

## EMBARGOS de DIVERGÊNCIA Nº 595.742/SC

Vista à Eminente Ministra ISABEL GALOTTI

Julgamento pautado para **14/12/2011**

Relator: Ministro Massami Uyeda

Colenda 2ª Seção do Egrégio STJ

**EMBARGANTE:** Tânia Conrad Fritzche

**EMBARGADA:** Cornélia Conrad Lowndes

### MEMORIAL ao Eminente Ministro MARCO BUZZI

Pela Embargante **TÂNIA CONRAD:**

*"O STJ adotou a "jurisprudência defensiva, consistente na criação de entraves e pretextos para impedir a chegada e o conhecimento dos recursos que lhe são dirigidos. As decisões do Tribunal – em vez de funcionarem como faróis, orientando em definitivo a aplicação do direito federal – reduziram-se a soluções tópicas, cujo alcance limitava-se às partes envolvidas em cada processo [...]" (Ministro Humberto Gomes de Barros)<sup>1</sup>*

*"É importante estudar as consequências da jurisprudência defensiva. Será que ela de fato reduz a litigiosidade? Não é mais eficiente conhecer mais recursos, julgar mais questões de mérito, do que não conhecer e, portanto, não resolver os problemas?" (Ministro Luis Inácio Lucena Adams)<sup>2</sup>*

<sup>1</sup> Disponível em: [http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=87058](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=87058)

<sup>2</sup> Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/centrodeestudos/galeria-de-fotos/arquivos-importados/entrevista-com-o-advogado-geral-da-uniao-ministro-luis-inacio-lucena-adams>

**SUMÁRIO:** Embargos de divergência interpostos pela então recorrida (ora embargante), com escopo de uniformizar jurisprudência relativa à interpretação do art. 257, do RISTJ, em que se defende a possibilidade de o STJ, com fundamento na Súmula 456 do STF, apreciar seus argumentos levantados em contrarrazões de recurso especial, independentemente de terem sido prequestionados nas instâncias originárias.

Na hipótese vertente, o Tribunal local, ao julgar primeiro agravo de instrumento interposto pela parte contrária (ora embargada) em face de decisão interlocutória proferida em processo de inventário, havia decidido que os bens doados em vida por Karl e Érica Conrad (pais das ora litigantes) deveriam ser **colacionados pelo seu valor à época da liberalidade - decisão esta que transitou em julgado!**

Por conta de novo incidente no inventário, a parte contrária (ora embargada), mediante segundo agravo de instrumento, submeteu novamente a mesma questão ao Tribunal local, o qual **desproveu totalmente o pleito**, reafirmando que **a colação deveria se dar pelo seu valor à época da liberalidade** – quando poderia simplesmente decidir que se tratava de matéria preclusa coberta pelo manto da coisa julgada.

A parte contrária (ora embargada), todavia, interpôs especial em face desse segundo acórdão proferido pelo Tribunal local. A agora Embargante, **então recorrida** (que foi totalmente vencedora em 2º grau), alegou, em contrarrazões ao especial, que **o REsp mereceria desprovimento pela ocorrência de preclusão/coisa julgada**.

A 3ª Turma, contudo, ao proferir o v. acórdão embargado e prover o REsp, **deixou de examinar a alegação de ocorrência de preclusão/coisa julgada** formulada em contrarrazões apenas porque não houve pronunciamento a respeito de tal matéria (ausência de prequestionamento) pelo Tribunal local, DIVERGINDO de acórdãos da 2ª Seção (EREsp 20.645/SC) **e da Corte Especial (EREsp nº 58.265/SP)**.

Por entender que, uma vez conhecido o especial, não há qualquer limitação cognitiva para a recorrida, conforme determina a Súmula 456 do STF, a embargada interpôs estes embargos de divergência, apoiando-se em acórdão da 2ª Seção que versava sobre **questão processual idêntica**.

## **I – Direito à sustentação oral violado – NULIDADE JULGAMENTO**

1. Não há como deixar de registrar a indignação da Embargante que, por meio de petição protocolizada **com seis dias de antecedência à realização da sessão do dia**

23/11/2011, havia requerido o adiamento do julgamento para a sessão imediatamente subsequente com o escopo de sustentar oralmente, uma vez que seu patrono, na condição de Conselheiro Federal da OAB, tinha compromisso anteriormente agendado como painalista na Conferência Nacional da OAB.

2. Conforme certidão de julgamento (fl. 1.242), tal pedido **sequer restou apreciado**, tendo o julgamento se iniciado sem a presença do patrono da Embargante, cerceando-lhe o direito de sustentar oralmente suas razões, em violação aos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal (art. 5º, LIV e LV, CF), **merecendo, desde logo, ser reconhecido tal vício, para fins de reiniciar a sessão *ab ovo*, facultando-se a realização de sustentação oral pela Embargante.**

## **II – NOTORIEDADE do DISSÍDIO versus JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA**

3. A divergência objeto deste EREsp já se encontra pacificada no âmbito da Corte Especial desde 05/12/2007, quando do julgamento do EREsp nº 58.625 (Rel. p/ Acórdão Min. Humberto Gomes de Barros), em que, **uniformizando a jurisprudência**, decidiu: *“deve o Superior Tribunal de Justiça aplicar o direito à espécie, apreciando as outras causas de pedir lançadas na inicial, **ainda que sobre elas não tenha se manifestado a instância precedente**”* (EREsp nº 58.265/SP, grifou-se).

