos serviços e obras ordenadas unilateralmente pelo DNER, sem que fossem ressarcidas dos custos de mobilização e desmobilização de equipamentos, instalações e pessoal.

**Inexiste nos autos da ação originária qualquer prova de repetidas diminuições da quantidade de trabalho e paralisação da execução dos serviços. Esses fatos deveriam ser objeto de prova, documental pelo menos, e não o foram. [s.g.]**

Igualmente não comprovado desequilíbrio nos contratos em que o perito limitou-se a considerar, como data de adimplemento, aquela estabelecida contratualmente e não a data do protocolo do DNER, início do processo de pagamento, como veremos adiante, no item "i" deste voto.

(...)

Na hipótese dos autos, se houvesse sido verificado o atraso da União (DNER) nos pagamentos aos contratados, estaria manifesto o direito à correção monetária e aos juros de mora a fim de que fosse recomposto o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. Esta é a jurisprudência pacífica dos tribunais nos últimos trinta anos.

**No entanto, as rés (autoras no processo originário) não lograram comprovar o alegado atraso, como veremos a seguir.** [s.g.]

### **Da caracterização da mora**

**i) Juros de mora** (Lei 4.414/64, art.1º e Código Civil/1916, arts. 1.062 e 1.536, parágrafo único).

São os seguintes os dispositivos apontados:

"Lei 4.414/64:

Art. 1º. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as autarquias, quando condenados a pagar juros de mora, por este responderão na forma do direito civil."

"Código Civil/1916:

Art. 1.062. A taxa dos juros moratórios, quando não convencionada (art. 1.262), será de 6% ao ano.

Art. 1.536: Para liquidar a importância de uma prestação não cumprida, que tenha valor oficial no lugar da execução, tomar-se-á o meio-termo do preço, ou da taxa, entre a data do vencimento e a do pagamento, adicionando-lhe os juros da mora.

(...)

§ 2º Contam-se os juros da mora, nas obrigações ilíquidas, desde a citação inicial.

**Eis aqui o ponto nodal da controvérsia: a Quinta Turma deste TRF - 1ª Região entende que, para a caracterização da mora, o marco inicial de contagem do prazo é a data de apresentação da fatura ao DNER.**

O perito, todavia, considerou, em vários documentos, como data de adimplemento aquela estabelecida contratualmente e não a data do protocolo do DNER, início do processo de pagamento.

O perito afirma que procedeu ao levantamento das NF/Faturas referentes aos contratos identificando número, data e valor da NF/Fatura, nº da medição e período de execução dos serviços, bem como as respectivas Autorizações de Pagamento - AP's emitidas pelo DNER, quando existentes, pois quando inexistiam tais autorizações, o expert se socorria das "cópias dos extratos bancários e lançamentos contábeis das empresas que comprovam a data de recebimento das NF/Faturas (fl. 1710).

O estudo cuidadoso dos documentos anexados ao laudo pericial (juntados nos volumes VIII a XVI, já que os volumes XVI e XVII contêm outros documentos contábeis e contratos) revela que **as Notas Fiscais/Faturas juntadas aos autos não estão aptas a comprovarem a**

**alegada mora, uma vez que não contém a data de suas apresentações ao DNER.** (grifo no original)

**De fato, há centenas Notas Fiscais/Faturas juntadas entre as fls. 1793 e 3987. Em várias há as respectivas Autorizações de Pagamento que, no entanto, não se prestam a comprovar data de apresentação da respectiva fatura, embora mencione a data da emissão da própria autorização, o número da fatura, a data do vencimento, o número da medição, a execução e a data do pagamento, não oferece a data da apresentação da fatura. Aliás, sequer consta nas Autorizações de Pagamento a data de medição.** [s.g.]

O Núcleo de Perícias da Procuradoria da República da 1ª Região apurou aspecto relevante para a controvérsia:

"(...) apesar de haver nos contratos diferentes termos para início do prazo de pagamento (data de apresentação da fatura, data da medição e data de entrega de relatórios), o Perito do Juízo considerou um único termo inicial para todos os contratos, qual seja: o primeiro dia após a execução dos serviços/obras." (fl. 4542).

O Núcleo elaborou um quadro resumo dos contratos descritos por prazo de pagamento que, para melhor elucidar a questão, transcrevo novamente (fl. 4.542):

[Vide quadro - fl. 4833]

Observe-se como o perito não enfrenta frontalmente a questões expressas da União a respeito da data da apresentação da fatura (fls. :1.721/3):

"6. Se existe comprovação, mediante carimbo, assinatura, ou qualquer prova de que as faturas do(s) Contrato(s) objeto da lide foram apresentadas ao DNER?

Resposta: Sim. As faturas dos contratos objetos da lide foram apresentadas ao DNER.

Corroborando com essa afirmativa, o que as empresas pleitearam na Ação de Conhecimento foi o recebimento do valor da atualização monetária das faturas pagas com atraso, porquanto, por ocasião do pagamento dessas faturas pelo DNER já foram atendidas todas as fases da despesa, ou seja, empenho, liquidação e pagamento.

Ademais, s.m.j., não está em discussão se os serviços foram ou não realizados, porquanto houve o cumprimento da quitação desses serviços/obras a destempo, sem a atualização monetária, o que é, agora, requerido pelas empresas.

7. Se existe prova, juntada a inicial, de que o DNER conferiu os valores constantes de tais faturas, com o aceite, normalmente no verso, das faturas ou notas fiscais dos serviços prestados?

Resposta: Na inicial não existe prova de que o DNER conferiu os valores dessas faturas, porém, a Norma CAIDNER nº 212/87 - PG - Resolução CA nº 2939 - Sessão nº 43, de 23/12/87 - Contratação de Obras e Serviços de Engenharia, do DNER, na Subseção VIII, das Medições e Pagamentos, item 2, estipula que:

"O pagamento dos trabalhos efetivamente executados deverá ser efetuado à vista de atestado emitido pela Fiscalização do DNER, no qual se ateste a

autenticidade, a correção e a exatidão das quantidades e dos valores, bem como, dos serviços executados, e as correspondentes importâncias devidas." [grifo nosso]

Esse atestado deveria ser emitido dentro do prazo de 10 (dez) dias úteis contados da data da execução das obras, da prestação dos serviços ou do encerramento de cada etapa de execução do contrato (item 2.3 e letra "a" do item 1.1 da Norma CA/DNER nº 212/87 - PG - Resolução CA nº 2939-Sessão nº 43, de 23/12/87 - Contratação de Obras e Serviços de Engenharia, do DNER).

(...)

8. Se existe prova da data do efetivo pagamento das faturas que se alega terem sido quitadas em atraso?

Resposta: Sim. Isto. se comprova pelas Autorizações de Pagamentos e pelos créditos constantes dos extratos bancários das empresas (Documento 01).

Assim, confrontando-se esses documentos com os prazos previstos, contratualmente, para pagamento, constata-se que houve atraso na quitação das NF /Faturas."

### **Do marco inicial para contagem da mora**

O posicionamento da Quinta Turma desta Corte a respeito do *dies a quo* do prazo para contagem da mora pode ser conferido nos julgados a seguir:

"ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO DE OBRAS. ALEGAÇÃO DE PAGAMENTO EM ATRASO. PRETENSÃO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. AUSÊNCIA DE PROVA DOS FATOS. APURAÇÃO NA FASE DE LIQUIDAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Nos contratos assinados pela empresa, ou pelo menos dois deles, há previsão de que "o pagamento dos trabalhos efetivamente executados pela contratada será feito através da tesouraria do DNER e corresponderá às medições mensais, devendo a contratada habilitar-se ao mesmo mediante apresentação das correspondentes faturas e certificado da fiscalização".

2. Estabeleceu-se, também, que "o evento físico executado dentro de cada mês do ano civil deverá ser medido, comprovado pela fiscalização e protocolizado no DNER até o dia 15 do mês imediato. A fatura correspondente deverá ser protocolizada dentro dos dez dias consecutivos ao da correspondente medição, e o seu pagamento deverá ocorrer dentro de vinte dias consecutivos a partir da data da protocolização da correspondente fatura".

**3. Não há prova do alegado atraso nos pagamentos, porque não foi comprovada a data de apresentação das faturas, cujo ônus é da empresa.**

4. Não é caso em que excepcionalmente se admite deixar para a liquidação a apuração dos fatos.

5. Apelação e remessa oficial providas."

(AC 2001.01.00.012220-1/DF, Rel. Desembargadora Federal Selene Maria De Almeida, Rel. para Acórdão Desembargador Federal João Batista Moreira, Quarta Turma, DJ p.100 de 08/03/2007, grifos ausentes no original)

"CONTRATO ADMINISTRATIVO. ALEGADA MORA NO PAGAMENTO DE FATURAS. PEDIDO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. PREVISÃO CONTRATUAL DE QUE A CORREÇÃO MONETÁRIA INCIDIRIA A PARTIR DO 30º OU 31º DA APRESENTAÇÃO DAS FATURAS NO DNER. AUSÊNCIA DE PROVA DESSE FATO. REQUERIMENTO DE PERÍCIA E POSTERIOR DESISTÊNCIA. SENTENÇA QUE JULGA IMPROCEDENTE O PEDIDO. CONFIRMAÇÃO NESSA PARTE. REDUÇÃO DE VALOR DOS HONORÁRIOS PERICIAIS. CANCELAMENTO DE PENA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ.

1. Nos contratos está previsto, respectivamente, que a correção monetária incidiria depois do 30º e do 31º **da apresentação da fatura ao DNER**, fato este (apresentação de faturas) não comprovado com a inicial.

2. Tendo sido requerida perícia, a Autora desistiu da produção dessa prova, após ter concordado com a proposta de honorários e após o Perito ter noticiado a conclusão dos trabalhos e requerido depósito dos honorários. Não há, pois, prova de fato constitutivo do alegado direito.

3. Assiste razão à Apelante apenas quando, embora tardiamente, contesta o valor dos honorários do Perito: R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

4. A exorbitância do referido valor, embora não justifique a forma empregada, torna compreensível a tentativa da Autora de livrar-se desse ônus, ao desistir da perícia, de modo que não deve subsistir a condenação por litigância de má-fé. É. Provimento parcial à apelação, reduzindo-se o valor dos honorários periciais para R\$ 500,00 (quinhentos reais), na data de sua fixação, e cancelando-se a pena por litigância de má-fé."

(AC 2001.01.00.022744-0/DF, Rel. Desembargador Federal João Batista Moreira, Quinta Turma, DJ p.13 de 12/05/2005, grifos ausentes no original)

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE OBRAS RODOVIÁRIAS. PAGAMENTO DE FATURAS COM ATRASO. CORREÇÃO MONETÁRIA DEVIDA. TERMO INICIAL DA ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA

1. Inexiste controvérsia nos autos a respeito do atraso no pagamento das faturas decorrentes da execução de obras rodoviárias realizadas pela Autora, sendo devido, pois, o pagamento da respectiva correção monetária.

2. Não tem razão o perito ao afirmar que a correção monetária deve iniciar-se a partir da data em que o DNER deveria ter autorizado a emissão das faturas, uma vez que o parágrafo segundo da cláusula quarta do contrato firmado entre as partes prevê, expressamente, que a atualização é devida se houver atraso superior a 31 dias, **a ser contado da data de apresentação das faturas**.

3. Indevida se me afigura a pretensão da Apelante de reembolso das despesas periciais, precisamente pela circunstância de não ter sido o laudo do experto considerado relevante para a formação da convicção do Juiz e, conseqüentemente, na identificação do montante indenizável.

4. Verba honorária que se mantém, dadas as circunstâncias da causa. 5. Apelação da Autora e remessa oficial improvidas.

(AC 2001.01.00.043010-3/DF, Rel. Desembargador Federal Fagundes de Deus, Quinta Turma, DJ p.14 de 12/05/2005, grifos ausentes no original)

Efetivamente, existe um precedente da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relator ministro Mauro Campbell no sentido de que o termo inicial para a incidência da correção monetária nos contratos administrativos de obra pública, na hipótese de atraso no pagamento, é o da data da medição da obra. Ou seja, seria da medição que se contaria o prazo para pagamento e atualização mediante incidência de correção do valor da dívida.

Não é este, contudo, o entendimento da Quinta Turma.

Quando a norma de regência e o contrato estabelecem obrigação quesível, não há se falar em mora do devedor antes do momento da apresentação da dívida à devedora, no caso à Administração.

**A obrigação é querável ou quesível, pois cabia ao credor, a empreiteira, procurar o devedor, o DNER, apresentar a dívida para receber o pagamento.** Se a dívida é querável não se aplica a regra *dies interpellat pro homine*.

**Se não há prova da data em que as empreiteiras credoras apresentaram as dívidas materializadas nas faturas buscando, assim, cumprimento da obrigação, não há se falar em correção monetária em decorrência da mora porquanto inexistente o termo *a quo* para sua contagem.** Ora, é preciso se saber o momento em que o credor exige a prestação, convertendo-se a dívida em obrigação.

