AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.554.107 - DF (2019/0222878-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
AGRAVANTE	:	ANDRADE GUTIERREZ ENGENHARIA S/A
ADVOGADOS	:	ANTÔNIO CARLOS DE ALMEIDA CASTRO - DF004107 JOSE AUGUSTO RANGEL DE ALCKIMIN - DF007118
ADVOGADA	:	ROBERTA CRISTINA RIBEIRO DE CASTRO QUEIROZ - DF011305
ADVOGADOS	:	ALYNE DE MATTEO VAZ - MG063469 MARCELO TURBAY FREIRIA - DF022956
ADVOGADOS	:	LILIANE DE CARVALHO GABRIEL - DF031335 HORTENSIA MONTE VICENTE MEDINA - DF040353 ANANDA FRANÇA DE ALMEIDA - DF059102
AGRAVADO	:	UNIÃO

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 03/STJ. LICITAÇÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. INDENIZAÇÃO. NÃO COMPROVAÇÃO DOS PREJUÍZOS SOFRIDOS. ACÓRDÃO BASEADO NAS PROVAS DOS AUTOS E NA INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. SÚMULAS 5 E 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. ANÁLISE PREJUDICADA. AGRAVO CONHECIDO PARA CONHECER PARCIALMENTE DO RECURSO ESPECIAL E, NESSA EXTENSÃO, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por ANDRADE GUTIERREZ ENGENHARIA S/A em face de decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que negou admissibilidade a recurso especial manejado contra acórdão assim ementado:

> DIREITO ADMINISTRATIVO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA. NULIDADE. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA. CONTRATO. CLÁUSULA DE NÃO-INDENIZAÇÃO. PRORROGAÇÃO PARA CONCLUSÃO DO OBJETO. LUCROS CESSANTES. DIREITO À INDENIZAÇÃO. INEXISTÊNCIA.
>
> 1. Não é nula a sentença que examina as questões suscitadas pelas partes, contendo fundamentação mais que suficiente para embasar suas conclusões.
>
> 2. O prazo de prescrição previsto no Decreto n° 20.910/32 não se inicia na data da assinatura do contrato, mas dos atos ou fatos que geram o direito à indenização (art. 1º). Arguição rejeitada.
>
> 3. Se a Administração celebra contrato por prazo longo (40 meses), envolvendo a construção de 200 unidades de Centros de Atendimento Integrado à Criança - CAICS, a previsão de cláusula expressa sobre a possibilidade de não ser concluído o objeto se legitima, em vista de suas características.
>
> 4. Esta Corte já decidiu que, "considerando as circunstâncias em que se

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 2D24F123-DE9E-4923-A3E6-77F1061E352A

> celebrou o contrato, a inclusão da cláusula teve por objetivo torná-lo flexível, um contrato que, na verdade, parece mais um pré-contrato ou 'protocolo de intenções'. A empresa correu o risco, e a Administração ressalvou expressamente esse risco. Tanto isso é verdade que para a construção de cada unidade havia uma liberação específica, pela Administração". Precedente.
> 5. Não é devida indenização ao contratado se a Administração decide não prorrogar a vigência do contrato para conclusão do objeto, com fundamento em cláusula expressa, uma vez que não se admite indenização por lucros cessantes hipotéticos.
> 6. Apelação a que se nega provimento.

Opostos dois embargos de declaração, negaram provimento.

Nas razões do recurso especial, interposto com base nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, a recorrente aponta violação aos arts. 535, do CPC/1973, e 68 e 69, do Decreto-Lei nº 2.300/86, bem como divergência jurisprudencial.

Em síntese, aduz que o v. acórdão deixou de se pronunciar sobre questões suscitadas nos aclaratórios e que a cláusula de não indenizar é de manifesta ilegalidade para os prejuízos que a Administração causou à recorrente.

A inadmissão do recurso especial se fez à consideração de que: i) o v. acórdão recorrido dirimiu fundamentadamente as questões que foram submetidas ao colegiado, não havendo que falar em afronta ao artigo 535 do CPC/1973; ii) incide o enunciado das Súmulas 5 e 7/STJ por necessidade de reexame de provas e interpretação de cláusulas contratuais; iii) quanto à divergência, prejudicada a análise em decorrência da aplicação da Súmula 7/STJ.

