

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO – CENTRO DE CIÊNCIAS
JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

STELLA RANGEL LOURENÇO

O CABIMENTO DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA

VITÓRIA

2012

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO – CENTRO DE CIÊNCIAS
JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

STELLA RANGEL LOURENÇO

O CABIMENTO DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em
Processo Civil pela Universidade Federal do Espírito
Santo, como requisito parcial para obtenção do título de
Mestre em Direito Processual Civil.

Orientador: **Prof. Dr. Flávio Cheim Jorge**

VITÓRIA

2012

STELLA RANGEL LOURENÇO

O CABIMENTO DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Estado do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual Civil.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Flávio Cheim Jorge
Universidade Federal do Espírito Santo - UFES
Orientador

Prof. Dr. Bruno Silveira Oliveira
Universidade Federal do Espírito Santo - UFES

Prof. Dr. Samuel Meira Brasil Junior
Faculdade de Direito de Vitória – FDV

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus, fundamento da minha existência.

Agradeço a meu orientador, Prof. Dr. Flávio Cheim Jorge, responsável por minha iniciação na vida acadêmica, por toda orientação, disponibilidade e dedicação empregada na elaboração da presente pesquisa, como também pelo estímulo e motivação constantes neste percurso.

Aos componentes da banca de qualificação, Prof. Dr. Flávio Cheim Jorge, Prof. Dr. Marcellus Polastri Lima e Prof. Dr. Bruno Silveira de Oliveira, externo meu apreço pelos importantes apontamentos, que muito contribuíram na elaboração final da pesquisa.

Ao programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, por meio de todos os professores, pela contribuição no crescimento de meus conhecimentos, como também funcionários e demais colaboradores, pelo apoio e incentivo que tive durante o período em que convivemos.

A meu querido marido, pais, irmão e demais familiares, pelo amor e paciência incondicionais, presentes em todos os momentos, encorajando e incentivando meus estudos, bem como pela compreensão pelas diversas horas em que me ausentei para dedicar na construção deste trabalho.

Aos meus colegas do Programa de Mestrado em Direito, pelo companheirismo, amizades construídas e crescimento em conjunto durante esses dois anos em que passamos juntos.

Finalmente, agradeço a CAPES – Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – pelo suporte financeiro recebido durante o Programa de Mestrado em Direito.

Ficha catalográfica – Biblioteca Central / UFES.

Lourenço, Stella Rangel. 1983 –
O cabimento dos embargos de divergência / Stella Rangel Lourenço – Vitória,
2012.
T/UFES
168 p.

Orientador: Prof. Dr. Flávio Cheim Jorge

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Programa de Pós graduação em Direito Processual Civil.

1. Direito Processual Civil. 2. Recursos. 3. Embargos de Divergência. 4. Aspectos Processuais. I. Jorge, Flávio Cheim (orient.) II. Universidade Federal do Espírito Santo. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Mestrado em Direito Processual Civil.

Resumo

A presente pesquisa objetiva demonstrar os embargos de divergência com enfoque nos elementos processuais do cabimento de tal modalidade recursal em nosso ordenamento jurídico. Para tanto, investigaremos os aspectos gerais dos embargos de divergência, a partir da análise dos elementos históricos enquanto a criação do instituto, como também sua finalidade e classificação no ordenamento jurídico brasileiro. Após, analisaremos o requisito de admissibilidade do cabimento dos embargos de divergência, em razão das complexidades que derivam de tal requisito. Para o estudo, propomos a divisão, meramente acadêmica, das questões que envolvem o acórdão embargado e o acórdão paradigma. A pesquisa segue com o estudo dos aspectos procedimentais dos embargos de divergência nos Tribunais Superiores, abordando o julgamento, os recursos cabíveis contra a decisão alcançada no referido julgamento, bem como a repercussão de tal decisão no ordenamento jurídico brasileiro, com base na legislação processual e regimental em vigor. Por fim, ponderaremos o cabimento dos embargos de divergência no projeto do novo Código de Processo Civil, ante as alterações propostas no projeto de Lei 166, de 2010.

Palavras-chave: Direito processual civil – embargos de divergência – aspectos processuais – cabimento – novo Código de Processo Civil

Abstract

The research aims to demonstrate the motion for resolution of conflict in decision with a focus on the specific procedural element of pertinence of this modality in our legal system. Thus, we will investigate the general aspects of the motion for resolution of conflict in decision from the analysis of the historical elements when the creation of the institute and its purpose and classification in the Brazilian legal system as well. After, we will analyze the condition of admissibility of pertinence of the motion for resolution of conflict in decision, due to the complexities that derive from such requirement. To the study, we propose a merely academic division of the issues involving the appealed judgment and the judgment considered paradigm. The research continues with the study of the procedural aspects from the motion for resolution of conflict in decision in the Superior Courts, covering the trial, the applicable appeals against the decision reached in that trial as well as the impact of such decision in the Brazilian legal system, based on all the procedural legislation and rules in force. Finally, we will consider the pertinence of the motion for resolution of conflict in decision in the project of the new Code of Civil Procedure, due to the amendments proposed in the Bill n. 166 from 2010.

Keywords: Civil procedural Law – Motion for resolution of conflict in decision – procedures aspects – pertinence – New Code of Civil Procedure.

SIGLAS

- STF: Supremo Tribunal Federal;
- STJ: Superior Tribunal de Justiça;
- Art.: Artigo;
- EREsp: Embargos de divergência em recurso especial;
- RISTF: Regimento interno do Supremo Tribunal Federal;
- RISTJ: Regimento interno do Superior Tribunal de Justiça;
- CPC: Código de Processo Civil.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	11
2. ASPECTOS GERAIS DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA.....	14
2.1 A ORIGEM DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA.....	14
2.1.1 Código de Processo Civil de 1939.....	14
2.1.2 Código de Processo Civil de 1973 e disposições legislativas consequintes.....	27
2.2 ENTENDIMENTO UNIFORME NAS CORTES SUPERIORES.....	34
2.3 A FINALIDADE DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA.....	40
2.4 CLASSIFICAÇÃO.....	42
2.4.1 Recursos ordinários e extraordinários.....	43
2.4.2 Fundamentação livre ou fundamentação vinculada.....	45
2.5 OS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA E INSTITUTOS AFINS.....	46
2.5.1 A Uniformização de Jurisprudência.....	47
2.5.2 O Recurso Especial com fundamento na alínea <i>c</i>	50
3. CABIMENTO DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA.....	54
3.1 ACÓRDÃO EMBARGADO.....	56
3.1.1 Decisão de Turma.....	56
3.1.2 Decisão em recurso especial ou recurso extraordinário.....	59
3.1.3 Acórdão derivado de julgamento monocrático.....	63
3.1.4 Agravo Regimental.....	71
3.1.4.1 Agravo nos próprios autos.....	76
3.1.5 Embargos de declaração.....	80
3.1.6 Juízo de admissibilidade e juízo de mérito.....	84
3.1.7 Direito material ou direito processual.....	88
3.1.8 Prequestionamento.....	88
3.1.9 Votação unânime ou por maioria.....	90
3.1.10 Matéria pacífica.....	91
3.1.11 Tribunais de 2º grau e juizados especiais.....	93
3.1.12 Interposição simultânea de recursos.....	96
3.2 ACÓRDÃO PARADIGMA.....	100
3.2.1 Decisão de Turma.....	101

3.2.2	Decisão monocrática.....	105
3.2.3	Decisão por votação unânime ou por maioria.....	106
3.2.4	Derivação do acórdão paradigma.....	107
3.2.5	Grau de cognição entre as decisões.....	110
3.2.6	Competência em razão da matéria.....	114
3.2.7	Atualidade da divergência.....	115
3.2.8	Acórdão rejeitado no recurso especial ou extraordinário.....	117
3.2.9	Similitude fática e dissidência jurídica.....	119
4.	PROCEDIMENTO DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES.....	122
4.1	O JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA.....	130
4.2	REPERCUSSÃO DA DECISÃO.....	135
4.3	RECURSOS CABÍVEIS.....	138
4.3.1	Agravo regimental.....	139
4.3.2	Embargos de declaração.....	139
4.3.3	Recurso extraordinário.....	140
5.	O CABIMENTO DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	141
5.1	A UNIFORMIDADE DE ENTENDIMENTO NOS TRIBUNAIS SUPERIORES NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	141
5.2	AMPLIAÇÃO DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO.....	142
5.2.1	Causas de competência originária.....	144
5.3	EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM SEDE DE AGRAVO INTERNO.....	147
5.4	EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.....	148
5.5	CONFRONTO DE TESES EQUIVALENTES.....	150
5.6	EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA.....	150
5.7	JULGAMENTO MONOCRÁTICO DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA.....	152
6.	CONCLUSÃO.....	155
7.	BIBLIOGRAFIA.....	160

1. INTRODUÇÃO

Os embargos de divergência são modalidade recursal de acordo com o artigo 496, VIII, do Código de Processo Civil, considerados como um importante instrumento para a parte sucumbente, na medida em que a essa é permitido buscar outra solução para sua questão, suscitando para tanto o entendimento externado pela Corte Superior em outra situação idêntica.

A origem do recurso em análise se deu em razão da divisão do STF em Turmas, o que culminou em fracionar o modo de interpretar o direito em tese. Sem um mecanismo viável a coordenar as interpretações internamente, o julgamento realizado por esta Corte Suprema se tornaria uma verdadeira loteria, comprometendo a própria função jurisdicional.

Em razão da particularidade em que foi instituído, não há recurso que atue à exata maneira dos embargos de divergência na legislação processual estrangeira, como bem pontuou Helena Najjar Abdo¹, ao tratar sobre o referido tema e o direito comparado.

O objetivo precípua dos embargos de divergência é a uniformização do entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça na totalidade, dirimindo as divergências jurisprudenciais *interna corporis* em tais Cortes Superiores.

A pedra angular do referido recurso é a divergência jurisprudencial já instaurada. Quando existirem dois entendimentos antagônicos para casos iguais, dentro de uma mesma Corte, o recorrente poderá utilizar os embargos de divergência para que a esta emita qual será o único entendimento cabível naquela situação.

Sua existência no sistema processual brasileiro se justifica ante sua crucial importância para o próprio direito, uma vez que, por meio dos embargos de divergência, será possível alcançar o real entendimento dos Tribunais Superiores, preservando princípios inerentes ao Estado de Direito como a igualdade, a segurança jurídica e a previsibilidade da tutela jurisdicional.

¹ ABDO, Helena Najjar. *Embargos de divergência: aspectos históricos, procedimentais, polêmicos e de direito comparado*. In NERY JR, Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. Vol. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 242.

Em que pese seu valor para o ordenamento jurídico, os embargos de divergência carecem de estudos aprofundados que tratem sobre as variadas questões processuais que os envolvem.

Em razão disso, não obstante seu caráter uniformizador, o escopo do trabalho encontra-se no plano processual do cabimento dos referidos embargos, e não em seu comportamento no ordenamento jurídico como instrumento de uniformização de jurisprudência.

É justamente em tal requisito de admissibilidade que residem as mais diversas questões, deveras complexas, que permeiam o referido recurso, razão pela qual se constitui como mola que impulsiona a presente pesquisa.

Para alcançarmos uma aprofundada compreensão quanto ao cabimento do recurso pesquisado, é imperioso trabalhar os aspectos gerais inerentes ao instituto, partindo de sua origem, de modo a compreender a razão ante a qual foram criados.

Impende enfrentar as situações históricas que contribuíram para uma dispersão jurisprudencial, para alcançar a compreensão da importância de uma jurisprudência unificada e de como os embargos de divergência podem contribuir para tanto.

Nesse passo, imperioso, ao tratar sobre o entendimento uniforme por parte dos Tribunais Superiores, abranger a necessidade de se imprimir uma cultura de valorização dos precedentes em nosso ordenamento jurídico.

A pesquisa se dedicará especificamente ao cabimento dos embargos de divergência, explicitando as nuances do acórdão embargado e do acórdão paradigma, ante a especialidade que engloba tais questões, como também a necessidade de se estabelecer seus parâmetros.

Igualmente, mister analisá-lo sistematicamente com o sistema processual recursal brasileiro. Cabem aqui ponderações sobre os poderes do relator descritos no artigo 557, CPC, referentes ao julgamento monocrático.

Tal questão surge com a possibilidade (ou não) de a decisão objeto de embargos de divergência derivar de um julgamento monocrático do relator, por estar agindo em lugar da

turma ao julgar nessa situação. Outra questão, inerente aos poderes do relator, é a possibilidade do julgamento monocrático dos próprios embargos de divergência.

A pesquisa visa ainda a desenvolver o cabimento dos embargos de divergência no projeto do novo Código de Processo Civil, tendo em vista a confirmação da primordial participação do referido recurso, mediante a ampliação de seu âmbito de atuação.

Conforme se demonstrará, a função uniformizadora dos embargos de divergência será reforçada ante a alteração de seus requisitos de admissibilidade, ampliando em muito os meios de suscitar o enfrentamento de acórdãos conflitantes.

Não importará o veículo que levará a controvérsia. Esta poderá partir de recurso especial ou extraordinário ou ainda nas causas de competência originária dos Tribunais Superiores. O importante é que as Cortes Superiores enfrentem o dissídio e decidam de maneira igualitária para todos os jurisdicionados.

Analisar tais questões se torna imprescindível não apenas para compreender o intuito da reforma, como também para compará-la com a base histórica e jurídica criada em torno dos embargos de divergência, pela qual, partindo de determinadas premissas, será possível alcançar uma correta interpretação do regramento a ser posto em nosso ordenamento.

2. ASPECTOS GERAIS DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA

2.1 ORIGEM DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA

Os embargos de divergência são considerados um importante instrumento para a parte sucumbente, na medida em que a essa é permitido buscar uma nova solução para sua questão, suscitando para tanto o entendimento diverso externado pela própria Corte Superior em situação análoga.

Parte da doutrina² visualizou os embargos criados como um remédio recursal encontrado pelo legislador para solucionar o problema com a divisão em Turmas, na ocasião, do Supremo Tribunal Federal, o qual mantinha-se reticente em utilizar o recurso de revista naquela Corte.

De fato, a inauguração dos novos embargos, considerados como embargos infringentes do julgado por Pontes de Miranda³ e mais adiante nominados pela prática como de divergência, se deu a partir da Lei 623 de 19 de janeiro de 1949, que, ao alterar o Código de Processo Civil de 1939, acrescentou parágrafo único ao artigo 833, criando essa nova figura de embargos⁴.

2.1.1 Código de Processo Civil de 1939

O *caput* do referido artigo 833, CPC de 1939, tratava sobre os embargos de nulidade e infringentes⁵. A partir da leitura do referido *caput*, eram embargáveis acórdãos em apelação, quando o julgamento não tenha sido unânime, como também todos os acórdãos em que também não tenha sido alcançada a unanimidade nas ações rescisórias e nos mandados de segurança.

² Nesse sentido: LIMA, Alcides de Mendonça. *Sistema de normas gerais dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Vol. 5: arts. 476 a 565*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010; OLIVEIRA E CRUZ, João Claudino de. *Dos Recursos no Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

³ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao CPC, tomo XI (Arts. 809-852)*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1960, p. 253.

⁴ “Art. 1º. Ao artigo 833, do Código do Processo Civil, é acrescentado parágrafo único, com a seguinte redação: ‘Além de outros casos admitidos em lei, serão embargáveis, no Supremo Tribunal Federal, as decisões das Turmas, quando diverjam entre si, ou de decisão tomada pelo Tribunal Pleno’”. Disponível em http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=623&tipo_norma=LEI&data=19490219&link=s. Acesso em 28 de julho de 2011.

⁵ “Art. 833. Além dos casos em que os permitem os arts. 783, § 2º, e 839, admitir-se-ão embargos de nulidade e infringentes do julgado quando não fôr unânime a decisão proferida em grau de apelação, em ação rescisória e em mandado de segurança. Se o desacôrdo fôr parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência”.

Sobre o recurso de embargos, Pontes de Miranda nos ensina que:

Todos os acórdãos proferidos em apelação são suscetíveis de embargos, satisfeito o pressuposto de unanimidade para serem embargados. E só tais acórdãos, fora dos casos especiais dos arts. 783, § 2º, e 839, das ações rescisórias e dos mandados de segurança, podem ser embargados. Não há embargos de nulidade e infringentes do julgado oponíveis a decisões em agravos, quaisquer que sejam, salvo a respeito de decisões do Supremo Tribunal Federal.

Somente são suscetíveis de embargos os acórdãos quanto à divergência. Se os acórdãos forem em grau de apelação e satisfizerem o pressuposto da não-unanimidade, cabem os embargos. A sorte da sentença que sobe ao exame da segunda instância é suscetível de quatro substituições pela segunda sentença, sorte que se torna inevitável desde que normal a extinção da relação jurídica processual. Tais substituições são relativas a todo o conteúdo devolvido da decisão apelada e estão em relação quantitativa quanto a êsse conteúdo. A sentença apelada pode ser: a) alterada no todo, que é a reforma total; b) alterada na maior parte; c) alterada na metade, em ou menos da metade; d) como especialização da letra c), ser acrescida da ressalva, ou de alusão a outra pretensão jurídica não examinada pelo juiz, quer afirmando a sua existência, quer deixando-a a posterior indagação⁶.

Apesar do artigo 833, do CPC de 1939, não fazer distinção entre embargos de nulidade e infringentes, a doutrina⁷ trabalhou as diferenças entre os institutos. Os embargos de nulidade eram destinados a atacar pressupostos processuais da sentença, do processo, em matérias não preclusas, ou de ambos.

Em tal ponto, Pontes de Miranda ensina no ataque à validade da sentença ou processo, enquanto Gabriel José Rodrigues de Rezende Filho instrui que os referidos embargos visavam atacar nulidade da sentença, do processo ou de ambos.

Era recurso destinado a apreciar os pressupostos da sentença, “trata-se de inadequada apreciação da validade do processo por parte da sentença, inclusive quanto a ela mesma⁸”, a enfrentar o *error in procedendo* do julgado objeto do recurso.

Já os embargos infringentes destinavam-se ao ataque das questões de mérito do recurso. O objeto do recurso era o conteúdo da sentença, o *error in iudicando*, visando a reforma total ou parcial do julgado recorrido.

⁶ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao CPC, tomo XI (Arts. 809-852)*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1960, p. 242.

⁷ Nesse sentido: REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. *Curso de direito processual civil*. vol III. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1953, p. 124; MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao CPC, tomo XI (Arts. 809-852)*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1960, p. 223.

⁸ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao CPC, tomo XI (Arts. 809-852)*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1960, p. 223.

Afonso Fraga⁹ sustenta ser inútil diferenciar os embargos de nulidade dos embargos infringentes, tendo em vista que os embargos de nulidade acabavam abrangendo a modificação do julgado, conferindo caráter infringente.

No mesmo sentido, relata Seabra Fagundes:

O Código processual (art. 833) não refere os embargos modificativos, que o direito anterior mencionava. Eles se abrangem nos infringentes, pois que a modificação do julgado nada mais é que a sua parcial infringência. Aliás, como faz sentir muito bem o douto Afonso Fraga, os embargos de nulidade também conduzem à infringência da sentença, sendo, em rigor, ociosa a menção de que, especificamente, lhe faz o art. 833 (Instituições do Processo Civil do Brasil, vol. III, pág. 139). Todavia, percebe-se a intenção do legislador de prevenir a chicana que, à sombra de texto onde se não referisse essa espécie de embargos, sustentasse a sua abolição, pois a tanto se prestaria a tradicional diferenciação dos embargos de nulidade, como meio de embargar acórdão por questões processuais, e dos embargos infringentes, como meio de impugná-lo sob aspecto de mérito¹⁰.

Pedro Batista Martins¹¹, ao tratar sobre os embargos do caput do artigo 833, CPC de 1939, informa que tais embargos são como um *bis in idem*, defendendo sua inutilidade no ordenamento jurídico processual, pois se comportam como uma segunda modalidade de apelação, um “segundo tempo”.

Sem ter por si o atributo da romanidade, ou qualquer fundamento de ordem científica, o recurso de embargos tende a desaparecer, em futuro próximo ou remoto, da nossa legislação processual.

Com o julgamento da apelação está satisfeito o princípio da dualidade de graus de jurisdição.

Os embargos ao acórdão, com o fim de infringi-lo, total ou parcialmente, ou de obter a declaração de sua nulidade, é uma forma de transigência com o interesse privatístico à custa do princípio da economia processual, hoje dominante nas legislações cultas.

Realmente, o recurso normal contra as sentenças de primeiro grau, que estatuem sobre o mérito da demanda, resolvendo a relação jurídica processual, é a apelação. Com a decisão desse recurso, devia considerar-se definitivamente entregue a prestação jurisdicional, pela plena satisfação dada ao interesse dos litigantes, consistente na possibilidade de reexame da causa por um juízo coletivo de hierarquia superior à do que proferiu a primeira sentença¹².

⁹ Apud MARTINS, Pedro Batista. *Recursos e processos da competência originária dos Tribunais*. Atualizado pelo Prof. Alfredo Buzaid. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 240.

¹⁰ FAGUNDES, Seabra. *Dos recursos ordinários em matéria civil*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1946, p. 240.

¹¹ MARTINS, Pedro Batista. *Recursos e processos da competência originária dos Tribunais*. Atualizado pelo Prof. Alfredo Buzaid. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 239.

¹² MARTINS, Pedro Batista. *Recursos e processos da competência originária dos Tribunais*. Atualizado pelo Prof. Alfredo Buzaid. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 238.

A simples comparação entre os institutos nos demonstra que os “novos embargos” do parágrafo único do art. 833, do CPC de 1939, não guardavam relação com os embargos de nulidade e infringentes que o *caput* do referido artigo tratava.

De fato, os embargos do parágrafo único do artigo 833, do CPC de 1939, eram similares à outra modalidade recursal que não os embargos de nulidade e infringentes, mas sim o recurso de revista, conforme apontado por Pontes de Miranda.

Os embargos infringentes do julgado que a Lei n. 623, de 19 de fevereiro de 1949, art. 1º, introduziu no sistema jurídico processual brasileiro, vieram atenuar os inconvenientes da divergência jurisprudencial interna que a prática – extraconstitucional – da divisão do Supremo Tribunal em Turmas havia implantado, sem possível correção, em muitos casos. Em boa técnica legislativa, melhor seria para espécies semelhantes ter-se adotado o mesmo remédio jurídico processual. O que se fez, com o art. 833, parágrafo único, foi algo de revista, à feição do recurso previsto, para os outros tribunais, pelos arts. 853-861 do Código de Processo Civil. Na revista, o pressuposto da cognição também é o de divergência jurisprudencial interna. O Tribunal Federal de Recursos tem o mesmo recurso como de revista.

(...)

A regra é que não há embargos de nulidade ou infringentes do julgado que se possam opor a decisão proferida em embargos de nulidade ou infringentes do julgado (cf. 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, 20 de maio de 1947, R. F., 114, 397); mas a *ratio legis* do art. 833, parágrafo único, é diferente da *ratio legis* do art. 833; há, no art. 833, parágrafo único, algo de sucedâneo da revista¹³.

Para Barbosa Moreira¹⁴, a solução encontrada pelo legislador ao acrescentar o parágrafo único no artigo 833, com a Lei 623 de 1949, criou uma nova figura de embargos, que em realidade possuía a mesma função do recurso de revista.

A revista era modalidade recursal prevista no artigo 853 do Código de Processo Civil de 1939¹⁵, e era destinada a dirimir divergência sobre a interpretação da lei entre órgãos julgadores dos tribunais.

¹³ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao CPC, tomo XI (Arts. 809-852)*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1960, p. 253 e 255.

¹⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Vol. 5: arts. 476 a 565*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 641.

¹⁵ “Art. 853. Conceder-se-á recurso de revista nos casos em que divergirem, em suas decisões finais, duas ou mais Câmaras, Turmas ou Grupos de Câmaras, entre si, quanto ao modo de interpretar o direito em tese. Nos mesmos casos, será o recurso extensivo à decisão final de qualquer das Câmaras, Turmas ou Grupos de Câmaras, que contrariar outro julgado, também final, das Câmaras Cíveis Reunidas. §1º Não será lícito alegar que uma interpretação diverge de outra, quando, depois desta, a mesma Câmara, Turmas ou Grupos de Câmaras, que a adotou, ou as Câmaras Cíveis Reunidas, hajam firmado jurisprudência uniforme no sentido da interpretação contra a qual se pretende reclamar. §2º A competência para o julgamento do recurso, em cada caso, será regulada pela lei”. MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao CPC, tomo XII (Arts. 853-881)*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1961, p. 26.

Para João Claudino de Oliveira e Cruz¹⁶, a razão para o recurso de revista era a uniformização da jurisprudência do tribunal, de maneira a harmonizar o entendimento jurisprudencial, fixando um entendimento coerente e uniforme sobre determinado preceito legal, sobre o qual instou a divergência.

Clara a semelhança entre os atuais embargos de divergência, os quais possuem como objetivo uniformizar e harmonizar o entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento do direito externado em teses conflitantes.

João Claudino ainda reporta as raízes da revista (*revisio*) ao direito romano, “*quando provocare non et necesse* (lei 2 Cód. Livro 7º, tít. 64) – apesar de desconhecida nesse direito¹⁷”, informando seu surgimento nas Ordenações Filipinas.

Assim também ensina Gabriel José Rodrigues de Rezende Filho:

No período da *cognitia extraordinaria* do processo romano, a revogação das sentenças contrárias à lei obtinha-se pelo recurso denominado *retractatio*. Dizia a constituição 2º do Imperador Alexandre ‘*quando provocare non est necesse*’:
 ‘Se entre ti e teu avô se levantar litígio acêrca da sucessão do defunto e o juiz decidir que êste, pôsto menor de 14 anos, testou válidamente, é manifesto que tal sentença, por contrária à lei, é nula. Mas, se o juiz, informando-se da idade do testador, julgou que êle completara 14 anos, e, por isso, considerou válido o testamento, tal sentença passará em julgado e tu não a poderás retratar’¹⁸.

Pontes de Miranda¹⁹ retrata os resquícios da revista à época das Ordenações Filipinas, concedidas excepcionalmente pelo rei, que, a seu critério, poderia ordenar a revisão da sentença (Ordenações Filipinas, Livro III, Título 95, §1). Eram concedidas *per* graça especial ou especialíssima.

Não havia pretensão ao recurso de revista, como havia pretensão à apelação ou aos embargos. Pedia-se ao rei que mandasse rever a sentença. Depois, exigiu-se o alvará. Não surgia, como irradiação de fato jurídico (proferimento de sentença com os pressupostos para o recurso), a pretensão à revista. O alvará era a lei para o caso, lei

¹⁶ OLIVEIRA E CRUZ, João Claudino de. *Dos Recursos no Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 373.

¹⁷ OLIVEIRA E CRUZ, João Claudino de. *Dos Recursos no Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 363.

¹⁸ REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. *Curso de direito processual civil*. vol III. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1953, p. 149.

¹⁹ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao CPC, tomo XII (Arts. 853-881)*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1961, p. 7.

retroativa, pois que a sentença já havia sido proferida. Em verdade, preferiu-se a regra legal, embora retroativa, ao mandado. O poder do rei tornou-se legislativo, em vez de judicial excepcional. Foi um passo.

O que é de notar-se, como expressivo, é que a certo momento histórico a revista podia ser por mandado, por alvará e por exercício de pretensão recursal. Pode-se dizer que as três espécies eram o passado, o presente e o futuro do instituto.

(...)

Nas origens do recurso de revista, tal como o encontramos no velho direito português, é evidente a sua excepcionalidade, ligada à concessão especial, *legal* ou *do Príncipe*; provavelmente, antes, só do Príncipe. Quando aparece com forma tríplice, devemos entender que se trata de cristalização posterior, quando alguns dos casos passaram a figurar como *de direito*, e não mais como *de graça*. É em tal estado da evolução do instituto que êle se nos depara nas leis reinícolas: I) a revista *de iustitia*, ou revista *de direito*, que supõe a existência de pressupostos necessários e suficientes para o cabimento dela, sem dependência da vontade do Príncipe, ou do seu Tribunal; II) a revista *ex speciali gratia*, assaz usada, dependente de vontade do Tribunal palatino, o que mostra certa diferenciação das atribuições do Príncipe; III) a revista *ex gratia specialissima*, sòmente admitida por vontade do Príncipe²⁰.

No Brasil imperial, a Constituição do Império fazia menção ao recurso de revista, o qual poderia ser interposto de decisões finais para o antigo Supremo Tribunal de Justiça. Os requisitos eram a comprovação de injustiça notória ou nulidade manifesta, e o valor da causa ser superior à alçada dos julgadores²¹.

João Monteiro²² tratou sobre as regras fundamentais, ou requisitos para admissibilidade, para o recurso de revista na legislação imperial, antes da alteração realizada pela República Federativa:

- a) Só havia revista das sentenças proferidas em ultima instancia;
- b) Não havia revista das sentenças proferidas em causa cujo valor coubesse na alçada dos juizes que as houvessem proferido;
- c) O Supremo Tribunal de Justiça não julgava o fundo da questão: apenas verificava si era ou não caso de revista; si o não era, negava esta, a sentença recorrida se constituía em cousa soberanamente julgada; si o era, remettia oficialmente os autos á Relação que fosse designada;
- d) Esta julgava definitivamente a causa, sem que ficasse adstricta á decisão do Supremo Tribunal de Justiça, antes como si nenhum julgamento tivesse havido nos autos.

²⁰ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao CPC, tomo XII (Arts. 853-881)*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1961, p. 7-8.

²¹ “Lei de 18 de setembro de 1828; Lei de 20 de dezembro de 1830; Reg. de 15 de março de 1824, arts. 31, 32”. MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao CPC, tomo XII (Arts. 853-881)*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1961, p. 14.

²² MONTEIRO, João. *Theoria do Processo Civil e Commercial*. Vol. 1-2-3. 5ª ed. São Paulo: Typographia Academica, 1936, p. 714.

Com a proclamação da República e criação de novo regime, foi abolido o Supremo Tribunal de Justiça e extinto o recurso de revista, o qual não poderia subsistir nos moldes da nova organização política brasileira.

A federação republicana veio, *ipso facto*, abolir o Supremo Tribunal de Justiça, e com elle, derrocado ficou o recurso de revista, qual tínhamos. A dupla necessidade de organizar, consoante as idéias do Governo Provisorio, constantes da *Exposição* do ministro da Justiça ao Chefe daquelle Governo, em Janeiro de 1891, independentes entre si, a justiça federal e a justiça dos Estados, tornou impossível a subsistencia deste recurso nos mesmo termos em que era antes processado²³.

De fato, a revista como proposta na legislação imperial acarretava a centralização do judiciário, razão pela qual não poderia ser tolerada no Brasil pós-império, o qual buscava a independência de tal passado.

Em que pese a falta de contexto da revista, ainda se fazia necessário mecanismo capaz de garantir a integridade e manter a pureza do direito, sob pena de fulminar a própria independência intentada originalmente.

Com isso, foi editado o decreto 848 de 11 de outubro de 1890, que criou o Supremo Tribunal Federal, com competência para conhecer de sentenças definitivas proferidas pela justiça dos Estados, em grau de recurso, especificamente quando:

- a) Quando a decisão houver sido contraria á validade de um tratado ou convenção, a applicabilidade de uma lei do Congresso Federal, finalmente, á legitimidade do exercicio de qualquer auctoridade que haja actuado em nome da União, qualquer que seja a alçada;
- b) Quando a validade de uma lei ou acto de qualquer Estado seja posta em questão como contraria á Constituição, aos tratados e ás leis federaes e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou do acto;
- c) Quando a interpretação de um preceito constitucional ou de lei federal, ou da clausula de um tratado ou convenção, seja posta em questão, e a decisão final tenha sido contraria á validade do titulo, direito e privilegio e isenção, derivado do preceito ou clausula²⁴.