Em sede de Direito Administrativo não é possível se criar obrigações para o Estado que não sejam resultantes da lei ou do contrato administrativo. Por conseguinte, o inadimplemento total ou parcial da obrigação por parte do Poder Público se configura conforme o estipulado pela norma ou pela convenção das partes.

O art. 55, II, da Lei das Licitações dispõe que todo contrato deve conter os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento da obrigação e a do efetivo pagamento. É precisamente este o caso dos autos em que os contratos previram o critério para pagamento e quem deveria apresentar a dívida.

Se fosse a hipótese de inexistência nos contratos e na norma da data para o pagamento da dívida, se não houvesse regra contratual e legal estipulando o modo e a forma da apresentação da dívida e o prazo para pagamento, poder-se-ia cogitar, por equidade, da adoção do termo *a quo* para pagamento como sendo a medição da obra. (REsp 71127/SP, REsp 61817/SP).

Em assim não sendo, há que se conformarem as partes com as disposições do Decreto 94.684/87, art. 10, e com o estabelecido no contrato.

**A jurisprudência predominante do eg. Superior Tribunal de Justiça também consagra o entendimento de que só se utiliza o critério da medição para se obter o termo inicial para a incidência da mora nos contratos administrativos de obra pública, quando não existir no contrato regra que estipule a data para o efetivo pagamento.** [s.g.] Transcrevo abaixo precedente da Primeira Turma neste sentido:

"ADMINISTRATIVO E ECONÔMICO. CONTRATO ADMINISTRATIVO DE OBRA PÚBLICA. CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO VERIFICADO PELA

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, MEDIANTE CRITÉRIO DE MEDIÇÃO. FIXAÇÃO DO TERMO INICIAL DA CORREÇÃO MONETÁRIA. ATRASO NO PAGAMENTO. ILÍCITO CONTRATUAL. DESVALORIZAÇÃO DA MOEDA. INEXISTÊNCIA NO CONTRATO DE CLÁUSULA, PREVENDO A DATA PARA O PAGAMENTO DO PREÇO AVENÇADO. NECESSIDADE DE VERIFICAÇÃO DO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO E O CONSEQÜENTE PREJUÍZO ECONÔMICO PELO ATRASO. OBSERVÂNCIA DO VALORREAL DO CONTRATO.

1. A mora no pagamento do preço avençado em contrato administrativo, constitui ilícito contratual. Inteligência da Súmula 43 do STJ.

2. A correção monetária, ainda que a lei ou o contrato não a tenham previsto, resulta da integração ao ordenamento do princípio que veda o enriquecimento sem causa e impõe o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

3. O termo inicial para a incidência da correção monetária nos contratos administrativos de obra pública, na hipótese de atraso no pagamento, não constando do contrato regra que estipule a data para o efetivo pagamento do preço avençado, deverá corresponder ao 1º (primeiro) dia útil do mês subsequente à realização da obra, apurada\_ pela Administração Pública mediante critério denominado medição. Precedentes do STJ (REsp 71127/SP, REsp 61817/SP)

4. O retardamento em pagar medições de obras já efetuadas configura violação do contrato e a inadimplência de obrigação juridicamente pactuada, com conseqüências que se impõem ao contratante público.

5. Recurso conhecido e provido, para reformar o acórdão, modificando o termo inicial para a incidência da correção monetária para o período de atraso no pagamento."

Assim, a correta caracterização da data do pagamento dos serviços - dies a quo - dependia das empresas apresentarem as dívidas ao credor DNER. **A indenização que pleiteiam só poderia incidir sobre as faturas nas quais há data de apresentação para cumprimento da prestação e que não estivessem prescritas. Conforme abordado acima, repito, as Notas Fiscais/Fatura apresentadas não estão aptas a comprovarem a alegada mora, uma vez que não contêm suas datas de apresentação ao DNER. Mesmo que se admita como válida a cláusula contratual que estabelece o prazo para pagamento pelo DNER a data da medição, não constou na ação originária data das medições.**

(...)

#### **Dos danos emergentes e lucros cessantes**

Quando à incidência de juros de mora com relação às demais parcelas indenizatórias - danos emergentes e lucros cessantes - igualmente correta a União ao impugná-la.

Na ação originária, as rés justificam o pedido de indenização por danos emergentes e lucros cessantes com os seguintes argumentos:

" Apesar de terem prestado os serviços e as obras, objeto das faturas atestadas, nos estritos termos dos contratos, as autoras não receberam os valores correspondentes à correção monetária devida pelos custos das mobilizações e desmobilizações de equipamentos, instalações e pessoal durante as paralisações e reduções de ritmo de

execução dos serviços e obras ordenados unilateralmente pelo réu conforme demonstrado.

Os danos materiais são devidos porque, não tendo percebido os preços nos termos e nas condições em que estipulados, viram-se compelidas a atrasar os pagamentos de fornecedores e a tomar empréstimos bancários a juros elevados, bem assim a arcar com ônus trabalhistas e encargos fiscais e previdenciários.

Os lucros cessantes porque, descapitalizadas, as autoras não puderam desenvolver novos serviços e obras. A perda do fluxo de caixa, que adviria da normal execução dos contratos, gerou obstáculo intransponível, ou ao menos de custosa transposição, para as autoras assumirem novos empreendimentos." (fls. 72/7)

Em síntese, alegaram, para justificar a indenização: a) atraso nos pagamentos a fornecedores; b) necessidade de pegar empréstimos em bancos a juros elevados; c) ônus trabalhistas e encargos fiscais e previdenciários; d) em razão da descapitalização ocorrida, as rés não puderam assumir novos serviços e obras, devido à reduzida capacidade de reinvestimento e e) queda no ranking de empresas congêneres em virtude dos problemas apontados.

Na ação originária as empresas pediram ressarcimento de custas de mobilização e desmobilização, administração, equipamentos e mão-de-obra ocorridos durante as paralisações ou redução do ritmo de execução dos serviços e obras. 411/

Esta pretensão não foi objeto da discussão pelo DNER na ação originária, seja no processo de conhecimento seja em fase recursal. Em outras palavras, não ocorreu pronunciamento judicial sobre a questão fática.

A perícia nesta ação admitindo como verdadeira a alegação das empresas de que houve mobilização e desmobilização, administração e despesas com equipamentos e mão-de-obra ocorridos durante paralisações ou reduções do ritmo de execução dos serviços e obras houve por bem apurar, em tese, o valor para ressarcir tais custas.

Todavia, é inócuo se apurar custos unitários de execução, utilização e custo de equipamento hora improdutivo e produção de equipe de mão-de-obra, se os fatos relativos as alegadas desmobilizações não têm demonstrada sua existência nos autos. Em consequência a matéria pode ser objeto desta ação rescisória.

Não há prova do fato de que houve custos decorrentes de paralisações das obras. Nem há prova de que houve desmobilização, mobilização, despesas com administração e equipamentos e mão de obra. Em termos de técnica processual civil, estes fatos não demonstrados são considerados inexistentes.

Os recursos que as rés dispenderam nas obras foram pagos pelo DNER, vale dizer, as horas trabalhadas foram objeto de pagamento.

O item relativo de ressarcimento de custos suportados pelas empresas a título de encargos a instituição financeira e sob a forma de encargos fiscais e 'previdenciários igualmente não foi objeto de controvérsia no processo de conhecimento nem na base recursal.

Também quanto aos fatos que dariam amparo a pretensão deduzida, o DNER não fez impugnação específica.

Agora se sabe que as empresas ora rés sequer mantinham, à época dos fatos objeto da lide, contabilidade por obra e/ou contrato.

No curso da perícia da ação rescisória é que se apurou alegados encargos fiscais e previdenciários com base em mais operações de crédito predominantes à época da execução dos contratos.

Como se sabe, tanto os danos emergentes quanto os lucros cessantes carecem de comprovação para serem deferidos. Tal comprovação, por óbvio, incumbe a quem os requer.

Na hipótese dos autos originários as rés não se desincumbiram de comprová-los.  
(...)

### **Dos juros compensatórios**

Ainda que assim não fosse, cumpre ressaltar que a indenização por lucros cessantes não pode ser cumulada com juros compensatórios.

Tendo por norte sua finalidade, os juros podem ser classificados como moratórios ou compensatórios.

Os juros moratórios são aqueles decorrentes da mora, isto é, os que se devem, por convenções ou legalmente, em virtude do retardamento no cumprimento da obrigação.

Fundamentam-se em dois elementos dominantes: a) a existência de uma dívida exigível e b) a demora do não pagamento dela, imputável ao devedor.

Os juros compensatórios são os frutos naturais do capital empregado. Representam a justa compensação que se deve tirar do dinheiro aplicado no negócio, não supondo mora do devedor.

Assim, o pleito de lucros cessantes aliado ao pedido de juros compensatórios constitui redundância ou, como mencionado, é pedir a mesma coisa - ressarcimento de danos - por duas vezes.

### **Conclusão**

Não restou caracterizada a alegada mora, uma vez que não há, nos autos, faturas nas quais se logrou verificar a data de apresentação junto ao DNER.

Incidu o acórdão da egrégia Quarta Turma em erro de fato, pois admitiu fatos inexistentes, ou seja, lucros cessantes, danos emergentes, custo de desmobilizações. Os juros compensatórios não têm amparo legal na espécie.

A questão relativa ao fato inexistente, determinante para o julgamento da ação originária, foi igualmente assentada e reconhecida, no voto da então e. Desembargadora Federal, atualmente Ministra, Isabel Gallotti, cujo excerto. pela clareza e objetividade, se transcreve:

(...) o termo inicial do atraso, que é exatamente o prejuízo alegado pelo autor, não pode ser considerado fato notório ou fato, como dito no parecer do assistente técnico da autora da rescisória, simplesmente confessado. Penso que **a perícia deveria realmente ter constatado que houve o pagamento, o que é incontroverso, mas a perícia deveria ter verificado se esse pagamento foi a destempo.** Se isso não está comprovado por documentos juntados aos autos, e parece-me que não está, porque também consta do voto da relatora que **as empresas não tinham sequer contabilidade específica para cada obra ou contrato, então, juntaram uma série de faturas à inicial, e a perícia calculou que a data de vencimento seria vinte**

**dias partir da data em que realizado o serviço,** ou seja, **não considerou** que havia necessidade de **medição da obra**, de cada etapa da obra, de **aprovo de cada etapa** da obra pela autoridade competente. Depois do aprovo da medição, haveria a expedição da fatura e, a partir de então, seria contado o prazo para pagamento; portanto, **sem a consideração dessas datas, da data da medição, não apenas da data em que a empresa alega que prestou serviço, mas da data em que houve a medição, o aprovo e a apresentação da fatura**, sem esse termo inicial, penso que **não há demonstração, nem documental, nem pericial do prejuízo, e isso está bem demonstrado no minucioso voto da relatora.**

Considero que, no caso, a sentença confirmada pelo acórdão rescindendo julgou procedente o pedido de pagamento de indenização sem que houvesse o pressuposto necessário, a prova do dano. (...)

Penso, também, que a sentença e o acórdão rescindendo, além de violarem o art. 159 do Código Civil de 1916 e o art. 37, §6º, da Constituição, porque estabeleceram uma indenização sem prova idônea do prejuízo, porque, repito, penso que essa perícia não provou o prejuízo, porque não levou em consideração a data nem da medição e nem da apresentação da fatura, além de violação a esses artigos que disciplinam a responsabilidade subjetiva e objetiva do Estado, penso que o acórdão violou o art. 55, II, "d", do Decreto-lei 2.300, vigente na época da celebração da maior parte desses contratos, segundo o qual deve haver um aditivo ao contrato no caso de circunstâncias que impliquem o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, artigo esse que encontra paralelo no art. 65, II, "d", da Lei 8.666/ 93.

Penso, portanto, que a indenização deferida pela sentença violou também esses dispositivos legais, na medida em que, a pretexto de restabelecer o equilíbrio econômico - financeiro de um contrato, determinou o pagamento de indenização para complementar a remuneração dos serviços contratados sem verificar se do resultado da execução do contrato as empresas tiveram realmente prejuízo, seja em decorrência do alegado atraso no pagamento das faturas, não demonstrado, seja no tocante a custos de desmobilização do canteiro de obras - que também o voto da relatora demonstrou que as próprias empresas alegam que não houve desmobilização do canteiro de obras -, seja mediante a prova de que tenham elas sido oneradas de forma desarrazoada, desequilibrando a equação econômico-financeira do contrato, em razão de atraso no pagamento dessas faturas. Não ficou demonstrado que o atraso tenha sido tamanho que tenha imposto prejuízo e não apenas eventualmente diminuído o lucro esperado pelas empresas, uma vez que, como dito, e repito, não está comprovado atraso de pagamento em relação à data de vencimento faturas.

