EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.377.449 - ES (2013/0095574-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RAUL ARAÚJO**
EMBARGANTE	:	RAFAEL BERTOLLO GOMES
ADVOGADOS	:	GIRLÉA ESCOPELLI GOMES - ES014164 DAVI PASCOAL MIRANDA E OUTRO(S) - ES013518 GILSON GOMES JUNIOR E OUTRO(S) - ES020687
EMBARGADO	:	UNIÃO
INTERES.	:	FUNRIO - FUNDAÇÃO DE APOIO À PESQUISA ENSINO E ASSISTÊNCIA
ADVOGADO	:	SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS - SE000000M

DECISÃO

Trata-se de embargos de divergência opostos contra acórdão da colenda Primeira Turma, proferido em sede de agravo interno em recurso especial, assim ementado:

> *PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO.*
> *I – É entendimento pacífico dessa Corte que a parte deve proceder ao cotejo analítico entre os arestos confrontados e transcrever os trechos dos acórdãos que configurem o dissídio jurisprudencial, sendo insuficiente, para tanto, a mera transcrição de ementas.*
> *II – O Agravante não apresenta, no regimental, argumentos suficientes para desconstituir a decisão agravada.*
> *III – Agravo Regimental improvido.*
> (AgRg no REsp 1377449/ES, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 03/02/2016)

Tal aresto foi integrado por outros dois proferidos em sede de embargos de declaração, os quais foram rejeitados, nos termos das seguintes ementas:

> *PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. OBSCURIDADE. AUSÊNCIA DE VÍCIOS.*
> *I – A fundamentação adotada no acórdão é suficiente para respaldar a conclusão alcançada, pelo quê ausente pressuposto a ensejar a oposição de embargos de declaração.*
> *II - Embargos de declaração rejeitados.*
>
> *PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL*

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 824265B6-6E4A-4B8A-BB9A-554BB9D057B2

> *NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. PRELIMINAR DE NULIDADE DE JULGAMENTO. PROCESSO JULGADO ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DO NOVO CPC. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL OU REGIMENTAL DE INTIMAÇÃO PARA JULGAMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL. NÃO DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. PRELIMINAR DE NULIDADE DE JULGAMENTO REJEITADA. OMISSÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIO.*
> *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. Assim sendo, in casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.*
> *II - Em relação à preliminar de nulidade de julgamento, insta ressaltar que a publicação das pautas de julgamento dos Agravos interpostos em face de decisões monocráticas é aplicável aos processos julgados sob o regime do Código de Processo Civil de 2015, hipótese diversa dos autos, em que o julgamento do Agravo Regimental ocorreu em 15.12.2015, período anterior à vigência do Novo CPC.*
> *III - O Código de Processo Civil, reproduzindo anterior determinação do diploma processual, contempla a regra oriunda do direito francês do pas de nullité sans grief (art. 283 do CPC/15), segundo a qual não se decreta a nulidade do ato se dela não resultar prejuízo para as partes. Nessa esteira, ressalto que esta Corte e o STF possuem jurisprudência pacífica sobre a necessidade de demonstração do efetivo prejuízo para que se possa decretar nulidade de julgamento.*
> *IV – A fundamentação adotada no acórdão é suficiente para respaldar a conclusão alcançada, pelo quê ausente pressuposto a ensejar a oposição de embargos de declaração.*
> *V – Preliminar de nulidade e Embargos de declaração rejeitados.*

Nas razões dos embargos de divergência, a parte embargante alega que o acórdão hostilizado diverge de precedentes das Quinta e Sexta Turmas, no que diz respeito à aplicação da Teoria do Fato Consumado.

