AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.449.778 - RJ (2019/0040185-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO**
AGRAVANTE	:	SETEC TECNOLOGIA S/A
OUTRO NOME	:	SETAL ENGENHARIA CONSTRUÇÕES PERFURAÇÕES S.A
ADVOGADOS	:	EDSON SCHUELER DE CARVALHO JÚNIOR - RJ120883 AMANDA PIMENTEL BORGES TRÉS - RJ189713 RACHEL MAÇALAM SAAB LIMA - RJ186648
AGRAVANTE	:	EMPRESA BRASILEIRA DE ENGENHARIA S A
ADVOGADOS	:	HUGO BENAMOR FERILLES - RJ152961 MARIA ABREU DO VALLE E OUTRO(S) - RJ145508
AGRAVADO	:	THALES COMMUNICATIONS LTDA
ADVOGADOS	:	LUIZ HENRIQUE DE ALBUQUERQUE ALVES - RJ073803 ANTÔNIO LAERT VIEIRA JUNIOR - RJ057441
INTERES.	:	COMPANHIA DO METROPOLITANO DO RIO DE JANEIRO METRO EM LIQUIDACAO
REPR. POR	:	CARLOS DE ARAUJO RESENDE - LIQUIDANTE
ADVOGADOS	:	LEONARDO DUNCAN MOREIRA LIMA - RJ087032 CARLOS FERNANDO CARVALHO MOTTA FILHO E OUTRO(S) - RJ116964 PEDRO OCTÁVIO DE NIEMEYER - RJ179219 ANDRÉ LUÍS REGATTIERI MARINS - RJ183792

DECISÃO

1. Cuida-se de agravo interposto por SETAL ENGENHARIA CONSTRUÇÕES PERFURAÇÕES S.A. contra decisão que não admitiu o seu recurso especial, por sua vez manejado em face de acórdão proferido pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, assim ementado:

> APELAÇÕES CÍVEIS. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE COBRANÇA. EXECUÇÃO DE OBRA PÚBLICA NO METRÔ DESTA CIDADE. SUBCONTRATAÇÃO DO AUTOR PARA A REALIZAÇÃO DO SERVIÇO DE INSTALAÇÃO DO CIRCUITO FECHADO DE CÂMERAS. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. NÃO PAGAMENTO PELO SERVIÇO PRESTADO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA EM FACE DO METRÔ E PARCIAL PROCEDÊNCIA EM FACE DAS SUBCONTRATANTES SETAL E EBE, CONDENANDO-AS A PAGAREM O VALOR COBRADO. RECURSO ADESIVO DO AUTOR. NÃO CONHECIMENTO. O RECURSO ADESIVO, EM CASO DE LITISCONSÕRCIO FACULTATIVO, SOMENTE SERÁ ADMITIDO QUANDO FICAR CARACTERIZADA A SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA ENTRE A PARTE QUE APELOU E AQUELA QUE RECORREU ADESIVAMENTE. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO PELO COLENDO STJ. APELOS DAS RÉS SUBCONTRATANTES. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA PELA NULIDADE DO LAUDO PERICIAL. REJEIÇÃO. MÉRITO. INCONTROVERSA A EFETIVA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO POR PARTE DO AUTOR/SUBCONTRATADO. COMPROVADA A

> SUBCONTRATAÇÃO PARCIAL, EM FAVOR DO AUTOR, DO CONTRATO CELEBRADO ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E OS RÉUS, NOS EXATOS TERMOS DO ARTIGO 72 DA LEI Nº. 8.666/93. RESPONSABILIDADE DOS RÉUS/APELANTES, NA QUALIDADE DE SUBCONTRATANTES, NO QUE TANGE AO ADIMPLEMENTO DOS ENCARGOS COMERCIAIS DECORRENTES DO NEGÓCIO JURÍDICO CELEBRADO COM O SUBCONTRATADO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 71 DA LEI Nº. 8.666/93. PRECEDENTES DO COLENDO STJ E DO EXCELSO STF. INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO METRÔ. AUSÊNCIA DE ANUÊNCIA EXPRESSA NO CONTRATO FIRMADO ENTRE AS PARTES.
> MANUTENÇÃO DA SENTENÇA NESSE PONTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS EM PATAMAR EXCESSIVO. REDUÇÃO QUE SE IMPÕE. PARCIAL PROVIMENTO DOS APELOS DA SETAL E DA EBE.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

Nas razões do recurso especial (fls. 1482/1489), aponta a parte recorrente ofensa ao disposto nos arts. 439 e 440, do Código Civil.