(...)

Então, penso que, se não está provado o atraso em relação à data de vencimento de faturas, poderia a empresa, na ação originária, ter alegado que, mesmo recebendo o valor contratado na data da apresentação da fatura, a apresentação da fatura tivesse demorado por culpa do DNER, que determinou a paralisação das obras, e que, nesse caso, os custos em que incorreu para cumprir o contrato teriam sido superiores à sua margem de lucro. **Nada disso é demonstrado nessa perícia (tanto a dos autos de origem quanto a produzida na rescisória) que não se destinou a provar dano, prejuízo sofrido pela empresa, e sim a adotar uma data que ele, perito, considerou como sendo vinte dias após a execução do**

**serviço, segundo o cronograma da empresa, data esta que não encontra apoio nem na lei, nem nas várias modalidades de contratos também resumidos pela relatora em seu minucioso voto.**

Nada foi considerado nos votos vencedores nos embargos infringentes, mormente no duplo voto e. Desembargador Federal Jirair Aram Megueriam, nem inicialmente, como relator, nem posteriormente, como Presidente superveniente, para proferir o voto de desempate - que substituiu o voto de qualidade do Presidente da Seção ao tempo dos debates nos na origem -, onde apenas transcreveu o seu próprio voto como relator.

No seu voto, contado duplamente (como relator e Presidente da Seção) nos embargos infringentes, o e. Desembargador Federal se limita a; a) transcrever apenas o dispositivo, na parte final do voto da e. Desembargadora Relatora Selene de Almeida, b) transcrever diversas e longas decisões e uma doutrina, a fim de conceituar o que seria erro de fato, b) transcrever trechos da sentença e do acórdão rescindendo e, ao final, construir dois singelos parágrafos, em linguagem genérica, além de dizer que não se impressiona com os fundamentos que determinaram a realização da perícia na ação rescisória (fls. 5762-5763):

8. Vê-se, assim, que nas duas instâncias ordinárias a prova foi exaustivamente examinada nas decisões. Outrossim, não se pode afirmar que se trata de valoração inadequada da prova, a justificar "erro de fato" na rescisória, por se tratar, no caso, de valoração de prova que incidiu diretamente sobre o fato admitido, objeto da demanda de então, ou seja, a mora.

9. Correta, portanto, a conclusão do voto vencido que a presente rescisória pretendia rejulgamento do caso para tão somente impugnar a prova pericial produzida antes, tanto que se pediu nova perícia e, ainda, foi apresentado também laudo unilateral do Ministério Público Federal.

10. Não me impressionam, outrossim, os argumentos de r. voto condutor quando afirma:

Determinei realização de prova pericial na presente ação rescisória porque embora a lide originária dissesse respeito a questões de direito e de fato, o DNER, em sua contestação na ação originária, limitou-se a discutir direito em tese, ou seja, os juros moratórios eram indevidos porque norma administrativa interna proibía, não havia previsão normativa de correção monetária para os contratos e não era devida indenização por desmobilização. Além de não discutir os fatos, o DNER, não impugnou o laudo na ação originária. Em grau de recurso requereu a nulidade da perícia ainda

sem impugnar especificamente o laudo. Em síntese, toda a defesa que o DNER produziu foi de natureza meramente formal.

Hoje, o valor pretendido pelos réus não ação originária é de ordem de mais de um bilhão de reais, e não é possível que o Judiciário condene o Estado a pagar dívida de tal montante sem que tenha as exatas circunstâncias dos fatos na lide.

Somente agora nesta rescisória os fatos se tornaram controvertidos, razão da necessidade da perícia.

A perícia, no caso sub judice, não teve o propósito de regular a causa mediante reexame de prova, mas averiguar fatos que não foram objeto de discussão na ação originária, nem na sentença nem no acórdão rescindendo, tais como, inexistência de lucros cessantes e desmobilização de pessoal e equipamento. O DNER na presente ação rescisória não está levantando nova versão sobre os fatos, cujas circunstâncias foram agitadas na ação originária. Lá, o DNER não agitou qualquer circunstância de fato.

11. Na verdade tanto a sentença como o acórdão concluíram que o laudo pericial de então reconheceu a ocorrência das paralizações, dos atrasos nos pagamentos e dos lucros cessantes, conforme transcrições retro.

Verifica-se que o e. Desembargador Federal Relator simplesmente desconsiderou a existência da perícia realizada na ação rescisória, que revelou cabalmente o fundamento inexistente, sobre o qual se baseou a decisão rescindenda.

A decisão rescindenda fundou-se inteiramente em uma ficção descabida e indevida, desvelada pela perícia realizada na rescisória e no confirmada pelo órgão técnico do Ministério Público Federal na origem, elementos simplesmente ignorados pelos e. Desembargadores Federais Jirair Aram Megueriam, Daniel Paes Ribeiro e Souza Prudente, estes últimos que apenas aderiram aos votos do relator nos embargos infringentes, sem praticamente nada ou muito pouco acrescentar, ao contrário dos votos dos e. Desembargadores Federais Carlos Moreira Alves, Selene de Almeida e Marcelo Velasco Albernaz, Isabel Gallotti e Fagundes de Deus (além do voto anulado do Desembargador Federal João Batista Moreira) que votaram confirmando e dando procedência à ação rescisória, em face dos fatos inexistentes que fundaram a decisão rescindenda, .

O empate nos embargos infringentes foi inicialmente dirimido pelo voto de qualidade do e. Desembargador Federal João Batista Moreira, então Presidente da Seção, que desempata negando provimento aos embargos infringentes (fls. 5582 e ss.).

Muito embora anulado o referido voto, pela não renovação do relatório e possibilidade de sustentação oral, por oportuno e relevante, e para evitar tautologia, transcreve-se excertos para integrar o presente, *per relationem*, na parte que descreve as conclusões da e. Desembargadora Federal Selene de Almeida:

Do laudo pericial, constou como data de vencimento "o 20º (vigésimo) dia do mês subsequente ao mês em que foram realizados os serviços ...".

Na sentença, confirmada em grau de apelação, foi julgado procedente o pedido, "reconhecendo o direito das autoras serem indenizadas pelas perdas e danos decorrentes dos pagamentos tardios das faturas elencadas no laudo pericial".

Consoante demonstrou a Desembargadora Selene de Almeida no julgamento da ação rescisória, os contratos previam: a) que "os serviços efetivamente executados, após efetuada a medição", seriam "pagos até 30 (trinta) dias corridos, contados da data final de cada período de aferição dos serviços" (sublinhei); "se, por motivo não imputável à contratada, o prazo de pagamento da fatura correspondente à medição dos serviços excederam a 30 (trinta dias) corridos, contados a partir da data final de cada período de aferição dos serviços (sublinhei), o respectivo valor" seria "atualizado ..."; b) "se, por motivo não imputável à Contratada, o prazo de pagamento da fatura correspondente à medição da obra ou serviço" excedesse "a 31 (trinta e um) dias consecutivos contados a partir da data da apresentação da referida fatura ao DNER (sublinhei), o respectivo valor" seria "atualizado pela TR (Taxa Referencial), desde o mês subsequente ao do período da medição até o mês do efetivo pagamento da fatura ..."; c) "o pagamento dos trabalhos executados" seria "efetuado em conformidade com o disposto na NORMA CA/DNER Nº 212/87, ou seja, até 10 (dez) dias úteis, contados a partir da data da apresentação das faturas, para pagamento (sublinhei), salvo motivo de força maior e/ou ato ou fato alheio à administração do DNER ..."; d) "os quantitativos dos trabalhos executados dentro de cada mês do ano civil" seriam "medidos, faturados e pagos" mediante apresentação, "ao protocolo do Distrito Rodoviário Federal incumbido da fiscalização, até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao da sua execução (sublinhei)"; "a liquidação e o pagamento de cada fatura" deveria "se verificar dentro de 25 (vinte e cinco) dias da sua protocolização" (sublinhei); e) "os serviços efetivamente executados, após efetuada a medição", seriam "pagos até 30 (trinta) dias corridos, contados da data final de cada período de aferição dos serviços (sublinhei)"; f) "o pagamento dos trabalhos executados" seria "efetuado em conformidade com o disposto na NORMA CA/DNER Nº 212/87, ou seja, até 10 (dez) dias úteis, contados a partir da data da apresentação das faturas, para pagamento" (sublinhei); f) "se, por motivo não imputável à CONTRATADA, o prazo de pagamento da fatura correspondente à medição da obra ou serviço" excedesse "a 31 (trinta e um) dias consecutivos contados a partir da data da apresentação da referida fatura ao DNER (sublinhei), o respectivo valor" seria "atualizado pela TR (Taxa Referencial) ..."; g) "o pagamento dos trabalhos executados" seria "efetuado em conformidade com o disposto na NORMA CA/DNER Nº 212/87, ou seja, até 10 (dez) dias úteis, contados a partir da data da apresentação das faturas, para pagamento (sublinhei) ..."; h) "o pagamento dos trabalhos efetivamente executados pelo CONTRATADO" seria "feito através da tesouraria do DNER e" corresponderia "às verificações mensais, devendo o contratado habilitar-se ao mesmo mediante apresentação das correspondentes faturas e

certificado de fiscalização" (sublinhei); i) "na eventualidade de, durante a execução contratual, ocorrer atraso, de exclusiva responsabilidade do DNER, no pagamento da fatura correspondente a medição, atraso esse superior a 30 (trinta) dias consecutivos, contados a partir da data da entrega da fatura, ao DNER" (sublinhei), incidiria "a mesma fatura em correção monetária pelo Bônus do Tesouro Nacional (BTN) ...".

Conforme parecer técnico da Procuradoria Regional da República, "o Perito do Juízo considerou um único termo inicial para todos os contratos, qual seja: o primeiro dia após a execução dos serviços/obras. Nesse sentido, considerando que a apresentação da fatura junto ao DNER ou a medição (termo inicial determinado nos contratos), ocorrem sempre após a execução dos serviços/obras (termo inicial adotado pelo perito), atestamos que a metodologia adotada pelo expert (para a aferição do termo inicial do atraso nos pagamentos das faturas gera um número maior de dias e onera, consequentemente, o valor da indenização".

Entendeu a Desembargadora Selene ter ocorrido "uma inobservância do Sr. Perito dos critérios contratuais que definem a data de vencimento das faturas quando da elaboração de seus cálculos, pois considerou como referência para a data de vencimento das faturas de todos os contratos sob exame o 20º (vigésimo) dia útil do mês subsequente ao mês que foram realizados os serviços". Conclui que, "se não há prova da data em que as empreiteiras credoras apresentaram as dívidas materializadas nas faturas buscando, assim, cumprimento da obrigação, não há se falar em correção monetária em decorrência da mora porquanto inexistente o termo a *quo* para sua contagem". Isto porque, "quando a norma de regência e o contrato estabelecem obrigação quesível, não há se falar em mora do devedor antes do momento da apresentação da dívida à devedora, no caso a Administração".

Quanto ao alegado desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos, asseverou que "inexistente nos autos da ação originária qualquer prova de repetidas diminuições da quantidade de trabalho e paralisação da execução dos serviços. Esses fatos deveriam ser objeto de prova, documental pelo menos, e não o foram".

O objeto da ação principal (rescindenda) era a indenização por perdas e danos, em virtude de pagamentos atrasados de faturas, supostamente pagas a destempo.

Consta que as empresas não tinham sequer contabilidade organizada por contrato, e as faturas e documentos não contenham a data de medição, ou apresentação das faturas, que pudessem indicar a inadimplência do DNER, algo inadmissível.

Nada obstante, o e. Desembargador Federal João Batista Moreira lança luzes à questão, cuja compreensão é notória na experiência daqueles que viveram aquela época de extremas variações monetárias e inflacionárias, ao indagar se aquelas empresas não teriam falido ou pedido *concordata*, já naquela época.

Eis a sua resposta:

A situação se explica pelo fato de que, na época da hiperinflação e conseqüente descontrole orçamentário por que passou o país, nenhum empresário de bom-senso apresentava proposta em licitação sem embutir no preço oferecido a expectativa inflacionária (correção monetária e juros). As empresas não contavam com correção monetária e juros "a posteriori". Já os incluíam nos preços. É por isso que não tinham o cuidado de sistematicamente apresentar as faturas, mediante protocolo, para efeito de marcar início do prazo para atualização e juros de mora.

Passados aqueles anos de espiral inflacionária, vieram em massa à Justiça para cobrar correção monetária e juros, fazendo-o, de fato, cumulativamente (correção monetária até da própria correção monetária embutida nos preços das propostas). Daí, os valores estratosféricos.

Desse modo, não há injustiça ou excesso de formalismo na exigência de prova da data em que as faturas foram apresentadas, obrigação que, aliás, era prevista expressamente, como visto, na maioria dos contratos. Ao contrário, a condenação ao pagamento sem a referida prova significaria dispor, sem causa justificável, do patrimônio público (*rectius*: da sociedade brasileira).

