





**AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS  
DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO  
ESPECIAL N. 225.184 – RJ**

(Registro n. 2000.0076706-9)

Relator: Ministro Nilson Naves  
Agravante: Banco ABN Amro S/A  
Advogados: Rogério Reis de Avelar e outros  
Agravado: Flávio Bezerra Teles  
Advogados: José Geraldo Costa e outros

**EMENTA:** Embargos de divergência (Código de Processo Civil, art. 546, e Regimento Interno, arts. 266 e 267).

1. Cabe ao embargante comprovar a divergência indicada “na forma do disposto no art. 255, §§ 1º e 2º, deste Regimento” (art. 266, § 1º).

2. À vista da Súmula n. 284-STF, os embargos também são inadmissíveis “quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”.

3. É igualmente possível ao Relator indeferir os embargos se não se encontrar configurada a divergência (art. 266, § 3º, última hipótese). Caso em que, quando do julgamento do especial, aplicou-se princípio técnico. Inexistência de divergência.

4. Agravo regimental improvido.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Edson Vidigal, Garcia Vieira, Fontes de Alencar, Barros Monteiro, Hélio Mosimann, Francisco Peçanha Martins, Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar, Vicente Leal, José Arnaldo da Fonseca, Fernando Gonçalves, Felix Fischer e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Antônio de

Pádua Ribeiro, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Humberto Gomes de Barros. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Ari Pargendler e José Delgado.

Brasília-DF, 29 de junho de 2001 (data do julgamento).

Ministro Paulo Costa Leite, Presidente.

Ministro Nilson Naves, Relator.

---

Publicado no DJ de 3.9.2001.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Liminarmente, indeferi os embargos de divergência, nos termos seguintes:

“Segundo o Embargante, ‘Ao rejeitar os embargos declaratórios sem julgar os temas debatidos, violou os arts. 458, II, e 535 do CPC, bem como divergiu de vários arestos’.

Sucede, porém, que divergência não existe. Aliás, nem foi ela regularmente indicada. Na Quarta Turma, não se conheceu do recurso especial, à falta de prequestionamento, **verbis**: ‘Fundamentado o acórdão em argumentos não impugnados, a partir da revelia da ré, não é conhecido o recurso em que são postas questões não prequestionadas’. E lá foram rejeitados os declaratórios, à míngua de seus pressupostos. Em tal sentido, evidentemente que divergência não há com os indicados julgados da Primeira Turma, que cuidaram de outros temas.

Segundo ainda o Embargante, ‘O v. acórdão não conheceu do recurso especial pela alínea **c** do art. 105, III, da Constituição Federal ao fundamento de que o paradigma não destoa da tese sustentada pelo acórdão recorrido. Na realidade, **data venia**, o aresto é divergente e específica para conhecimento do apelo especial, máxime quando o Tribunal **a quo** confunde os conceitos de fornecedor e emissor’.

Acontece, todavia, que, no ponto, não se indicou divergência alguma.

O certo é que a divergência, quando indicada, o foi sem se observar o disposto no § 1º do art. 266 do Regimento, atraindo então o princípio inscrito na Súmula n. 284, pois os embargos também são inadmissíveis ‘quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia’.

Liminarmente, indefiro os embargos (Regimento, art. 266, § 3º).”

No momento, alega o agravante, Banco ABN Amro S/A, que a decisão agravada há de ser reformada “sob pena de perdurar a violação ao art. 546, I, do CPC, c.c. art. 266 do RISTJ, uma vez que os embargos demonstravam claramente a negativa de prestação jurisdicional e ampla divergência a possibilitar seu regular processamento”. Conclusivamente:

“Assim sendo, forçoso reconhecer que a divergência é específica e houve equívoco em relação aos conceitos de que seja emissor do cartão, fornecedor de serviços e titular do cartão, restando feridos os arts. 159 do CCB e 546, I, do CPC, posto que efetivamente não há qualquer responsabilidade do Banco quanto ao extravio, na medida que cumpriu rigorosamente sua obrigação.

Nesse passo, merece o agravo ser conhecido e provido, para melhor exame dos embargos, onde certamente havendo enfrentamento dos conceitos será possível averiguar quanto à especificidade da divergência.

Face ao exposto, espera seja o agravo conhecido e provido, caso V. Ex.<sup>a</sup>, não entenda de exercer o juízo de retratação, por ser assim da mais inteira justiça.”

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): Afora os indicados defeitos formais de interposição dos embargos, divergência aqui não existe, principalmente porque, na Quarta Turma, não se conheceu do recurso especial, *primeiro*, pela aplicação do princípio inscrito na Súmula n. 7 (veja-se, por ocasião do julgamento dos embargos de declaração, “já ficou dito na decisão ora embargada que um dos fundamentos do r. acórdão que julgou a apelação estava na falta de prova dos fatos que justificariam a tese da Apelante”); *segundo*, pela aplicação das Súmulas n. 5-STJ e 282-STF (veja-se, quando do acórdão especial, “Ora, a interpretação de cláusula contratual é função da instância ordinária, incidindo a Súmula n. 5-STJ, enquanto a falta de prequestionamento do art. 159 do CC enfrenta o óbice da Súmula n. 282-STF, razões pelas quais o recurso da Autora não pode ser conhecido pela alínea **a**”).

Em termos tais, de incidência de preceitos formais, divergência nem mesmo há de existir. No caso em exame, além da sua inexistência, não se comprovou, sequer, a pretensa divergência. E foi exatamente a falta de prova “fundamento suficiente para que se afaste a possibilidade de conhecimento do especial fundado na divergência”.

Confirmado, portanto, o despacho de fl. 186, nego provimento ao agravo regimental.

---

---

## **EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 127.098 – RJ**

(Registro n. 99.0104410-3)

Relator: Ministro Nilson Naves  
Embargante: Wilmar Baptista Júnior  
Advogados: Sérgio Cardoso da Costa e outros  
Embargado: Santo Amoro Administradora de Consórcios S/C Ltda  
Advogados: Edison de Souza Ortman Júnior e outros

**EMENTA:** Alienação fiduciária em garantia (Lei n. 4.728/1965 e Decreto-Lei n. 911/1969) – Prisão civil (falta de cabimento) – Embargos de divergência.

1. Em 1999, decidiu a Corte Especial, em julgamento unânime, que “não cabe a prisão civil do devedor que descumpre contrato garantido por alienação fiduciária” (EREsp n. 149.518, Ministro Ruy Rosado, publicado o acórdão no DJ de 28.2.2000).

2. Em 2000, a Corte Especial, por maioria de votos, manteve, por ocasião do julgamento do HC n. 11.918 (redigirá o acórdão o Ministro Nilson Naves), a posição tomada nos EREsp n. 149.518.

3. No atual julgamento, a Corte Especial, tornando à matéria, reafirma, em julgamento unânime, que é ilegal a prisão civil do alienante ou devedor como depositário infiel.

4. Embargos de divergência conhecidos e recebidos.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer dos embargos de divergência e os receber, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Edson Vidigal, Garcia Vieira, Fontes de Alencar, Barros Monteiro, Hélio Mosimann, Francisco Peçanha Martins, Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar, Vicente Leal, José Arnaldo da Fonseca, Fernando Gonçalves, Felix Fischer e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e Sálvio de Figueiredo Teixeira. Ausente, justificadamente, os Srs. Ministros Ari Pargendler e José Delgado.

Brasília-DF, 29 de junho de 2001 (data do julgamento).

Ministro Paulo Costa Leite, Presidente.

Ministro Nilson Naves, Relator.

---

Publicado no DJ de 27.8.2001.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Na sessão de 21.5.1998, a Quarta Turma, vencido o Relator, Ministro Ruy Rosado, deu provimento ao recurso especial, interposto pelo credor ou proprietário fiduciário, em acórdão assim ementado pelo Ministro Sálvio de Figueiredo (I) “É admissível pelo nosso Direito a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito, se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor” e (II) “Segundo decidiu a Corte Superior deste Tribunal (RMS n. 3.623-SP, DJ 29.10.1996), na linha do entendimento do Supremo Tribunal Federal, intérprete maior do texto constitucional, e sem embargo da força dos argumentos em contrário, a prisão do depositário infiel na alienação fiduciária não vulnera a legislação federal infraconstitucional”.

O acórdão de fls. 367/371 rejeitou os embargos de declaração apresentados pelo alienante ou devedor, daí os presentes embargos de divergência, previamente admitidos, a respeito dos quais, ausente toda e qualquer manifestação do Embargado, o Ministério Público Federal emitiu parecer, em

preliminar, pelo não-conhecimento, no mérito, pela rejeição, conforme esta ementa:

“1. Civil. Processual Civil. Embargos de divergência. Recurso especial. Prisão civil.

2. Consórcio. Alienação fiduciária. Depósito. Conversão em busca e apreensão. Devedor sem a posse do bem. Prisão civil. Possibilidade. Matéria pacificada. Súmula n. 168-STJ. Precedentes da Corte Especial do STJ.

3. Divergência superada. Turmas que não mais têm competência para o julgamento da matéria. Súmula n. 158-STJ. Falta de cotejo analítico entre o aresto recorrido e os paradigmas. Irregularidade formal. Inobservância do art. 255 do RISTJ.

4. Parecer do MPF, preliminarmente, pelo não-conhecimento do presente recurso. Caso conhecido, pelo improvimento do mesmo.”

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): De fato, consoante a recomendação do Ministério Público Federal, trata-se de perda de competência, a teor da Súmula n. 158, **verbis**: “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”. Por isso, falta serventia aos indicados acórdãos da Terceira Seção, Quinta e Sexta Turmas.

Acontece, entretanto, que o Embargante alegou o seguinte, no item 20 de sua petição: “A questão **sub judice** de prisão civil de devedor-fiduciante é bem conhecida deste egrégio Tribunal e, recentemente, fora debatida nos Embargos de Divergência em REsp n. 149.518-GO (98.0063056-2), que levado a julgamento na egrégia Segunda Seção, fora decidido submeter o processo à egrégia Corte Especial (art. 16, inciso IV, do RISTJ), não se exigindo maior demonstração analítica dos trechos destoantes dos acórdãos”.

Com efeito, esta Corte, no julgamento dos referidos EREsp n. 149.518, decidiu assim, por unanimidade: “Alienação fiduciária. Prisão civil. Não

cabe a prisão civil do devedor que descumpre contrato garantido por alienação fiduciária. Embargos acolhidos e providos” (Ministro Ruy Rosado, DJ de 28.2.2000).

Naquela oportunidade, proferi esse voto:

“Pedi vista destes autos na sessão passada. Cuido que todos temos de memória a matéria em discussão, relativa à prisão civil do devedor-fiduciante. Pela alienação fiduciária em garantia, sabe-se que o devedor ou alienante se torna possuidor direto e depositário, ‘com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal’ (Decreto-Lei n. 911/1969, alterando a redação do art. 66 da Lei n. 4.728/1965). No caso em exame, a Sexta Turma *admitiu* a prisão civil, reportando-se à orientação do Supremo Tribunal, mas a Quinta Turma, no acórdão trazido como paradigma, *não* admitiu a prisão, pois o devedor, por si só, como ali se entendeu, não é depositário infiel. Portanto, divergência há, motivo pelo qual também conheço dos embargos.

Aqui na Corte Especial, decidiu-se em 1996 do seguinte modo: ‘Na linha do entendimento do Supremo Tribunal Federal, intérprete maior do texto constitucional, e sem embargos da força dos argumentos em contrário, a prisão do depositário infiel na alienação fiduciária não vulnera a legislação federal infraconstitucional’ (RMS n. 3.623, DJ de 29.10.1996). Na ocasião, consoante as notas taquigráficas do julgamento, acompanhei o Ministro Sálvio de Figueiredo, Relator para o acórdão, adotando, no entanto, as ressalvas feitas pelo Ministro Bueno de Souza. Depois, na Terceira Turma, segui a orientação da Corte, e lá sempre disse, em meus votos, ‘Que não há ilegalidade na prisão do devedor, caso não entregue ao credor o bem alienado fiduciariamente, já é da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme esses precedentes, por suas ementas: ...’ (por exemplo, REsp n. 175.047, DJ de 30.11.1998, e HC n. 6.504, DJ de 17.2.1999).

