

Aspectos gerais dos embargos de divergência: origem, conceito, pressupostos e controvérsias

José Augusto Delgado *

1. ORIGEM E CONCEITO

A doutrina brasileira reconhece a complexidade do sistema recursal adotado pelo Código de Processo Civil atualmente vigente, uma das causas determinantes da demora com que se faz a entrega da prestação jurisdicional no Brasil.

A realidade demonstra que, conforme registra Carlos Alberto Carmona, em "O sistema recursal brasileiro: breve análise crítica", artigo que compõe a obra coletiva Aspectos polêmicos e atuais dos recursos, RT, p. 50, é deficiente a metodologia aplicada aos recursos, na época contemporânea, motivo essencial da insatisfação da população com a lentidão com que as atividades do Poder Judiciário são desenvolvidas.

A crítica de Carlos Alberto Carmona ao nosso sistema recursal, no artigo citado, está posta nestes termos:

"Para desespero dos jurisdicionados, estes mecanismos vão se tornando, ao longo do tempo, muito instáveis, utilizando-se os tribunais, por vezes, de medidas de ordem subjetiva, que acabou por surpreender as partes. A Lei 9.756/98, que deveria pôr fim a este estado de coisas, mostrou-se em grande medida insatisfatória, pois torna o acesso às instâncias superiores pouco mais que uma miragem, transformando o processo numa verdadeira caixa

Aspectos Gerais dos Embargos de Divergência: origem, conceito, pressupostos e controvérsias

de surpresas. A necessidade já sentida pelos operadores — e já admitida pelos tribunais superiores — de empregar o processo cautelar para permitir o processamento do recurso especial ou extraordinário retidos parece ser a gota d'água: o sistema recursal brasileiro está a beira do colapso e rege refazê-lo, sem medo de extirpar muitos mecanismos que mostram-se já velhos e ultrapassados".

Os embargos de divergência, como postos no Código de Processo Civil, não estão livres das críticas acima mencionadas, em face da tramitação burocrática a eles imposta, criando dificuldades para o seu percurso. Urge, conseqüentemente, rever as linhas da sua

movimentação e, talvez, por opção legislativa, a sua substituição por um meio mais rápido e de eficácia mais ampla de atingir os objetivos de uniformizar a jurisprudência.

Enquanto as modificações não são adotadas, é dever do doutrinador aprofundar os seus estudos sobre as entidades recursais em vigor, com destaque especial aos embargos de divergência, em razão das controvérsias jurisprudenciais hoje existentes a seu respeito.

A origem dos embargos de divergência em nosso ordenamento jurídico recursal está na Lei n. 623, de 1949, que acrescentou ao artigo 833 do Código de Processo Civil de 1939 o parágrafo único, a saber:

"Além de outros casos admitidos em lei, são embargáveis, no Supremo Tribunal Federal, as decisões das Turmas, quando diverjam entre si, ou de decisão tomada pelo Tribunal Pleno".

Na verdade, o recurso de embargos de divergência, segundo, preponderante corrente, nasceu no direito português, sem que se identifique similar na legislação estrangeira, conforme lembra José Frederico Marques (Instituições, V/V, p. 196), conforme citação feita por Harold Pabst, no verbete Embargos de Divergência, em Digesto do Processo — Vol. 2, Forense. 1982, p. 404-405, do teor que passamos a transcrever.

"O recurso de embargos, segundo significativa parcela dos estudiosos da matéria, tem origem no direito português, sem similar no direito comparado. Assim o entendimento de José Frederico Marques (Instituições, V. IV, p. 196), lastreado em Cândido de Oliveira Filho: "A irregularidade da organização judiciária da Monarquia portuguesa, bem como nas dificuldades das apelações, introduziram o costume de se pedir aos juizes a reconsideração de sua própria sentença, e senão para revogá-las, ao menos para modificá-las ou declará-las, deduzindo as partes as razões em que para isto se fundavam. É esta a origem dos embargos à sentença — recursos que geralmente tende a obter do juiz prolator da sentença que ele mesmo a declare, quando é obscura, contraditória, omissa ou ambígua (embargos de declaração), a modifique em sua extensão ou em algum ponto ocidental (embargos ofensivos)" (Teoria dos Embargos, p. 30)".

O perfil histórico dos embargos de divergência no nosso sistema processual nos mostra que, conforme já afirmado, o seu nascimento está vinculado ao recurso de revista previsto no art. 853 do Código de Processo Civil de 1939, com a redação seguinte:

"Conceder-se-á recurso de revista nos casos em que divergem, em suas decisões finais, duas ou mais Câmaras, turmas ou grupo de Câmaras, entre si, quanto ao modo de interpretar o direito em tese. Nos demais casos, será o recurso extensivo à decisão final de qualquer das Câmaras, turmas ou grupos de Câmaras, que contrariar outro julgado, também final, das Câmaras Cíveis Reunidas.

Parágrafo único. Além de outros casos admitidos em lei, são embargáveis no STF, as decisões das Turmas, quando diverjam, entre si, ou de decisão tomada pelo Tribunal Pleno".

Esse parágrafo único foi introduzido no CPC de 1939 pela Lei n. 623, de 19 de fevereiro de 1949, conforme já assinalamos. Ele decorreu do fato de que o recurso de revista previsto no caput do art. 853, segundo o entendimento do STF, não era cabível para esta Corte, segundo registro de Harold Pabst, artigo citado:

"O STF, todavia, não acatou o entendimento de que era cabível o recurso naquela Corte. Lembra J. C. Barbosa Moreira que se invocava, em favor do Excelso Pretório, que o citado art. 853 fazia referência expressa às "Câmaras Cíveis Reunidas" e por isso tinha aplicação restrita aos tributos estaduais, únicos em que esse órgão existiu. São conhecidas as posições contrárias do Ministros Castro Nunes e Filadelfo Azevedo (Fildadelfo Azevedo, Um Triênio de Judicatura, v. V, p. 267), que foram, no entanto, insuficientes para mudar o rumo e a orientação predominante naquela Corte".

A introdução do parágrafo único no art. 833 do CPC de 1939, segundo lembra Harold Pabst, provocou reação dos processualistas, com destaque para o pronunciamento de Alcides de Mendonça Lima (Direito — 58/40), a saber:

"Temos, agora, uma anormalidade, uma excrescência, uma situação teratológica, pois mais lógico e mais técnico seria adicionar o parágrafo ao art. 853, que rege os casos de recurso de revista (...). De qualquer forma, em que pese a redução da Lei n. 623, em que prevaleça o seu enunciado, em que predomine o lugar destinado ao dispositivo criado, desde sua vigência passou a existir, no STF, o recurso de revista, pois o objetivo, o conteúdo, as características desse remédio absorvem o rótulo inexpressivo de um recurso de embargos, em caso que lhe é estranho e impróprio".

Lembramos que os embargos de divergência no Direito Processual Civil português são previstos no art. 763 do Código de Processo Civil de Portugal, com o teor seguinte:

"Artigo 763. (Fundamento do Recurso).

1. Se, no domínio da mesma legislação, o Supremo Tribunal de Justiça proferir dois acórdãos que, relativamente à mesma questão fundamental de direito, assentem sobre soluções opostas, pode recorrer-se para o Tribunal Pleno de acórdão proferido em último lugar.

2. Os acórdãos consideram-se preteridos no domínio da mesma legislação sempre que, durante o intervalo de sua publicação não tenha sido introduzido qualquer modificação legislativa que interfira, direta ou indiretamente, na resolução de questão de direito controvertida.

3. Os acórdãos opostos não de ser proferidos em processos diferentes ou em incidentes diferentes do mesmo processo: neste último caso, porém, se o primeiro acórdão constituir caso julgado para as partes, o recurso não é admissível, devendo observar-se o disposto no artigo 675.

4. Como fundamento do recurso só pode invocar-se acórdão anterior com trânsito julgado; mas presume-se o trânsito, salvo se o recorrido alegar que o acórdão não transitou".

No referente ao estudo da origem e da evolução dos embargos de divergência em nosso Direito Processual Civil, destacamos a síntese bem elaborada que Márcio Carvalho Faria, em trabalho de sua autoria intitulado "Embargos de divergência em agravo interno: (in)aplicabilidade da Súmula n. 599 do STF", publicado na Internet, site <http://www.jus.com.br>, acessado em 20.6.2005:

"A origem destes embargos remonta ao CPC de 1939, embora àquela época o Supremo Tribunal Federal relutasse em admitir que as decisões de suas turmas comportassem impugnação mediante revista. Argumentava o STF que o art. 833 daquele instituto tinha âmbito de incidência restrito aos tribunais estaduais, na medida em que somente naqueles existiam as Câmaras Cíveis Reunidas'', termo referido pela lei então vigente".

A solução encontrada pelo legislador para sanar essa "dúvida", foi a de acrescentar por meio da Lei n. 623, de 19.1.1949, o parágrafo único do art. 833, o qual ficou assim redigido: "Além de outros casos admitidos em lei, serão embargáveis, no Supremo Tribunal Federal, as decisões das Turmas, quando diverjam entre si, ou de decisão tomada pelo Tribunal Pleno". Estava plantada a semente do que a prática convencionou chamar, desde então, de "embargos de divergência".

Apesar disso, nem o anteprojeto Buzaid nem o projeto definitivo contemplavam o recurso ora em comento — apenas o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF) então vigente (Capítulo XII-A, de 28.8.1963) trazia tal previsão —, tendo sido necessária a apresentação de emenda ao projeto já no Senado Federal (CPC, art. 546, parágrafo único).

A fim de dar guarida à regra daquele art. 546, o STF modificou seu Regimento Interno em 1.12.1980, passando a prever, no art. 330, que "cabem embargos de divergência à decisão de Turma que, em recurso extraordinário ou em agravo de instrumento, divergir de julgado de outra Turma ou Plenário, na interpretação do direito federal".

Com a promulgação da CF/88 e a repartição de competência do STF com o STJ, coube a este a função precípua de unificar o direito federal, razão pela qual nova lei precisou ser editada para disciplinar o processamento dos recursos excepcionais.

Assim, em 28.5.1990, o art. 44 da Lei n. 8.038 acabou por revogar o art. 546 do Código vigente, considerando, em seu art. 29, que é "embargável, no prazo de quinze dias, a decisão da Turma que, em recurso especial, divergir do julgamento de outra Turma, da seção ou do órgão especial, observando-se o procedimento estabelecido no regimento interno".