Quem viveu naqueles dias sabe que as coisas eram, de fato, assim. Era público e notório que as empresas embutiam nas suas ofertas o custo de eventual inadimplemento, a contabilidade das empresas era extremamente complexa.

As empresas que atuavam em contratos públicos se precavam agregando aos seus custos as provisões para devedores duvidosos em margem mais que suficiente para enfrentar eventuais inadimplementos, deixando em segundo plano o rigor contábil, mas, ainda assim, de forma contraditória, seguiam ao Judiciário, na tentativa de obter indenizações por supostos atrasos nos pagamentos, como ocorre na espécie.

Mas, ainda que assim não fosse, fato é que, como assentado na origem, a perícia realizada na ação rescisória logrou identificar a ausência de data de apresentação das faturas ou de medição, verificável apenas a data do recebimento, muitas vezes apenas pela identificação em extratos bancários ou registros de entrada na contabilidade desordenada, sem qualquer elemento que apontasse a data de entrega das faturas, medição (e aprovação) dos serviços ou aprovação para o pagamento, que constituísse em mora o DNER (União).

A perícia anterior, na ação cuja decisão se pretende desconstituir, ao se deparar com a contabilidade irregular, simplesmente "adotou", por pura ficção, um termo inicial que não corresponde à realidade, um fato inexistente, inventado, por presunção ou suposição absolutamente indevida e contrária ao direito, que não se pode ignorar.

Consoante se depreende dos excertos assentados na origem, a Corte Regional, no duplo voto do relator, reproduzido no voto de qualidade, pela superveniência da Presidência da Seção e acompanhado sem mais agregações substantivas, ancorou-se apenas nas conclusões da perícia originária, da ação principal, ignorando os achados e as conclusões da perícia realizada na ação rescisória, para assim reverter a procedência da ação rescisória, nos embargos infringentes.

Vale dizer, enquanto na ação principal a decisão rescindenda considerou existente um fato inexistente, a se manter a improcedência da ação rescisória, estar-se-ia ignorando um fato existente, e amplamente assentado na ação rescisória, qual seja, a falta de data da constituição em mora, pela ausência de data de apresentação das faturas ou de medição dos serviços, perpetuando o erro de fato.

Não há falar em incidência dos óbices sumulares 5 e 7/STJ, porque os elementos fático-probatórios estão expressamente assentados nos votos que, nas idas e vindas, compõem os votos da ação rescisória e os embargos infringentes, cuja reavaliação impõe a reforma da decisão final, para reconhecer a ausência de termo *a quo* hábil a permitir concluir tenha havido inadimplência da Administração em qualquer dos contratos firmados.

Some-se a isto a conduta da empresa que nada fez para evitar ou minimizar os alegados prejuízos (*duty to mitigate the loss*), sem manter uma contabilidade confiável, sem providenciar o protocolo de apresentação das faturas, sem manter registro das medições e autorizações de pagamento, enfim, procedendo de forma negligente e desleixada, com seus próprios interesses, para comprovar a alegada inadimplência contumaz da Administração.

Ora, quem alega receber valores em atraso tem a obrigação de manter registro acurado e provas irrefutáveis da data devida ao pagamento e da data que efetivamente vinha recebendo, o que se revelou ausente na perícia realizada na ação rescisória.

Age em *contra factum proprium* quem presta serviços durante anos, recebe sem ressalvas, não mantém registros de datas essenciais para verificação de inadimplência e anos depois pretende receber indenização alegando que os pagamentos ocorreram a destempo.

Não se pode alegar uma dívida contra o erário, na casa dos bilhões, apenas com a data de recebimento, sem comprovar que atendeu às exigências previstas nos contratos (*exceptio non adimpleti contractus*) e constituição em mora (*ex persona*) para o pagamento.

Se é certo que quem paga mal, paga duas vezes, também é certo que aquele que recebe mal - sem cumprir suas obrigações contratuais, sem manter registros confiáveis, e sem constituir a mora - não pode vindicar danos por atraso de pagamento, muito menos por diminuição de trabalho ou paralizações de serviço, sem comprovar o descumprimento por parte da Administração.

Não se pode presumir ou pressupor uma data em que seria hipoteticamente devido o pagamento contra a Administração Pública, contra o erário, contra o contribuinte e a sociedade.

A supremacia do interesse público sobre o privado, da indisponibilidade do interesse público e o princípio da legalidade estrita impedem que a União (DNER) seja constituída em mora por uma data fictícia "adotada", ante a ausência de elementos que comprovem o pagamento a destempo, por culpa exclusiva da empresa, que não mantinha contabilidade regular, não comprovou a data da medição dos serviços, se foram aprovados, com ressalvas, ou refazimento, nem a data de apresentação da fatura.

Sem a prova cabal do termo *a quo*, para caracterização da mora, como restou assentado, com o desvelo da perícia realizada na ação rescisória, não há falar em indenização por pagamento a destempo, correção monetária, juros lucros cessantes e, muito menos, danos por desmobilização e mobilização, pois todos esses pleitos se baseiam na inexistente caracterização efetiva da mora, que não pode ser substituída arbitrariamente por uma data ficcional, tirada da cabeça do perito, para "facilitar" seu trabalho, a redundar em prejuízo bilionário ao erário e à sociedade.

Quanto ao recurso especial retido, as razões supra já apontam o seu descabimento. Não há impedimento à realização de perícia na ação rescisória, quando se mostre necessária, como decidiu o tribunal *a quo*, e como, de fato, mostrou-se imprescindível ao deslinde da causa, demonstrando, espanque de dúvida, que a decisão rescindenda fundou-se em fato inexistente e ficcional, com a arbitrária adoção de uma data fictícia de vencimento, para concluir pelo inadimplemento. Outrossim, não há ofensa ao art. 535 (atual 1.022) do CPC, tendo a decisão apreciado a questão da necessidade da perícia de forma satisfatória, sem omissão, contradição ou obscuridade.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para, **preliminarmente**, reconhecer a falta de interesse jurídico do Banrisul para oposição de embargos de declaração, declarando a nulidade das decisões, a partir do seu ingresso na lide, e restabelecer o voto do então Presidente da Seção, negando provimento aos embargos infringentes; **no mérito**, reformar o acórdão recorrido, para julgar procedente a ação rescisória, por erro de fato (julgamento fundado em fato inexistente) e, em juízo rescisório, reconhecer a ausência de caracterização da mora em desfavor da União (DNER), pela falta de comprovação das datas de medição, aprovação e apresentação das faturas, para constituição em mora (*ex persona*), em obrigação quesível, restabelecendo o acórdão de procedência, e julgar improcedente o pedido das empresas autoras na ação originária.

É o voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.792.019 - DF (2019/0010220-2)

### VOTO-VOGAL

#### O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES:

Senhores Ministros, com a máxima vênia, vou divergir do eminente Relator, Ministro Francisco Falcão, que está votando pelo *"provimento do recurso especial da União para anular os embargos declaratórios que imprimiram efeito modificativo ao julgado infringente, determinando o retorno dos autos ao Tribunal a quo para rejulgar os respectivos declaratórios, após a devida intimação pessoal de representante da União"*.

Rememorando os fatos da causa: o presente recurso especial decorre de ação rescisória ajuizada pela União, na condição de sucessora do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem - DNER, em face da CONSTRUTURA SULTEPA S.A. e OUTRAS com o objetivo de desconstituir acórdão proferido pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (da relatoria da então Juíza Federal Eliana Calmon), em que mantida sentença de procedência do pedido de condenação do DNER ao pagamento de valores decorrentes do atraso no pagamento de faturas de contratos administrativos para execução de serviços e obras de engenharia.

A ação rescisória foi julgada **procedente**, por maioria, o que deu ensejo à oposição de **embargos infringentes** - os quais foram **desprovidos** após **voto-desempate** proferido pelo então Presidente da Seção, **Desembargador Federal João Batista Moreira**.

Contra esse acórdão, opuseram embargos de declaração os demandados na ação rescisória, **bem assim o Banco do Estado do Rio Grande do Sul S/A - BANRISUL**, na qualidade de **terceiro prejudicado**.

**Observo, por oportuno, que esses embargos de declaração foram opostos em 15/04/2013, ou seja, sob a égide do CPC/1973, quando não havia previsão legal expressa de intimação da parte embargada para apresentar impugnação.**

Os embargos de declaração do BANRISUL **foram acolhidos, com efeitos infringentes** - após extenso debate -, para que o **voto-desempate** do Presidente da Seção do



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TRF1 fosse novamente proferido, mas com observância de regras regimentais que, segundo a maioria que se formou, não teriam sido respeitadas - ou seja, com reinclusão do feito em pauta de julgamentos, possibilitando renovação do relatório e realização de sustentação oral (vide fls. 5660/5681-e), aliás, nos termos em que postos também no RISTJ ao versar sobre o voto-desempate.

Contra esse acórdão, a União opôs embargos de declaração às fls. 5707/5710-e, questionando em suas quatro folhas **unicamente a legitimidade** do BANRISUL para opor os embargos de declaração como terceiro prejudicado, pois teria interesse meramente econômico no resultado da demanda.

Como se vê, **deixou a União de alegar na primeira oportunidade o tema da nulidade decorrente da falta de intimação para impugnar embargos de declaração que seriam acolhidos com efeitos infringentes.**

Esses aclaratórios foram rejeitados nos termos seguintes:

De outra banda, não se pode olvidar que, diante do conhecimento dos embargos opostos pelo Banco do Estado do Rio Grande do Sul S/A - Banrisul, na condição de terceiro prejudicado, pelo Relator originário do referido recurso, afigura-se superada eventual discussão sobre esse tema, mormente à míngua de qualquer impugnação nesse sentido, pelas demais partes integrantes da relação processual aqui instaurada, inclusive, pela própria União Federal, **que, após a interposição do aludido recurso, manifestou-se nos autos, em duas oportunidades distintas, nada requerendo sobre tal matéria** (fl. 5741-e - destaquei).

Na sequência, os autos foram remetidos ao **Presidente da Seção** (dessa feita o **Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian**) para que fosse proferido o voto-desempate, o que resultou **no provimento dos embargos infringentes** (e **improcedência da ação rescisória da União**) (fls. 5746/5769-e).

Esse acórdão recebeu a seguinte ementa:

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. EMBARGOS INFRINGENTES EM AÇÃO RESCISÓRIA. CONTRATO ADMINISTRATIVO DE OBRAS E DE RECUPERAÇÃO DE ESTRADAS. PROVA. VALORAÇÃO. ERRO DE FATO. INOCORRÊNCIA. I - "Para que a coisa julgada seja rescindível por erro de fato é imprescindível que exista nexos de causalidade entre o erro apontado pelo demandante e o resultado da sentença. Há erro de fato quando a sentença admitir um fato inexistente ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido (art. 485, § 1º, CPC). É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato (art. 485, §



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2º, CPC). Já se decidiu que, se houve pronunciamento sobre a situação fática na decisão rescindenda, não cabe ação rescisória (STJ, 5ª Turma, REsp 267.495/RS, rel. Min. Félix Fischer, j. em 19.03.2002, DJ 15.04.2002, p. 246). Se o fato foi objeto de cognição judicial mediante prova no curso de raciocínio do juiz, não cabe ação rescisória. Mas se o fato foi suposto, no raciocínio, como mera etapa para o juiz chegar a uma conclusão, a ação rescisória é admissível. Não é adequado afirmar que a ação rescisória não é admissível nos casos de equivocada valoração da prova ou das alegações de fato. Ocorrendo valoração inadequada da prova a rescisória é cabível, desde que não tenha ocorrido valoração de prova que incidiu diretamente sobre o fato admitido ou não admitido. Se a equivocada valoração da prova repercutiu na compreensão distorcida da existência ou da inexistência do fato, e isso serviu como etapa do raciocínio que o juiz empregou para formar seu juízo, a ação rescisória é cabível". (Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, CPC comentado artigo por artigo, RT, 2008, págs. 495/492.) II - Nas duas instâncias ordinárias a prova foi exaustivamente examinada nas decisões, não se afigurando possível afirmar que se trata de valoração inadequada da prova, a justificar "erro de fato" na rescisória, por se tratar, no caso, de valoração de prova que incidiu diretamente sobre o fato admitido, objeto da demanda de então, ou seja, a mora. III - Correta a conclusão do voto vencido, no sentido de que a rescisória pretendia rejugamento do caso para tão somente impugnar a prova pericial produzida antes, tanto que se pediu nova perícia e, ainda, foi apresentado também laudo unilateral do Ministério Público Federal. IV - Tanto a sentença como o acórdão concluíram que o laudo pericial de então reconheceu a ocorrência das paralisações, dos atrasos nos pagamentos e dos lucros cessantes. V - Embargos infringentes a que se dá provimento. Ação rescisória que se julga improcedente.