Nas razões de agravo, postula o processamento do recurso especial, haja vista ter cumprido todos os requisitos necessários à sua admissão.

É o relatório. Passo a decidir.

Necessário consignar que o presente recurso atrai a incidência do Enunciado Administrativo 3/STJ*: "Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC"*.

Presentes os pressupostos de admissibilidade do agravo, passo a análise do especial.

A pretensão não merece acolhida.

Inicialmente, quanto à violação do artigo 535 do CPC/1973, cumpre asseverar que cabe ao magistrado decidir a questão de acordo com o seu livre convencimento, não estando obrigado a rebater, um a um, os argumentos apresentados pela parte quando já encontrou fundamentos suficientes para decidir a controvérsia. (EDcl no AgRg no AREsp 195.246/BA, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 04/02/2014).

Outrossim, como é cediço, a omissão apta a ensejar os aclaratórios é aquela advinda do próprio julgamento e prejudicial à compreensão da causa, e não aquela que entenda o embargante. Portanto, não há omissão apta a ensejar acolhimento dos aclaratórios.

No tocante à suposta ofensa aos demais dispositivos indicados, nota-se pela leitura dos autos que a Corte de origem, soberana nos elementos probatórios dos autos e na análise das cláusulas do edital de licitação e dos contratos, decidiu a controvérsia de modo integral e suficiente ao expressamente consignar que a recorrente não comprovou

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 2D24F123-DE9E-4923-A3E6-77F1061E352A

os prejuízos resultantes da ruptura original do contrato, e que o edital de licitação e os contratos previam a possibilidade de redução do número de unidades, que os prazos poderiam ser ampliados ou reduzidos a critério exclusivo da contratante e que a Administração poderia ordenar a redução da produção para adequação à disponibilidade de estoque e dos terrenos, e ainda, que a postergação na emissão de qualquer Autorização de Serviço para início da construção, bem como a não realização do total das das unidades previstas, não habilitaria a contratada a quaisquer direitos além daqueles definidos no edital e na legislação pertinente. Ainda, concluiu que as particularidades que envolveram a celebração do contrato leva a conclusão de que não é devida a indenização por lucros cessantes porquanto caracterizaria enriquecimento sem causa da recorrente, uma vez que esta não fez qualquer investimento com capital próprio e recebeu adiantadamente todo o valor necessário para a implementação do objeto dos contratos, A propósito, os seguintes trechos do acórdão recorrido:

> (...)
>
> No caso, a Apelante não apresentou qualquer planilha a demonstrar a ocorrência da ruptura da equação original do contrato. Com a petição inicial foram juntados os documentos de fls. 625/628 apontando a existência de prejuízos relativos a diversos itens específicos, além daqueles originados da redução do escopo contratual, rescisão unilateral e ônus pela irregular execução dos contratos, não tendo sido indicado, entretanto, qual o seu montante.
>
> Parte a Autora Apelante, no caso, da simples afirmação de que a Administração reduziu o número de unidades a ser construídas e que isso resultou em prejuízos.
>
> Verifica-se, entretanto, que a possibilidade de redução do número de unidades estava prevista expressamente no edital de licitação e nos contratos. Com efeito, os Editais juntados às fls. 35/130 e 169/266 previam que os prazos poderiam ser ampliados ou reduzidos a critério exclusivo da contratante (item 13.1). Previam também que a Administração poderia ordenar a redução da produção para adequação à disponibilidade de estoque e dos terrenos onde seriam construídas as unidades (Item 13.2.1) e ainda que a postergação na emissão de qualquer Autorização de Serviço para início de construção, assim como a não realização do total das Unidades previstas, não habilitaria a contratada a quaisquer direitos além daqueles definidos no Edital e na legislação pertinente (Item 13.2.5.).
>
> As mesmas disposições constaram no contrato (fls. 268/293 e 315/340), como se vê nas cláusulas Quinta e Sexta:
>
>> (Cláusula Quinta) "5.3. A postergação na emissão de qualquer Autorização de Serviço para início de construção, assim como a não realização do total das Unidades previstas, não habilitará a contratada a quaisquer direitos além daqueles definidos neste contrato e na legislação pertinente" (fls. 277).
>>
>> (Cláusula Sexta) "6.1. O prazo total para a vigência do presente contrato é de 40 (quarenta) meses, contados a partir da assinatura do mesmo. Este prazo poderá ser ampliado ou reduzido a critério exclusivo da CONTRATANTE. Entretanto, as obrigações contratuais perdurarão até a aceitação definitiva das Obras e Serviços objeto do presente instrumento".
>>
>> "6.2.1. A CONTRATANTE poderá ordenar a redução da produção de peças pré-moldadas para adequá-la à disponibilidade das áreas de estoque e dos terrenos, onde serão construídas as Unidades." (fls.

