

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 964.780 - SP (2010/0041638-4) (f)

RELATORA : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
EMBARGANTE : LAUTREC PUBLICIDADE S/A E OUTROS
ADVOGADO : DANIEL FONSÊCA ROLLER E OUTRO(S)
EMBARGADO : BF UTILIDADES DOMÉSTICAS LTDA E OUTRO
ADVOGADOS : JEFERSON WADY SABBAG E OUTRO(S)
LYCURGO LEITE NETO

VOTO-VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO:

1. Lautrec Publicidade S/A e outros ajuizaram ação objetivando abstenção de uso de marca e indenização em face de BF Utilidades Domésticas Ltda. e TV SBT, alegando ser a titular do registro da marca "El Juego del Million" no Brasil e que as rés teriam, sem a sua autorização, veiculado o programa de televisão "O Jogo do Milhão", violando o seu direito e trazendo-lhe prejuízos, uma vez que, apesar de estar em negociação com outra emissora à época, esta não mais teve interesse na veiculação do programa. Outrossim, sustentou os elevados lucros que as rés obtiveram com o indevido uso da marca, ainda que, posteriormente, tivessem trocado o nome para "Show do Milhão".

Sobreveio sentença de parcial procedência dos pedidos na ação principal e na cautelar (fls. 220-230).

O TJ/SP manteve a condenação (fls. 244-257), assentando que "*a contrafação foi caracterizada, pois houve o uso de marca alheia para a designação do mesmo tipo de produto, qual seja, entretenimento, comunicação e publicidade*" (fl. 253), antes anotando ser objeto de inovação recursal a arguição de caducidade da marca, e afastando a prejudicial por ser matéria afeta à competência da Justiça Federal, esbarrando na atribuição do Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI (fl. 247).

O acórdão foi assim ementado:

EMENTA: PREJUDICIAL DE CADUCIDADE DA MARCA "Jogo do Milhão" - Afastada.

SENTENÇA - Nulidade - Julgamento "extra petita" - Inocorrência - Preliminar rejeitada.

AGRAVO RETIDO - Recurso contra despacho sem cunho decisório - Despacho de mero expediente - Aplicação do art. 504 do CPC - Agravo não conhecido.

PROPRIEDADE INDUSTRIAL - Uso indevido da marca de terceiros - Contrafação caracterizada - Abstenção do uso - Dever de indenizar - Sentença confirmada - Apelos não providos.

Superior Tribunal de Justiça

Foi intentado recurso especial por B.F. Utilidades Domésticas Ltda. e TV SBT Canal 4 de São Paulo S/A, alegando violação aos arts. 462 e 332 do Código de Processo Civil, bem como divergência jurisprudencial com o REsp n. 36.306/SP. Aduziram que (fls. 260-273):

[...] o v. acórdão negou vigência ao artigo 462 do CPC ao desconsiderar fato extintivo do direito das Recorridas. Com efeito, ao reverso do que decidido, as Recorridas não são detentoras da propriedade da marca 'EL JUEGO DEL MILLION' na medida em que os registros de fls. 74/75 e 13/14 da medida cautelar, foram cancelados pelo INPI por nunca terem usado a marca no Brasil, via 'Declaração de Caducidade', conforme atestam as publicações oficiais ocorridas em 21/06/2005 e 28/06/2005 (fls. 414/417).

Sustentaram, ainda, que a violação do art. 332 do CPC, deveu-se ao fato de que *"foram desprezadas as provas e os fundamentos relevantes da causa, na exata medida em que o cancelamento dos registros das marcas 'EL JUEGO DEL MILLION' pelo INPI tornou as Recorridas carecedoras do direito pelo qual se amparava a demanda"* (fl. 268).

O especial foi provido, tendo o acórdão recebido a seguinte ementa (fls. 483-490):

PROPRIEDADE INTELECTUAL, INDUSTRIAL E PROCESSUAL CIVIL. MARCAS E PATENTES . "JUEGO DEL MILLION" X "JOGO DO MILHÃO". FATO SUPERVENIENTE. ART. 462 DO CPC. CADUCIDADE. ARTS. 142 E 143 DA LEI DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL. SISTEMA DECLARATIVO. CADUCIDADE. EFEITOS *EX TUNC*. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

1. Após a propositura da ação, se algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do litígio, compete ao magistrado apreciá-lo, até de ofício, no momento do julgamento (art. 462 do Código de Processo Civil).
2. O detentor da marca registrada perderá o registro, por caducidade, se a requerimento de qualquer pessoa com legítimo interesse e decorridos 5 (cinco) anos da sua concessão, o uso da marca não tiver sido iniciado no Brasil ou se o uso tiver sido interrompido por mais de 5 (cinco) anos consecutivos, ou, ainda, se, no mesmo prazo, a marca tiver sido usada com modificação, que implique alteração de seu caráter distintivo original, tal como constante do certificado de registro (Lei de Propriedade Industrial, art. 143, incisos I e II).
3. Vigê no Brasil o sistema declarativo de proteção de marcas e patentes, que prioriza aquele que primeiro fez uso da marca, constituindo o registro no órgão competente mera presunção, que se aperfeiçoa pelo uso.
4. Recurso especial conhecido e provido.

Foram opostos embargos de declaração, que foram rejeitados, em virtude da ausência dos vícios elencados no art. 535 do CPC (fls. 527-530).

Sobreveio embargos de divergência por Lautrec Publicidade S/A e Outro, apontando a existência de divergência entre o acórdão recorrido e o aresto paradigma da

Superior Tribunal de Justiça

Terceira Turma, assim ementado (fls. 534-550):

Marca. Art. 459 do Código de Processo Civil. Efeitos da declaração de caducidade. Precedentes da Corte.

1. Não colhe a nulidade pleiteada em torno do art. 459, parágrafo único, do Código de Processo Civil diante da jurisprudência da Corte no sentido de que a "decretação de nulidade decorrente da inobservância da regra inserta no parágrafo único do art. 459, do CPC, depende de iniciativa do autor" (REsp nº 73.932/RJ, da minha relatoria, DJ de 16/02/98; REsp nº 49.445/SP, Relator o Senhor Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 13/03/95; REsp nº 56.566/MG, Relator o Senhor Ministro Costa Leite, DJ de 10/04/95).

2. Tendo havido a contrafação durante o período em que vigia o registro, a ulterior declaração de caducidade não invalida o pedido de indenização, havendo precedente da Corte que considera os efeitos da declaração de caducidade ex nunc (REsp nº 28.878/RJ, Relator o Senhor Ministro Cesar Asfor Rocha, DJ de 08/6/98).

3. Os embargos de declaração apresentados em primeiro grau com o objetivo de, com adequada fundamentação, aclarar questões para o exame do Tribunal local não podem ser tidos como protelatórios, merecendo afastada a multa.

4. Recurso especial conhecido e provido, em parte.

(REsp 330175/PR, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/12/2001, DJ 01/04/2002, p. 185)

Sustentaram as embargantes que a presente divergência cinge-se aos efeitos da declaração de caducidade da marca (fls. 538-539):

[...] uma vez declarada a caducidade (ulterior declaração) por falta de uso de uma marca registrada junto ao INPI, os efeitos de tal declaração projetam-se para desde o registro da marca (ex tunc), impedindo que o detentor da marca possa pleitear os seus direitos violados durante a regular vigência do registro, ou os efeitos operam-se apenas a partir da data da declaração de caducidade, gerando resultados jurídicos daquele momento em diante (ex nunc)?

Assim, enquanto o acórdão recorrido adotou a tese de que a eficácia da declaração de caducidade é retroativa, o aresto paradigma perfilhou o entendimento de que tal eficácia seria prospectiva, de modo que a ulterior declaração de caducidade não poderia afastar a contrafação durante o período em que vigia o registro, razão pela qual legítimo o pedido de indenização pelo uso da marca.

Foi apresentada impugnação pelas embargadas (fls. 577-596) , defendendo:

a) deserção do recurso, porquanto a embargante Lautrec Publicidade S/A não comprovou o recolhimento do preparo em seu nome, mas tão somente em nome de Tomasella Administração e Participação Ltda. e Entertainment Production Group Brasil Ltda., as outras embargantes. Outrossim, o subscritor dos embargos não estava habilitado nos autos, sendo certo que, posteriormente, apenas a primeira embargante conferiu-lhe poderes

Superior Tribunal de Justiça

para sua representação, de modo que as demais não teriam representante legal nesse recurso. Logo, o preparo deveria estar no nome da única recorrente regularmente representada - Lautrec Publicidade;

b) ilegitimidade da recorrente e perda do objeto da lide, uma vez que a declaração de caducidade gerou a carência da ação, haja vista a inversão do direito das partes;

c) no mérito, reiterou a eficácia *ex tunc* da declaração de caducidade da marca.

A Ministra Relatora deu provimento aos embargos de divergência, nos seguintes termos: a) o recolhimento de custas recursais por um dos litisconsortes necessário afasta a deserção, máxime quando representados pelo mesmo advogado; b) o erro material consistente na ausência do nome de todos os litisconsortes no substabelecimento não significa irregularidade na representação processual, ante outros elementos que evidenciam a comunhão de interesses e a atuação conjunta dos litisconsortes; c) reconhecimento de efeitos prospectivos (*ex nunc*) da declaração de caducidade da marca industrial.

É o relatório.

2. De início, rogando a máxima *venia*, divirjo em relação ao bem elaborado voto da eminente Ministra Relatora, porquanto vislumbro que o recurso não reúne condições de admissibilidade.

2.1. Isto porque a admissão dos embargos de divergência reclama a comprovação do dissídio jurisprudencial na forma prevista pelo RISTJ, com a demonstração das circunstâncias fáticas e jurídicas que assemelham os casos confrontados.

Com efeito, não se verifica a similaridade fática e jurídica na hipótese em apreço, muito embora a efetiva configuração do dissenso pretoriano entre os julgados confrontados possa levar o intérprete, em uma primeira análise, a entendimento contrário.

2.2. É que, no presente caso, há uma peculiaridade: o recurso especial centrou-se tão somente na violação dos arts. 332 e 462 do CPC, sendo certa a falta de demonstração do dissídio jurisprudencial com o REsp 36.306-SP, o qual versou sobre a eficácia da declaração de caducidade, que não foi decidida no acórdão do Tribunal *a quo*.

De forma diversa, o aresto paradigma efetivamente versou, desde o início, sobre a eficácia da declaração de caducidade de marca pela inércia na sua utilização, tendo sido esse o cerne desse recurso especial.

De fato, em 11.01.2000, Lautrec Publicidad S/A, Tomasella Adm. Part. Ltda. e

Superior Tribunal de Justiça

Entertainment Production Group Brasil Ltda. ajuizaram ação objetivando abstenção de uso de marca cumulada com indenização, ao argumento de que a primeira autora era a titular do registro da marca "El Juego del Million" no Brasil, tendo oferecido, em agosto de 1998, o seu uso à TV SBT Canal 4 de São Paulo S/A, que recusou a proposta. No entanto, à míngua de autorização pelas autoras, a TV SBT passou a veicular programa televisivo intitulado "O Jogo do Milhão", violando o direito subjetivo daquelas.

Consta dos autos (fls. 229) que, em 24 de agosto de 1999, foram outorgados à Lautrec Publicidad S/A os certificados de registro da referida marca, os quais foram posteriormente cancelados pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) por falta de uso no Brasil durante os anos de 2000, 2001, 2003 e 2004, conforme atestam os documentos de fls. 226-229, que apontam a ocorrência de caducidade em 3.12.2004.

Destarte, ulteriormente ao julgamento de primeiro grau de jurisdição e à interposição dos recursos de apelação, exsurgiu fato novo, nos termos do art. 462 do CPC:

Art. 462. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.

Tal fato foi alegado anteriormente ao julgamento dos recursos, razão pela qual foi deferido pelo Tribunal o adiamento da sessão de julgamento (fls. 224).

Nada obstante, entendeu aquela Corte que se tratava de inovação recursal afeta à competência da Justiça Federal, uma vez envolver questão vinculada ao INPI. Por isso não conheceu do ponto, confirmando a sentença, no sentido da manutenção do dever de indenizar pelo uso indevido da marca, sem apreciar a questão relativa à eficácia da declaração de caducidade.

Em sede de recurso especial, o nobre Relator reconheceu a necessidade de aplicação do art. 462 do CPC no julgamento da lide.

No entanto, procedeu ao exame do mérito, qual seja, a extensão da eficácia da declaração de caducidade, ao invés de, anulando o acórdão recorrido, determinar o retorno dos autos à instância originária para novo julgamento, desta vez sob o pálio do referido dispositivo legal.

Nesse sentido, doutrina abalizada traz a lume questão idêntica à versada na hipótese presente, sustentando que (grifo no original):

O art. 462 tem aplicação irrestrita no âmbito dos tribunais de segundo grau de jurisdição. Também eles deverão levar em conta *fato* ou *direito* novo que tem aptidão de influenciar o julgamento da ação. Não necessariamente,

entretanto, em sede de recurso extraordinário e especial, considerando o estreito âmbito de *devolutividade* desses recursos que decorre da exigência constitucional constante dos art. 102, III, e 105, III, de que o STF e o STJ julguem, tão somente, *causas decididas*. A possibilidade de tal alegação dependeria, nestas condições, da tentativa de uma das partes alegar o fato ou direito superveniente perante o segundo grau de jurisdição, mesmo que em sede de embargos declaratórios, e ver negado esse seu direito, que decorre do art. 462. Nestes casos, não há como negar a viabilidade de interposição de recurso especial forte na violação àquele dispositivo legal. Seu provimento significará a anulação do julgado do segundo grau de jurisdição e a determinação de realização de um novo julgamento sem que ocorra naquele *error in procedendo*. (MARCATO, Antonio Carlos, coordenador. Código de Processo Civil Interpretado. - 3 ed. - São Paulo: Atlas, 2008, p. 1.497)

A jurisprudência desta Corte desse entendimento não diverge, consoante dessume-se dos seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. FATO SUPERVENIENTE. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ARTIGO 462, DO CPC, NÃO APRECIADA NA INSTÂNCIA DE ORIGEM. OMISSÃO. CONFIGURADA A OFENSA AO ART. 535, DO CPC.

1. O fato superveniente a que se refere o art. 462, do CPC, pode surgir até o último pronunciamento de mérito, inclusive em embargos de declaração, obstando a ocorrência da omissão. Precedentes do STJ: REsp nº 434.797/MS, Relator Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, DJ de 10/02/2003, p. 221; REsp 734598/MG, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/05/2005, DJ 01/07/2005, p. 442; REsp 325024/SC, Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ de 01.04.2002.

2. A declaração trânsito objeto de ação autônoma gera eficácia preclusiva prejudicial na demanda onde se controverte acerca da obrigação derivada da relação jurídica deduzida com força de res judicata.

3. In casu, o Tribunal a quo teve conhecimento do fato superveniente - trânsito em julgado da ação declaratória que afastou a cobrança da multa referente à competência 06/97, objeto da presente execução fiscal - por intermédio da oposição dos embargos de declaração.

4. O exame dos autos denota a absoluta pertinência da argumentação adotada pela embargante em face da influência do fato novo, que afastou uma parcela do débito em execução, razão pela qual deveria a Corte de origem ter apreciado o vício apontado pela embargante, restando configurada a violação ao disposto no artigo 535, do CPC.

Precedentes: RESP 675003/RS, desta relatoria, DJ de 05.05.2005; RESP 702528/PI, Relator Ministro José Delgado, DJ de 17.03.2005; RESP 502108/SP, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 16.05.2005; AGRESP 705932/SP, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ de 21.03.2005.

5. Recurso especial provido para determinar o retorno dos autos à instância a quo para que examine a questão superveniente, nos termos do art. 462, do CPC, restando prejudicado o exame das demais alegações da recorrente.

(REsp 1071891/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/11/2010, DJe 30/11/2010)

PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA E ACÓRDÃO QUE NÃO APRECIAM LEI NOVA. BENEFÍCIO DO ART. 17 DA LEI N. 9.779/99 COM MPS 1858-6/99 E 32/2002. VIOLAÇÃO AO ART. 462 DO CPC. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM.

1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que nas instâncias ordinárias cabe ao magistrado, no momento de proferir a sentença, tomar em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, a superveniência de lei nova (jus superveniens), nos termos do art. 462 do CPC. Nestes casos, não há que se cogitar de julgamento extra petita, nem se pode obrigar à parte a ajuizar nova demanda para tal fim.

2. Cumpre afastar o reconhecimento do benefício previsto na Lei n. 9.779/99 e nas MPs 1858-6/99 e 32/2002 ocorrido nesta instância (em decisão monocrática), na medida em que cabe à instância ordinária fazer essa análise, nos termos do art. 462 do CPC.

3. Agravo regimental parcialmente provido, para dar provimento, em parte, ao recurso especial.

(AgRg no REsp 1065677/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/09/2010, DJe 15/10/2010)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – LICENCIAMENTO AMBIENTAL – SUSPENSÃO DE ATIVIDADES – LICENÇA DE OPERAÇÃO OBTIDA APÓS INTERPOSIÇÃO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO – FATO NOVO SUPERVENIENTE (ART. 462 DO CPC) – ALEGAÇÃO EM SEGUNDO GRAU – POSSIBILIDADE – TEORIA DA CAUSA MADURA – INAPLICABILIDADE.