Eis as ementas dos paradigmas:

> *RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. COMPATIBILIDADE ENTRE A QUESTÃO FORMULADA E O CONTEÚDO PROGRAMÁTICO. RECONHECIMENTO. INTERDISCIPLINARIDADE. INOCORRÊNCIA. PREVALÊNCIA DA MÉDIA FINAL PARA APROVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PREVISÃO EDITALÍCIA DE NOTA MÍNIMA EM CADA MÓDULO. PROSSEGUIMENTO NO CERTAME MEDIANTE CONCESSÃO DE LIMINAR. POSSE*

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 824265B6-6E4A-4B8A-BB9A-554BB9D057B2

NO CARGO PÚBLICO A 5 ANOS. TEORIA DO FATO CONSUMADO. APLICAÇÃO EXCEPCIONAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Nas demandas referentes a concurso público, a atuação do Poder Judiciário limita-se ao exame da legalidade do certame. Admite-se, portanto, a análise da correlação entre a pergunta formulada e o conteúdo programático.

2. Na espécie, há compatibilidade entre o problema sugerido na prova subjetiva e as matérias exigidas para o concurso, pois a questão, de direito empresarial, referiu-se a atuação do Estado na constituição, aquisição ou alienação de participação societária, tendo constado do respectivo tópico as Sociedades Mercantis, Sociedades Mistas e Empresas Públicas.

3. O fato de se ter ressaltado o dever de observar os temas de "cada disciplina" não impede que para a resposta da pergunta seja necessário utilizar dos ensinamentos de outro ramo do direito.

4. Nos termos do princípio da vinculação ao edital, tendo sido determinado que para aprovação o candidato deveria obter nota mínima em cada módulo, é insuficiente que ele alcance a média apenas no somatório final.

5. A jurisprudência deste Sodalício, em situações excepcionalíssimas, admite a incidência da Teoria do Fato Consumado, à luz do princípio da segurança jurídica e desde que preenchidos dos requisitos para o cargo. Na hipótese, candidata-impetrante, mediante liminar em mandado de segurança prosseguiu no concurso e tomou posse; foi aprovada no estágio probatório e exerce a função pública a 5 (cinco) anos.

6. Recurso ordinário a que se dá parcial provimento.

(RMS 31.152/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 18/02/2014, DJe 25/02/2014)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. DELEGADO DA POLÍCIA CIVIL. APROVAÇÃO EM DETERMINADA FASE DO CERTAME. CLASSIFICAÇÃO NO NÚMERO DE VAGAS DA ETAPA POSTERIOR. INCERTEZA JURÍDICA. DUBIEDADE DE NORMA EDITALÍCIA. LIMINAR CONCEDIDA. ÊXITO EM CURSO DE FORMAÇÃO, POSSE NO CARGO E EFETIVO EXERCÍCIO. EXCEPCIONALIDADE DO CASO. EXISTÊNCIA DE BOA-FÉ. INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO. RECURSO PROVIDO.

1. Esta Corte Superior possui entendimento pacífico na vertente de que os candidatos aprovados em determinada fase do concurso que não se classificaram dentro do número de vagas previsto no edital têm mera expectativa de direito de participarem da etapa subsequente.

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 824265B6-6E4A-4B8A-BB9A-554BB9D057B2

> *Ademais, este Sodalício prega que a teoria do fato consumado não se aplica, em regra, nas hipóteses em que o candidato prosseguiu no concurso público por força de decisão liminar.*
> *2. Todavia, em hipóteses excepcionais, a jurisprudência deste Tribunal Superior tem admitido a aplicação da teoria do fato consumado, mormente quando restarem evidenciadas a boa-fé do candidato e a dubiedade das normas editalícias, conjugadas com a consolidação da situação fática pelo tempo, primando, assim, pela razoabilidade.*
> *3. No caso dos autos, a recorrente agiu de boa-fé e atuou com razoabilidade, já que as regras do edital para a convocação para a 3ª fase do concurso público eram dúbias, tanto que fomentou diferentes interpretações no Tribunal local. Esta solução também é a que melhor privilegia o princípio da isonomia, dado que outros candidatos em situação similar obtiveram êxito no Judiciário, preservando seus cargos. Outrossim, a desconsideração destes fatos supervenientes somente causaria prejuízos não só à candidata, mas também à própria Administração Pública, a qual perderia uma servidora pública que adquiriu qualificação e experiência, a demandar maiores custos para o Poder Público o treinamento de novo funcionário.*
> *4. Agravo regimental a que se dá provimento para prover o recurso ordinário em mandado de segurança.*
> (AgRg no RMS 24.366/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2011, DJe 27/06/2012)

Este Relator admitiu os embargos de divergência na decisão de fls. 557-560.