Novos embargos de declaração foram opostos pela União (fls. 5774/5778-e), **ocasião em que foi tratado, pela primeira vez, do tema da nulidade pela falta de intimação para impugnar os embargos de declaração**, que foram acolhidos com efeitos modificativos (antes da retomada do julgamento dos embargos infringentes).

Os embargos de declaração foram rejeitados - daí o recurso especial da União, ora em julgamento.

Pois bem.

A razão de minha divergência reside na circunstância de que a questão da falta de intimação tema já havia sofrido os efeitos da **preclusão**, pois a nulidade **não** foi arguida **na primeira oportunidade** que teve a União para tanto, nos embargos de declaração opostos às fls. 5707/5710-e.

Cito, por oportuno, a regra do art. 278 do CPC/2015:

Art. 278. A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no *caput* às nulidades que o juiz deva decretar de ofício, nem prevalece a preclusão provando a parte legítimo impedimento.

Com efeito, **não há como prover o recurso especial da União no ponto, por isso deve ser mantido, ainda que por outros fundamentos, o acórdão de fls. 5853/5869-e, em que rejeitada a ocorrência de nulidade porque a União teve vista dos autos após a juntada dos aclaratórios do BANRISUL e nada requereu, apesar da ausência de intimação específica.**

A propósito, a preclusão foi invocada nas contrarrazões da Construtora SULTEPA S/A e Outras (fls. 5924/5965-e).

Nessa linha de consideração é a jurisprudência desta Corte, senão vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EFEITOS INFRINGENTES CONFERIDOS. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA PARTE CONTRÁRIA. NULIDADE. ALEGAÇÃO NO PRIMEIRO MOMENTO OPORTUNO. NÃO OCORRÊNCIA. PRECLUSÃO.** 1. Afasta-se a alegada violação do artigo 535 do CPC/1973, porquanto o acórdão recorrido manifestou-se de maneira clara e fundamentada a respeito das questões relevantes para a solução da controvérsia. A tutela jurisdicional foi prestada de forma eficaz, não havendo razão para a anulação do acórdão proferido em sede de embargos de declaração. 2. **A jurisprudência desta Corte firmou compreensão segundo a qual é necessária a prévia intimação da parte contrária para se manifestar sobre os embargos de declaração que serão acolhidos com efeitos infringentes, sob pena de tornar nulo o julgamento. Porém, esta Corte firmou compreensão segundo a qual a nulidade do processo decorrente da não intimação da parte, deve ser alegada no primeiro momento oportuno para manifestação, sob pena de ocorrência da preclusão temporal.** A propósito: REsp 1.336.340/PE, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 03/10/2012; AgRg no REsp 1.236.113/PB, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 09/09/2011. 3. Agravo interno não provido. (AgInt no REsp 1487686/PE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/04/2018, DJe 19/04/2018 - **destaquei**)

O mesmo entendimento também é adotado em matéria criminal:

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. INDEFERIMENTO LIMINAR. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. PECULATO E LAVAGEM DE DINHEIRO. OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO CONTRA A SENTENÇA CONDENATÓRIA. PROVIMENTO DOS ACLARATÓRIOS PARA



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DETERMINAR A PERDA DO CARGO PÚBLICO OCUPADO PELO AGRAVANTE. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA DEFESA PARA CONTRA-ARRAZOAR A INSURGÊNCIA DA ACUSAÇÃO. ADVOGADO DO RÉU QUE CONSULTOU PESSOALMENTE O PROCESSO E TEVE VISTA DOS AUTOS POR DIVERSAS VEZES SEM IMPUGNAR OS ACLARATÓRIOS OU A DECISÃO NELE PROFERIDA, MÁCULA SUSCITADA QUASE 3 (TRÊS) ANOS APÓS A PROLAÇÃO DO PROVIMENTO JUDICIAL QUE SE PRETENDE ANULAR. PRECLUSÃO. 1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes. 2. **A despeito de acarretar nulidade, por cerceamento de defesa, a ausência de intimação da defesa para contra-arrazoar os embargos de declaração opostos com efeitos infringentes, há hipóteses peculiares em que a preclusão se torna óbice ao reconhecimento da eiva articulada. Doutrina. Precedentes do STJ e do STF.** 3. Embora a defesa não tenha sido intimada expressamente para se manifestar sobre os declaratórios, constata-se que após a sua oposição pelo Ministério Público, consultou pessoalmente os autos em janeiro de 2015, inclusive apondo sua ciência sobre o teor do édito repressivo, sendo que após ser intimada da decisão que acolheu os aclaratórios, reiterou, aos 12.2.2015, o pedido de apresentação das razões recursais em segundo grau de jurisdição, tendo contra-arrazado o apelo ministerial e arrazado o seu reclamo em abril e maio do referido ano sem impugnar, em momento algum, o fato de os declaratórios haverem sido julgados sem o seu prévio pronunciamento, sobrevivendo a invocação da mácula apenas ao final deste ano, quando da impetração do presente mandamus, isto é, quase 3 (três) anos após a prolação do provimento judicial que se pretende anular, o que importa no reconhecimento da preclusão. EMBARGOS DECLARATÓRIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO ACOLHIDOS APENAS PARA DETERMINAR A PERDA DO CARGO PÚBLICO OCUPADO PELO ACUSADO. EFEITO DA CONDENAÇÃO QUE NÃO FOI QUESTIONADO PELA DEFESA NA APELAÇÃO E NO RECURSO ESPECIAL INTERPOSTOS. INVIABILIDADE DE RECONHECIMENTO DE NULIDADE COM A QUAL CONCORREU A PARTE. ARTIGO 565 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE. 1. De acordo com o artigo 565 do Código de Processo Penal, "nenhuma das partes poderá argüir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse". 2. Na espécie, se mesmo ciente da imposição da perda do cargo público ocupado pelo réu, a defesa, nas sucessivas oportunidades que teve de se manifestar nos autos, em momento algum questionou a referida penalidade, não pode, quase 3 (três) anos após a prolação da decisão que a determinou, requerer a anulação do processo ao argumento de que não teria tido a oportunidade de se pronunciar sobre o tema, uma vez que o ordenamento jurídico repudia a adoção de comportamentos contraditórios em sede processual. Precedentes do STJ. SUSTENTAÇÃO ORAL NO AGRAVO REGIMENTAL. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. RECURSO DESPROVIDO. 1. Nos termos do artigo 159, inciso IV, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, não se admite sustentação oral no julgamento do agravo regimental sem que isto implique cerceamento de defesa. Precedentes. 2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 426.012/ES, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 01/02/2018 - **destaquei**)



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na mesma linha de consideração, cito precedente da Primeira Seção (AgRg no REsp 582.776/AL, de minha relatoria, julgado em 9/8/2017, publicado no DJe de 19/12/2017), assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. INTEMPESTIVIDADE DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA ORIGEM. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA COGNOSCÍVEL EM QUALQUER TEMPO E GRAU DE JURISDIÇÃO NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. NECESSIDADE DE PREQUESTIONAMENTO PARA REFLETIR NO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL. IPI. CRÉDITO PRÊMIO. EXTINÇÃO. 1. Invocada por apenas um dos litisconsortes a nulidade processual absoluta no conhecimento do recurso especial da parte adversa que a todos prejudicou igualmente, não há como cindir o desfecho da lide em relação aos demais, aplicando-se o art. 509, do CPC. 2. A intempestividade dos embargos de declaração interpostos na origem é tema de ordem pública devendo ser reconhecida em qualquer tempo e grau nas instâncias ordinárias. 3. Em sede de recurso especial, a regra é que a matéria de ordem pública somente pode ser examinada quando prequestionada pela Corte de Origem e invocada no recurso especial ou nas contrarrazões do recorrido. Precedentes: EREsp. nº 173.421 - AL, Corte Especial, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Rel. para o acórdão Min. César Asfor Rocha, julgado em 27.11.2008; AgRg nos EREsp. nº 1.253.389 / SP, Corte Especial, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 17.04.2013. 4. Somente em casos excepcionais a regra pode sofrer mitigação, a exemplo do julgamento dos EREsp. nº 676.159 - MT (Corte Especial, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 1º de dezembro de 2010) onde, em nome do princípio do contraditório, foi conhecido recurso especial de litisconsorte passivo necessário que até então não tomava parte do processo pois não havia sido sequer citado. Da mesma forma nos EREsp. nº 888.466 - SC, Corte Especial, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Rel. p/acórdão Min. João Otávio de Noronha, julgado em 06.08.2014. 5. O caso concreto não se enquadra na exceção, pois a agravante, muito embora tivesse evidente interesse recursal e tenha tido a oportunidade, não impugnou via embargos de declaração nas instâncias ordinárias o tema relativo à intempestividade dos embargos de declaração da parte contrária para mudar o resultado do julgamento para "negativa de conhecimento" (o que impossibilitaria o conhecimento do recurso especial da ex-adversa) ou, ao menos, vê-lo prequestionado, e deixou de alegar a nulidade também em sede de contrarrazões ao recurso especial. 6. Segundo consolidada jurisprudência desta Corte Superior, a extinção do benefício denominado "crédito-prêmio de IPI" se deu em 4.10.1990, por força do art. 41, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT. Precedente: Recurso Representativo da Controvérsia - REsp. Nº 1.129.971 - BA, Primeira Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 24.2.2010.

7. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

Reproduzo trecho do voto que proferi nesse julgamento:

(...) De notar que tanto a segunda quanto a terceira linhas jurisprudenciais mencionadas vinham ganhando força, no entanto sofreram forte golpe quando do julgamento dos EREsp. nº 173.421 – AL (Corte Especial, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Rel. para o acórdão Min. César Asfor Rocha, julgado em



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

27.11.2008), onde restou consignado que, em sede de recurso especial, é inviável a apreciação de matérias que não foram debatidas pela Corte de origem, ainda que concernentes a ordem pública. Segue a ementa do citado precedente, pelo órgão máximo deste Tribunal:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE.

- **Em sede de recurso especial, é inviável a apreciação de matérias que não foram debatidas pela Corte de origem, ainda que concernentes às condições da ação.** Tal proceder fere a regra de ouro do recurso especial, qual seja, o **prequestionamento**.

- Embargos **conhecidos** e providos (EResp. nº 173.421 – AL, Corte Especial, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Rel. para o acórdão Min. César Asfor Rocha, julgado em 27.11.2008).

No julgado suso transcrito, a Corte Especial reformou julgado da Segunda Turma desta Casa que havia, em sede de recurso especial, declarado de ofício a impossibilidade jurídica do pedido (falta de condição da ação), após aberta a instância pela suposta violação a outros dispositivos legais apontados (aplicação da segunda linha jurisprudencial). O entendimento foi posteriormente corroborado mais recentemente no AgRg nos EResp. nº 1.253.389 / SP, Corte Especial, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 17.04.2013.

É bem de ver que **a regra da necessidade de prequestionamento das matérias de ordem pública para seu exame em sede de recurso especial sofreu posterior mitigação** por parte da mesma Corte Especial no julgamento dos EResp. nº 676.159 - MT (Corte Especial, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 1º de dezembro de 2010), onde foi conhecido o recurso especial de litisconsorte passivo necessário que não havia sido citado em ação rescisória, em que pese não ter havido prequestionamento a respeito do litisconsórcio, justamente por não ter podido tomar parte do processo anteriormente pela falta de sua citação. Da mesma forma ocorreu nos EResp. nº 888.466 - SC, Corte Especial, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Rel. p/acórdão Min. João Otávio de Noronha, julgado em 06.08.2014, onde a parte simplesmente deixou de ser intimada dos atos processuais praticados. O objetivo em tais precedentes foi preservar o contraditório, donde se observa que o caso concreto em muito difere da situação ímpar eleita como exceção, já que **neste processo houve duas oportunidades de levantar a nulidade antes do exame do recurso especial**.

Sendo assim, a jurisprudência hoje em vigor é no sentido de que, regra geral, em sede de recurso especial, a matéria de ordem pública somente pode ser examinada quando prequestionada pela Corte de Origem e invocada no recurso especial ou nas contrarrazões do recorrido.

Desta forma, sem razão a PARTICULAR agravante que não impugnou via embargos de declaração nas instâncias ordinárias o tema relativo à intempestividade dos embargos de declaração da parte contrária FAZENDA NACIONAL para mudar o resultado do julgamento para negativa de conhecimento (o que impossibilitaria o conhecimento do recurso especial da *ex-adversa*) ou, ao menos, vê-lo prequestionado, e deixou de alegar a nulidade também em sede de contrarrazões ao recurso especial.