Ora, em tal momento o tema volta à Corte, e desta cadeira a sensação que tive quando formulei o pedido de vista e que atualmente tenho é a de que se pretende aqui e agora assumir a orientação do acórdão paradigma, da Quinta Turma, reputando, então, sem cabimento a prisão civil do alienante. De minha parte, estou propenso a acompanhar o Relator, mas não, **data venia**, em toda a extensão do voto de

S. Ex.<sup>a</sup>, visto que não aprovo a posição de que o que se resolveu em São José da Costa Rica (Decreto n. 678/1992), e que entre nós formal e materialmente possui eficácia, validade e vigência, tenha, como sustentou o Ministro Ruy Rosado, revogado a norma geral inscrita no art. 1.287 do Código Civil, conforme a qual ‘Seja voluntário ou necessário o depósito, o depositário, que o não restituir, quando exigido, será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e a ressarcir os prejuízos (art. 1.273)’. De igual modo, quanto ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Decreto n. 592/1992).

De minhas atuais reflexões, quer me parecer razoável entender-se que a expressão ‘depositário’, a que se refere o indigitado art. 66, juridicamente não se equipara àquela em que civilmente se admite se possa compelir o devedor mediante prisão a restituir, ou a entregar a coisa. Não se equipara, como bem destacou, em seu excelente voto, o Ministro Ruy, em face das impropriedades lógicas, formais e eminentemente jurídicas do instituto da alienação em causa (em tal aspecto, acolho as observações do Relator). De outro lado, como disse o Ministro Francisco Rezek, no HC n. 74.383, ‘Toda norma que, no direito ordinário, quer mascarar de depositário quem na realidade não o é, agride a Constituição’ (DJ de 27.6.1997). Com efeito, a regra, consoante o texto constitucional, é a de que ‘não haverá prisão por dívida’, e a exceção é a prisão ‘do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel’ (Constituição, art. 5<sup>º</sup>, LXVII). Daí, no concernente ao depositário, há de se tratar do legítimo depositário, aquele exemplificativamente a que alude o art. 1.265 do Código Civil, sujeito a ser compelido, se não o restituir, quando exigido, o depósito. É certo que não se presumem, na lei, palavras inúteis, porém, se sabe que ao intérprete cabe retirar das palavras da lei o seu verdadeiro sentido. Ora, da leitura dos votos que me precederam, há, prudente e verdadeiramente, boas razões para crer que a melhor interpretação é a que não admite a prisão civil do alienante ou devedor.

Conhecendo dos embargos, também os recebo, adotando os fundamentos iniciais do douto voto do Relator.”

Não é que idêntica questão aqui voltou, no HC n. 11.918, e a Corte ratificou a posição tomada nos EREsp n. 149.518, e disse eu o seguinte:

“Sr. Presidente, quero crer que a matéria é infraconstitucional, tanto que, no julgamento dos EREsp n. 149.518, lembrava o Ministro

Eduardo Ribeiro o seguinte: ‘Não olvidando o papel constitucional do STF, entendo que o tema está a merecer reexame do ângulo de norma resultante de tratado internacional que, no âmbito interno, tem hierarquia inferior, cabendo ao Superior Tribunal de Justiça velar por sua exata interpretação. Refiro-me ao já citado Pacto de São José da Costa Rica’. Sem divergência, a Corte Especial, naquela ocasião, recebeu os embargos em acórdão assim ementado pelo Ministro Ruy Rosado: ‘Alienação fiduciária. Prisão civil. Não cabe a prisão civil do devedor que descumpre contrato garantido por alienação fiduciária. Embargos acolhidos e providos’. Votei da seguinte forma: ...” (sessão de 16.8.2000).

Em nome dos indicados precedentes da Corte Especial (e sabemos que tantos outros há), é que, conhecendo pela divergência com os EREsp n. 149.518, recebo os embargos para, julgando o especial, negar provimento a esse recurso, tal o voto, na Turma, do Ministro Ruy Rosado; se a Corte, porém, for pelo não-conhecimento dos embargos, expeço de ofício ordem de **habeas corpus** (Código de Processo Penal, art. 654, § 2º), a fim de livrar o Embargante da ameaça de prisão civil.

---

---

### (\*) EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 215.393 – SP

(Registro n. 2000.0022282-8)

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros  
Embargante: Abílio dos Santos Diniz  
Advogados: Francisco de Assis Toledo e outros  
Embargado: Ministério Público Federal  
Sustentação oral: Francisco de Assis Toledo (pelo embargante)

**EMENTA:** Processual – Questão prejudicada no Tribunal de origem – Afastamento da prejudicial – Retorno dos autos.

Situação em que o Tribunal a quo examinou somente um dos temas versados na apelação, desprezando os demais, por entendê-los prejudicados. Se o Tribunal ad quem afastou a questão prejudicial, os autos devem retornar à Corte de origem, para exame daquelas remanescentes.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo-se no julgamento, por unanimidade, conhecer dos embargos de divergência e os receber, havendo divergência quanto à extensão do recebimento nos votos dos Srs. Ministros Nilson Naves e Waldemar Zveiter. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar, José Delgado, José Arnaldo da Fonseca, Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Eliana Calmon, Antônio de Pádua Ribeiro, Nilson Naves, Waldemar Zveiter, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro e Francisco Peçanha Martins. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Waldemar Zveiter. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Garcia Vieira e Vicente Leal. Os Srs. Ministros Vicente Leal, Edson Vidigal, Fontes de Alencar e Hélio Mosimann não participaram do julgamento (RISTJ, art. 162, § 2<sup>o</sup>).

Brasília-DF, 19 de dezembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Paulo Costa Leite, Presidente.

Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator.

---

Publicado no DJ de 29.10.2001.

---

(\*) Acórdão indicado pelo Ex.<sup>mo</sup> Sr. Ministro Nilson Naves.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: No relatório que orientou a formação do acórdão embargado, o Ministro Felix Fischer descreveu a lide, com estas palavras:

“Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público Federal, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Carta Magna, contra v. acórdão da egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3<sup>a</sup> Região, que, em grau de apelação, absolveu o Recorrido da imputação da prática do delito previsto no art. 17, **caput**, da Lei n. 7.492/1986.

A **questio** está bem delineada às fls. 608/609: ‘A r. sentença atacadada absolveu o co-réu Valentim dos Santos Diniz e, quanto ao Apelante, reconheceu a prática do crime imputado, que pode assim ser descrito: O Banco Central do Brasil teria apurado a existência de um contrato de crédito rotativo firmado por empresas do Grupo Pão de Açúcar, do qual são controladores e administradores o Apelante e Valentim dos Santos Diniz. Integravam o Grupo a empresa Supercred Assessoria e Serviços Ltda, da qual eram eles os únicos sócios, e a Cia Brasileira de Distribuição, na qual exerciam cargos de direção (diretor-presidente e diretor vice-presidente).

Apurou-se no balancete da Supercred, no dia 30.6.1992, o lançamento do valor de Cr\$ 1.160.060.003,56 (um bilhão, cento e sessenta milhões, sessenta mil, três cruzeiros e cinquenta e seis centavos) relativo à rubrica devedores diversos países, consistente num empréstimo da Supercred, mutuante, em favor da Cia Brasileira de Distribuição, mutuária, o que seria vedado a teor do dispositivo penal irrogado.

A Supercred incorporou ao seu objeto social a administração de consórcios, a partir de 1989, caracterizando-se, **ex vi legis**, como instituição financeira. Tocante ao referido contrato de crédito rotativo, em razão da qual as empresas do Grupo podiam tomar a posição de mutuante ou mutuária, fora celebrado a 11.11.1985 e editado a 2.1.1992’.

O v. acórdão objurgado está ementado nos seguintes termos, **in verbis** (fl. 630):

‘Penal. Crime contra o Sistema Financeiro Nacional. Empresa administradora de consórcio que, por meio de contrato de crédito rotativo, emprestou dinheiro a empresas integrantes do mesmo grupo. Interpretação do artigo 17 da Lei n. 7.492/1986.

I – Os administradores de empresa equiparada à instituição financeira, como a administradora de consórcio, não incorrem no tipo penal descrito no artigo 17 da Lei n. 7.492/1986 se os recursos emprestados pertencerem exclusivamente à administradora de consórcio e não aos consorciados. A interpretação sistemática dos artigos 17 e 1<sup>a</sup> da Lei n. 7.492/1986 leva à conclusão de que o artigo 17 da lei que trata dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional proibiu, tão-somente, o empréstimo ou adiantamento de recursos de terceiros.

II – Atipicidade da conduta quando o empréstimo ou adiantamento recai sobre recursos próprios.

III – Apelação provida para absolver o réu com fundamento no artigo 386, III, do Código de Processo Penal.’

Daí o presente recurso especial, no qual o *Parquet* alega contrariedade ao art. 17 c.c. o art. 1º, parágrafo único, inciso I, ambos da Lei n. 7.492/1986, sustentando que a aludida lei não faz nenhuma distinção em relação à origem dos recursos mutuados para efeito de incidência do tipo penal em questão. Aduz, ainda, o Recorrente dissenso jurisprudencial com julgado deste Tribunal, proferido em sede de recurso ordinário em **habeas corpus** (RHC n. 5.390-SP), em face do mesmo caso concreto.” (fls. 751/752).

O apelo foi provido, porque

“Em sede do art. 17 da Lei n. 7.492/1986, é indiferente que os recursos destinados ao empréstimo sejam de propriedade da própria administradora ou dos consorciados, visto que a norma busca velar pela higidez do Sistema Financeiro Nacional e vedar atividade financeira marginal, garantindo, desta forma, a própria intangibilidade do capital do consórcio e não apenas do fundo mútuo constituído pelas prestações do consórcio.” (fl. 759).

Houve embargos declaratórios, nos quais se desenvolveu linha de argumentação, que resumo assim:

1 – a defesa monta-se em duas teses, a saber: ausência de tipicidade e erro de proibição escusável;

2 – esses dois fundamentos foram repetidos no julgamento da apelação. Neste, o Tribunal acatou a tese da atipicidade;

3 – restou, assim, prejudicada a tese do erro escusável, que, por isso, não foi examinada;

4 – no recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça no acórdão formado em grau de apelação foi reformado, afastando-se a tese da atipicidade;

5 – afastado esse fundamento da defesa, desapareceu a circunstância que impedia o Tribunal **a quo** de examinar a alegação de erro escusável;

6 – impunha-se, assim, o retorno dos autos para exame da tese até então prejudicada;

7 – tal retorno, entretanto, não aconteceu. O acórdão simplesmente restabeleceu a condenação operada em 1ª instância. Suprimiu-se, nesta parte, uma instância, já que o Tribunal de origem dera como prejudicado um dos fundamentos da defesa;

8 – em caso idêntico, a Turma acolheu a tese do erro escusável;

9 – de qualquer modo, o aresto deixou ao largo o tema relativo a esse tema;

10 – não bastasse, o aresto desconheceu por inteiro provocação do Ministério Público Federal, para que deferisse **habeas corpus ex officio**.

Apesar de o Relator haver recebido os embargos, devolvendo os autos ao Tribunal de Justiça para que examinasse a ocorrência do alegado erro de proibição, a maioria da Turma, por voto de desempate, rejeitou os embargos. Fez assim, porque:

“I – Para o julgamento dos embargos declaratórios a recurso especial, é necessário verificar se no julgamento do apelo excepcional ocorreram as contradições e omissões apontadas, não se podendo voltar a apreciar as teses abordadas na apelação contra a decisão condenatória de 1º grau.

