

RECURSO ESPECIAL Nº 1.782.049 - SP (2018/0040881-4)

RELATORA : MINISTRA REGINA HELENA COSTA

RECORRENTE : FUNDAÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO

**ADVOGADOS : NEI CALDERON E OUTRO(S) - SP114904
SANDRA FERREIRA DE SENA - SP098451
MICHEL PILLON LULIA - SP243555**

RECORRIDO : MAVICON CONSTRUTORA EIRELI - ME

ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS - SE000000M

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de Recurso Especial interposto pela **FUNDAÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO - FDE**, contra acórdão prolatado, por unanimidade, pela 9ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento de apelação, assim ementado (fls. 580/581e):

APELAÇÃO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. CONTRA TO ADMINISTRATIVO. COBRANÇA. NULIDADE. SENTENÇA CITRAPETITA.

O provimento judicial impugnado efetivamente deixou de apreciar questão introduzida pela contestação. A ré alega que não pode realizar pagamentos para empresas inscritas no CADIN. Trata-se de fato impeditivo do direito da autora, não enfrentado pela sentença. Identificação do vício atinente ao 'error in procedendo'. Possibilidade de correção em sede de julgamento do recurso de apelação. Questão de direito. Aplicabilidade do art. 1.013, § 1º e §3º, inciso IV, do CPC (art. 515. §1º e 3º, do CPC/73).

Hipótese em que não se determina a devolução dos autos à origem para novo julgamento. Prevalência da efetividade da tutela, aliada aos princípios do aproveitamento, da sanção, da cooperação e do contraditório. Recurso parcialmente provido neste ponto.

MÉRITO. Nota Fiscal regularmente emitida, mas não liquidada pela FDE. Inadimplemento decorrente de irregularidades apuradas em outro contrato administrativo, de que decorreu inscrição do débito no CADIN. Inconstitucionalidade do art. 6º, §1º, da lei Estadual nº 12.799/200H reconhecida pelo C. Órgão Especial desta Corte. Interpretação do alcance da cláusula 5.6 do Contrato Administrativo, à luz do regime jurídico dos contratos administrativos. A proteção financeira para o particular é a tônica que se contrapõe às cláusulas exorbitantes conferidas à Administração no âmbito dos contratos. Autonomia contratual. Retenção de pagamento por irregularidades apuradas em outro contrato administrativo. Impossibilidade. Autonomia das contratações. Exorbitância do poder de autotutela da Administração. A

imperatividade e autoexecutoriedade dos atos administrativos não lhe conferem a prerrogativa de sustar o pagamento de valor inequivocamente devido em razão de irregularidade apurada em ajuste diverso. A retenção do pagamento ou a aplicação da pena de multa decorrem, em cada caso, da existência de cláusula exorbitante, a que se sujeita a empresa contratada em razão do vínculo jurídico que se forma por força do contrato administrativo, e não como decorrência da relação de verticalidade que decorre da supremacia do interesse público. Como consequência, o exercício do poder exorbitante conferido pelo contrato (a aplicação da multa) somente pode repercutir no âmbito desse mesmo instrumento, sem avançar para as demais relações jurídicas existentes entre as partes. Manutenção do decreto de procedência.
RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 600/603e).

Com amparo no art. 105, III, *a*, da Constituição da República, aponta-se ofensa aos dispositivos a seguir relacionados, alegando-se, em síntese, que:

- I. Arts. 54, 55, III, VII, 66 da Lei n. 8.666/1993; art. 6º, II, § 1º da Lei Estadual n. 12.799/2008; art. 97 da Constituição da República – a suspensão do pagamento seria válida porquanto a cláusula contratual de retenção deve ser interpretada à luz do regime dos contratos administrativos. Aduz, ainda, ser possível a retenção dos pagamentos para cobrir débitos da ora recorrida. Aponta que a retenção se deu em observância à lei local, em consonância com os princípios da legalidade e da vinculação; e

Sem contrarrazões, o recurso foi inadmitido (fl. 660e), tendo sido interposto Agravo, posteriormente convertido em Recurso Especial (fls. 751e).

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 763/769e.

Feito breve relato, decido.

Por primeiro, consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

Nos termos do art. 932, III, do Código de Processo Civil de 2015, combinado com os arts. 34, XVIII, *a*, e 255, I, ambos do Regimento Interno desta Corte,

o Relator está autorizado, por meio de decisão monocrática, a não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida.

Quanto à alegada violação 6º, II, § 1º, da Lei Estadual n. 12.799/2008, o recurso não merece ser conhecido, porquanto inviável a análise de lei local por esta Corte, incidindo à espécie, por analogia, o enunciado da Súmula 280, do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual “por ofensa ao direito local não cabe recurso extraordinário”.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. INOVAÇÃO DE TESE RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

(...)

