

RECURSO ESPECIAL Nº 1.333.489 - SC (2012/0142488-2)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE : LINHA AZUL AUTO ESTRADA S/A E OUTROS
ADVOGADO : FERNAO JUSTEN DE OLIVEIRA E OUTRO(S)
RECORRENTE : DEPARTAMENTO DE INFRAESTRUTURA DO ESTADO
DE SANTA CATARINA DEINFRA/SC
PROCURADOR : JOÃO DOS PASSOS MARTINS NETO E OUTRO(S)
RECORRIDO : OS MESMOS

DECISÃO

Trata-se de Recursos Especiais interpostos, com fundamento no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição da República, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região assim ementado:

CONTRATO DE CONCESSÃO. REFORMULAÇÃO SC/401 E RODOVIAS ACESSÓRIAS. BNDES. LEGITIMIDADE PASSIVA E INTERESSE JURÍDICO. FORO COMPETENTE. CERCEAMENTO DE DEFESA. PROVA PERICIAL. QUEBRA DA EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DO CONTRATO DE CONCESSÃO. RESCISÃO CONTRATUAL. INDENIZAÇÃO. DANOS EMERGENTES. LUCROS CESSANTES.

- Possuindo evidente interesse jurídico e econômico no feito, é de ser reconhecida a legitimidade passiva do BNDES para integrar o feito, sobretudo quando celebrado contrato de financiamento com as apelantes para execução, ainda que parcial, da obra concedida, mediante o recebimento de parte da renda líquida do pedágio, com pertinência subjetiva na lide. Precedente do STJ. A competência para julgamento do feito é da Justiça Federal.

- Não ocorre cerceamento de defesa pelo indeferimento de produção de prova pericial, nesta fase processual, tendo em vista que os atos que importaram no inadimplemento contratual pelas apeladas estão exaustivamente comprovados com farta prova documental, e os valores relativos à indenização por perdas e danos serão apurados em liquidação de sentença.

- Configurada a quebra da equação econômico-financeira do contrato de concessão para reformulação da SC/401 e rodovias acessórias, pela desídia do poder concedente em proceder às desapropriações que lhe competia, e pela impossibilidade de cobrança do pedágio, conforme previsão contratual, fonte principal e exclusiva para o aporte de recursos financeiros à concessionária, o que inviabilizou a consecução integral do contrato de concessão, revelando-se procedente o pedido de rescisão contratual.

- Qualquer modificação realizada pela Administração Pública nas cláusulas contratuais que implique ônus para o particular e a quebra do

Superior Tribunal de Justiça

equilíbrio econômico-financeiro do contrato deve ser acompanhada de uma indenização.

- Procedente a pretensão em relação aos danos emergentes, aqueles correspondentes aos valores aplicados no empreendimento, e ao custo financeiro dos desembolsos respectivos, considerados não apenas os custos diretos mas também aqueles necessários à sua execução.

- São devidos lucros cessantes, correspondente aos valores que as apelantes deixaram de ganhar, representado pela tarifa do pedágio prevista no contrato ora rescindido e que deixou de ser cobrada em razão dos obstáculos criados pelos apelados, tudo a ser apurado em liquidação de sentença.

- Indevida a indenização relativa aos danos extrapatrimoniais e ao dano moral, tendo em vista a ausência de elementos seguros a embasar tal pretensão.

- Improcedente o pedido de desoneração dos fiadores e caucionantes de garantias em face do BNDES e demais agentes financeiros a ele vinculados, vez que se trata de contratos autônomos, sendo que a decretação da rescisão do contrato de concessão não induz, necessariamente, reflexos que justifiquem a desoneração postulada, sem prejuízo da compensação dos valores quando da liquidação dos demais contratos.

Linha Azul Auto Estrada S/A e outros afirmam que houve, além de divergência jurisprudencial, ofensa aos arts. 131, 165, 458 e 535 do CPC; 402, 884 e 945 do Código Civil; 2º, III, 4º, 9º, 29, VI e VIII, da Lei 8.987/1995. Alegam que o acórdão foi omissivo, uma vez que não teria analisado questões importantes ao deslinde da controvérsia. Defendem o cabimento da condenação dos recorridos ao pagamento dos lucros cessantes. Aduzem ainda que a natureza do contrato administrativo - concessão de serviço público precedida de execução de obra pública - deveria ter sido considerada na hora da fixação do *quantum* indenizatório.

O Departamento de Infraestrutura do Estado de Santa Catarina (DEINFRA/SC) sustenta, em Recurso Especial, violação do art. 535 do CPC, sob o fundamento de que o Sodalício *a quo* deixou de se pronunciar sobre as matérias que já haviam sido reconhecidas como omissas por esta Corte Superior, e de que não se pronunciou sobre a incidência do art. 1º-F da Lei 9.494/97 e sobre os honorários advocatícios, em razão da sucumbência recíproca.