Saliento, por oportuno, que a Corte Especial desproveu embargos de divergência



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

opostos contra o acórdão da Primeira Seção acima mencionado pelos fundamentos resumidos na ementa a seguir reproduzida:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. NECESSIDADE DE PREQUESTIONAMENTO PARA SEU EXAME NESTA CORTE SUPERIOR. JULGADOS DO STJ E DO STF. NULIDADE DE ALGIBEIRA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. Segundo o acórdão objeto da divergência, oriundo da Primeira Seção, os ora agravantes tiveram, por mais de uma vez, a oportunidade de alegarem a intempestividade dos declaratórios interpostos pela União na instância ordinária. 2. Contudo, não suscitaram tal questão, seja no Tribunal Regional Federal da 5ª Região por meio de embargos declaratórios, seja nas contrarrazões do recurso especial interposto pela União, somente vindo alegar o suposto vício após o provimento monocrático do recurso especial da agravada, conforme assinalado no voto condutor do julgado da Primeira Seção. 3. Em recurso especial, a matéria de ordem pública somente pode ser examinada quando prequestionada pela Corte de origem e invocada no recurso especial ou nas contrarrazões do recorrido. Precedentes desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal. **4. Não cabe aos agravantes imputar a esta Corte o dever de sanear questão de ordem pública ocorrida na instância de origem, se optaram por não suscitá-la no momento oportuno. Tal conduta se equipara às hipóteses nas quais esta Corte Superior reconheceu a denominada nulidade de algibeira ou de bolso, que ocorre justamente quando a parte deixa para arguir o vício apenas em momento posterior, dada a conveniência para a sua defesa, e em afronta ao princípio da boa-fé processual, norteador do atual processo civil.** 5. Agravo interno desprovido. (AgInt nos EREsp 582.776/AL, Rel. Ministro JORGE MUSSI, CORTE ESPECIAL, julgado em 11/06/2019, DJe 14/06/2019 - **destaquei**)

Ante o exposto, voto pelo **DESPROVIMENTO** do recurso especial da União na parte em que pleiteada a anulação do acórdão dos embargos de declaração de fls. 5660/5681-e - **DIVERGINDO** do eminente Relator, Ministro Francisco Falcão, com a máxima vênia -, devendo, assim, ser dado prosseguimento ao exame do apelo excepcional.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.792.019 - DF (2019/0010220-2)

### VOTO-DESEMPATE

#### O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA:

Os autos versam sobre ação rescisória movida pela UNIÃO, na qualidade de sucessora do DNER, que objetiva rescindir acórdão que manteve sentença na qual aquela autarquia foi condenada a pagar indenização por atraso no pagamento de faturas de contrato administrativo.

A ação foi julgada procedente pela Corte Regional por maioria de votos em acórdão mantido em sede de embargos infringentes, conforme a seguinte ementa (e-STJ fl. 5.588):

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. EMBARGOS INFRINGENTES EM AÇÃO RESCISÓRIA. CONTRATO ADMINISTRATIVO DE OBRAS E DE RECUPERAÇÃO DE ESTRADAS. 1. Embora a ação rescisória seja uma ação excepcional de desconstituição da coisa julgada e, por isso mesmo, de direito estrito nos casos de sua admissibilidade e de respectiva interpretação, tem a jurisprudência admitido, quando fundada em ofensa à literalidade de disposição de lei, aplicação inclusive do princípio do *jura novit cúria*. 2. Hipótese em que o voto vencedor, proferido na ação rescisória, não mostra simples reexame de prova, mas a ocorrência de violação a dispositivos legais no âmbito da ação em que prolatada a decisão rescindenda, a indicar a existência de fundamento de rescisão contemplado no inciso V do artigo 485 do Código de Processo Civil. 3. Embargos infringentes rejeitados.

As rés e o BANRISUL, este na condição de terceiro prejudicado, opuseram embargos de declaração, sendo que os aclaratórios do BANRISUL foram acolhidos, com efeitos infringentes, para anular o voto de desempate proferido no acórdão embargado e determinar que outro fosse proferido, observada a norma regimental antes desrespeitada. O julgado foi assim ementado (e-STJ fls. 5.680/5.681):

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OCORRÊNCIA DE EMPATE. PROLAÇÃO DE VOTO DE DESEMPATE COM RETOMADA DO JULGAMENTO. APLICAÇÃO DOS ARTS. 62, § 4º, C/C O ART. 48, §§ 32 E 4º, DO REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. AUSÊNCIA DE REINCLUSÃO DO FEITO EM PAUTA, PARA FINS DE REGULAR INTIMAÇÃO DAS PARTES E RENOVAÇÃO DO RELATÓRIO E SUSTENTAÇÃO ORAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE.

I - Nos termos do § 4º do art. 62 do RITRF 1ª Região, "havendo empate, o presidente da seção proferirá o voto de desempate. Se ausente o presidente da seção, o julgamento será suspenso para colher o voto de desempate do presidente da seção, a quem serão remetidos os autos", dispondo, ainda, o art. 48 da referida norma regimental que "não participarão do julgamento os desembargadores federais que não tenham assistido ao relatório ou aos debates, salvo quando se derem por esclarecidos" (§ 3º) e que "se, para efeito do quorum ou desempate na votação, for necessário o voto de desembargador federal nas condições do parágrafo anterior, serão renovados o relatório e a sustentação oral, computando-se os votos anteriormente proferidos" (§ 4º).



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

II - Na hipótese dos autos, ocorrida a hipótese prevista no referido § 4º do art. 62, mas não adotada a providência prevista no § 4º do art. 48, ambos do RITF lg Região, eis que a retomada do julgamento dos embargos infringentes interpostos, para fins de prolação do voto-desempate, sem a reinclusão do feito em pauta, a possibilitar a renovação do relatório e a sustentação oral, afigura-se nulo o julgamento, devendo os autos serem submetidos à apreciação do Presidente da Seção, a fim de que supra a omissão em referência, computando-se os demais votos anteriormente proferidos.

III - Provimento dos embargos de declaração do Banco do Estado do Rio Grande Do Sul S/A - Banrisul. Prejudicialidade dos embargos opostos pela CONSTRUTORA SULTEPA S/A e Outras.

A UNIÃO opôs embargos de declaração, questionando a legitimidade do BANRISUL (e-STJ fls. 5.707/5.710), recurso que foi rejeitado no aresto de e-STJ fls. 5.739/5.743).

No re julgamento dos embargos infringentes, o pedido rescisório foi rejeitado em acórdão que recebeu a seguinte ementa (e-STJ fl. 5.768):

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. EMBARGOS INFRINGENTES EM AÇÃO RESCISÓRIA. CONTRATO ADMINISTRATIVO DE OBRAS E DE RECUPERAÇÃO DE ESTRADAS. PROVA. VALORAÇÃO. ERRO DE FATO. INOCORRÊNCIA.

1. "Para que a coisa julgada seja rescindível por erro de fato é imprescindível que exista nexo de causalidade entre o erro apontado pelo demandante e o resultado da sentença. Há erro de fato quando a sentença admitir um fato inexistente ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido (art. 485, § 1º, CPC). É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato (art. 485, § 2º, CPC). Já se decidiu que, se houve pronunciamento sobre a situação fática na decisão rescindenda, não cabe ação rescisória (STJ, 5ª Turma, REsp 267.495/RS, rel. Min. Félix Fischer, j. em 19.03.2002, DJ 15.04.2002, p. 246). Se o fato foi objeto de cognição judicial mediante prova no curso de raciocínio do juiz, não cabe ação rescisória. Mas se o fato foi suposto, no raciocínio, como mera etapa para o juiz chegar a uma conclusão, a ação rescisória é admissível. Não é adequado afirmar que a ação rescisória não é admissível nos casos de equivocada valoração da prova ou das alegações de fato. Ocorrendo valoração inadequada da prova a rescisória é cabível, desde que não tenha ocorrido valoração de prova que incidiu diretamente sobre o fato admitido ou não admitido. Se a equivocada valoração da prova repercutiu na compreensão distorcida da existência ou da inexistência do fato, e isso serviu como etapa do raciocínio que o juiz empregou para formar seu juízo, a ação rescisória é cabível". (Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, CPC comentado artigo por artigo, RT, 2008, págs. 495/492.)

II. Nas duas instâncias ordinárias a prova foi exhaustivamente examinada nas decisões, não se afigurando possível afirmar que se trata de valoração inadequada da prova, a justificar "erro de fato" na rescisória, por se tratar, no caso, de valoração de prova que incidiu diretamente sobre o fato admitido, objeto da demanda de então, ou seja, a mora.

III. Correta a conclusão do voto vencido, no sentido de que a rescisória pretendia re julgamento do caso para tão somente impugnar a prova pericial produzida antes, tanto que se pediu nova perícia e, ainda, foi apresentado também laudo unilateral do Ministério Público Federal.

IV. Tanto a sentença como o acórdão concluíram que o laudo pericial de então reconheceu a ocorrência das paralisações, dos atrasos nos pagamentos e dos lucros cessantes.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

V. Embargos infringentes a que se dá provimento. Ação rescisória que se julga improcedente.

Em novos embargos de declaração (e-STJ fls. 5.774/5.778), a UNIÃO apontou as seguintes omissões: a) impossibilidade de se admitir o ingresso do BANRISUL como terceiro prejudicado; e b) inexistência de sua prévia intimação para impugnar os aclaratórios do BANRISUL.

No julgado de e-STJ fls. 5.853/5.869, o Tribunal Regional rejeitou os aclaratórios e, no tocante ao ponto da inobservância do contraditório, assim se manifestou (e-STJ fls. 5.860/5.864):

Quanto ao último fundamento dos embargos de declaração - alegação de que não foi intimada para contrarrazoar os declaratórios do Banrisul, de caráter nitidamente infringente tem-se que, após a oposição, em 15/04/2013, e a respectiva juntada aos autos do aludido recurso, em 17/04/2013 - fls. 5.427 e 5.428 -, o processo foi remetido e recebido pela União, mais precisamente no dia 29/04/2013, conforme certidões de fl. 5.458.

14. Naquele momento processual, a União teve a oportunidade de se pronunciar sobre os declaratórios, porém, restituiu os autos sem qualquer manifestação a respeito.

(...).

Assim, não procede o argumento de que não teve oportunidade de se pronunciar sobre o recurso, pois, apesar da ausência de intimação específica, a União teve vista dos autos após já encartada a peça processual.

17. Ademais, as questões da (i) legitimidade do Banrisul e da suposta ausência de intimação para contrarrazoar os declaratórios já foram devidamente apreciadas quando do julgamento dos embargos de declaração opostos pela União às fls. 5.514-5.527, ocasião em que o então relator, Desembargador Federal Antônio Souza Prudente, ressaltou que, "...diante do conhecimento dos embargos opostos pelo Banco do Estado do Rio Grande do Sul - BANRISUL, na condição de terceiro prejudicado, pelo Relator originário do referido recurso, afigura-se superada eventual discussão sobre esse tema, mormente à míngua de qualquer impugnação nesse sentido, pelas demais partes integrantes da relação processual aqui instaurada, inclusive, pela própria União, que, após a interposição do aludido recurso, manifestou-se nos autos, em duas oportunidades distintas, nada requerendo sobre tal matéria" (fl. 5.551)

No apelo especial (e-STJ fls. 5.876/5.894), a UNIÃO aponta, preliminarmente, afronta ao art. 1.022 do CPC/2015 e pugna pela anulação do julgado recorrido, ante a ausência de sua intimação para contrarrazoar os embargos de declaração que resultaram na modificação do julgamento dos infringentes.

Feito esse breve esboço fático, passo à análise do ponto preliminar, que foi objeto da divergência e que resultou na necessidade da prolação de voto de desempate, nos termos do art. 55, parágrafo único, do RISTJ.

O Superior Tribunal de Justiça "possui entendimento no sentido de que, em homenagem aos princípios do contraditório e da ampla defesa, deve ser assegurando à parte embargada a possibilidade conhecer das razões do recurso interposto pela parte contrária, bem como a de apresentar as devidas peças de impugnação, sobretudo nos casos em que há possibilidade de atribuição de efeitos infringentes aos aclaratórios" (AgInt na PET no AREsp 1578280/PR, rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

29/06/2020, DJe 03/08/2020).

No caso dos autos, de fato, a UNIÃO não foi previamente intimada para contrarrazoar os embargos de declaração opostos pelo BANRISUL e julgados com efeitos modificativos para anular o acórdão anterior, favorável ao ente público.

Nada obstante, a UNIÃO, parte embargada, não arguiu o aludido vício na primeira oportunidade que teve para se manifestar nos autos, pois, ao opor os embargos de declaração de e-STJ fls. 5.707/5.710, apenas questionou a legitimidade do BANRISUL.

Somente veio a suscitar a ofensa ao contraditório pela falta de intimação para impugnar os embargos acolhidos com efeitos infringentes nos aclaratórios de e-STJ fls. 5.774/5.778.