3. Inviável analisar suposto direito amparado em legislação estadual, porquanto é "defeso ao STJ reexaminar Direito local.

Aplica-se, por analogia, a Súmula 280 do Supremo Tribunal Federal: 'Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário'.

Agravo Regimental não provido." (AgRg no Ag 1.351.940/MG, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 2/3/11).

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 259.535/BA, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/05/2014, DJe 23/05/2014).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS, AJUIZADA CONTRA O MUNICÍPIO DE CONTENDA. PRESCRIÇÃO. RECONHECIMENTO, DE OFÍCIO. ALEGAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE DECRETAÇÃO DA PRESCRIÇÃO, ANTE A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO TEMPUS REGIT ACTUM. ALEGAÇÃO DE INTERRUÇÃO DA PRESCRIÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DAS MATÉRIAS. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282 E 356 DO STF. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO À LEI MUNICIPAL 588/92. INCIDÊNCIA DO ÓBICE ENUNCIADO NA SÚMULA 280/STF. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

(...)

III. No caso, o Recurso Especial pretende a análise da interrupção do prazo prescricional, invocando os arts. 152, 153 e 154 da Lei Municipal 588/92. Entretanto, a análise de normas de cunho local refoge à competência do Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso

Especial, nos termos da Súmula 280 do STF.

IV. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no AREsp 122.823/PR, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 03/06/2014).

O recurso especial possui fundamentação vinculada, destinando-se a garantir a autoridade da lei federal e a sua aplicação uniforme, não constituindo, portanto, instrumento processual destinado a examinar possível ofensa a norma constitucional, ainda que para efeito de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência reservada ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, III, da Constituição da República.

Dessa forma, a presente insurgência não pode ser conhecida no que tange à alegada violação ao art. 97 da Constituição da República.

A respeito do tema, o precedente:

PROCESSO CIVIL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA - AUSÊNCIA DE VÍCIOS DO ART. 535 DO CPC - PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS - IMPOSSIBILIDADE.

1. Não compete ao STJ intervir em matéria de competência do STF, tampouco para prequestionar questão constitucional, sob pena de violar a rígida distribuição de competência recursal disposta na Lei Maior.

2. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no AgRg nos EREsp 1.054.064/PA, Rel. Ministra ELIANA CALMON, CORTE ESPECIAL, julgado em 17/04/2013, DJe 02/05/2013).

Por derradeiro, o tribunal de origem, a partir do exame das cláusulas do contrato n. 05/01673/11/02, e, ainda, após minuciosa análise dos elementos fáticos contidos nos autos, consignou a irregularidade da retenção dos valores devidos ao recorrido, nos seguintes termos do acórdão recorrido (fls. 583/587e):

Disto isto, cumpre destacar que o impedimento para realização de pagamentos, na forma do §1º do art. 6º da lei Estadual 12.799/2008, não é admissível. O dispositivo tem a seguinte redação:

(...)

Como se vê, o Estado pretende se desobrigar de efetuar pagamentos para pessoas físicas ou jurídicas que tenham restrições no CADIN.

Nos casos em que o pagamento constitua uma contraprestação por serviços prestados ou por bem fornecidos, como sucede nas hipóteses

envolvendo contratos administrativos, a prevalência da norma qualificaria verdadeira positivação do enriquecimento ilícito por parte do Estado em detrimento dos contratados.

Não por outro motivo a norma em questão foi declarada inconstitucional pelo C. Órgão Especial desta Corte, como se vê:

(...)

A fundamentação empregada para o julgado é clara e correta.

Assim sendo, interessa saber se é facultado à FDE reter pagamentos inequivocamente devidos à autora em decorrência de multa aplicada em outro contrato administrativo.

A questão se resolve à luz do regime jurídico-administrativo, e seus reflexos para o âmbito dos contratos celebrados pelo Poder Público.

A doutrina se debruça com bastante atenção sobre o tema porque os contratos firmados pelo Poder Público, é evidente, não estão inteiramente sujeitos ao regime jurídico de Direito Privado.

A começar pelo fato de que o particular simplesmente adere a um contrato estipulado de modo unilateral pelo Estado -contrato esse cuja minuta deve acompanhar o Edital, e que pode ser objeto de impugnação, para adstrição à legalidade e ao interesse público, nunca por mera liberalidade das partes contratantes e chegando à constatação de que a lei confere poderes exorbitantes para a Administração exercer em face do administrado (v.g., exigência de garantia, possibilidade de alteração unilateral, rescisão unilateral, fiscalização, aplicação de penalidades, anulação, etc.), há claros sinais de que o contratado fica em posição de inferioridade em relação ao contratante.

Todavia, a doutrina também esclarece que essa mesma posição desprivilegiada é apenas aparente, porque equilibrada pelas garantias conferidas pela lei para o contratante. Nesse sentido:

(...)