II – Não se reconhece a ocorrência de contradição, erro material e omissão do acórdão quanto à apreciação de uma das teses da defesa, se a Turma procedeu à devida análise de irresignação nos limites da decisão recorrida proferida pelo Colegiado **a quo** e do respectivo recurso a ser examinado, ambos restritos ao fundamento mais abrangente daquele **decisum** (atipicidade).

III – É imprópria a determinação para que o Tribunal de 2º grau reexamine matéria por ele já apreciada.

IV – As contra-razões não se constituem em irresignação autônoma e visam, tão-somente, a contraditar o recurso interposto.

V – É desnecessário o exame do pedido de concessão de **habeas corpus** de ofício contido exclusivamente no parecer ministerial, pois este não se constitui em petitório que deva ser apreciado obrigatoriamente pelo julgado.

VI – Não se conhece de embargos declaratórios ministeriais se, inobstante, evidenciarem-se vagos e objetivando mera consulta, ainda pretendem solução calcada no indevido cotejo analítico das provas.” (fl. 871).

Os embargos de divergência trazem a confronto acórdãos da Terceira, da Quarta e da Sexta Turmas, das duas primeiras, os paradigmas dizem que, se o Tribunal **a quo** examinou somente um dos temas versados na apelação, desprezando os demais, por entendê-los prejudicados, afastada pelo STJ a questão prejudicial, os atos devem retornar, para exame dos temas restantes.

O acórdão da Quinta Turma, a partir de situação idêntica, proclama, **verbis** (RHC n. 6.606/Leal):

“As empresas administradoras de consórcios equiparam-se às instituições para fins de incidência, **ex vi** do art. 1<sup>ª</sup>, parágrafo único, inciso I, da Lei n. 7.492/1986, sendo aos administradores vedado tomar empréstimo ou deferi-lo à empresa controladora, sob pena de incorrer nas sanções do art. 17 do mencionado diploma legal.

Se o Banco Central, por longo período, aceitava como regular a livre disposição de recursos provenientes de taxa de administração dos consórcios, a nova mudança de orientação imposta pela Receita Federal não pode acarretar a condenação criminal dos dirigentes dessas empresas, por ausência de juízo de reprovabilidade, configurando erro inevitável sobre a ilicitude do fato, ou erro de proibição.

Precedentes deste Tribunal (RHC n. 4.146-3-SP, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezini).

Recurso ordinário provido. **Habeas corpus** concedido.”

Em minucioso confronto, o Embargante demonstrou o descompasso jurisprudencial.

Admiti os embargos. O Ministério Público Federal (embargado), em parecer lançado pela eminente Subprocuradora-Geral da República Yedda de Lourdes Pereira indica o recebimento dos embargos, para remessa dos autos ao Tribunal de origem, onde se examinará o alegado erro de proibição.

Este, o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): A divergência está demonstrada. Em verdade, no julgamento da apelação, o egrégio Tribunal de Justiça, reconhecendo ser atípica a conduta imputada ao Réu, declarou prejudicada a tese subsidiária de que este incidira em erro de proibição. O

acórdão ora embargado declarou que o procedimento do acusado coincide com o tipo penal. Em assim considerando, restaurou a sentença condenatória. Em fazendo assim, privou o Autor de um de seus instrumentos de defesa: a tese do erro de proibição.

Os acórdãos ofertados como paradigmas – decidindo no plano do Direito Privado – declaram que, em situações como tais, é necessário propiciar ao Tribunal de apelação e à parte, o exame da tese até então prejudicada. Ora, se isso ocorre no Direito Privado, com maior razão ocorrerá no Direito Penal. Afinal, o direito à ampla defesa e ao devido processo tem como sede a Constituição Federal.

Existe, porém, alegado dissídio com aresto formado na Sexta Turma. Este acórdão louva-se em precedente da Quinta Turma, para conceder **habeas corpus**, ao fundamento de que, embora proibidas de tomar emprestimo a empresa controladora, as administradoras de consórcios incidiram em erro de proibição, sendo induzidas a tanto, por erro semelhante cometido pelo Banco Central.

Não tomei conhecimento dessa afirmada divergência, porque me parece que o acórdão paradigma tratou de questão expressamente ignorada pela decisão embargada.

Tenho para mim, entretanto, que as duas Turmas competentes para julgamento de questões penais coincidem no entendimento de que houve, na hipótese, erro de compreensão. Se assim ocorre, é lícito afirmar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça assentou-se no entendimento de que, “embora sabido que o ‘erro de proibição’ é matéria que deve ser comumente analisada juntamente com o mérito, já que diz respeito à culpabilidade, no entanto, quando **ictu oculi**, exsurge, clara e patente, a falta de ilicitude dos acusados, em caráter excepcional, dela se pode conhecer, via remédio heróico” (RHC n. 4.416/Cid Scartezini).

Nosso Regimento Interno refere-se a tal situação, quando nos determina expedir “ordem de **habeas corpus**, quando no curso de qualquer processo, verificar que alguém sofre ou está para sofrer coação ilegal”.

Concederia **habeas corpus**, para determinar o trancamento da ação penal.

Tenho para mim que, em assim fazendo, o Tribunal coloca-se em linha de coerência com sua jurisprudência e trabalha em favor da tão almejada economia judiciária.

Vencido nesta preliminar, conheço do apelo e o recebo, determinando

a remessa dos autos ao egrégio Tribunal de origem, para a apreciação da tese relativa ao erro de proibição.

### VOTO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira: Sr. Presidente, também conheço dos embargos, acompanhando a fundamentação desenvolvida pelo eminente Ministro-Relator. Dele divirjo quanto à concessão, de ofício, do **habeas corpus**, e assim entendo, porque as colocações feitas na defesa do Embargante, na essência – culpabilidade ou não –, dependeu de demonstração probatória, averiguação sem espaço na providência extrema o proposto remédio constitucional.

O Sr. Ministro Felix Fischer: Sr. Presidente, esse acórdão, sobre erro de proibição, da relatoria do Sr. Ministro Cid Flaquer Scartezini, é, hoje, entendimento minoritário na Quinta Turma.

### RETIFICAÇÃO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): Sr. Presidente, a respeito dessa informação do Sr. Ministro Felix Fischer, conferi, verifiquei a existência de acórdãos no sentido do acórdão paradigma e confiei. É lamentável que o nosso Tribunal, talvez, por ser muito jovem, ainda não tenha se conscientizado da necessidade de mantermos a jurisprudência. Mudou a composição da Turma e o Sr. Ministro Felix Fischer me informa que a jurisprudência mudou com a composição. Tenho a lamentar essa inconstância do nosso Tribunal, pedindo desculpas aos eminentes colegas quanto a essa circunstância.

No que se refere à necessidade de coleta de provas, parece que, na hipótese, **data venia** do Sr. Ministro Milton Luiz Pereira, é absolutamente desnecessária. Foram circunstâncias, como disse o eminente Advogado, da Tribuna, absolutamente iguais. Eram empresas de grupos representantes de concessionárias de veículos que tinham suas financeiras e trocaram esses empréstimos com absoluta permissão e reconhecimento do Banco Central. São casos absolutamente iguais.

Dentro dessa minha preocupação – que é a de todos – de que o Poder Judiciário aumente o seu rendimento, fiz essa proposta. Entretanto, em face da informação do Sr. Ministro Felix Fischer, retiro o **habeas corpus** de ofício para que tenhamos o julgamento mais acelerado em relação à questão.

## VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Sr. Presidente, para não parecer incoerência, quando rejeitei os embargos, na assentada da Quinta Turma, eu o fiz sob este fundamento:

“Não se reconhece a ocorrência de contradição, erro material e omissão do acórdão quanto à apreciação de uma das teses da defesa, se a Turma procedeu à devida análise de irresignação nos limites da decisão recorrida proferida pelo Colegiado **a quo** e do respectivo recurso a ser examinado, ambos restritos aos fundamentos mais abrangentes daquele **decisum**.”

Nos limites dos embargos, rejeitei-os, dada a sua limitação.

No caso, a hipótese apresenta-se de maneira diferente, e, com esses esclarecimentos, acompanho o Sr. Ministro-Relator.

## VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Nilson Naves: Acompanhado pelos Srs. Ministros Milton Luiz Pereira, Cesar Rocha, Ruy Rosado, José Delgado, José Arnaldo da Fonseca, Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Eliana Calmon e Pádua Ribeiro, o Relator, Ministro Gomes de Barros, na sessão do último dia 18, recebeu os embargos, “determinando a remessa dos autos ao egrégio Tribunal de origem, para apreciação da tese relativa ao erro de proibição”.

Pedi vista para refletir a propósito do princípio segundo o qual (I) “O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie” (Súmula n. 456-STF), (II) “O Tribunal Superior do Trabalho, conhecendo da revista, julgará a causa, aplicando o direito à espécie” (Súmula n. 457-STF), (III) “No julgamento do recurso especial, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma não conhecerá do recurso; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie” (Regimento Interno do Superior, art. 257).

Na sentença condenatória (Lei n. 7.492/1986, art. 17), entendeu o juiz, de uma parte, que “O tipo objetivo do delito está caracterizado e também o subjetivo” e que “Houve a prática de fato constitutivo de infração criminal

e, conseqüentemente, de ilícito administrativo”; de outra, que “É razoável e, destarte, aceitável, a tese de erro de proibição, mas na modalidade apenas minorante da censurabilidade do fato”.

No acórdão, porém, a Segunda Turma do Tribunal Regional, a teor da certidão de fl. 629, “deu provimento ao recurso para absolver o Réu dos delitos previstos no artigo 17, **caput**, da Lei n. 7.492/1986, a teor do artigo 386, III, do Código de Processo Penal, nos termos do voto do Sr. Juiz-Relator, no que foi acompanhado pelo Sr. Juiz Célio Benevides. O Sr. Juiz André Nekatschalow acompanhou pela conclusão o Sr. Juiz-Relator, divergindo quanto à fundamentação”. Com efeito, no atinente à fundamentação ali apresentada, em dois votos deu-se pela “Atipicidade da conduta quando o empréstimo ou adiantamento recai sobre recursos próprios”, entendendo o terceiro voto que à espécie tinha aplicação o art. 21 do Código Penal, tratando-se, aqui, de erro inevitável, textualmente: (I) “A questão que o presente recurso apresenta, a meu ver, consiste em saber se o Réu-apelante tinha consciência e vontade de cometer o fato criminoso concernente na concessão de empréstimo por entidade equiparada à instituição financeira à sua coligada”, (II) “Daí derivou o erro de proibição. Havia uma prática antiga e chancelada pela Receita Federal ...”, (III) “Por isso que entendo justificável o erro. Não ocorreu um fato concreto que instigasse novas perquirições no âmbito jurídico ...” e (IV) “Em sendo assim, entendo o Apelante encontrar-se ao abrigo do art. 21, **caput**, do Código Penal e, portanto, deve ser julgado improcedente o pedido condenatório inicial, absolvendo-o com fundamento no art. 386, V, do Código de Processo Penal”.

Quem recorreu para o Superior Tribunal foi o Ministério Público, pleiteando que se desse provimento ao especial, “reformando-se o v. acórdão recorrido, restabelecendo-se a decisão condenatória proferida em 1ª instância (de lavra, aliás, do eminente Juiz Peixoto Júnior, atualmente integrante do egrégio TRF-3ª Região), pondo-se, destarte, cobro à séria incongruência de decisões judiciais apontadas”.

Nas contra-razões apresentadas, o réu Abílio e atual embargante alegou que, “na hipótese de se dar provimento ao recurso especial, como aspira o representante do Ministério Público Federal, o Superior Tribunal de Justiça não poderia reconstituir a decisão condenatória porque o Tribunal Regional Federal da 3ª Região não apreciou as demais questões suscitadas pelo recurso de apelação da defesa, entre elas, a do erro de proibição, já reconhecido pelo voto do terceiro juiz (fls. 618/628), sob pena de suprimir, ilegalmente, uma instância de julgamento”.