Ora, é firme nesta Corte Superior a compreensão de que o vício relativo à ausência de intimação constitui nulidade relativa e deve ser alegado "na primeira oportunidade em que couber à parte se manifestar nos autos, sob pena de preclusão" (EDcl no AgInt no AREsp 1589406/RJ, rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/10/2020, DJe 29/10/2020).

### Sobre o tema:

PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO ACÓRDÃO QUE JULGOU OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. NULIDADE RELATIVA NÃO ALEGADA NA PRIMEIRA OPORTUNIDADE DE PRONUNCIAMENTO NOS AUTOS.

PRECLUSÃO. 1. Hipótese em que os ora agravantes aduzem a nulidade do acórdão proferido no julgamento dos Embargos de Declaração, uma vez que a Dra. Solange Maria Bonotto, advogada dos ora agravantes, não teria sido intimada do seu julgamento.

2. No caso dos autos, temos que os Embargos de Declaração foram opostos por Grandany do Brasil S/A Compensados e Móveis, que até então era representada pelo escritório Tizatto, Wildner e Luz Advogados Associados (fl. 138, e-STJ), sendo que a Dra. Solange Maria Bonotto representava os dois diretores da referida empresa (fl. 9, e-STJ). 3. O acórdão que julgou os Embargos de Declaração (fls. 464-469, e-STJ) foi publicado em 12.9.2017. Em 14.9.2017, ou seja após a publicação do acórdão, foi apresentado substabelecimento sem reservas de poderes à Dra. Solange Maria Bonotto, de forma que esta passou a representar não só os diretores, mas também a empresa.

4. Houve então o trânsito em julgado do acórdão, em 4.10.2017, conforme certificado na fls. 478, e-STJ. Em 27.11.2017, os ora agravantes apresentam Expediente Avulso em que requerem a nulidade do acórdão proferido pelo STJ, no julgamento dos Embargos de Declaração, uma vez que a procuradora das partes não teria sido intimada.

5. Conforme consignado na decisão agravada, o acórdão que julgou os Embargos de Declaração foi publicado em 12.9.2017. O substabelecimento dos patronos da parte se deu somente em 14.9.2017. Dessa forma, não há irregularidade processual na publicação de acórdão em nome dos antigos representantes processuais da parte, visto que o substabelecimento foi juntado aos autos somente após a publicação do acórdão.

6. A ausência de intimação dos patronos de Adhemar Antonio Nonotto e Vitor André Bonotto deveria ter sido suscitada na primeira oportunidade em que cabia à parte manifestar-se nos autos. No caso, houve o julgamento do Recurso



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Especial em que eles configuravam como recorridos, depois dos Embargos de Declaração opostos pela empresa da qual são diretores, e somente após o trânsito em julgado que houve a alegação de eventual nulidade.

**7. Nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, o vício relativo à ausência de intimação constitui nulidade relativa, a qual deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte manifestar-se nos autos (nos termos do art. 245 do CPC/1973, atual art. 278 do CPC/2015), sob pena de preclusão.**

8. Agravo Interno não provido.

(AgInt na PET no REsp 1664000/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 31/05/2019) (Grifos acrescidos).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EFEITOS INFRINGENTES CONFERIDOS. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA PARTE CONTRÁRIA. NULIDADE. ALEGAÇÃO NO PRIMEIRO MOMENTO OPORTUNO. NÃO OCORRÊNCIA. PRECLUSÃO.

1. Afasta-se a alegada violação do artigo 535 do CPC/1973, porquanto o acórdão recorrido manifestou-se de maneira clara e fundamentada a respeito das questões relevantes para a solução da controvérsia. A tutela jurisdicional foi prestada de forma eficaz, não havendo razão para a anulação do acórdão proferido em sede de embargos de declaração.

2. A jurisprudência desta Corte firmou compreensão segundo a qual é necessária a prévia intimação da parte contrária para se manifestar sobre os embargos de declaração que serão acolhidos com efeitos infringentes, sob pena de tornar nulo o julgamento. Porém, esta Corte firmou compreensão segundo a qual a nulidade do processo decorrente da não intimação da parte, deve ser alegada no primeiro momento oportuno para manifestação, sob pena de ocorrência da preclusão temporal. A propósito: REsp 1.336.340/PE, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 03/10/2012; AgRg no REsp 1.236.113/PB, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 09/09/2011.

3. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1487686/PE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/04/2018, DJe 19/04/2018)

Ressalto que, no meu entender, a sucumbência da UNIÃO ocorreu no momento do acolhimento dos embargos do BANRISUL com caráter modificativo.

Ainda que os aclaratórios do BANRISUL tenham sido acolhidos para anular o acórdão anterior e determinar o re julgamento dos embargos infringentes, mediante novo voto de desempate do Desembargador Presidente da 3ª Seção do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (e-STJ fls. 5.660/5.681), a UNIÃO, visto que aquele julgado lhe fora desfavorável, deveria agitar a nulidade por ofensa ao contraditório na primeira oportunidade que teve para se manifestar nos autos.

Se a recorrente preferiu silenciar sobre o vício e deixou para argui-lo após cientificada do desfecho desfavorável do re julgamento dos embargos infringentes, tem-se configurada a denominada "nulidade guardada" ou "nulidade de algibeira", "manobra processual que não se coaduna com a boa-fé processual e que é rechaçada pelo Superior Tribunal de Justiça inclusive nas hipóteses de nulidade absoluta" (AgInt no REsp 1842662/MA, rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/08/2020, DJe 01/09/2020).

A esse respeito:



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INTIMAÇÃO DO CORRÉU PARA CONTRARRAZÕES. AUSÊNCIA. PREJUÍZO. INEXISTÊNCIA. NULIDADE. SUSCITAÇÃO TARDIA. DESCABIMENTO.

1. Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, "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" (Enunciado Administrativo n. 2).

2. O art. 542, caput, do CPC/1973 previa a intimação da parte recorrida para contrarrazoar o recurso interposto, encontrando-se o BANCO CENTRAL DO BRASIL na qualidade de litisconsorte passivo.

3. Sem embargo do fato de que referida instituição tinha legitimidade para apresentar contrarrrazões ao apelo nobre da União - no qual ela suscitou a sua ilegitimidade passiva ad causam -, porque os interesses delas se contrapunham, o certo é que inexistiu prejuízo consubstanciado na ausência de contraditório a respeito da aludida prefacial, porque o tema foi objeto da impugnação pelo Banco Itaú - parte adversa - quando ele contrarrazoou o recurso extremo, tendo sido a matéria renovada em seu agravo interno. Precedente jurisprudencial.

4. De acordo com entendimento consolidado no STJ, tratando-se de nulidade processual, há de se ter em mente a máxima pas de nullité sans grief, segundo a qual não se decreta nulidade sem prejuízo.

5. Esta "Corte de Justiça, em diversas oportunidades, tem exarado a compreensão de que a suscitação tardia da nulidade, somente após a ciência de resultado de mérito desfavorável e quando óbvia a ciência do referido vício muito anteriormente à arguição, configura a chamada nulidade de algibeira, manobra processual que não se coaduna com a boa-fé processual e que é rechaçada pelo Superior Tribunal de Justiça, inclusive nas hipóteses de nulidade absoluta." (REsp 1.714.163/SP, rel. Min. NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe 26/9/2019).

6. Agravo interno desprovido.

(AgInt no REsp 1455125/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/09/2020, DJe 30/09/2020)

Ainda sobre o tema, conferir: EDcl na SEC 12.236/EX, rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, CORTE ESPECIAL, julgado em 11/02/2020, DJe 17/02/2020; AgInt no REsp 1842662/MA, rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/08/2020, DJe 01/09/2020; AgInt no AREsp 1401347/SP, rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 10/03/2020, DJe 31/03/2020, e AREsp 1663832/RS, rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2020, DJe 02/10/2020.

Por fim, registro que o tema ora examinado restringe-se ao trecho do arrazzoado recursal voltado à anulação do aresto impugnado, restando o mérito do apelo extremo ainda pendente de apreciação pelos Ministros integrantes da Segunda Turma deste Tribunal.

Diante do exposto, rogando vênias à posição externada pelos eminentes Ministros relator e Herman Benjamin, acompanho a divergência inaugurada pelo em. Ministro Mauro Campbell Marques para, no ponto relativo à anulação do julgado, NEGAR PROVIMENTO ao apelo especial, de modo que os autos retornem ao relator para continuidade do julgamento quanto aos demais pontos pendentes de exame.

É como voto.



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**RECURSO ESPECIAL Nº 1792019 - DF (2019/0010220-2)**

**RELATOR : MINISTRO FRANCISCO FALCÃO**  
**RECORRENTE : UNIÃO**  
**ADVOGADO : NIOMAR DE SOUSA NOGUEIRA - MA003699**  
**RECORRIDO : BANCO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL SA**  
**ADVOGADOS : JOSE LUIS ZANCANARO - RS022543**  
**ROBERTO PACHECO TAPIA - RS024117**  
**MARCUS VINICIUS VITA FERREIRA - DF019214**  
**CLAUDIO CHAVES - DF034478**  
**HENRIQUE SEGABINAZZI DE FREITAS DO AMARAL**  
**CARVALHO - DF053723**  
**LEONARDO PEREIRA SANTOS COSTA - DF065489**  
**RECORRIDO : CONSTRUTORA SULTEPA SA**  
**RECORRIDO : SULCATARINENSE MIN ARTEF DE CIM BRIT E**  
**CONSTRUcoes LTDA**  
**RECORRIDO : STE SERVICOS TECNICOS DE ENGENHARIA SA**  
**RECORRIDO : PEDRASUL CONSTRUTORA SA - EM RECUPERACAO**  
**JUDICIAL**  
**ADVOGADOS : CARLOS AUGUSTO SOBRAL ROLEMBERG E OUTRO(S) -**  
**DF008282**  
**MARCO ANTÔNIO MENEGHETTI - DF003373**  
**MARÍLIA DE ALMEIDA MACIEL CABRAL E OUTRO(S) -**  
**DF011166**  
**MÁRCIO HERLEY TRIGO DE LOUREIRO - DF011712**  
**MAURÍCIO MARANHÃO DE OLIVEIRA - DF011400**  
**PAULO ROBERTO SARAIVA DA COSTA LEITE E OUTRO(S)**  
**- DF003333**  
**RONEI RIBEIRO DOS SANTOS E OUTRO(S) - DF018118**

### **VOTO-VOGAL**

Senhor Presidente, acompanho integralmente o brilhante voto do eminente Relator, seja no tocante ao reconhecimento da ausência de interesse jurídico a legitimar seu ingresso no feito, e também, quanto ao mérito, no sentido da procedência da ação

rescisória, diante de estar evidente que a decisão rescindenda foi proferida com base em fato inexistente.

Com efeito, o cessionário de crédito tem apenas interesse econômico, não jurídico. No caso, o Banrisul atua como investidor, visando recuperar o montante desembolsado. Seu interesse é exclusivamente patrimonial e financeiro, indiferente ao mérito da causa, além do objetivo de lucro.

Destarte, como bem ressaltou o Relator, com a cessão, o cessionário não integra a relação obrigacional original nem estabelece vínculo pessoal com o devedor; apenas detém um direito patrimonial, livremente circulável, conforme os arts. 286 e 287 do Código Civil.

Além disso, também como destacou o brilhante voto, o art. 109 do Código de Processo Civil limita sua atuação processual: a substituição do cedente exige anuência da parte contrária, e, de forma subsidiária, admite-se apenas a assistência. Isso revela a ausência de interesse jurídico direto do cessionário no litígio, pois seu vínculo é reflexo e deriva da expectativa de recebimento do crédito.

No caso concreto, o Banrisul, como cessionário, mantém direito de regresso contra o cedente e pode habilitar seu crédito, já que o cedente responde pela existência do crédito. Portanto, sua intervenção nos autos é indevida, por falta de interesse jurídico, sendo nulo o acórdão proferido nos embargos de declaração por ele opostos, diante da sua evidente ilegitimidade, por ausência de interesse jurídico.

Quanto ao mérito, sem querer me alongar, pois a questão já foi de forma minudente esplanada no voto do ilustre Relator, ficou evidenciado que a decisão rescindenda apoiou-se em presunção indevida e equivocada, ao estabelecer, de forma ficta e abstrata, que o vencimento das faturas de todos os contratos ocorreria no vigésimo dia útil do mês seguinte à execução dos serviços. Não houve qualquer verificação das datas de medição, aprovação e apresentação das faturas ao Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER), etapas que inauguram o processo administrativo de pagamento e que apenas ao término autorizam a quitação. Ora, decisão judicial fundada em ficção é decisão fundada em fato inexistente, o que autoriza a sua rescisão.