Como se vê, a proteção financeira para o particular é a tônica que se contrapõe às cláusulas exorbitantes conferidas à Administração no âmbito dos contratos. Aquele mesmo doutrinador esclarece mui apropriadamente que o jurista francês Bénéoit, também citado, assevera que, prevalecessem apenas as prerrogativas da Administração sem nenhuma contrapartida, o Estado não encontraria quem com ele concordasse contratar (idem, ibidem, p. 634). Daí porque é preciso emprestar interpretação restritiva para a cláusula 5.6 do Contrato Administrativo em questão, cuja redação é a seguinte:

5.6. Dos pagamentos devidos à CONTRATADA serão descontados os valores de multas ou eventuais débitos daquela para com a FDE

Há que se considerar, decerto, que a retenção diz respeito a multas ou débitos oriundos do próprio contrato, e não de origem diversa.

Este entendimento preserva, também, a autonomia de cada um dos contratos celebrados pelas partes. A autonomia resulta do próprio fato de que à Administração não é dado escolher livremente a empresa com a qual pretende contratar, assim como a esta incumbe unicamente aderir ao contrato. Decorre disso o fato de que não há como cogitar a existência de uma única relação contratual compreendendo todos os ajustes

celebrados porque a relação jurídica mantida pelas partes é estanque. Nesse quadro, nota-se que a conduta da FDE qualifica exorbitância do poder de autotutela da Administração. A imperatividade e autoexecutoriedade dos atos administrativos não lhe conferem a prerrogativa de sustar o pagamento de valor inequivocamente devido em razão de irregularidade apurada em ajuste diverso. A retenção do pagamento ou a aplicação da pena de multa decorrem, em cada caso, da existência de cláusula exorbitante, a que se sujeita a empresa contratada em razão do vínculo jurídico que se forma por força do contrato administrativo, e não como decorrência da relação de verticalidade que decorre da supremacia do interesse público. Como consequência, o exercício do poder exorbitante conferido pelo contrato (a aplicação da multa) somente pode repercutir no âmbito desse mesmo instrumento, sem avançar para as demais relações jurídicas existentes entre as partes.

In casu, rever tal entendimento, com o objetivo de acolher a pretensão recursal, demandaria necessária interpretação de cláusula contratual, além do imprescindível revolvimento de matéria fática, o que é inviável em sede de recurso especial, à luz dos óbices contidos nas Súmulas ns. 5 e 7 desta Corte, assim, respectivamente, enunciadas: “A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial” e “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

No que tange aos honorários advocatícios, da conjugação dos Enunciados Administrativos ns. 3 e 7, editados em 09.03.2016 pelo Plenário desta Corte, depreende-se que as novas regras relativas ao tema, previstas no art. 85 do Código de Processo Civil de 2015, serão aplicadas apenas aos recursos sujeitos à novel legislação, tanto nas hipóteses em que o novo julgamento da lide gerar a necessidade de fixação ou modificação dos ônus da sucumbência anteriormente distribuídos quanto em relação aos honorários recursais (§ 11).

Ademais, vislumbrando o nítido propósito de desestimular a interposição de recurso infundado pela parte vencida, entendo que a fixação de honorários recursais, em favor do patrono da parte recorrida, está adstrita às hipóteses de não conhecimento ou improvimento do recurso.

Quanto ao momento em que deva ocorrer o arbitramento dos honorários recursais (art. 85, § 11, do CPC/15), afigura-se-me acertado o entendimento segundo o qual incidem apenas quando esta Corte julga, pela vez primeira, o recurso, sujeito ao

Código de Processo Civil de 2015, que inaugure o grau recursal, revelando-se indevida sua fixação em agravo interno e embargos de declaração.

Registre-se que a possibilidade de fixação de honorários recursais está condicionada à existência de imposição de verba honorária pelas instâncias ordinárias, revelando-se vedada aquela quando esta não houver sido imposta.

Na aferição do montante a ser arbitrado a título de honorários recursais deverão ser considerados o trabalho desenvolvido pelo patrono da parte recorrida e os requisitos previstos nos §§ 2º a 10º do art. 85 do estatuto processual civil de 2015, sendo desnecessária a apresentação de contrarrazões (v.g. STF, Pleno, AO 2.063 AgR/CE, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator para o acórdão Min. Luiz Fux, j. 18.05.2017), embora tal elemento possa influir na sua quantificação.

In casu, impossibilitada a majoração de honorários nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil de 2015, porquanto não houve anterior fixação de verba honorária.

Posto isso, com fundamento nos arts. 932, III, do Código de Processo Civil de 2015 e 34, XVIII, *a*, e 255, I, ambos do RISTJ, **NÃO CONHEÇO** do Recurso Especial.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 15 de fevereiro de 2019.

MINISTRA REGINA HELENA COSTA

Relatora