A parte embargada apresentou impugnação às fls. 566-571.

Às fls. 548 e fls. 579-580, o ora embargante formulou requerimento para que fosse feita tentativa de composição, "*em virtude de o NCPC prestigiar indubitavelmente os princípios conciliatórios*".

Devidamente intimada, a parte embargada não se manifestou.

É o relatório. Passa-se a decidir.

De início, cumpre salientar que o recurso foi interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/2015, de maneira que incide, na espécie, o Enunciado 3 do Plenário do STJ: "*Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.*"

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 824265B6-6E4A-4B8A-BB9A-554BB9D057B2

Os embargos, contudo, não merecem ser conhecidos.

Em primeiro lugar, como visto, os paradigmas aqui analisados são das colendas Quinta e Sexta Turmas. No entanto, tais órgãos não mais possuem competência para julgamento de matéria relativa a servidores públicos civis e militares, como a tratada no caso dos autos. Portanto, incide a Súmula 158/STJ.

De fato, mesmo após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, permanece aplicável a Súmula 158/STJ, segundo o qual: "*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.*"

Nos termos da jurisprudência reafirmada pela egrégia Corte Especial, "*os embargos de divergência evitam que persista, dentro do mesmo Tribunal, dissenso sobre a interpretação da lei federal. Esse risco não existe quando o paradigma é de Turma que não mais detém competência para o julgamento da matéria, motivo pelo qual o recurso não se justifica*" (AgInt nos EAREsp 526.27/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 17/08/2016, DJe 21/09/2016).

A propósito, citam-se julgados atuais da Corte Especial:

> *EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PROCESSUAL CIVIL. UTILIZAÇÃO DE PRECEDENTE DE TURMA SUBMETIDA À ALTERAÇÃO REGIMENTAL DE COMPETÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N.º 158 DO STJ. AUSÊNCIA, ADEMAIS, DE SIMILITUDE FÁTICO-JURÍDICA ENTRE OS CASOS CONFRONTADOS. INADMISSIBILIDADE DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. REDISTRIBUIÇÃO DETERMINADA PARA A PRIMEIRA SEÇÃO, PARA ANÁLISE DO RECURSO SOB À LUZ DOS PARADIGMAS REMANESCENTES. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NÃO CONHECIDOS. PREJUDICADAS AS DEMAIS INSURGÊNCIAS.*
> *1. O acórdão embargado, da PRIMEIRA TURMA, tratou da questão acerca do requisito temporal exigido para os titulares de cartório participarem do concurso de remoção, concluindo que "o critério temporal de dois anos de exercício de titularidade em cartório, exigido pela Lei n. 8.935/94 e pela Resolução n. 81 do CNJ, para disputar concurso de remoção, representa condição para participação no próprio certame, não se tratando de mero requisito para o exercício de atividade notarial no cartório de destino, de modo que possa ser aferido tão somente no momento da posse. Inaplicável, à espécie, a orientação contida na Súmula*

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 824265B6-6E4A-4B8A-BB9A-554BB9D057B2

266/STJ."