Com essas considerações, acompanho integralmente o voto do eminente Relator e DOU PROVIMENTO ao recurso especial da UNIÃO.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2019/0010220-2      **PROCESSO ELETRÔNICO Resp 1.792.019 / DF**

Números Origem: 00313861520024010000 200201000362241 313861520024010000 9621449 96214490  
9801000025515

PAUTA: 19/09/2019

JULGADO: 19/09/2019

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **FRANCISCO FALCÃO**

#### **Ministra Impedida**

Exma. Sra. Ministra :      **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FRANCISCO FALCÃO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MARIO LUIZ BONSAGLIA**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

### **AUTUAÇÃO**

RECORRENTE : UNIÃO  
ADVOGADO : NIOMAR DE SOUSA NOGUEIRA - MA003699  
RECORRIDO : BANCO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL SA  
ADVOGADOS : MARCUS VINICIUS VITA FERREIRA - DF019214  
CLÁUDIO CHAVES - DF034478  
HENRIQUE SEGABINAZZI DE FREITAS DO AMARAL CARVALHO -  
DF053723  
LEONARDO PEREIRA SANTOS COSTA - DF065489  
RECORRIDO : CONSTRUTORA SULTEPA SA  
RECORRIDO : SULCATARINENSE MIN ARTEF DE CIM BRIT E CONSTRUÇOES LTDA  
RECORRIDO : STE SERVICOS TECNICOS DE ENGENHARIA SA  
RECORRIDO : PEDRASUL CONSTRUTORA SA - EM RECUPERACAO JUDICIAL  
ADVOGADOS : CARLOS AUGUSTO SOBRAL ROLEMBERG E OUTRO(S) - DF008282  
MARCO ANTÔNIO MENEGHETTI - DF003373  
MARÍLIA DE ALMEIDA MACIEL CABRAL E OUTRO(S) - DF011166  
MÁRCIO HERLEY TRIGO DE LOUREIRO - DF011712  
MAURÍCIO MARANHÃO DE OLIVEIRA - DF011400  
PAULO ROBERTO SARAIVA DA COSTA LEITE E OUTRO(S) - DF003333  
RONEI RIBEIRO DOS SANTOS E OUTRO(S) - DF018118

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

### **SUSTENTAÇÃO ORAL**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dr(a). DIEGO PEDERNEIRAS MORAES ROCHA, pela parte RECORRENTE: UNIÃO  
Dr(a). MARCUS VINICIUS VITA FERREIRA, pela parte RECORRIDA: BANCO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL SA  
Dr(a). CARLOS AUGUSTO SOBRAL ROLEMBERG, pela parte RECORRIDA: CONSTRUTORA SULTEPA SA E OUTROS  
PRONUNCIAMENTO ORAL DO SUBPROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, Dr. MARIO LUIZ BONSAGLIA

### CERTIDÃO

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

"Após o voto do Sr. Ministro-Relator, dando provimento ao recurso especial da União para anular os embargos declaratórios que imprimiram efeito modificativo ao julgado infringente, determinando o retorno dos autos ao Tribunal a quo para rejulgamento dos respectivos declaratórios, após a devida intimação pessoal de representante da União, declarando, assim, prejudicada a análise das demais questões recursais; o voto vogal divergente do Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, negando provimento ao recurso especial da União na parte em que pleiteada a anulação do acórdão dos embargos de declaração de fls. 5.660/5.681, devendo, se acaso prevalecer seu ponto de vista, ser dado prosseguimento ao exame do apelo excepcional quanto aos demais temas, pediu vista dos autos o Sr. Ministro Herman Benjamin."

Aguarda o Sr. Ministro Og Fernandes.

Impedida a Sra. Ministra Assusete Magalhães.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2019/0010220-2      **PROCESSO ELETRÔNICO Resp 1.792.019 / DF**

Números Origem: 00313861520024010000 200201000362241 313861520024010000 9621449 96214490  
9801000025515

PAUTA: 01/12/2020

JULGADO: 01/12/2020

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **FRANCISCO FALCÃO**

#### **Ministra Impedida**

Exma. Sra. Ministra :      **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **SAMANTHA CHANTAL DOBROWOLSKI**

Secretária

Bela. **VALÉRIA RODRIGUES SOARES**

### **AUTUAÇÃO**

RECORRENTE : UNIÃO  
ADVOGADO : NIOMAR DE SOUSA NOGUEIRA - MA003699  
RECORRIDO : BANCO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL SA  
ADVOGADOS : MARCUS VINICIUS VITA FERREIRA - DF019214  
CLÁUDIO CHAVES - DF034478  
HENRIQUE SEGABINAZZI DE FREITAS DO AMARAL CARVALHO -  
DF053723  
RECORRIDO : CONSTRUTORA SULTEPA SA  
RECORRIDO : SULCATARINENSE MIN ARTEF DE CIM BRIT E CONSTRUÇOES LTDA  
RECORRIDO : STE SERVICOS TECNICOS DE ENGENHARIA SA  
RECORRIDO : PEDRASUL CONSTRUTORA SA - EM RECUPERACAO JUDICIAL  
ADVOGADOS : CARLOS AUGUSTO SOBRAL ROLEMBERG E OUTRO(S) - DF008282  
MARCO ANTÔNIO MENEGHETTI - DF003373  
MARÍLIA DE ALMEIDA MACIEL CABRAL E OUTRO(S) - DF011166  
MÁRCIO HERLEY TRIGO DE LOUREIRO - DF011712  
MAURÍCIO MARANHÃO DE OLIVEIRA - DF011400  
PAULO ROBERTO SARAIVA DA COSTA LEITE E OUTRO(S) - DF003333  
RONEI RIBEIRO DOS SANTOS E OUTRO(S) - DF018118

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

### **CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Herman Benjamin, acompanhando o Sr. Ministro-Relator, dando provimento ao recurso, e o voto do Sr. Ministro Og Fernandes, acompanhando a divergência inaugurada pelo Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, negando-lhe provimento, verificou-se o empate, determinando-se a suspensão do julgamento do feito para a convocação de Ministro(a) da egrégia Primeira Turma para efeito de composição de quorum, nos termos do parágrafo único do art. 55 do RISTJ."

O Sr. Ministro Herman Benjamin (voto-vista) votou com o Sr. Ministro Relator.

Impedida a Sra. Ministra Assusete Magalhães.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2019/0010220-2      **PROCESSO ELETRÔNICO Resp 1.792.019 / DF**

Números Origem: 00313861520024010000 200201000362241 313861520024010000 9621449 96214490  
9801000025515

PAUTA: 06/04/2021

JULGADO: 06/04/2021

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **FRANCISCO FALCÃO**

#### **Ministra Impedida**

Exma. Sra. Ministra :      **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ODIM BRANDÃO FERREIRA

Secretária

Bela. VALÉRIA RODRIGUES SOARES

### **AUTUAÇÃO**

RECORRENTE : UNIÃO  
ADVOGADO : NIOMAR DE SOUSA NOGUEIRA - MA003699  
RECORRIDO : BANCO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL SA  
ADVOGADOS : MARCUS VINICIUS VITA FERREIRA - DF019214  
CLÁUDIO CHAVES - DF034478  
HENRIQUE SEGABINAZZI DE FREITAS DO AMARAL CARVALHO -  
DF053723  
LEONARDO PEREIRA SANTOS COSTA - DF065489  
RECORRIDO : CONSTRUTORA SULTEPA SA  
RECORRIDO : SULCATARINENSE MIN ARTEF DE CIM BRIT E CONSTRUÇOES LTDA  
RECORRIDO : STE SERVICOS TECNICOS DE ENGENHARIA SA  
RECORRIDO : PEDRASUL CONSTRUTORA SA - EM RECUPERACAO JUDICIAL  
ADVOGADOS : CARLOS AUGUSTO SOBRAL ROLEMBERG E OUTRO(S) - DF008282  
MARCO ANTÔNIO MENEGHETTI - DF003373  
MARÍLIA DE ALMEIDA MACIEL CABRAL E OUTRO(S) - DF011166  
MÁRCIO HERLEY TRIGO DE LOUREIRO - DF011712  
MAURÍCIO MARANHÃO DE OLIVEIRA - DF011400  
PAULO ROBERTO SARAIVA DA COSTA LEITE E OUTRO(S) - DF003333  
RONEI RIBEIRO DOS SANTOS E OUTRO(S) - DF018118

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

### **SUSTENTAÇÃO ORAL**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dr(a). EMILIANA ALVES LARA, pela parte RECORRENTE: UNIÃO

Dr(a). MARCUS VINICIUS VITA FERREIRA, pela parte RECORRIDA: BANCO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL SA

Dr(a). CARLOS AUGUSTO SOBRAL ROLEMBERG, pela parte RECORRIDA: CONSTRUTORA SULTEPA SA

Dr(a). CARLOS AUGUSTO SOBRAL ROLEMBERG, pela parte RECORRIDA: SULCATARINENSE MIN ARTEF DE CIM BRIT E CONSTRUÇOES LTDA

Dr(a). CARLOS AUGUSTO SOBRAL ROLEMBERG, pela parte RECORRIDA: STE SERVICOS TECNICOS DE ENGENHARIA SA

Dr(a). CARLOS AUGUSTO SOBRAL ROLEMBERG, pela parte RECORRIDA: PEDRASUL CONSTRUTORA SA - EM RECUPERACAO JUDICIAL

### CERTIDÃO

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

"Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-desempate do Sr. Ministro Gurgel de Faria, acompanhando a divergência inaugurada pelo Sr. Ministro Mauro Campbell Marques para, no ponto relativo à anulação do julgado, negar provimento ao recurso especial, de modo que os autos retornem ao Ministro-Relator para continuidade do julgamento quanto aos demais itens pendentes de exame, a Turma, por maioria, negou provimento ao recurso especial da União na parte em que pleiteada a anulação do acórdão dos embargos de declaração de fls. 5.660/5.681, devendo ser dado prosseguimento ao exame do apelo excepcional quanto aos demais temas. Vencidos os Srs. Ministros Francisco Falcão e Herman Benjamin."

Votaram com o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques os Srs. Ministros Og Fernandes e Gurgel de Faria.

Impedida a Sra. Ministra Assusete Magalhães.

Convocado o Sr. Ministro Gurgel de Faria.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2019/0010220-2

PROCESSO ELETRÔNICO Resp 1.792.019 / DF

Números Origem: 00313861520024010000 200201000362241 313861520024010000 9621449 96214490  
9801000025515

PAUTA: 18/11/2025

JULGADO: 18/11/2025

#### Relator

Exmo. Sr. Ministro **FRANCISCO FALCÃO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro AFRÂNIO VILELA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CELSO ALBUQUERQUE SILVA

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

#### AUTUAÇÃO

|            |                                                            |
|------------|------------------------------------------------------------|
| RECORRENTE | : UNIÃO                                                    |
| ADVOGADO   | : NIOMAR DE SOUSA NOGUEIRA - MA003699                      |
| RECORRIDO  | : BANCO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL SA                  |
| ADVOGADOS  | : JOSE LUIS ZANCANARO - RS022543                           |
|            | ROBERTO PACHECO TAPIA - RS024117                           |
|            | MARCUS VINICIUS VITA FERREIRA - DF019214                   |
|            | CLAUDIO CHAVES - DF034478                                  |
|            | HENRIQUE SEGABINAZZI DE FREITAS DO AMARAL CARVALHO -       |
|            | DF053723                                                   |
|            | LEONARDO PEREIRA SANTOS COSTA - DF065489                   |
| RECORRIDO  | : CONSTRUTORA SULTEPA SA                                   |
| RECORRIDO  | : SULCATARINENSE MIN ARTEF DE CIM BRIT E CONSTRUÇOES LTDA  |
| RECORRIDO  | : STE SERVICOS TECNICOS DE ENGENHARIA SA                   |
| RECORRIDO  | : PEDRASUL CONSTRUTORA SA - EM RECUPERACAO JUDICIAL        |
| ADVOGADOS  | : CARLOS AUGUSTO SOBRAL ROLEMBERG E OUTRO(S) - DF008282    |
|            | MARCO ANTÔNIO MENEGHETTI - DF003373                        |
| ADVOGADOS  | : MARÍLIA DE ALMEIDA MACIEL CABRAL E OUTRO(S) - DF011166   |
|            | MÁRCIO HERLEY TRIGO DE LOUREIRO - DF011712                 |
|            | MAURÍCIO MARANHÃO DE OLIVEIRA - DF011400                   |
|            | PAULO ROBERTO SARAIVA DA COSTA LEITE E OUTRO(S) - DF003333 |
|            | RONEI RIBEIRO DOS SANTOS E OUTRO(S) - DF018118             |

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

#### SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). FERNANDO FILGUEIRAS DE ARAUJO, pela parte RECORRENTE: UNIÃO



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dr(a). MARCUS VINICIUS VITA FERREIRA, pela parte RECORRIDA: BANCO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL SA

Dr(a). CARLOS AUGUSTO SOBRAL ROLEMBERG, pela parte RECORRIDA: CONSTRUTORA SULTEPA SA

### 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, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator."

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Teodoro Silva Santos e Afrânio Vilela votaram com o Sr. Ministro Relator.