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 2D24F123-DE9E-4923-A3E6-77F1061E352A

277).

Em assim sendo, quando a proposta foi apresentada, a Apelante tinha pleno conhecimento de que poderia haver a redução do número de unidades para construção, o que, evidentemente, foi levado em consideração na fixação de seu preço e também no planejamento para a realização das obras.

Ao assinar os contratos a Apelante consentiu em assumir os riscos quanto ao retardamento das obras em virtude do interesse público, evidentemente por contar com suporte administrativo para afastar a possibilidade de prejuízos. Como se cuida de empresa de grande porte, contratada para a realização de diversas obras ao mesmo tempo, por certo, ao apresentar a proposta e assinar o contrato, avaliou as possibilidades de remanejamento dos equipamentos e mão de obra para outras frentes de trabalho e de adotar soluções administrativas para impedir a ociosidade ou para atender períodos de maior volume de trabalho. E assim realmente deve ter ocorrido uma vez que a Apelante não apresentou qualquer pleito de reajuste dos preços ou de recomposição de prejuízos durante todo o período em que executou o contrato, isto é, no período de 1991 a 1996, somente tendo apresentado reclamação quando a Administração recusou-se a prorrogar a vigência dos contratos.

Ora, se a empresa não tinha condições de realizar o remanejamento e o planejamento para execução dos contratos na forma contratada, é evidente que não reunia as condições de cumprir as avenças.

(...)

O certo é que, repita-se, o mero retardamento das obras, por não ser fato imprevisível, não pode configurar o desequilíbrio contratual uma vez que previsto já no edital e no contrato assinado pelas partes. Para a aplicação da teoria da imprevisão é indispensável a comprovação de ocorrência de fatos excepcionais e imprevisíveis, e, ainda, da efetiva ocorrência dos prejuízos em virtude da modificação da equação econômico financeira do contrato.

Além disso, ainda que pudesse ser considerado potencialmente causador de desequilíbrio contratual, o simples fato de ter sido reduzido o número de unidades para construção durante a vigência do contrato não é suficiente para fundamentar o direito à indenização.

É que para o pagamento da indenização não se pode prescindir da efetiva demonstração de que, de fato, ocorreu o prejuízo ou a diminuição de lucros.

O desequilíbrio deve ser comprovado por meio de documentos hábeis e indispensáveis como notas fiscais, levantamentos contábeis, mapas demonstrativos de lucros, etc., o que não ocorreu no caso dos autos.

O laudo pericial não é suficiente para a comprovação dos prejuízos. (e-STJ fls. 1878/1880)

(...)

Com efeito, as particularidades que envolveram a celebração dos contratos não podem conduzir senão à conclusão de que não é devida a indenização por lucros cessantes.

Como a empresa não fez qualquer investimento com capital próprio para a construção das fábricas, tendo recebido adiantadamente todo o valor necessário para a implementação do objeto dos contratos, a questão é ainda mais grave já que o pagamento dos lucros cessantes implicaria em enriquecimento sem qualquer causa.