1. A licença operacional - exigida pelas instâncias ordinárias como condição para continuidade das atividades do recorrente - foi obtida pela empresa após a interposição do agravo de instrumento, constituindo fato novo superveniente, nos termos do art. 462 do CPC.

2. É assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que é possível a alegação de fato novo superveniente em sede de segundo grau (Precedentes: REsp 847.831/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 14.12.2008; EDcl no REsp 487784 / DF, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJe 30.6.2008; e AgRg no REsp 1059503/PR, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 6.10.2008).

3. Inaplicabilidade da teoria da causa madura em sede de recurso especial, ante a necessidade de prequestionamento da matéria tida como violada.

Recurso especial conhecido e provido em parte, com retorno dos autos à instância a quo para que examine a questão superveniente, nos termos do art. 462 do CPC, da forma que entender de direito.

(REsp 1089986/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 04/05/2009)

2.3. Ao revés, o aresto paradigma alberga hipótese processual diversa.

Consta daquele relatório que, por ocasião da prolação da sentença, o juiz singular entendeu prejudicado o pedido que pretendia obstar a requerida de utilizar a marca, em virtude da caducidade do registro em nome da autora.

A partir de então, os demais órgãos jurisdicionais analisaram a questão de

mérito - os efeitos da declaração de caducidade.

3. Deste modo, ainda que o acórdão embargado e o aresto paradigma tenham ambos procedido ao exame relativo à extensão da eficácia da declaração de caducidade da marca, e tenham adotado posicionamento, em linha de princípio, de alguma maneira divergente entre si, é cediço que este não é o único requisito autorizador da interposição dos embargos de divergência.

3.1. Os embargos de divergência pressupõem, assim, a identidade da moldura fática e jurídica e a solução normativa diferente, sendo certo que, consoante relatado, tal identidade não ocorreu.

Em suma, enquanto no processo ora em exame o Tribunal recusou-se a julgar a lide com base no art. 462 do CPC, não se manifestando quanto à eficácia da aludida declaração e, impedindo, dessa forma, a análise dessa questão em sede de recurso especial, haja vista a ausência de prequestionamento e a impossibilidade de supressão de instância, no REsp 330.175-PR, trazido como paradigma, o cerne da insurgência cingiu-se à eficácia prospectiva da declaração de caducidade, matéria discutida desde a sentença.

3.2. Notadamente, três situações jurídicas diferentes podem ocorrer, gerando efeitos diversos:

a) o fato novo surge na instância ordinária e é enfrentado pelo magistrado ou pelo Tribunal *a quo*, nos termos do art. 462 do CPC, o que autoriza a interposição do recurso especial para veicular a matéria, em vista do seu efetivo prequestionamento;

b) o fato novo, conquanto ocorra na instância ordinária, não é por ela analisado, impelindo o recorrente à alegação de violação do art. 462 do CPC, a qual, constatada na via do recurso especial, resultará na determinação do retorno dos autos àquela instância para que proceda a novo julgamento, desta feita, levando em consideração o direito superveniente (ante a ausência de prequestionamento e a possibilidade de supressão de instância);

c) a apreciação do fato novo tendente a influir no julgamento da lide pode ocorrer após esgotada a prestação jurisdicional na instância ordinária, ou seja, após a interposição do recurso especial e antes de seu julgamento, impondo-se à instância extraordinária a análise da questão superveniente, em observância ao art. 462 do CPC, não havendo falar, obviamente, em prequestionamento.

No caso em apreço, o acórdão embargado encontra-se retratado na alínea "b"; o aresto paradigma reflete a situação enquadrada na alínea "a".

Por isso, ausente a inarredável similitude fática e jurídica entre os julgados confrontados.

4. Impende salientar que o eminente Relator do recurso especial, justificando a

incursão na análise do mérito, trouxe à lume a solução empregada no REsp 36.606-SP, de relatoria do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, que recebeu a seguinte ementa:

DIREITOS COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. COLIDÊNCIA DE MARCA (REGISTRO NO INPI) COM NOME COMERCIAL (ARQUIVAMENTO DOS ATOS CONSTITUTIVOS DA SOCIEDADE NA JUNTA COMERCIAL). CADUCIDADE DO REGISTRO. COMPROVAÇÃO APRESENTADA ANTES DO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL. INCIDENCIA DO ART. 462, CPC INSTANCIA ESPECIAL.

RECURSO PREJUDICADO.

I - APLICA-SE O ART. 462 DO CPC TAMBEM NA INSTANCIA ESPECIAL.

II - O AUTOR, EX-DETENTOR DE REGISTRO DE MARCA NO INPI, PERDE SEU SUPORTE JURIDICO PARA INSURGIR-SE CONTRA A UTILIZAÇÃO DO NOME COMERCIAL DE OUTRA EMPRESA UMA VEZ DECLARADA, EM PROCESSO PROPRIO, A CADUCIDADE DO SEU REGISTRO.

(REsp 36306/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 08/04/1997, DJ 19/05/1997, p. 20638)

Nesse julgado trazido à colação, foi aplicado o art. 462 do CPC, razão pela qual o recurso foi tido por prejudicado em virtude da perda do objeto da ação.

Ocorre que o Relator inicia seu voto asseverando que o documento comprobatório da caducidade da marca junto ao INPI foi juntado após a inclusão do recurso especial em pauta, e antes do julgamento.

Por isso que apreciada a questão em sede de recurso especial, hipótese encartada na alínea "c", em que não há cogitar, obviamente, de prequestionamento.

Destarte, também por esse ângulo os embargantes não realizaram o cotejo analítico nos moldes exigidos pelo RISTJ, limitando-se a ressaltar, convenientemente, apenas a questão posterior à aplicação do art. 462 do CPC - o termo inicial da eficácia da declaração de caducidade - sem menção ao momento em que o fato novo foi trazido ao processo, o que é de extrema relevância para a solução da controvérsia tal qual aventada nas razões do recurso especial.

Por isso que, numa análise perfunctória, parece ocorrer a similaridade fática e jurídica entre os julgados confrontados, mas essa aparência desvanece-se ante a perscrutação das circunstâncias de fato e de direito que engendraram a interposição do recurso especial, num e noutro caso.

À guisa de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ALÍNEA "C". NÃO-DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ.

1. A divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem

Superior Tribunal de Justiça

recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente. O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255 do RI/STJ) impede o conhecimento do Recurso Especial, com base na alínea "c" do inciso III do art. 105 da Constituição Federal.

2. A Corte Especial do STJ firmou o entendimento de que, mesmo quando o dissídio for notório, deve o recorrente cumprir as formalidades no que concerne à comprovação da discrepância jurisprudencial, realizando o cotejo analítico.

3. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

4. É inadmissível Recurso Especial quanto a questão inapreciada pelo Tribunal de origem, a despeito da oposição de Embargos Declaratórios. Incidência da Súmula 211/STJ.

5. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que não se admite o prequestionamento ficto.

6. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp 1235406/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/04/2011, DJe 25/04/2011)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. DISSÍDIO NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS JULGADOS EM CONFRONTO. ACÓRDÃO PARADIGMA PROLATADO EM SEDE DE CONFLITO DE COMPETÊNCIA. NÃO CABIMENTO DO RECURSO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA INDEFERIDOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte firmou entendimento de só serem cabíveis Embargos de Divergência quando os arestos trazidos à colação firmam posição antagônica sobre os mesmos fatos e questões jurídicas deduzidos no acórdão embargado.

2. É inadmissível a comprovação da divergência com paradigma oriundo do julgamento de conflito de competência. Precedentes.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg nos EREsp 860.080/RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 23/02/2011, DJe 03/03/2011)

TRIBUTÁRIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ACÓRDÃO EMBARGADO QUE APRECIA PRECLUSÃO CONSUMATIVA. PARADIGMA QUE APRECIA PRECLUSÃO TEMPORAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS ACÓRDÃOS COLACIONADOS COMO DIVERGENTES.

1. Os embargos de divergência não foram admitidos ante a inexistência da necessária similitude fática entre os acórdãos confrontados a ensejar o processamento do recurso.

2. É assente o entendimento nesta Corte Superior de Justiça no sentido de que, para comprovar a divergência jurisprudencial, impõe-se que os acórdãos confrontados tenham apreciado matéria idêntica à dos autos, à luz da mesma legislação federal, dando-lhes, porém, soluções distintas.

3. Acórdão recorrido que trata da preclusão consumativa, ao passo que o acórdão paradigma cuida de preclusão temporal. Ausência de omissão a

ser suprida.

Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl nos EREsp 1059899/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/11/2010, DJe 03/12/2010)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. COTAS CONDOMINIAIS. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. RESPONSABILIDADE. INEXISTÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS ARESTOS CONFRONTADOS. DISSÍDIO NÃO DEMONSTRADO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. FATO NOVO. ART. 462 DO CPC.

DISSÍDIO INTERPRETATIVO NÃO COMPROVADO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NÃO CONHECIDOS.

1. Não há falar em divergência quando não são idênticas as situações de fato tratadas, e, por esse motivo, diferenciam-se as soluções jurídicas.

2. É incabível a aplicação do art. 462 do CPC, em sede de embargos de divergência, porquanto este não se constitui em recurso cabível para fins de rediscutir a matéria julgada em recurso especial. A finalidade dos embargos de divergência é pacificar o entendimento no âmbito das Seções e da Corte Especial, conforme a circunstância, em caso de dissenso pretoriano existente.

3. Embargos de divergência não conhecidos.

(EResp 722.501/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/10/2010, DJe 19/11/2010)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. DEMANDA PROPOSTA CONTRA AUTARQUIA FEDERAL (ANS). COMPETÊNCIA TERRITORIAL. ART. 100, IV, "A" E "B", DO CPC. CASOS QUE APRESENTAM SINGULARIDADE. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA.

1. A admissão dos embargos de divergência reclama a comprovação do dissídio jurisprudencial na forma prevista pelo RISTJ, com a demonstração das circunstâncias que assemelham os casos confrontados.

2. Caracteriza-se a divergência jurisprudencial quando, da realização do cotejo analítico entre os acórdãos paradigma e recorrido, verifica-se a adoção de soluções diversas a litígios semelhantes.

3. In casu, o acórdão embargado considerou que: "Nas hipóteses em que for ré autarquia federal, sem que haja discussão em torno de obrigação contratual, cabe ao autor a eleição do foro competente – a sede da pessoa jurídica ou sua sucursal ou agência. " 4. O excerto da decisão faz depreender que negou-se seguimento ao recurso especial, calcado na premissa de que a controvérsia limita-se à possibilidade de o autor eleger o foro da ação - sede da pessoa jurídica sucursal ou agência.

5. O acórdão paradigma, por seu turno, assentou a base de suas premissas fáticas nos termos do acórdão embargado. Não obstante, acrescentou, em razão da especificidade daquela controvérsia que: "é impossível, sem expressa vontade legal, equiparar-se o Núcleo Regional de Atendimento e Fiscalização que a ANS possui em vários Estados à categoria de agência ou sucursal, haja vista que os referidos núcleos não têm responsabilidade pelo ressarcimento do SUS. Por isso, somente "é facultado à parte autora eleger o foro da demanda, desde que a eleição seja entre o foro da sede da pessoa jurídica ou aquele da agência ou sucursal onde ocorreram os fatos que geraram a lide, conforme estabelece o art. 100, IV, "a" e "b" do CPC.

Superior Tribunal de Justiça

Com efeito, "se a irresignação é dirigida contra posicionamento central da autarquia (ANS) e não especificamente em relação a obrigações contraídas junto à subsidiária, a competência para o julgamento da ação é a do foro do local da sede da pessoa jurídica".

6. Destarte, ressoa inequívoca a ausência de soluções diversas aos casos concretos em tela, porquanto o acórdão embargado limitou-se a firmar o entendimento de ser facultado ao autor ação eleger o foro competente da sede da pessoa jurídica ou sua sucursal ou agência, premissas que não foram afastadas pelo acórdão paradigma, o qual, diante da situação específica, acrescentou que o foro de eleição apontado pelo autor não tinha agência ou sucursal, mas tão-somente núcleo regional de autarquia.

7. Agravo regimental desprovido.

(AgRg nos EREsp 884.572/PB, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/02/2010, DJe 10/03/2010)

5. Destarte, realçando o que foi explanado anteriormente, o caso sob exame ostenta uma peculiaridade, qual seja, a de que o cerne do recurso especial reside na violação dos arts. 332 e 462 do CPC, o que não foi cogitado no aresto paradigma, afastando, portanto, a identidade das hipóteses confrontadas.

6. Ante o exposto, rogando vênias uma vez mais à eminente e culta Ministra Nancy Andrighi, não conheço dos embargos de divergência.

É o voto.