4. No referido EREsp nº 58.625, o Min. João Otávio de Noronha consignou em seu voto: *“Merece ser ressaltado, ainda, ponto relevante [...] quanto à diferença [...] em se tratando de irresignação do recorrente ou do recorrido. **EM RELAÇÃO A ESTE, POSSÍVEL AFASTAR-SE A EXIGÊNCIA DO PREQUESTIONAMENTO** [...]”* (grifou-se), enquanto o Min. Edson Vidigal concluiu no sentido de que: *“Parece-me óbvio que, vencedora na causa (seja por qual fundamento for), à cooperativa [RECORRIDA] não competia opor embargos de declaração para compelir o Tribunal de origem a se pronunciar expressamente sobre as demais alegações, ainda que para se resguardar de eventual Recurso Especial da Fazenda Nacional, que efetivamente foi interposto; **não tinha interesse em recorrer**”* (EREsp 58.265/SP, grifou-se).

5. Em 2011, a 2ª Turma também apreciou questão processual idêntica, sendo que a ementa, de forma muito didática, bem definiu a controvérsia:

**PROCESSUAL CIVIL. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE QUE DIFERE DO JUÍZO DE REJULGAMENTO. ABERTURA DE INSTÂNCIA. PROFUNDIDADE DO EFEITO DEVOLUTIVO. SÚMULA 456/STF. APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE.**

1. O Tribunal de origem quando julgou a causa apreciou a questão da violação do princípio da razoabilidade, o que configura o prequestionamento implícito do art. 2º da Lei n. 9.784/99.

2. Conhecido o recurso especial por qualquer dos seus fundamentos, opera-se a abertura de instância, de modo que, ao julgá-lo, poderá esta Corte Superior conhecer de ofício, ou por provocação, de todas as matérias que podem ser alegadas a qualquer tempo, bem como, de todas as questões suscitadas e discutidas no processo, mesmo que não tenham sido enfrentadas no acórdão recorrido.

3. É preciso fazer uma diferenciação entre o juízo de admissibilidade e juízo de rejulgamento. Para ser admitido o recurso especial, é indispensável o prequestionamento; mas, uma vez admitido, no juízo de rejulgamento não há qualquer limitação cognitiva, a não ser a limitação horizontal estabelecida pelo recorrente.

4. Trata-se do chamado efeito translativo (profundidade do efeito devolutivo), reconhecido na Súmula 456/STF, segundo a qual, ‘O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie.’” (AgRg no REsp 1200904/ES, Rel. Min. Humberto Martins, j. 17/03/2011 – grifou-se).

6. O dissídio, portanto, é **NOTÓRIO**, o que por si só já autoriza o conhecimento deste EREsp, conforme **reiterado entendimento dessa C. 2ª Seção**: “A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que, em se tratando de dissídio notório, devem ser mitigadas as exigências formais concernentes ao conhecimento dos embargos de divergência.” (EAg 1245379/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJE 19/11/2010 – grifou-se).

7. Por conseguinte, não compreende a Embargante por que o eminente Relator, após ter reconsiderado sua posição inicial (que era pelo não conhecimento), ter admitido o processamento do recurso e, **inclusive, reconhecido expressamente a configuração da divergência – no que foi acompanhado pela maioria dos Ministros da 2ª Seção (v. fls.**

1067/1073) -, está, agora, voltando atrás e, de forma, *data venia*, intempestiva, a aplicar uma jurisprudência defensiva para não conhecer dos presentes embargos !?

8. Permitir o trânsito em julgado de um acórdão (embargado) que, destoando da orientação dessa Colenda Corte, diz que “*não basta que a questão seja suscitada em contra-razões de recurso especial, ao revés, é imprescindível que ela tenha sido objeto de discussão pelo Tribunal de origem para que seja apreciada por este STJ*” (fls. 624), significa, *data maxima venia*, atentar contra a segurança jurídica e a missão uniformizadora dessa Colenda Corte !

### **III – JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA versus Função Uniformizadora do STJ**

#### **A divergência, AQUI, é APENAS quanto à MATÉRIA PROCESSUAL !**

9. A alegação de que, para se conhecer da presente divergência, seria necessária similitude **total** dos casos confrontados - inclusive quanto às questões de direito material - não merece prosperar, **sob pena de excessivo formalismo**. Para configuração do dissídio se exige similitude **apenas da questão controvertida**, que na hipótese vertente é **unicamente de direito processual**: interpretação do art. 257 do RISTJ - **possibilidade de o STJ, ao conhecer do especial, examinar todos argumentos trazidos pelo recorrido em sede de contrarrazões, ainda que não tenha havido debate a respeito na instância ordinária**.