Em tal aspecto, recebidos que sejam aqui no Superior Tribunal os embargos de divergência apresentados pelo Recorrido, a qual órgão jurisdicional os autos hão de ser remetidos, a fim de que haja pronunciamento a propósito da outra razão de defesa – erro sobre a ilicitude do fato? Pois, o que se alega é que a seu respeito não se pronunciou o Tribunal, mas qual o Tribunal há de se pronunciar, o Superior ou o Regional?

Como os presentes embargos estão amplamente sendo conhecidos, não mais discuto a preliminar de conhecimento. Preocupo-me, pois, com as conseqüências do seu recebimento. Em tal aspecto, os autos, a meu ver, hão de tornar à Turma julgadora do especial, à Quinta. **Data venia**, é o meu entendimento. Por isso, aqui tenho respeitosa divergência com o eminente Relator, bem assim com os ilustres acompanhantes de S. Ex.<sup>a</sup>.

Em caso de tese assemelhada, situada, todavia, no campo cível, venho estudando os Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 172.864, da relatoria do Ministro José Arnaldo. Efetivamente, conhecido o recurso, julga-se a causa, aplicando-se o direito à espécie, conforme dispõem as Súmulas n. 456 e 457-STF e o art. 257 do Regimento Interno do Superior Tribunal. Na Terceira Turma, o Ministro Eduardo Ribeiro, como Relator designado, assim ementou o REsp n. 5.178 (DJ de 25.11.1991): “Conhecendo do recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça julgará a causa. Para isso, pode ser necessário examinar questões não versadas pelo acórdão. Se, para decidi-las, entretanto, for indispensável acertar os fatos, mediante exame de provas, devem os autos tornar ao Tribunal de origem para que delibere sobre os temas de que não cogitou ao apreciar a apelação”. Disse S. Ex.<sup>a</sup>, nesse tópico do voto:

“Não há dúvida de que o Superior Tribunal de Justiça, assim como o Supremo Tribunal Federal, não se constituem em Cortes de cassação. Cabe-lhes – o texto constitucional é expresso – julgar as causas que, por via do especial ou do extraordinário, lhes sejam submetidas. Para fazê-lo, entretanto, pode ser necessário examinar questões que não o foram pelas instâncias ordinárias. Admita-se, por exemplo, tenha a defesa dois fundamentos, ambos pertinentes ao mérito. Acolhido um deles, bastante para conduzir a improcedência da demanda, do outro não se cuidou. No especial entende-se equivocada a decisão. Afasta-se o fundamento adotado pelo acórdão. Para o julgamento da causa, indispensável seja o outro examinado. Cumpre verificar se isso haverá de fazer-se, de logo, no próprio recurso especial.

A fixação do exato sentido da Súmula n. 456 não se pode dizer pacífica, observando-se, na jurisprudência do Supremo Tribunal, algumas variações. A leitura dos acórdãos que lhe deram origem mostra que se tinha entendimento amplo quanto ao julgamento da causa, após o conhecimento do recurso. A restrição não ia além do conhecimento. Conhecido, ensejava-se exame completo, inclusive com reapreciação de matéria de fato. Esta orientação manifestou-se claramente no Agravo de Instrumento n. 23.496 e no Recurso Extraordinário n. 56.323, de ambos Relator Vitor Nunes Leal.

Tendência mais restritiva, entretanto, predominou no julgamento do RE n. 67.284 (RTJ n. 52/340). Vencido o Ministro Eloy da Rocha, concluiu-se não dever o Supremo Tribunal prosseguir na apreciação da causa, desde que necessário, para tanto, acertar fatos com exame da prova.”

Veja-se que, nesse precedente, do ano de 1991, cuidava-se de questões não examinadas na origem, a saber, segundo a ementa acima transcrita, de “questões não versadas pelo acórdão”. Também há orientação no sentido de que pode o Superior Tribunal, em benefício do Recorrido, examinar questões que não foram apreciadas pelas instâncias ordinárias. Exemplo clássico é o da inconstitucionalidade da lei: ao Recorrente assistiria razão, pois a lei não aplicada era aplicável, só que se depara com o vício de constitucionalidade (a propósito, recentemente, na Terceira Turma, instaurou-se tal procedimento, quanto ao deflator previsto na Lei n. 8.177/1991, art. 27).

A propósito de poder o Superior examinar, em favor do Recorrido, se necessário, temas não versados na origem, votei da seguinte forma, nos EDcl no REsp n. 51.163 (DJ de 21.9.1998):

“Alega o embargante que a prescrição não se verificou, mesmo que se lhe tenha como exato o prazo de um ano, estabelecido na Súmula n. 101. Afirma que o fato tornou-se conhecível em 23.12.1985, enquanto que a ação foi ajuizada em 22.1.1986. Já assim se defendera, quando da impugnação aos embargos, conforme fl. 19. Reiterou a defesa na fl. 300, por ocasião das contra-razões, formuladas em face da interposição do recurso especial.

Dessa questão a instância ordinária não tomou conhecimento. Pelo

visto, a sentença entendeu tratar-se de prescrição vintenária, simplesmente. O acórdão seguiu o mesmo caminho. Por isso, o acórdão ora embargado ficou adstrito aos prazos de vinte anos e um ano.

Cuidando-se, a questão atual, de questão suscitada, nestes autos, em vários momentos, inclusive nas contra-razões do recurso especial (e a respeito da qual não houve pronunciamento), vou rever, em parte, a conclusão do meu voto, dando pela existência de omissão no acórdão, de que fui relator.

Recebo parcialmente os embargos de declaração, para alterar a conclusão do meu voto de fls. 366/367, de modo a que o recurso especial seja provido apenas em parte. Isto é, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento em parte, para deixar assentado que a prescrição é de um ano, a teor da Súmula n. 101: 'A ação de indenização do segurado em grupo contra a seguradora prescreve em um ano'. Voltem os autos à origem, onde outra sentença haverá de ser proferida. É que a instância ordinária afastou a prescrição ânua, dando pela vintenária. Isto é, entendeu que a matéria teria regência pelo prazo maior. Não se preocupou com a circunstância ora e então aventada. Daí é que me parece assistir razão ao embargante, de modo a ter manifestação sobre a sua alegação: o prazo é de 1 (um) ano, mas, ainda assim, a ação não estaria prescrita. Para o exame desta alegação, envolvendo a prova realizada, devolvo os autos à origem. Anulo o processo, a partir e inclusive da sentença.”

Pelo visto, devolvia eu os autos à origem, para que lá se retomasse o processo, prevaleceu, no entanto, o voto do Ministro Eduardo Ribeiro, no sentido de que desde logo se procedesse ao julgamento da causa, o que em seguida aconteceu, com a seguinte conclusão, acompanhada por toda a Turma: “Existindo a omissão, recebo os embargos. Suprindo-a nos termos acima, mantenho a conclusão por ocasião do julgamento do recurso especial, de fl. 367”.

Ainda sobre tal procedimento, confira-se a ementa dos EREsp n. 20.645, Segunda Seção, escrita pelo Ministro Ari Pargendler: “Processo Civil. Recurso especial. Técnica de julgamento. Conhecido o recurso especial, o Tribunal deve aplicar o direito à espécie (RISTJ, art. 257), tenham ou não as respectivas contra-razões se reportado à questão influente no desate da lide, oportunamente ativada nas instâncias ordinárias. Embargos de divergência acolhidos” (DJ de 1.8.2000). Nesse precedente, tratava-se de

matéria favorável aos Recorridos, autores de uma ação cominatória cumulada com pedido de indenização. Fora o pedido acolhido pelas instâncias ordinárias, mas aqui no Superior foi pronunciada a prescrição, daí a alegação, em embargos de declaração, que a prescrição, se de cinco ou de vinte anos, não se verificara, tratando-se de danos prolongados e continuados, a propósito do que a Turma não se pronunciou, embora se tratasse de matéria suscitada no curso do processo. Rejeitados os declaratórios, sobrevieram embargos apontando divergência com julgado segundo o qual “Conhecido o recurso, o Tribunal procederá ao julgamento da causa, posto que não se trata de Corte de cassação. Para fazê-lo, poderá ser necessário o exame, em favor do Recorrido, de temas não versados no acórdão” (EDcl no REsp n. 28.325). Foram os embargos acolhidos pela Segunda Seção, “para que o julgamento do recurso especial prossiga com o exame de todas as questões suscitadas nas instâncias ordinárias”. Portanto, cuida-se de matéria em favor do Recorrido.

Quando do julgamento, pela Terceira Turma, do REsp n. 19.241 (sessão de 2.3.2000), votei assim, após pedido de vista (tópicos do voto):

“Qual o voto do Ministro Direito, também quer-me parecer, **data venia** do Relator, que à tal questão não se pode, no momento, dar qualquer cuidado. O julgamento da causa, em decorrência do conhecimento do especial (Súmula n. 456-STF e Regimento Interno do Superior, art. 257), não autoriza se conheça de matéria em momento algum suscitada e discutida. Com efeito, no caso em exame, a falta de citação da esposa do réu Alfredo não foi levantada, estando em curso o processo na instância ordinária: dela não cuidara a sentença, nem a apelação e nem se ventilou no acórdão. Oposto o recurso especial, sobre essa nulidade não se falou nas contra-razões. Foi ela somente suscitada após o julgamento do especial. Nesse contexto, não se recomenda o acolhimento da questão, até porque o que mede a devolução – e isso é indiscutível quanto à apelação – é o teor da matéria impugnada, admitindo-se, porém, o conhecimento de outras questões, desde que previamente suscitadas e discutidas. Mas, aqui também não se cuida de questão anteriormente suscitada e menos ainda de questão discutida. É caso a que falta o tão indispensável prequestionamento.

No concernente a que se deve conhecer de ofício (veja-se: ‘a Turma deve conferir, preliminarmente e de ofício’, conforme o Ministro Pargendler), não é possível, ao que cuido, processualmente, visto que a regra do conhecimento de ofício tem como destinatária a instância

ordinária (Código de Processo Civil, art. 267, § 3<sup>o</sup>). É sabido que, entre nós, matéria relativa aos pressupostos processuais e às condições da ação, quando favoráveis ao Recorrente, depende o seu conhecimento ter sido ela ventilada na decisão recorrida (Súmula n. 282-STF). Note-se que, em assim sendo em relação a quem recorre, razão maior impõe-se relativamente ao Recorrido. Que contra-senso há de ser, a meu ver, dispensar-se o prequestionamento, tratando-se de questão favorável ao Recorrido, quando se o requer, cuidando-se do Recorrente.”

Quero me posicionar melhor, a saber, admitindo, como anteriormente já admiti, que é possível o conhecimento, mas em favor do Recorrido e desde que se trate de matéria suscitada. No precedente acima (REsp n. 19.241), pelo visto, a matéria não foi em momento algum suscitada, salvo aqui no Superior Tribunal, nos embargos de declaração opostos ao acórdão da Turma. Não era possível, portanto, o conhecimento.

Mas, quanto ao Recorrente? No caso de aplicação do direito à espécie, uma vez que conhecido o recurso especial, é dado igualmente ao Superior Tribunal conhecer de ofício das matérias constantes dos números IV e VI do art. 267 do Código de Processo Civil, referentes aos pressupostos processuais e às condições da ação? Teoricamente, parece-me que lhe é dado o conhecimento, relativamente ao Recorrido, tenho dúvida, contudo, se o Superior pode, de ofício, conhecer de tais matérias a favor do Recorrente, sem sacrificar o tão caro e tão necessário pressuposto do prequestionamento. Aliás, segundo o Ministro José Delgado, no REsp n. 220.184, “É entendimento pacificado neste Sodalício que mesmo os assuntos relativos às condições da ação exigem debate pelo acórdão criticado para que possam ser conhecidos na instância especial” (DJ de 17.11.1999). Noutra ocasião, proponho-me discorrer um pouco mais a respeito desse aspecto.