A promulgação da Constituição de 1891, em 24 de fevereiro, seguiu a proposta do decreto 848 de 1890, constitucionalizando assim a criação do Supremo Tribunal Federal. O recurso,

²³MONTEIRO, João. *Theoria do Processo Civil e Commercial*. Vol. 1-2-3. 5ª ed. São Paulo: Typographia Academica, 1936, p. 714.

²⁴MONTEIRO, João. *Theoria do Processo Civil e Commercial*. Vol. 1-2-3. 5ª ed. São Paulo: Typographia Academica, 1936, p. 715.

posteriormente tido como extraordinário, também foi “constitucionalizado”, pois incluído no texto constitucional vigente à época em seu artigo 59, § 1º²⁵.

Fica clara a instituição do recurso extraordinário, denominação posteriormente conferida no artigo 24, da lei 221, de 20 de novembro de 1894²⁶, a qual alterou o dec. 848 de 1890, especificando que o referido recurso ficaria sob a competência do Supremo Tribunal Federal para julgá-lo.

João Monteiro²⁷ ainda era reticente em aceitar a nova modalidade recursal como inédita, defendendo que o recurso extraordinário criado não deixava de ser a antiga revista, com outras roupagens. “Tal é a história do presente recurso, que continuamos a denominar de revista, não obstante não o chamarem assim as novas leis republicanas, que ora designam pelo simples nome de recurso, ora pelo recurso extraordinário, ora pelo de apelação”.

Enfim, a Lei 319, de 25 de novembro de 1936 devolveu ao ordenamento jurídico da época o recurso de revista na República do Brasil, regulando o referido recurso no ordenamento jurídico.

Prescrevia esta lei que das decisões finais das Côrtes de Apelação, ou de qualquer de suas Câmaras ou turmas, caberia recurso de revista para a Côrte Plena:

a) Quando contrariassem ou divergissem de outra decisão, também final, da mesma Côrte, ou de alguma de suas Câmaras ou turmas, sôbre a mesma espécie ou sôbre idêntica relação de direito;

²⁵ Art 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: (...) § 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em 30 de julho de 2011.

²⁶ Art. 24. O Supremo Tribunal Federal julgará os recursos extraordinarios das sentenças dos tribunales dos Estados ou do Districto Federal nos casos expressos nos arts. 59 § 1º e 61 da Constituição e no art. 9º paragrapho unico, letra (c) do decreto n. 848 de 1890, pelo modo estabelecido nos arts. 99 a 102 do seu regimento interno, mas em todo caso a sentença do tribunal, quer confirme, quer reforme a decisão recorrida, será restricta á questão federal controvertida no recurso sem estender-se a qualquer outra, por ventura, comprehendida no julgado. A simples interpretação ou applicação do direito civil, commercial ou penal, embora obrigue em toda a Republica como leis geraes do Congresso Nacional, não basta para legitimar a interposição do recurso, que é limitado aos casos taxativamente determinados no art. 9º paragrapho unico, letra (c) do citado decreto n. 848. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1851-1900/L0221.htm. Acesso em 30 de julho de 2011.

²⁷ MONTEIRO, João. *Theoria do Processo Civil e Commercial*. Vol. 1-2-3. 5ª ed. São Paulo: Typographia Academica, 1936, p. 717.

b) Quando, proferidas por alguma ou algumas das Câmaras ou turmas, contrariassem interpretação da mesma lei ou do ato, adotada pela mesma Côrte, ou normas por ela estabelecidas²⁸.

Por tal preceito legal, o tribunal local era competente para julgar os referidos recursos, em sessão de plenário. O recurso seria conhecido em casos de simples interpretação de lei.

Todavia, o tribunal também decidia o feito, como uma permissão para uma nova apelação, aparentando o recurso de revista com um caráter peculiar, como tratou Pontes de Miranda: “o recurso de revista apresentava – ao tempo da Lei n. 319 – particularidade, que à primeira vista chocava: aparecia com o caráter de recurso e ao mesmo tempo de mera retratação, quando a decisão recorrida era do próprio corpo que ia julgar o recurso de revista²⁹”.

O Código de Processo Civil de 1939, por sua vez, resolveu tais questões, definindo o recurso de revista em seu art. 853, alterado posteriormente pela Lei 1661, de 19 de agosto de 1952, a qual conferiu nova redação ao referido artigo³⁰.

O Código em boa técnica, respondendo, afirmativamente, à pergunta quanto à conveniência, ou não, do recurso de revista, adotou solução de grande amplitude, com a qual pretende, não só servir, internamente, em cada justiça local, à harmonia da realização do direito objetivo e da distribuição da justiça, como também, extralocalmente, *iniciar a função de uniformização do direito*, quer material, quer formal, em combinação com o recurso extraordinário, e com a ação rescisória baseada no art. 798, I, c). A finalidade, que justifica o recurso extraordinário e o recurso de revista, consiste em evitar-se a divergência de duas interpretações da mesma lei, ou em se fixarem as regras de método de fontes ou de interpretação³¹.

Em que pese Pontes de Miranda colocar o recurso de revista ao lado do recurso extraordinário, o entendimento do Supremo Tribunal Federal era de não admitir o recurso de revista em seus julgados, interpretando literalmente o artigo 853, CPC de 1939, o qual falava em “Câmaras Reunidas”, inexistentes naquela Corte Suprema.

²⁸REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. *Curso de direito processual civil*. vol III. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1953, p. 152.

²⁹MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao CPC, tomo XII (Arts. 853-881)*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1961, p. 14.

³⁰Suprimiu-se a competência das Câmaras Cíveis Reunidas para conhecer e julgar do recurso de revista. Pela Lei 1661/52, ficou a cargo da lei de organização judiciária o dever de determinar qual corpo seria competente para conhecer e julgar o recurso de revista.

³¹MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao CPC, tomo XII (Arts. 853-881)*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1961, p. 21.

Para Pedro Batista Martins³², o recurso de revista era um complemento ao recurso extraordinário, visto como mecanismo criado pela lei para assegurar a unidade *interna corporis* nos tribunais.

O recurso foi duramente combatido no regime das leis anteriores; hoje, porém, depois de completa a sua evolução, não creio que, em princípio, ainda possa provocar oposição, porque êle corresponde a uma necessidade de ordem prática: onde está a interpretação, está a divergência. Desde que se faculta a divisão de um mesmo Tribunal em Câmaras ou Turmas, podem elas divergir na interpretação da mesma lei, assim como divergem os vários Tribunais locais.

De nada valeria, realmente, defender, na esfera nacional, a unidade do direito objetivo, por meio do recurso extraordinário, se a lei fôsse incapaz de assegurar essa unidade num só e mesmo Tribunal.

A revista é, assim, um mero complemento do recurso extraordinário.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal, todavia, era pelo não cabimento do recurso de revista do artigo 853, vigente no sistema processual de 1939, em vias extraordinárias, ou seja, mesmo dividido em Turmas, aquela Suprema Corte não entendia ser cabível a revista de seus julgados, ainda que conflitantes.

Barbosa Moreira³³ criticou veementemente essa relutância do Supremo em aceitar o recurso de revista em suas decisões divergentes, entendendo ser essa a razão pelo surgimento dos embargos de divergência.

A solução encontrada pelo legislador foi, ao nosso ver, das piores: em vez de editar norma (se necessária se entendia que fosse) consagradora, em termos expressos, da aplicabilidade da revista ao Supremo Tribunal Federal, optou a Lei nº 623, de 19.1.1949, por acrescentar ao art. 833 do estatuto processual então em vigor um parágrafo único, assim redigido: ‘Além de outros casos admitidos em lei, serão embargáveis, no Supremo Tribunal Federal, as decisões das Turmas, quando diverjam entre si, ou de decisão tomada pelo Tribunal Pleno’. Surgiu destarte nova e peculiar figura de embargos, a aumentar a equivocidade desse *nomen iuris*, aplicado a remédios de características as mais diversas.

Assim também concluiu Pedro Batista Martins³⁴:

A atitude do Supremo Tribunal repelindo o recurso de revista contra as decisões contraditórias de suas Turmas entre si, ou das decisões de qualquer delas com as do Tribunal Pleno, determinou o acréscimo do parág. único, mediante promulgação da lei nº 623, de 19 de fevereiro de 1949.

³²MARTINS, Pedro Batista. *Recursos e processos da competência originária dos Tribunais*. Atualizado pelo Prof. Alfredo Buzaid. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 327.

³³MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Vol. 5: arts. 476 a 565*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 641.

³⁴MARTINS, Pedro Batista. *Recursos e processos da competência originária dos Tribunais*. Atualizado pelo Prof. Alfredo Buzaid. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 244-245.

Melhor fôra, porém, que, ao invés do recurso de embargos, houvesse a lei estendido às decisões contraditórias do Supremo Tribunal Federal o recurso de revista. Com êsse alvitre teria, primeiramente, evitado um erro de técnica legislativa, ao adotar recursos diversos para as mesmas hipóteses, tomando por critério, não a natureza do recurso, mas a qualidade do Tribunal.

O legislador, entretanto, com a preocupação de ater-se à jurisprudência do Supremo Tribunal, modificou os pressupostos dos embargos para adaptá-los a finalidades que, pela lei geral do processo, são peculiares à revista. O efeito devolutivo do recurso de revista é limitado à verificação da divergência, mas a lei, ao suprir a omissão do Regimento Interno do Supremo Tribunal, adotou recurso evidentemente inadequado, dada a amplitude do efeito devolutivo dos embargos.

O referido autor, além de reafirmar suas críticas ao comportamento do Supremo Tribunal Federal em aceitar a revista de seus julgados, ainda suscita uma preocupação quanto à ampliação do efeito devolutivo, comparando a revista com os novos embargos introduzidos pela lei 623 de 1949.

Difícilmente se poderá explicar a razão pela qual o Supremo Tribunal, a quem compete a alta função de resguardar a unidade do direito objetivo, uniformizando a jurisprudência dos vários Tribunais do país, deixou de agasalhar a revista como meio de eliminação das possíveis divergências de suas próprias Turmas. A Constituição, realmente, não prevê a divisão em Turmas do Supremo Tribunal. Desde, porém, que êle admitiu como legítima essa divisão e o *Tribunal Pleno* passou a compor-se de duas Turmas, que podem divergir na interpretação da mesma lei aplicável, a uniformização se torna imprescindível pelo único remédio específico, que é a revista.

A amplitude dada aos embargos com o propósito de remediar a atitude infeliz era, sem dúvida, injustificável, porque o Supremo Tribunal não podia arrogar-se autoridade para legislar sobre recurso, modificando os pressupostos dos embargos para adaptá-los a finalidades que, pela lei geral de processo, são próprias de outro recurso. A devolução da revista é limitada à verificação da divergência e o Tribunal, substituindo-a por outro recurso, ampliou inconstitucionalmente o seu efeito devolutivo. Hoje, esta jurisprudência está escudada na lei nº 623, de 19-2-949³⁵.

Alcides de Mendonça Lima³⁶, crítico da divisão do Supremo Tribunal Federal em turmas, o que dificultou em muito o alcance da interpretação unitária do direito em tese, via tal modalidade de embargos como um recurso de revista com nova roupagem, agora permitido no Supremo, gerando exceções à regra geral para os dois recursos.

Para o autor, permitir o recurso de revista, ainda que com a roupagem de embargos, na Corte Máxima era um mal necessário, derivado da divisão daquela Corte em Turmas. A divisão por sua vez se justificou por motivos de evidente caráter prático, o que nem por isso validava a

³⁵MARTINS, Pedro Batista. *Recursos e processos da competência originária dos Tribunais*. Atualizado pelo Prof. Alfredo Buzaid. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 330.

³⁶LIMA, Alcides de Mendonça. *Sistema de normas gerais dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, p. 144 Apud _____, *Recurso de Revista no Supremo Tribunal Federal – Lei n. 623, de 19 de fevereiro de 1949*. In *Direito*, vol. 58, pág. 42 e segs.

divisão, inconstitucional à luz da Constituição Federal de 1946, que restou silente nesse sentido.

Era, sem dúvida, a introdução do recurso de revista no Supremo sob o rótulo ou a máscara de embargos, com a agravante de se estabelecerem, concomitantemente, exceções aos dois recursos, conforme tivemos o ensejo de frisar: ‘Ambos os recursos, ora confundidos, passaram a ter exceção inexplicável e incompreensível. O Recurso de Embargos – porquanto cabe quando houver divergência das turmas do Supremo Tribunal Federal, o que não acontece quando a contradição fôr entre parcelas dos demais tribunais; o Recurso de Revista, por ser sempre cabível quando houver choque entre frações dos tribunais, menos quando ocorrer no Supremo Tribunal Federal. Exceções inúteis à regra geral e, sobretudo, sem sentido técnico’.

Pairava uma dificuldade em se compreender os pressupostos dessa nova modalidade de embargos. João Claudino de Oliveira e Cruz³⁷ informa que a lei 623 criou uma modalidade de embargos que permitiu ao recorrente embargar, no Supremo Tribunal Federal, decisões das Turmas divergentes entre si, ou ainda da decisão tomada pelo Tribunal Pleno. Um detalhe é a falta do pressuposto de decisão não unânime, como nos embargos infringentes. Bastava haver a divergência entre os julgados.

A desnecessidade do pressuposto de ser a decisão não unânime é mais uma comprovação de que o parágrafo único do art. 833, CPC/1939, era parte completamente desassociada do *caput* do referido artigo, o qual tratava especificamente dos embargos de nulidade e infringentes, cabíveis apenas contra decisão não unânime.

E, assim como o recurso de revista, o pressuposto dos embargos de divergência era a comprovação da divergência entre julgados daquela Suprema Corte, possuindo ambos a intenção de uniformizar a interpretação do direito em tese.

Nesse sentido segue o julgamento em recurso extraordinário no Supremo Tribunal Federal, com relatoria do Ministro Ribeiro da Costa:

Recurso extraordinário nº 19.486 – Minas Gerais – Embargos em recurso extraordinário – Requisito para sua admissão. Art. 194, nº II, letra b, do Regimento Interno do S.T.F. (dec.-lei nº 6, de 16 de novembro de 1937, art. 6, nº III, combinado com o artigo 369, do Cód. De Proc Civil). Aplicação do art. 1º da lei nº 623, de 1949. Relator – O Sr. ministro RIBEIRO DA COSTA.
Voto preliminar

³⁷OLIVEIRA E CRUZ, João Claudino de. *Dos Recursos no Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 206.

O Sr. ministro RIBEIRO DA COSTA (relator): O recurso improcede sob os dois invocados fundamentos.

Preliminarmente o art. 1º da lei nº 623, de 1949, não enseja interposição de embargos ao julgado da Turma que não toma conhecimento, por maioria de votos, do recurso extraordinário. Admite-os, exclusivamente, na hipótese prevista, isto é, quando as decisões das Turmas divergirem entre si, ou de decisão tomada pelo Tribunal Pleno. A lei citada não compreende, para possibilitar a manifestação de embargos, a hipótese de não-unanimidade do julgado.

Essa feição peculiar à apuração de votos continua a ser disciplinada pelo texto do art. 194, II, letra b, do Regimento Interno, dispondo: “Admitem-se embargos de nulidade: nos recursos extraordinários, quando o acórdão, tomando conhecimento do recurso, houver decidido a questão federal que o motivou (dec.-lei nº 6, de 16 de novembro de 1937, art. 6, nº III, combinado com o art. 869 do Cód. de Proc. Civil)”. Assim, a divergência de votos, entre os juízes componentes das Turmas, não autoriza a interposição de embargos; êstes sòmente são cabíveis se conhecido o recurso extraordinário, decidindo, em consequência, a questão federal controvertida. Por outro lado, não demonstrou o embargante o pressuposto do art. 1º da lei nº 623, ou seja, nenhum julgado desta suprema instância veio à colação no sentido de firmar a divergência com o acórdão embargado.

Com efeito, firmou-se êste em não tomar conhecimento do apêlo específico, mantendo o aresto local, versando o mesmo questão estritamente de fato, qual seja a inadimplência de contrato de locação.

Vejam-se os fundamentos do julgado: “Um dos postulados legais de ação renovatória é a fiel adimplência do contrato por parte do inquilino, fiança de sua boa conduta no período que se inaugura. A matéria é estritamente de fato, e na espécie ficou exuberantemente provado que os autores não se desempenharam satisfatòriamente da tarefa que lhes cabia. Verificou a perícia que o prédio está em abandono, paredes desmanteladas, assoalho em buracos, instalações sanitárias em mau funcionamento, tela e palco desmantelados e cadeiras partidas, tudo exigindo consertos urgentes, de que não curaram os apelantes enquanto gozavam e tiravam proveito do edifício, e o desamparo deve lhes ser inteiramente levado à conta, eis que de posse do prédio há 10 anos, tendo êle pouco mais de outro tanto de existência”.

Como se vê, afastam essas razões de fato, a possibilidade do apêlo específico, inexistindo, ao simples exame, fonte geratriz da pretendida divergência.

Não conheço dos embargos³⁸.

João Claudino de Oliveira e Cruz³⁹ conclui explicando que apenas a “admissão dos embargos, pelo relator, para que sejam processados, não exclui a apreciação do seu cabimento pelo próprio Tribunal, ao julgá-los”.

Pedro Batista Martins⁴⁰ expõe seu receio em se mobilizar o direito, mediante uma jurisprudência estática e não dinâmica como deva ser o direito, a partir da utilização da revista, receio tal que também pode ser trazido para os embargos, posteriormente tidos como de divergência.

³⁸Em nota de rodapé, OLIVEIRA E CRUZ, João Claudino de. *Dos Recursos no Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 206-207.

³⁹“Nota 2: Acórdão de 13-11-53, no rec. ext. nº 16.112 (embargos), in: apenso ao nº 60 do Diário da Justiça de 12-3-56, pág. 418”. OLIVEIRA E CRUZ, João Claudino de. *Dos Recursos no Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 206-207.

⁴⁰MARTINS, Pedro Batista. p. 327-328.

O perigo da revista seria a sua transformação em camisa de força da jurisprudência, impossibilitando-se a evolução. Esse receio me assaltava o espírito ao tempo da elaboração do Anteprojeto. Creio na força criadora da jurisprudência, que sempre considerei como a fonte, senão única, pelo menos primordial do direito. Ela pôde extrair dos velhos textos do Código de NAPOLEÃO, graças à sua liberdade e ao seu poder de expansão, a doutrina do abuso do direito, do enriquecimento ilícito, da imprevisão, da responsabilidade sem culpa. Evitar a balbúrdia ou o caos na jurisprudência, manifestando-a, seria mal consideravelmente maior, porque levaria à estratificação do direito, que não pode imobilizar-se sem graves riscos. O direito tem de acompanhar na sua marcha evolutiva os fatores econômicos e sociais que determinam, orientam e conformam as relações jurídicas. A incessante transformação da base impõe ao direito a contingência de evoluir, adaptando-se às necessidades da vida.

A revista, porém, não estabelece padrões para a jurisprudência. A decisão uniformizante não vincula juízes ou Turmas, que podem livremente dela divergir; mas a modificação definitiva da jurisprudência só às próprias Câmaras Cíveis Reunidas poderá ser atribuída, porque só elas representam, em síntese, a opinião do Tribunal.

Ao contrário, Alcides de Mendonça Lima⁴¹ não vislumbra como um benefício o fato da decisão alcançada em sede de embargos, previstos no parágrafo único do art. 833, CPC/39, que para o autor é a revista instituída no Supremo Tribunal Federal, não vincular nem ao menos a sua própria Corte. O autor é categórico ao concluir que “falta aos falsos embargos motivo racional que os justifique”.

E, desde o julgado proferido pelo Supremo, em grau dos esdrúxulos ‘embargos’ previstos no art. 833, parágrafo único, do Código de Processo Civil, não tem eficácia fora do caso concreto, não valendo com a força dos antigos *assentos*, nem mesmo dentro do próprio órgão, para suas duas turmas, aquele remédio é uma inutilidade, servindo, apenas, como mais um meio de protelação e de sobrecarga para a efetiva prestação jurisdicional. Não se trata, na verdade, de unificar jurisprudência, porque a decisão fica circunscrita à espécie *sub judice*, sem qualquer reflexo oficial e legal em outro feito, mesmo igual, sujeito a julgamento de qualquer das turmas do Supremo, que ficam livres de decidir com plena autonomia, sem se submeterem ao acórdão do tribunal pleno.

2.1.2 Código de Processo Civil de 1973 e disposições legislativas consequentes

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, de 04 de setembro de 1970, disciplinou os novos embargos do parágrafo único do artigo 833, do CPC de 1939, ou embargos de divergência, em seu artigo 309⁴².

⁴¹“Não se trata, na verdade, de unificar jurisprudência, porque a decisão fica circunscrita à espécie *sub judice*, sem qualquer reflexo oficial e legal em outro feito, mesmo igual, sujeito a julgamento de qualquer das turmas do Supremo, que ficam livres de decidir com plena autonomia, sem se submeterem ao acórdão do tribunal pleno”. LIMA, Alcides de Mendonça. *Sistema de normas gerais dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, p. 145.

⁴²Art. 309. Somente caberão embargos à decisão de Turma que, em recurso extraordinário ou agravo de instrumento, divergir de julgado de outra Turma ou do Plenário, na interpretação do direito federal. § 1º A divergência será comprovada pela forma indicada no art. 305. § 2º A divergência não precisará ter sido alegada

De acordo com o citado Regimento Interno, seriam cabíveis embargos de divergência contra decisão de Turma divergente de decisão de outra Turma ou do Plenário sobre o entendimento jurídico do direito em tese, em recurso extraordinário ou em agravo de instrumento, devendo a divergência ser comprovada mediante confronto analítico entre os casos comparados, com o devido apontamento das questões que os tornem equivalentes.

Apesar de disciplinado no Regimento Interno e mencionado no Código de Processo Civil de 1939, o anteprojeto de Alfredo Buzaid para o Código de 1973 não tratou dessa modalidade de embargos, motivando sua exclusão pelo mesmo fundamento em que se excluía o recurso de revista.

Na análise da revista e dos embargos no Supremo Tribunal Federal, cumpre distinguir dois fatos:

a) a função que êsses recursos exercem;

b) o meio conferido pelo Código para objetivar a realização de sua finalidade. Ninguém duvida da utilidade de eliminar a divergência jurisprudencial quanto à interpretação do direito em tese. Sob êsse aspecto, o Anteprojeto deu solução ao grave problema, atendendo a razões científicas, sem precisar manter os dois recursos; na verdade a finalidade dos dois recursos não se compadece com o instituto da jurisdição, que é a função do Estado, que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei. Não é missão do poder judiciário dizer o direito *em tese*, ou *in abstracto*, mas sim compor conflitos de interesses, declarando e tornando efetiva a vontade concreta da lei. O juiz não torna concreta na sentença a vontade da lei, que é abstrata; ao contrário, ela se concretiza no momento em que se dá a violação, ou a ameaça ao direito subjetivo, ou quando gera um estado de incerteza objetiva. O juiz declara a vontade concreta da lei, que preexiste à sentença.

Além disso, a revista eleva à categoria de motivo autônomo ou fundamento de recurso a simples existência de dissídio jurisprudencial. Ora, o que há aqui de censurável não é a interpretação divergente senão a violação ou falsa aplicação da norma jurídica; aquela pode inspirar-se em considerações superiores de adaptação do direito às novas exigências sociais e constituir uma razão de progresso; esta se reduz a uma falsa interpretação da norma ou a sua errônea aplicação ao fato, o que compromete gravemente a função do Poder Judiciário. Se no seio do tribunal há divergência quanto à interpretação do direito em tese, é claro que as duas exegeses não devem subsistir simultaneamente, porque se uma delas é a verdadeira, a outra é necessariamente a falsa.

Pelas razões expostas e por outras dadas por eminentes juristas nacionais, o Anteprojeto suprimiu a revista e os embargos no Supremo Tribunal Federal⁴³.

na interposição do recurso extraordinário. § 3º Não caberão embargos, se a jurisprudência do Plenário estiver firmada no sentido da decisão embargada (art. 98), salvo o disposto no art. 99.” Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaRI/anexo/RegimentoInterno1970Original.pdf>. Acesso em 30 de julho de 2011.

⁴³Conforme o Anteprojeto do Código de Processo Civil, aprovado em 1973, apresentado pelo Exmo. Sr. Ministro da Justiça e Negócios Exteriores, pelo Professor Alfredo Buzaid. Rio de Janeiro, 1964. Disponível em <http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/177246/1/anteprojeto%20de%20codigo%20de%20processo%20civil.pdf>. Acesso em 30 de julho de 2011.

O recurso de revista foi definitivamente suprimido no Código de Processo Civil de 1973, permanecendo apenas na Consolidação das Leis do Trabalho (arts. 893, III e 896, CLT). O pressuposto da revista no processo do trabalho visa apenas as questões de direito, sendo-lhe permitido, em determinadas hipóteses, a divergência, de acordo com o art. 896, *a e b*, da CLT⁴⁴.

Quanto aos embargos de divergência, também propostos para exclusão no anteprojeto, foram incluídos na pauta com a apresentação de uma emenda ao projeto que tramitava no Senado Federal, ainda sem a nomenclatura embargos de divergência, em dispositivo que anteriormente os previa⁴⁵.

O texto legal que os mencionava apenas como “embargos” era o parágrafo único ao artigo 546, do CPC⁴⁶, atualmente revogado. Interessante notar que tal modalidade recursal não foi incluída no rol dos recursos, de acordo com o também alterado artigo 496, CPC de 1973, permanecendo apenas como possível consequência ao julgamento do recurso extraordinário.

“O Código de Processo Civil de 1973 não previu no elenco recursal tal espécie, fazendo apenas menção ao processamento do recurso extraordinário em obediência ao respectivo regimento interno (antigo art. 546 do CPC)⁴⁷”.

⁴⁴ Art. 896 - Cabe Recurso de Revista para Turma do Tribunal Superior do Trabalho das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando: a) derem ao mesmo dispositivo de lei federal interpretação diversa da que lhe houver dado outro Tribunal Regional, no seu Pleno ou Turma, ou a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, ou a Súmula de Jurisprudência Uniforme dessa Corte; b) derem ao mesmo dispositivo de lei estadual, Convenção Coletiva de Trabalho, Acordo Coletivo, sentença normativa ou regulamento empresarial de observância obrigatória em área territorial que exceda a jurisdição do Tribunal Regional prolator da decisão recorrida, interpretação divergente, na forma da alínea *a*; (...). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm. Acesso em 30 de julho de 2011.

⁴⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Vol. 5: arts. 476 a 565*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 642.

⁴⁶ Art. 546. O processo e o julgamento do recurso extraordinário, no STF, obedecerão ao que dispuser o respectivo regimento interno. Parágrafo único. Além dos casos admitidos em lei, é embargável, no Supremo Tribunal Federal, a decisão da turma que, em recurso extraordinário, ou agravo de instrumento, divergir do julgamento de outra turma ou do plenário”. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm. Acesso em 30 de julho de 2011.

⁴⁷ SHIMURA, Sergio Seiji. *Embargos de Divergência*. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 414.

A Lei Orgânica da Magistratura (Lei complementar 35 de 1979) aludiu sobre a competência, âmbito de cabimento, processamento e julgamento dos embargos de divergência, ampliando sua abrangência para o Tribunal Federal de Recursos e os Tribunais de Justiça Estaduais⁴⁸.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a referida Lei complementar 35, de 1979, se limitou a estabelecer regras de processamento, mas não criou o recurso, permanecendo os embargos de divergência apenas no âmbito daquela Suprema Corte⁴⁹.

Barbosa Moreira⁵⁰, ao tratar sobre o assunto inserido na Lei complementar 35, de 1979, foi categórico a concluir pela falta de técnica legislativa do legislador ao tratar sobre processamento e admissibilidade de um recurso inexistente, em uma tentativa mal realizada de ampliar a atuação dos embargos de divergência além da competência já estabelecida no Supremo Tribunal Federal.

A ‘embargos de divergência’ *fora* do âmbito da Corte Suprema – existentes no campo trabalhista (Consolidação das Leis do Trabalho, arts. 893, nº I e 894, letra *b*), mas desconhecidos do Código – aludiu a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, em dispositivos sobre competência: os arts. 89, § 5º, letra *a*, e 101, § 3º, letra *a*, os quais atribuíram o processamento e o julgamento de tais embargos às seções especializadas, respectivamente do Tribunal Federal de Recursos e dos Tribunais de Justiça estaduais. Nada disse o texto acerca dos requisitos específicos de admissibilidade, dos efeitos, do procedimento. Ora, o mero enunciado de um *nomen iuris*, a que só se juntou a indicação da competência, é muito pouco para a instituição de nova figura recursal.

Ninguém se animaria em sã consciência – tão defeituosa é a técnica da Lei Orgânica da Magistratura Nacional – a desprezar por absurda hipótese de puro e simples equívoco: teria o legislador redigido aqueles textos na errônea convicção de já existirem, com a presumida amplitude, os embargos de divergência. Outra explicação, que ocorreu não a poucos, é a de que a Lei Orgânica se limitara a fixar por antecipação a competência para o processamento e o julgamento de semelhantes embargos, *se e quando* fossem criados...

^{48c} Art. 89 (...). § 5º A cada uma das Seções incumbirá processar e julgar: a) os embargos infringentes ou de divergência das decisões das Turmas da respectiva área de especialização; Art. 101 (...) § 1º Salvo nos casos de embargos infringentes ou de divergência, do julgamento das Câmaras ou Turmas, participarão apenas três dos seus membros, se maior o número de composição de umas ou outras. (...) § 3º A cada uma das Seções caberá processar e julgar: a) os embargos infringentes ou de divergência das decisões das Turmas da respectiva área de especialização”. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm. Acesso em 30 de julho de 2011.

⁴⁹ Ementa: Embargos de divergência previstos no art. 101, parágrafos 1. e 3., letra a, da lei orgânica da magistratura nacional. Inexistência de regra legal criando o recurso. O aresto recorrido deu correta interpretação ao direito positivo federal. Recurso extraordinário não conhecido. RE 99795/SP - SÃO PAULO - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - Relator: Min. DJACI FALCÃO - Julgamento: 17/06/1986 - Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 30 de julho de 2011.

⁵⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Vol. 5: arts. 476 a 565*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 282-283.

Em 1980 foi publicado novo regimento interno do STF, o qual também tratou de disciplinar os embargos de divergência, nos artigos 330 a 336, tratando-os como espécie recursal, ainda que o Código de Processo Civil de 1973 não o tenha feito.

De acordo com o artigo 330 do Regimento Interno de 1980⁵¹, os embargos de divergência são cabíveis contra decisão de Turma que divergir do entendimento alcançado em julgado de outra Turma ou do Plenário na interpretação do direito federal, em recurso extraordinário ou agravo de instrumento.

Fica demonstrado que o Regimento Interno de 1980 manteve o entendimento, referente aos embargos de divergência, alcançado no Regimento anterior de 1970, a comparar os artigos 330 e 309, respectivamente.

Em 1988, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, vigente até o presente momento. Por tal Carta Magna, criou-se o Superior Tribunal de Justiça, com competência para guardar as leis federais.

A Carta Suprema alterou a competência do Supremo Tribunal Federal, antes guardião das leis federais e constitucionais, agora apenas guardião e defensor de questões que guardem direta ligação com a Constituição.

Após o advento da novel Carta, repartiram-se entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça as funções da guarda da Constituição e das Leis Federais, cabendo, ao primeiro, a tutela do Ordenamento máximo e, ao segundo, a defesa da legislação derivada de âmbito nacional⁵².

Com isso, houve a necessidade de se adequar o Código de Processo Civil de 1973 à nova realidade constitucional brasileira, visto que toda a sistemática quanto ao recurso extraordinário – e conseqüentemente quanto aos embargos de divergência – foi alterada com a repartição da competência do Supremo Tribunal Federal.