2. ***O acórdão paradigma é da SEXTA TURMA, que não mais detém competência para processar e julgar a matéria. Incidência da Súmula n.º 158 do STJ: "Não se presta a justificar embargos de divergência o dissidio com acórdão de turma ou seção que não mais tenha competência para a matéria neles versada."***

3. ***O propósito da via recursal dos embargos de divergência é unificar a interpretação da legislação federal, evitando dissidência interna. Se a Turma supostamente dissidente já não mais detém a competência para julgar novamente a matéria controvertida, inexiste o problema, ou seja, não subsistirá divergência. Caberá, no caso dos autos, às Turmas da Primeira Seção harmonizar seu entendimento, independentemente do que entendiam as Turmas da Terceira Seção, sob pena de subversão da via recursal, que é de caráter sabidamente restrito.***

4. Vale ressaltar que não há espaço para aplicação da referida súmula quando o acórdão embargado (e não o paradigma) for de uma das Turmas que perdeu a competência. Isso porque o sistema não convive com dissidência atual e contraposta àquelas Turmas que assumiram a competência interna da matéria em questão.

5. ***O Novo Código de Processo Civil (inciso I do art. 1.043) não teve o condão de superar a racionalidade do entendimento até então prevalente nesta Corte, quando restringe a admissibilidade dos embargos de divergência às hipóteses de divergência atual. Mutatis mutandis, é esse o espírito da Súmula n.º 168 do STJ: "Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado." Ora, se não se fala em divergência quando não há atualidade da discussão entre as Turmas e Seção hoje competentes, menos ainda com paradigma de Turma ou Seção que não mais detenha competência sobre a matéria.***

6. Se não bastasse, inexiste semelhança fático-jurídica entre as hipóteses comparadas, o que obsta a admissibilidade dos embargos de divergência. Como se viu, a controvérsia deduzida nestes autos foi enfrentada pela Primeira Turma, que expressamente excluiu a incidência da Súmula n.º 266 do STJ, diferenciando o caso em tela - exigência tempo de exercício na titularidade de cartório para participação no concurso de remoção - daqueloutro em que o paradigma trata de requisito para o exercício de cargo público. Ressaltou o acórdão embargado que "o tempo de exercício de titularidade cartorária, exigido nos concursos de remoção de cartórios, assemelha-se ao período de prática jurídica necessário à inscrição em concursos da Magistratura ou do Ministério Público, hipótese em que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI n. 3.460/DF, concluiu ser constitucional a exigência da comprovação do requisito na data da inscrição no concurso." Nada disso foi objeto de debate, tampouco decisão, no acórdão paradigma.

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 824265B6-6E4A-4B8A-BB9A-554BB9D057B2

7. Embargos de divergência não conhecidos, com a cassação da liminar anteriormente deferida. Prejudicados, por conseguinte, os embargos de declaração, agravos internos e pedido de extensão dos efeitos da liminar.
(EREsp 1394902/MA, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 05/06/2019, DJe 01/07/2019)

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR MILITAR. REFORMA POR INCAPACIDADE FÍSICA. SERVIÇO TEMPORÁRIO DO EXÉRCITO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL VIOLADO. DEFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 284/STF. ALEGAÇÃO DE DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 284/STF. AUSÊNCIA DE ANÁLISE DO MÉRITO DO RECURSO ESPECIAL. MANIFESTA INADMISSIBILIDADE DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. INCIDÊNCIA, CONTRARIO SENSO, DA SÚMULA N.º 316/STJ. EMBARGOS LIMINARMENTE INDEFERIDOS. ADEMAIS, OS PARADIGMAS SÃO DA QUINTA TURMA, QUE, DESDE A EMENDA REGIMENTAL N.º 11, 2010, JÁ NÃO DETÉM COMPETÊNCIA SOBRE A MATÉRIA REFERENTE A SERVIDORES PÚBLICOS, CIVIS OU MILITARES. SÚMULA N.º 158 DO STJ.
AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.
1. Hipótese em que o recurso especial não foi conhecido pelo Ministro Relator, que aplicou o óbice da Súmula n.º 284/STF, decisão essa mantida pela Segunda Turma, ao desprover o agravo interno.
Ausência de apreciação do mérito do recurso especial. Incidência, contrario senso, da Súmula n.º 316/STJ: Cabem embargos de divergência contra acórdão que, em agravo regimental, decide recurso especial". Precedentes.
2. Ainda que assim não fosse, ***há um segundo óbice, insculpido na Súmula n.º 158/STJ: "Não se presta a justificar embargos de divergência o dissidio com acórdão de turma ou seção que não mais tenha competência para a matéria neles versada." É o caso dos autos: o acórdão foi prolatado pela Segunda Turma, em matéria de servidor público militar (repita-se, que sequer foi examinada), e os paradigmas são acórdãos da Quinta Turma, que desde a emenda regimental n.º 11, de 2010, não mais julga questões envolvendo servidores públicos, civis ou militares.***
3. Agravo interno desprovido.
(AgInt nos EREsp 1625116/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 26/03/2019, DJe 01/04/2019)