Sucedee, contudo, que nestes autos não se cuida da situação do Recorrente. O que a ela diria respeito há de ficar para outro dia. A cada dia basta o seu cuidado!, conforme a sábia anotação canônica. Aqui, o Embargante era recorrido quando do exame da causa penal pela Quinta Turma do Superior, que se verificou nas sessões de 21.9 e 14.12.1999, respectivamente, recurso especial e embargos de declaração. Pergunta-se, então, se os autos hão de lhe ser devolvidos, ou se devolvidos hão de ser ao Tribunal Regional, para que haja pronunciamento a respeito do erro sobre a ilicitude do fato – isto é, a propósito da segunda das razões apresentadas originalmente pela defesa.

É certo que, num plano maior, existem outras indagações e outras implicações relativamente ao procedimento a ser adotado pelo Superior Tribunal, nos casos de conhecimento do recurso especial. Dar-lhes-ei exame noutra oportunidade. O certo é que, competindo ao Superior, em casos que tais, julgar a causa, compete-lhe, em conseqüência, aplicar o direito à espécie. Vejam que, naquele precedente de 1991 (REsp n. 5.178, DJ de 25.11.1991), disse o Ministro Eduardo Ribeiro, nesse elucidativo tópico de seu voto: “Não se pretenda haja aí supressão de um grau de jurisdição. Não é necessário que todas as alegações das partes sejam examinadas, para propiciar pronunciamento do órgão superior. Isso, aliás, tratando-se de apelação, está claro nos parágrafos do artigo 515 do CPC”. Confira-se, consoante já afirmei, que se tratava de solução favorável ao Recorrente. Fiquei ali vencido em parte, pois, em meu voto, já dava de pronto solução à causa. Outro precedente, datado de 1995 (REsp n. 54.445, Ministro Eduardo Ribeiro, DJ de 1.7.1996), a Segunda Seção cassou o acórdão local, “outro devendo ser proferido, com exame da causa de pedir realmente exposta”. Nele, a causa fora julgada na origem com base em causa de pedir não exposta: “Como já observado, o v. acórdão recorrido não examinou a causa de pedir deduzida pelos autores”. Comparando tal caso com outros, sublinhou o Relator: “O caso dos autos, como dito, tem similitude com esse, mas apresenta também importante peculiaridade. Naquele, a causa de pedir fora examinada. A lide, julgada. Apenas não se cuidara de determinada razão, que também embasava o pedido. Neste, se se passar à decisão da causa, considerando-se a lide realmente deduzida, essa só terá sido julgada na instância especial, o que não se coaduna com os princípios que informam nosso processo e, especialmente, as regras pertinentes ao especial”. Nesse precedente (REsp n. 54.445), vejam bem!, devolveram-se os autos ao Tribunal local porque, neles, fora a lide originariamente julgada com base em causa de pedir não apresentada pelos autores. Justificava-se, pois e plenamente, a devolução. Não se tratava, evidentemente, de caso de questão suscitada e, menos ainda, de questão discutida.

Mas, ao ver das indicações cujo registro apontei, quero crer, **data venia**, que não se trata, aqui, de caso de devolução dos autos ao Tribunal Regional. *Primeiro*, dúvida não há quanto a que o Réu se defendeu também invocando o erro sobre a ilicitude do fato. Trata-se, por conseguinte, de questão suscitada. *Segundo*, trata-se, igualmente, de questão discutida no processo, tanto que sobre ela estabeleceu-se o contraditório; por exemplo, confirmaram-se as contra-razões à apelação da defesa, apresentadas pelo Ministério

Público Federal, fls. 574/576. *Terceiro*, a sentença julgou-a por inteiro, pronunciando-se abertamente sobre ela.

Neste contexto, não há por que se devolver o processo ao Tribunal Regional, **data venia**. Até porque a questão é tipicamente de direito, não mais havendo necessidade de acerto de fatos. O que se impõe acertar é o direito. As indicações do Superior são nesse sentido. Se tal é processualmente possível em relação à apelação, também há de ser no atinente ao recurso especial. Ao Superior Tribunal, que não deixa de ter alguma feição de Corte de cassação, compete, eminente e principalmente, daí a sua maior feição de tribunal de revisão, julgar as causas decididas, “em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: ...” (Constituição, art. 105, III). “... julgará a causa, aplicando o direito à espécie” (Regimento Interno, art. 257). Note-se, então, que lhe compete, aqui e agora, julgar a presente causa penal.

Dir-se-á que o Tribunal Regional às inteiras não se pronunciou sobre o erro. Isto, entretanto, é irrelevante, à vista dos precedentes já vistos e aqui examinados. Sem dúvida, como se viu, que se cuida de questão suscitada e discutida no processo. É o bastante. Quanto ao mais, não há de vir a pêlo. Além disso, a mim me parece, se for necessário para o raciocínio (creio até que não é), que o Tribunal, sim, manifestou-se a propósito do tema, qual a observação do Ministro Gilson Dipp, quando do julgamento, pela Turma, dos embargos de declaração, **verbis**: “Assim, um dos votos deu provimento à apelação, levando, é verdade, em conta, o erro de proibição (art. 386, inc. VI, do CPP). Chega-se, então, à conclusão, de que o erro de proibição foi apreciado no acórdão regional, sendo relevante para um dos votos, não o sendo, porém, para os demais, inclusive para o voto-condutor do julgado. Dessarte, o acórdão teve como fundamento, como razão de decidir, o voto do Relator”.

Há quem fale da falta de prequestionamento. Falou a ilustre parecerista de fls. 911/932, a Professora **Ada Pellegrini**. Todavia, com os meus respeitos, não é caso de prequestionamento, de sua falta, ou de sua presença. Aliás, existe opinião, e das mais conspícuas (por exemplo, a do Ministro Pertence), segundo a qual é possível detectar o prequestionamento nas razões do voto-vencido. Na espécie em exame, tal voto se dedicou, totalmente, ao erro sobre a ilicitude do fato. E não é, como disse, o caso, porque aqui não se examina pretensão de recorrente. A decisão a ser tomada, se benéfica, irá beneficiar o Recorrido, a saber, irá propiciar ao Recorrido

do especial a oportunidade de ver a Turma se pronunciando sobre a segunda das razões levantadas pela defesa. Destarte, não há que se falar de prequestionamento.

Conhecendo-se do recurso especial, estou aqui sustentando que pode o Superior apreciar questão que diga respeito ao Recorrido, desde que se trate de questão suscitada e discutida no processo. Não é necessário que o acórdão a tenha julgado por inteiro (a propósito, sobre a apelação, veja-se o § 1º do art. 515 do Código de Processo Civil). Pois, aqui se trata de questão suscitada e discutida (o erro sobre a ilicitude do fato). No caso, não se cuida de indagação a favor do Recorrente. Cuida-se, isto sim, de indagação em benefício do Recorrido. Cabe, então, à Turma examiná-la, julgar, amplamente, a causa, uma vez que o recurso especial foi conhecido. Antes de tudo, o Superior é tribunal de revisão.

Do exposto, e me reservando para, oportunamente, trazer outras considerações, divirjo, no momento, quanto à remessa dos autos ao Tribunal Regional. Peço vênias para devolver os autos à Quinta Turma, a fim de que lá se aprecie a razão de defesa concernente ao erro sobre a ilicitude do fato.

### VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Waldemar Zveiter: Discute-se nos presentes embargos a seguinte questão: sendo duas as teses apresentadas em sede de apelação – atipicidade da conduta e existência de erro de proibição escusável –, acolhida a primeira pelo Tribunal **a quo**, que, conseqüentemente, absolveu o Réu, e afastada ela quando do julgamento do especial por esta Corte, a quem compete a análise do segundo fundamento: ao Tribunal local ou ao próprio STJ, através da Turma que conheceu do especial?

O eminente Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator, votou assim:

“A divergência está demonstrada. Em verdade, no julgamento da apelação, o egrégio Tribunal de Justiça, reconhecendo ser atípica a conduta imputada ao Réu, declarou prejudicada a tese subsidiária de que este incidira em erro de proibição. O acórdão ora embargado declarou que o procedimento do acusado coincide com o tipo penal. Em assim considerando, restaurou a sentença condenatória. Em fazendo assim, privou o Autor de um de seus instrumentos de defesa: a tese do erro de proibição.

Os acórdãos ofertados como paradigmas – decidindo no plano do Direito Privado – declaram que, em situações como tais, é necessário propiciar ao Tribunal de apelação e à parte o exame da tese até então prejudicada. Ora, se isso ocorre no Direito Privado, com maior razão ocorrerá no Direito Penal. Afinal, o direito à ampla defesa e ao devido processo tem como sede a Constituição Federal.

Existe, porém, alegado dissídio com aresto formado na Sexta Turma. Este acórdão louva-se em precedente da Quinta Turma, para conceder **habeas corpus**, ao fundamento de que, embora proibidas de tomar empréstimo à empresa controladora, as administradoras de consórcios incidiram em erro de proibição, sendo induzidas a tanto, por erro semelhante cometido pelo Banco Central.

Não tomei conhecimento dessa afirmada divergência, porque me parece que o acórdão paradigma tratou de questão expressamente ignorada pela decisão embargada.

Tenho para mim, entretanto, que as duas Turmas competentes para julgamento de questões penais coincidem no entendimento de que houve, na hipótese, erro de compreensão. Se assim ocorre, é lícito afirmar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça assentou-se no entendimento de que, ‘embora sabido que o ‘erro de proibição’ é matéria que deve ser comumente analisada juntamente com o mérito, já que diz respeito à culpabilidade, no entanto, quando **ictu oculi**, *exsurge*, clara e patente, a falta de ilicitude dos acusados, em caráter excepcional, dela se pode conhecer, via remédio heróico’ (RHC n. 4.416/Cid Scartezzini).

Nosso Regimento Interno refere-se a tal situação, quando nos determina expedir ‘ordem de **habeas corpus**, quando no curso de qualquer processo, verificar que alguém sofre ou está para sofrer coação ilegal’.

Concedo **habeas corpus**, para determinar o trancamento da ação penal.

Tenho para mim que, em assim fazendo, o Tribunal coloca-se em linha de coerência com sua jurisprudência e trabalha em favor da tão almejada economia judiciária.

Vencido nesta preliminar, conheço do apelo e o recebo, determinando a remessa dos autos ao egrégio Tribunal de origem, para a apreciação da tese relativa ao erro de proibição.”

S. Ex.<sup>a</sup> foi acompanhado pelos eminentes Ministros Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar, José Delgado, José Arnaldo da Fonseca, Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Eliana Calmon e Antônio de Pádua Ribeiro.

O eminente Ministro Nilson Naves solicitou vista dos autos e divergiu do Relator, entendendo que, no caso, a própria Quinta Turma, encarregada do julgamento do especial, poderia conhecer e apreciar a questão relativa à existência ou não de erro de proibição.

Transcrevo os principais fundamentos, nos quais alicerçada sua opinião:

“Quero me posicionar melhor, a saber, admitindo, como anteriormente, até erro sobre a ilicitude do fato.” (ler)

Em face das diversas ponderações feitas por ocasião dos julgamentos anteriores e para melhor me inteirar da discussão, solicitei vista dos autos.

Após refletir e analisar os argumentos colocados, estou em acompanhar o voto proferido pelo eminente Ministro Nilson Naves.

Com efeito, a questão é tormentosa e diversas as hipóteses que podem ocorrer, recomendando ou não a remessa dos autos à instância de origem, notadamente quando houver necessidade de análise mais aprofundada da prova, o que não me parece ser o caso dos autos.

Acho que deve ser prestigiado, sempre que possível, o princípio inserto na Súmula n. 456 do Supremo Tribunal Federal e repetido no Regimento Interno desta Corte, art. 257.

O STJ, conhecendo do recurso, julgará a causa, podendo apreciar outros fundamentos não acolhidos pelo Tribunal **a quo**. Veja-se que, no caso concreto, houve discussão da questão – existência ou não de erro de proibição – no próprio bojo do aresto recorrido, apenas não sendo relevante a fundamentação para a conclusão a que chegou a instância ordinária. Mas, também, não houve rejeição à tese de sua existência.

Como salientou o eminente Ministro Nilson Naves, trata-se de questão suscitada e discutida no processo que não envolve o reexame de matéria fática.

Portanto, afastado, por uma das Turmas do STJ, o principal fundamento adotado pelo Tribunal **a quo** para absolver o Réu, ainda que se trate de questão relativa às condições da ação, pode e deve apreciar o outro, discutido ao longo do processo e sobre o qual se estabeleceu o contraditório, desde que não envolva complexo reexame de matéria de prova.

Forte em tais lineamentos, acompanho o voto do eminente Ministro Nilson Naves, **data venia** dos que votaram em sentido contrário.

### VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira: 1. Nos autos da ação penal intentada pelo Ministério Público Federal, a sentença condenou o ora embargante a um ano e quatro meses de prisão e vinte dias-multa, como incurso no art. 17 da Lei n. 7.492/1986, que dispõe sobre os crimes contra o Sistema Financeiro.

Ao apelar, o Réu invocou a atipicidade da conduta e, quanto à culpabilidade, a ocorrência de erro inevitável quanto à ilicitude do fato (“erro de proibição”).

A Turma julgadora do Tribunal Regional Federal da 3ª Região proveu a apelação para absolver o Réu, ante a atipicidade da conduta. Em voto-vista, o Juiz André Nekatschalow também absolveu, com fundamento diverso, uma vez que entendeu presente o erro de proibição previsto no art. 21 do Código Penal.

Adveio recurso especial do Ministério Público Federal, que restou provido pela Quinta Turma desta Corte, para restabelecer a sentença, uma vez reconhecida a tipicidade da conduta.

Os embargos declaratórios da defesa restaram rejeitados, vencidos os Ministros Felix Fischer e Edson Vidigal. Os do Ministério Público não foram conhecidos, também por maioria.

O Réu opôs embargos de divergência, indicando como paradigmas acórdãos da Terceira e da Quarta Turmas, no sentido de que, “havendo no Tribunal Estadual julgamento de extinção do feito por impossibilidade jurídica do pedido, impossível se mostra, no especial, analisar o mérito da causa. Afastado, nesta Corte, o motivo da decisão recorrida, devem os autos retornar ao Tribunal de origem para prosseguimento no exame da apelação” (EDcl no REsp n. 51.875-RJ, DJ de 8.6.1998).

Argumenta o Embargante que a tipicidade ou não da conduta diz respeito à possibilidade jurídica do pedido na ação penal e que, uma vez acolhida a tipicidade, compete ao Tribunal de 2ª grau apreciar a tese do erro de proibição suscitada na apelação, sob pena de suprimir-se a instância recursal ordinária. No mérito, aponta dissidência com aresto da Sexta Turma que acolhe a tese do erro de proibição em hipótese assemelhada.

O Ministro-Relator, Humberto Gomes de Barros, concedeu **habeas corpus**, de ofício, para determinar o trancamento da ação penal, com base na jurisprudência desta Corte que permite conhecer da “falta de ilicitude dos acusados”, quando evidente, pela via do *writ*, encaminhando os autos ao Tribunal de origem, para apreciação do alegado erro de proibição.

Divergiu o Ministro Nilson Naves, ao entender que, uma vez conhecido o recurso – no caso, embargos de divergência –, seria de aplicar-se o direito à espécie e julgar-se a causa, “tenham ou não as respectivas contra-razões se reportado à questão influente no desate da lide, oportunamente ativada nas instâncias ordinárias”. Entendeu S. Ex.<sup>a</sup> que a questão do erro de proibição restara discutida no processo e sobre ela se estabelecera o contraditório; e, com tais considerações, concluiu pela devolução dos autos à Quinta Turma, onde se apreciaria a tese do erro sobre a ilicitude do fato.

Após o voto-vista do Ministro Waldemar Zveiter, que acompanhou a dissidência, na última sessão, de 11 do corrente, pedi vista dos autos.

2. Um dos arestos paradigmas trata da incompetência desta Corte para apreciar o mérito da pretensão, uma vez aqui reconhecida a possibilidade jurídica do pedido. Nesses casos, impor-se-ia a devolução dos autos ao Tribunal de 2<sup>a</sup> grau para ali proceder-se ao julgamento do mérito. Trata-se dos EDcl no REsp n. 51.875-RJ (DJ de 8.6.1998), da Quarta Turma, com esta ementa:

“Processo Civil. Acórdão estadual que extingue o processo por impossibilidade jurídica. Impossibilidade de analisar o mérito no recurso especial. Omissão e contradição verificadas. Embargos acolhidos, com efeitos modificativos. Remessa ao Tribunal Estadual para completar o julgamento.

– Havendo no Tribunal Estadual julgamento de extinção do feito por impossibilidade jurídica do pedido, impossível se mostra, no especial, analisar o mérito da causa. Afastado, nesta Corte, o motivo da decisão recorrida, devem os autos retornar ao Tribunal de origem para prosseguimento no exame da apelação.”

Dois aspectos sobressaem na questão em debate. Primeiro, a adequação da tipicidade ou não da conduta como possibilidade jurídica do pedido. Segundo, a viabilidade ou não de este Superior Tribunal aplicar o direito à espécie, que se desdobra na exigência do prequestionamento para que a Corte possa julgar a causa.

3. Quanto ao primeiro aspecto, a doutrina predominante considera a tipicidade como possibilidade jurídica do pedido na ação penal, no sentido de que a conduta deve estar prevista no direito material penal para ensejar a pretensão punitiva por meio da denúncia ou da queixa. A respeito, leciona **Carreira Alvim**, em seus *Elementos de Teoria Geral do Processo*, 6<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, cap. VI, p.p. 124/125:

“A ação penal, tanto quanto a civil **lato sensu** (civil e trabalhista), subordina-se a determinadas condições, pois é também direito subjetivo público de pedir ao órgão jurisdicional a atuação da lei penal. No âmbito penal, além do interesse de agir e da legitimação, emerge de forma bastante acentuada, o requisito da *possibilidade jurídica*, pois aí a peça introdutória da demanda (denúncia ou queixa) deverá fundar-se, necessariamente, num fato delituoso (típico e antijurídico), expressamente previsto no direito positivo material penal. O princípio da reserva legal (**nullum crimen nulla poena sine lege**) impede que, através da atividade integradora da lei, se crie a norma a aplicar-se ao caso concreto. Destarte, é *impossível* denunciar-se alguém por incesto, que não é crime previsto na lei penal brasileira.”

Na mesma linha, já doutrinava **Frederico Marques**:

“Segundo o art. 43, I, do Código de Processo Penal, a ‘denúncia ou a queixa será rejeitada’ quando o fato narrado evidentemente não constituir crime. Se a conduta descrita na peça acusatória não é típica, não pode ser pedida a aplicação da sanção penal: há, na hipótese, portanto, impossibilidade jurídica do pedido.” (*Elementos de Direito Processual Penal*, Bookseller, 1997, v. I, p. 293).

**Ada Pellegrini Grinover**, em parecer nos autos, desenvolve o tema nestes termos:

“Ao descartar a atipicidade, o STJ descartou a ocorrência de carência de ação (impossibilidade jurídica do pedido), não lhe sendo dado passar diretamente ao julgamento do mérito sem que a alegação remanescente de excludente de culpabilidade tivesse sido adequadamente analisada (isto é, analisada pelo Tribunal local).

Assim sendo, outra razão pela qual não pode prevalecer o acórdão do STJ (que restabeleceu diretamente a condenação do consulente) é

o fato de que aquele aresto, ao afastar a tese da atipicidade, na realidade afastou a carência de ação – por impossibilidade jurídica do pedido –, que, embora não explicitamente, fora reconhecida pelo Tribunal Regional Federal. Assim, se o STJ afastou a carência, não lhe era dado adentrar no mérito propriamente dito, sob pena de evidente supressão de um grau de jurisdição.

Esse argumento está calcado na premissa de que a tipicidade está relacionada com a *possibilidade jurídica* do pedido e, portanto, com uma das *condições da ação* – categoria que, como sabido, se opõe ao *mérito*. No caso submetido à consulta, isso realmente parece correto.

Em época precedente, tive a oportunidade de escrever que, no processo penal, o reconhecimento da atipicidade, ainda que declarada por ocasião da apresentação da denúncia (ocasionando sua rejeição), configuraria sentença de mérito, não se tratando de sentença de carência por impossibilidade jurídica do pedido. Naquela oportunidade, rejeitei a chamada teoria da asserção ou da *prospettazione*, segundo a qual as condições da ação devem ser aferidas segundo as afirmações do autor. Dando razão a **Liebman e Dinamarco**, sustentei, então, que ‘a ocorrência das condições da ação mede-se frente à efetiva existência das mesmas (não importa o momento procedimental em que for examinado), e não em face de sua simples afirmação – ou *prospettazione*’.

Passado considerável tempo desde então, continuo a entender que a mera questão cronológica (momento procedimental) não interfere com a qualificação sob exame. Contudo, aderindo ao desenvolvimento doutrinário experimentado ao longo desses anos, reconheço que a distinção entre as categorias das condições da ação e do mérito pode e deve ser feita *segundo o grau de cognição empregado no julgamento*.

Entre nós, coube a **Kazuo Watanabe** o desenvolvimento da teoria assertista, à *luz da cognição desenvolvida no processo*. Segundo o ilustre processualista, ‘as condições da ação são aferidas no *plano lógico* e da mera asserção do direito, e a *cognição* a que o juiz procede consiste em simplesmente confrontar a afirmativa do autor com o esquema abstrato da lei. Não se procede, ainda, ao accertamento do direito afirmado’.

**Watanabe** relacionou o tema das condições da ação com a *profundidade da cognição*, afirmando que a ‘*superficialidade da cognição*’ – em casos em que se reconhece **prima facie** a inviabilidade da pretensão do autor – é ‘*incompatível com o julgamento do mérito no processo*

*de conhecimento*'. E, de forma proveitosa para os fins deste parecer, conclui **Kazuo Watanabe**:

‘... se a carência for reconhecida pela cognição estabelecida no primeiro plano da coordenação entre processo e direito, isto é, da mera afirmativa do direito, no plano hipotético, o *Tribunal não poderá julgar as ‘demaís’ questões de mérito, pena de flagrante supressão do duplo grau de jurisdição.*’

A teoria da asserção, vista sob o prisma da intensidade da cognição, encontrou partidários na doutrina brasileira mais recente. Dentre eles, **José Roberto Bedaque** afirmou que ‘se o juiz realizar *cognição profunda* sobre as alegações contidas na petição, após esgotados os meios probatórios, *terá, na verdade, proferido juízo sobre o mérito da questão*’.

Também **Flávio Luiz Yarshell** observou que a ‘a aferição das chamadas condições da ação nada mais é do que *um exame, apriorístico e superficial, da própria relação material ou de dados relevantes colhidos no plano substancial*. Trata-se de um *juízo formulado com base na cognição não exauriente da controvérsia que, desde logo, pode antecipar o insucesso do pleito deduzido pelo demandante*’.

Mesmo **Cândido Dinamarco**, que acima foi lembrado como opositor da teoria da asserção, em estrito escrito mais recente, sugerindo a relação entre a possibilidade jurídica, de um lado, e tipicidade, de outro lado, observou: ‘Sempre, porém, que o próprio direito a tutelar em juízo seja regido pela regra da tipicidade estrita’, que é precisamente o caso do Direito Penal, ‘*ter-se-á também a tipicidade de ação e, conseqüentemente, a possibilidade jurídica a ser apurada caso por caso*’.

