



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.087.964 - DF
(2009/0067952-6) (f)**

RELATOR : MINISTRO ARI PARGENDLER
EMBARGANTE : DISTRITO FEDERAL
PROCURADOR : MARIANA PESSOA DE MELLO PEIXOTO E OUTRO(S)
EMBARGADO : KOKETEL FRUTAS LTDA
ADVOGADO : NELSON BUGANZA JUNIOR E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. DESCABIMENTO QUANDO A DIVERGÊNCIA SE MANIFESTA NO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Reformada a sentença por unanimidade, e rejeitados os embargos de declaração, ainda que por maioria de votos, subsiste incólume o acórdão proferido no julgamento da apelação, não havendo oportunidade para a oposição de embargos infringentes. Embargos de divergência conhecidos e desprovidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da CORTE ESPECIAL do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer dos embargos de divergência e negar-lhes provimento, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Massami Uyeda, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Raul Araújo, Antonio Carlos Ferreira, Villas Bôas Cueva e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator. Impedida a Sra. Ministra Nancy Andrighi. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Gilson Dipp, Eliana Calmon, Francisco Falcão e Nancy Andrighi. Convocados os Srs. Ministros Raul Araújo, Antonio Carlos Ferreira, Villas Bôas Cueva e Sebastião Reis Júnior para compor quórum. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília, 31 de agosto de 2011 (data do julgamento).

MINISTRO FELIX FISCHER
Presidente

MINISTRO ARI PARGENDLER
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.087.964 - DF
(2009/0067952-6) (f)**

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO ARI PARGENDLER (Relator):

A egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, relator o Ministro Francisco Falcão, negou provimento ao recurso especial interposto pelo Distrito Federal nos termos do acórdão assim ementado:

"APELAÇÃO. REFORMA DA SENTENÇA DE MÉRITO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. VOTO VENCIDO QUE REFORMAVA O JULGADO DE APELAÇÃO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO DA APELAÇÃO. EMBARGOS INFRINGENTES. ARTIGO 530 DO CPC. NOVA REDAÇÃO. DESCABIMENTO. PRECEDENTE.

I - Cuidam os autos de ação visando ao recebimento de indenização decorrente de ato que determinou o encerramento das atividades do estabelecimento autor. A sentença julgou improcedente o pedido, mas proferido o acórdão na apelação, reformou-se parcialmente a decisão monocrática para acolher a pretensão autoral no sentido de condenar o réu à indenização por perdas e danos materiais.

II - Os declaratórios opostos contra tal acórdão foram rejeitados por maioria, tendo a parte irresignada, interposto embargos infringentes com base no voto-vencido que acolhia os declaratórios, com fins modificativos, para restabelecer a sentença.

III - No que interessa, os embargos infringentes são cabíveis quando o acórdão não unânime houver reformado em grau de apelação, a sentença de mérito (artigo 530, 1ª parte, do CPC). No caso, ainda que a apelação tenha reformado parcialmente a sentença, aquele acórdão foi unânime. O acórdão não unânime foi aquele prolatado nos embargos declaratórios, que não reformou decisão alguma.

IV - Descabidos os embargos infringentes. Precedente: REsp nº 453.493/MG, Rel. p/ acórdão Min. LUIZ FUX, DJe de 25.06.2008.

V - Recurso improvido" (fl. 734).

Seguiram-se, então, embargos de divergência opostos pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Distrito Federal (fl. 751/763), admitidos porque aparentemente o acórdão embargado discrepa dos seguintes julgados indicados como paradigma (fl. 792):

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. DIVERGÊNCIA OCORRIDA EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CABIMENTO.

O voto vencido, proferido em embargos de declaração, que os acolhia para, dando-lhes efeito modificativo, modificar o julgamento da apelação, integra o acórdão embargado. Assim sendo, abre-se a possibilidade de oposição de embargos infringentes, nos termos da divergência.

Precedentes.

Recurso conhecido e provido" (REsp nº 172.162, DF, relator o Ministro Felix Fischer, DJ de 28.09.1998).

"Processual civil. Embargos de declaração. Decisão não unânime. Embargos infringentes. Cabimento.

I - Decisão minoritária, proferida nos embargos de declaração, na qual se discutiu questão relativa ao mérito da apelação, enseja o cabimento de embargos infringentes.

II - Recurso especial não conhecido" (REsp nº 192.725, RJ, relator o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 23.09.2002).

Sem impugnação (fl. 796).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.087.964 - DF
(2009/0067952-6) (f)**

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO ARI PARGENDLER (Relator):

1. Os autos dão conta de que Koketel Frutas Ltda. ajuizou *ação de indenização por danos materiais e morais* contra o Distrito Federal (fl. 02/29).

O MM. Juiz de Direito Substituto da 4ª Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal Dr. Vitor Feltrim Barbosa julgou o pedido improcedente (fl. 439/442).

A Primeira Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, relator o Desembargador José de Aquino Perpétuo, deu provimento em parte ao recurso de apelação à unanimidade. Extraí-se do voto condutor:

"A questão sob exame cinge-se à reparação de danos materiais e morais que a ora apelante alega ter sofrido em virtude de notificação expedida pelo Distrito Federal, apelado, para que cessasse sua atividade comercial no Terminal Rodoviário de Brasília e desocupasse a área pública na qual se situava o estabelecimento, com a remoção dos equipamentos e instalações presentes no local.

A primeira discussão posta nos autos diz respeito à constitucionalidade da Lei Distrital nº 1.865/98, que autorizou a apelante e os demais ocupantes de área pública no Terminal Rodoviário de Brasília a renovação da concessão de uso, prorrogando-a por 10 (dez) anos.

O MM. Juiz afastou a aplicação da referida norma por entendê-la inconstitucional em face do art. 37, XXI, da Constituição de 1988, que impõe a obrigatoriedade da licitação pública para fins de contratação entre particulares e o Poder Público.

Contudo, tal controvérsia já restou superada pelo egrégio Conselho Especial deste Tribunal, no acórdão unânime exarado no julgamento do Mandado de Segurança nº 2003 00 2 000517-0 (DJU de 31/03/2004, p. 41), que reconheceu a constitucionalidade da Lei Distrital nº 1.865/98, tendo em vista a competência concorrente do Distrito Federal para legislar sobre licitação e contratos administrativos relativos a questões específicas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cabendo a União, tão-somente, estabelecer as regras e normas gerais do processo de licitação.

.....

A autorização de uso de bem público constitui ato unilateral pelo qual a autoridade administrativa faculta o uso de determinado bem público para utilização condicional de curta duração. Tal ato administrativo caracteriza-se como unilateral, precário e discricionário quanto à decisão de outorga e revogação.

Classifica-se a autorização de uso de bem público como simples, quando concedida sem razão final, ou qualificada, quando for deferida por prazo determinado. Na autorização qualificada não se fala em precariedade, porquanto confere ao particular certa estabilidade, criando direito público subjetivo em relação à Administração, que fica vinculada à observância do prazo estipulado no ato concessivo.

A autorização de uso concedida à apelante nos termos do artigo 1º da Lei Distrital nº 1.865/98 supratranscrito configura autorização qualificada, uma vez que outorga aos seus destinatários o direito de exploração de atividade comercial no Terminal Rodoviário de Brasília pelo prazo determinado de 10 (dez) anos, desde que os ocupantes tenham firmado contrato com o Distrito Federal antes de 20 de junho de 1993, o que é justamente a hipótese dos autos, já que a apelante ocupa o local desde 1981, conforme Termo de Compromisso acostado a fls. 44/47.

Nesse contexto, a revogação da autorização qualificada gera em favor do permissionário o direito à indenização das perdas e danos materiais pela interrupção prematura do contrato antes do prazo final de 10 (dez) anos, cujo montante deverá ser apurado em posterior liquidação de sentença.

.....

No tocante ao ressarcimento das benfeitorias e custos de instalação, não vejo possibilidade de acolhimento do pleito da recorrente nessa parte, porquanto o item 5.2 do Termo de Compromisso firmado entre a apelante e o Distrito Federal era explícito ao estabelecer que: 'As benfeitorias necessárias, úteis e voluptuárias, realizadas pelo ocupante, serão incorporadas ao imóvel, sem direito a qualquer indenização seja a que título for' (fl. 45).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A reparação dos danos morais aventados também não se mostra viável, pois não se divisa qualquer ofensa ao patrimônio moral da apelante, que não se desincumbiu do ônus probatório, permanecendo inerte quanto intimida para arrolar as testemunhas que pretendia ouvir (fl. 437). Ademais, a revogação da autorização de uso área pública, ainda que qualificada, constitui prerrogativa da Administração Pública, ressalvada a indenização das perdas e danos dos permissionários, de modo que a notificação para desocupação da área, por si só, não caracteriza dano moral reparável" (fl. 499/503).

Opostos embargos de declaração pelo Distrito Federal (fl. 515/524), a Primeira Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, por maioria, rejeitou-os (fl. 557/564).

O voto vencido, que foi proferido pelo relator, Desembargador José de Aquino Perpétuo, acolhia os embargos de declaração, "atribuindo-se-lhes efeitos infringentes para negar provimento à apelação interposta por Koketel Frutas Ltda. e manter na íntegra a sentença de fls. 439/442, tendo em vista a inconstitucionalidade da Lei Distrital nº 1.865/98, declarada em controle abstrato pelo egrégio Conselho Especial deste Tribunal" (fl. 560/561).

Sobrevieram embargos infringentes (fl. 568/581), não conhecidos por maioria, cujo acórdão foi assim ementado:

"PROCESSUAL CIVIL. PRELIMINAR. EMBARGOS INFRINGENTES OPOSTOS EM FACE DE ACÓRDÃO PROFERIDO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NÃO CABIMENTO.

I - Não são cabíveis embargos infringentes em face de acórdão que rejeitou, por maioria, embargos de declaração, cujo voto minoritário acolheu-os com caráter infringente.

II - Uma vez que tenham sido rejeitados os embargos de declaração, não há que se cogitar na subsistência de eventual efeito infringente atribuído pelo voto vencido, porquanto o resultado do julgamento da apelação restou incólume.

III - Embargos infringentes não conhecidos" (fl. 612).

2. O Distrito Federal interpôs recurso especial com fundamento no artigo 105, III, a e c, da Constituição Federal, alegando violação dos artigos 530 e 535 do Código de Processo Civil, bem como divergência jurisprudencial (fl. 625/635).

A Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o Ministro Francisco Falcão, negou-lhe provimento. Lê-se no voto:

"É importante ressaltar que o acórdão recorrido foi prolatado já na vigência da Lei nº 10.532/2001, que deu a seguinte redação ao artigo 530 do CPC, verbis:

'Art. 530. Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência'.

Anteriormente bastava que o julgado não tivesse sido unânime para o cabimento dos infringentes. Faço essa comparação porque os acórdãos tidos pela parte recorrente como divergentes, ou seja, que aceitaram os infringentes quando a divergência se apresenta nos declaratórios, foram prolatados na vigência dos anteriores ditames do artigo 530, do CPC e, como se verá, não são tidos como paradigmas.

A partir da nova redação daquele dispositivo, os infringentes são cabíveis, no que aqui nos interessa, quando o acórdão não unânime houver reformado em grau de apelação, a sentença de mérito. Na hipótese, ainda que a apelação tenha reformado parcialmente a sentença, ela foi unânime, e mesmo que se alegue que os declaratórios a integram, o acórdão não unânime foi aquele prolatado nos embargos, mas nele não se operou qualquer reforma à sentença de mérito, pois o voto minoritário é que daria ensejo a tal situação.

Diante de tal contexto, invoco um caso análogo já proferido por esta c. Primeira Turma, no qual prevaleceu o entendimento firmado pelo nobre Ministro Luiz Fux, relator para o acórdão, assim ementado, verbis:

'PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO QUE, POR MAIORIA, REJEITOU EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VOTO-VENCIDO QUE ADENTROU NO MÉRITO PARA DAR PROVIMENTO A UMA DAS APELAÇÕES. EMBARGOS INFRINGENTES. ART. 530 DO CPC. IMPOSSIBILIDADE.

Inadmitidos por maioria os embargos de declaração integrativos de aresto unânime e não conhecidos os embargos infringentes daquela decisão formal majoritária, torna-se inadmissível, conseqüentemente, a irresignação infringente, porquanto o novel artigo 530 do Código de Processo Civil somente a admite quando a decisão colegiada da apelação reforma a resolução do mérito, por maioria.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

In casu, a aplicação imediata da Lei 10.352, de 26 de dezembro de 2001, que deu nova redação ao teor do art. 530 do CPC, tornou inadmissível o recurso especial, uma vez carente de seguimento os embargos infringentes tendo em vista que o acórdão confirmou a sentença.

Deveras, o não conhecimento dos embargos de declaração remete o interessado à opção processual de atacar o acórdão da apelação pela via do recurso especial, sendo inviável a direção deste contra o aresto que decidiu os embargos infringentes, o que faz incidir a força da preclusão, já agora sob o peso da res judicata.

É que o não conhecimento dos embargos de declaração, por ausência das condições enumeradas no art. 535 do CPC, descaracteriza a infringência, inviabilizando o recurso especial, porquanto, em nenhuma circunstância a apelação foi desprovida por unanimidade.

À luz da novel legislação, impõe-se o desproimento do recurso especial que pretende seja reformada a decisão que inadmitiu os embargos infringentes.

Recurso especial conhecido e desprovido' (REsp nº 453.493/MG, DJe de 25.06.2008).

Naquela oportunidade o Ministro Teori Zavascki ainda salientou, verbis:

'Sra. Ministra Presidente, houve uma apelação a que, por unanimidade, se negou provimento. Houve embargos declaratórios, que não foram acolhidos. Portanto, foi mantida a decisão que, por unanimidade, negou provimento à apelação. Esse fato é suficiente para inibir quaisquer embargos infringentes' (sublinhou-se).

Assim, ainda que no caso transcrito a apelação tenha mantido a sentença, enquanto que neste ela reformou parcialmente a decisão, o fato é que, conforme deliberado, o acórdão não unânime foi aquele prolatado nos declaratórios, cuja decisão manteve o julgado da apelação.

Entendo que a pretensão de cabimento de infringentes poderia ser acolhida caso fosse invertida a situação - os declaratórios, não unânimes, acolhidos com efeitos infringentes ao julgado da apelação, reformaram a sentença de mérito.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em razão do exposto, nego provimento ao presente recurso" (fl. 730/732).

Daí os embargos de divergência opostos pelo Distrito Federal, trazendo como paradigma o REsp nº 172.162, DF, e o REsp nº 192.725, RJ, assim ementados:

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. DIVERGÊNCIA OCORRIDA EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CABIMENTO.

O voto vencido, proferido em embargos de declaração, que os acolhia para, dando-lhes efeito modificativo, modificar o julgamento da apelação, integra o acórdão embargado. Assim sendo, abre-se a possibilidade de oposição de embargos infringentes, nos termos da divergência.

Precedentes.

Recurso conhecido e provido" (REsp nº 172.162, DF, relator o Ministro Felix Fischer, DJ de 28.09.1998).

"Processual civil. Embargos de declaração. Decisão não unânime. Embargos infringentes. Cabimento.

I - Decisão minoritária, proferida nos embargos de declaração, na qual se discutiu questão relativa ao mérito da apelação, enseja o cabimento de embargos infringentes.

II - Recurso especial não conhecido" (REsp nº 192.725, RJ, relator o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 23.09.2002).

3. Fora de dúvida, há divergência entre o acórdão embargado (1ª Turma) e os colacionados pelo Embargante (3ª e 5ª Turmas) acerca do cabimento dos embargos infringentes e, salvo melhor juízo, a razão está com aquele.

Com efeito, reformada a sentença por unanimidade, e rejeitados os embargos de declaração - aqui é irrelevante se por maioria ou não - permaneceu incólume a conclusão do acórdão principal. Os embargos de declaração completam o julgado, integrando-o; no entanto, apenas quando acolhidos com efeitos modificativos, transformando acórdão originariamente unânime em julgamento por maioria de votos, autorizam a oposição de embargos infringentes.

José Carlos Barbosa Moreira leciona:

"Visto que se incorpora ao acórdão embargado o que acolhe embargos declaratórios, para esclarecer obscuridade, suprir



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

omissão ou desfazer contradição, devem reputar-se cabíveis embargos infringentes quando se verifica a hipótese do art. 530 em seguida ao julgamento de apelação ou de ação rescisória: por exemplo, com referência ao ponto omissso, que se venha a decidir por maioria de votos, mediante embargos de declaração, tudo se passará como se o ponto houvesse sido decidido ao julgar-se a apelação (reformando-se a sentença de mérito) ou a rescisória (acolhendo-se o pedido). Não assim, é óbvio, caso a divergência diga respeito a questão estranha ao âmbito daquele julgamento: v.g., se não se conhece dos embargos declaratórios, por intempestivos ou por incabíveis, a existência de voto vencido, que deles conhecia, não abre margem a embargos infringentes" (Comentários ao Código de Processo Civil, Volume V, 12ª edição, p. 528/529).

Voto, por isso, no sentido de conhecer dos embargos de divergência, negando-lhes provimento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO CORTE ESPECIAL

Número Registro: 2009/0067952-6

**EREsp 1.087.964 /
DF**

Números Origem: 20030110449106 200801971367

PAUTA: 03/08/2011

JULGADO: 31/08/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ARI PARGENDLER**

Ministra Impedida

Exma. Sra. Ministra : **NANCY ANDRIGHI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HAROLDO FERRAZ DA NOBREGA**

Secretária

Bela. **VANIA MARIA SOARES ROCHA**

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE : DISTRITO FEDERAL
PROCURADOR : MARIANA PESSOA DE MELLO PEIXOTO E OUTRO(S)
EMBARGADO : KOKETEL FRUTAS LTDA
ADVOGADO : NELSON BUGANZA JUNIOR E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO -
Responsabilidade da Administração

CERTIDÃO

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

A Corte Especial, por unanimidade, conheceu dos embargos de divergência e negou-lhes provimento, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Massami Uyeda, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Raul Araújo, Antonio Carlos Ferreira, Villas Bôas Cueva e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedida a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Gilson Dipp, Eliana Calmon, Francisco Falcão e Nancy Andrighi.

Convocados os Srs. Ministros Raul Araújo, Antonio Carlos Ferreira, Villas Bôas Cueva e Sebastião Reis Júnior para compor quórum.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Felix Fischer.