Firmada estava a possibilidade da interposição desse recurso no âmbito do STJ, apesar de a lei ter deixado de se referir aos recursos de competência do Pretório Excelso (embora, nessa época, esse tribunal tenha considerado que, à ausência de previsão legal, seu Regimento Interno supriria tal omissão, em que pese a ofensa à taxatividade, já que, como dito, ao regimento não é dado o condão de criar espécies recursais).

Colocando uma pá de cal nessa aparente celeuma, o legislador, com a Lei n. 8.950, de 13.12.1994, estendeu, em termos expressos (CPC, arts. 496, VIII, e 546, II), o cabimento dos embargos de divergência aos acórdãos da Corte Suprema.

Fixadas as linhas gerais de origem dos embargos de divergência em nosso sistema processual, passamos a analisar a sua configuração conceitual, conforme previsão do Código de Processo Civil de 1973, em vigor.

Reconhece a doutrina que os embargos de divergência são um meio peculiar de se impugnar decisão proferida por uma das Turmas do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. Essa peculiaridade ganha relevo pela função de pacificação jurisprudencial que exerce os, embargos de divergência. Esse objetivo dos embargos foi bem registrado por José Saraiva, na obra de sua autoria Recurso especial e o STJ, publicada pela Editora Saraiva, São Paulo, 2002, p. 384, ao acentuar:

"A função principal do Superior Tribunal de Justiça é garantir à seriedade e o cumprimento do direito federal, uniformizando a jurisprudência conflitante nos Tribunais de segundo grau. Tal mister não pode ser alcançado caso os órgãos internos daquela Corte interpretem e apliquem as normas federais de maneira divergente".

O Ministro Humberto Gomes de Barros, ao relatar os Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 222.524-MA, deixou anotado que "Os embargos de divergência foram concebidos no escopo de preservar — mais que o interesse tópico de cada um dos litigantes — a necessidade de que o Tribunal mantenha coerência entre seus julgados".

A função dos embargos de divergência foi bem explicada por Bruno Mattos e Silva, em artigo intitulado "Prequestionamento, recurso especial e recurso extraordinário", publicado no site <http://www.brunosilva.adv.br/prequestionamento/divergencia.htm>, acessado em 20.6.2005, ao anunciar:

"Evidentemente, os órgãos fracionários desses tribunais, ao julgarem questões idênticas ou similares, podem chegar a resultados distintos. Isso, porém, não é bom para a sociedade, que precisa de segurança jurídica.

Com efeito, uma importante função do STJ, que deflui da interpretação do texto constitucional, é a de unificar o direito federal. Se o próprio STJ, por meio dos seus órgãos fracionários, tiver interpretações distintas a respeito de questões de direito federal, essa função não estará sendo cumprida. O mesmo se diga do STF, ao julgar a matéria constitucional.

Para resolver eventuais divergências, dentro do âmbito do tribunal, a respeito de questões de direito federal, no caso do STJ, ou constitucionais, no caso do STF, são cabíveis os embargos de divergência. Não são cabíveis embargos de divergência no âmbito dos tribunais de apelação.

Exatamente porque o objetivo dos embargos de divergência é o de extirpar julgamentos divergentes dentro do tribunal, não constitui divergência a ensejar embargos julgamento de outro tribunal. Ou seja, não é possível interpor embargos de divergência no recurso especial apontando julgamento divergente de tribunal de apelação, do Tribunal Federal de Recursos ou mesmo do STF. Nessa mesma medida, evidentemente, não cabe suscitar divergência no recurso extraordinário com julgamento divergente do STJ ou de qualquer outro tribunal".

2. A FUNÇÃO UNIFORMIZADORA DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA

Os embargos de divergência são cabíveis apenas no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, isto é, só atuam tendo como precedente o conhecimento de recurso extraordinário (STF) ou de um recurso especial (STJ).

O art. 496 da CPC delimita o campo de atuação dos embargos de divergência ao determinar:

"Art. 496. São cabíveis os seguintes recursos:

I — apelação;

II — agravo;

III — embargos infringentes;

IV — embargos de declaração;

V — recurso ordinário;

VI — recurso especial;

VII — recurso extraordinário;

VIII — embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário";

O inciso VIII do art. 496 do CPC foi acrescido pela Lei n. 8.950, de 13.12.1994. O seu regramento específico está, no CPC, em um único artigo, o 546, ao ditar:

"O art. 546. É embargável a decisão da turma que:

I — em recurso especial, divergir do julgamento de outra turma, da seção ou do órgão especial;

II — em recurso extraordinário, divergir do julgamento da outra turma ou do plenário.

Parágrafo único. Observar-se-á, no recurso de embargos, o procedimento estabelecido no regimento interno".

A função primordial dos embargos de divergência é consolidar a segurança jurídica que devem possuir os julgamentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, uniformizando a interpretação e a explicação do direito.

José Carlos Barbosa Moreira, em sua obra Comentário ao Código de Processo Civil, 8. ed., RJ: Forense, 2000, v. 5, p. 601-604, destaca, com absoluta precisão, a importante missão dos embargos de divergência no trato de apaziguar os conflitos de entendimento sobre a aplicação das normas positivas aos casos concretos.

Afirma o autor citado:

"O recurso previsto no atual art. 546 (e no respectivo parágrafo único do primeiro texto do Código) nada tem que ver, na substância, com os embargos infringentes (Capítulo IV) nem com os embargos de declaração (Capítulo V). Sua finalidade é análoga à do recurso de revista do direito anterior: propiciar a uniformização da jurisprudência interna do tribunal quanto a interpretação do direito em tese".

Certo é, portanto, que os embargos de divergência visam afastar interpretação divergente do sentido das normas positivas, em tese, nos órgãos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Essa é a razão maior da sua existência em nosso sistema processual.

Não perdem os embargos de divergência o caráter de correção que está ínsito em todos os recursos, tendo em vista que eles "possibilitam a ulterior eliminação do dissenso existente entre acórdão de turma e precedente de outro órgão colegiado do mesmo tribunal superior" (Bernardo Pimentel Souza, em Dos embargos de divergência, artigo publicado na obra coletiva, Dos recursos — volume 2, coordenado por Rodrigo Reis Mazzei, publicada pelo Instituto Capixaba de Estudos, ICE p. 652), fazendo prevalecer o entendimento da maioria dos componentes da Corte.

3. PRINCÍPIOS PROCESSUAIS APLICADOS AOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA

Arruda Alvim, em preciosa lição (anotações sobre a Teoria Geral dos Recursos, apud Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis, de acordo com a Lei n. 9.756/98,

obra coletiva coordenado por Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Júnior, 1. ed., 2. tiragem, 1999, RT, p. 5.3-54), destaca que "uma das formas apropriadas para estudar-se um tema é procurar identificar os seus princípios regentes, porque à luz de determinados referenciais constantes e que permeiam toda uma disciplina nos seus pontos nodais, pode-se ter uma visão geral do assunto e, sucessivamente, no estudo de cada espécie, verificar-se-ão as diferenças. No caso dos recursos, constituindo-se estes um instituto, pode-se dizer que cada uma das espécies é, em relação aos recursos um sub-instituto, tendo em vista comungarem as diversas espécies, em grande escala, dos mesmos princípios elementares, que informam a teoria dos recursos".

Nesse contexto de valorização do conhecimento dos princípios aplicados aos institutos jurídicos, passamos a examinar, nesse plano, os embargos de divergência.

Em regra geral, os recursos cíveis estão subordinados os seguintes princípios:

- a) princípio do duplo grau de jurisdição;
- b) princípio da taxatividade;
- c) princípio da singularidade;
- d) princípio da proibição da reformatio in pejus;
- e) princípio da voluntariedade;
- f) princípio da consumação;
- g) princípio da fungibilidade;
- h) princípio da dialeticidade;
- i) princípio da irrecorribilidade em separado das interlocutórias;
- j) princípio da proibição da complementaridade do recurso.

Os princípios acima apontados foram examinados, exaustivamente, por Dorival Renato, em seu livro Teoria geral dos recursos cíveis, publicado pela Editora Juarez de Oliveira, 2004.

No pertinente aos embargos de divergência, identificamos que a eles não se aplicam todos os princípios acima examinados, em face da singularidade dos seus objetivos de alcançar a uniformização do direito em tese nos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.

Entendemos que aos embargos de divergência são aplicáveis os princípios a seguir enumerados:

- a) princípio da taxatividade;
- b) princípio da singularidade;
- c) princípio da dialeticidade;
- d) princípio da proibição da reformatio in pejus;
- e) princípio da proibição da complementaridade do recurso;
- f) princípio da consumação;
- g) princípio da voluntariedade.

Segundo o princípio da taxatividade, o tipo recursal não depende da vontade das partes. Ele deve ser no momento próprio, o previsto no ordenamento jurídico. Só podem ser utilizados, conseqüentemente, embargos de divergência nos casos especificados na legislação processual civil.

O princípio da singularidade, também chamado de princípio da unicidade ou da unirrrecorribilidade, é o que só permite um recurso específico para atacar determinada decisão judicial. Em havendo divergência de julgamentos entre os órgãos do STF ou do STJ, o único recurso cabível é o de embargos de divergência.

O princípio dialético premia o debate, o contraditório. As razões da parte embargante, no recurso em julgamento, deverão de ser abertas ao embargado para contrariá-los. Esse processo aprimora a segurança jurídica da decisão, tornando-a absolutamente democrática.

Os embargos de divergência têm finalidade específica. Estão, conseqüentemente, subordinados ao princípio de que, se forem conhecidos e acolhidos, não devem produzir efeito que cause prejuízos à parte embargante (reformatio in pejus). O recurso é interposto em benefício do recorrente. A situação existente, em razão do recurso, só tem sentido se melhorar. Não pode piorar.

O ordenamento jurídico processual recursal não admite que, após serem interpostos os embargos divergentes, a parte, posteriormente, venha a complementá-lo. Na ocasião de sua apresentação, deve-se ter o cuidado de, desenvolver todos os seus fundamentos e explicitar, com clareza, o pedido de reforma.

Pelo princípio da consumação, há efeito precluso quando os embargos de divergência são interpostos. A parte não pode mais variar, interpondo outro recurso, ainda que dentro do prazo.