E, de nossa parte, aderimos à teoria da asserção na ótica da profundidade da cognição, quando sustentamos, em obra recente, que a questão da prescrição pode não ser de mérito, quando a pretensão punitiva não seja examinada em profundidade, sendo a prescrição reconhecida em relação a uma pretensão hipotética. Assim, se o juiz não tiver examinado a pretensão punitiva em profundidade, decretando a prescrição de uma pretensão hipotética, afastada a prescrição em 2ª instância, o processo deverá voltar ao órgão **a quo** para o exame do mérito.

A lição de **Watanabe**, secundada por **Bedaque** e **Yarshell** e por

nós mesmos, parece aplicável ao caso submetido à consulta, onde o Tribunal Regional Federal – *mesmo em cognição menos intensa e não exauriente* – descartou, de forma peremptória, a tipicidade da conduta imputada ao consulente.

Embora o Tribunal Regional Federal tenha falado em ‘absolvição’, invocando o art. 386, III, do CPP, o certo é que a tipicidade foi descartada assim como posta pela denúncia, ou seja, **in status assertionis**. A questão de os recursos mutuados pela empresa à empresa coligada, serem próprios, e não de terceiros, não foi controvertida pelo Ministério Público. A denúncia jamais disse que os recursos seriam de terceiros. Entendeu haver tipicidade no simples fato do empréstimo. A tipicidade foi negada pelo Tribunal local e reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, assim como afirmada pela denúncia (teoria da asserção). O caso é de carência da ação, por falta de possibilidade jurídica, devendo ser corretamente enquadrado na ausência de justa causa prevista no art. 43, I, do CPP.

A denúncia não imputou ao consulente fato que em tese constituísse crime (o mútuo da empresa a outra coligada, sem especificar que se tratava de recursos de terceiro). A questão de se tratar de recursos próprios não foi controvertida. Sendo os recursos próprios, e não de terceiros, o fato, em tese, não configurava crime. Assim decidiu o Tribunal Regional. Por isso, o Superior Tribunal de Justiça, ao afastar a atipicidade da conduta, reformou o decreto de carência de ação, competindo-lhe determinar a baixa dos autos para que a matéria residual da excludente de culpabilidade (esta, sim, autenticamente relativa ao mérito da questão) fosse adequadamente apreciada.”

Destarte, uma vez assentado que a tipicidade da conduta deve ser aferida como possibilidade jurídica do pedido na ação penal, certo é que a Quinta Turma, ao prover o recurso especial do Ministério Público e considerar típica a conduta do réu, afastou a carência da ação declarada pelo Tribunal da apelação, tornando aplicável o entendimento firmado nos EDcl no REsp n. 51.875-RJ (DJ de 8.6.1998), apontado como paradigma, em cujo voto, como relator, assinaei:

“E, sendo assim, o julgamento desta Corte teria que se limitar, ao prover o especial por contrariedade à jurisprudência mais atualizada sobre o assunto, a afastar o motivo que levou o Colegiado de origem a dar pela impossibilidade de se manejar a demanda. Não poderia, assim,

de pronto, discutir o **meritum causae**, porque estaria suprimindo uma instância (art. 515, CPC) e deixando de considerar as alegações postas pela embargante nas suas contra-razões de apelação.”

Este fundamento, por si só, corroborado pela jurisprudência desta Corte, justifica a devolução dos autos à instância de origem, para que ali se proceda ao exame da outra alegação suscitada pela defesa, na apelação, referente à ilicitude do fato (“erro de proibição”).

4. Todavia, a divergência inaugurada pelo Ministro Nilson Naves aventou a hipótese de a Quinta Turma aplicar o direito à espécie e julgar a causa.

O julgamento da causa, na instância especial, tem origem na súmula do Supremo Tribunal Federal, por seu Verbete n. 456, e se consolidou na disposição regimental do art. 257, no sentido de que, conhecendo-se do recurso especial, deve aplicar-se o direito à espécie.

Embora com razão S. Ex.<sup>a</sup> quanto à possibilidade de esta Corte examinar fundamento não acolhido na instância ordinária, no entanto, no caso específico, não houve decisão de mérito. Ao contrário, limitou-se o Tribunal de 2<sup>a</sup> grau a apreciar a condição da ação penal relativa à tipicidade ou não da conduta. Com efeito, apesar de um dos juizes da Turma julgadora haver examinado o erro, não se decidiu a respeito, nem esse fundamento integrou o dispositivo do acórdão. Como salientou a ilustre parecerista, “embora essa questão tenha sido devolvida (em profundidade) por força do recurso de apelação, o certo é que não chegou a ser adequadamente julgada porque, na conformidade dos votos que estabeleceram o fundamento da absolvição, prevaleceu a tese da atipicidade do fato, não sendo lógico ou necessário examinar-se – porque evidentemente prejudicada – a questão (subseqüente) do erro escusável de proibição”. “Por outro lado – continua o parecer – não se pode confundir o pronunciamento de um dos integrantes do Colegiado, de um lado, com a manifestação do Colegiado propriamente dito, de outro. Nesse particular, é indiscutível que o *resultado* do julgamento, no Tribunal Regional Federal, foi o de absolvição do consulente pelo fundamento da atipicidade”.

5. Com estas considerações, *conheço* dos embargos de divergência e *a eles dou provimento*, ensejando ao Tribunal Regional Federal da 3<sup>a</sup> Região o exame da tese remanescente da apelação.

## VOTO

O Sr. Ministro Barros Monteiro: Sr. Presidente, conforme assinalado,

a divergência no caso cinge-se a saber se a alegação de erro de proibição deve ser examinada pelo Tribunal de origem – o Tribunal Regional Federal – ou pela Quinta Turma.

Considero, Sr. Presidente, que a tipicidade diz com a carência de ação. Uma vez afastada a condição de ação, ou seja, a possibilidade jurídica do pedido, penso que os autos devam retornar ao Tribunal de origem.

Acompanho, na mesma linha, o voto do Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Conheço dos embargos de divergência e os recebo, ensejando ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região o exame da tese remanescente da apelação.

---

---

## EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 258.616 – PR

(Registro n. 2000.0121212-5)

Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira

Embargante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Procuradores: Vinícius de Carvalho Madeira e outros

Embargados: Nicolau Resthiski e outros

Advogados: Walter Souza Dias e outros

**EMENTA:** Processo Civil – Embargos de divergência – Acórdão em agravo interno – Cabimento – Lei n. 9.756/1998 – Enunciado n. 599-STF – Exegese – Embargos à execução – Autarquia – Reexame necessário – Descabimento – Arts. 475, I e II, e 520, V, CPC – Exegese – Recurso desprovido.

I – Após a edição da Lei n. 9.756, de 17.12.1998, deve ser interpretado **modus in rebus** o enunciado n. 599 da Súmula-STF, uma vez autorizado o relator a decidir monocraticamente o próprio mérito, não sendo razoável, em conseqüência, inadmitir *tout court* os embargos de divergência somente por tratar-se de decisão proferida em agravo regimental.

II – Se a decisão colegiada proferida no âmbito do agravo interno veio substituir, por um hábil mecanismo legal de agilização de processos nas instâncias extraordinária e especial, a decisão colegiada do recurso especial, e se é do escopo do recurso especial a uniformização interpretativa do Direito Federal infraconstitucional, a pressupor tal uniformização comece por se dar no próprio tribunal que por força de norma constitucional dela se incumba, razoável a todas as luzes ensejar-se a possibilidade dessa uniformização na hipótese, quer em face do interesse da parte, quer em face do superior interesse público.

III – O legislador, ao tratar do reexame necessário, limitou seu cabimento, relativamente ao processo de execução, quando procedentes embargos opostos em execução de dívida ativa, silenciando-se quanto aos outros casos de embargos do devedor.

IV – Em interpretação sistemática, tem-se que o inciso II do art. 475, CPC, dispõe apenas sobre as sentenças proferidas em processo de conhecimento, enquanto o inciso III limita seu cabimento aos embargos opostos em execução de dívida ativa, até mesmo porque, em tal moldura, compatibilizam-se os interesses (Lei de Introdução, art. 5º) de defesa do Erário Público e de resguardo aos hipossuficientes, estes não só alvo de especial proteção constitucional, mas também de injusta e perversa realidade, a dificultar-lhes, muitas vezes, o acesso à pretensão a que por direito fazem jus. O entendimento que ora se exterioriza é também o que melhor se adapta à nova sistemática da legislação processual desejada, que objetiva a efetiva e rápida prestação jurisdicional, além de prestigiar a definitividade da execução.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conheceu dos embargos de divergência e, por maioria, os rejeitou. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Barros Monteiro, Hélio Mosimann, Humberto Gomes de Barros, Cesar Asfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar, Vicente Leal, José Arnaldo da Fonseca, Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Eliana Calmon (com ressalva de ponto de vista), Antônio de Pádua Ribeiro, Nilson Naves, Edson Vidigal, Waldemar Zveiter e Fontes de Alencar. Votaram vencidos os

Srs. Ministros Garcia Vieira, Francisco Peçanha Martins, Milton Luiz Pereira e José Delgado.

Brasília-DF, 7 de março de 2001 (data do julgamento).

Ministro Paulo Costa Leite, Presidente.

Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Relator.

---

Publicado no DJ de 12.11.2001.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira: Contra decisão monocrática que negou seguimento ao recurso especial, manifestou o Recorrente, ora embargante, agravo interno. A Sexta Turma, sob a relatoria do Ministro Hamilton Carvalhido, negou provimento ao recurso, ao fundamento de que a sentença que julga embargos à execução em desfavor da Fazenda Pública, aí incluídas as autarquias, não estaria sujeita ao reexame necessário, “por força do disposto no inciso III do art. 475, CPC, que o restringe, no processo de execução, à ‘sentença que julgar improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública (artigo 585, VI)’”.

Irresignado, manifestou o INSS embargos de divergência, apontando como discrepantes acórdãos da Primeira Turma, segundo os quais as decisões proferidas contra autarquias estariam sujeitas ao duplo grau obrigatório, sendo o reexame necessário também aplicável ao processo de execução.

Admitidos os embargos, foram eles respondidos.

Em resposta, os Recorridos suscitaram preliminar de descabimento dos embargos de divergência, uma vez interpostos contra acórdão proferido em agravo interno.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (Relator): 1. Expressam, respectivamente, os arts. 546 do Código de Processo Civil, e 266, **caput**, do Regimento Interno-STJ:

– “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.”

– “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.”

Em interpretação literal a esses dispositivos, e segundo uníssona jurisprudência do Tribunal, anterior à Lei n. 9.756/1998, seria de concluir-se pela inadmissibilidade dos embargos de divergência contra decisão proferida em agravo interno (“regimental”). A propósito, dentre numerosas decisões, confirmam-se:

– “Cabem embargos de divergência das decisões proferidas em recurso especial, não cabendo contra acórdão em agravo regimental.” (REsp n. 103.510-SP, Corte Especial, Relator Ministro Hélio Mosimann, DJ de 2.3.1998).

– “O art. 266 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça é expresso ao prever que somente das decisões de Turma proferidas em recurso especial são cabíveis embargos de divergência.

– Apresenta-se, portanto, inteiramente inadmissível, a apreciação e o julgamento de embargos de divergência quando a decisão impugnada foi proferida em sede de agravo regimental.” (Agravo na Petição n. 658-RJ, Relator Ministro Vicente Leal, DJ de 26.2.1996).

Esse entendimento, aliás, também sempre foi adotado no Supremo Tribunal Federal, que chegou a sumular (Verbete n. 599):

“São incabíveis embargos de divergência de decisão da Turma, em agravo regimental.”

2. Tem-se entendido, todavia, que após a edição da Lei n. 9.756, de 17.12.1998, deve ele ser interpretado **modus in rebus**, uma vez autorizado o relator, por lei, a decidir monocraticamente o próprio mérito, não sendo

razoável, em consequência, inadmitir-se *tout court* os embargos de divergência somente por tratar-se de decisão proferida em agravo interno.

Com efeito, se a decisão colegiada proferida no âmbito do agravo interno veio substituir, por hábil mecanismo legal de agilização de processos, nas instâncias extraordinária e especial, a decisão colegiada do recurso especial, e se é do escopo do recurso especial a uniformização interpretativa do Direito Federal infraconstitucional, a pressupor que tal uniformização comece por se dar no próprio Tribunal que, por força de norma constitucional dela se incumbe, razoável a todas as luzes ensejar-se a possibilidade dessa uniformização na hipótese, quer em face do interesse da parte, quer em face do superior interesse público.

Na mesma linha, o jovem e talentoso **Bernardo Pimental** assinala:

“Também não cabem embargos de divergência contra acórdão proferido em julgamento de agravo interno interposto contra decisão singular proferido por relator em julgamento de agravo de instrumento. É o que estabelece o enunciado n. 599 da Súmula do Supremo Tribunal Federal: ‘são incabíveis embargos de divergência de decisão de Turma, em agravo regimental’. No entanto, tudo indica que acórdão proferido em julgamento de agravo interno interposto contra decisão singular prolatada em recurso especial ou em recurso extraordinário pode ser impugnado por meio de embargos de divergência. Do contrário, conferir-se-á aos relatores dos recursos especial e extraordinário o poder de impor restrição ao cabimento dos embargos de divergência. Além do mais, todos os precedentes que serviram de base para a edição do verbete n. 599 da Súmula do Supremo Tribunal Federal foram proferidas em agravos regimentais contra decisões singulares proferidas em agravos de instrumento. Daí a importância de temperar o enunciado **cum grano salis**.” (Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória, Brasília Jurídica, fl. 353).

Neste sentido, aliás, decidiu a Corte Especial, nos EREsp n. 158.917. Ainda a propósito, os EREsp n. 133.451, Relatora a Ministra Eliana Calmon (DJ de 21.8.2000), com esta ementa, no que interessa:

“1. Antes das reformas processuais impostas, notadamente pelas Leis n. 9.139/1995 e 9.756/1998, não havia julgamento monocrático do mérito do recurso especial. Daí a plena aplicação do enunciado da Súmula n. 599-STF.

2. Atualmente, pode o Relator do STJ julgar, monocraticamente, o mérito do recurso especial, cuja decisão poderá ser revista pelo Colegiado via agravo regimental.

3. A aplicação da Súmula n. 599 do STF merece temperamentos. São cabíveis os embargos de divergência contra acórdão proferido em agravo regimental, se julgado o mérito do recurso especial em agravo de instrumento ou interposto o mesmo contra decisão monocrática do Relator em recurso especial.”

3. Há, no entanto, situações a distinguir. Assim, poderiam ser formuladas as seguintes hipóteses de cabimento:

a) contra acórdão que julga agravo interno manifestado contra decisão monocrática que examina recurso especial (seja para dar provimento ou negar), proferida nos termos do atual art. 557, CPC (com a redação dada pela referida Lei n. 9.756/1998);

b) contra acórdão que julga agravo interno manifestado contra decisão monocrática que conhece do agravo do art. 544, CPC, para dar provimento ao próprio recurso especial (art. 544, § 3º, CPC, com a redação dada pela Lei n. 9.756/1998).

Continuam inadmissíveis, portanto, os embargos de divergência interpostos diretamente contra decisões monocráticas, por ser indispensável que haja decisão colegiada (acórdão), nos moldes do art. 546, CPC.

Outrossim, igualmente incabíveis embargos de divergência contra acórdão em agravo interno manifestado contra decisão monocrática que examina o agravo do art. 544, CPC (a respeito, cf. Corte Especial, AgRg na Pet n. 1.104-RJ, DJ de 8.5.2000), salvo se a decisão der provimento ao próprio recurso especial (hipótese em 3.b, supra), como autorizado no atual § 3º do art. 544.

4. No *mérito*, cinge-se a controvérsia ao cabimento ou não da remessa obrigatória em sentença que rejeita ou acolhe parcialmente os embargos à execução.

O acórdão embargado, oriundo da Sexta Turma, concluiu, por unanimidade, pelo descabimento da remessa, recebendo o acórdão esta ementa, no que interessa:

“1. A sentença proferida em sede de embargos à execução não está sujeita ao reexame necessário, por força do disposto no inciso III

do artigo 475 do Código de Processo Civil, que o restringe, no processo de execução, à ‘sentença que julgar improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública’ (art. 585, VI).

2. O inciso II do artigo 475 do Código de Processo Civil rege o duplo grau obrigatório no processo de conhecimento.”

Já o aresto paradigma, da Primeira Turma, concluiu, também por unanimidade, que o art. 475, II, CPC, não faz distinção entre a sentença proferida no processo de conhecimento e a do processo executivo, tendo sido nele salientado que, “onde o legislador não distingue, não pode o intérprete fazê-lo”.

Tenho por caracterizada a divergência, a ensejar o conhecimento dos embargos, considerando o evidente conflito de teses jurídicas, calcado nos arts. 520, V, e 475, II e III, CPC.

5. Dispõem tais normas:

“Art. 520. A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que:

V – rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes.”

“Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

II – proferida contra a União, o Estado e o Município.”

A Lei n. 9.469/1997, por sua vez, em seu art. 10, estendeu o reexame obrigatório às autarquias e fundações públicas, ao dispor:

“Art. 10. Aplica-se às autarquias e fundações públicas o disposto nos arts. 188 e 475, **caput**, e no inciso II, do Código de Processo Civil.”

À luz desses dispositivos, em exegese meramente literal, poder-se-ia dizer que seria o caso de prover o recurso, na linha do entendimento do aresto-modelo, porque realmente não há ressalva em relação ao tipo de processo em que a “sentença” (art. 475, **caput**) deva ser proferida. Assim, sem haver distinção na lei, não caberia ao intérprete fazê-lo (**ubi lex non distinguit, nec interpres distinguere debet**).

Nem se poderia afirmar, outrossim, que o art. 475, por estar inserido no Livro I do Código de Processo, não se aplicaria à execução. A uma, porque o art. 598 é expresso em determinar a aplicação subsidiária das regras do processo de conhecimento à execução. A duas, porque os embargos à execução, como se sabe, têm natureza de ação desconstitutiva, ou constitutiva negativa, subespécie do gênero ações cognitivas. A três, porque, à míngua de um livro específico sobre a parte geral, o Código de Processo Civil acabou por incluir tais normas no Livro I, que cuida do processo de conhecimento.

Ademais, o art. 520, V, por dispor sobre os efeitos da apelação, não guarda relação direta com o duplo grau obrigatório, cuja disciplina objetiva dar eficácia e validade à sentença e não possui as mesmas características de um recurso voluntário (tipicidade, voluntariedade, tempestividade, legitimidade, preparo, etc.).

6. Por outro lado, no entanto, dispõe o art. 475, III, CPC, que a remessa obrigatória também terá cabimento quanto à sentença “que julgar improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI)”.

Registrada a impropriedade técnica na redação desse dispositivo, já que o correto seria, como propõe projeto de lei em curso no Congresso Nacional, a menção à “procedência dos embargos” opostos à execução da dívida ativa, uma vez que procedentes ou improcedentes são sempre os embargos do executado, e não a execução propriamente dita, vê-se que o legislador, ao tratar do reexame necessário, limitou seu cabimento, relativamente ao processo de execução, somente quando procedentes os embargos opostos em execução de dívida ativa, silenciando-se quanto aos outros casos de embargos do devedor. Não há, assim, como se estender tal orientação aos embargos opostos pelo INSS, notadamente porque, em se tratando de regra processual, como cediço, as exceções devem ser interpretadas restritivamente (**exceptio est strictissima interpretationis**).

O Prof. **Carreira Alvim**, no tema, quando do julgamento da Remessa **Ex Officio** n. 158.056-RJ, do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, anotou:

“Diversamente do que se poderia entender, não cabe ao juiz, muito menos por construção (melhor diria ‘invenção’) jurisprudencial, fazer adaptações ou ‘ajeitamentos’ nos ‘meios de impugnação’ – sejam eles recursos, ações ou sucedâneos (como a remessa) – para beneficiar entidades públicas que não foram por eles expressamente contempladas pelo Código de Processo Civil ou lei especial.

A ‘remessa de ofício’ só tem lugar nas sentenças de ‘conhecimento’ (REsp n. 162.548-SP), mesmo porque a execução contra os entes públicos está sujeita a sistema especial de pagamento, que é o precatório – aliás, esdrúxulo privilégio instituído em favor de quem, justo por ser Poder Público, deveria honrar seus débitos ‘em tempo e na hora’ – e que passa, inclusive, pelo crivo do presidente do Tribunal, por intermédio de quem o juiz requisita o pagamento (art. 730, I, CPC).

Exceto na área penal, os privilégios (como a remessa) devem ser restritivamente interpretados. Estender o campo da incidência de sucedâneos recursais além de seus sistemáticos e naturais limites contraria uma tendência universal, que se acentua no Direito Processual Civil, de limitar o número dos recursos, em homenagem ao efetivo acesso à Justiça e à efetividade do processo. É que, pretender garantir o acesso à Justiça, com a admissão desmesurada de recursos, é o mesmo que ‘dar com uma mão e tirar com a outra’.”

E outra não foi a manifestação do eminente Ministro Hamilton Carvalhido, quando do julgamento do AgRg no REsp n. 258.556-SC, em precisa e feliz síntese:

“Gize-se, em remate, que as normas do reexame necessário, pela sua afinidade com o autoritarismo, são de direito estrito e devem ser interpretadas restritivamente, em obséquio dos direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados, até porque, ao menor desaviso, submeter-se-á o processo a tempos sociais prescritivos, denegatórios do direito à tutela jurisdicional.”

Em suma, se assim não se entender, ou seja, se se entender que o inciso II abrange também as sentenças proferidas em qualquer processo, inclusive em execução, não haveria necessidade da existência do inciso III, uma vez que sua disposição estaria incluída no inciso anterior.

7. Destarte, a melhor interpretação, de índole sistemática, a que se pode chegar é a de que o inciso II do art. 475, CPC, dispõe exclusivamente sobre as sentenças proferidas em processo de conhecimento, enquanto o inciso III limita seu cabimento aos embargos opostos em execução de dívida ativa, até mesmo porque, em tal moldura, compatibilizam-se os interesses (Lei de Introdução, art. 5º) de defesa do Erário Público e de resguardo aos hipossuficientes, estes não só alvo de especial proteção constitucional, mas

também, de injusta e perversa realidade, a dificultar-lhes o acesso à pretensão a que por direito fazem jus.

Daí porque, s.m.j., o entendimento que ora se exterioriza é também o que melhor se adapta à nova sistemática da legislação processual desejada, que objetiva a efetiva e rápida prestação jurisdicional, além de prestigiar a definitividade da execução.

8. Certo é que a recente Medida Provisória n. 2.102-27, de 26.1.2001, ao modificar a Lei n. 9.494/1997, dispôs:

“Art. 2<sup>a</sup>-B. A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado.”

Tal norma, entretanto, não atrita com o raciocínio exposto, tanto assim que, interposta eventual apelação pela autarquia, sem embargo da norma do inciso V do art. 520, CPC, suspensivo seria o seu efeito, dada a disposição superveniente da medida provisória, que, como se sabe, é lei materialmente.

9. À vista do exposto, *conheço* dos embargos, mas a eles *nego provimento*.

## VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Sr. Presidente, *conheço* dos embargos e os rejeito, ressaltando o meu ponto de vista.