Alega, em síntese, que "o Acórdão não levou em consideração o fato de que o Metrô anuiu expressamente com a cessão do contrato ao efetuar os pagamentos diretamente à Recorrida, [...]".

E continua:

> 16. O Acórdão Recorrido confirmou o entendimento da Sentença no sentido da configuração de promessa de fato de terceiro. Entretanto, o Contrato firmado entre o Consórcio e a Recorrida tem, dentre seus anexos, justamente o contrato celebrado entre o Metrô e o Consórcio (fl. 28).
> 17. Além disso, o próprio objeto do Contrato firmado com a Recorrida não deixa dúvidas de que, por óbvio, os serviços que seriam prestados por ela aproveitariam única a exclusivamente ao Metrô, a quem cabe a responsabilidade pelos pagamentos. Tal obrigação estava prevista expressamente no Contrato e, além disso, o próprio Metrô não deixa dúvidas acerca da sua assunção de responsabilidade, vez que foi sempre ele que lidou com os trâmites necessários ao faturamento e realizou pagamentos. É evidente, por outro lado, que o Consórcio e a Recorrente não se beneficiariam da execução dos serviços.
> [...].
> 19. Ou seja, o Acórdão é expresso ao reconhecer que o Metrô realizava todos os pagamentos à Recorrida. Desse modo, a única discussão que subsiste é caracterização desse fato como a anuência do Metrô à cessão do Contrato ou não - o que excluiria a responsabilidade da Recorrente pelo pagamento das parcelas não pagas ou pagas em atraso pelo Metrô.
> [...].
> 22. Com a devida vênia, o Acórdão Recorrido, quando admitiu a ocorrência de promessa de fato de terceiro, desprezou a ressalva prevista no artigo 440 do CC, que estabelece que quando um terceiro se obriga a cumprir o fato prometido, o promitente não poderá ser responsabilizado.

É o relatório. DECIDO.

2. As matérias referentes aos artigos 439 e 440, do CC, não foram objeto de discussão no acórdão recorrido, apesar da oposição de embargos de declaração, não se configurando o prequestionamento, o que impossibilita a sua apreciação na via especial (Súmula 282/STF). O acórdão recorrido baseou-se inteiramente na Lei n. 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos) para decidir a controvérsia.

Ressalto que o STJ não reconhece o prequestionamento pela simples interposição de embargos de declaração. Persistindo a omissão, é necessária a interposição de recurso especial por afronta ao art. 1.022 do CPC de 2015 (antigo art. 535 do Código de Processo Civil de 1973), sob pena de perseverar o óbice da ausência de prequestionamento.

3. Ainda que assim não fosse, ao apreciar a controvérsia, o Tribunal de origem assim consignou:

> Da análise dos autos, verifica-se que as apelantes 1 e 2 foram contratadas pela Administração Pública, na forma do Edital de Concorrência n°. 019/96 e do Contrato Administrativo n°. 1010/97, para efetuarem obras cujo objeto consistia na expansão do metrô desta cidade.
> **Dada a complexidade da avença, as contratadas, em nome do consórcio que formaram, denominado "Consórcio PEM-SETAL/GRUPO MPE", subcontrataram a autora para a execução de parte do serviço almejado pela Administração Pública, qual seja, a implantação de sistema de circuito fechado de televisão, na forma do instrumento de index 44/54.**
> **Nesse ponto, consigne-se que o instrumento contratual supracitado foi firmado exclusivamente entre o referido consórcio e a empresa autora, inexistindo qualquer participação ou anuência da COMPANHIA DO METROPOLITANO DO RIO DE JANEIRO - METRÔ para com as cláusulas celebradas, como se denota dos documentos de index 54, 60 e 63, estes últimos relacionados aos termos aditivos pactuados.**
> **Assim, tem-se aqui a primeira premissa a ser firmada, qual seja, não houve cessão do contrato pelo consórcio formado pelos apelantes 1 e 2 para a empresa autora/apelante, mas tão somente a subcontratação parcial de seu escopo, nos exatos termos do artigo 72 da Lei n°. 8.666/93.**
> **Com efeito, a Administração, ao contratar empresa ou profissional para executar um serviço ou uma obra, transfere a este toda e qualquer responsabilidade pelos custos afetos a execução do objeto contratual.**
> **A seu turno, a Lei n°. 8.666/93 elenca em seu artigo 71, que cabe ao contratado, nesse caso os apelantes 1 e 2, suportar os encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais necessários à execução contratual, sendo certo que eventual inadimplência não transfere ao ente contratante a responsabilidade por seu pagamento, conforme parágrafo primeiro do citado dispositivo legal.**
> [...].
> **Nota-se, portanto, que o cumprimento das obrigações contratuais com terceiros visando à satisfação do contrato administrativo, é de**