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 824265B6-6E4A-4B8A-BB9A-554BB9D057B2

Em segundo lugar, nos termos da jurisprudência desta Corte de Justiça, firmada sob a égide do CPC de 2015, não serve para embasar embargos de divergência a apresentação de paradigmas oriundos de ações que possuam natureza jurídica de garantia constitucional, tais como *Habeas Corpus*, Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*, Mandado de Segurança, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, *Habeas Data* e Mandado de Injunção.

Nesse sentido:

> *PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INDICAÇÃO DE ARESTO ORIUNDO DO JULGAMENTO DE MANDADO DE SEGURANÇA PARA EMBASAR A DIVERGÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. ART. 1.043, § 1º, DO CPC/2015.*
> *1. Mesmo na égide do novo CPC, o § 1º do art. 1.043 restringe os julgados que podem ser objetos de comparação, em sede de embargos de divergência, a recursos e ações de competência originária, não podendo, portanto, funcionar como paradigma acórdãos proferidos em ações que têm natureza jurídica de garantia constitucional, como os habeas corpus, mandado de segurança, habeas data e mandado de injunção. O mesmo raciocínio vale para enunciados de súmula de tribunais.*
> *2. Agravo interno não provido.*
> (AgInt nos EAREsp 474.423/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, **CORTE ESPECIAL**, julgado em 02/05/2018, DJe 10/05/2018)
>
> *PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. INDICAÇÃO DE ARESTO ORIUNDO DO JULGAMENTO DE MANDADO DE SEGURANÇA PARA EMBASAR A DIVERGÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. ART. 1.043, § 1º, DO CPC/2015.*
> *1. O STJ firmou entendimento de que, mesmo sob a égide do CPC/2015, não é possível haver paradigmas, em Embargos de Divergência, de acórdão proferido em ações que possuem natureza jurídica de garantia constitucional como Habeas Corpus, Recurso Ordinário em Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, Habeas Data e Mandado de Injunção.*
> *2. Agravo interno não provido.*
> (AgInt nos EREsp 1321632/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, **PRIMEIRA SEÇÃO**, julgado em 26/06/2019, DJe 11/09/2019)
>
> *PROCESSO PENAL E PROCESSO CIVIL. AGRAVO*

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 824265B6-6E4A-4B8A-BB9A-554BB9D057B2

REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM ARESP. CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 12, I, DA LEI N. 8.137/1990. 1) DESCABIMENTO DE INDICAÇÃO DE HABEAS CORPUS COMO PARADIGMA PARA DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. 2) INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.043, § 3º, DO CPC/2015. ALTERAÇÃO DE MAIS DA METADE DOS MEMBROS DA TURMA JULGADORA. 3) AUSÊNCIA DE SIMILITUDE ENTRE O ACÓRDÃO EMBARGADO E O ÚNICO RECURSO ESPECIAL APONTADO COMO PARADIGMA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Não se admitem embargos de divergência quando o alegado dissenso se dá entre acórdãos proferidos em habeas corpus ou em recurso ordinário em habeas corpus. Tal restrição imposta pelo regimento interno do STJ tinha por fundamento, durante a vigência do CPC/73, uma interpretação sistemática do conteúdo da lei (art. 546, I, CPC/73) que revelava ser inviável comparar um recurso especial com um remédio constitucional de abrangência muito mais ampla e voltado eminentemente para a proteção da liberdade de locomoção.