10. Assim, nestes embargos, apenas quanto ao referido aspecto processual controverso que se pode exigir similitude fática, sendo irrelevante se a questão de fundo é ou não idêntica! Caso contrário, a Corte Especial jamais poderia conhecer de embargos de divergência instruídos com paradigmas de Turmas de Seções diversas, que apreciam questões de direito material distintas!

11. A exigência de similitude fática deve se restringir à questão objeto da divergência, **sob pena de o STJ não cumprir sua função uniformizadora!** Entendimento contrário, *permissa venia*, trilharia o caminho da muito criticada “jurisprudência defensiva”, de exacerbado formalismo, permitindo, neste caso, perpetuação de grave injustiça, pois prevalecerá um entendimento superado pela Corte Especial, que dispensa o prequestionamento da matéria agitada em contrarrazões ao REsp.

12. De fato, o presente EREsp foi admitido em razão do dissídio entre o acórdão embargado e o proferido no EREsp 20.645, julgado pela **C. 2ª Seção** em 22.03.2000, relator Min. Ari Pargendler. Segundo o acórdão embargado, “*não basta que a questão seja suscitada em contra-razões de recurso especial, ao revés, é imprescindível que ela tenha sido objeto de discussão pelo Tribunal de origem para que seja apreciada por este STJ*” (fls. 624). Em sentido diametralmente oposto, diz o acórdão paradigma: “*Os autores foram vencedores em primeiro grau e em segundo grau. **Logo, não tinham interesse em recorrer.** O especial interposto cuidou somente do prazo de prescrição de cinco anos. E a resposta limitou-se a enfrentar a questão posta, não cuidando de desafiar a segunda linha de defesa, que pôs perante as instâncias ordinárias. **Acontece que uma vez conhecido o especial e derrubada a primeira linha de defesa, deve a corte decidir a causa por inteiro, como alinhado no paradigma,** não podendo escapar do exame da outra linha de defesa existente nas instâncias ordinárias. **A ser diferente, estaria a Corte a julgar a causa sem o exame dos direitos postos por uma das partes, que para se defender apresentou fundamentos diversos, na crença de que, embora destruído um deles o outro teria força suficiente para levar ao mesmo resultado favorável**” (grifou-se).*

13. Manifesta a similitude fática. Em ambos os casos os **recorridos** foram vitoriosos em 2º grau e, ao contrarrazoar, pretendem que o STJ se pronuncie sobre matéria não versada no acórdão recorrido, com o intuito de não ficarem privados de jurisdição.

#### **IV – A divergência NÃO pretende discutir o conhecimento ou não do REsp**

14. Não se consegue entender o porquê da insistência em não conhecer da divergência mediante citação de precedentes totalmente inaplicáveis ao presente caso (ex: EREsp 63947/RS e AgRg nos EAgr 1152551/RJ). A discussão objeto deste EREsp **não se refere, em absoluto, à admissibilidade (ou não) do especial interposto pela Embargada**, razão pela qual inaplicáveis referidos precedentes !

15. A Embargante reconhece que o especial interposto pela Embargada merece ser conhecido. Ocorre que, **em virtude do conhecimento do REsp interposto pela Embargada, o STJ deveria apreciar o argumento de preclusão por aquela trazido em sede de contrarrazões !** Este sim é o objeto da divergência !

## V – RELEVÂNCIA FINANCEIRA da questão em julgamento

16. O mais preocupante é que a discussão travada na origem gira em torno de vultoso processo de inventário que tramita **desde 1999**, no qual a Embargante e Embargada são as únicas herdeiras. O *punctum saliens* reside em apurar o quanto a Embargada Cornélia terá que trazer à colação, visto que favorecida com a doação em vida de quinhão superior ao da Embargante Tânia. Veja-se a diferença de valores que a Embargada Cornélia terá que trazer ao monte-mor, caso adotado um ou outro entendimento:

	Valor recebido em vida pela Embargada Cornélia, a ser trazido à colação	Valor recebido em vida pela Embargante Tânia, a ser trazido à colação
Consoante v. acórdão embargado	R\$ 29.895.617,69	R\$ 25.505.880,96
Consoante decisão do Tribunal local (TJSC)	R\$ 57.964.733,00	R\$ 19.295.769,78

17. O quadro acima, elaborado a partir da decisão judicial e laudo pericial contido nos autos originários, dá uma dimensão do prejuízo que a Embargante experimentará caso mantido o entendimento esposado pelo v. acórdão reprochado, liberando a Embargada de trazer à colação quantia próxima a **R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais)!**

**JUSTIÇA!**

De Florianópolis para Brasília, 12 de dezembro de 2011.

**RAFAEL DE ASSIS HORN**  
OAB/SC 12.003