> **inteira responsabilidade da empresa que subloca os serviços, mormente quando se tratar de subcontratação explícita, realizada de forma contratual, cujo negócio jurídico é celebrado exclusivamente por particulares.**
> [...].
> **Vê-se, portanto, que não há que se falar em responsabilidade exclusiva da Administração contratante, no caso em concreto do METRÔ, para com o pagamento dos valores cobrados pelo autor/apelante 3.**
> De outro prisma, é certo que a responsabilidade dos apelantes 1 e 2, na qualidade de subcontratantes, e da apelante 3, na qualidade de subcontratada, é solidária - nos limites do serviço executado - perante o ente público contratante, posto ser este o principal beneficiário do objeto contratado.
> Tal assertiva deixa evidente o motivo de se consignar expressamente as condições estabelecidas no item 08 do contrato de index 44/54, firmado entre as empresas litigantes, denotando, por consequência, a aparente "cessão", entre as partes, de obrigações e responsabilidades.
> **Outrossim, o simples fato dos pagamentos serem efetuados diretamente pelo METRÔ ao autor/apelante 3, por se tratar de questão meramente procedimental, não tem o condão de, desconstruindo todo o arcabouço legal sobre o tema, atribuir ao referido ente público a responsabilidade pelo inadimplemento contratual dos apelantes 1 e 2.**
> Finalmente, é importante consignar, por oportuno, que qualquer disposição normativa ou contratual que importe em sub-rogação da figura do contratado ou a divisão das responsabilidades por ele assumidas, como no caso de transferência à Administração Pública contratante do dever de honrar com os valores devidos, é ilegal e inconstitucional, conforme entendimento já pacificado pelo Tribunal de Contas da União:
> [...].
> **Inegável, portanto, a responsabilidade dos apelantes 1 e 2 para com o pagamento do valor cobrado pelo autor/apelante 3.**

Nesse contexto, nota-se que o Tribunal *a quo*, com base no instrumento contratual e nas provas dos autos, entendeu que a responsabilidade pelo pagamento seria da ora agravante, SETAL ENGENHARIA CONSTRUÇÕES PERFURAÇÕES S.A., e da EMPRESA BRASILEIRA DE ENGENHARIA S.A.. Assim, essa conclusão não se desfaz sem o reexame de provas e de cláusulas contratuais, providência vedada pelas Súmulas n. 5 e 7 do STJ.

A propósito:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. CONTRATO CELEBRADO ENTRE AS PARTES DISPONDO SOBRE A POSSIBILIDADE DE GLOSA DE VALORES. ACÓRDÃO A QUO QUE DECIDIU A CONTROVÉRSIA À LUZ DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 05/STJ. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIAÇÃO DO RECURSO ESPECIAL. REEXAME PROBATÓRIO. SÚMULA 07.
> 1. O Recurso Especial não é servil ao exame de questões que demandam o revolvimento de cláusulas contratuais e do contexto

> fático-probatório encartado nos autos, em face do óbice erigido pelas Súmulas 5 e 7 do STJ.
> [...].
> 5. Agravo regimental a que se nega provimento.
> (AgRg no Ag 1343569/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/12/2010, DJe 14/12/2010)

4. Ante o exposto, nego provimento ao agravo de SETAL ENGENHARIA CONSTRUÇÕES PERFURAÇÕES S.A..

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 1º de abril de 2019.

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO
Relator