Tal interpretação veio a ser corroborada pelo art. 1.043, § 1º, do CPC/2015, que restringiu expressamente os julgados que podem ser objeto de comparação, em sede de embargos de divergência, a recursos e ações de competência originária, não podendo, portanto, funcionar como paradigma acórdãos proferidos em ações que têm natureza jurídica de garantia constitucional, como os habeas corpus, mandado de segurança, habeas data e mandado de injunção. O mesmo raciocínio vale para enunciados de súmula de tribunais.

2. Mesmo com a permissão contida no § 3º do art. 1.043 do novo CPC, é inviável a indicação de acórdão da mesma Turma julgadora como paradigma de divergência, se, entre a data do julgamento do acórdão paradigma e a data do julgamento do acórdão recorrido, não houve alteração de mais da metade dos membros do órgão colegiado. A interpretação da norma do art. 1.043, § 3º, do CPC/2015 que melhor se coaduna com a compreensão do sistema do Processo Civil é aquela que prevê uma alteração mais perene dos membros componentes de um órgão julgador por ingresso efetivo de novo membro, seja em razão de posse ou de mudança de Turma, até porque são as alterações prolongadas as que têm o condão de efetivamente influenciar na linha de entendimento jurisprudencial prevalente no órgão julgador qualificado para o julgamento dos embargos de divergência.

Ainda que se possa argumentar que são os magistrados efetivamente presentes no momento da sessão de julgamento os responsáveis pelo resultado final do julgado, se o intuito do art. 1.043, § 3º, do CPC/2015 fosse admitir o manejo dos embargos de divergência até mesmo nas situações esporádicas em que se altera a composição de um órgão fracionário (como quando um dos

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 824265B6-6E4A-4B8A-BB9A-554BB9D057B2

magistrados sai de férias, não comparece à sessão de julgamento por eventual motivo justificado, não vota e é substituído porque está impedido ou se declara suspeito etc.), sua redação teria sido específica no sentido de abranger, também, tais hipóteses. No entanto, a lei não o fez, até porque uma quantidade pequena de exceções não constitui regra.

Situação em que o embargante aponta como paradigma habeas corpus julgado pela mesma Turma, no qual um dos componentes estava ausente, eventualmente, da sessão, e apenas dois deixaram de integrar a Turma.

3. A demonstração da divergência pressupõe a existência de similitude fática entre o acórdão embargado e aquele apontado como paradigma, o que não ocorre no caso concreto.

O paradigma que só faz menção à necessidade de narração, na denúncia, dos valores indicativos do dano ou prejuízo causado pela sonegação fiscal, para que incida a causa de aumento de pena do art.

12, I, da Lei n.8.137/1990 (ocasionar grave dano à coletividade) não se presta a comprovar a tese de que, para a aplicação da referida causa de aumento de pena, deveria haver pedido expresso do Ministério Público na denúncia.

Não se vislumbra similitude fática entre os acórdãos comparados, se o julgado embargado deixa claro que existe uma perfeita correlação entre os fatos narrados na denúncia, indicando o prejuízo milionário (mais de R$ 5.000.000,00- cinco milhões de reais) aos cofres públicos causado pela sonegação, e aqueles considerados pelo Juízo sentenciante, enquanto que o paradigma salienta que a denúncia em nenhum momento indica o dano causado pela conduta dos recorrentes, evidenciando violação ao princípio da correlação.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg nos EAREsp 1437412/ES, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, **TERCEIRA SEÇÃO**, julgado em 28/08/2019, DJe 02/09/2019)

Diante do exposto, em nova análise, não conheço dos embargos de divergência.

Publique-se.

Brasília, 02 de abril de 2020.

MINISTRO **RAUL ARAÚJO**
Relator

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 824265B6-6E4A-4B8A-BB9A-554BB9D057B2