Por fim, em razão do princípio da voluntariedade, os embargos de divergência dependem, exclusivamente, da vontade das partes. Em nenhuma situação é permitido ao juiz agir de ofício.

4. OS REQUISITOS EXTRÍNSECOS E INTRÍNSECOS PARA A ADMISSIBILIDADE DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA

Os embargos de divergência exigem, no tocante ao procedimento de sua admissibilidade, os seguintes requisitos extrínsecos (modo como o recurso deva ser interpretado):

- a) tempestividade;
- b) regularidade formal;
- c) inexistência de fato extintivo ou impeditivo do direito de recorrer.

O prazo para a interposição dos embargos de divergência, tanto no Supremo Tribunal Federal como no Superior Tribunal de Justiça, é de 15 dias. Nesse sentido dispõem os arts. 334 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e 266 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Essa regra regimental advém do art. 508 do Código de Processo Civil:

"Art. 508. Na apelação nos embargos infringentes, no recurso ordinário, no recurso especial, no recurso extraordinário e nos embargos de divergência, o prazo para interpor e para responder é de 15 dias".

O mencionado prazo é contado na forma do art. 506, III, do CPC, isto é, da publicação da súmula do acórdão no órgão oficial, salvo manifesto conhecimento da parte da decisão embargada, como por exemplo, quando há retirada dos autos do cartório antes da mencionada publicação.

A respeito do prazo para interposição dos embargos de divergência, encontramos, na jurisprudência, os posicionamentos que a seguir são anotados:

REsp 67013-SP, julgado pela Corte Especial do STJ em 3.12.1997, relatado pelo Min. Eduardo Ribeiro, DJU 25.2.1998, p. 1:

"Embargos de divergência. Prazo. Considera-se a data em que a petição de recurso deu entrada no Tribunal e não aquele em que postada".

Não sendo interposto os embargos de divergência no prazo de 15 dias, ocorre a denominada preclusão temporal. Esse prazo não se submete a qualquer fenômeno de suspensão ou interrupção, salvo as exceções, previstas em lei como os ditados pelos arts. 179, 180 e 507 da CPC, a saber:

a) "Art. 179. A superveniência de férias suspenderá o curso do prazo; o que lhe sobejar recomençará a correr do primeiro dia útil seguinte ao termo de férias".

b) "Art. 180. Suspende-se também o curso do prazo por obstáculo criado pela parte ou ocorrendo qualquer das hipóteses do art. 265, ns. I e III; casos em que o prazo será restituído por tempo igual ao que faltava para a sua complementação".

c) "Art. 507. Se, durante o prazo para a interposição do recurso, sobre vier o falecimento da parte ou de seu advogado, ou ocorrer motivo de força maior, que suspenda o curso do processo, será tal prazo restituído em proveito da parte, do herdeiro ou do sucessor, contra quem começará a correr novamente depois da intimação".

O devido processo legal exige que o recurso, para que assegurada garantia integral às partes, apresente-se revestido da forma consagrada em lei.

O recorrente haverá, em razão desse preceito, de apresentar os embargos de divergência em forma de petição dirigida à autoridade judiciária competente, indicando os pontos fáticos e legais divergentes e, finalmente, fazendo o pedido de prevalência do paradigma indicado.

Os embargos de divergência devem ser, portanto, motivados, apontando-se as razões determinantes do seu conhecimento e apreciação do mérito bem como devem conter o pedido de nova decisão.

Há, também, de ficar demonstrada, implícita ou explicitamente, a inexistência de qualquer fato extintivo ou impeditivo do direito de interposição dos embargos de divergência. Esses fatos são pressupostos negativos, e, em regra, são: a) qualquer causa denunciadora de que a parte renunciou ao recurso; b) ausência de prática de ato no sentido da concordância com a decisão embargada; c) manifesta desistência do recurso; d) comprovação de desistência da ação; e) renúncia ao direito sobre que se funda a ação.

Os requisitos intrínsecos exigidos para que haja admissibilidade dos embargos de divergência são:

- a) cabimento do recurso;
- b) legitimação para recorrer;
- c) interesse em recorrer.

O cabimento do recurso será mais adiante analisado, enfrentando-se a exigência de ser interposto contra decisão de Turma, Seção ou da Corte, no âmbito do STJ, e de Turma, quando for interposto no Supremo Tribunal Federal, bem como a demonstração analítica da divergência.

Esse exame tem vinculação com a pertinência e com a adequação do recurso.

Os embargos de divergência só podem ser interpostos pela parte vencida ou pelo Ministério Público, quando for o caso. Interessante anotar que, no Supremo Tribunal Federal, como o Ministério Público intervém em todos os recursos, não há que se falar em divergência quanto a ser legitimado o Ministério Público para, naquela Corte, interpor embargos de divergência.

A parte vencida, inicialmente, tem ampla legitimidade para apresentar os embargos de divergência, mesmo que tenha sido revel durante toda a fase de conhecimento ou somente na fase recursal. De igual modo, estão legitimados para a interposição dos embargos de divergência os litisconsortes, quando vencidos e que tenham ingressado anteriormente na relação jurídica processual.

Podem interpor os embargos de divergência, ainda, os sucessores (a título universal e singular). É de ser lembrado que, em se tratando de sucessão causa mortis, o processo deve ser suspenso para que ocorra a habilitação, na forma prevista nos arts. 43, 265, § 1º, e 1.055 do Código de Processo Civil. Lembramos que, na hipótese, a contagem do prazo recursal obedecerá aos ditames do art. 507 do Código de Processo Civil. Se a sucessão for inter vivos, a regra a ser seguida é a do art. 42 do CPC.

O assistente, igualmente, possui legitimidade para interpor os embargos de divergência. Ele, embora não seja parte principal, é, de qualquer modo, parte.

O terceiro prejudicado, desde que comprove essa situação, poderá, também, apresentar embargos de divergência. É a regra do art. 499 do Código de Processo Civil. O terceiro há de demonstrar prejuízo jurídico, na forma do art. 50 do CPC, originário da existência de um vínculo entre a relação jurídica em litígio e aquela de que é titular o terceiro, conforme está assentado no julgamento do REsp 28857/PR, decidido pela 3ª Turma do STJ, em 23.11.1993.

Por fim, o Ministério Público tem legitimidade para interpor embargos de divergência em todos os processos que funcionar, de modo obrigatório ou não.

5. A COMPETÊNCIA PARA O JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Superior Tribunal de Justiça, nos 16 anos de existência, tem contribuído, com a sua jurisprudência, para o aperfeiçoamento dos embargos de divergência.

O Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, com apoio nas regras do Código de Processo Civil, disciplina os embargos de divergência no art. 266, ditando:

"Art. 266, Das decisões da Turma, em recurso especial, poderão, em quinze dias, ser interpostos embargos de divergência, que serão julgados pela Seção competente, quando as Turmas divergirem entre si ou de decisão da mesma Seção. Se a divergência for entre

Turmas de Seções diversas, ou entre Turma e outra Seção ou com a Corte Especial, competirá a esta o julgamento dos embargos.

§ 1º A divergência indicada deverá ser comprovada na forma do disposto no art. 255, §§ 1º e 2º, deste Regimento.

§ 2º Os embargos serão juntados ao autos independentemente de despacho e não terão efeito suspensivo.

§ 3º Sorteado o relator, este poderá indeferir-los, liminarmente, quando intempestivos, ou quando contrariarem Súmula do Tribunal, ou não se comprovar ou não se configurar a divergência jurisprudencial.

§ 4º Se for caso de ouvir o Ministério Público, este terá vista dos autos por vinte dias".

Em decorrência das normas postas no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, que estão em harmonia com as disposições do Código de Processo Civil quando cuida desse tipo de recurso, tem-se que, em regra, os embargos de divergência, no tribunal assinalado, apenas são cabíveis:

a) quando a decisão recorrida, em sede de recurso especial, tiver sido, proferida por Turma do Superior Tribunal de Justiça e manifeste contrariedade ao que, sobre o mesmo assunto, decidiu outra Turma, Seção ou Corte Especial;

b) quando a decisão apresentada para confronto apresentar solução, sobre fato e matéria jurídica idênticos ao que está no acórdão embargado;

c) se apresentados no prazo de 15 dias a contar da data da publicação do acórdão enfrentado.

Em razão do contido no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, concluímos que a competência para o julgamento dos embargos de divergência no âmbito da Corte está assim dividida:

a) se a divergência for entre Turmas da mesma Seção, a competência será da Seção composta pelos integrantes das Turmas em conflito;

b) se a divergência for entre Turma e Seção a que aquela pertença, a competência será da Seção respectiva;

c) se a divergência for entre Turmas que compõem Seções diferentes, a competência será da Corte Especial;

d) se a divergência for entre Turma e Corte Especial, o julgamento será da Corte Especial.

O Pleno do Superior Tribunal de Justiça em nenhuma hipótese recebe competência para processar e julgar os embargos de divergência. Aliás, deve ser deixado bem claro que esse órgão não tem função jurisdicional, limitando-se a cumprir, apenas, atividades administrativas especificadas no Regimento Interno. O órgão máximo de entrega da prestação jurisdicional, no Superior Tribunal de Justiça, é a Corte Especial, composta por 21 Ministros.