O *Parquet* se manifestou pelo acolhimento dos Embargos de Declaração do DEINFRA/SC (fls. 4183-4197/e-STJ).

É o **relatório**.

Decido.

Os autos foram recebidos neste Gabinete em 17.4.2015.

1. Recurso Especial do Departamento de Infraestrutura do Estado

Superior Tribunal de Justiça

de Santa Catarina (Deinfra/SC, sucessor do DER/SC) (fls. 3946-3974/e-STJ)

Em sentença de fls. 2437-2438/e-STJ, o Juízo originário consignou:

26. No que tange à competência, o julgamento nestes autos abrange apenas o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e, Social - BNDE.

No que se refere à competência quanto Banco Regional de Desenvolvimento Econômico do Extremo Sul S.A. - BRDE, Banco do Estado de Santa Catarina S.A. - BESC e Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Santa Catarina - DER/SC, este processo está desmembrado nos autos nº. 023.00.024223-6, em trâmite na Primeira Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, SC.

Às 30314-3047/e-STJ, este Superior Tribunal de Justiça deu provimento **apenas** ao Recurso Especial do DEINFRA/SC, acolhendo a preliminar de violação ao art. 535, II, do CPC e determinando o retorno dos autos à Corte de origem para que fossem apreciadas as omissões apontadas nos Embargos Declaratórios do DEINFRA/SC (fls. 2734-2741/e-STJ), declarando prejudicados os demais recursos.

Nesse sentido, esta Corte Superior reconheceu a omissão e determinou o esclarecimento dos seguintes pontos: a) existência de contradição quanto à competência da Justiça Federal; b) a omissão quanto ao fato de que as Resoluções do Conselho de Administração do DER teriam sido editadas a pedido da empresa, inexistindo relação direta entre elas e as desapropriações; c) a ausência de pronunciamento quanto à parcela de culpa da concessionária pela inexecução da obra (art. 476 do Código Civil); d) necessidade de análise do conjunto probatório carreado aos autos, que comprovaria que a edição das resoluções ocorreu a pedido da própria concessionária.

Com o destacado pelo *Parquet* (fl. 4194/e-STJ), em novo julgamento (fls. 3820-3843/e-STJ), o Tribunal de origem apreciou a questão referente às Resoluções editadas pelo Conselho de Administração do DER e às desapropriações, bem como ao previsto no Edital 61/93, reconhecendo a responsabilidade recíproca das partes, afastando a condenação por lucros cessantes.

Contudo, permaneceu a omissão/contradição sobre ponto essencial ao deslinde da controvérsia, qual seja, a competência da Justiça Federal para processar e julgar a causa em relação à autarquia estadual. O Tribunal limitou-se a afirmar que *"com relação à competência da Justiça Federal processar e julgar o feito, o acórdão embargado fixou-a ao fundamento da legitimidade passiva do Banco de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES e a consequente existência de interesse jurídico e econômico da referida instituição financeira. Sem dúvida, há interesse do BNDES no feito, porquanto ocupa a posição de credor em relação às concessionárias"* (fls. 3823/e-STJ).

Assim, não houve manifestação sobre o posicionamento adotado em primeiro grau, e aparentemente mantido em segunda instância, de que a competência

para processar a causa em relação ao DER/SC, ao BESC e ao BRDE seria da Justiça Estadual, tendo sido instaurado processo perante Juízo Estadual.

Aliás, importante frisar que em sentença, acima parcialmente reproduzida, o Juízo de piso já havia decidido pelo desmembramento do feito, estabelecendo que a competência para julgamento dos autos abrangeria apenas o BNDES. Portanto, o *punctum dolens* que merece esclarecimento é o que diz respeito à competência da Justiça Federal para processar e julgar a causa em relação ao DEINFRA/SC (sucessor do DER/SC), ao BESC e ao BRDE.

Outrossim, também merece provimento o Recurso Especial do DEINFRA/SC no que tange à omissão quanto à incidência da regra do art. 1º-F da Lei 9.494/97, nos processos em que for condenada a fazenda pública e quanto à alteração dos honorários advocatícios em face do reconhecimento da sucumbência recíproca.

2. Recurso Especial de Linha Azul Auto Estada S/A e outros (fls. 3881-3897/e-STJ).

Tendo em vista o parcial acolhimento da pretensão recursal do DEINFRA/SC, com o reconhecimento da violação ao art. 535, II, do CPC, consoante decisão *supra*, julgo prejudicado o Recurso Especial de Linha Azul Auto Estada S/A e outros.

Por tudo isso, diante do exposto, dou parcial provimento ao Recurso Especial do DEINFRA/SC e determino o retorno dos autos à instância de origem para que seja suprida a omissão identificada. Julgo prejudicado o Recurso Especial de Linha Azul Auto Estada S/A e outros.

— Publique-se.

— Intimem-se.

Brasília (DF), 14 de dezembro de 2015.

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator