

Superior Tribunal de Justiça

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.409.731 - AP (2013/0336823-8)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
EMBARGANTE : RUMOS ENGENHARIA AMBIENTAL LTDA
ADVOGADOS : ANDRÉ LUIZ CAVALCANTI CABRAL - PB011195
FELIPE RIBEIRO COUTINHO GONÇALVES DA SILVA - PB011689
HARRISON ALEXANDRE TARGINO - PB005410
JOVINO MACHADO DA NÓBREGA NETO - PB010727
EMBARGADO : CARLOS AUGUSTO TORK DE OLIVEIRA
ADVOGADOS : CARLOS AUGUSTO TORK DE OLIVEIRA (EM CAUSA PRÓPRIA) E OUTRO - AP000174
GALLIANO CEI NETO - AP002294A
INTERES. : MUNICÍPIO DE MACAPÁ
PROCURADOR : ANA MÁRCIA PENAFORTE - AP000531

EMENTA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO MUNICÍPIO PARA A SESSÃO DE JULGAMENTO DA APELAÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO JULGADOS COM O VÍCIO SANADO. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO. APLICAÇÃO PELO ACÓRDÃO EMBARGADO DO PRINCÍPIO *PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF*. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICO-PROCESSUAL ENTRE OS ARESTOS EM CONFRONTO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NÃO CONHECIDOS.

DECISÃO

Trata-se de embargos de divergência opostos pela RUMOS ENGENHARIA AMBIENTAL LTDA. contra acórdão da PRIMEIRA TURMA, relatado pela Ministra Regina Helena Costa, e assim ementado (fls. 2092-2093):

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. AUSÊNCIA DE VÍCIO A ENSEJAR A NULIDADE. PRINCÍPIO DO 'PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF'. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. PREQUESTIONAMENTO FICTO. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE COMBATE A FUNDAMENTOS AUTÔNOMOS DO ACÓRDÃO. RAZÕES RECURSAIS DISSOCIADAS. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DAS SÚMULAS N. 283 E 284/STF. COMPORTAMENTO DOLOSO. CONDENAÇÃO EM PERDAS EM DANOS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. INCIDÊNCIA. DISSÍDIO

Superior Tribunal de Justiça

JURISPRUDENCIAL. SÚMULA N. 7/STJ. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA.

I - 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. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II – Esta Corte adota orientação no sentido de que somente se declara a nulidade de ato processual se demonstrado efetivo prejuízo, conforme o princípio 'pas de nullité sans grief'.

III - É firme o posicionamento deste Tribunal Superior segundo o qual não é admissível o prequestionamento ficto aos processos julgados sob a égide do Código de Processo Civil de 1973.

IV - A jurisprudência desta Corte considera deficiente a fundamentação quando a parte deixa de impugnar fundamento suficiente para manter o acórdão recorrido, apresentando razões recursais dissociadas dos fundamentos utilizados pela Corte de origem. Incidência, por analogia, das Súmulas n. 283 e 284/STF.

V - In casu, rever o entendimento do Tribunal de origem, que condenou a Recorrida em decorrência de comportamento doloso a fim de se beneficiar do contrato celebrado, demandaria necessário revolvimento de matéria fática, o que é inviável em sede de recurso especial, à luz do óbice contido na Súmula n. 7/STJ.

VI - É incabível o exame do Recurso Especial pela alínea 'c' do permissivo constitucional quando incidente, na hipótese, a Súmula n. 7/STJ.

VII - A Agravante não apresenta, no agravo, argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

VIII – Agravo Interno improvido".

Ainda foram opostos embargos de declaração, que foram rejeitados consoante acórdão de fl. 2.143.

A Embargante alega divergência jurisprudencial, primeiro,

"[...] em relação à necessidade de destacar o prejuízo, o Acórdão está em dissonância com a decisão da Segunda Turma desse STJ, no Agravo em Recurso Especial nº 296.390-PE" (fl. 2.163); segundo, "em relação à suposta preclusão, o Acórdão não guarda similitude com a decisão da Terceira Turma desse Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1.456.632 – MG" (fl. 2.164).

Eis as ementas dos acórdãos apontados paradigmas:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. PREVIDENCIÁRIO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO LITISCONSORTE NA ORIGEM. MATÉRIA COGNOSCÍVEL DE OFÍCIO PELO STJ. NULIDADE. OCORRÊNCIA.

1. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que a prerrogativa de intimação pessoal é conferida aos Procuradores

Superior Tribunal de Justiça

Federais, Advogados da União, Procuradores da Fazenda Nacional e do Banco Central, Defensores Públicos e membros do Ministério Público (v. g. AgRg no AREsp 541.246/PB, Segunda Turma, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe de 3/11/2014).

2. No presente caso, não houve, efetivamente, a intimação pessoal do Advogado-Geral da União, sucumbente no processo, tal como o INSS, ora embargante. Não foi oferecida, pois, a oportunidade para interposição dos recursos cabíveis pela União.

3. O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no sentido de que a ausência de intimação de um dos litisconsortes que sucumbiu no julgamento de Apelação pode ser enquadrada no âmbito dos requisitos intrínsecos do juízo de admissibilidade do Recurso Especial interposto pelo outro litisconsorte e, se confirmado o vício, configura-se a nulidade dos atos processuais subsequentes.

4. Agravo Regimental provido para acolher a preliminar de nulidade processual de todos os atos praticados após a publicação do acórdão regional e determinar a remessa dos autos ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região, a fim de que seja pessoalmente intimada a União, com reabertura do prazo para eventual interposição dos recursos cabíveis" (AgRg no AREsp 296.390/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 02/02/2017.)

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO REGULAR NA SEGUNDA INSTÂNCIA. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. POSSIBILIDADE.

1. Ação rescisória ajuizada em 16.12.2011. Recurso especial atribuído ao gabinete em 25.08.2016. Julgamento: CPC/1973.

2. Cinge-se a controvérsia a definir a possibilidade do manejo da ação rescisória, no caso de reconhecimento de nulidade absoluta, pela falta de intimação do procurador do recorrente acerca dos atos processuais praticados no segundo grau de jurisdição.

3. Ausente o vício do art. 535, II do CPC/73, rejeitam-se os embargos de declaração.

4. A exclusividade da querela nullitatis para a declaração de nulidade de decisão proferida sem regular citação das partes, representa solução extremamente marcada pelo formalismo processual. Precedentes.

5. A desconstituição do acórdão rescindendo pode ocorrer tanto nos autos de ação rescisória ajuizada com fundamento no art. 485, V, do CPC/73 quanto nos autos de ação anulatória, declaratória ou de qualquer outro remédio processual.

6. Recurso especial conhecido e provido" (REsp 1.456.632/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 7/2/2017, DJe 14/2/2017.)

Superior Tribunal de Justiça

Pugna pelo acolhimento dos embargos, "*para que, assim, seja declarada a nulidade do julgamento ocorrido em 02.04.2013 e dos demais atos subsequentes, a fim de que seja realizada nova sessão de julgamento, com observância do Arts. 236 e 554 do código de Processo Civil e Art. 95 do RITJAP, invertendo-se os ônus processuais*" (fl. 2.171).

O Ministério Público Federal apresentou impugnação às fls. 2.202-2.207, manifestando-se pela rejeição dos embargos de divergência.

O então Relator, Ministro Humberto Martins, proferiu a decisão de fls. 2.193-2.196, admitindo o processamento dos embargos.

Ato contínuo, determinou o Relator a oitiva do Ministério Público Federal, que ofereceu o parecer de fls. 2.213-2.221, opinando consoante a seguinte ementa:

"EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. AUSÊNCIA DE VÍCIO A ENSEJAR A NULIDADE. PRINCÍPIO 'PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF'. PREJUÍZO NÃO COMPROVADO. NÃO CARACTERIZADA A SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS ARESTOS CONFRONTADOS. NÃO DEMONSTRADA A DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL.
- Parecer pelo não conhecimento dos embargos de divergência."

Com a assunção do Ministro Humberto Martins do cargo de Corregedor Nacional de Justiça, foram os autos a mim redistribuídos em 21 de fevereiro deste ano (fl. 2.224; fl. 2.228).

É o relatório.

Decido.

Na origem, houve o ajuizamento de Ação Popular visando à anulação da licitação realizada pelo Município de Macapá, para fins de operação e implantação de aterro sanitário, e do contrato dela decorrente, em razão de diversas irregularidades.

A sentença julgou procedente o pedido, para anular a concorrência pública e o contrato em questão, com a determinação do prazo de 120 dias para a realização de nova licitação e a condenação dos réus ao pagamento de perdas e danos, a ser apurado em liquidação de sentença, bem como das custas e honorários, no valor de R\$ 6.000.00 (seis mil reais).

Os empresários sucumbentes interpuseram apelação, que foi desprovida pelo Tribunal *a quo*. Os subsequentes embargos de declaração foram rejeitados.

Superior Tribunal de Justiça

A PRIMEIRA TURMA deste Superior Tribunal de Justiça negou provimento ao agravo interno no recurso especial de RUMOS ENGENHARIA AMBIENTAL LTDA., ao entendimento, no ponto, de que *"Esta Corte adota orientação no sentido de que somente se declara a nulidade de ato processual se demonstrado efetivo prejuízo, conforme o princípio 'pas de nullité sans grief'."*

Malgrado a inicial admissão do processamentos dos embargos de divergência, estes não merecem ser conhecidos em razão da **ausência de similitude fático-processual** entre os casos comparados.

Com efeito, o **acórdão embargado** decidiu que, *"quanto à alegação de preliminar de nulidade do processo desde o julgamento realizado pela segunda instância, ocorrido em 02 de abril de 2013 [...], verifico que tal insurgência não merece prosperar, pois não demonstrado o prejuízo ocasionado ao Município de Macapá em decorrência da ausência de intimação da publicação da data de julgamento das apelações a fim de apresentar memoriais e assistir à sessão de julgamento [...]. Anoto que o acórdão de origem manteve o julgamento de primeiro grau, em face do qual não houve insurgência do Município."*

No primeiro **acórdão paradigma**, no entanto, a situação fático-processual é bem outra: *"No presente caso, não houve, efetivamente, a intimação pessoal do Advogado-Geral da União, sucumbente no processo, tal como o INSS, ora embargante. Não foi oferecida, pois, a oportunidade para interposição dos recursos cabíveis pela União."*

Como se vê, diferente do paradigma, no caso destes autos, o Município interessado foi efetivamente intimado do julgamento dos embargos de declaração opostos contra o acórdão da apelação e dele não recorreu.

Também não socorre a Embargante o segundo **acórdão paradigma**, uma vez que, bem diferente do caso destes autos, lá, *"Cinge-se a controvérsia a definir a possibilidade do manejo da ação rescisória, no caso de reconhecimento de nulidade absoluta, pela falta de intimação do procurador do recorrente acerca dos atos processuais praticados no segundo grau de jurisdição."*

Ou seja, há evidente dessemelhança entre os casos mal comparados, o que obsta a abertura da estreita via dos embargos de divergência. A propósito:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS

Superior Tribunal de Justiça

EMBARGOS NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE PRECLUSÃO EM DECISÃO DE ADMISSIBILIDADE DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. INEXISTÊNCIA DE ENFRENTAMENTO DO MÉRITO DA SUPOSTA DIVERGÊNCIA. APLICABILIDADE SÚMULA 316/STJ, CONTRÁRIO SENSU. INDEFERIMENTO LIMINAR EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

[...]

II - A ausência de similitude fática impede o comparativo entre acórdão embargado e paradigma, de modo que os embargos de divergência não podem ser apreciados, consoante dispõe o artigo 1.043, § 4º, do CPC e farta jurisprudência (precedentes).

III - In casu, as situações díspares impedem apreciação sobre a suscitada nulidade em razão da alegada inversão do ônus da prova.

IV - No caso concreto, as decisões proferidas no âmbito desta Corte Superior não apreciaram a matéria de fundo em virtude de regra técnica de admissibilidade recursal, com incidência da súmula 07/STJ, razão pela qual também não foi possível julgamento de mérito dos embargos, com incidência da súmula 316/STJ, contrário sensu.

Agravo interno não provido" (AgInt nos EREsp n. 1.526.946/RN, CORTE ESPECIAL, Rel. Ministro FELIX FISCHER, DJe de 15/12/2016.)

"AGRAVOS REGIMENTAIS NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. NÃO REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA PREVISTA NO ART. 435 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ARGUIDA DIVERGÊNCIA ACERCA DA EXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICO-PROCESSUAL. CASUÍSTICA. COMPARAÇÃO INVIABILIZADA. PRECEDENTES DA CORTE ESPECIAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA LIMINARMENTE INDEFERIDOS. MANUTENÇÃO DA DECISÃO IMPUGNADA. AGRAVOS REGIMENTAIS DESPROVIDOS.

1. A divergência que enseja a oposição dos embargos - destinada a espancar possível dissídio no âmbito desta Corte Superior, cuja principal função, afinal, é justamente a uniformização da interpretação do direito federal infraconstitucional -, é aquela estabelecida em hipóteses análogas, vale dizer: deve-se demonstrar que, diante de situações fáticas semelhantes, as soluções jurídicas dadas não foram as mesmas.

[...]

4. Portanto, ausente a similitude fático-processual entre os arestos comparados, não há como conhecer dos embargos de divergência.

5. Agravos regimentais desprovidos." (AgRg nos EDcl nos EREsp 1.449.212/RN, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 18/11/2015, DJe 16/12/2015.)

Superior Tribunal de Justiça

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO dos embargos de divergência.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 07 de outubro de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora