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 2D24F123-DE9E-4923-A3E6-77F1061E352A

> Se a empresa tem prévio conhecimento da possibilidade de anulação da atividade, tem, também, obviamente, a conhecimento da possibilidade de vir a não mais construir as unidades e, logo, aceita conscientemente a probabilidade de anulação de lucros futuros.
>
> Não há que se falar, portanto, em pagamento de lucros cessantes uma vez que meramente hipotéticos. (e-STJ fls. 1887/1888)

Nesse contexto, em que o acórdão recorrido concluiu que a recorrente não comprovou os prejuízos efetivamente sofridos, observa-se que o julgado atrela-se ao contexto fático-probatório da causa e à interpretação das cláusulas do contrato e do edital de licitação e, para admitir entendimento contrário conforme a pretensão recursal - de que a recorrente efetivamente sofreu prejuízos de modo que a cláusula de não indenização seria ilegal para os danos emergentes, como no citado paradigma das razões recursais -, necessário que se adote o mesmo procedimento, o que todavia escapa ao âmbito do recurso especial diante das Súmulas 5 e 7/STJ ("A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial" e "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial").

Nesse sentido:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. RESILIÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO DE FORNECIMENTO DE MERCADORIAS. 1. LUCROS CESSANTES E DANO MORAL. ALTERAR O ENTENDIMENTO DEMANDARIA A ANÁLISE DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS E CONCLUSÕES FÁTICAS DO TRIBUNAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS N. 5 E 7 DO STJ. 2. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO E PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. REVER O QUADRO FÁTICO TRAÇADO. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7 DO STJ. 3. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.
>
> 1. Não é possível alterar a conclusão assentada pelo Tribunal local com base no exame das cláusulas contratuais e das provas nos autos, ante os óbices dos enunciados n. 5 e 7 da Súmula do STJ.
>
> 2. O Tribunal de Justiça, em análise ao acordo firmado no contrato, concluiu que os lucros cessantes deveriam ter por base 45 dias contratuais. Ademais, ao averiguar a prova dos autos assentou que o fato não foi capaz de causar abalo moral que ensejasse a responsabilidade da recorrida a indenizar a recorrente. Assim, rever essa conclusão implicaria reexame das cláusulas contratuais e do conjunto fático-probatório dos autos, o que é obstado em recurso especial.
>
> 3. A jurisprudência desta Corte entende que a verificação do quantitativo em que as partes decaíram do pedido inicial e a aplicação do princípio da causalidade demandaria o reexame das provas dos autos, o que é inviável nesta via especial. Incidência da Súmula 7/STJ.
>
> 4. Agravo regimental improvido.
>
> (AgRg no AREsp 716.072/PR, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE,
>
> Terceira Turma, julgado em 27/10/2015, DJe 13/11/2015)

Por fim, o entendimento desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que fica prejudicada a análise da divergência jurisprudencial quando a tese sustentada já foi afastada por óbice sumular no exame do recurso especial pela alínea 'a' do permissivo

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 2D24F123-DE9E-4923-A3E6-77F1061E352A

constitucional.

Neste sentido:

> ADMINISTRATIVO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. APONTADA OFENSA AOS ARTS. 4º E 5º DA LINDB, 126 E 127 DO CPC/73. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. NORMA LOCAL. ANÁLISE. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 280/STF. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. ANÁLISE PREJUDICADA.
> 1. O STJ entende ser inviável o conhecimento do Recurso Especial quando os artigos tidos por contrariados não foram apreciados pelo Tribunal a quo, a despeito da oposição de Embargos de Declaração, haja vista a ausência do requisito do prequestionamento. Incide, na espécie, a Súmula 211/STJ.
> 2. O exame da controvérsia acerca do pagamento do adicional de insalubridade foi realizado com amparo na legislação local (Lei Municipal 1.863/2009 e Decreto Municipal 44/2009), sendo sua análise vedada na via Especial, consoante Súmula 280/STF, aplicável por analogia.
> 3. Prejudicada a análise da divergência jurisprudencial quando a tese sustentada esbarra em óbice sumular por ocasião do exame do Recurso Especial pela alínea "a" do permissivo constitucional.
> 4. Agravo Interno não provido. (AgInt no AREsp 932.880/PB, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/11/2016, DJe 17/11/2016)

Ante o exposto, com fulcro no art. 932, III e IV, do CPC/2015 c/c o art. 253, parágrafo único, II, b, do RISTJ, conheço do agravo para conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, negar-lhe provimento.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília (DF), 05 de dezembro de 2019.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
Relator

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 2D24F123-DE9E-4923-A3E6-77F1061E352A