6. CONDIÇÕES DE PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA

Os embargos de divergência, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, obedecem às regras seguintes:

- a) só têm cabimento quando uma decisão de Turma se apresentar de modo diverso de outra proferida por Turma diferente, Corte Especial ou Seção;
- b) só se admite o seu processamento se for apresentado em sede de recurso especial;
- c) apenas as decisões colegiadas são atacadas pela via dos embargos de divergência;
- d) o prazo para a sua interposição é de 15 dias, a partir da publicação da intimação do acórdão que se tem como divergente no Diário da Justiça;
- e) a parte embargada tem o prazo de 15 dias, após os embargos serem recebidos, para apresentar as suas contra-razões;
- f) os embargos de divergência são submetidos, preliminarmente, a um juízo provisório de admissibilidade, oportunidade em que é examinada a possibilidade de sua discussão, em razão da divergência que está aparentemente demonstrada;
- g) a petição dos embargos de divergência deverá ser apresentada, diretamente, à secretaria do Superior Tribunal de Justiça e juntada aos autos independentemente de despacho;
- h) se a petição for enviada por fax, os originais devem ser entregues à Secretaria no prazo máximo de 5 dias após a entrada do recurso no Tribunal;
- i) a petição inicial deve, desde logo, ser instruída com a prova da divergência;
- j) a prova da divergência pode ser feita com cópia autêntica do acórdão ou dos acórdãos apresentados para confronto ou mediante citação da sua publicação em repositório de jurisprudência, oficial ou autorizado, fazendo-se transcrever, de modo compreensível, os trechos que demonstram a divergência, com a menção das circunstâncias que identificam

serem iguais os fatos e a natureza jurídica do que os acórdãos em confronto discutiram, embora apontando soluções diversas;

k) os embargos de divergência serão distribuídos a um relator que não tenha participado da decisão e, imediatamente, a ele apresentados para exercer o juízo de sua admissibilidade;

l) o juízo prévio de admissibilidade não é definitivo, podendo ser apreciado, em caso positivo, quando do julgamento dos embargos pelo colegiado; m) se o juízo prévio de admissibilidade for negativo, a parte prejudicada poderá impugná-lo pela via do agravo regimental (interno);

n) se o relator não se retratar, apresentará o agravo regimental (interno) para julgamento do colegiado;

o) da emissão do juízo positivo de admissibilidade não cabe agravo regimental (interno);

p) o colegiado competente só conhece do mérito dos embargos de divergência quando, preliminarmente, convencer-se de que, realmente, o dissídio jurisprudencial está caracterizado;

q) da decisão proferida nos embargos de divergência cabe embargos de declaração e, se for caso, presentes as exigências constitucionais, recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal;

r) convencido o órgão julgador de que o dissídio está demonstrado, assentará qual a tese jurídica a ser seguida e, desde logo, fará a sua aplicação ao caso concreto;

s) não há preparo dos Embargos de Divergência.

No tocante aos efeitos dos Embargos de Divergência, registre-se que, de modo enfático, o Regimento do Superior Tribunal de Justiça indica que serão sempre devolutivos, conforme consta no § 2º do art. 266 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, redação dada pela Emenda Regimental n. 2/92.

Não tem, contudo, esse posicionamento do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça sido reconhecido, de modo unânime, pela doutrina e pela jurisprudência.

No particular, invocamos observações que estão plantadas no artigo Embargos de divergência em agravo interno: (in) aplicabilidade da Súmula n. 599 do STF, da autoria de Márcio Carvalho Faria, publicado no site <http://www.jusnavegandi.com.br>, acessado em 21 de junho de 2005:

"Quanto aos efeitos, pode-se dizer que pela análise do § 2º do art. 266 do RISTJ (com a redação dada pela Emenda Regimental n. 2/92), os embargos de divergência são dotados de efeito devolutivo, apenas.

Outro argumento a reforçar este entendimento seria a ausência desta previsão em relação aos acórdãos proferidos em recurso extraordinário e especial (CPC, art. 542, § 2º). Ora, se os embargos de divergência têm como “alvo” a impugnação destes acórdãos, e estes não possuem efeito suspensivo, não teria lógica se este recurso tivesse o condão de sustar a eficácia do acórdão embargado. Nas palavras de Orione Neto (2002, p. 609):

“Realmente, se um aresto de tribunal de segundo grau produz efeito desde logo, mesmo com a interposição de recurso especial — por exemplo, fundado em dissídio jurisprudencial em relação a precedentes do Superior Tribunal de Justiça —, não faz sentido impedir a eficácia imediata de acórdão proferido por tribunal superior, ainda que o aresto tenha sido impugnado por meio de embargos de divergência. Se o acórdão de tribunal de segundo grau tem eficácia desde logo, com mais razão aresto de Corte Superior”¹.

Apesar disso, tem prevalecido na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que os embargos de divergência deverão ser recebidos com efeito suspensivo em caso de provimento de recurso especial ou extraordinário endereçado ao tribunal superior”.

A seguir, o autor cita entendimentos doutrinários e jurisprudenciais defendendo esse posicionamento:

“Nesse sentido, confira-se o magistério de Schimura (in Wambier, 1997, p. 427):

“Os embargos de divergência suspendem a eficácia do acórdão embargado, se neste houver provimento do recurso extraordinário. Suspendem os efeitos do acórdão embargado, e não da decisão de grau inferior, atacado pelo recurso especial ou extraordinário”.

Também o Pretório Excelso adotou tal posicionamento, sob o argumento de que “se se executasse, desde logo, o acórdão do STF, no recurso extraordinário, bem poderia acontecer que, logo depois, com eventual provimento dos embargos de divergência, viesse a se tornar necessária a recomposição da situação anterior”. Veja-se:

“Reclamação. Preservação da competência do STF. Execução antecipada. Art. 156 do RI. Recurso Extraordinário. Embargos de divergência. Eficácia.

Os embargos de divergência suspendem a eficácia do acórdão embargado se neste houve provimento de recurso extraordinário (Precedente: ERE 43485, in RTJ 29/173). DELGADO, José Augusto. Aspectos gerais dos embargos de divergência: origem, conceito, pressupostos e controvérsias. In: FÉRES, Marcelo Andrade; CARVALHO, Paulo 24

Aplicar os efeitos da decisão do recurso extraordinário, quando pendente o julgamento dos embargos de divergência, viola a competência do STF para essa decisão final.

Reclamação julgada procedente”².

Argumenta-se, outrossim, no sentido da admissibilidade do efeito suspensivo nos embargos em comento porque, segundo Câmara (2004), se a lei processual não excluir, expressamente, a atribuição de efeito suspensivo em determinado recurso, sua existência deve ser presumida. Assim, como não há, no CPC ou em qualquer outro dispositivo legal, qualquer norma neste sentido, chega-se à conclusão de que os embargos de divergência são dotados de efeito suspensivo.

Além disso, cabe frisar que, assim como na disciplina dos recursos excepcionais, na qual apesar de a lei não trazer a previsão de efeito suspensivo, no recurso de embargos de divergência também são perfeitamente cabíveis as medidas cautelares a fim de se atingir tal escopo. Nesse sentido, veja-se:

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MEDIDA CAUTELAR — 974

Órgão Julgador: CORTE ESPECIAL

Data da decisão: 6/5/1998

Fonte DJ DATA: 18/12/1998

Relator(a) MILTON LUIZ PEREIRA

EMENTA DELGADO, José Augusto. Aspectos gerais dos embargos de divergência: origem, conceito, pressupostos e controvérsias. In: FÉRES, Marcelo Andrade; CARVALHO, Paulo 25

PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR INCIDENTAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. EFEITO SUSPENSIVO. CF, ART. 5º, XXXV. CPC, ARTS. 796 E SEQUINTEs.

1. A precoce execução do julgado, pendente recurso, por si, mobiliza conseqüências danosas, podendo tornar ineficaz ou dificultar a prestação jurisdicional pedida. "Ex lege", desprovido o recurso de efeito suspensivo, capaz de prevenir lesão de direito ou para evitar que direito possível praticamente fique irrealizável, a sua negação deixaria sem sentido o exercício da atividade recursal, quando não, a sua apreciação (art. 5º, XXXV CF, arts. 796 e segts., CPC).

2. Distinguida a plausibilidade do direito alegado nos Embargos de Divergência, avistado o risco concreto, ficando rompido o equilíbrio entre as partes, afastada a decorrência satisfativa, presentes os pressupostos da pretendida tutela, a procedência do pedido harmoniza-se com as circunstâncias e razões de direito que informam a medida cautelar.

3. Procedência da cautelar, (destaques acrescentados)".

A conclusão que firmamos é no sentido de que, conforme demonstrado, não é absoluto o efeito devolutivo dos embargos de divergência. Ele passa a ter a natureza de suspensivo quando se caracterizar a situação acima invocada.

7. REPERTÓRIO JURISPRUDENCIAL DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Superior Tribunal de Justiça, desde o início do seu funcionamento, em 1989, tem manifestado pelas decisões emitidas o seu entendimento sobre os embargos de divergência no referente a todos os seus aspectos. A sua contribuição jurisprudencial é de forte intensidade para o aprimoramento dessa via recursal, com função específica de impor segurança jurídica às decisões prolatadas pelo Poder Judiciário, no campo infraconstitucional, em cumprimento a um, entre tantos, postulados do regime democrático que assegura o direito do cidadão de buscar pronunciamento do Estado a respeito da sua situação quando em estado de conflito com outrem ou com o próprio Estado ou seus órgãos da administração direta ou indireta.

Apresentamos, a seguir, de forma sintética, as principais manifestações do Superior Tribunal de Justiça sobre os embargos de divergência.

Inicialmente, destacamos as súmulas existentes a seu respeito. Elas são:

a) Súmula n. 168. "Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado".

Essa súmula foi aprovada e publicada no Diário da Justiça de 22.10.1996, p. 40503, e continua em vigor. Apontamos dois precedentes, entre outros, que lhe deram origem. Eles:

(a.1) AgRg no EREsp 864 MG, com ementa publicada no Diário da Justiça de 21.2.1994, texto integral do acórdão na Revista do Superior Tribunal de Justiça n. 92, p. 33 e seguintes.

(a.2) AgRG no EREsp 32309, Paraná, decisão de 9.3.1994, com ementa publicada no Diário da Justiça de 28.3.1994, p. 6289, e inteiro teor do acórdão na Revista do Superior Tribunal de Justiça, n. 91, p. 37 e seguintes.

(a.3) AgRg no EREsp n. 58402, de São Paulo, decisão de 13.6.1995, publicada no DJ de 7.8.1995, p. 23001. O inteiro teor do acórdão está na Revista do Superior Tribunal de Justiça n. 91, p. 43 e seguintes.

(a.4) AgRg no EREsp n. 53284, de SP, decisão de 14.12.1995, publicada no DJ de 11.3.1996, p. 6553. O acórdão, na íntegra, está na Revista do Superior Tribunal de Justiça, v. 91, p. 41 e seguintes.

(a.5) EREsp n. 36012, de São Paulo, decisão de 13.10.1994, publicada no Diário da Justiça de 7.11.1994, p. 29994. O acórdão está publicado, de modo integral, na Revista do Superior Tribunal de Justiça de n. 91, p. 45 e seguintes.

b) Súmula n. 158. Não se presta a justificar embargos de divergência o dissídio com acórdão de turma ou seção que não mais tenha competência para a matéria neles versada.

Essa súmula foi aprovada em data de 15.5.1996 e publicada no Diário da Justiça de 27.6.1996, p. 18029. Os precedentes jurisprudenciais que lhe deram origem são:

(b.1) EREsp n. 43239 de São Paulo, decisão de 8.6.1995, publicada no Diário da Justiça de 20.5.1996, p. 16659. O acórdão está publicado na íntegra, na Revista do Superior Tribunal de Justiça de n. 86, p. 200 e seguintes.

(b.2) AgRg nos EREsp n. 42280, do Rio de Janeiro, decisão de 26.10.1995, publicada no Diário da Justiça de 27.11.1995, p. 40836. A íntegra do acórdão está na Revista do Superior Tribunal de Justiça, v. 86, p. 195 e seguintes, bem como, na Revista LEXSTJ, v. 81, p. 201 e seguintes.

(b.3) EREsp n. 35314, de São Paulo, decisão de 10.8.1995, publicada no Diário da Justiça de 11.9.1995, p. 28772. Acórdão publicado, de modo integral, na Revista do Superior Tribunal de Justiça, v. 86, p. 197.

(b.4) EREsp n. 50442, de São Paulo, decisão de 10.8.1995, publicada no Diário da Justiça de 4.9.1995, p. 27792. Acórdão integral na Revista do Superior Tribunal de Justiça, v. 86, p. 210 e seguintes.

Passamos, a seguir, a enumerar decisões do Superior Tribunal de Justiça que registram situações em que os embargos de divergência não devem ser conhecidos, isto é, o mérito não é apreciado por ausência de pressupostos genéricos ou específicos para que possa ter curso.

8. NÃO-CONHECIMENTO DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA QUANDO AS DECISÕES EM CONFRONTO NÃO FOREM PROLATADAS NO MESMO GRAU DE COGNIÇÃO

O Superior Tribunal de Justiça adota preceito jurisprudencial no sentido de não conhecer de embargos de divergência quando as decisões confrontadas não tenham sido prolatadas no mesmo grau de cognição. É o caso em que o acórdão embargado reflete decisão de não-conhecimento dos embargos de divergência pela ausência de qualquer dos

pressupostos exigidos para o seu curso, sem examinar o mérito, e aponta-se para confronto, acórdão que, embora trate da mesma matéria, tenha sido examinado, substancialmente, no tocante ao direito material nele posto. Em, síntese, não se conhece de embargos de divergência em razão de regras técnicas de conhecimento.

Seguem as manifestações jurisprudenciais, por suas ementas, a respeito do assunto:

a) AgRg nos EREsp 424206/RS, relatado pelo Ministro Paulo Gallotti, julgado pela Terceira Seção, em 9.4.2003, publicado no DJ 8.6.2005 p. 148, com ementa seguinte:

"AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. TÉCNICA DE ADMISSIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE.

1 — Inexiste a divergência ensejadora da interposição dos respectivos embargos, quando o acórdão impugnado avança no exame do mérito da controvérsia, limitando-se o paradigma a não conhecer do recurso.

2 — São incabíveis os embargos de divergência baseados em inobservância de regra técnica de admissibilidade do recurso especial.

3 — Agravo improvido".

b) Nos Embargos de divergência Em REsp n. 314.226-SP, relatado pelo Ministro Fernando Gonçalves, julgado em 24.11.2004, pela 2ª Seção, o tema da regra técnica foi amplamente debatido. Assentou a Seção o que passamos a transcrever, considerando o teor dos votos proferidos.

O relator, Ministro Fernando Gonçalves, não conheceu dos embargos com base na seguinte fundamentação:

"Exmo. Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator):

A irresignação não merece prosperar. Com efeito, na esteira dos reiterados precedentes do STJ (AEEResp n. 169025/MG, DJU de 9/4/2001 AEREsp N. 192049/DF e ERESP n. 53761/SP) não cabem embargos de divergência quando o dissenso tem como objeto regra técnica de conhecimento, conforme acontece in casu, ou seja, o julgado recorrido não conhece do especial em virtude da incidência da súmula 7 desta Corte e a recorrente afirma não haver empecilho para o julgamento do mérito.

A propósito:

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. REGRA TÉCNICA DE CONHECIMENTO. DISSENSO INEXISTENTE.

1 — Não cabem embargos de divergência quando o dissenso resume-se à pretensão de aplicação de regra técnica de conhecimento, vale dizer, no sentido de fazer preponderar

pressupostos do especial que, sob a ótica da embargante, teriam sido vulnerados. Precedentes desta Corte.

2 — Agravo regimental improvido" (AEREsp 299.629/SP, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, DJU, 3.2.03).

"EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. REGRA TÉCNICA DE ADMISSIBILIDADE DE RECURSO ESPECIAL (SÚMULA 7-STJ).

— Inadmissibilidade dos embargos de divergência em face da situação fática peculiar de cada um dos Arestos postos em confronto.

— Agravo desprovido" (AEREsp 286.092/RJ, Rel. Ministro Barros Monteiro, DJU, 16.12.2002).

"AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA.

— Nos embargos de divergência não cabe juízo sobre a simples aplicação de regra técnica de julgamento do recurso especial.

— Agravo denegado." (AEREsp 331.864/SP, Rel. Ministro Fontes de Alencar, DJU, 22.9.03).

A seguir, votou o Ministro Aldir Passarinho Júnior, seguindo o relator, com a fundamentação a seguir transcrita:

"EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JÚNIOR: Sr. Presidente, acompanho o voto do eminente Ministro-Relator, deixando claro que, embora na Quarta Turma, em função de uma jurisprudência assentada anteriormente, com outra composição que não exatamente a atual, mas constituindo entendimento de que a seguradora daria aval à saúde do cidadão pelo simples fato de não submeter a exame médico prévio cada um dos que se propõem a contratar o seguro, sempre fui contra.

Fiz a seguinte ressalva no Recurso Especial n. 399.455/RS:

Conquanto pessoalmente não comungue do ponto de vista de que se a empresa seguradora não efetuar prévios exames no candidato a segurado, quando de sua proposta de filiação, ela fica obrigada a proporcionar, automática e indiscriminadamente, qualquer cobertura''.

Ou seja, não comungo desse ponto de vista porque me parece que seria cancelar a obrigatoriedade de um check-up gratuito, que vai desde um exame de sangue a uma tomografia computadorizada em cada um dos candidatos ao seguro, para saber se realmente tem a higidez necessária. Parece-me que também se deve privilegiar, no contrato de seguro, a honestidade das partes. Então, se a parte falta com a verdade quando da assinatura da proposta, dizendo que goza de um estado de saúde que não corresponde à realidade, e isso ficar flagrante, realmente entendo que esse vício não fica afastado pela mera celebração do

contrato. Submeter cada proponente a um check-up gratuito seria inviável econômica e financeiramente. Esse sempre foi o meu ponto de vista na Turma, embora minoritário. Apenas há casos em que, quando o cidadão omite um determinado dado, mas, durante muitos anos, continua renovando tal seguro, dando mostras de que, na verdade, havia higidez, ou pelo menos que ele desconhecia que estava em um estado grave, tanto que durante cinco, seis, sete anos vai renovando esse seguro e, no final, vem a falecer, aí, sim, haveria por que pagar o seguro, pois estava comprovado que, efetivamente, não estava tão doente assim, e a seguradora pôde, durante algum tempo, receber esse prêmio. Nesse caso, não haveria má-fé.

Absolutamente não sufrago o ponto de vista sustentado pelo embargado quanto a essa "carta branca" dada ao segurado no sentido de ter essa isenção. Pode-se verificar que, normalmente, nos precedentes da minha Turma, quando acompanho, faço essa ressalva quanto à existência de um longo tempo posterior à contratação do seguro. Nesse sentido, sou voto minoritário na Quarta Turma, mas faço essa ressalva apenas para deixar bem clara minha posição a respeito. Acompanho o eminente Relator pelos fundamentos do seu voto, em função da situação fática do caso sub judice. Não conheço dos embargos de divergência".

O Exmo. Sr. Ministro Barros Monteiro, seguindo o relator, afirmou:

"Sr. Presidente, não chegaria a afirmar, como o fez o Sr. Ministro Relator, que não cabem os embargos de divergência quando se tratar de apreciação de regra técnica de admissibilidade do recurso especial. Isso porque já temos determinados casos em que há flagrante divergência entre as Turmas e Seções desta Corte.

É possível que haja embargos de divergência, como no caso do prequestionamento e em outras hipóteses, como V. Exa. está mencionando agora. Todavia, da maneira como está o acórdão embargado, não vejo como considerar admissíveis estes embargos de divergência, pois a Terceira Turma no julgamento do recurso especial partiu do pressuposto fático assentado pelo Tribunal de origem; ou seja, o autor era portador de doença gravíssima, acometido de neoplasia hepática e renal. Para mudar a base fática, haveria a colenda Terceira Turma de reexaminar matéria de fato, o que é inviável em sede de recurso especial.

Neste caso, não é possível conhecer dos embargos de divergência. O que está a pretender em última análise o embargante? Uma releitura do acórdão embargado, ou seja, quer sustentar que o acórdão embargado se equivocou ao dar pela aplicação da Súmula 7. Ora, se esta súmula foi bem ou mal aplicada é algo que não pode ser reexaminado em sede de embargos de divergência.

Há mais um aspecto, Sr. Presidente, o acórdão embargado em nenhum momento cogitou da necessidade de exame prévio por parte da seguradora; tal aspecto simplesmente não é ali ventilado.

Daí por que, com a devida vênia, não conheço dos embargos de Divergência".

O Exmo. Sr. Ministro Jorge Scartezzini em voto-vista, acompanhou o relator, com a fundamentação seguinte:

"Sr. Presidente, pedi vista destes autos para melhor exame da matéria. Cuida-se de Embargos de Divergência em Recurso Especial interposto por HILDA LOPES DE ALMEIDA WARD, embargante, sendo embargada VERA CRUZ SEGURADORA S/A, contra o v. acórdão de fls. 275, proferido pela Colenda Terceira Turma deste Colegiado Superior que, à unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, mantendo a r. decisão monocrática que não conheceu do Recurso Especial, porquanto a análise do mesmo redundaria no reexame de provas (aplicação da Súmula 7/STJ).

O ilustre Ministro Relator, Fernando Gonçalves, acompanhado pelos eminentes Ministros Aldir Passarinho Júnior, Nancy Andrichi, Castro Filho e Barros Monteiro, não conheceu dos embargos, ao fundamento de que "não cabem embargos de divergência quando o dissenso tem como objeto regra técnica de conhecimento, conforme acontece in casu, ou seja, o julgado recorrido não conhece do especial em virtude da incidência da súmula 7 desta Corte e a recorrente afirma não haver empecilho para o julgamento do mérito".

Estes são os fatos, em breve relatório.

Adentro ao exame do pedido.

Inicialmente, anoto que a teor do art. 255, §§ 1º e 2º, do RI/STJ, não basta a simples transcrição de ementas para apreciação da divergência jurisprudencial, devendo ser mencionadas e expostas as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados. Logo, impõe-se a similitude fática do acórdão embargado e os paradigmas com tratamento jurídico diverso.

Compulsando os autos, porém, verifico que, além do embargante haver colacionado apenas a ementa dos vv. arestos paradigmas, a situação fática dos autos não é a mesma dos referidos julgados.

O v. julgado embargado, ao não conhecer do Recurso Especial, mantendo o v. aresto de origem, em voto da lavra da eminente Ministra NANCY ANDRIGHI, ressaltou que (fls. 273) "... A análise do recurso especial por ofensa aos arts. 1.432 do CC e 46 e 47 do CDC e dissídio jurisprudencial depende do necessário reexame de prova, com o fito de se identificar, ou não, a existência de boa-fé do segurado, ora agravante, no ato da contratação da majoração do valor do seguro de vida".

Já os paradigmas colacionados (Ag. Reg. AG n. 313.769/SC, Rel. Ministro Barros Monteiro e REsp ns. 86.095/SP, 258.805/MG e 234.219/SP, todos tendo como Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar), adentraram na questão meritória, asseverando que a empresa que explora plano de seguro-saúde e recebe contribuições de associado sem submetê-lo a exame prévio, não pode se escusar do pagamento de sua contraprestação, ao fundamento de omissão nas informações prestadas pelo segurado.

Dessa forma, ausente a similitude fática entre os julgados, não se conhece da divergência aventada.

Neste sentido, os seguintes precedentes:

“EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. (...). ACÓRDÃOS RECORRIDO E PARADIGMA. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE. NÃO CONHECIMENTO.

I — Inexistindo similitude entre as situações versadas nos acórdãos recorrido e paradigmas, tem-se como insubsistente o dissenso autorizador da interposição dos embargos de divergência.

II — Embargos de divergência não conhecidos.” (REsp n. 379.502/RS, Relator para Acórdão Ministro Francisco Falcão, DJU 17.5.2004).

“EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. (...). DISSÍDIO NÃO COMPROVADO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE AS HIPÓTESES POSTAS EM CONFRONTO.

— Em tema de divergência jurisprudencial, mostra-se imprescindível para a caracterização do dissídio que os julgados confrontados tenham sido proferidos em situações fáticas semelhantes.

— Embargos não conhecidos.” (REsp n. 148.741/DF, Relator Ministro Paulo Gallotti, DJU 17.5.2004).

“EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA — RECURSO ESPECIAL —

(...) - AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS ACÓRDÃOS CONFRONTADOS.

As razões de decidir do aresto chamado à colação não evidenciam a hipótese de divergência entre as Turmas porque ausente a similitude fática entre os arestos cotejados. (...).

Embargos de divergência não conhecidos. “(REsp n. 245.677/AL, Relator Ministro Franciulli Netto, DJU 15.3.2004).

"PREVIDENCIÁRIO — PROCESSO CIVIL — EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL — (...) — ACÓRDÃO PARADIGMA FATICAMENTE DIVERSO DO ARESTO EMBARGADO — INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL—ARTIGOS 255, §§ 1º E 2º, E 266, DO RISTJ — EMBARGOS NÃO CONHECIDOS.

A teor do art. 255 e parágrafos, do RISTJ, não basta a simples transcrição de ementas para apreciação da divergência jurisprudencial, devendo ser mencionadas e expostas as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados.

Logo, impõe-se a similitude fática do acórdão embargado e o paradigma com tratamento jurídico diverso. (...) Precedentes desta Seção.

Embargos de Divergência não conhecidos'' (EREsp n. 250.602/RN, de minha Relatoria, DJU 4.2.2002)

Outrossim, o Tribunal de origem foi categórico ao registrar que (fls. 154), verbis:

''É indubitável, pela prova dos autos, que muito antes de contratar com a ré, o segurado já estava gravemente enfermo, acometido de neoplasia hepática e renal, vindo a falecer de metástase cerebrais e câncer renal (fls. 10), e já estava sendo submetido a intensivo tratamento médico, diante do que não é crível dizer que desconhecia a gravidade de seu estado de saúde ao contratar a elevação do seguro, quando não declarou a realidade dos fatos. Aliás, a elevação do capital segurado, de R\$ 2.500,00 para R\$ 30.000,00, é prova inequívoca de que sabia de seu estado precário de saúde, prevendo certamente sua morte, que não é, como afirmado na r. sentença, acontecimento incerto, pois nada mais certo existe que ela'' (negritei).

Lamentavelmente, examinar-se ou não a questão pertinente à boa-fé na contratação da elevação do seguro demandaria o revolvimento da matéria fático-probatória. É certo, consoante ensina-nos Junqueira de Azevedo (in ''Estudos e Pareceres de Direito Privado'', Saraiva, 2004), que a boa-fé objetiva em relação aos contratos de seguro (art. 1.443, do CC), está positivada expressamente em nosso ordenamento desde 1917. Assim, exige a lei civil brasileira que as partes mantenham correção, lealdade, respeito mútuo às expectativas etc. Tal instituto, prima facie, não precisa vir comprovado, porquanto se presume. Porém, no caso concreto, parece-me que este se operou de forma contrária aos interesses do segurado falecido.

Por tais fundamentos, acompanho o eminente Ministro Relator para, também, não conhecer destes embargos de divergência.

É como voto".

A jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça aponta para o posicionamento acima assentado. Temos, contudo, opinião firmada na linha de que a regra técnica não pode ser aplicada de modo generalizado. Ela cede, por exemplo, quando o acórdão embargado, analisando situação fática e legal determinadas, não conhece do recurso alegando ausência de prequestionamento e o acórdão embargado, em idêntica situação fática e jurídica, tendo por base fundamentações dos acórdãos e das peças recursais idênticas, conhece do recurso.

São situações especiais que necessitam de análise mais aprofundada, a fim de que não seja negada a entrega da prestação jurisdicional.

9. TRÊS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ACOLHIDOS E, CON-SEQÜENTEMENTE, APRESENTANDO COMO RESULTADO A FIXAÇÃO DE TESE JURÍDICA A PREVALECER NO LITÍGIO EXAMINADO

Os embargos de divergência citados anteriormente não foram conhecidos. O Superior Tribunal de Justiça, conseqüentemente, não firmou nenhum entendimento a respeito das questões jurídicas de direito formal e material discutidas nas decisões confrontadas. Prevaleceu, para o caso concreto, o decidido no acórdão embargado.

O nosso estudo, a partir da fase atual, ficará concentrado em algumas hipóteses em que os embargos de divergência, por preencherem todos os requisitos (extrínsecos e intrínsecos), foram conhecidos e examinaram as teses jurídicas discutidas nos acórdãos confrontados, posicionando-se a respeito de uma delas. Cumpre, no particular, ao Superior Tribunal de Justiça, em toda a sua plenitude, a função uniformizadora de interpretar a legislação infraconstitucional e de ser o guardião de sua autoridade.

Destacamos a fixação do Superior Tribunal de Justiça sobre as teses jurídicas abaixo enumeradas.

9.1. É descabida a acumulação de duas aposentadorias — estatutária e rural por idade — em razão da interpretação dada ao art. 124 da Lei n. 8.213/91

Um dos acórdãos contribuidores para esse entendimento é o assim ementado:

"EResp 246844/RS, relatados pelo Ministro Gilson Dipp e julgados pela Terceira Seção, em 25.5.2005, com publicação no DJ 8.6.2005, p. 148.

Ementa: PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA ESTATUTÁRIA E RURAL POR IDADE. ACUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 11, § 1º DA LEI 8.213/91 E DECRETOS 351/91 E 2.172/97. INTELIGÊNCIA. SEGURADA ESPECIAL. DESCARACTERIZAÇÃO. SUBSISTÊNCIA GARANTIDA. FONTE DE RENDIMENTO DIVERSA. DECRETOS 2.172/97 E 3.048/99. INCIDÊNCIA. ART. 124 DA LEI 8.213/91. VEDAÇÃO. EMBARGOS ACOLHIDOS.

I - Cinge-se a controvérsia a respeito da possibilidade de acumulação de aposentadoria estatutária com aposentadoria rural por idade, pretendendo-se comprovar a condição de segurada especial, em regime de economia familiar.

II - Para a configuração do regime de economia familiar, nos termos do artigo 11, § 1º da Lei 8.213/91, há a exigência de que o trabalho seja indispensável à própria subsistência e exercido em condições de mútua dependência e colaboração.

III - Ademais, o artigo 6º, VII, § 3º do Decreto 357/91, vigente quando do requerimento da embargada em 29/4/1992, definiu que o regime de economia familiar é aquele em que o trabalho dos membros da família é indispensável à própria subsistência.

IV - Este entendimento foi igualmente mantido em todos os decretos posteriores, quais sejam: 1) Decreto 611/92, no artigo 6º, VII, § 3º; 2) Decreto 2.172/97, artigo 6º, §§ 5º e 3º) Decreto 3.048/99, artigo 9º, VII, § 5º, atualmente em vigor.

V - Segundo os artigos 6º, VII, § 10 do Decreto 2.172/97 e 9º, VII, § 8º do Decreto 3.048/99, não se considera segurado especial o membro do grupo familiar que possui outra fonte de rendimento.

VI - Consolidando este posicionamento, o artigo 124 da Lei 8.213/91, em sua redação original, já vedava a acumulação de duas ou mais aposentadorias.

VII - Assim, descabida a acumulação das duas aposentadorias — estatutária e rural por idade — em face da vedação legal e da descaracterização da condição de segurada especial da embargada, porquanto seu trabalho não é indispensável à própria subsistência, já que possui fonte de rendimento decorrente de outra aposentadoria.

VIII - Embargos acolhidos".

9.2. Honorários advocatícios e a aplicação da Medida Provisória n. 2.164-40. Art. 29-C da Lei n. 8.036/90

O Superior Tribunal de Justiça, pela sua 1ª Seção, tem jurisprudência assentada no sentido de que o art. 39-C da Lei n. 8.036/90 aplica-se, apenas, às ações ajuizadas após a edição da MP n. 2.164/01. Eis a ementa de um dos acórdãos que preconiza essa linha interpretativa:

"EResp 636998/RS, relatados pelo Min. Castro Meira, julgamento da 1ª Seção em 13.4.2005, com publicação no DJU de 6.6.2005, p. 175. A ementa do julgado é a que passamos a registrar:

´PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. FGTS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MEDIDA PROVISÓRIA N. 2.164-40. ART. 29-C DA LEI N. 8.036/90.

1. O art. 29-C da Lei n. 8.036/90, acrescentado pela MP n. 2.164-40, não se limita às ações propostas perante a Justiça do Trabalho. Destina-se a toda e qualquer ação ´entre o FGTS e os titulares das contas vinculadas´.

2. O dispositivo em destaque é norma especial em relação ao disposto nos arts. 20 e 21 do CPC, devendo prevalecer nas situações fáticas que especifica.

3. A EC n. 32/01, que deu nova redação ao art. 62 da Constituição da República, manifestou-se expressamente a respeito da vigência das medidas provisórias editadas anteriormente à sua publicação, determinando que elas ´continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicita mente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional´.

4. Nas causas entre o órgão gestor do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e os titulares das contas vinculadas, deverá a verba honorária ser excluída nos processos iniciados após 27.7.01, data da edição da MP n. 2.164/01.

5. A Primeira Seção, no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 583.125/RS (acórdão ainda não publicado), concluiu no mesmo sentido da decisão embargada, ao entender que o art. 29-C da Lei n. 8.036/90 aplica-se às ações ajuizadas após a edição da MP n. 2.164/01.

6. Embargos de divergência conhecidos e improvidos".

Esse entendimento foi sufragado pela Corte Especial, conforme registro feito no julgamento do REsp 692308, relatado pelo Ministro Franciulli Neto, 2ª Turma, em data de 22.2.2005, com publicação no DJU de 9.5.2005, p. 362. A ementa do referido Recurso Especial espelha os essenciais debates sobre o tema:

"CURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. AGENTE OPERADOR DO FGTS. VERBA HONORÁRIA. APLICAÇÃO DA MP N. 2.164-41/2001 ÀS AÇÕES AJUIZADAS POSTERIORMENTE À SUA PUBLICAÇÃO. PRECEDENTES DA CORTE ESPECIAL. RESSALVA DO ENTENDIMENTO DESTE RELATOR.

Segundo o entendimento deste Relator, a aplicação de medida provisória em questão processual, enquanto não-convolada em lei, é por demais temerária. Não há perder de vista que o processo, até sob o ângulo etimológico, é um suceder de atos que ficam acobertados pela preclusão. Não-transformada em lei, a medida provisória passa a inexistir ex tunc, o que conflitaria com os atos processuais que teriam sido praticados segundo seus ditames. Com o advento da EC n. 32/2001, que alterou a redação do artigo 62 da Constituição Federal, ficou explicitamente vedada a edição de medida provisória para tratar de matéria processual. Assim, consoante o ponto de vista deste Magistrado, é impossível adotar-se os termos da MP n. 2.164-41/2001, que dispõe acerca de honorários advocatícios, tema de índole processual.

Há, igualmente, obstáculo infraconstitucional. A matéria relativa a honorários advocatícios é regulada pela lei geral, que é o Código de Processo Civil. Ora, se assim é, para revogar uma lei geral, uma lei posterior teria que, expressamente, declarar. A Medida Provisória em questão, contudo, não revogou expressamente o Código de Processo Civil, no particular. Dessa forma, aplica-se à espécie o art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

A colenda Corte Especial, na assentada de 17.11.2004, porém, ao julgar os EREsps 603.891/RS, 623.718/RS e 538.681/RS, da relatoria do Ministro José Delgado, por maioria, adotou a tese segundo a qual a Medida Provisória n. 2.180-35/2001, que trata de honorários advocatícios em execuções não-embargadas contra a Fazenda Pública, deve ser aplicada às ações iniciadas após sua vigência.

Esse entendimento se aplica à MP n. 2.164-41/2001, que também cuida de honorários advocatícios e dispõe que eles não são devidos nas ações entre o FGTS e os titulares de contas vinculadas. A esse respeito, confira-se o EREsp 583.125/RS, julgado pela colenda Primeira Seção em 14.2.2005, Rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki.

Dessarte, com base nos julgados acima referidos, deve ser afastada a fixação da verba honorária na espécie, uma vez que a ação foi ajuizada posteriormente à publicação da MP n. 2.164-40, em 28.7.2001.

Recurso especial provido".

9.3. Termo inicial dos juros moratórios em desapropriação

A 1ª Seção, de forma unânime, em data de 11.5.2005, ao apreciar os Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 615018, do Rio Grande do Sul, relatados pelo Ministro Castro Meira, assentou que o termo inicial dos juros moratórios nas desapropriações indiretas é 1º de janeiro do exercício financeiro seguinte àquele em que o pagamento deveria ser efetuado.

A ementa do julgado, publicada no DJU de 6.6.2005, p. 175, reflete a fundamentação desenvolvida pelos Ministros integrantes da Seção:

"ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. DESAPROPRIAÇÃO. JUROS MORATÓRIOS. TERMO INICIAL. ART. 15-B DO DECRETO-LEI N. 3.365/41. SÚMULA N. 70/STJ. INAPLICABILIDADE.

1. Segundo entendimento consolidado em ambas as Turmas de Direito Público da Corte, o termo inicial dos juros moratórios nas desapropriações indiretas é 1º de janeiro do exercício financeiro seguinte àquele em que o pagamento deveria ser efetuado, tal como disposto no art. 15-B do Decreto-Lei n. 3.365/41, dispositivo que deve ser aplicado às desapropriações em curso no momento em que editada a MP n. 1.577/97.

2. Na hipótese, a aplicação do art. 15-B do Decreto-Lei n. 3.365/41, acrescido pela MP n. 1.577/97, vem sendo discutida desde as instâncias ordinárias, tendo sido a questão analisada expressamente no acórdão recorrido.

3. Embargos de divergência conhecidos e providos".

Essa atual orientação jurisprudencial modifica o até então concebido, isto é, que devia ser aplicada a Súmula 50 do STJ, conforme lembrado no julgamento do AgRg no REsp 628718/MT, 1ª Turma, em data de 28.9.2004, com publicação no DJ de 8.11.2004, p. 178, da ementa a saber:

"PROCESSUAL CIVIL, ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO, DÚVIDA OU FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO. JUROS COM-PENSATÓRIOS DE 12% AO ANO.

SUSPENSÃO DA EXPRESSÃO “ATÉ 6% AO ANO”, CONSTANTE DO ART. 1º DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 1.577/1997 (ADINMC N. 2.332-2/DF). SÚMULA N. 618/STF. TERMO INICIAL. SÚMULAS NS. 69,113 E 114, DO STJ, E 164, DO STF. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA A PARTIR DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO (SÚMULA N. 70/STJ). PRECEDENTES.

1. Agravos regimentais contra decisão que negou seguimento aos recursos especiais das partes litigantes.

2. O acórdão a quo apreciou demanda referente à ação de desapropriação por interesse social, tendo, também, excluído da lide a empresa ora recorrente.

3. Fundamentos, nos quais se suporta a decisão impugnada, apresentam-se claros e nítidos. Não dão lugar a omissões, obscuridades, dúvidas ou contradições. O não-acatamento das teses contidas no recurso não implica cerceamento de defesa, uma vez que ao julgador cabe apreciar a questão de acordo com o que ele entender atinente à lide. Não está obrigado o magistrado a julgar a questão posta a seu exame de acordo com o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento (art. 131 do CPC), utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso.

4. Não obstante a interposição de embargos declaratórios, não são eles mero expediente para forçar o ingresso na instância extraordinária se não houve omissão do acórdão que deva ser suprida. Desnecessidade, no bojo da ação julgada, de se abordar, como suporte da decisão, dispositivos legais e/ou constitucionais. Inexiste ofensa aos arts. 458, II, e 535, II, do CPC, quando a matéria enfocada é devidamente abordada no voto do aresto a quo.

5. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADInMC n. 2.332-2/DF, por maioria de votos, deferiu a medida liminar para suspender, no art. 15-A do Decreto-Lei n. 3.365, de 21/6/1941, introduzido pelo art. 1º da Medida Provisória n. 2.027-43, de 27 de setembro de 2000, e suas sucessivas reedições, a eficácia da expressão “de até seis por cento ao ano”.

6. Os juros compensatórios devem ser fixados em 12% (doze por cento) ao ano (Súmula n. 618/STF), não se aplicando, ao caso, a MP n. 1.577/97, como forma de completar o valor da indenização, aproximando-o do conceito de ser justo, por determinação constitucional.

7. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal estão assentadas na compreensão de que os juros compensatórios, em se tratando de ação de desapropriação indireta pelo fato de ter sido imposta limitação administrativa ao uso da propriedade, o que ocasionou a imposição de indenização, devem ser contados a partir da data da imissão na posse do imóvel desapropriado.

8. Incidência das Súmulas ns. 69, 113 e 114, do STJ, e 164, do STF.

9. A incidência dos juros de mora nos termos da Súmula n. 70/STJ: "Os juros moratórios, na desapropriação direta ou indireta, contam-se desde o trânsito em julgado da sentença".

10. Precedentes desta Corte Superior.

11. Agravos regimentais não providos".

10. O PENSAMENTO DE RODRIGO CUNHA LIMA FREIRE SOBRE OS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA

Não tem sido muito rica a produção literária jurídica enfocando os múltiplos aspectos dos embargos de divergência.

Os estudos até então publicados, embora apresentem destacada qualidade, não enfrentam, em sua totalidade, a problemática que cerca, atualmente, essa via recursal.

Nesse panorama, ganha destaque todo especial atese de doutoramento, já aprovada, apresentada por Rodrigo Cunha Lima Freire à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito Processual Civil, tudo sob a orientação do Professor Doutor José Manoel de Arruda Alvim Netto.

Essa tese, hoje transformada em livro a ser publicado (está no prelo), foi-nos disponibilizada por generosidade do autor. Este me concedeu, ainda, a honra de prefaciar a obra a ser entregue ao mundo jurídico para o seu debate.

Temos um especial entusiasmo pelo mencionado trabalho, tendo em vista que ele, ao nosso entendimento, é o único entre tantos outros que aborda, de modo integral, todos os aspectos dos embargos de divergência em nosso ambiente recursal contemporâneo.

Aproveitamos a oportunidade e dele extraímos, para citação, algumas das suas 62 conclusões. Elas anunciam posições que foram antecedidas de pesquisa científica e submetidas a meditação harmonizada com os princípios contemporâneos que informam o Direito Processual Civil em seu ordenamento recursal.

Eis as conclusões que escolhemos citar:

a) "A divergência jurisprudencial vulnera, de uma só vez: a) o princípio da igualdade; b) o princípio da segurança, da estabilidade ou da previsibilidade que se espera do direito; c) a respeitabilidade do ordenamento jurídico e do próprio Judiciário; e d) o princípio da economia processual.

Por isso mesmo, há em todos os meios de uniformização de jurisprudência um interesse público em comum".

b) "Nos sistemas jurídicos contemporâneos são escassos os modelos recursais que, de alguma maneira, se comparem aos embargos de divergência. Na maioria das vezes, a uniformização da jurisprudência interna das Cortes Superiores se dá pela via não-recursal, como pela reunião dos órgãos colegiados fracionários para o julgamento dos recursos excepcionais".

c) "Para o cabimento dos embargos de divergência pouco importa se a decisão recorrida foi unânime ou tomada por maioria de votos".

d) "Não são admissíveis os embargos de divergência de decisão monocrática proferida por relator de recurso especial ou de recurso extraordinário, tendo em vista o princípio da singularidade, mas podem ser admitidos os embargos de divergência da decisão do agravo interno interposto a partir da decisão singular proferida pelo relator do recurso especial ou do recurso extraordinário".

e) "Não se admite como paradigma o voto vencido que não reflete a posição assumida pelo acórdão".

f) "Para a admissão dos embargos de divergência é fundamental a atualidade do dissídio jurisprudencial. Por isso mesmo, são inadmissíveis os embargos de divergência quando o dissídio estiver superado, porque a jurisprudência do tribunal se firmou no sentido do que decidiu o acórdão embargado. São também incabíveis os embargos de divergência quando o órgão que prolatou o acórdão paradigma não tem mais competência para apreciar e julgar a matéria nele versada".

g) "O interesse público presente nos embargos de divergência e a relevância ou repercussão social das questões jurídicas nele discutidas devem permitir uma exegese menos conservadora e mais extensiva que a tradicionalmente realizada sobre os limites da divergência".

h) "Ainda que o recorrente apresente como paradigma o entendimento sumulado ao Tribunal, o recurso pode ser conhecido. Se o recorrente invoca o verbete de uma súmula de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, é porque essa Corte conhece perfeitamente a quaestio juris. Deve-se aplicar aqui o princípio da instrumentalidade do processo".

i) "A comprovação dos acórdãos paradigmas realizar-se-á na forma da lei. Mas as exigências formais legalmente previstas deverão ser dispensadas se os assuntos versados nos acórdãos forem suficientemente conhecidos, sendo notória ou manifesta a divergência, em consonância com o princípio da instrumentalidade do processo".

j) "É também plausível a citação de acórdãos cujos inteiros teores ou cujas ementas — quando admitida a simples comparação entre ementas, por serem suficientemente claras ou por haver divergência manifesta ou notória — estejam disponíveis no site do Supremo

Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, bastando ao recorrente imprimi-los e anexá-los ao recurso".

k) "Pode ainda o recorrente indicar acórdão ainda não publicado, porém mencionado em informativo da jurisprudência, disponível no site do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, juntando cópia impressa deste, desde que a divergência seja manifesta ou notória, e que a comprovação do acórdão paradigma, nos termos da lei, se dê antes do julgamento do recurso".

l) "Nos embargos de divergência não deve haver o rigor exigido no recurso especial interposto com fundamento em dissídio jurisprudencial, para a demonstração da divergência, pois se presume que o Superior Tribunal de Justiça e que o Supremo Tribunal Federal conheçam melhor os seus próprios precedentes que os precedentes de outros tribunais".

m) "Os embargos de divergência não são interpostos para que se verifique se o acórdão que originou o recurso especial ou o recurso extraordinário afrontou a lei federal ou a Constituição Federal, mas, em rigor, para definir qual das teses jurídicas confrontadas deve ser aplicada à espécie. Ocorre, porém, que a definição sobre a solução jurídica mais adequada à espécie, questão prejudicial dos embargos de divergência, normalmente exige uma averiguação sobre as questões preliminares ou sobre as questões prejudiciais do recurso especial ou do recurso extraordinário. Estas podem ser, portanto, questões prejudiciais à questão prejudicial dos embargos de divergência. Resolvida a questão prejudicial, o órgão julgador decidirá a questão e mérito, ou seja, o pedido do embargante, dando provimento ou negando provimento aos embargos de divergência".

n) "A interposição dos embargos de divergência admissíveis transfere ao órgão ad quem o conhecimento da matéria, processual ou de mérito, decidida pelo órgão a quo, nos limites da impugnação e da divergência. É o efeito devolutivo dos embargos de divergência, cujas conseqüências mais relevantes são as seguintes: a) o órgão ad quem aprecia toda e somente a matéria efetivamente impugnada; b) proibição ao beneficium commune; c) ao órgão ad quem é vedada a reformatio in pejus; d) ao órgão ad quem não se permite inovar".

o) "A inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do Poder Público é matéria de ordem pública. Por isso, admitimos que o Superior Tribunal de Justiça exerça, de ofício, o controle difuso de constitucionalidade nos embargos de divergência, desde que: haja divergência sobre questão constitucional; ou a questão constitucional tenha surgido originariamente e os embargos sejam conhecidos; ou a questão constitucional tenha surgido em julgamento anterior, mas a parte, por ausência de interesse, não tenha podido interpor o recurso extraordinário, e os embargos sejam conhecidos".

p) "Os embargos de divergência são ordinariamente desprovidos de efeito suspensivo ope legis, porque essa é a regra estabelecida para o recurso extraordinário e para o recurso especial, mas a ausência do efeito suspensivo não autoriza necessariamente a propositura da execução provisória".

q) "Pode o relator dos embargos de divergência conceder a tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461, § 3º, do CPC".

r) "A decisão colegiada dos embargos de divergência desafiará embargos de declaração e, quando proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, recurso extraordinário".

s) "Em se alegando que o mesmo capítulo de um acórdão proferido em um recurso especial, por uma das turmas do Superior Tribunal de Justiça, violou a Constituição Federal e expôs tese jurídica diversa da adotada por outra turma, por uma Seção ou pela Corte Especial do próprio Superior Tribunal de Justiça, cabem, exclusivamente, embargos de divergência".

t) "Mas, em se alegando que um capítulo de um acórdão proferido num recurso especial, por uma das Turmas do Superior Tribunal de Justiça, violou a Constituição Federal e que outro capítulo desse mesmo acórdão adotou solução jurídica diferente da sustentada por outra turma, por uma Seção ou pela Corte Especial do próprio Superior Tribunal de Justiça, num quadro fático similar, caberão embargos de divergência e recurso extraordinário. Nesse caso, porém, desnecessário se faz reiterar o recurso extraordinário, após o julgamento dos embargos de divergência, mas o recurso extra-ordinário, eventualmente, poderá perder o objeto, de acordo com o julgamento dos embargos de divergência".

11. CONCLUSÃO

Os embargos de divergência são recursos destinados ao cumprimento de missões de ordem política jurisprudencial. Eles visam impor segurança às decisões colegiadas. Estas, em razão de sua própria natureza, tendem a ser divergentes, em face da relativa liberdade que possuem os juízes em pronunciar as suas decisões.

O fato de o Supremo Tribunal Federal e de o Superior Tribunal de Justiça serem divididos em órgãos, a fim de ser possível a entrega da prestação jurisdicional com maior celeridade, gera, por outro lado, a ampliação da possibilidade de haver divergência entre esses mesmos órgãos quando emitem decisões sobre fatos e matéria jurídica idênticos.

O ideal seria que a divergência, no âmbito de um mesmo Tribunal, não se instalasse, especialmente, nas Cortes Superiores, em razão da missão unificadora da aplicação do direito que a elas é atribuída.

Enquanto o modelo não for modificado, temos de conviver com esse problema, que, em face de suas circunstâncias, determina demora na entrega definitiva da prestação jurisdicional.

Notas

1 O autor, em nota de rodapé, cita a obra de Luiz Orione Neto: Recursos cíveis: tutela geral, princípios fundamentais, dos recursos em espécie, tutela de urgência em âmbito recursal, da ordem dos processos no tribunal. São Paulo: Saraiva, 2002

2 RTJ, 114/3 (apud ORIONE NETO, Recursos cíveis, p. 610).

* Ministro do Superior Tribunal de Justiça, doutor "honoris causa" da Universidade Estadual do Rio Grande do Norte, professor de Direito Público (Administrativo, Tributário e Processual Civil), professor convidado do curso de Especialização (Direito Público) da CEUB/Brasília, professor convidado do curso de Especialização em Direito Tributário (Disciplina Processo Civil) da Universidade Católica de Brasília, titular da cadeira nº 1 da Academia Brasileira de Direito Tributário, sócio honorário da Academia Brasileira de Direito Tributário, sócio benemérito do Instituto Nacional de Direito Público, conselheiro consultivo do Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem, integrante do Grupo Brasileiro da Sociedade Internacional do Direito Penal Militar e Direito Humanitário

* Disponível em:<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10269&p=1>> Acesso em: 13 Ago. 2007