⁵¹“Art. 330. Cabem embargos de divergência à decisão de Turma que, em recurso extraordinário ou em agravo de instrumento, divergir de julgado de outra Turma ou do Plenário na interpretação do direito federal.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Regimento Interno*: [atualizado até fevereiro de 2010] – consolidado e atualizado até maio de 2002 por Eugênia Vitória Ribas. Brasília: STF, 2010.

⁵²FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 938.

Foi então editada a Lei 8.038, de 28 de maio de 1990, para o referido intento. A referida legislação revogou toda sistemática referente ao recurso extraordinário constante no Código de Processo Civil, inclusive o artigo 546, e regulou a utilização dos embargos de divergência no Superior Tribunal de Justiça.

Assim, o art. 44 da referida Lei 8.038 de 1990, revogou os artigos 541 a 546 do Código de Processo Civil e o artigo 29 passou a disciplinar o cabimento dos embargos de divergência no Superior Tribunal de Justiça, ordenando a observação do procedimento determinado no regimento interno⁵³.

Com a revogação do art. 546 do CPC, excluiu-se a autorização legislativa de cabimento dos embargos de divergência no Supremo Tribunal Federal, criando apenas em sede de acórdão proferido em julgamento de recurso especial.

O Superior Tribunal de Justiça regulamentou os embargos de divergência perante sua Corte em seu Regimento Interno, a partir das Emendas Regimentais nº 1, de 1991, e nº 2, de 1992⁵⁴, de acordo com o citado artigo 29, da Lei 8.038 de 1990, o qual falava em “recurso especial”.

Nelson Nery Junior⁵⁵ entendeu que a Lei acima, ao revogar por inteiro o artigo 546, do CPC, restou também por revogar os artigos 330 a 336 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que a lei, ao atuar de tal forma, optou por excluir os embargos de divergência perante aquela Suprema Corte, prevendo-os exclusivamente no Superior Tribunal de Justiça.

⁵³ Art. 29. É embargável, no prazo de quinze dias, a decisão da turma que, em recurso especial, divergir do julgamento de outra turma, da seção ou do órgão especial, observando-se o procedimento estabelecido no regimento interno; Art. 44. Revogam-se as disposições em contrário, especialmente os arts. 541 a 546 do Código de Processo Civil e a Lei nº 3.396, de 2 de junho de 1958”. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8038.htm. Acesso em 30 de julho de 2011.

⁵⁴ Art. 266. Das decisões da Turma, em recurso especial, poderão, em quinze dias, ser interpostos embargos de divergência, que serão julgados pela Seção competente, quando as Turmas divergirem entre si ou de decisão da mesma Seção. Se a divergência for entre Turmas de Seções diversas, ou entre Turma e outra Seção ou com a Corte Especial, competirá a esta o julgamento dos embargos. § 1º A divergência indicada deverá ser comprovada na forma do disposto no art. 255, §§ 1º e 2º, deste Regimento. § 2º Os embargos serão juntados aos autos independentemente de despacho e não terão efeito suspensivo”. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 30 de julho de 2011.

⁵⁵ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais – Teoria geral dos recursos*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 92-93 e 289-290. Também nesse sentido: SHIMURA, Sergio Seiji. *Embargos de Divergência*. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

Estariam, dessa forma, revogados os artigos do Regimento Interno que tratavam dos embargos de divergência, porquanto a Constituição Federal não conferia competência ao Supremo Tribunal Federal para criar recursos mediante normas administrativas regimentais.

Todavia, em que pese a ausência de determinação legal, a Suprema Corte os considerou existentes com fundamento em seu regimento interno, o qual disciplinava tal modalidade recursal em seu artigo 330⁵⁶.

Ainda após tais mudanças legislativas, os embargos de divergência permaneciam à margem do rol dos recursos do Código de Processo Civil, sendo vistos como modalidade recursal, mas não incluídos naquele rol.

Apenas com o advento da Lei 8.950 de 1994 o instituto foi adequado, estendendo-o para os casos de acórdãos do Supremo Tribunal Federal em recurso extraordinário, como já vinha sendo admitido com fundamento no artigo 330 do Regimento Interno daquela Corte.

A referida lei adequou a modalidade recursal de embargos de divergência ao sistema processual pátrio mediante duas ações: i) Incluiu o recurso de embargos de divergência no rol dos recursos previstos no artigo 496 do CPC; e ii) Revigorou e alterou o art. 546 do CPC⁵⁷, incluindo os acórdãos do Supremo Tribunal Federal em recurso extraordinário.

⁵⁶“EMENTA: Embargos de divergência - desinteligência de julgados. Os embargos de divergência de que cogita o art. 330 do regimento interno do supremo tribunal federal fundam-se na desinteligência de julgados consideradas decisões prolatadas por turmas ou pelo plenário. Simples decisão singular de relator não os impulsiona. Embargos de divergência - configuração do dissenso. A discrepância jurisprudencial pressupõe adoção de entendimentos discrepantes em que pese a identidade dos fatos que os ensejaram. Dai colar-se ao aresto paradigma o prejudicado relativo à especificidade. Embargos de divergência - admissão pelo relator - efeito. Uma vez admitidos os embargos, não pode o relator negar-lhes seguimento - § 1º do art. 335 do regimento interno do supremo tribunal federal”. RE 113067 EDv/SP - São Paulo - Emb. Div. no Recurso Extraordinário - Relator: Min. Marco Aurélio - Julgamento: 05/06/1992 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 30 de julho de 2011. Nesse sentido: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Vol. 5: arts. 476 a 565*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 642; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 148; JORGE, Flávio Cheim. *Embargos de divergência: alguns aspectos estruturais*. In RePro 190. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 14. Em sentido contrário: NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais – Teoria geral dos recursos*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 92-93 e 289-290; SHIMURA, Sergio Seiji. *Embargos de Divergência*. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 415.

⁵⁷“Art. 546. É embargável a decisão da turma que: I – em recurso especial, divergir do julgamento de outra turma, da seção ou do órgão especial; II – em recurso extraordinário, divergir do julgamento da outra turma ou do plenário. Parágrafo único. Observar-se-á, no recurso de embargos, o procedimento estabelecido no regimento interno”.

A reforma estabelecida com a citada lei 8.950 de 1994, todavia, omitiu a possibilidade de embargos de divergência em agravo de instrumento, hipótese tratada e permitida pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

O fato do texto do art. 546, II, não reproduzir o teor do art. 330 do RISTF, levou parte da doutrina⁵⁸ a considerar o não cabimento dos embargos de divergência em sede de agravo de instrumento pelo Supremo Tribunal Federal.

“Remanesceu parcial descompasso entre o texto legal – que deve prevalecer – e o regimental: aquele só alude ao próprio recurso extraordinário, enquanto este se refere também à decisões proferidas em agravo de instrumento (contra o indeferimento do outro recurso)⁵⁹”.

Considerando a importância da discussão acima suscitada, bem como sua pertinência com as hipóteses de cabimento dos embargos de divergência, tal consideração será enfrentada mais adiante, em espaço adequado que comporte sua seriedade.

2.2 ENTENDIMENTO UNIFORME NAS CORTES SUPERIORES

Ao Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça foi confiado o papel de guardiões da lei federal constitucional e infraconstitucional respectivamente, pela Constituição Federal de 1988. Trata-se de uma importante função de interpretar as leis em última instância, o que representa a preservação da segurança jurídica e do próprio Estado Democrático de Direito.

No âmbito de tal interpretação, as Cortes Superiores devem realizá-la de modo harmonioso e uniforme, de maneira a preservar uma fiel aplicação do direito posto. Como informa Natacha Nascimento Gomes Tostes⁶⁰, “tão importante quanto conhecer a norma em abstrato é

⁵⁸ Assim entendeu Araken de Assis: “Nesta última regra (constante no art. 330 do RISTF), cabem embargos de divergência contra julgamento proferido em agravo de instrumento; consoante o art. 546, II, que lhe é posterior, só em recurso extraordinário. O conflito se resolve mediante a preponderância da norma posterior”. ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 833. No mesmo sentido: SHIMURA, Sergio Seiji. *Embargos de Divergência*. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 416.

⁵⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Vol. 5: arts. 476 a 565*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 642.

⁶⁰ TOSTES, Natacha Nascimento Gomes. *Uniformização de jurisprudência*. In RePro 104. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 195.

conhecer a interpretação que aquela norma receberá, em caso de conflito envolvendo sua aplicação”.

Por certo, a demanda jurisdicional aumentou exponencialmente ao logo dos anos⁶¹, com cada vez mais pessoas recorrendo ao Poder Judiciário como solucionador de seus conflitos. Em razão disso, o ordenamento jurídico passou por diversas mudanças, motivado pela busca de uma maneira mais célere em atender aos anseios do jurisdicionado.

Podemos dizer que a divergência jurisprudencial foi uma questão que surgiu com a própria evolução na busca desse Direito, principalmente em um país de proporções continentais como o Brasil, com uma considerável diversidade cultural, técnica e produtiva.

A divergência lesiva de entendimentos é assim considerada quando ocorre dentro de um mesmo tribunal, principalmente nos Tribunais Superiores, os quais detêm função precípua de uniformizadores, acarretando resultados díspares para questões idênticas, o que propicia o insucesso da prestação jurisdicional.

Para Sidnei Agostinho Beneti⁶², a dispersão jurisprudencial funciona como que em um problema circular, no qual esta gera o grande número de recursos, ao passo que estes acentuam aquela. “Os números, evidentemente, embutem o fato de várias vezes decidir-se, em sentidos muitas vezes diversos, uma mesma questão jurídica, até consolidar-se uma única orientação, somente atingível nos Tribunais Superiores”.

⁶¹“Nas últimas décadas, novos institutos foram criados, e outros aperfeiçoados, visando à diminuição do tempo de duração da litispendência e do número de processos em tramitação em graus excepcionais. A excessiva demora processual é de responsabilidade ampla, e atinge a efetividade e o próprio direito fundamental à tutela jurisdicional, sendo muitas vezes simpática a um dos litigantes, razão pela qual as penalidades constantes no ordenamento jurídico para repelir condutas protelatórias devem ser cuidadosamente aplicadas”. ARAÚJO, José Henrique Mouta. *A verticalização das decisões do STF como instrumento de diminuição do tempo do processo: uma reengenharia necessária*. In RePro 164. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 343. A sobrecarga que enfrentam nossas Cortes não é exclusividade do sistema judicial brasileiro. Peter Gilles, ao tratar sobre sistemas de *civil law* em países europeus, externou que “in the view of most of the government officials, the justice reformers, ministries of justice and high ranked judges, responsible for the court administration and management, the ‘main evil’ of the state judiciary and the court procedures has to be seen in the just mentioned *overload* of courts, which turned out to be the main reforming impulse, motor and rotor of all new and newest legislative reforms the area of judicative law and procedure law”. GILLES, Peter. *Civil justice systems and civil procedures in conversion. Main problems and fundamental reform movements in Europe – a comparative view*. In RePro 173. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 334.

⁶²BENETI, Sidnei Agostinho. *Doutrina de precedentes e organização judiciária*. In Revista de Direito Administrativo vol. 246. São Paulo: Atlas, 2007, p. 331.

La tendencia a la abstracción, así como la dispersión y contradicción en la tarea hermenéutica, debería ser materia de atención por parte de jueces y juristas latinoamericanos. En ciertas situaciones la movilidad y adaptabilidad al cambio pueden ser ventajosas para una sociedad; en otras la falta de reglas y principios contribuye a la anomia. La tarea de reflexión sobre los efectos de una mutación tan rápida y prolífica puede permitirnos determinar en que grado ella afecta a la institucionalidad⁶³.

O efeito acaba sendo uma realidade que conhecemos profundamente, com um exacerbado volume de recursos e demandas, no intuito de, em algum ponto, reverter uma sucumbência, como forma de alcançar a tutela defendida pelo interessado, ainda que tal tutela já seja objeto de posicionamento em contrário na jurisprudência das Cortes Superiores⁶⁴.

A “função do direito é, em primeiro lugar, a de gerar estabilidade, proporcionando tranquilidade no jurisdicionado, na medida em que esse possa moldar sua conduta contando com certa dose considerável de previsibilidade⁶⁵”.

A doutrina suscita uma tendência à valorização dos precedentes⁶⁶, como forma de evitar a indesejável discordância *interna corporis* nos Tribunais, como também evitar surpreendentes mudanças de entendimento sedimentado anteriormente⁶⁷.

Fica evidente, portanto, que existe uma tendência legislativa e jurisprudencial no sentido de ampliar os mecanismos de uniformização de jurisprudência, conferindo efeitos cada vez maiores e mais concretos aos precedentes, e que, ao mesmo tempo, busca ampliar a participação da sociedade civil na elaboração destes precedentes, como forma de legitimação destes⁶⁸.

⁶³OTEIZA, Eduardo. *El problema de la uniformidad de la jurisprudencia en américa latina*. In RePro 136. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 181.

⁶⁴Assim entendeu: SANTOS, Evaristo Aragão. *Sobre a importância e os riscos que hoje corre a criatividade jurisprudencial*. In RePro 181. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 43.

⁶⁵WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil Law e common Law*. In RePro 172. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 122.

⁶⁶Neste sentido: CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 295; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Decisões viculantes*. In RePro 100. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 172-174; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Uma proposta em torno do conceito de jurisprudência dominante*. In RePro 100. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 82.

⁶⁷WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil Law e common Law*. In RePro 172. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 144-145.

⁶⁸BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Mecanismos de uniformização jurisprudencial e a aplicação da súmula vinculante*. In Revista dos Tribunais 865. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 28;

Surge o clássico embate entre dois grandes sistemas jurídicos, *common law* e *civil law*, pois tradicionalmente naquele predomina a força do precedente, enquanto neste prepondera a elaboração da norma escrita⁶⁹.

Michele Taruffo⁷⁰ suscita que a referência ao precedente não mais se enquadra exclusivamente aos ordenamentos do *common law*, estando também presente em diversos outros, inclusive nos ordenamentos de *civil law*, pois distinção tradicionalista não mais subsiste.

De um lado, na verdade, nos sistemas de *civil law* se faz amplo uso de referência à jurisprudência, enquanto nos sistemas de *common law* se faz amplo uso da lei escrita e inteiras áreas desses ordenamentos – do direito comercial ao direito processual – são, na realidade, ‘codificadas’.

Para Marinoni e Mitidiero⁷¹, os precedentes são compreendidos como a decisão acerca de matéria de direito, em que a tarefa interpretativa foi realizada a partir do enfrentamento de todos os principais argumentos relacionados com a questão de direito inserida no caso concreto, que detenha a potencialidade de firmar-se como orientação para o destinatário e o operador da norma. “Em suma, é possível dizer que o precedente é a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delinea, deixando-a cristalina”.

Sem pretensões de exaurir o tema sobre a aproximação dos sistemas *common law* e *civil law*, por extrapolar os limites propostos no presente trabalho, fato é que há em nosso ordenamento

⁶⁹BENETI, Sidnei Agostinho. *Doutrina de precedentes e organização judiciária*. In Revista de Direito Administrativo vol. 246. São Paulo: Atlas, 2007, p. 318.

⁷⁰TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. In RePro 199. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 139.

⁷¹MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 164-165. Celso de Tarso Pereira entende que “a noção do precedente judicial repousa na concepção básica de justiça (*fairness*) de que ‘casos semelhantes devem ser decididos de modo semelhante’”. PEREIRA, Celso de Tarso. *Common law e case law*. In Revista dos Tribunais 638. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 71. Nelson de Sousa Sampaio entende que “toda sentença cria, por sua vez, um precedente. A própria lei do mínimo esforço leva o juiz, ou o aparelho judiciário como um todo, a julgar do mesmo modo uma lide que tenha características iguais de outra já julgada. Um primeiro julgado assemelha-se à trilha aberta em selva inexplorada. É a única clareira que convida à passagem. Se os que por ela seguirem chegarem à meta procurada, o caminho se tornará frequentado e se converterá, com o tempo, em segura estrada real. Sob o ponto de vista ético, o próprio ideal de ‘justiça igual para todos’ inclinaria o julgador a seguir o precedente”. SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O supremo tribunal federal e a nova fisionomia do judiciário*. In Revista de Direito Público n. 75. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 9.

jurídico a crescente tendência em se valorizar os precedentes, ante as diversas alterações legislativas no campo dos recursos, todavia, muitas vezes não seguida por nossos Tribunais⁷².

Marinoni⁷³ critica veementemente a resistência em se imprimir a valorização do precedente. “Ora, se inexiste cultura de respeito aos precedentes, ou melhor, se as próprias Turmas do Superior Tribunal de Justiça não se vinculam às suas decisões, elimina-se, de forma natural, a autoridade ou a força obrigatória dos seus precedentes em relação aos tribunais inferiores”.

De fato, cogitar resultados díspares para casos idênticos e interpretações antagônicas para a mesma situação jurídica seria deveras incoerente, principalmente em nossos Tribunais Superiores.

(...) em face da pressuposição brasileira de que os Ministros (e juízes) devem possuir liberdade decisória, cria-se um quadro de ‘anarquia interpretativa’ na qual nem mesmo se consegue respeitar a história institucional da solução de um caso dentro de um mesmo tribunal. Cada juiz e órgão do Tribunal julgam a partir de um ‘marco zero’ interpretativo, sem respeito à integridade e ao passado de análise daquele caso; permitindo a geração de tantos entendimentos quantos sejam os juízes⁷⁴.

Eduardo Cambi⁷⁵ desenvolveu o problema da existência de uma *jurisprudência lotérica*, impulsionada por conta da insegurança gerada pela divergência jurisprudencial.

⁷² Prova disso são as constantes divergências que coexistem em nosso sistema jurídico, o fundamento para a própria existência dos embargos de divergência. Tal preocupação foi inclusive explicitada no julgamento de agravo regimental em embargos de divergência no recurso especial n. 228432/RS, de relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros: Ementa: PROCESSUAL – STJ - JURISPRUDÊNCIA - NECESSIDADE DE QUE SEJA OBSERVADA. O Superior Tribunal de Justiça foi concebido para um escopo especial: orientar a aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação, em todo o Brasil. Se assim ocorre, é necessário que sua jurisprudência seja observada, para se manter firme e coerente. Assim sempre ocorreu em relação ao Supremo Tribunal Federal, de quem o STJ é sucessor, nesse mister. Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso com a justiça e a segurança. *Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estaremos prestando um desserviço a nossas instituições. Se nós – os integrantes da Corte – não observarmos as decisões que ajudamos a formar, estaremos dando sinal, para que os demais órgãos judiciários façam o mesmo. Estou certo de que, em acontecendo isso, perde sentido a existência de nossa Corte. Melhor será extingui-la.* AgRg nos EREsp 228432 / RS; Relator: Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS; Órgão Julgador: CORTE ESPECIAL; Data do Julgamento: 01/02/2002; Data da Publicação/Fonte: DJ 18/03/2002 p. 163; RSTJ vol. 157 p. 17. (grifo nosso)

⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil.* In RePro 172. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 229.

⁷⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. *Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória.* In RePro 189. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 43.

⁷⁵ CAMBI, Eduardo. *Jurisprudência lotérica.* RT n. 786, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 112.

Parte-se da seguinte premissa: se a Constituição contempla o princípio da isonomia, sendo todas as pessoas iguais (art. 5º, caput), para a mesma situação jurídica, a lei deve ser aplicada do mesmo modo. A situação inversa, contida no fenômeno da jurisprudência lotérica, proporciona a falta de certeza do direito, sendo causa de crise, pois é a certeza quanto à aplicação do direito que dá segurança à sociedade e aos indivíduos que a compõem, na medida em que sub incerto *enim iure nemo bonorum aut animae securus vivit* (sob um direito incerto, ninguém vive seguro dos bens ou da vida). Dessa maneira, a efetivação do valor segurança jurídica – pela clara previsão dos direitos, deveres e obrigações, bem como dos modos pelos quais devem ser exercidos ou cumpridos – é um valor imprescindível ao convívio social.

Válido ressaltar que o problema não é a existência de divergência jurisprudencial *per se*, sob pena de defendermos um direito engessado, o que sem dúvida não é o que propomos. A grande gama de interpretações, aliada à possibilidade de mutação do Direito é o que enriquece o debate e permite uma melhor conclusão dos julgados.

O que se torna lesivo é o excesso, conjugado com a falta de controle que tal divergência proporciona, “tornando a ação judicial um exercício de futurologia, fonte de prolongada angústia para as partes, seja quanto ao seu término, seja quanto ao resultado, seja, enfim, quanto à sua final exequibilidade⁷⁶”, o que sem dúvida contribui para o desprestígio da função jurisdicional.

“Temos convicção de que o desrespeito a precedentes compromete o Estado de Direito, na medida em que as coisas passam a ocorrer como se houvesse várias ‘leis’ regendo a mesma conduta: um clima de instabilidade e ausência de previsibilidade⁷⁷”.

José Rogério Cruz e Tucci⁷⁸ suscita a importância de uma interpretação, aplicação e produção, na medida do possível, homogeneia do direito positivo. “Desse modo, os precedentes judiciais ingressam na complexa seara do raciocínio jurídico como elemento paradigmático visando, sobretudo, a persuadir e a convencer”.

O atual sistema processual nos apresenta duas formas de tratar a divergência jurisprudencial: uma forma é a prevenção; a outra é a superação ou correção. Os embargos de divergência são

⁷⁶MACUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 260.

⁷⁷WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito – civil law e common law*. In Revista Jurídica vol. 384. Porto Alegre: Notadez, 2009, p. 59.

⁷⁸CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 258 e 295.

modalidade inerente à segunda forma de tratamento, pois é considerado importante instrumento de superação de divergência já instalada.

Apesar de detentor de nobre função, o recurso de embargos de divergência é pouco explorado, o que gera dúvidas quanto à sua atuação e conseqüente necessidade de permanência no ordenamento jurídico. Para alcançarmos a repercussão de seus julgados, necessário enfrentar os aspectos processuais do referido instituto, em uma análise aprofundada de seus requisitos.

2.3 A FINALIDADE DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA

A divisão do Supremo Tribunal Federal em Turmas, aliada à resistência daquela Corte em aceitar a revista de seus julgados, culminou no surgimento dos embargos, hoje tidos como de divergência, pelo legislador brasileiro.

O referido problema com a divisão em Turmas, como já estudado, causou grande insegurança jurídica, por acarretar interpretações diversas, no seio do próprio Tribunal. Apesar do dever constitucional de unificar seus entendimentos, o que se vislumbra na prática é que, nos Tribunais Superiores, coexistem situações análogas que possuem desfechos deveras antagônicos.

Na busca dessa uniformidade de entendimento encontram-se os embargos de divergência, que são modalidade de recurso cabível contra decisão de turma em caso de recurso especial ou extraordinário, de acordo com o já citado artigo 546, CPC.

Para Athos Gusmão Carneiro⁷⁹, os embargos de divergência visam à uniformização da jurisprudência das Cortes Superiores, com fundamentação na necessidade de as partes alcançarem uma definição correta e clara das normas constitucionais e infraconstitucionais por parte desses Tribunais de Cúpula. “A ‘última palavra’ só pode ser uma, não admite discrepância”.

⁷⁹CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 149.

Todavia, Flávio Cheim Jorge⁸⁰, ao tratar sobre o tema, compreende que a uniformização da jurisprudência é apenas uma consequência do julgamento dos embargos de divergência e não sua razão principal.

No mesmo sentido, sobre a divergência interpretativa, também expõe Oreste Nestor de Souza Laspro⁸¹: “Ora, se constitui papel fundamental a busca da uniformização da interpretação da norma federal entre os diversos tribunais, com maior razão ainda é inaceitável a existência de divergência interpretativa interna dentro dos próprios Tribunais Superiores”.

Nessa esteira, Sergio Seiji Shimura⁸² ensina que “os embargos de divergência têm finalidade de uniformizar o entendimento do tribunal, quando há discrepância de posições entre as Turmas ou entre uma Turma e outro órgão colegiado (Seção, Órgão Especial ou Plenário)”. De fato, o fundamento imediato dos embargos não é a uniformização da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, mas permitir que a decisão a ser proferida por tais órgãos reflita o efetivo entendimento daquela Corte.

Conforme o evoluir da história dos referidos embargos, é possível vislumbrar que estes não se prestavam a diretamente unificar a jurisprudência, como já externou o Supremo Tribunal Federal.

Já Pontes de Miranda⁸³, em entendimento já citado, ao tratar sobre o recurso de revista, precursor dos embargos de divergência, defendia a necessidade de uniformização do direito, concluindo que a finalidade da revista baseava-se na tentativa de impedir a divergência de duas interpretações de um só texto legislativo, ou ainda a existência de interpretações antagônicas.

⁸⁰JORGE, Flávio Cheim. *Embargos de divergência: alguns aspectos estruturais*. In RePro 190. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 16.

⁸¹LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *O objeto dos embargos de divergência*. In RePro 186. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 11.

⁸²SHIMURA, Sergio Seiji. *Embargos de Divergência*. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 416. No mesmo sentido: OROTAVO NETO, Fernando; ROHR, Joaquim Pedro. *Dos recursos cíveis: doutrina, legislação e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 299.

⁸³MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao CPC, tomo XII (Arts. 853-881)*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1961, p. 21.

“Significa dizer que esse recurso tem por *ratio essendi* evidenciar a real interpretação do Tribunal a respeito de uma determinada questão jurídica. A uniformização, como dito, é mera consequência de seu julgamento⁸⁴”.

Interessante apontamento faz Sergio Seiji Shimura⁸⁵, ao ressaltar essa característica de interpretação do próprio Tribunal:

Sendo o objetivo principal dos embargos de divergência harmonizar o entendimento do próprio Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal, pode-se asseverar, em linha de princípio, que não se aprecia, quanto à sua admissibilidade, o acerto ou desacerto da decisão proferida no âmbito do recurso especial ou extraordinário.

Sem dúvida, os embargos de divergência contribuem para uma melhor prestação jurisdicional por parte das Cortes Superiores, pois sua função não é atravancar o processo com mais uma nível de cognição, mas sim equiparar duas situações iguais com resultados distintos, para então saber qual delas será tida como a correta e que, de fato, refletirá o entendimento do Tribunal.

Em verdade, trata-se de uma relação causa e efeito, pois somente com o alcance do entendimento unitário do Tribunal sobre determinada questão é que será possível unificar a jurisprudência daquele Tribunal Superior.

2.4 CLASSIFICAÇÃO

A classificação dos recursos é tarefa importante a ser feita, pois viabiliza uma melhor compreensão sobre o objeto em análise. A doutrina nos informa sobre formas classificatórias dos recursos.

Barbosa Moreira⁸⁶ nos ensina sobre diversas modalidades, fazendo distinção entre recurso total e parcial; recurso principal e adesivo; recursos ordinários e extraordinários; e recursos de fundamentação livre e de fundamentação vinculada.

⁸⁴JORGE, Flávio Cheim. *Embargos de divergência: alguns aspectos estruturais*. In RePro 190. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 16.

⁸⁵SHIMURA, Sergio Seiji. *Embargos de Divergência*. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 416.

A primeira classificação diz respeito à variável extensão de matéria a ser impugnada pelo recurso, podendo este ser total ou parcial: será total quando abarcar todo conteúdo passível de recurso na decisão impugnada e parcial quando o recorrente voluntariamente escolher por impugnar parte do *decisum*.

A parcialidade está ligada à conduta do recorrente. Caso este, quando intimado, opte por recorrer, estará interpondo um recurso principal. No entanto, caso se abstenha de recorrer no prazo comum, ele ainda poderá recorrer após receber intimação do recurso interposto pela parte contrária, e tal recurso será adesivo ao primeiro, que será principal.

Em que pese a importância das classificações dadas acima sobre o estudo dos recursos em geral, as classificações seguintes é que estão diretamente conectadas ao estudo dos embargos de divergência, objeto da presente pesquisa, e, por tal razão, merecem ser tratadas em tópico apartado.

2.4.1 Recursos ordinários e extraordinários⁸⁷

Os recursos podem ser classificados em ordinários⁸⁸ ou extraordinários – também considerados excepcionais. Os recursos tidos como ordinários estão imediatamente ligados ao interesse do recorrente ao pretender a reforma da decisão recorrida, que lhe foi contrária. O fundamento para sua admissão é a sucumbência da parte, ou, em determinados casos, o resultado na votação como fator de admissibilidade, como nos embargos infringentes.

O recurso, por outro lado, será considerado extraordinário – ou excepcional para que não haja confusão com o recurso extraordinário *stricto sensu*, previsto no art. 102, III, *a*, da CF/88 –

⁸⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Vol. 5: arts. 476 a 565*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 252-257.

⁸⁷ Barbosa Moreira critica veementemente a classificação dos recursos em ordinários e extraordinários, entendendo não haver qualquer relevância, prática ou teórica, para assim proceder. Para o autor, “merece ela, em nossa opinião, ser arquivada para todo o sempre, além do mais, pelos equívocos que é capaz de gerar, e de fato tem gerado, mercê da constante e notável flutuação dos critérios doutrinariamente sugeridos para fundá-las”. Em nota de número 35, o autor cita Seabra Fagundes, que “enumerava três critérios diferentes. Não admira que determinados recursos (como os embargos infringentes e a antiga revista) ora se vissem classificados como ordinários, ora como extraordinários. Na verdade, a linha divisória oscilava e oscila ao sabor das idiosincrasias dos vários escritores”. Em MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Vol. 5: arts. 476 a 565*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 255.

⁸⁸ Ou comuns, como trata Athos Gusmão Carneiro. In CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 8.

quando o objeto imediato for o direito objetivo, o “interesse de ordem pública em ver prevalecer a autoridade e a exata aplicação da Constituição e da lei federal⁸⁹”, visando mediamente o interesse particular do litigante.

Flávio Cheim Jorge⁹⁰ reporta a importância de tal classificação à criação do Superior Tribunal de Justiça, tendo o próprio Código de Processo Civil tratado sobre o assunto ao definir coisa julgada, no artigo 467. Para ele, o ponto central para classificação é “o objetivo imediato tutelado pelo recurso. Enquanto os recursos extraordinários tutelam o direito objetivo, os recursos ordinários visam a proteger imediatamente o direito subjetivo dos recorrentes”.

Vendo por tal ângulo, é possível classificar os embargos de divergência como extraordinários ou excepcionais, pois seu objetivo imediato visa dissipar a divergência entre entendimentos, de maneira a alcançar a real e única interpretação do Tribunal Superior sobre o assunto objeto de análise. O direito subjetivo do recorrente é mediamente atingido, em que a tese entendida pelo Tribunal como juridicamente correta lhe será aplicada quando do julgamento dos referidos embargos.

A história dos embargos de divergência já nos apontava para tal direção. A revista, considerada como antecessora dos embargos de divergência, na vigência do Código de Processo Civil de 1939, já era classificada como recurso extraordinário, conforme ensina Pontes de Miranda⁹¹:

O recurso de revista mantém, através dos tempos, o seu caráter de recurso extraordinário. (...)

A revista tem por finalidade a inteireza do direito objetivo, federal, estadual, municipal, interno ou externo, material ou formal, substancial ou sobredireito, *por parte da Justiça de que se trata*.

⁸⁹CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 8.

⁹⁰JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. 4 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 39.

⁹¹MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao CPC, tomo XII (Arts. 853-881)*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1961, p. 13.

Ainda sob a vigência do Código de Processo Civil de 1939 e conseqüentemente muito antes da divisão do Supremo Tribunal Federal, também Alcides de Mendonça Lima⁹², ao ensinar sobre tal classificação, entendia que:

Seriam, então, ORDINÁRIOS aqueles que não exigem para sua admissibilidade causas específicas e nem limitam os poderes do juízo *ad quem*, como a apelação, o recurso ordinário constitucional, o agravo e os embargos no direito processual brasileiro. E EXTRAORDINÁRIOS seriam aqueles que, além de exigirem causas taxativamente fixadas em lei, limitam os poderes do juízo *ad quem*, como a revista e o extraordinário constitucional no direito processual brasileiro. O elemento diferenciador de cada grupo, portanto, seria o pressuposto para admissão e conhecimento do remédio, aliado à extensão dos poderes do juiz superior.

Diante disso, são os embargos de divergência modalidade de recursos extraordinários, pois visam a obter o real entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, apenas alcançando o direito subjetivo do recorrente caso seja conclusão esperada por conta da acertada aplicação da lei no caso concreto.

O prequestionamento, a necessidade de esgotamento de todos os recursos cabíveis, como também a vedação de reapreciação de matérias de fato, são em verdade conseqüências do recurso de embargos de divergência, exatamente por ser uma modalidade de recurso excepcional.

2.4.2 Fundamentação livre ou fundamentação vinculada

A fundamentação dos recursos também é critério para classificá-los, podendo ser livre ou vinculada. Pela fundamentação, o recorrente informará os motivos antes os quais ele impugna a decisão recorrida. Barbosa Moreira⁹³ ensina que “fundamentar o recurso nada mais é, em regra, que criticar a decisão recorrida”.

Diante desse cenário, o recorrente, ao informar os motivos – aqui também entendidos como críticas, erros ou vícios – da decisão recorrida, traz suas razões recursais, por meio da fundamentação.

⁹²LIMA, Alcides de Mendonça. *Sistema de normas gerais dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, p. 149.

⁹³MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Vol. 5: arts. 476 a 565*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 253.

Quando a lei define limites para tal motivação, estamos diante de um recurso de fundamentação vinculada. Ao contrário, quando a lei não determina limites para a fundamentação, estamos diante de um recurso de fundamentação livre, pois independe da indicação de algum motivo específico para o seu cabimento.

Podemos entender que os embargos de divergência são recursos de fundamentação livre, pois para o seu cabimento, exige-se tão somente a existência da divergência *interna corporis* nos Tribunais Superiores, sendo irrelevantes os defeitos ou vícios na decisão.

Importa, para sua admissibilidade, que exista a divergência de entendimentos entre o acórdão embargado e outro emanado do mesmo Tribunal. Presente a divergência, juntamente com os demais requisitos de admissibilidade, o recurso será conhecido. Não se exige, portanto, um vício específico de que deva padecer o acórdão. A questão jurídica constante da divergência de interpretação havida entre os acórdãos – embargado e paradigma – não possui, assim, limitação ou parâmetro⁹⁴.

2.5 OS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA E INSTITUTOS AFINS

Os embargos de divergência, como dito, se prestam a unificar o entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça sobre determinada matéria que possua interpretações antagônicas, de maneira a encontrar o real entendimento de tais Tribunais de superposição.

Com isso, é alcançada a uniformização da jurisprudência naquelas Cortes, característica que aproxima os embargos de divergência a outros institutos existentes no ordenamento jurídico brasileiro, os quais possuem pontos de convergência com os referidos embargos aqui pesquisados.

Todavia, apesar das similitudes, trata-se de institutos totalmente diversos, sendo pertinente demonstrar as características de cada um para uma completa análise. Cabe aqui destacar que não pretendemos esgotar os temas que seguem, sendo apenas suscitadas as diferenças para uma necessária compreensão do tema central, qual seja, os embargos de divergência, para não incorreremos no equívoco de nos desviarmos da análise proposta.

⁹⁴JORGE, Flávio Cheim. *Embargos de divergência: alguns aspectos estruturais*. In RePro 190. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 17.

2.5.1 A Uniformização de Jurisprudência

A uniformização de jurisprudência está definida nos artigos 476 a 479 do Código de Processo Civil Brasileiro. Trata-se de incidente para solução de divergências entre teses jurídicas que possam influenciar o julgamento final.

O artigo 476, do CPC⁹⁵, reporta a competência para qualquer julgador, antes de conferir seu voto em turma, câmara ou grupo de câmaras, suscitar a divergência entre interpretações do direito, a ser enfrentado por pronunciamento anterior ao julgamento do veículo em que foi suscitado o incidente.

Pela leitura do referido artigo, somente no parágrafo único o legislador preferiu conferir à parte a permissão de requerer em petição avulsa o incidente, deixando claro o dever do julgador em buscar a solução de possíveis divergências⁹⁶.

Por seu caráter uniformizador, surge a semelhança com os embargos de divergência, que, como tratado acima, intentam uniformizar o entendimento das Cortes Superiores. Não podemos deixar de considerar, no entanto, que são institutos completamente distintos, impossibilitando qualquer confusão entre eles.

Os embargos de divergência cumprem tarefa similar à *uniformização de jurisprudência* (arts. 476 a 479), mas com esta não se confundem. É que este último remédio se apresenta como simples incidente que precede ao julgamento de recurso pendente enquanto os embargos de divergência são admissíveis depois de já ultimado o julgamento e, por isso, assumem a natureza de novo recurso⁹⁷.

⁹⁵Art. 476. Compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando: I - verificar que, a seu respeito, ocorre divergência; II - no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas. Parágrafo único. A parte poderá, ao arrazoar o recurso ou em petição avulsa, requerer, fundamentadamente, que o julgamento obedeça ao disposto neste artigo. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em 01 de agosto de 2011.

⁹⁶Em que pese não ser esse o entendimento de nossos nobres julgadores. A própria impopularidade do incidente de uniformização de jurisprudência é uma prova contundente da resistência dos tribunais em reconhecer suas divergências, contando o jurisdicionado muitas vezes com a sorte, e não com a justiça dos julgados.

⁹⁷THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Vol. I. 51ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 678.

José Ignácio Botelho de Mesquita⁹⁸ resgata as raízes históricas da uniformização da jurisprudência ao prejulgado no direito processual anterior. Para o autor, o incidente dá vida a um procedimento próprio para resolver a divergência.

Em verdade, trata-se de incidente processual, não possuindo característica de recurso. Rodolfo de Camargo Mancuso⁹⁹ o considera de certa maneira um instituto eclético ou a meio-caminho, pois não é modalidade recursal, nem ao menos ação autônoma de impugnação. Em crítica ao instituto, fala sobre a pouca eficácia da súmula resultado de tal incidente, “mais do que um conselho, menos do que uma ordem... De fato, a súmula a que se refere o art. 479 do CPC é menos do que a lei, porque desprovida de obrigatoriedade ampla, geral e irrestrita, não projetando a desejável eficácia panprocessual obrigatória”.

Eduardo Cambi¹⁰⁰ quando trata sobre a jurisprudência lotérica, defende a importância da uniformização, como incidente, entretanto permanece realista quanto às suas limitações, pois apenas alcança a divergência conhecida antes da causa ser julgada.

Para o autor, tal incidente se apresenta falho na tentativa de evitar o acontecimento da divergência jurisprudencial, prestando tão somente para que o dissídio não se prolongue no tempo, o que não gera a certeza jurídica necessária para o jurisdicionado e não evita a proliferação de recursos, interpostos justamente para sanar uma divergência que já o deveria ter sido pelo tribunal.

Por seu caráter de incidente, deverá ser inaugurado um procedimento autônomo para dirimir o dissídio e assim uniformizar a jurisprudência, o que poderá se tornar em súmula e constituir precedente na uniformização da jurisprudência, por inteligência do artigo 479, CPC.

Por meio do instituto em estudo [incidente de uniformização de jurisprudência], pretende-se extrair do tribunal um pronunciamento prévio (ao contrário dos embargos de divergência, cuja manifestação é posterior ao julgado que se pretende

⁹⁸MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Da uniformização da jurisprudência*. In Revista dos Tribunais 613. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 15-16.

⁹⁹MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 265-267.

¹⁰⁰CAMBI, Eduardo. *Jurisprudência lotérica*. In Revista dos Tribunais 786. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 120.

modificar) sobre determinada tese jurídica em discussão no processo em curso e que há divergência¹⁰¹.

Ademais, a uniformização de jurisprudência pode ser admitida em sede recursal, reexame necessário, ou ainda ação autônoma de impugnação, diferentemente dos embargos de divergência, que apenas podem ser interpostos contra acórdãos proferidos em sede de recurso extraordinário ou especial.

Bernardo Pimentel Souza¹⁰² ainda suscita uma última diferença:

Por fim, convém lembrar que os embargos de divergência são cabíveis tão-somente nas cortes superiores. Ao revés, o incidente é admissível em corte de segundo grau. No tocante aos tribunais superiores, não há dúvida acerca da igual admissibilidade do incidente do Superior Tribunal de Justiça, consoante o artigo 118 do Regimento Interno de 1989.

O autor ainda fala sobre entendimento do Supremo Tribunal Federal em não aceitar a uniformização de jurisprudência em sua Corte, tendo em vista o tema não haver sido tratado em seu Regimento Interno.

Aqui cabe destacar parte do voto do Ministro aposentado Djaci Falcão, Relator na Ação Rescisória nº 1.198-8/DF, publicado no dia 17/06/1988, sobre a questão ventilada acima:

Por outro lado, esse incidente não existe no âmbito jurisdicional do Supremo Tribunal. O nosso Regimento Interno cogita da Súmula, síntese que corresponde a jurisprudência assentada pelo Tribunal, passível de modificação ou cancelamento por deliberação da Corte (arts. 102 e 103).

(...)

Os arts. 478 e 479 escapam ao processo no Supremo Tribunal Federal, em que a divergência jurisprudencial entre as Turmas ou com o Plenário são solucionadas pelos embargos de divergência (art. 300 do RI)¹⁰³.

Em que pese tal conclusão, ponderações merecem lugar neste ponto. Sem pretensão de defesa da uniformização de jurisprudência, todavia, como explicitado, os embargos de divergência não se equivalem a tal por diferenças cruciais entre eles.

¹⁰¹MARINHO FILHO, Luciano. *Breves comentários aos embargos de divergência e aos incidentes de uniformização de jurisprudência no direito processual brasileiro*. In Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil n. 58. Porto Alegre: Síntese, 2009, p. 69.

¹⁰²SOUZA, Bernardo Pimentel. *Dos embargos de divergência*. In MAZZEI, Rodrigo Reis (coord), *Dos Recursos*. vol. II. Vitória: Instituto Capixaba de Estudos, 2002, p. 655.

¹⁰³Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=1868>. Acesso em 01 de agosto de 2011.

A justificativa de não utilização da uniformização por conta da existência dos embargos de divergência no Supremo por si só não pode ser considerada suficiente, por completa incoerência nos veículos – um é incidente e preventivo, apreciado antes do julgamento e o outro é recurso, somente cabível quando a divergência já encontra-se instalada.

Imaginar somente a existência de tais embargos para dirimir divergência, seria admitir que o Supremo não guardasse nenhum compromisso em uniformizar sua jurisprudência, as quais somente seriam unificadas mediante manifestação da parte ou do Ministério Público.

Por certo, o incidente pode ser suscitado por qualquer julgador, acerca da interpretação do direito, antes do julgamento em que suscitar. Por essa e tantas outras razões, *data maxima venia*, podemos concluir que os embargos de divergência não poderiam fazer as vias de incidente de uniformização, sendo incoerente sua não atuação também no Supremo Tribunal Federal.

2.5.2 O Recurso Especial com fundamento na alínea c

O recurso especial é modalidade recursal prevista no texto constitucional no artigo 105 da Carta Magna, criada pelo constituinte originário de 1988, quando da instituição do Superior Tribunal de Justiça.

Com a criação do Superior Tribunal de Justiça, a competência do Supremo Tribunal Federal foi dividida, permanecendo este como guardião das normas constitucionais e aquele competente para interpretar normas federais.

O referido recurso é modalidade recursal extraordinária, assim como os embargos de divergência. Primam pela preservação da unidade e autoridade do direito federal em tese, com dever constitucional de defender tal direito e promover a unificação da jurisprudência¹⁰⁴.

Arruda Alvim¹⁰⁵ traça interessante cronograma sobre os regramentos basilares que deram origem ao recurso especial:

¹⁰⁴TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O recurso especial e o Superior Tribunal de Justiça*. In _____ (coord.). Recursos no Superior Tribunal de Justiça. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 69.

¹⁰⁵ALVIM, Arruda. *O antigo recurso extraordinário e o recurso especial (na Constituição Federal de 1988)*. In TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo (coord.). Recursos no Superior Tribunal de Justiça. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 146.

O antigo recurso extraordinário, no direito constitucional brasileiro, desde os primórdios e sempre através de um molde que pouco variou, constituiu, em escala ponderável (excluídos os seus aspectos constitucionais), o modelo que veio representar grande parte da competência recursal do STJ, mercê da criação do recurso especial, na CF de 1988. Os principais textos relativos ao assunto, visualizados cronologicamente, desde a instituição do recurso extraordinário, demonstram essa afirmação.

[nota 2] Refiram-se: a) O Decreto n. 510, de 22-6-1890 (que valeu como primeira Constituição republicana), aludia ao cabimento de 'recurso' (art. 58, § 1º, *a*), desde que se 'questionasse sobre a validade ou aplicabilidade de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela'; subsequentemente, o Decreto n. 848, de 11-10-1890 (art. 9º, parágrafo único); Lei n. 221, de 20-11-1894; b) CF de 1891, art. 59, § 1º, *a*, redação originária; art. 60, § 1º, *a e c* (foi nesta Constituição, com a redação da Emenda de 1926, que se institui a hipótese de cabimento por divergência jurisprudencial); c) CF de 1934, art. 76, III e letras *a e d*; d) CF de 1937, art. 101, III e letras *a e d*; e) CF de 1946, art. 101 III e letras *a e d*; f) CF de 1967, art. 114, III e letras *a e d*; g) CF de 1967, redação da EC n. 1/69, art. 119, III e letras *a e d*.

No que tange ao recurso especial com fundamento na alínea *c*, inciso III, artigo 105 da Constituição Federal¹⁰⁶, tal modalidade se fundamenta na busca da uniformização do entendimento da lei federal.

Por si só, a existência de divergência jurisprudencial não acarreta problemas. A grande gama de interpretações, aliada à possibilidade de mutação do Direito é o que enriquece o debate e permite uma melhor conclusão dos julgados.

O que é lesivo, como visto, é o excesso e a falta de controle que tal divergência proporciona, o que definitivamente abala a segurança jurídica garantida constitucionalmente, pois o resultado passa a ser incerto, o que sem dúvida contribui para o desprestígio da função jurisdicional.

O recurso especial com fundamento na alínea *c* vem como ferramenta capaz de dirimir a divergência, unificando os entendimentos na Corte Superior. Flávio Cheim Jorge¹⁰⁷ ressalta o caráter "reunificador" do referido recurso.

¹⁰⁶“Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: (...)III - julgar, em recurso especial, 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: (...) c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 01 de agosto de 2011.

¹⁰⁷JORGE, Flávio Cheim. *Recurso Especial com fundamento na divergência jurisprudencial*. In NERY JR, Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 378.

“Se com a publicação da lei pode surgir mais de um entendimento, com a interposição do recurso especial pela letra *c*, art. 105, III, da Constituição Federal será possível *reunificar* o entendimento correto da lei, afastando-se a diversidade de interpretações”. (grifos no original)

Neste sentido, assim ensina Athos Gusmão Carneiro¹⁰⁸:

Busca-se, entre duas diferentes interpretações jurisprudenciais de uma mesma norma legal, fixar qual a exegese que corresponde à *exata vontade da lei* (num determinado momento e contexto históricos), para que essa exegese, além de sua imposição ao caso concreto, passe a servir como orientação aos tribunais de segundo grau, estaduais e federais, e aos magistrados em geral.

Para tanto, se faz necessário que a divergência de jurisprudência ocorra entre tribunais diversos, conforme inteligência da própria alínea *c*, do art. 105, III, da Constituição Federal.

Os embargos de divergência, por outro lado, alcançam a uniformização de divergências no Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Todavia, seu âmbito de atuação é *interna corporis*, característica que vai de encontro ao recurso especial.

Um ponto convergente entre os institutos aqui comparados é a necessidade de atualidade da divergência. Tanto no recurso especial com fundamento na alínea *c*, inciso III, artigo 105 da Constituição Federal quanto os embargos de divergência possuem o requisito de ser a divergência atual.

Todavia, a atualidade da divergência não significa que o âmbito de atuação seja igualitário. A divergência no caso de recurso especial com fundamento na alínea *c*, inciso III, artigo 105 da Constituição Federal deve ser referente a interpretação de lei federal somente, não sendo cabível a discussão de norma constitucional, ao passo que nos embargos de divergência podem ser discutidas questões federais e constitucionais.

Uma diferença visceral diz respeito aos acórdãos passíveis de recurso. O recurso especial aqui comparado objetiva a jurisprudência externa, mediante a uniformização da jurisprudência em todo território nacional.

¹⁰⁸CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 70.

Isto decorre da peculiaridade de o recurso especial pela letra *c*, art. 105, III, da Constituição Federal de 1988, ter por objetivo principal a unidade de interpretação de uma lei federal em todo o território brasileiro. Ou, por outras palavras, uniformizar a jurisprudência dos diversos tribunais dos Estados quanto ao entendimento de uma determinada norma legal, evitando-se que em cada Estado a lei seja aplicada de forma diferente¹⁰⁹.

Fica clara a função de uniformização da jurisprudência do recurso especial, pois, com o fundamento na alínea *c*, inciso III, artigo 105 da Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça evitará a interpretação do direito federal de maneira diferente pelos Estados.

Por outro lado, os embargos de divergência não se prestam a uniformizar a jurisprudência nacional, mas sim alcançar o entendimento interno do Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça e conseqüentemente unificar a jurisprudência dessas Cortes Superiores.

É válido ressaltar a diferença referente à classificação dos institutos. Em que pese ambos serem considerados recursos extraordinários em sentido *lato*, o mesmo não podemos aferir quanto à fundamentação.

O recurso especial é modalidade recursal de fundamentação vinculada, pois para sua interposição a lei prescreve a necessidade do preenchimento de determinados requisitos, sendo imprescindível a existência de acórdão e que haja violação à lei federal.

Já os embargos de divergência, como já estudado, são modalidade recursal de fundamentação livre, pois o seu conhecimento independe de determinado vício ou defeito na decisão, devendo apenas existir a divergência na interpretação de norma constitucional ou federal.

¹⁰⁹ JORGE, Flávio Cheim. *Recurso Especial com fundamento na divergência jurisprudencial*. In NERY JR, Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 382.

3. CABIMENTO DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA

O cabimento é o requisito de admissibilidade que visa a correta utilização de um recurso adequado à natureza da decisão passível de impugnação. Tem-se a existência de duas circunstâncias diretamente relacionadas, quais sejam a necessidade da decisão ser passível de recurso e a segunda no acertado uso do meio de impugnação recursal.

Flávio Cheim Jorge¹¹⁰, ao tratar sobre o assunto, ensina que a primeira circunstância diz respeito à recorribilidade, pois “por ela é imprescindível que a decisão que se pretende impugnar seja passível de ser atacada por algum recurso”, enquanto a segunda refere-se à adequação ou propriedade, pois “significa que o recurso interposto para aquela decisão, que em tese é recorrível, seja o recurso certo, adequado e próprio”, devidamente prescrito em lei.

Sergio Bermudes¹¹¹ defende que não basta ser a decisão recorrível, o recorrente também deve interpor o recurso próprio para que seja possível o reexame da decisão impugnada. “A cada espécie de decisão corresponde uma espécie de recurso e a interposição do recurso não adequado gera a falta de interesse de agir recursal, caracterizada pela não correspondência entre a decisão e o meio concedido para impugná-la”.

Necessário, portanto, a presença da primeira circunstância juntamente com a segunda para o cabimento do recurso, o que permite uma direta relação com a correspondência recursal adotada pelo Código de Processo Civil vigente.

Assim, em correlação com o art. 162 o CPC dispõe expressamente em seu art. 504, que dos despachos não cabem recursos; no art. 513 que da sentença caberá apelação (arts. 267 e 269); e, por fim, no art. 522, caput, que das decisões interlocutórias cabe o recurso de agravo, retido nos autos ou por instrumento. Além disso, prevê no art. 530, que contra acórdão não unânime cabem embargos infringentes; no art. 535 estabelece que contra decisões obscuras, contraditórias ou omissas cabem embargos de declaração. Já nos recursos previstos para os tribunais superiores as hipóteses de cabimento são contidas no art. 539, para os recursos ordinários; no art. 541 existe referência expressa à Constituição Federal, na qual são disciplinadas as hipóteses de cabimento dos recursos especial e extraordinário; e no art. 546 prevê-se o cabimento dos embargos de divergência¹¹².

¹¹⁰ JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. 4 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 100.

¹¹¹ BERMUDES, Sérgio. *Curso de direito processual civil: recursos*. Rio de Janeiro: Borsói, 1972, p. 23.

¹¹² JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. 4 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 101-102.

Fica evidente a figura do princípio da singularidade¹¹³, pelo qual para uma decisão impugnável cabe apenas um recurso, preconizado pelo nosso ordenamento processual brasileiro.

Arruda Alvim¹¹⁴ vislumbra tal fenômeno como o princípio da unirecorribilidade das decisões, encampado pelo nosso sistema processual, o que impõe dizer que apenas é cabível um recurso para cada pronunciamento passível de recurso. “É mesmo significativo de característica do sistema serem as decisões tipificadas (art. 162) correlativamente aos recursos que delas caibam (arts. 513 e 522) ou não (art. 504)”.

Já Barbosa Moreira¹¹⁵, entende estar diante do princípio da unicidade do recurso, pelo qual para cada decisão impugnável por recurso existe uma, e somente uma, espécie recursal. Para o autor, tal princípio se manifesta em um primeiro plano como meio a impossibilitar a interposição de mais um recurso contra uma decisão já recorrida, e em um segundo plano como meio a tornar inadmissível o recurso interposto em lugar de outro.

Especificamente quanto ao tema objeto da pesquisa, o cabimento dos embargos de divergência está disciplinado no art. 546, do CPC¹¹⁶.

Para satisfação da circunstância *recorribilidade* nos referidos embargos, tem-se a existência de uma decisão de Turma que seja divergente de um acórdão de outra Turma, Seção, Órgão Especial ou Plenário em sede recurso especial ou extraordinário. Quanto à circunstância *adequação* ou *propriedade*, quando presente a circunstância anterior, será cabível o recurso de embargos de divergência.

¹¹³ Neste sentido: BERMUDEZ, Sérgio. *Curso de direito processual civil: recursos*. Rio de Janeiro: Borsó, 1972, p. 26-27; JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. 4 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 101.

¹¹⁴ ALVIM, Arruda. *Notas a respeito dos aspectos gerais e fundamentais da existência dos recursos – direito brasileiro*. In RePro 48. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 16.

¹¹⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Vol. 5: arts. 476 a 565*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 249.

¹¹⁶ “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”. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm. Acesso em 29/11/2011.

Todavia, muitas questões derivam de tal conclusão deveras simplista. Para dissecar tais apontamentos, imprescindíveis para uma completa compreensão do tema aqui pesquisado, é proposta uma divisão acadêmica referente ao acórdão embargado e ao acórdão paradigma, analisada adiante.

3.1 ACÓRDÃO EMBARGADO

Para iniciarmos nosso estudo, necessário analisar a decisão impugnável por embargos de divergência. Apesar de possuir seu cabimento descrito em lei, tal requisito de admissibilidade possui nuances que geram dúvidas, seja por alterações legislativas do próprio ordenamento jurídico processual, seja pela construção e adequação jurisprudencial específica sobre o tema, desenvolvida ao longo do tempo.

3.1.1 Decisão de Turma

O acórdão embargado caracteriza-se pela decisão passível de recurso a ser atacada por meio dos embargos de divergência. Pela literalidade do citado art. 546, CPC, o acórdão embargado deriva de *Turma* do Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso especial, ou do Supremo Tribunal Federal em sede de recurso extraordinário.

Sobre a composição de nossas Cortes Superiores, é importante destacar que, sobre o Superior Tribunal de Justiça, de acordo com o art. 2º, do seu Regimento Interno, aquela Corte trabalha em Plenário e pelo seu órgão especial, denominado Corte Especial, como também em Seções especializadas – três – e ainda em Turmas especializadas – seis –¹¹⁷, com diferentes competências em razão da matéria¹¹⁸. O STF, por outro lado, é composto por duas Turmas concorrentes e um Plenário.

¹¹⁷ “Art. 2º. (...) §4º As Seções compreendem seis Turmas, constituídas de cinco Ministros cada uma. A Primeira e a Segunda Turmas compõem a Primeira Seção; a Terceira e a Quarta Turmas, a Segunda Seção; e a Quinta e a Sexta Turmas, a Terceira Seção. O Ministro mais antigo integrante da Turma é o seu presidente, observada a disposição do parágrafo anterior quanto à periodicidade”. Disponível em <http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/regimento/article/viewFile/1442/1639>. Acesso em 29/11/2011.

¹¹⁸ O art. 8º e 9º do RISTJ tratam sobre a competência do Plenário, da Corte Especial, das Seções e das Turmas.

Pela inteligência do citado art. 546, CPC, apenas pode ser objeto de embargos de divergência o acórdão derivado de *Turma*, seja no STJ seja no STF, não sendo cabível em acórdãos oriundos de Seções, Corte Especial ou Plenário, respectivamente.

Assim conclui Sergio Seiji Shimura¹¹⁹, quando indica que “os acórdãos de Seção ou do Órgão Especial do Superior Tribunal de Justiça, bem como os acórdãos do Pleno do Supremo Tribunal Federal não ficam sujeitos ao recurso de embargos de divergência”.

No mesmo sentido concluíram Fredie Didier Jr e Leonardo José Carneiro da Cunha¹²⁰, ao ensinarem que “(...) em se tratando de julgamento proferido por outro órgão que não seja a Turma, também não serão cabíveis os embargos de divergência”.

No que se refere à necessidade do acórdão embargável por embargos de divergência ser derivado de Turma¹²¹, a doutrina suscita questões a esse respeito no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

A discussão surge a partir da leitura dos artigos 12, parágrafo único, II, e 14, II, todos do RISTJ, que preveem a afetação da competência pela Seção para julgamento do recurso especial, o que possibilitaria a interposição dos embargos de divergência a partir de um acórdão oriundo de uma Seção.

Tal entendimento foi levantado por José Saraiva¹²², que amplia a compreensão alcançada pelo art. 546, CPC. O autor considera um acórdão proferido em recurso especial, em que tenha

¹¹⁹ SHIMURA, Sergio Seiji. *Embargos de Divergência*. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 417.

¹²⁰ CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. Vol. 3. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 351.

¹²¹ Nesse sentido segue o STF: E M E N T A: EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA - INTERPOSIÇÃO CONTRA ACÓRDÃO EMANADO DO PLENO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - INADMISSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - Não se revelam admissíveis embargos de divergência, quando opostos a acórdãos emanados do Plenário do Supremo Tribunal Federal, pois essa modalidade recursal somente tem pertinência se utilizada contra decisão proferida por Turma desta Suprema Corte (RISTF, art. 330). Precedentes. AI 725078 AgR-EDv-AgR/DF - DISTRITO FEDERAL - Relator(a): Min. CELSO DE MELLO - Julgamento: 24/11/2011 - Acórdãos citados: Rcl 556 ED-ED-EDv-QO - Tribunal Pleno, Rcl 1639; AgR-ED-EDv-AgR-ED - Tribunal Pleno, Rcl 2020 ED-EDv-AgR - Tribunal Pleno, RE 80295 AgR - Tribunal Pleno, RE 134278 EDv - Tribunal Pleno, AI 160035 AgR-ED-ED-ED-EDv-AgR-AgR - AgR-AgR-EDv-AgR - Tribunal Pleno, AI 238454 AgR; RTJ 63/450, RTJ 126/864, RTJ 133/485, RTJ 146/320, RT 521/278; Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 30/11/2011.

¹²² SARAIVA, José. *Recurso especial e o superior tribunal de justiça*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 389-390.

sido julgado pela Seção porque o relator entendeu ser pertinente levar para aquele órgão julgar. Se essa decisão divergir de outra derivada de Turma, Seção ou Corte Especial, ele entende pelo cabimento dos embargos de divergência.

Tal entendimento está baseado na circunstância de que, primeiramente, as partes não podem ter os respectivos direitos de recorrer restringidos somente porque o relator ou a Turma resolveu levar o recurso especial à apreciação da Seção, quando a competência originária seria turmária; segundo, porque inexistiria razão lógica para tal restrição, na medida em que a finalidade desse instrumento recursal é pacificar a jurisprudência interna e, havendo dissídio entre decisões de Seções diferentes, ter-se-ia configurada situação de maior gravidade do que aquela ocorrida se o julgamento se desse no órgão inferior – Turma. Nesses casos, a apreciação dos embargos será de competência da Corte Especial.

O autor, conclui para a necessidade de uma importante alteração legislativa, no intuito de incluir o cabimento dos embargos de divergência também para acórdãos derivados das Seções do STJ, em que pese não ser esse o entendimento prevalecente naquela Corte Superior.

Marcelo Pires Torreão¹²³ traz argumentos que em parte contrapõem tal entendimento. Apesar de chegar à mesma conclusão que José Saraiva, o autor de plano descarta possíveis prejuízos para a parte com o julgamento ser realizado pela Seção do Superior Tribunal de Justiça. De certo, mesmo o recurso especial sendo julgado pela Turma, o julgamento dos embargos de divergência ficaria a cargo pela Corte Especial ou ainda pela Seção correspondente, hipótese última em que essa conferiria igual entendimento caso julgasse diretamente o recurso especial. Ainda que persista divergência entre Seções, apesar de raro, não caberia ao STJ interpretar de maneira diversa a contrariar o art. 546, CPC. “Sugere-se, então, modificação legislativa para corrigir essas imperfeições do recurso ora estudado”.

O Ministro aposentado Eduardo Andrade Ribeiro de Oliveira¹²⁴ também provoca, sem, contudo, concluir pela alteração legislativa como fez José Saraiva, o problema das Seções do Superior Tribunal de Justiça.

Tratando-se de decisões do Pleno do STF, ou do órgão especial do STJ, a orientação nelas refletida é que há de prevalecer. Não se justificariam os embargos. O mesmo não sucede, porém, quanto aos acórdãos proferidos pelas três seções em que se divide o STJ. Embora haja repartição de competência, que faz menos frequente a

¹²³ TORREÃO, Marcelo Pires. *Dos Embargos de Divergência: teoria e prática no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004, p. 110-111.

¹²⁴ OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Embargos de divergência*. In NERY JR, Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. Vol. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 137.

possibilidade de dissídio entre elas, existem temas comuns. Em matéria processual, por exemplo, perfeitamente possível que decisão de uma seção dissinta da que haja sido tomada em outra. Significativa, ainda, a possibilidade de dissenso com julgado do órgão especial, em razão de sua competência originária para determinadas causas, não se excluindo que os temas nelas versados constituam também objeto de recurso especial. A limitação aos julgados das turmas representou, simplesmente, uma opção de conveniência do legislador, abstendo-se de alargar o cabimento dos embargos.

Theotônio Negrão¹²⁵, concluindo de maneira diversa, sintetiza que os acórdãos de Seção ou do Órgão Especial do STJ não são impugnáveis por embargos de divergência, ainda na rara hipótese dos artigos 12, parágrafo único, II, e 14, II, todos do RISTJ.

Coerente concluir, ainda que haja remessa dos autos para julgamento pela Seção, pelo não cabimento do recurso aqui pesquisado, por completa ausência de previsão legal, devendo prevalecer o entendimento consolidado naquela Corte Superior¹²⁶.

3.1.2 Decisão em recurso especial ou recurso extraordinário

O art. 546, CPC, na mesma medida em que determina ser o acórdão embargado oriundo de Turma, também define que a decisão derive de recurso especial, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, ou de recurso extraordinário, no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Os artigos 266, RISTJ¹²⁷, e 330, RISTF¹²⁸, corroboram a necessidade descrita no preceito processual acima descrito, não fazendo referência a decisões oriundas de ações de competência originária dos Tribunais Superiores ou ainda oriundas de recursos ordinários. Por tal sistemática, tais provimentos decisórios não poderiam ser considerados no que se refere ao cabimento do recurso de embargos de divergência.

¹²⁵ NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 584.

¹²⁶ Assim segue o STJ: AGRADO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA CONTRA ACÓRDÃO DE SEÇÃO DO STJ, PROFERIDO EM SEDE DE EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. 1. Os embargos de divergência são cabíveis apenas contra decisões de Turma, em sede de recurso especial. 2. Agravo regimental desprovido. AgRg nos EREsp 144724 / RS - 1998/0009625-6 - DJ 13/10/1998 p. 13.

¹²⁷ “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”. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça*. Organizado pelo Gabinete do Ministro Diretor da Revista – Brasília: STJ, 2012, p. 94.

¹²⁸ “Art. 330. Cabem embargos de divergência à decisão de Turma que, em recurso extraordinário ou em agravo de instrumento, divergir de julgado de outra Turma ou do Plenário na interpretação do direito federal”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Regimento Interno*: [atualizado até fevereiro de 2010] – consolidado e atualizado até maio de 2002 por Eugênia Vitória Ribas. Brasília: STF, 2010, p. 153.

A considerar a literalidade da norma processual, atrelada à finalidade dos embargos de divergência, Flávio Cheim Jorge¹²⁹ entende ser correta a orientação de não estender o cabimento dos embargos de divergência para hipóteses de decisões oriundas de ações originárias¹³⁰, como também em recurso ordinário¹³¹.

¹²⁹ JORGE, Flávio Cheim. *Embargos de divergência: alguns aspectos estruturais*. In RePro 190. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 26.

¹³⁰ Neste sentido, encontra-se a jurisprudência do STJ: AGRADO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PARADIGMA PROFERIDO EM AÇÃO RESCISÓRIA. INVIABILIDADE. 1. Nos termos do art. 266 do Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça, os embargos de divergência são cabíveis para dirimir dissídio de teses entre decisões colegiadas proferidas em sede de recurso especial. 2. Assim, somente se admite como acórdãos paradigmas os proferidos no âmbito de recurso especial e de agravo de instrumento que examine o mérito do apelo, não sendo aptos a tal finalidade os arestos no âmbito de recurso ordinário em mandado de segurança, conflito de competência e ação rescisória. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. AgRg nos EREsp 793405 / RJ - 2010/0208343-8 Relator(a) Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA - DJe 09/05/2011; Ementa: AGRADO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PARADIGMA PROFERIDO EM AÇÃO RESCISÓRIA. INVIABILIDADE. 1. Nos termos do art. 266 do Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça, os embargos de divergência são cabíveis para dirimir dissídio de teses entre decisões colegiadas proferidas em sede de recurso especial. 2. Assim, somente se admite como acórdãos paradigmas os proferidos no âmbito de recurso especial e de agravo de instrumento que examine o mérito do apelo, não sendo aptos a tal finalidade os arestos no âmbito de recurso ordinário em mandado de segurança, conflito de competência e ação rescisória. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. AgRg nos EREsp 793405 / RJ - 2010/0208343-8 - Relator(a) Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA - DJe 09/05/2011; Ementa: Embargos de divergência. Cabimento. 1. É embargável a decisão de turma em recurso especial. 2. Conseqüentemente, não é embargável a decisão em conflito de competência. 3. Agravo regimental improvido. AgRg nos EDv no CC 37877 / SP - 2002/0175880-9 - Relator(a) Ministro NILSON NAVES - DJ 24/11/2004 p. 226; Ementa: PROCESSUAL CIVIL – AGRADO REGIMENTAL – EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA CONTRA ACÓRDÃO RECORRIDO EXARADO EM AGRADO REGIMENTAL QUE NÃO APRECIA O MÉRITO DA CONTROVÉRSIA –NÃO CABIMENTO – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADA - PARADIGMA PROLATADO EM CONFLITO DE COMPETÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE – RISTJ, ART. 266 – IMPROVIMENTO. - A decisão ensejadora dos embargos de divergência é aquela proferida por órgão colegiado em sede de recurso especial ou, como vem decidindo a maioria, em sede de agravo regimental interposto contra decisão de Relator em recurso especial, desde que analisado o mérito da controvérsia. - Paradigma oriundo de julgamento em conflito de competência não se presta à demonstração do dissídio justificador dos embargos de divergência. - Agravo regimental improvido. AgRg nos EREsp 166136 / SP - 2001/0065092-2 - Relator(a) Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS - DJ 16/12/2002 p. 235; Ementa: PROCESSO CIVIL. AGRADO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RECLAMAÇÃO. DESCABIMENTO. 1. Os embargos de divergência apenas são cabíveis para impugnar acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no âmbito do recurso especial, não sendo admitidos, portanto, contra aresto exarado em reclamação. 2. Ademais, mesmo que o acórdão recorrido fosse prolatado em recurso especial, o apelo não lograria melhor sorte, uma vez que o recorrente não comprovou a divergência, nos moldes preconizados no art. 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ. 3. Agravo regimental não provido. AgRg na Pet 8584 / DF - 2011/0134788-1 -Relator(a) Ministro CASTRO MEIRA - DJe 01/02/2012; Ementa: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ACÓRDÃO PROFERIDO EM SEDE DE RECLAMAÇÃO. NÃO CABIMENTO. AGRADO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. AgRg na Pet 8589 / DF - 2011/0137998-0 Relator(a) Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI - DJe 14/10/2011. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 08/02/2012.

¹³¹ Neste sentido, segue o STF, embora não seja o entendimento majoritário: EMENTA: EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS: NÃO-CABIMENTO. PRECEDENTES. RECURSO NÃO CONHECIDO. 1. É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que “não cabem embargos de divergência contra decisão proferida por Turma do Supremo Tribunal Federal em Habeas Corpus, seja em sede de impetração originária (CF, art. 102, I, 'd' e 'i'), seja em sede de Recurso Ordinário (CF, art. 102, II, 'a')” (HC 70.274 ED-EDv-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 9.12.1994). 2. Recurso não conhecido. RHC 94451 EDv / GO - GOIÁS - Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO - Relator(a) p/ Acórdão: Min. CÁRMEN LÚCIA - Julgamento: 21/05/2009 - DJe-214

Bernardo Pimentel Souza¹³² também constata o não cabimento dos referidos embargos contra decisão colegiada alcançada em processo de competência originária dos Tribunais Superiores.

Assim, são inadmissíveis embargos de divergência contra arresto prolatado em julgamento de ação de reclamação, de ação rescisória, de ação direta de inconstitucionalidade, de ação declaratória de constitucionalidade, assim como de ação cautelar originária, ou seja, ajuizada diretamente no tribunal superior. Também não são cabíveis embargos de divergência contra acórdão prolatado em incidente processual, como nas hipóteses de conflito de competência e de uniformização de jurisprudência.

Do mesmo modo, acórdão proferido em grau de recurso ordinário não está sujeito a ataque por meio de embargos de divergência, ainda que a turma julgadora tenha adotado tese diversa da agasalhada em precedente de outro colegiado do próprio tribunal. Tanto o inciso VIII do artigo 496 quanto os incisos I e II do artigo 546 revelam que os embargos de divergência são cabíveis apenas contra acórdãos proferidos em recurso especial e extraordinário. Com efeito, a interpretação a contrario sensu dos preceitos de regência conduz à exclusão dos acórdãos proferidos em recurso ordinário da mira dos embargos de divergência.

O Ministro aposentado Eduardo Andrade Ribeiro de Oliveira¹³³, sobre o tema, ensina ser “indivíduo, porém, que a decisão há de vincular-se a recurso especial ou extraordinário. Desse modo, não há lugar para embargos, tratando-se de recurso ordinário, seja em mandado de segurança ou em *habeas corpus*”.

Ainda quanto ao recurso ordinário, Fredie Didier Jr e Leonardo José Carneiro da Cunha¹³⁴ entende que, “(...) se se tratar de julgamento de outro recurso que não seja extraordinário nem especial, não serão cabíveis os embargos de divergência”.

Oreste Nestor Laspro¹³⁵, por outro lado, defende uma releitura desse entendimento no que concerne ao recurso ordinário. O autor considera que o recurso ordinário foi criado

DIVULG 08-11-2010 PUBLIC 09-11-2010; EMENTA: Embargos de divergência: cabimento exclusivamente contra decisões proferidas em recurso extraordinário: descabimento contra acórdão de Turma que julgou recurso ordinário em mandado de segurança; inexistência, de qualquer sorte, da divergência alegada. RMS 22016 EDv-AgR / DF - DISTRITO FEDERAL -Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - Julgamento: 30/10/1997 - DJ 12-12-1997.

¹³² SOUZA, Bernardo Pimentel. *Dos recursos constitucionais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2007, p. 220-221.

¹³³ OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Embargos de divergência*. In NERY JR, Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. Vol. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 138.

¹³⁴ CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. Vol. 3. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 351.

¹³⁵ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *O objeto dos embargos de divergência*. In RePro 186. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 20-21. Sobre o assunto, O ministro Marco Aurélio por diversas oportunidades externou, embora seja voto vencido, a necessidade em admitirem-se embargos de divergência em sede de recurso ordinário. Em voto proferido no julgamento nos Embargos de Divergência nos Embargos de Declaração no Recurso em Mandado de Segurança 22.926-3, o referido ministro defendeu uma melhor

constitucionalmente para beneficiar o impetrante nos casos de denegação da ordem, pois possui um maior campo de discussão do que teria em sede de recurso especial ou extraordinário. Diante disso, não faria sentido restringir tal benefício no intuito de não permitir o direito aos embargos de divergência. Ainda, defende uma interpretação sistemática do art. 546 do CPC, para ampliar o cabimento dos referidos embargos também do julgamento de recurso ordinário.

Laspro¹³⁶, todavia, propõe ressalvas a tal entendimento. Pelo amplo âmbito de atuação do recurso ordinário, o qual equivale a uma verdadeira apelação, podendo inclusive envolver questões fáticas, seria coerente não permitir os embargos de divergência genericamente nessa hipótese. Necessário seria a estipulação de um limite: “no caso de julgamento perante o STF somente para matéria que seria examinável em extraordinário e perante o STJ somente para matéria de recurso especial”.

Marcelo Pires Torreão¹³⁷ compreende tais dificuldades criadas pela impossibilidade de cabimento dos embargos de divergência contra decisões oriundas de recurso ordinário, o que ocasionaria a existência da permanência de uma possível divergência *interna corporis* e que seria, a rigor, irrecorrível. Todavia, pondera que a restrição existe e que apenas com uma eventual alteração legislativa – a qual propõe – poderia ser “os embargos de divergência também contra os recursos ordinários, privilegiando a unicidade interna dos tribunais superiores”.

interpretação ao artigo 546 do CPC, de maneira mais harmônica ao sistema processual brasileiro. “(...) entendendo-se, por exemplo, que, concedida a segurança e interposto o extraordinário, o acórdão daí resultante é passível de impugnação mediante embargos de divergência, enquanto, indeferida a medida, protocolado recurso que percorre via mais alargada, a decisão, quer provendo-o ou desprovendo-o, embora em conflito com outra de Turma ou do Plenário, surge irrecorrível. Atente-se para a circunstância de, tanto no primeiro caso, como no segundo, o julgamento da Turma referir-se ao mandado de segurança. Daí a necessidade de buscar-se interpretação do disposto no Código de Processo Civil – sobre a adequação dos embargos de divergência – que implique a harmonia do sistema. (...) Assim, concluo que, na hipótese de o processo envolver mandado de segurança, a decisão da Turma, seja prolatada por força de recurso ordinário ou de recurso extraordinário, desafiará sempre, uma vez configurada a discrepância jurisprudencial, os embargos do artigo 546, inciso II, do Código de Processo Civil”. In <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=382422>, acesso em 08/02/2012.

¹³⁶ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *O objeto dos embargos de divergência*. In RePro 186. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 22.

¹³⁷ TORREÃO, Marcelo Pires. *Dos Embargos de Divergência: teoria e prática no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004, p. 102.

Tal conclusão chegaram os autores da reforma do Código de Processo Civil, ao ampliarem sobremaneira as hipóteses de cabimento dos embargos de divergência, o que será tratado em capítulo próprio ante a importância e peculiaridade do tema.

Todavia, tendo em pauta o sistema atual, entendemos ser mais coerente compreendermos pela impossibilidade de cabimento dos embargos de divergência em sede de recurso ordinário, por completa inadequação do meio empregado.

Ficam dessa forma excluídas as divergências oriundas de ação rescisória, ação direta de inconstitucionalidade, ações cautelares, reclamação constitucional, recurso ordinário, seja em mandado de segurança ou ainda em *habeas corpus*, conflito de competência, ou qualquer outro meio de atuação originária das Cortes Superiores como cabimento hipóteses de cabimento de embargos de divergência.

3.1.3 Acórdão derivado de julgamento monocrático

Em seguimento das premissas elencadas na presente pesquisa, cabem embargos de divergência contra acórdão proferido por Turma e em sede de recurso especial ou extraordinário, em consonância com os artigos 330, RISTF, 266, RISTF e 546, CPC, todos estudados anteriormente.

No entanto, a considerar as mudanças no sistema processual referentes aos poderes do relator, indagamos: seriam cabíveis embargos de divergência de decisão em sede de recurso especial ou extraordinário julgada monocraticamente?

Dinamarco¹³⁸, ao tratar sobre os poderes do relator, informa que o congestionamento não recente de nossos tribunais impulsionou uma nova atuação para tal julgador singular. A este, anteriormente, competia emitir relatório nos autos, bem como elaborar o primeiro voto e ao fim redigir o acórdão quando vencedor. Ficou claro o quão atravancado era tal procedimento, o qual veio a ser simplificado por conta da inevitável sobrecarga. Assim, “uma decisão

¹³⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *O relator, a jurisprudência e os recursos*. In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, NERY JR, Nelson (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 128-129.

singular, proferida em Gabinete, substitui, quando a lei ou o regimento o autorizam, os complicados e lentos processamentos perante câmaras, grupos, turmas etc”.

Eduardo Couture¹³⁹ tratou sobre a necessidade de valorização das decisões monocráticas, ao entender que: “La tendencia de nuestro tiempo es la de aumentar los poderes del juez y disminuir el número de recursos; es el triunfo de una justicia pronta y firme sobre la necesidad de una justicia buena pero lenta”.

Em 1963, o Supremo Tribunal Federal alterou seu regimento interno, com a instituição da súmula da jurisprudência, para permitir ao relator o poder de encaminhar ao arquivo o recurso extraordinário ou o agravo de instrumento que contrariasse jurisprudência sumulada, configurando uma possibilidade de julgamento monocrático.

O regimento interno seguinte do Supremo Tribunal Federal de 1970 em seu texto original previa, no § 1º do art. 22, competência para o relator arquivar ou negar seguimento a recurso manifestamente intempestivo, incabível, improcedente, de flagrância incompetência ou contrário à jurisprudência predominante daquela Corte Suprema¹⁴⁰.

Na ocasião, o Supremo Tribunal Federal emitiu entendimento quanto à constitucionalidade das atribuições do relator em julgar isoladamente recursos, com a devida ressalva de que dessa decisão caberia recurso ao órgão colegiado em que ele fizesse parte¹⁴¹.

Por outras palavras, o órgão natural do julgamento do recurso extraordinário é a Turma, e, *mutatis mutandis*, o ‘órgão natural’ do julgamento destinado à uniformidade do direito, sucessivamente ao julgamento do mérito de recurso extraordinário, é o Pleno. Daí a razão, reconhecida na primeira hipótese, da necessária existência de recurso, razão esta que, *mutatis mutandis*, deverá ser reconhecida na hipótese presente, em relação ao cabimento dos embargos de divergência. No entendimento da necessidade do julgamento de um recurso extraordinário chegar à Turma, está albergado o raciocínio de que, conquanto o

¹³⁹ COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Delpama, 1997, p. 349.

¹⁴⁰ Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaRI/anexo/RegimentoInterno1970Original.pdf>. Acesso em 30/11/2011.

¹⁴¹ ALVIM, Arruda. *Cabimento de embargos de divergência contra acórdão (de mérito) de Turma, proferido em agravo regimental, tirado de decisão de relator de recurso extraordinário: imprescindibilidade de uma releitura da Súmula 599/STF*. In RePro 144. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 12.

relator possa solucionar o recurso monocraticamente, isso não pode privar a Turma julgadora a que pertence, da reapreciação da questão¹⁴².

O Código de Processo Civil de 1973, por sua vez, no texto original do art. 557, restou silente quanto aos regramentos regimentais citados, apenas tratando sobre o indeferimento, por despacho, do agravo for manifestamente improcedente¹⁴³.

Apenas com a Lei 8.038 de 1990, tais preceitos regimentais tomaram o plano legal, de acordo com seu art. 38, o qual conferiu poderes ao relator, no STF e no recém-criado STJ, para decidir o pedido ou o recurso que tenha perdido objeto, como também negar seguimento “a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou, improcedente ou ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal¹⁴⁴”.

Vale também destacar o art. 28, § 2º, da referida lei, o qual incluiu a possibilidade de julgamento pelo relator do agravo de instrumento contra indeferimento de recurso extraordinário ou especial, como também os § 3º e 4º, que previam uma espécie de conversão do agravo em recurso especial e em recurso extraordinário, caso estivessem presentes os requisitos necessários para julgamento destes, podendo inclusive incluí-lo de imediato¹⁴⁵.

Esses precedentes normativos abriram caminho para que depois o próprio Código de Processo Civil viesse a ser sucessivamente alterado, com vista à simplificação consistente em reforçar a competência do relator. Como acontecera no Supremo Tribunal Federal e depois no Superior Tribunal de Justiça, nos tribunais locais também se fez sentir essa tendência. No ano de 1995, a Reforma não só atribuiu aos relatores o poder de ‘negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrário à súmula do respectivo tribunal superior’

¹⁴² ALVIM, Arruda. *Cabimento de embargos de divergência contra acórdão (de mérito) de Turma, proferido em agravo regimental, tirado de decisão de relator de recurso extraordinário: imprescindibilidade de uma releitura da Súmula 599/STF*. In RePro 144. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 12.

¹⁴³ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm. Acesso em 30/11/2011.

¹⁴⁴ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm. Acesso em 30/11/2011.

¹⁴⁵ É a inteligência do art. 28 e seus parágrafos: “Art. 28 - Denegado o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo de instrumento, no prazo de cinco dias, para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso. (...) § 2º - Distribuído o agravo de instrumento, o relator proferirá decisão. § 3º - Na hipótese de provimento, se o instrumento contiver os elementos necessários ao julgamento do mérito do recurso especial, o relator determinará, desde logo, sua inclusão em pauta, observando-se, daí por diante, o procedimento relativo àqueles recursos, admitida a sustentação oral. § 4º - O disposto no parágrafo anterior aplica-se também ao agravo de instrumento contra denegação de recurso extraordinário, salvo quando, na mesma causa, houver recurso especial admitido e que deva ser julgado em primeiro lugar. (...)”. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm. Acesso em 30/11/2011.

(art. 557), como igualmente o de suspender os efeitos da decisão agravada (art. 527, inc. II)¹⁴⁶.

Informa o Ministro aposentado Eduardo Ribeiro de Oliveira¹⁴⁷ que a modificação do *caput* do art. 557, CPC, realizada pela Lei 9.139 de 1995, não alterou os poderes do relator em sede de STJ e STF, em que pese ter sido de grande valia para os tribunais regionais federais e estaduais. “Com efeito, cotejado o dispositivo com o citado artigo 38 da Lei 8.038/90, verifica-se que a diferença relevante constituiu, apenas, em acrescentar-se a possibilidade de o relator negar seguimento a recurso, quando contrário a súmula de tribunal superior”.

A Lei 9.756 de 1998, por sua vez, trouxe novos contornos ao relator. Barbosa Moreira¹⁴⁸ vê tais alterações legislativas como uma “tendência progressiva a transferir para o relator atribuições judicantes tradicionalmente reservadas ao órgão colegiado”.

De fato, a citada Lei 9.756 de 1998 conferiu ao relator poderes para julgar monocraticamente recursos, inclusive o especial e extraordinário, ampliando sobremaneira seus poderes. Por inteligência do atual art. 557, CPC, pode o relator negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrário à súmula ou jurisprudência dominante, podendo ainda dar provimento ao recurso caso a decisão recorrida for manifestamente contrária à súmula ou jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores¹⁴⁹.

Interessante salientar, entretanto, que não foi com sua edição que o relator ficou autorizado a decidir o mérito do recurso. Embora com a qualificação de ‘negar seguimento’, a verdade é que a decisão singular de mérito já era possível, desde a

¹⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *O relator, a jurisprudência e os recursos*. In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, NERY JR, Nelson (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 129.

¹⁴⁷ OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Embargos de divergência*. In NERY JR, Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. Vol. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 140.

¹⁴⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Algumas inovações da Lei 9.756 em matéria de recursos civis*. In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, NERY JR, Nelson (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 324.

¹⁴⁹ “Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. § 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. § 1º Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento. § 2º Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor”. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm. Acesso em 08/02/2012.

Lei 8.038/90, nos casos de manifesta improcedência ou de dissenso com súmula. A modificação foi apenas para permitir que também se pudesse dar provimento¹⁵⁰.

Fabiano Carvalho¹⁵¹ assinala que o julgamento monocrático já existe desde 1963, quando da criação das súmulas no Regimento interno do STF, o qual autorizava o relator arquivar recurso extraordinário contrário aos enunciados daquela Corte, e a lei sempre previu a impugnação de tal decisão por agravo. Por tal razão, não pode se admitir que foi a Lei 9.756/98 que modificou o entendimento do Supremo.

Não temos aqui o intuito de esgotar o tema inerente aos poderes do relator, não obstante a importância do tema, o que *per se* gera uma pesquisa exclusiva. Todavia, tal alteração legislativa e consequente ampliação dos poderes do relator no julgamento dos recursos, foram suficientes para suscitar as dúvidas sobre o cabimento dos embargos de divergência contra tal decisão monocrática. Eis a vital importância de estudarmos o julgamento monocrático no viés que importa para a elucidação do cabimento dos embargos de divergência.

O Ministro aposentado do STJ Milton Luiz Pereira¹⁵², logo após a alteração do art. 557 e § 1º-A, CPC, defendeu a possibilidade de cabimento dos embargos de divergência em sede de decisão julgada pelo relator.

Das considerações preestabelecidas, decifra-se que o CPC não parou no tempo. Demais, comemora-se que, se anteriormente o relator podia prover o Agravo de Instrumento e convertê-lo em recurso autônomo (art. 28, parágrafos 3º e 4º, Lei nº 8.038/90), mostrando-se contemporâneo às realidades, a nova lei processual, além de manter as mesmas regras, ungiu-o de competência exclusiva para julgar monocraticamente (arts. 120, parágrafo único, 544, parágrafos 3º e 4º e 557, parágrafo 1º-A). Na afluência dessas anotações, mesmo assegurada a intervenção do colegiado (art. 545 e parágrafo 1º, art. 557, CPC), pela viseira do sistema e valorizados os precedentes, quanto ao Recurso Especial, está inequívoco que o relator julga. E, julgando, constitui pronunciamento com a mesma força cognitiva e dispositiva de julgado concretizado pelo colegiado. De tal sorte, no âmbito recursal, pelo alargamento da influência dos precedentes, a decisão do relator tem a equivalência do aresto edificado pelo órgão fracionário competente.

¹⁵⁰ OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Embargos de divergência*. In NERY JR, Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. Vol. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 140.

¹⁵¹ CARVALHO, Fabiano. *Os embargos de divergência e a súmula 316 do STJ*. In NERY JR, Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. Vol. 10. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 99.

¹⁵² PEREIRA, Milton Luiz. *Embargos de divergência contra decisão lavrada por relator*. In Revista da Ajuris. Campinas: Red Livros, 2000, pp. 167-173.

Para o autor¹⁵³, foi opção do legislador permitir ao relator julgar em substituição à Turma, fazendo as vias desta, conferindo ao acórdão proferido singularmente o valor de uma decisão colegiada. O relator agiria como um representante do colegiado, exercendo a competência deste. “Afim, a divergência vértice do imaginado recurso teria por cimeira correlato direito, cujo mérito foi resolvido pelo Relator no lugar processual do colegiado, cujo pensamento o Estado entregou-lhe no campo do processo”.

Apesar de louvável construção, esse não é o entendimento que prevalece no Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça. De fato, há uma aparência semelhante entre as decisões do relator e da Turma, porém existem pontos que as distinguem cabalmente.

Sérgio Shimura¹⁵⁴ é categórico ao ensinar que não cabem embargos de divergência contra decisão de relator que negar seguimento a recurso especial, justamente por ser tal decisão um julgamento monocrático.

Fredie Didier Jr e Leonardo José Carneiro da Cunha¹⁵⁵ expõem dois requisitos, que entendem objetivos, para admissão dos embargos de divergência. Para eles, o julgamento tem que ser proferido por turma e em recurso especial ou extraordinário, não sendo admissível sua utilização contra decisão isolada de relator.

O próprio Ministro aposentado Milton Pereira¹⁵⁶ traz três problemáticas em sua construção: “a inexistência de julgamento colegiado, a preclusão e a unirrecorribilidade”. Os referidos questionamentos estão interligados e a tentativa de explicação está intimamente relacionada ao recurso cabível contra a decisão do relator.

¹⁵³ PEREIRA, Milton Luiz. *Embargos de divergência contra decisão lavrada por relator*. In Revista da Ajuris. Campinas: Red Livros, 2000, pp. 167-173.

¹⁵⁴ SHIMURA, Sergio Seiji. *Embargos de Divergência*. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 417.

¹⁵⁵ “Então, se se tratar de julgamento de outro recurso que não seja extraordinário nem especial, não serão cabíveis os embargos de divergência. De igual modo, em se tratando de julgamento proferido por outro órgão que não seja a Turma, também não serão cabíveis os embargos de divergência”. CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. Vol. 3. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 351.

¹⁵⁶ PEREIRA, Milton Luiz. *Embargos de divergência contra decisão lavrada por relator*. In Revista da Ajuris. Campinas: Red Livros, 2000, pp. 167-173.

Em que pese não ser a colegialidade regulamentada em nosso ordenamento, esta visa a refletir um posicionamento de uma Corte, que, em tese, seria mais bem acurado que o entendimento de um único julgador. Por tal razão, mesmo não regulamentada, a colegialidade é prestigiada em nosso ordenamento processual.

Ainda que não vislumbremos por tal conotação, primamos pela coerência na interpretação da lei, não afirmando além do que o texto legal efetivamente diz. Não deve ser automático dizer que a lei elevou o relator a status de colegiado, tanto que a própria especificou recurso para o colegiado da decisão daquele. O relator alcança função diferida¹⁵⁷ do órgão colegiado a que pertence, não podendo ser visto como o próprio colegiado.

O 'juiz natural' do recurso é o órgão colegiado; não há bloquear totalmente o caminho até ele. Pode-se equiparar o papel do relator ao de um 'porta-voz avançado': o que ele diz, supõe-se que o diga 'antecipando' a decisão do colegiado. Ao interessado ressalva-se o direito de desencadear um mecanismo de controle, capaz de mostrar se a 'antecipação' correspondeu ou não ao entendimento 'antecipado'; em outras palavras, se merece realmente crédito o 'porta-voz'¹⁵⁸.

A unirrecorribilidade é de fato o argumento contrário mais robusto. O nosso sistema processual brasileiro elegeu tal princípio, como estudado anteriormente, o que não permite a interposição de embargos de divergência quando a lei autoriza a interposição de agravo, de acordo com o citado § 1º do art. 557, CPC. Em outras palavras, não poderia ser cabível o recurso de embargos de divergência quando a lei prevê a interposição de agravo regimental, ficando claro o não esgotamento da via recursal.

Ademais, como bem ensina Flávio Cheim Jorge¹⁵⁹, “não se pode esquecer que, sendo os embargos de divergência um recurso de estrito direito (excepcional), é imprescindível, para seu cabimento, que sejam esgotados todos os recursos existentes à disposição das partes”.

¹⁵⁷ Expressão utilizada por Nelson Nery Jr. In NERY JR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. atual. ampl. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 271.

¹⁵⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Algumas inovações da Lei 9.756 em matéria de recursos civis*. In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, NERY JR, Nelson (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 324. Em sentido contrário, CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 298.

¹⁵⁹ JORGE, Flávio Cheim. *Embargos de divergência: alguns aspectos estruturais*. In RePro 190. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 20.

Nesse sentido segue Bernardo Pimentel Souza¹⁶⁰, ao entender que “à luz do princípio do esgotamento das vias recursais, não é admissível recurso para colegiado *ad quem* quando ainda cabível outro inconformismo para órgão *a quo*”.

Também comungando com tal entendimento, encontra-se Oreste Nestor de Souza Laspro¹⁶¹: “Com efeito, o próprio art. 557 mencionado prevê que a decisão do relator é agravável, não podendo, pois, ignorar-se mencionada regra, substituindo-a por uma interpretação extensiva do art. 546”.

Em uma interessante conclusão lógica, Marcelo Pires Torreão¹⁶² também rejeita a ideia dos embargos de divergência de decisão do relator:

(...) se forem admitidos os embargos de divergência contra decisões singulares de cada um dos seus ministros, e não apenas contra manifestações de colegiados, cresce a perspectiva de discordância no mesmo tribunal.

Em outras palavras, de divergência que poderia ocorrer pela manifestação das duas turmas no Supremo Tribunal Federal e das seis turmas no Superior Tribunal de Justiça multiplica-se para onze no primeiro tribunal e para trinta e três no segundo. A consequência é visível: reduz-se o número de agravos regimentais, porém aumenta-se o número de embargos de divergência. E já que os embargos requerem um maior número de ministros para o julgamento, essa orientação acarretaria prejuízos à celeridade processual, além de contrariar a inclinação moderna que afasta a necessidade de julgamento pelos órgãos mais complexos dos tribunais.

Também em contraponto com os ensinamentos de Milton Pereira, o também Ministro aposentado Eduardo Andrade Ribeiro de Oliveira¹⁶³ concluiu que:

Não obstante o inegável brilho com que exposta e defendida aquela proposição, torna-se difícil de aceitá-la, em vista da norma expressa no § 1º do art. 557 do CPC. (...) Em suma, embora se trate de decisão relativa a recurso especial ou extraordinário, o certo é que existe, em nosso sistema, recurso especificamente indicado para impugná-la.

Assim, seguro afirmar pelo não cabimento dos embargos de divergência de decisão exarada em julgamento monocrático, pois não se traduzem na via adequada para impugnação da

¹⁶⁰ SOUZA, Bernardo Pimentel. *Dos embargos de divergência*. In MAZZEI, Rodrigo Reis (coord), *Dos Recursos*. vol. II. Vitória: Instituto Capixaba de Estudos, 2002, p. 659.

¹⁶¹ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *O objeto dos embargos de divergência*. In RePro 186. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 16.

¹⁶² TORREÃO, Marcelo Pires. *Dos Embargos de Divergência: teoria e prática no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004, p. 90.

¹⁶³ OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Embargos de divergência*. In NERY JR, Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. Vol. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 141-142.

decisão recorrível, a qual é senão o agravo descrito no § 1º do art. 557 do CPC. Em razão da importância que permeia tal assunto, este será tratado em tópico próprio, que segue abaixo.

3.1.4 Agravo Regimental

O estudo sobre o julgamento monocrático realizado pelo relator caminha para uma análise do cabimento dos embargos de divergência contra acórdão alcançado em agravo cabível da decisão do relator. A inteligência do § 1º do art. 557, do CPC, nos ensina que a decisão do relator é impugnável por agravo, no prazo de cinco dias, ao colegiado competente para o julgamento do recurso.

Para darmos continuidade à nossa pesquisa, vale-nos o enfrentamento da questão em torno do recurso especial ou extraordinário, tendo em vista que os incisos do art. 546, CPC, ao regulamentar o cabimento dos embargos de divergência, preveem que o acórdão embargável deva derivar de Turma no julgamento dos recursos especial e extraordinário.

Como visto anteriormente, a doutrina entende pelo não cabimento de embargos de divergência sobre o julgamento unipessoal do relator, por existir recurso cabível para tal decisão, o que impediria, pelo princípio da unirrecorribilidade, a apreciação pelos referidos embargos.

Todavia, surgiu questionamento sobre o cabimento de embargos de divergência sobre o acórdão derivado de agravo regimental interposto da decisão monocrática do relator, o que veio ser objeto da súmula 599, do STF, publicada em 03/01/1977 e atualmente cancelada, a qual ensinava que: “São incabíveis embargos de divergência de decisão de Turma, em agravo regimental¹⁶⁴”.

Na ocasião em que consolidou o entendimento para a edição da súmula 599, do STF, o agravo regimental apenas servia para impugnar decisões do relator proferidas em sede de agravo de instrumento contra decisão que negasse provimento a recurso extraordinário. A discussão em

¹⁶⁴ Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 02/12/2011.

sede de tal agravo visava tão somente analisar se o relator havia ou não acertado em sua decisão em inadmitir recurso extraordinário¹⁶⁵.

A ementa do julgado que preconizou a referida súmula, de relatoria do então Ministro Thompson Flores, dizia: “não cabem embargos de divergência da decisão da turma que nega provimento ao agravo regimental do despacho do relator, que determina o arquivamento”¹⁶⁶.

Diante de tais premissas, era evidente o acerto da súmula 599, STF, pois não seria possível a interposição de embargos de divergência para tratar de questões inerentes ao próprio recurso regimental, o que não enfrentava as razões do extraordinário.

O STJ, após sua criação pela Constituição Federal de 1988, passou a seguir os mesmos passos no que tange à sua própria competência de julgar o recurso especial, ou seja, também incorporou o entendimento de não cabimento de embargos de divergência contra agravo regimental.

Por conta de diversas alterações legislativas, principalmente com o advento da Lei 9.756/98, que ampliou os poderes do relator a ponto deste, por certo, julgar o mérito do próprio recurso especial ou extraordinário, novamente foi suscitada a possibilidade da interposição de embargos de divergência em julgamento de agravo interno proveniente de decisão de mérito do relator de recurso extraordinário ou especial.

A partir de uma nova sistemática processual, instituída pelas reformas, a referida súmula, por certo, começou por perder sentido, pois exigia uma interpretação literal do art. 546, CPC, divorciada do próprio sistema criado no Código de Processo Civil.

¹⁶⁵ JORGE, Flávio Cheim. *Embargos de divergência: alguns aspectos estruturais*. In RePro 190. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 21.

¹⁶⁶ Julgamento do AgIn 44.447, STF. “A tese vencida entendia que o agravo regimental nada mais é que o prosseguimento da decisão no recurso (Min. Moacyr Amaral Santos), ou, ainda, nas palavras do Min. Eloy da Rocha, ‘esvaziar-se-ia o julgamento pela turma, se ela, ao apreciar o agravo regimental, decidisse diferentemente do que decidiria, se o relator tivesse apresentado, originalmente, o processo em mesa’, e, também, ‘quando se submete o recurso extraordinário à turma, por via de agravo regimental, a decisão não é diferente da proferida quando se apresenta à mesa, originalmente, o recurso’”. CARVALHO, Fabiano. *Os embargos de divergência e a súmula 316 do STJ*. In NERY JR, Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. Vol. 10. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 97.

A busca por uma interpretação literal da súmula 599 instou por gerar um desequilíbrio no ordenamento processual. De fato, questões equivalentes passaram a ter resultados ambíguos: por força da súmula 599, STF, não caberiam embargos de divergência de decisão colegiada – considerada decisão final – em agravo regimental que apreciou o mérito do recurso especial, no entanto os referidos embargos caberiam da decisão colegiada que julgou – e, portanto também apreciou o mérito – o mesmo recurso especial¹⁶⁷.

Tal entendimento terminaria – além do que se disse – por violar até mesmo o princípio da isonomia, já que tanto numa como noutra hipótese, em última análise, é o mérito do recurso extraordinário que foi apreciado, de onde se infere que inexistente respaldo legal para a conclusão de que num caso os embargos de divergência são cabíveis (quando não há ‘etapa’ do julgamento monocrático), enquanto no outro tais embargos não têm cabimento (porque seriam interpostos contra acórdão proferido em agravo regimental)¹⁶⁸.

Se fez necessária uma releitura à referida súmula, de maneira a se conferir uma interpretação sistemática e com isso se admitir o cabimento dos embargos em análise contra decisões de mérito de uma das duas turmas do Supremo quando do julgamento de agravo regimental interposto contra decisão monocrática de mérito de relator de recurso extraordinário, desde que presentes os requisitos de admissibilidade.

A ampliação dos poderes conferidos ao relator para apreciação monocrática dos recursos revelou que o objeto do agravo interno interposição contra aquela decisão seria o próprio julgamento dos recursos especial ou extraordinário, só que com a participação de todos os integrantes do colegiado por força da competência daquela corte para julgar o agravo interno¹⁶⁹.

O STJ foi o primeiro a compreender a necessidade de adequação da súmula 599, do STF, após a alteração legislativa e, porque não, ampliação dos poderes do relator, no julgamento dos embargos de divergência contra acórdão proferido em agravo regimental n. 133.451-SP, de relatoria da Ministra Eliana Calmon¹⁷⁰.

¹⁶⁷ ALVIM, Arruda. *Cabimento de embargos de divergência contra acórdão (de mérito) de Turma, proferido em agravo regimental, tirado de decisão de relator de recurso extraordinário: imprescindibilidade de uma releitura da Súmula 599/STF*. In RePro 144. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 14-15.

¹⁶⁸ ALVIM, Arruda. *Cabimento de embargos de divergência contra acórdão (de mérito) de Turma, proferido em agravo regimental, tirado de decisão de relator de recurso extraordinário: imprescindibilidade de uma releitura da Súmula 599/STF*. In RePro 144. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 15.

¹⁶⁹ VIVEIROS, Estefânia. *Agravo interno e ampliação dos poderes do relator*. In MAZZEI, Rodrigo Reis (coord). *Dos Recursos*. vol. II. Vitória: Instituto Capixaba de Estudos, 2002, p. 214.

¹⁷⁰ Nesse sentido o informativo de jurisprudência n. 0054, com a seguinte redação: “EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL. SÚMULA N.º 599-STF. A Seção decidiu que devido às recentes reformas processuais - Leis n.º 9.139/96 e n.º 9.756/98 -, o Min. Relator no STJ passou a julgar monocraticamente o mérito do recurso especial, decisão impugnável por meio de agravo regimental, ocasião em que o órgão julgador poderá, também, rever o mérito do recurso especial. Assim, é cabível a interposição

O colegiado, conhecendo do agravo regimental para dar provimento ao recurso especial, está de fato julgando o mérito do referido recurso especial, o que autoriza o cabimento dos embargos de divergência. Por outro lado, se a apreciação do agravo regimental não envolver o mérito do recurso especial, ficando adstrito ao mérito do próprio agravo, não há falar em embargos de divergência para tal situação.

Se considerarmos que a Turma, para analisar o acerto ou desacerto da decisão do relator, terá que adentrar no objeto do recurso especial, o acórdão alcançado nessa situação será referente ao mérito do recurso especial, pois extrapola os limites do agravo regimental, devendo ser aceita como decisão final.

“A negativa de provimento a agravo interno interposto contra decisão singular de relator, que haja decidido de mérito, importa e vale realmente como a decisão do STF ou do STJ no recurso extraordinário ou no recurso especial¹⁷¹”, razão pela qual devem ser admitidos os embargos de divergência em tais situações.

Com efeito, não poderia ser outro o entendimento. Ora, impensável que se retire o direito da parte de interpor os embargos de divergência apenas porque dotou-se o relator de maiores poderes. De rigor, se a decisão do recurso especial pela Turma é embargável, igualmente será aquela proferida pela Turma, em sede de agravo regimental, que também aprecia o recurso especial. Ambas as decisões são rigorosamente equivalentes em conteúdo ou forma¹⁷².

Nesse sentido também entendeu José Saraiva¹⁷³, entendendo que extrair a possibilidade de embargos de divergência contra decisão do relator que julga o mérito, em agravo regimental, do recurso especial, se configura como uma redução de possibilidades recursais, lesando o jurisdicionado e rompendo com a harmonia do sistema processual recursal, uma violação ao princípio do devido processo legal.

Mais ainda, essa realidade impede a harmonização das divergências internas e viabiliza a consolidação de decisões judiciais conflitantes no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Como exemplo: se duas Turmas da mesma Seção entenderem

dos 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 Min. Relator em recurso especial, merecendo temperamento a aplicação da Súmula n.º 599 do STF. EREsp 133.451-SP, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 10/4/2000”. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 10 de jan de 2011.

¹⁷¹ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 157.

¹⁷² JORGE, Flávio Cheim. *Embargos de divergência: alguns aspectos estruturais*. In RePro 190. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 23.

¹⁷³ SARAIVA, José. *Recurso especial e o superior tribunal de justiça*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 398-399.

de forma diversa o conteúdo normativo de determinado dispositivo federal em sede de agravo regimental em recurso especial, nenhum dos jurisdicionados sucumbentes terá como prosseguir a discussão, restando-lhes somente reclamar da *sorte*, por não ter sido o seu processo apreciado na outra Turma. (Grifo no original)

Alinhado a tal panorama, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 316: “Cabem embargos de divergência contra acórdão que, em agravo regimental, decide recurso especial¹⁷⁴”. Quando da sua edição, tal súmula contrariava a súmula 599, do STF, ainda em vigor, passando aquela Corte Superior a reconhecer embargos de divergência em acórdão exarado em agravo regimental que enfrentasse o mérito do recurso especial.

Para Oreste Nestor de Souza Laspro¹⁷⁵, a Turma, na análise da decisão do relator objeto do agravo interno, poderá dar provimento ao agravo ou não. Na primeira ocasião, ao dar provimento ao agravo, a Turma determina o julgamento do próprio recurso especial ou extraordinário, pois, para concluir pelo acerto ou não da decisão do relator, a Turma adentra no mérito do próprio recurso.

Entretanto, considerando que com o provimento do agravo regimental o recurso especial ou extraordinário voltará a ter seu curso normalizado, não há falar em embargos de divergência dessa decisão, que apenas ocorrerá quando do julgamento definitivo dos recursos excepcionais.

O autor justifica que pensar diversamente seria confundir o julgamento dos recursos resultaria “em flagrante distorção da lógica do sistema e violação dos princípios do processo, principalmente o contraditório e a ampla defesa (na medida em que não há contrarrazões ao agravo, tampouco sustentação oral)”¹⁷⁶.

Assim entendeu Athos Gusmão Carneiro¹⁷⁷:

Caso venha a ser dado provimento ao agravo interno manifestado pela parte vencida, então, simplesmente não terá ocorrido ‘decisão final’ (mas sim, a rigor,

¹⁷⁴ Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 02/12/2011.

¹⁷⁵ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *O objeto dos embargos de divergência*. In RePro 186. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 19-20.

¹⁷⁶ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *O objeto dos embargos de divergência*. In RePro 186. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 19.

¹⁷⁷ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 161.

interlocutória) e não serão admissíveis, mesmo em tese, embargos de divergência, porquanto o recurso especial ou extraordinário terá seguimento (...).

Quanto à decisão que nega provimento ao agravo, não se presta a referida conclusão, pois a Turma insta por adentrar no mérito recurso especial ou extraordinário para analisar o acerto da decisão do relator e, definindo por negar provimento, a Turma o faz de modo definitivo, sendo o fim dos referidos recursos excepcionais. É nessa segunda situação que está inserida a súmula 316 do STJ, devendo apenas aqui ser considerada.

Nessas linhas também entende Fabiano Carvalho¹⁷⁸, para o qual a súmula 316, STJ, padece de técnica, pois da decisão que dá provimento ao agravo regimental não cabem embargos de divergência, até porque o recurso especial ou extraordinário terá seu curso normalizado e, portanto, não haverá julgamento de tais recursos. Nem poderia, sob pena de desvirtuamento do procedimentos recursais e de “reconhecer como legal o julgamento de um recurso que não observa o princípio do devido processo legal, pois, em regra, não haverá relatório, publicação na pauta de julgamento, sustentação oral das suas razões ou contra-razões[sic]¹⁷⁹”.

Finalmente em 2007, o Supremo Tribunal Federal cancelou a já ultrapassada e amplamente discutida Súmula 599, passando a seguir o raciocínio adotado pelo Superior Tribunal de Justiça.

3.1.4.1 Agravo nos próprios autos

Seguindo nossa análise, não poderíamos deixar de tratarmos sobre o cabimento de embargos de divergência contra acórdão derivado de julgamento de agravo nos próprios autos¹⁸⁰, em decisão denegatória de recurso especial ou extraordinário.

Alguns apontamentos merecem ser feitos nesse ponto. Os recursos excepcionais sujeitam-se a juízo de admissibilidade no juízo *a quo* e *ad quem*. Na instância de origem, cabe ao Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal recorrido enfrentar a admissibilidade em caráter prévio, como

¹⁷⁸ CARVALHO, Fabiano. *Os embargos de divergência e a súmula 316 do STJ*. In NERY JR, Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. Vol. 10. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 95.

¹⁷⁹ Um pequeno apontamento quanto às contrarrazões: estas estarão nos autos, tendo em vista o teor do art. 542, CPC, nos informando que, antes do enfrentamento quanto à admissão ou não do recurso especial ou extraordinário, o recorrido será intimado para apresentação de suas contrarrazões.

¹⁸⁰ Nomenclatura conferida pela Lei 12.322, de 2010, ao antigo agravo de instrumento do art. 544, CPC.

uma forma de evitar o alto – e já caótico – congestionamento das instâncias superiores, e assim primar pelos princípios da economia e da celeridade processuais.

Aqui encontraremos duas situações: na primeira situação, presentes os requisitos, o relator admitirá o recurso e o remeterá ao STJ – recurso especial – ou STF – recurso extraordinário e na segunda situação, quando não se encontrarem presentes os requisitos, o relator não admitirá o recurso.

Pela primeira situação, já nos Tribunais Superiores, o processo será distribuído e o relator designado realizará novo juízo de admissibilidade, ocasião em que este poderá, nos termos do art. 557, CPC, negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrário à súmula ou jurisprudência dominante, dar provimento ao recurso cuja decisão recorrida for manifestamente contrária a súmula ou jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores, ou ainda pedir inclusão na pauta para julgamento.

Como visto anteriormente, dessa decisão cabe agravo interno para o colegiado competente para o julgamento, e desta decisão caberá embargos de divergência se, além de preencherem os requisitos para o cabimento dos embargos, ficar demonstrado que, ainda que em sede agravo interno, a Turma enfrentou verdadeiramente o mérito do recurso especial ou extraordinário.

Na segunda situação, caso o relator no juízo a *quo* negue seguimento ao recurso especial ou extraordinário, dessa decisão cabe agravo nos próprios autos, antigo agravo de instrumento, ao órgão *ad quem* correspondente (STJ ou STF), de acordo com o *caput* do art. 544, CPC¹⁸¹.

No julgamento desse agravo nos próprios autos, também realizado monocraticamente, o relator poderá:

Art. 544. (...)

§ 4º. No Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o julgamento do agravo obedecerá ao disposto no respectivo regimento interno, podendo o relator:

I - não conhecer do agravo manifestamente inadmissível ou que não tenha atacado especificamente os fundamentos da decisão agravada;

II - conhecer do agravo para:

a) negar-lhe provimento, se correta a decisão que não admitiu o recurso;

¹⁸¹ “Art. 544. Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo nos próprios autos, no prazo de 10 (dez) dias”. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm. Acesso em 30/11/2011.

- b) negar seguimento ao recurso manifestamente inadmissível, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal;
- c) dar provimento ao recurso, se o acórdão recorrido estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal¹⁸².

Da decisão do relator que negar provimento ou decidir desde logo o recurso não admitido no juízo a quo¹⁸³, como não poderia ser diferente, cabe agravo ao órgão competente, de acordo com o art. 557 e parágrafos, nos termos do art. 545, todos do CPC¹⁸⁴.

Fica dessa forma latente a similitude entre a decisão colegiada alcançada na primeira situação com a decisão colegiada alcançada na segunda situação. Com isso, também suscitou o cabimento dos embargos de divergência do acórdão alcançado na segunda situação.

Nota-se que apenas poderíamos considerar a hipótese de embargos de divergência no caso de existência de acórdão proferido por Turma e que tenha enfrentado o próprio recurso excepcional. Ficam excluídas a decisão monocrática que enfrentou o agravo nos próprios autos e também a decisão, mesmo que de turma, que apenas tratou sobre a admissibilidade do referido agravo nos próprios autos.

Diante desse contexto, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 315 com a seguinte redação: “não cabem embargos de divergência no âmbito do agravo de instrumento que não admite recurso especial”. A fundamentação da súmula é o agravo de instrumento (atuais agravo nos próprios autos) que não conheceu o mérito do recurso especial, e não somente deixou de admiti-lo.

Nesse mesmo sentido segue a súmula 300, do Supremo Tribunal Federal: “São incabíveis os embargos da Lei 623, de 19/2/1949, contra provimento de agravo para subida de recurso extraordinário”.

¹⁸² Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm. Acesso em 30/11/2011.

¹⁸³ Aqui, quanto às contrarrazões, assim como suscitado anteriormente, os agravos sobem desde a origem com tais peças, pois o recorrido é intimado, antes do julgamento para apresentá-las (§ 3º do art. 544, CPC). Destaque para a crítica sobre tal assunto: como poderá o relator enfrentar o mérito do próprio recurso especial ou extraordinário, mesmo em sede de julgamento do agravo nos próprios autos, a doutrina questiona o teor de tais contrarrazões, se devem ficar adstritas ao recurso de agravo, ou se devem enfrentar também o recurso excepcional.

¹⁸⁴ “Art. 545. Da decisão do relator que não conhecer do agravo, negar-lhe provimento ou decidir, desde logo, o recurso não admitido na origem, caberá agravo, no prazo de 5 (cinco) dias, ao órgão competente, observado o disposto nos §§ 1o e 2o do art. 557”. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm. Acesso em 30/11/2011.

Por tal recomendação, são cabíveis embargos de divergência no âmbito do agravo de instrumento – leia-se agravo nos próprios autos – caso o acórdão tenha julgado o mérito do recurso especial.

Todavia, o que entender sobre o agravo que enfrente o juízo de admissibilidade do recurso especial? Recordando as situações descritas acima, na primeira, caso o acórdão que não conhecer o recurso for motivado pelo juízo de admissibilidade do recurso especial, caberia embargos de divergência¹⁸⁵. Todavia, os mesmos embargos não seriam cabíveis caso o acórdão em agravo de instrumento julgasse, ultrapassado o juízo de admissibilidade do agravo, o juízo de admissibilidade do próprio recurso especial.

Com propriedade, Flávio Cheim Jorge¹⁸⁶ suscita a dúvida extraída dessa sistemática empregada: “Ora, se o acórdão que não admite o recurso especial pode ser impugnado pelos embargos, por que também não caberiam embargos de divergência contra a decisão que, em sede de agravo de instrumento, não admite o recurso especial”?

Fica claro que o entendimento sobre o cabimento dos embargos de divergência em tais situações não é equivalente. Se, por um lado, a partir da súmula 316, o STJ evoluiu no sentido de entender cabíveis embargos de divergência contra agravo interno que diga respeito ao julgamento do recurso especial, podemos considerar que esta Corte Superior breçou com o conteúdo da súmula 315.

No mínimo, a referida súmula 315, STJ, carece, sim, de técnica, o que pode gerar dúvidas ao operador do direito, como também coadunar com questões equivalentes e com resultados diversos.

Salvo melhor juízo, quando o Tribunal nega provimento ao agravo porque o acórdão agravado está devidamente de acordo com o entendimento dos Tribunais Superiores ou porque a lei foi devidamente aplicada pelo tribunal de origem, o que se alcança em verdade é o real julgamento do recurso especial ou extraordinário.

¹⁸⁵ Nestes termos, o entendimento alcançando no já citado EREsp 133.451-SP, de relatoria da Ministra Eliana Calmon, julgado em 10/4/2000.

¹⁸⁶ JORGE, Flávio Cheim. *Embargos de divergência: alguns aspectos estruturais*. In RePro 190. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 24.

Defendendo o cabimento dos embargos de divergência em tais situações, José Saraiva¹⁸⁷ relata que tais embargos apenas não podem ser admitidos caso o julgamento se refira tão somente a aspectos relativos ao agravo nos próprios autos, devendo ser cabíveis perante o “conflito entre julgados proferidos em agravo regimental em agravo de instrumento, nos quais em um se decide pela necessidade de autenticação das peças trasladadas e no outro não”.

Uma de duas: ou os tribunais superiores mudam o entendimento – pacificado – de que cabem embargos de divergência contra o não conhecimento dos recursos excepcionais; ou, então, há que se evoluir no sentido de também admitirem-se os embargos contra acórdão que, em agravo de instrumento, decidiu a respeito da admissibilidade do recurso excepcional¹⁸⁸.

3.1.5 Embargos de declaração

Passamos a enfrentar o cabimento de embargos de divergência contra acórdão oriundo de embargos de declaração interpostos contra acórdãos derivados de recurso extraordinário ou recurso especial.

De fato, os chamados embargos de declaração são modalidade recursal cabível contra todo e qualquer ato decisório emitido por um juízo – despacho, decisão interlocutória, sentença, decisão monocrática, acórdão –, desde que configurada omissão, obscuridade ou contradição em seu conteúdo¹⁸⁹.

Assim ensina Barbosa Moreira¹⁹⁰:

(...) é inconcebível que fiquem sem remédio a obscuridade, a contradição ou a omissão existente no pronunciamento, não raro a comprometer até a possibilidade prática de cumpri-lo. Não tem a mínima relevância que se trate de decisão de grau inferior ou superior, proferida em processo de cognição (de procedimento comum ou especial), de execução ou cautelar. Tampouco importa que a decisão seja definitiva ou não, final ou interlocutória. Ainda quando o texto legal, *expressis verbis*, a qualifique de ‘irrecorrível’, há de entender-se que o faz com a ressalva implícita concernente aos embargos de declaração.

¹⁸⁷ SARAIVA, José. *Recurso especial e o superior tribunal de justiça*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 402.

¹⁸⁸ JORGE, Flávio Cheim. *Embargos de divergência: alguns aspectos estruturais*. In RePro 190. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 24.

¹⁸⁹ O estreito tema proposto no presente estudo não nos permite trazer discussões sobre a obscuridade, contradição ou omissão dos embargos de declaração e demais questões problemáticas concernentes a tal modalidade recursal, embora existentes e importantes, ficando nosso trabalho restrito, neste ponto, ao estudo sobre o cabimento dos embargos de divergência em sede daqueles embargos.

¹⁹⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei n° 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Vol. 5: arts. 476 a 565*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 549-550.

De acordo com tal conclusão, até mesmo os despachos, embora tidos pelo Código de Processo Civil como irrecorríveis, seriam passíveis de embargos de declaração que vise aclarar omissão, obscuridade ou contradição. De fato, o que o art. 504, CPC, prima evitar é a substituição do despacho anterior, motivação que não deve ser considerada quando existir possibilidade de cabimento dos embargos de declaração.

Não se permitir que sejam opostos embargos de declaração para sanar despachos maculados pelos vícios da omissão, contradição e obscuridade, ao argumento de que dos despachos de mero expediente não cabem qualquer tipo de recurso, *data venia*, é ignorar a finalidade precípua dos embargos de declaração, condizente com a necessidade de se proporcionar a integração do ato judicial para eliminar tais vícios¹⁹¹.

A finalidade dos embargos de declaração é justamente aclarar pontos que comprometem uma perfeita compreensão da decisão, seja porque lhe falta elementos, ou porque é contraditória em determinados aspectos, ou ainda quando não esclarece corretamente algum comando ou ponto no julgado.

Calcado em tais razões, Flávio Cheim Jorge¹⁹² defende o cabimento dos embargos de divergência em sede de embargos aclaratórios, desde que derivados de recurso extraordinário ou especial, ou ainda nas hipóteses de agravo interno em que há verdadeiro julgamento de recurso extraordinário ou especial, conforme anotações anteriores.

Como o resultado pretendido pelos embargos de declaração é aclarar possíveis obscuridades, contradições ou omissões, fica evidenciado que o teor do julgamento de tais embargos passa a integrar a decisão ora embargada.

Neste sentido entendeu Bernardo Pimentel Souza¹⁹³, ao tratar sobre a integralidade da decisão em sede de tais embargos. “Realmente, os embargos declaratórios possuem efeito integrativo, pelo que completam o julgado embargado, um **decisum** sob o enfoque jurídico. Por conseguinte, o aresto proferido nos declaratórios forma um todo com o acórdão embargado”.

¹⁹¹ MAZZEI, Rodrigo Reis. *Embargos de Declaração*. In _____ (coord). Dos Recursos. vol. II. Vitória: Instituto Capixaba de Estudos, 2002, p. 356.

¹⁹² Neste sentido: JORGE, Flávio Cheim. *Embargos de divergência: alguns aspectos estruturais*. In RePro 190. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 26-27.

¹⁹³ SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 690-691.

Sergio Seiji Shimura¹⁹⁴ é sucinto em afirmar a inadmissão dos embargos de divergência contra acórdão extraído de embargos de declaração, sem, contudo, tratar sobre o fato de tais embargos de declaração derivarem, por sua vez, de recurso extraordinário ou especial.

Por certo, não é qualquer decisão em embargos de declaração que autoriza a interposição de embargos de divergência. Considerando que os referidos embargos são modalidade recursal cabível em qualquer espécie de decisão e em qualquer grau de jurisdição, realmente seria absurda a afirmação pelo cabimento de embargos de divergência em tais hipóteses.

“Pelo mesmo raciocínio, são incabíveis os embargos de divergência se o acórdão embargado de declaração já não era passível de impugnação por aquele recurso, como (...) conflito de competência, ação rescisória, etc.¹⁹⁵”.

É necessário que, neste ponto, a leitura seja feita sobre embargos de declaração interpostos contra recursos especial ou extraordinário, ou de agravo interno de tais decisões – que tenha julgado os referidos recursos excepcionais –, pois em verdade os declaratórios servirão tão somente para aclará-los.

Na verdade, o que se discute é o teor do extraordinário ou do especial, para que sejam solucionadas possíveis obscuridades, contradições ou omissões. Por tal razão, o resultado de tais embargos integralizará o próprio recurso extraordinário ou especial, revelando a motivação para o cabimento dos embargos de divergência.

Oreste Nestor de Souza Laspro¹⁹⁶ acertadamente acrescenta ao informar que a interposição dos embargos de divergência não será contra o julgado em embargos de declaração, mas por certo contra um julgado do recurso extraordinário ou especial complementada justamente por conta do julgamento dos declaratórios.

¹⁹⁴ SHIMURA, Sergio Seiji. *Embargos de Divergência*. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 417.

¹⁹⁵ JORGE, Flávio Cheim. *Embargos de divergência: alguns aspectos estruturais*. In RePro 190. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 27.

¹⁹⁶ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *O objeto dos embargos de divergência*. In RePro 186. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 22.

Eduardo Andrade Ribeiro de Oliveira ainda trata sobre o cabimento dos embargos de divergência quando do efeito modificativo nos embargos declaratórios. Conforme Cândido Rangel Dinamarco¹⁹⁷, o efeito modificativo é aquele capaz de, de certo modo, “inverter sucumbências, reduzi-las ou alterá-las de algum modo”.

Pode suceder, ainda, que o suprimento da omissão conduza a infringir o julgado. Também aí, e com maior razão, o julgamento do recurso embargado passará a ser o que resultar dos declaratórios. Não ocorre coisa diversa em caso de contradição e obscuridade. Afastada uma ou outra, o acórdão há de ser entendido nos novos termos.

Se assim é, não se justifica a conclusão pela inadmissibilidade dos embargos de divergência. A ser de modo diverso, aliás, em estranha situação ficaria a parte. Não pode interpô-los em relação ao julgado primitivo, pois não subsiste naqueles termos. E também não lhe seria dado fazê-lo, segundo esse entendimento, quanto ao novo acórdão¹⁹⁸.

Impende destacar o caráter excepcional desse efeito modificativo em sede embargos de declaração. Dinamarco¹⁹⁹ pondera que caso não fosse possível ao juiz corrigir erros esdrúxulos, ficaria comprometido a garantia constitucional do acesso à justiça.

Todavia, em outra ponta, banalizar a correção para erros de qualquer natureza ou gravidade seria também infringir outra garantia constitucional da segurança jurídica, “abrindo-se portas ao arbítrio e até mesmo a manobras espúrias ou indesejáveis”.

Daí então a fórmula proposta, e que corresponde com absoluta fidelidade ao pensamento moderno dos tribunais brasileiros: *os embargos de declaração só se prestam a corrigir erros de julgamento manifestos e particularmente graves, sendo inadmissíveis como mero sucedâneo de outros recursos* (grifos no original).

Por todo o exposto, são cabíveis embargos de divergência contra acórdão derivado de embargos de declaração, que tenham sido interpostos contra recurso extraordinário ou especial, ou ainda em agravo interno em que tenham julgado o recurso extraordinário ou especial, pelo fato de que a decisão exarada nos declaratórios integraliza o teor de tais recursos excepcionais.

¹⁹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 189.

¹⁹⁸ OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Embargos de divergência*. In NERY JR, Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. Vol. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 138-139.

¹⁹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 199.

3.1.6 Juízo de admissibilidade e juízo de mérito

Ao analisarmos o cabimento de um determinado recurso contra uma determinada decisão, importante enfrentar tal requisito em relação à natureza da decisão, no que se referente a questões preliminares e de mérito.

De fato, os recursos ficam sujeitos a duas análises, consideradas juízo de admissibilidade e juízo de mérito. No primeiro, cabe ao julgador averiguar a presença das condições processuais específicas para cada modalidade recursal, enquanto no segundo, o julgador enfrentará o próprio conteúdo do recurso pretendido.

Nos recursos extraordinário e especial, o juízo de admissibilidade é duplo, feito previamente pelo juízo *a quo*, como meio de evitar a utilização desnecessária de nossas Cortes Superiores, já atravancadas ante a demasiada quantidade de demandas. Trata-se de um juízo provisório, tendo em vista que não vincula o órgão *ad quem*. Neste órgão, são novamente enfrentadas as questões preliminares, podendo novamente o recurso ser ou não admitido.

Em tais modalidades recursais, a fundamentação é vinculada, devendo a parte, em suas razões, demonstrar a violação de lei federal, para o cabimento do recurso especial ou a violação direta a Constituição Federal e a repercussão geral, para o cabimento de recurso extraordinário. O juízo de mérito é feito em uma única fase, na qual o julgador irá examinar as referidas razões recursais para prover ou não o recurso interposto.

Flávio Cheim Jorge²⁰⁰, sobre o tema, entende que o fator de diferenciação do juízo de admissibilidade e do juízo de mérito dos recursos é o “*grau de cognição* exercido pelo órgão julgador”. Não haverá julgamento caso a cognição tenha sido sumária e, o inverso, haverá julgamento caso seja conhecido concretamente o conteúdo do recurso, em cognição exauriente.

Surge, então, a dúvida sobre o cabimento dos embargos de divergência quanto ao juízo de admissibilidade ou de mérito do recurso extraordinário ou especial. Para alcançarmos uma

²⁰⁰ JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. 4 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 87.

resposta, é necessário delinear os parâmetros inseridos pela lei processual quanto ao cabimento dos embargos de divergência.

Considerando o conteúdo do art. 546, CPC, que se refere a decisão de Turma em recurso especial ou extraordinário que divergir do julgamento de outra decisão, no respectivo Tribunal, vê-se que o ponto crucial é a divergência entre as decisões, não importando se ocorrida no juízo de admissibilidade ou no juízo de mérito.

Tanto o Código de Processo Civil quanto os textos regimentais dos Tribunais Superiores não fazem qualquer distinção quanto a tais questões, podendo haver divergência jurisprudencial em qualquer uma delas.

Neste sentido ensina Barbosa Moreira²⁰¹, ao afirmar a desnecessidade do julgado de Turma em recurso especial ou extraordinário conhecer ou não o recurso, ou dar ou não provimento a ele. O Autor ainda alerta para uma atitude do Supremo Tribunal Federal que pode levar o intérprete do direito a dúvidas.

Tem decidido a Corte Suprema, com certa frequência, que ‘não se pode, em embargos de divergência, pretender seja reapreciada preliminar de conhecimento de recurso extraordinário’. A tese, enunciada nesses termos na ementa de ac. de 6.5.1982, E.R.E. nº 93.861, in Rev. Trim. de Jur., vol. 101, pág. 1.223, padece de imprecisão e gera o risco de alimentar equívocos. Na espécie então examinada, a fundamentação do voto do relator, na pág. 1.227, esclarece que o embargante havia invocado suposta divergência entre o acórdão embargado e duas proposições da Súmula referentes a matérias não versadas naquela decisão; ora, bastava isso para excluir o cabimento dos embargos, sem necessidade de ir mais longe.

Oreste Nestor de Souza Laspro²⁰² informa o julgamento se refere tanto à questões preliminares quanto às de mérito, de maneira que, mesmo apenas enfrentando o juízo de admissibilidade, o julgador por certo julgará o recurso. O *não conhecimento* não se refere a não conhecer o recurso, mas não conhecer o mérito do recurso. “O recurso, todavia, é sempre decidido”.

²⁰¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Vol. 5: arts. 476 a 565*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 643.

²⁰² LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *O objeto dos embargos de divergência*. In RePro 186. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 27.

Para Bernardo Pimentel Souza²⁰³, as questões sobre juízo de admissibilidade ou de mérito não se diferenciam quando do cabimento dos embargos de divergência, sendo irrelevante qualquer tentativa de distinção. Não importa se o julgador não conheceu o recurso excepcional, ou conhecendo, deu ou não provimento à ele.

O que importa é se os arestos confrontados deram soluções jurídicas diferentes a casos idênticos ou, no mínimo, similares. (...) basta imaginar o dissenso acerca da exigência, do significado ou do alcance do prequestionamento. Tanto que o Superior Tribunal de Justiça editou os enunciados 98 e 211, assim como o Supremo Tribunal Federal elaborou os verbetes 282 e 356, todos acerca do prequestionamento. Aliás, foi a divergência acerca da interpretação do vocábulo constitucional '*causa*' que deu ensejo à edição do verbete n. 86 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

A única exigência que a lei traz é quanto à equivalência entre as decisões conflitantes, o que significa que o cabimento dos embargos de divergência está ligado ao confronto entre acórdãos, se foi dada solução diversa para situações jurídicas equivalentes, sendo irrelevante se tal dissensão ocorreu em juízo de admissibilidade ou de mérito.

Coerente concluir que “tanto os acórdãos que dizem respeito à análise dos pressupostos de admissibilidade quanto os que julgam o mérito podem ser combatidos através de embargos de divergência²⁰⁴”.

O Ministro aposentado Athos Gusmão Carneiro²⁰⁵ levanta um questionamento sobre o cabimento de embargos de divergência contra regras de admissibilidade do recurso especial, discussão já aventada no Superior Tribunal de Justiça.

Dou exemplos: a possibilidade de o dissenso jurisprudencial ser comprovado mediante documento extraído de página de internet da própria Corte; a desnecessidade, quando notória a divergência, da indicação de repositório autorizado onde publicado o acórdão, ou de autenticação do acórdão, ou de juntada da sua cópia integral; a possibilidade de conhecimento do recurso especial quando o acórdão tenha fundamento constitucional e infraconstitucional, e não haja sido interposto o apelo extraordinário etc.

A conclusão possível para o autor é que devem ser cabíveis os embargos de divergência para dirimir os problemas referentes a regras técnicas de admissibilidade do recurso especial,

²⁰³ SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 689-690.

²⁰⁴ TORREÃO, Marcelo Pires. *Dos Embargos de Divergência: teoria e prática no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004, p. 94.

²⁰⁵ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 158-159.

eliminando assim divergências deveras danosas para a segurança jurídica, alicerce do Direito, sendo a própria função e finalidade dos referidos embargos.

Para Oreste Nestor de Souza Laspro²⁰⁶, as referidas questões sobre regras de admissibilidade do recurso especial estão, em verdade, ligadas ao juízo de admissibilidade. O autor não descarta a possibilidade de um precedente aplicar lei federal de forma diversa da vista em outro julgado, apesar de as situações jurídicas serem idênticas. Cita a exemplo o prequestionamento como questão de técnica processual que não necessariamente terá que revolver fatos para ser solucionada.

Não há dúvida de que análise da existência do prequestionamento, a princípio, envolve cada caso, sendo, pois, impossível a ideia de precedente para fins de divergência. Todavia, é perfeitamente possível ocorrer divergência a respeito do conceito de prequestionamento. Ora, se há um antagonismo, por exemplo, entre duas Turmas a respeito do conceito objetivo de prequestionamento, a análise da divergência independe de fatos, razão pois do cabimento dos embargos de divergência.

Todavia, este não é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que entende que os embargos de divergência não prestam para discutir questões inerentes a regras de admissibilidade do recurso especial, por não ser via adequada para esse fim²⁰⁷.

²⁰⁶ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *O objeto dos embargos de divergência*. In RePro 186. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 28-29.

²⁰⁷ Processo AgRg nos EREsp 918298 / RN - Relator(a) Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES - Órgão Julgador: PRIMEIRA SEÇÃO - Data do Julgamento: 11/02/2009 - DJe 27/02/2009 - Ementa: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. SUPOSTO DISSÍDIO ACERCA DE REGRA TÉCNICA DE ADMISSIBILIDADE. NÃO-CABIMENTO DOS EMBARGOS. 1. Sustenta o ora agravante que a divergência reside no fato de que o acórdão paradigma enfrentou o mérito da questão de fornecimento gratuito de medicamento à luz da Lei n. 8.080/90, enquanto a decisão colegiada ora impugnada aplicou a Súmula n. 126 do Superior Tribunal de Justiça. 2. O pleito recursal está comprometido, pois não cabem embargos de divergência quando o dissídio versa unicamente sobre a regras técnicas de admissibilidade. Precedente da Corte Especial. 3. Agravo regimental não-provido; Processo AgRg nos EREsp 439418 / SP - Relator(a) Ministro MASSAMI UYEDA - Órgão Julgador: SEGUNDA SEÇÃO - Data do Julgamento: 28/05/2008 - DJe 09/06/2008 - Ementa: AGRAVO REGIMENTAL - EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA - CARACTERIZAÇÃO DA FRAUDE À EXECUÇÃO - COTEJO ANALÍTICO ENTRE OS CASOS CONFRONTADOS - INEXISTÊNCIA - DISSÍDIO NOTÓRIO - NÃO-CONFIGURAÇÃO - DISCUSSÃO EM SEDE DE EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ACERCA DA INCIDÊNCIA DE REGRAS TÉCNICAS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL - IMPOSSIBILIDADE - SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS CASOS COTEJADOS - CARÊNCIA - AGRAVO IMPROVIDO. 1. O dissídio jurisprudencial não foi demonstrado na forma das exigências legais e regimentais, dada a não-realização do necessário cotejo analítico entre os casos confrontados, mediante a citação de excertos que os identifiquem ou os assemelhem. Insuficiente é, para esse efeito, a mera citação de ementas, como sucedeu na espécie, em que não se tem dissídio notório. 2. Em sede de embargos de divergência, descabe invocar dissídio jurisprudencial acerca da aplicação de óbices à admissibilidade do recurso especial. 3. A caracterização do dissídio jurisprudencial em sede de embargos de divergência só se aperfeiçoa quando os casos confrontados, assentados em bases fáticas similares, adotam conclusões opostas sobre idêntica questão jurídica. 4. Agravo regimental improvido. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 09/01/2012.

3.1.7 Direito material ou direito processual

Bernardo Pimentel Souza²⁰⁸ suscita a irrelevância da natureza da questão tratada no acórdão embargado, se de direito material ou de direito processual. “Basta lembrar que o Supremo Tribunal Federal também decide sobre direito processual ao proferir o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário”, tendo em vista que a lei processual não fez restrições quanto à matéria a ser abarcada pelos recursos extraordinário ou especial.

Deveras, o entendimento não poderia ser outro. Considerando que os embargos de divergência são modalidade recursal de fundamentação livre, conforme visto e analisado em capítulo próprio, não caberia qualquer restrição quanto à matéria discutida tanto no acórdão embargado quanto no acórdão paradigma. A exigência da lei é que eles sejam divergentes e equivalentes.

Não podemos deixar de lembrar a finalidade dos embargos de divergência, que é unificar o entendimento das Cortes Superiores, para que teratologias não venham a prejudicar o destinatário da norma jurídica, evitando que situações equivalentes detenham resultados opostos.

3.1.8 Prequestionamento

O estudo do prequestionamento no contexto do cabimento dos embargos de divergência visa enfrentar a questão referente ao prequestionamento da *quaestio iuris* no aresto embargado, seja em recurso especial, seja em recurso extraordinário²⁰⁹.

²⁰⁸ SOUZA, Bernardo Pimentel. *Dos recursos constitucionais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2007, p. 219.

²⁰⁹ Neste sentido segue a jurisprudência do STF: RE 148858 EDv / SP - SÃO PAULO - Relator(a): Min. CEZAR PELUSO - Julgamento: 20/05/2009 - EMENTA: RECURSO. Embargos de divergência. Interposição contra decisão que não conheceu de recurso extraordinário à falta de prequestionamento. Pretensão de a confrontar com outra que julgou o mérito. Inadmissibilidade. Paradigma impertinente. Recurso não conhecido. Sob fundamento de haver divergido de outra que julgou o mérito de recurso extraordinário, não se conhece de embargos de divergência contra decisão que, à falta de prequestionamento, não conheceu de igual recurso. AI 265079 AgR-ED-EDv-AgR / PR - PARANÁ - Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO - Julgamento: 04/10/2001 - EMENTA: EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. INTERPOSIÇÃO CONTRA ACÓRDÃO PROFERIDO EM AGRAVO REGIMENTAL. SÚMULA 599/STF. LEI N.º 8.950/94. ALEGADA INCOMPETÊNCIA DO TRIBUNAL A QUO. Conforme pacífica orientação desta Corte - reiterada em face do disposto no art. 546, inciso II, do CPC, com a redação da Lei n.º 8.950/94 -, são incabíveis embargos de divergência quando opostos contra decisão proferida em sede de agravo regimental. Ineficaz, por outro lado, a alegação de incompetência do Tribunal de origem, se não foi prequestionada no momento oportuno e não constitui objeto do recurso extraordinário. Agravo regimental a que se nega provimento. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 09/01/2012. Neste sentido, também o STJ: AgRg nos

O referido ponto foi suscitado por Bernardo Pimentel Souza²¹⁰. Para possibilidade de cabimento dos referidos embargos, se faz necessário que o acórdão embargado tenha resolvido a questão jurídica suscitada em suas razões, da mesma forma o embargo paradigma, pela equivalência necessária das decisões. “Só existe dissídio jurisprudencial se houve pronunciamento sobre o mesmo tema de direito de forma diferente, nos julgados confrontados”.

Sergio Seiji Shimura²¹¹ entende que, “no plano horizontal, os embargos de divergência encontram limites. Matéria não decidida no acórdão embargado não pode constituir objeto dos embargos de divergência”.

Marcelo Pires Torreão²¹² reforça tal posicionamento, entendendo pela necessidade de a questão aventada por embargos de divergência ter sido aperfeiçoada no recurso especial ou extraordinário embargado.

De fato, os recursos excepcionais dependem da prévia ventilação da matéria no tribunal de origem para configurar a admissibilidade recursal, tal como determina o enunciado n. 211 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça e os enunciados ns. 282 e 356 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. Embora refiram-se ao prequestionamento da matéria nos tribunais de origem para a admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, tais verbetes podem ser utilizados por analogia no tocante aos embargos de divergência. Nesse caso, o prequestionamento deverá ocorrer também no julgamento do recurso especial ou do recurso extraordinário.

Não poderia ser outra conclusão. Isso porque o teor do art. 546, do CPC, nos demonstra que, para o cabimento dos embargos de divergência, é necessário uma decisão de turma, seja em recurso especial ou extraordinário, o que subentende-se o prequestionamento de tal decisão. Do contrário, não haveria julgamento, exatamente pela falta de prequestionamento.

EAg 1243573 / CE - Relator(a) Ministro CASTRO MEIRA - Data do Julgamento: 31/08/2011 - DJe 26/09/2011 – Ementa: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE DIVERGÊNCIA. 1. Não se configura a divergência quando o aresto embargado não conheceu do recurso por falta de prequestionamento, enquanto o paradigma superou esse óbice. 2. O acórdão recorrido decidiu: "a ausência de pronunciamento em torno da questão contida nos dispositivos da legislação federal invocada". Por seu turno, o acórdão paradigma reconheceu que "a matéria abordada no recurso especial foi discutida no acórdão recorrido, ainda que não tenha havido menção expressa a todos os dispositivos de lei mencionados pelo recorrente". 3. Agravo regimental não provido. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 09/01/2012.

²¹⁰ SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 697.

²¹¹ SHIMURA, Sergio Seiji. *Embargos de Divergência*. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 422.

²¹² TORREÃO, Marcelo Pires. *Dos Embargos de Divergência: teoria e prática no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004, p. 97-98.

É a inteligência da Súmula 253, do STF, *in verbis*: “Nos embargos da Lei 623, de 19/2/1949, no Supremo Tribunal Federal, a divergência somente será acolhida, se tiver sido indicada na petição de recurso extraordinário²¹³”.

Dessa forma, correto afirmar que, para o cabimento dos embargos de divergência, necessário o prequestionamento da questão suscitada em suas razões em sede de recurso especial ou extraordinário, em outras palavras, não pode ser objeto de embargos de divergência questão não prequestionada em recurso especial ou extraordinário.

3.1.9 Votação unânime ou por maioria

Este tópico destina-se a analisar se a discrepância na votação do julgamento de Turma em recurso extraordinário ou recurso especial interfere no cabimento dos embargos de divergência.

Antes de adentrar no tema, importante fazer alguns apontamentos. Em que pese os atuais embargos de divergência ter inaugurado em nosso ordenamento jurídico como inscrito no parágrafo do art. 833, do CPC de 1939, que tratava sobre os embargos infringentes, desde à época de sua implementação, aqueles não guardam qualquer relação com esses, como foi amplamente debatido no capítulo anterior.

Apesar de ambos atenderem pela nomenclatura de embargos, não há qualquer relação entre os embargos de divergência e os embargos infringentes, estes destinados a impugnar acórdão não unânime que tenha reformado sentença de mérito, em grau de apelação, ou ainda houver julgado procedente ação rescisória (inteligência do art. 530, CPC).

Sérgio Shimura²¹⁴, ao tratar sobre os embargos infringentes, informa que, “aluda à ‘divergência’, os embargos infringentes não se confundem com os *embargos de divergência*, previstos no art. 546, CPC” (grifos no original).

²¹³ Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 15/02/2012.

²¹⁴ SHIMURA, Sergio Seiji. *Embargos infringentes e seu novo perfil (Lei nº 10.352/2001)*. In MAZZEI, Rodrigo Reis (coord). Dos Recursos. vol. II. Vitória: Instituto Capixaba de Estudos, 2002, p. 253.

Em outra oportunidade, Shimura²¹⁵ afirmou que os embargos infringentes apenas são cabíveis do julgamento de apelação ou ação rescisória, não sendo possível seu cabimento em sede de recurso extraordinário e especial, ainda que a votação do julgamento destes seja por maioria de votos.

Considerando que o art. 546, CPC, não faz qualquer ressalva quanto à forma como foi votado o acórdão passível de embargos de divergência, é correto afirmar pela irrelevância do resultado da votação do acórdão embargado.

Flávio Cheim Jorge²¹⁶ registra que a votação no julgamento do acórdão ser por maioria de votos ou por unanimidade não se configura como pressuposto de uniformidade do entendimento das Cortes Superiores, razão pela qual não interfere no cabimento dos embargos de divergência.

Assim entendeu Barbosa Moreira²¹⁷, ao entender ser “irrelevante a existência, ou não, de discrepância na votação, quer numa decisão, quer noutra”. Nesse sentido também Bernardo Pimentel Souza²¹⁸, para o qual “é irrelevante, para o cabimento de embargos de divergência, se o acórdão embargado foi proferido por maioria de votos ou à unanimidade”.

Dessa forma, coerente afirmar que não há relação entre possível discrepância na votação do acórdão embargado e o cabimento dos embargos de divergência, tendo em vista que os pressupostos de cabimento dos referidos embargos não guardam qualquer relação com o resultado da votação, pressuposto, em verdade, dos embargos infringentes.

3.1.10 Matéria pacífica

²¹⁵ SHIMURA, Sergio Seiji. *Embargos de Divergência*. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 418.

²¹⁶ JORGE, Flávio Cheim. *Embargos de divergência: alguns aspectos estruturais*. In RePro 190. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 26.

²¹⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Vol. 5: arts. 476 a 565*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 643.

²¹⁸ SOUZA, Bernardo Pimentel. *Dos embargos de divergência*. In MAZZEI, Rodrigo Reis (coord). *Dos Recursos*. vol. II. Vitória: Instituto Capixaba de Estudos, 2002, p. 656.

A doutrina²¹⁹ trata sobre o não cabimento dos embargos de divergência contra acórdão fundamentado em matéria que se encontra pacificada no Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal.

Atualmente, o tema já não suscita maiores discussões, tendo em vista o posicionamento jurisprudencial criado em seu torno, principalmente com a edição dos enunciados 168, do STJ, e 247, do STF, que tratam sobre a matéria. Por certo, não são cabíveis embargos de divergência quando a jurisprudência do STJ se consolidou no sentido do acórdão embargado, como também não serão cabíveis os referidos embargos quando houver jurisprudência firme do STF no sentido da decisão embargada²²⁰.

“Não se admitem os embargos, ‘quando a jurisprudência do Plenário ou de ambas as Turmas se estiver firmada no sentido da decisão embargada’, salvo se algum Ministro propuser a respectiva revisão, nos termos do art. 103 do regimento interno (art. 332)²²¹”.

De fato, o escopo do recurso examinado consiste na uniformização jurisprudencial interna das cortes de superposição e, dessa forma, não se pode cogitar a interposição de embargos de divergência quando a matéria já encontrar vasto amparo jurisprudencial na mesma direção do aresto embargado. Isso significa dizer que a falta de dissídio jurisprudencial entre órgãos de um mesmo tribunal faz esvair a própria finalidade motivadora dos embargos de divergência, afastando-se o cabimento destes²²².

A conclusão não poderia ser diferente. O intuito dos embargos de divergência é unificar o entendimento da Corte Superior, dissipando divergências internas que venham a surgir em razão do julgamento ser realizado em Turmas com competência concorrente para apreciar a mesma matéria, e não para rediscutir questão que já pacificada no Tribunal.

²¹⁹ Nesse sentido: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Vol. 5: arts. 476 a 565*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 643; TORREÃO, Marcelo Pires. *Dos Embargos de Divergência: teoria e prática no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004, p. 112-114.

²²⁰ *In verbis*: Súmula 168, STJ. “Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado”; Súmula 247, STF. “O relator não admitirá os embargos da Lei 623, de 12.02.1949, nem deles conhecerá o Supremo Tribunal Federal, quando houver jurisprudência firme do Plenário no mesmo sentido da decisão embargada”.

²²¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Vol. 5: arts. 476 a 565*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 643.

²²² TORREÃO, Marcelo Pires. *Dos Embargos de Divergência: teoria e prática no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004, p. 113-114.

Por outro lado, não seria possível permitir a utilização dos embargos de divergência para rever as razões suscitadas no acórdão embargado, pois a finalidade precípua daqueles não se equivale a um caráter infringente.

A propósito, o art. 332, do RISTF, traz uma, e coerente, exceção à regra, ligada à revisão da jurisprudência das Cortes Superiores. Por óbvio, o entendimento jurisprudencial não permanece estagnado no tempo. Ao contrário, mediante as mais diversas interpretações que surgem justamente a partir do caso concreto, como também das alterações legislativas, o entendimento das Cortes Superiores evolui e pode vir a se alterar.

Diante disso, um posicionamento que hoje encontra-se pacificado e sumulado, pode amanhã vir a ser alterado. Traçamos como exemplo a própria súmula 599, STF, tratada anteriormente, que veio a ser cancelada por se tornar inapropriada por conta de alteração legislativa.

Portanto, importante destacar que os embargos de divergência visam atacar o dissídio existente entre decisões que tenham apreciado questão equivalente de maneira diversa, não coadunando com a possibilidade de ser utilizado como meio de revisão de jurisprudência.

3.1.11 Tribunais de 2º grau e juizados especiais

A doutrina²²³ já tratou sobre a controvérsia quanto ao cabimento dos embargos de divergência nas instâncias ordinárias. Joaquim de Almeida Baptista, Sônia Márcia Hase de Almeida Baptista²²⁴ e Marcelo Terra²²⁵, logo da edição da Lei complementar 35, de 1979, entenderam

²²³ Nesse sentido: SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 696-697; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Vol. 5: arts. 476 a 565*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 282-283; TORREÃO, Marcelo Pires. *Dos Embargos de Divergência: teoria e prática no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004, p. 130.

²²⁴ “Assim, as normas da Lei Orgânica da Magistratura são auto-aplicáveis, e as regras do processamento estão contidas no parágrafo único do art. 546 do CPC e nos arts. 309 e ss. do Regimento Interno do STF. Absurdo seria não admitir o processamento de um recurso, com previsão em Lei, com o argumento de que não há previsão no Regimento Interno do Tribunal, que lhe cumpre julgar. A Lei não tem palavras inúteis, e se a Lei Orgânica da Magistratura impõe que ‘a cada Seção cabe processar os Embargos de Divergência’; esta norma é de aplicação imediata”. BAPTISTA, Joaquim de Almeida; BAPTISTA, Sonia Marcia Hase de Almeida. *Os embargos de divergências nas instâncias ordinárias*. In RePro 26, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 92.

²²⁵ “A possibilidade de soluções uniformes para questões idênticas, no próprio âmbito da Justiça local, com isso compondo litígios com maior grau de celeridade e muitas vezes sem a busca custosa para as partes das vias recursais extremas, junto ao STF, aliviando-o de uma parcela ponderável de causas. (...) poderão ser interpostos os embargos de divergência sempre que presentes seus requisitos de admissibilidade, possibilitando que em outros processos o entendimento discrepe desse anterior”. TERRA, Marcelo.

pela extensão de atuação dos embargos de divergência perante os tribunais de justiça estaduais e regionais federais.

A referida discussão originou-se por conta da Lei Orgânica da Magistratura (Lei complementar 35 de 1979), ao aludir sobre a competência, âmbito de cabimento, processamento e julgamento dos embargos de divergência, ampliando sua abrangência para o Tribunal Federal de Recursos e os Tribunais de Justiça Estaduais, conforme visto no capítulo anterior.

Todavia, ainda àquela época, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal era patente ao concluir que a referida Lei complementar 35, de 1979, não criou o recurso, se limitando apenas a estabelecer regras de processamento, o que não alterou o cabimento dos embargos de divergência, permanecendo apenas no âmbito daquela Suprema Corte.

É o que concluiu Nelson Nery Junior²²⁶, ao afirmar que a regulamentação dos embargos de divergência na Lei Orgânica da Magistratura não significa concluir que a referida lei os tenha criado, não possuindo forças normativas para alterar o sistema existente.

Vale lembrar as palavras de Barbosa Moreira²²⁷ sobre o assunto:

Ninguém se animaria em sã consciência – tão defeituosa é a técnica da Lei Orgânica da Magistratura Nacional – a desprezar por absurda hipótese de puro e simples equívoco: teria o legislador redigido aqueles textos na errônea convicção de já existirem, com a presumida amplitude, os embargos de divergência. Outra explicação, que ocorreu não a poucos, é a de que a Lei Orgânica se limitara a fixar por antecipação a competência para o processamento e o julgamento de semelhantes embargos, *se e quando* fossem criados...

As Assembleias Estaduais não poderiam editar lei sobre criação de recursos, tendo em vista que a Constituição Federal conferiu competência privativa à União para legislar sobre matérias processuais, conforme regramento contido no art. 22, I, alínea *a*, CF. Também não

Embargos de divergência no tribunal de justiça. In Revista dos Tribunais 606. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 273.

²²⁶ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais – Teoria geral dos recursos*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 92.

²²⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Vol. 5: arts. 476 a 565*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 282-283.

poderiam os tribunais locais instituir recursos mediante regimento interno, pelo conteúdo do art. 96, I, alínea *a*, CF²²⁸.

A questão quanto aos juizados especiais surgiu antes da publicação da Lei 9.099 de 1995. Esta possuía no art. 47 uma autorização para criação de embargos de divergência mediante lei local, o que, como visto, configurava uma afronta grave ao texto constitucional, razão pela qual o artigo foi vetado.

Também não é possível entender como equivalentes os embargos de divergência e o *incidente* criado pela Lei 10.259, de 2001, a qual instituiu os juizados especiais federais. No incidente, cabe pedido de uniformização de interpretação da lei federal no caso de dissídio entre decisões de Turma recursal.

Em que pese possuir uma pseudo semelhança com os embargos de divergência, logo vemos as gritantes diferenciações entre os institutos. O art. 14 e seus parágrafos, da referida lei²²⁹, nos instrui que o referido incidente é cabível não só contra decisões divergentes entre turmas da mesma região, como também de outras regiões.

Estipula a criação de órgão específico para julgar o incidente decorrente de divergência entre decisões de turmas de diferentes regiões ou que contrarie súmula ou jurisprudência dominante do STJ, o qual cabe se manifestar caso haja provocação da parte.

²²⁸ SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 696-697.

²²⁹ “Art. 14 Caberá pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei. § 1º O pedido fundado em divergência entre Turmas da mesma Região será julgado em reunião conjunta das Turmas em conflito, sob a presidência do Juiz Coordenador. § 2º O pedido fundado em divergência entre decisões de turmas de diferentes regiões ou da proferida em contrariedade a súmula ou jurisprudência dominante do STJ será julgado por Turma de Uniformização, integrada por juizes de Turmas Recursais, sob a presidência do Coordenador da Justiça Federal. (...)§4º Quando a orientação acolhida pela Turma de Uniformização, em questões de direito material, contrariar súmula ou jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça – STJ, a parte interessada poderá provocar a manifestação deste, que dirimirá a divergência. § 5º No caso do § 4º, presente a plausibilidade do direito invocado e havendo fundado receio de dano de difícil reparação, poderá o relator conceder, de ofício ou a requerimento do interessado, medida liminar determinando a suspensão dos processos nos quais a controvérsia esteja estabelecida. § 6º Eventuais pedidos de uniformização idênticos, recebidos subsequentemente em quaisquer Turmas Recursais, ficarão retidos nos autos, aguardando-se pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça. § 7º Se necessário, o relator pedirá informações ao Presidente da Turma Recursal ou Coordenador da Turma de Uniformização e ouvirá o Ministério Público, no prazo de cinco dias. Eventuais interessados, ainda que não sejam parte no processo, poderão se manifestar, no prazo de trinta dias. (...)”. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 10/01/2012.

O incidente permite o efeito suspensivo, a ser conferido pelo relator, caso exista a fumaça do bom direito e ainda fundado receio de dano irreparável. Ainda, prevê o sobrestamento dos processos em caso de pedidos de uniformização idênticos, e a permissão de manifestação de terceiros interessados, ainda que não sejam partes no processo, atos inexistentes nos embargos de divergência.

Marcelo Pires Torreão conclui que²³⁰: “a referida lei determinou a possibilidade de se pedir a uniformização jurisprudencial, mas não admitiu o *recurso* de embargos de divergência no âmbito dos Juizados Especiais Federais”. (grifo no original)

O referido incidente mais guarda relação com o incidente de uniformização, cabível nos tribunais estaduais e regionais federais e contra decisões equivalentes e conflitantes entre eles, estando a referida lei em harmonia com o sistema processual posto. No entanto, tais afirmativas não nos autoriza concluir que sejam equivalentes aos embargos de divergência.

3.1.12 Interposição simultânea de recursos

A doutrina²³¹ traz questiona a necessidade de interposição simultânea dos embargos de divergência e recurso extraordinário, contra acórdão oriundo de recurso especial em que exista divergência com outro julgado do Superior Tribunal de Justiça e ainda violação de questão constitucional.

Tal questionamento surgiu ante o entendimento alcançado pela alteração legislativa do art. 498, CPC, que trata do cabimento de embargos infringentes e recurso extraordinário ou especial de acórdão que detenha capítulos diversos com votações diversas.

Em que pese os embargos infringentes não guardarem relação com os embargos de divergência, é de suma importância o estudo desse ponto, uma vez que os Tribunais Superiores admitem a mesma interpretação quanto aos embargos infringentes nos embargos

²³⁰ TORREÃO, Marcelo Pires. *Dos Embargos de Divergência: teoria e prática no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004, p. 130.

²³¹ JORGE, Flávio Cheim. *Embargos de divergência: alguns aspectos estruturais*. In RePro 190. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 27-30.

de divergência, no que concerne à possibilidade de cabimento desses juntamente com recurso extraordinário²³².

O panorama apresentado do referido art. 498, CPC, ocorre quando, em um único julgado, existam capítulos distintos e independentes entre si, com resultados diversos.

Por exemplo, em uma demanda em que se pleiteia indenização por danos materiais e morais, o resultado do acórdão seja diverso: o primeiro, conclui pela improcedência da demanda, e o segundo, reformando sentença de piso, seja pela procedência do pedido.

Ainda, o primeiro, julgado à unanimidade, contenha violação de preceitos constitucionais, enquanto o segundo, julgado por maioria de votos, seja reformatório. Do primeiro capítulo cabe recurso extraordinário – considerando preenchidos os requisitos específicos e gerais do recurso – e do segundo capítulo cabe embargos infringentes.

²³² Neste sentido, a jurisprudência **No STJ: PROCESSUAL CIVIL. INTERPOSIÇÃO SIMULTÂNEA DE RECURSOS. PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE. ADMISSÃO PRÉVIA. INEXISTÊNCIA DE VINCULAÇÃO.** 1. Havendo apresentação simultânea de recurso extraordinário e embargos de divergência, não se conhece daquele interposto por último, em obediência ao princípio da unirecorribilidade, na linha dos precedentes desta Corte. 2. A admissão dos embargos junto à Corte Especial, assim como o despacho prévio de admissibilidade, não vincula o eventual julgamento pelos demais órgãos, quanto à matéria remanescente. 3. Agravo interno ao qual se nega provimento. AgRg nos EREsp 128800-MG; Relator(a) Ministro Celso Limongi; DJe 08/04/2010. **PROCESSUAL CIVIL. INTERPOSIÇÃO SIMULTÂNEA DE EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA E DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA.** 1. O princípio da unirecorribilidade, vigente no sistema processual civil brasileiro, veda, em regra, a interposição simultânea de vários recursos contra a mesma decisão judicial. 2. Assim, a interposição simultânea, contra o acórdão que julgou o recurso especial, de embargos de divergência e recurso extraordinário, acarreta a inadmissibilidade do recurso que foi protocolado por último, ante a preclusão consumativa. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. AgRg nos Embargos de Divergência em REsp Nº 511.234-DF Relator Ministro Luiz Fux; DJ 20/09/2004. Disponível em www.stj.gov.br. Acesso em 28 de julho de 2011. **No STF: EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. PRINCÍPIO DA UNICIDADE DOS RECURSOS. INTERPOSIÇÃO SIMULTÂNEA DE EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA E DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE.** 1. Interposição simultânea de mais de um recurso contra sentença ou acórdão. Não-cabimento. Princípio da unirecorribilidade expressamente previsto no Código de Processo Civil de 1939 e implicitamente acolhido pela legislação processual vigente, em razão da sistemática por ela inaugurada e da cogente observância à regra da adequação dos recursos. 2. Embargos de divergência e recurso extraordinário. Interposição simultânea. Impossibilidade. Enquanto não apreciados os embargos opostos pela parte interessada, não se pode afirmar tenha o juízo a quo esgotado a prestação jurisdicional, nem que se cuida de decisão de única ou última instância, pressuposto constitucional de cabimento do extraordinário. 3. Distinção entre o caso sub examine e a hipótese de simultaneidade de embargos infringentes e recurso especial e/ou extraordinário que, quer se entenda ou não como exceção legal à regra da unicidade, não mais subsiste em face da superveniência da Lei 10352/01. Agravo regimental não provido. RE 355497 AgR/SP-SÃO PAULO; AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA; DJ 25/04/2003. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 28 de julho de 2011.

De fato, antes da Lei 10.352 de 2001, a Lei processual exigia a simultaneidade de interposição dos possíveis recursos, ainda que o recorrente não fosse o mesmo em todos. Nesse sentido, segue Barbosa Moreira²³³:

Não se podia deixar a interposição do recurso extraordinário (e/ou do especial) para *depois* do julgamento dos embargos; a parte do acórdão em que tivesse havido unanimidade transitava em julgado, ainda que admissível o extraordinário (e/ou do especial), se decorresse *in albis* o prazo respectivo, que não se suspendia, nem se interrompia, em virtude da interposição dos embargos contra a parte restante.

No caso de embargos de divergência, Athos Gusmão Carneiro²³⁴ colacionou entendimento jurisprudencial quanto à necessária simultaneidade de interposição daqueles com o recurso extraordinário.

O recurso extraordinário – atendidos seus pressupostos constitucionais, pode e deve ser interposto *simultaneamente com os embargos de divergência*, e ficará sobrestado enquanto pendentes os embargos. Se esses embargos não são conhecidos no STJ, então não terá ocorrido a ‘substituição’ do acórdão embargado pelo proferido no recurso e, portanto, *o recurso extraordinário subsiste, não estará ‘prejudicado’ e não necessita ser ratificado*²³⁵. (grifos no original)

Foi apenas com a Lei 10.352 de 2001 que a referida sistemática veio a ser drasticamente modificada. O atual dispositivo do art. 498, CPC, dispõe que o legitimado a interpor recurso extraordinário ou especial não precisará fazê-lo imediatamente aos embargos infringentes, pois o prazo para interposição daqueles fica sobrestado até a intimação da decisão destes.

Fica claro o destaque conferido pela lei ao princípio da unirrecorribilidade, já apreciado anteriormente, pelo qual para cada decisão existe um recurso cabível, em que pese não se tratar de um regramento absoluto – uma exceção é a necessidade de interposição simultânea de recurso extraordinário e especial quando, em um único acórdão, exista violação direta a Constituição Federal e também a lei federal.

Pela redação atual, quando um acórdão contiver uma parte unânime e outra não unânime, uma vez interpostos os embargos infringentes, não haverá mais o ônus de se interpor o recurso excepcional. Mesmo sendo caso de recurso excepcional contra a parte unânime, o prazo para a sua interposição somente começará a fluir após a

²³³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Vol. 5: arts. 476 a 565*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 289.

²³⁴ Em nota de n. 6, assim entendeu CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 164.

²³⁵ Conforme se denota na jurisprudência do STF: Ag. Reg. no Ag. nº 275.636, relatora Min. Ellen Gracie, julgamento em 26.06.2001.

intimação do julgamento dos embargos infringentes, ou, então, do julgamento dos embargos de declaração interpostos contra esse acórdão, em sua eventualidade²³⁶.

Nesse mesmo raciocínio, quando a decisão de Turma em recurso especial contiver questão que divergir do posicionamento alcançado em outra decisão do STJ e, ainda, questão que viole a Constituição Federal, serão cabíveis embargos de divergência e recurso extraordinário. Todavia, aquele será interposto primeiro e isoladamente; o recurso extraordinário apenas será interposto após a conclusão dos referidos embargos.

Flávio Cheim Jorge²³⁷ suscita importante questão. Para o autor, a analogia trazida para o procedimento dos embargos de divergência deve ser vista como meio para facilitar a tramitação dos recursos, até mesmo como uma forma de evitar a interposição de um recurso desnecessário, caso a decisão venha a ser posteriormente reformada. “Assim, ao contrário do que decidiu o STF, a regra não diz respeito à exigência do prévio esgotamento das vias recursais para que seja utilizado o recurso extraordinário”.

De fato, em análise detida dos preceitos constitucionais quanto ao cabimento do recurso extraordinário, é possível compreender que a exigência de esgotamento prévio das vias recursais apenas é exigida para a alínea *a*, III, do art. 102, CF, quando se refere a decisões que contrarie texto constitucional.

Se considerarmos que tal questionamento apenas surgiu por conta da diversidade de pedidos, e consequentes capítulos distintos, cada um independente e autônomo entre si, não há falar em esgotamento das vias recursais para cabimento dos embargos de divergência.

Ora, os embargos de divergência serão cabíveis contra decisão de Turma, comparada com outra decisão de Turma do STJ, nas quais existam capítulos divergentes entre si, e não violação de preceito constitucional.

A contrario sensu, o capítulo que vislumbre violação direta de preceito constitucional será impugnado por recurso extraordinário, e não embargos de divergência. Imaginar o contrário seria desvirtuar a própria essência e função dos embargos de divergência.

²³⁶ JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JR, Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A Nova Reforma Processual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 133.

²³⁷ JORGE, Flávio Cheim. *Embargos de divergência: alguns aspectos estruturais*. In RePro 190. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 29.

3.2 ACÓRDÃO PARADIGMA

Após exaustivo estudo sobre a decisão passível de embargos de divergência, necessário avançarmos à análise da decisão que se comporta como paradigma, ou seja, decisão que será utilizada como espelho, com o intuito de comprovar a divergência. Conforme analisado anteriormente, a parte deverá demonstrar que o Tribunal julgou de maneira diversa questão similar à sua, devendo apresentar o acórdão, tido como paradigma, que comprove o dissídio.

Para Bernardo Pimentel Souza²³⁸, o acórdão paradigma é o “precedente jurisprudencial a ser utilizado pelo recorrente para demonstrar a existência de divergência na interpretação do direito em relação ao **decisum** causador do inconformismo”.

Partimos da premissa de que a divergência deve derivar de um julgamento, o que não se confunde com os atos não decisórios, como súmulas ou resoluções administrativas, por exemplo²³⁹. Isso porque José Saraiva²⁴⁰ entendeu pelo cabimento dos embargos de divergência utilizando como paradigma um enunciado sumular.

Por outro lado, nada impede o cabimento dos embargos de divergência quando o acórdão embargado conflita com súmula do Superior Tribunal de Justiça, por ser grave tal divergência. Nesse caso, os requisitos de comprovação e demonstração analítica devem ser abrandados e restritos ao confronto das teses jurídicas postas no aresto recorrido e no enunciado sumular.

Data maxima venia, tal entendimento insta por desvirtuar a finalidade dos embargos de divergência, os quais visam dirimir divergência entre *julgados* divergentes em um mesmo Tribunal Superior, não sendo admissível o recurso com uma eventual discrepância com um ato não decisório.

Nesse sentido, firmou opinião Marcelo Pires Torreão²⁴¹:

²³⁸ SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 697.

²³⁹ Neste sentido segue o STJ, no EREsp 63077, de relatoria do Min. Adhemar Maciel, 3ª Seção, publicado no DJ em 06/11/1995, p. 37537: “É incabível recurso de embargos de divergencia fundamentado em violação de enunciado da súmula do STJ. Inteligência do art. 546 do CPC e do art. 266 do RISTJ”.

²⁴⁰ SARAIVA, José. *Recurso especial e o superior tribunal de justiça*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 393.

²⁴¹ TORREÃO, Marcelo Pires. *Dos Embargos de Divergência: teoria e prática no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004, p. 132-133.

Não seria possível configurar a identidade dos julgamentos se o padrão de dissídio consistir em verbete de súmula, pois nesse caso não se encontra devidamente especificada a semelhança capaz de ensejar o recurso em tela, já que a previsão fática nos enunciados das súmulas é meramente genérica.

Conforme exaustivamente afirmado na presente pesquisa, a finalidade dos embargos de divergência é pacificar o entendimento *interna corporis* nos Tribunais Superiores, razão pela qual são inadmissíveis para o confronto analítico acórdãos paradigmas de outros tribunais, ainda que igualmente Superior²⁴².

Os incisos do artigo 546, CPC, o qual trata sobre os embargos de divergência, apenas nos informa que o paradigma deverá ser acórdão extraído do julgamento de outra Turma, Seção, do Órgão Especial, no Superior Tribunal de Justiça, como também de outra Turma ou Plenário, no Supremo Tribunal Federal. Os regimentos internos também não são muito elucidativos quanto ao paradigma, limitando-se ao que consta na lei processual.

Todavia, a simplicidade sobre como é tratado o paradigma no texto legal, como também no regimental, não o exime das diversas dúvidas que permeiam o tema, sendo impreterível o devido aprofundamento de tais questões para uma melhor compreensão a seu respeito, o que passamos a realizar.

3.2.1 Decisão de Turma

Como visto anteriormente, o acórdão embargado necessita ser uma decisão de Turma, de acordo com a interpretação da lei trazida pela doutrina e acompanhada pela jurisprudência. Todavia, a lei não faz a mesma exigência para o acórdão paradigma, o qual poderá ser extraído da Turma, como também de Seção ou Órgão Especial no STJ ou Plenário no STF.

Nota-se também que o art. 546, CPC, fala do dissídio ocorrido em *outra* Turma, Seção ou Órgão Especial – no recurso especial – e também em *outra* Turma ou Plenário – no recurso extraordinário –, ou seja, em órgão diverso do que proferiu a decisão embargada.

²⁴² SHIMURA, Sergio Seiji. *Embargos de Divergência*. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 418.

A matéria foi objeto da súmula 353, do Supremo Tribunal Federal²⁴³, que prevê a não admissibilidade dos embargos de divergência quando o fundamento for a divergência dentro da mesma turma naquela Suprema Corte.

Todavia, esse ponto merece destaque. Por conta de uma alteração jurisprudencial ocasionada coincidentemente com a modificação da composição de uma determinada Turma no Superior Tribunal de Justiça, foi-se suscitada a possibilidade de cabimento dos embargos de divergência contra acórdãos divergentes de uma mesma Turma, apesar de ausência de previsão legislativa.

Barbosa Moreira²⁴⁴ informa que há precedentes apontando pelo cabimento dos embargos de divergência ainda que a divergência se configure entre acórdãos de mesma turma, tendo em vista alteração de sua composição.

De fato, o STF chegou a considerar tal possibilidade, apesar da súmula 353 daquela Suprema Corte informar que os embargos ora estudados não são cabíveis com fundamento em acórdãos da mesma turma. A permissão vislumbrava apenas nos casos de alteração majoritária dos membros componentes da Turma, o que modificaria em sobremaneira o entendimento versado sobre determinado assunto²⁴⁵.

²⁴³ Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 12/01/2012.

²⁴⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Vol. 5: arts. 476 a 565*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 643.

²⁴⁵ Neste sentido, por exemplo, no STF: Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. INTERPRETAÇÃO DO INCISO III DO ARTIGO 308 DO REGIMENTO INTERNO DO STF. ACÓRDÃO DA MESMA TURMA QUE PROLATOU A DECISÃO EMBARGADA PODE SER UTILIZADO PARA A CARACTERIZAÇÃO DA DIVERGENCIA A QUE ALUDE O ART. 309 DO REGIMENTO INTERNO DO STF, DESDE QUE DIVERSA A COMPOSIÇÃO MAJORITARIA. ACÓRDÃO QUE SE LIMITA AO EXAME DA LEGITIMATIO AD CAUSAM NÃO É DECISÃO SOBRE MÉRITO. CONSEQUENTEMENTE, AINDA QUE, PARA DECIDIR SOBRE ESSA CONDIÇÃO DA AÇÃO, HAJA DELEVAR EM CONSIDERAÇÃO A RELAÇÃO JURÍDICA OBJETO DA LIDE, PARA DETERMINAR A TITULARIDADE DOS INTERESSES EM CONFLITO, SE ENQUADRA NO DISPOSTO NO INCISO III DO ARTIGO 308 DO REGIMENTO INTERNO DO STF, OBICE QUE SÓ PODE SER AFASTADO PARA O CABIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO PELAS LETRAS "A" E "D" DO INCISO III DO ARTIGO 119 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, SE OCORRER ALGUMA DAS EXCEÇÕES DO CAPUT DO REFERIDO DISPOSITIVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DIVERGENCIA CONHECIDOS E RECEBIDOS. RE 79752 embargos / DF - DISTRITO FEDERAL - Relator(a): Min. MOREIRA ALVES - Julgamento: 01/12/1977; Ementa: 1. A DESPEITO DE EXIGIR O ART.309 DO REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL QUE ADIVERGÊNCIA PARA OS EMBARGOS TENHA QUE SE CONFIGURAR ENTRE ACORDÃOS DE TURMAS DIFERENTES, A ORIENTAÇÃO QUE PREVALECE NA CORTE É A DE QUE O DESACORDO PODE VERIFICAR-SE ENTRE ARESTOS DA MESMA TURMA CASO SEJA DIFERENTE A MAIORIA DOS MINISTROS VENCEDORES NOS JULGADOS QUE DEVAM SER CONFERIDOS. 2. NÃO SE PODE PENSAR EM MORA DEBITORIS SEM QUE O DEVEDOR RETARDE CULPOSAMENTE A PRESTAÇÃO, POIS É NO RETARDAMENTO CULPOSO QUE SE CONFIGURA A SUA ILICITUDE, E, POR ISTO, É

Nesse sentido concluiu Sergio Seiji Shimura²⁴⁶, entendendo que “se a composição da Turma se alterar, de molde a gerar discrepância da jurisprudência, então mostra-se viável o recurso de embargos de divergência, embora seja da *mesma Turma*”. (grifos no original)

Para Eduardo Andrade Ribeiro de Oliveira²⁴⁷, o objetivo de tal entendimento visa gerar a uniformização da jurisprudência dentro da Turma. Não é possível cogitar a existência de divergência em um Tribunal, quiçá em uma mesma Turma, devendo esta harmonizar suas divergências. “Se, entretanto, ocorreu mudança em sua composição, só formalmente é a mesma [Turma] e a uniformização dependerá do pronunciamento do órgão próprio”.

Em sentido contrário, Flávio Cheim Jorge²⁴⁸ entende que a alteração de entendimento, mesmo com mudança na composição da Turma, é apenas fruto da evolução do posicionamento jurisprudencial em determinado assunto. “Deve o fenômeno ser visto com naturalidade e, mesmo, de forma positiva, na medida em que evidencia reflexão e amadurecimento na análise do direito, além de seu poder de adaptar-se às novas exigências feitas pela sociedade”.

INDISPENSÁVEL QUE O CRÉDITO SEJA OU SE TENHA TORNADO CERTO, EXIGÍVEL E LÍQUIDO. SE O CRÉDITO NÃO É LÍQUIDO, A MORA SE CONSUBSTANCIA, POR NÃO HAVER CULPA DO DEVEDOR NO RETARDAMENTO DA SOLUÇÃO DE SUA DÍVIDA, EIS QUE ELE NÃO SABE O QUANTUM A PAGAR, NEM É OBRIGADO A PAGAR O INDEVIDO. 3. SE O LOCADOR ALTEROU O SEU CRÉDITO AO LHE ACRESCENTAR PARCELAS INEXIGÍVEIS DO LOCATÁRIO, E, ASSIM FAZENDO, IMPOSSIBILITOU ESTOUTRO DE EMENDAR A MORA, COMO LHE FACULTA O JUS SPECIALE QUE REGULAMENTA O INQUILINATO ENTRE NÓS, E DE SER JULGADA IMPROCEDENTE A AÇÃO DEDESPEJO QUE, NO CASO, O LOCADOR AJUIZOU CONTRA O LOCATÁRIO. 4. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA RECEBIDOS PELO STF. 5. PRECEDENTES DA CORTE. RE 72556 embargos / DF - DISTRITO FEDERAL – Relator(a): Min. ANTONIO NEDER - Julgamento: 28/08/1975; EMENTA: EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA: PEDIDO DE RECONHECIMENTO DO CRÉDITO INTEGRAL DO ICM NAS OPERAÇÕES ONDE HÁ REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal permite acolher acórdão paradigma da mesma Turma em embargos de divergência quando alterada a maioria da sua composição. 2. Não é hábil para demonstrar divergência entre as Turmas o acórdão já invocado para demonstrá-la, mas repelido como não dissidente no julgamento do recurso extraordinário, § único do art. 331 do Regimento Interno, que absorveu a Súmula 598; esta disposição regimental veda que os embargos de divergência se convertam em embargos infringentes. Precedentes. 3. Se apenas cabem embargos de divergência a decisão da Turma em recurso extraordinário ou em agravo de instrumento, art. 310 do Regimento Interno, segue-se que não cabem tais embargos a decisão em agravo regimental, Súmula 599; pela mesma razão não pode o acórdão em agravo regimental ser invocado como paradigma em embargos de divergência. Precedentes. 4. Embargos de divergência não conhecidos. RE 103792 embargos / SP - SÃO PAULO - Relator(a): Min. PAULO BROSSARD - Julgamento: 07/10/1994. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 12/01/2012.

²⁴⁶ SHIMURA, Sergio Seiji. *Embargos de Divergência*. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 420.

²⁴⁷ OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Embargos de divergência*. In NERY JR, Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. Vol. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 150.

²⁴⁸ JORGE, Flávio Cheim. *Embargos de divergência: alguns aspectos estruturais*. In RePro 190. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 32.

Bernardo Pimentel Souza²⁴⁹ entende que a Súmula 353, do STF, deve ser prestigiada, ainda quando há modificação da maioria da turma. Justifica que, além de encontrar amparo no art. 546, CPC, o teor sumular deve ser obedecido, pois uma possível alteração de entendimento se reflete na verdade como uma evolução da jurisprudência, razões que impedem o cabimento dos embargos de divergência para dissídio oriundo de uma mesma turma.

Também em defesa da aplicação da referida Súmula 353, do STF, segue José Saraiva²⁵⁰, entendendo que não são cabíveis os embargos de divergência quando “o acórdão recorrido e os paradigmas forem da mesma Turma, por tal caso não traduzir conflito interpretativo interno, mas tão-somente modificação do entendimento jurisprudencial”.

O STJ, por sua vez, também considerou os embargos de divergência contra decisão de mesma turma em certas decisões²⁵¹, em que pese não ser o que veio a prevalecer posteriormente. Para Athos Gusmão Carneiro²⁵², adotar tal entendimento seria contrariar a própria finalidade dos embargos de divergência, não mais dissolvendo conflitos atuais, mas passando a enfrentar mudanças de orientação dos órgãos fracionários.

A 2ª Seção do STJ, apreciando Ag.Reg. nos EREsp. n. 195.157, ao agravo p.m.v. negou provimento, entre outros argumentos sublinhando que, se ocorrerem mudanças na orientação interna da própria Turma, o último julgamento, em sua nova composição, refletiria o entendimento pacífico daquele órgão sobre determinada matéria. Assim, se fosse admitida a divergência porque houve mudança de entendimento em razão da composição da Turma ter-se-ia de admitir divergência também com a modificação da concepção jurisprudencial. Outrossim, o RISTJ e o CPC admitem a divergência apenas nos casos de contrariedade de entendimento entre Turmas (2ª Seção, rel. Min. Ari Pargendler, ac. de 23.05.2001, p.m.v.).

A Corte Especial do STJ, à unanimidade, nos Emb. Div. n. 240.054 (rel. Min. Edson Vidigal), manteve a compreensão segundo a qual “por falta de amparo legal não é possível o exame de embargos de divergência fundados em acórdão proferidos por *uma mesma Turma*, mesmo que

²⁴⁹ SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 697.

²⁵⁰ SARAIVA, José. *Recurso especial e o superior tribunal de justiça*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 390.

²⁵¹ Neste sentido, por exemplo, no STJ: EMENTA: PROCESSUAL - EMBARGOS DE DIVERGENCIA - ACORDÃOS DE UMA MESMA TURMA - MUDANÇA DE COMPOSIÇÃO – ADMISSIBILIDADE – A JURISPRUDENCIA TENDE A ADMITIR EMBARGOS DE DIVERGENCIA ENTRE ARESTOS DE UMA SO TURMA, QUANDO A COMPOSIÇÃO DO COLEGIADO TENHA SOFRIDO GRANDE ALTERAÇÃO, NO PERÍODO QUE MEDIOU A PRODUÇÃO DOS ACORDÃOS EM CONFRONTO. VERIFICADA ESTA TENDENCIA, AGE BEM O RELATOR EM ADMITIR, NO JUÍZO DE PRELIBAÇÃO OS EMBARGOS DE DIVERGENCIA. AgRg nos EREsp 29521 / PR - 1995/0018912-7 - DJ 22/04/1996 p. 12508.

²⁵² CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 154.

a sua composição tenha sido alterada substancialmente” (Emb. Div. Resp. n. 255.378, rel. Min. Paulo Gallotti, ac. de 28.04.2004)²⁵³. (grifos no original)

3.2.2 Decisão monocrática

Assim como no acórdão embargado, a doutrina²⁵⁴ suscita a possibilidade de o acórdão paradigma derivar de um julgamento monocrático. Vimos anteriormente que o art. 546, CPC, dispõe que a divergência deve ocorrer entre decisões, sendo o paradigma derivado de turma, seção ou órgão especial, no STJ, bem como turma ou plenário, no STF, excluídas as decisões monocráticas.

Com precisão, Flávio Cheim Jorge²⁵⁵ entende que o paradigma deve ser uma decisão colegiada, tendo em vista que um julgamento singular pode representar apenas o posicionamento, muitas vezes isolado do relator, o qual pode não estar de acordo com o posicionamento do restante do órgão. “Ora, é a superação da divergência entre os órgãos colegiados que permitirá externar o real entendimento do tribunal quanto a determinada matéria”.

No mesmo sentido Eduardo Andrade Ribeiro de Oliveira²⁵⁶: “Não serve como padrão o decidido monocraticamente. Embora o relator seja um órgão da turma, o certo é que, com base apenas em provimento singular, não se pode afirmar qual seja o entendimento dessa”.

Não podemos deixar de reafirmar que a função precípua dos embargos de divergência é unificar o entendimento dos Tribunais Superiores sobre questões equivalentes que receberam resultados díspares. A decisão isolada do relator pode não estar de acordo com o entendimento de um determinado órgão sobre determinada questão. Por tais razões, não

²⁵³ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 154.

²⁵⁴ Neste sentido: JORGE, Flávio Cheim. *Embargos de divergência: alguns aspectos estruturais*. In RePro 190. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 30; TORREÃO, Marcelo Pires. *Dos Embargos de Divergência: teoria e prática no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004, p. 133-135; SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 698; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 158.

²⁵⁵ JORGE, Flávio Cheim. *Embargos de divergência: alguns aspectos estruturais*. In RePro 190. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 30.

²⁵⁶ OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Embargos de divergência*. In NERY JR, Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. Vol. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 150.

entendemos ser possível uma decisão monocrática fazer as vias de paradigma para cabimento dos embargos de divergência.

3.2.3 Decisão por votação unânime ou por maioria

Assim como o acórdão embargado, é indiferente se o resultado da votação no acórdão paradigma tenha se dado por maioria ou unanimidade de votos. A doutrina²⁵⁷ é uníssona nesse sentido, não havendo maiores discussões a esse respeito.

Como explicado anteriormente, a discrepância na votação apenas importa para o recurso de embargos infringentes, o qual possui cabimento contra acórdão que reforme sentença de 1º grau, por maioria de votos.

Também não importa se o aresto paradigma foi proferido à unanimidade de votos ou não. Em suma, para que os embargos de divergência sejam cabíveis basta que os acórdãos – ainda que não unânimes – confrontados tenham adotado soluções jurídicas diversas para hipóteses idênticas ou semelhantes²⁵⁸.

De acordo com José Saraiva²⁵⁹, é irrelevante o fato da decisão paradigma ter sido alcançada por maioria de votos, “nem poderia, porque essa circunstância somente tem relevância no sistema recursal em relação aos embargos infringentes”. Em outras modalidades recursais, o fator votação não é levado em consideração. O que importa é a parte dispositiva que servirá como reflexo do entendimento do órgão prolator.

Concordamos com a conclusão auferida por Marcelo Pires Torreão²⁶⁰, pois “de fato, não há qualquer disposição em lei ou nos regimentos internos dos tribunais superiores condicionando o cabimento dos embargos à quantidade de votos no julgamento do aresto paradigma”.

²⁵⁷ Neste sentido: SHIMURA, Sergio Seiji. *Embargos de Divergência*. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 418; JORGE, Flávio Cheim. *Embargos de divergência: alguns aspectos estruturais*. In RePro 190. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 30; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Vol. 5: arts. 476 a 565*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 643; TORREÃO, Marcelo Pires. *Dos Embargos de Divergência: teoria e prática no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004, p. 135.

²⁵⁸ SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 698.

²⁵⁹ SARAIVA, José. *Recurso especial e o superior tribunal de justiça*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 393.

²⁶⁰ TORREÃO, Marcelo Pires. *Dos Embargos de Divergência: teoria e prática no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004, p. 135.

3.2.4 Derivação do acórdão paradigma

O regramento processual dos embargos de divergência constante no art. 546, CPC, nos informa que o acórdão embargado deve derivar de recurso especial ou extraordinário, inclusive de agravo regimental e embargos de declaração em recurso especial ou extraordinário, o que foi amplamente debatido anteriormente, em que pese os entendimentos contrários.

No entanto, a referida lei processual não especificou a derivação do paradigma, restando-se silente a esse respeito. De fato, a falta de distinção pela lei gera dúvida quanto à necessidade de tal decisão também ser oriunda de recurso especial ou extraordinário, ainda que derivada de agravo regimental e embargos de declaração em recurso especial ou extraordinário.

Isso porque quando o artigo trata sobre o acórdão paradigma, o referido dispositivo legal o faz genericamente, não fazendo qualquer referência quanto à natureza da referida decisão a servir de confronto ao acórdão embargado.

Diante disso, questiona-se a possibilidade de o paradigma derivar não só de recurso especial ou extraordinário, como também do julgamento de qualquer modalidade recursal ou ação de competência originária do Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal, tais como recursos ordinários ou conflito de competência.

Para Barbosa Moreira²⁶¹, “o acórdão invocado como padrão do qual se divergiu não precisa haver sido igualmente proferido no julgamento de recurso especial”. José Saraiva²⁶² entende que os paradigmas “podem ter sido exaradas em agravo regimental, ação originária, mandado de segurança, recurso ordinário em mandado de segurança ou em qualquer outra manifestação do Superior Tribunal de Justiça, além do próprio recurso especial”.

Bernardo Pimentel Souza²⁶³ entende que o acórdão paradigma pode ser oriundo de qualquer recurso, como também ação de competência originária das Cortes Superiores, justificando sua

²⁶¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Vol. 5: arts. 476 a 565*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 644.

²⁶² SARAIVA, José. *Recurso especial e o superior tribunal de justiça*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 392.

²⁶³ SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 697-698.

premissa no fato de que o artigo 546, CPC, não faz distinção quanto ao paradigma, fazendo-o apenas quanto ao acórdão embargado. Para Sérgio Seiji Shimura²⁶⁴, “a outra decisão pode ter sido proferida em sede de outro recurso ou processo, não necessariamente em recurso especial ou extraordinário”.

Em diferente sentido, Flávio Cheim Jorge²⁶⁵ entende que os embargos de divergência são recurso de estrito direito, assim como os recursos especial e extraordinário, estes com função de interpretação e aplicação invariável das normas constitucionais e legais.

Desta feita, os embargos de divergência, como corolário natural dos mesmos – incluindo-se, inclusive, na mesma espécie, como recursos de estrito direito – somente teriam cabimento quando estiver em jogo o posicionamento do Tribunal no julgamento destes recursos. Nas outras situações, não haveria justificativa para o cabimento dos mesmos.

Os Tribunais Superiores não são inteiramente harmônicos sobre tal questão. No Supremo Tribunal Federal²⁶⁶, a orientação jurisprudencial segue no sentido de que o acórdão paradigma deva derivar de recurso extraordinário, não servindo, como padrão de divergência, decisões oriundas de qualquer outro recurso, como o agravo regimental.

O Superior Tribunal de Justiça possui julgados defendendo que o aresto padrão não necessariamente deva derivar de recurso especial, não importando o veículo em que encontrasse o entendimento contraposto²⁶⁷. Todavia, a jurisprudência mais recente daquela Corte é no

²⁶⁴ SHIMURA, Sergio Seiji. *Embargos de Divergência*. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 418.

²⁶⁵ JORGE, Flávio Cheim. *Embargos de divergência: alguns aspectos estruturais*. In RePro 190. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 31.

²⁶⁶ Ementa: EMBARGOS DE DIVERGENCIA. - SE ACÓRDÃO DE TURMA, EM AGRAVO REGIMENTAL, NÃO DA MARGEM A QUE CONTRA ELE SE INTERPONHAM EMBARGOS DE DIVERGENCIA (SÚMULA 599), NÃO PODE ELE, TAMBÉM, SER INVOCADO COMO PADRAO DE CONFRONTO PARA DEMONSTRAR A DIVERGENCIA EM EMBARGOS DESSA NATUREZA. EMBARGOS DE DIVERGENCIA NÃO CONHECIDOS. RE 110347 embargos / RS - RIO GRANDE DO SUL - Relator(a): Min. FRANCISCO REZEK; Relator(a) p/ Acórdão: Min. MOREIRA ALVES; Julgamento: 16/12/1987; Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação: DJ 01-07-1993; PP-13145; EMENT: VOL-01710-02, PP-00382.

²⁶⁷ Neste sentido EREsp 51920-SP, de relatoria do Ministro Eduardo Ribeiro, julgado pela Corte Especial, publicado no DJ em 06/03/1995, p. 4279: “Embargos de divergência - lei 8.038/90, artigo 29. Para que sejam admissíveis os embargos, a decisão embargada haverá de ter sido tomada no julgamento de recurso especial. O dissídio, entretanto, será com o ‘julgamento de outra turma, da seção ou do órgão especial’, não importando em que recurso ou processo haja sido proferido”.

sentido de afastar paradigma oriundo de recurso ordinário, de conflitos de competência, ou de ação rescisória²⁶⁸.

Não obstante os embargos de divergência ser um recurso de estrito direito, fato é que o legislador não restringiu o acórdão paradigma como o fez no acórdão embargado, prevendo-o explicitamente apenas nos casos estudados. Pretender uma rigorosa simetria poderia gerar um risco de comungarmos com uma divergência da qual não haverá remédio.

Considerando que a finalidade dos referidos embargos é exatamente alcançar o entendimento do Tribunal sobre determinada questão que encontra-se com tratamento diverso, promovendo assim uma uniformização jurisprudencial, restringir quando a lei não o fez pode ser deveras temerário.

Coerente entender pela conclusão de Eduardo Andrade Ribeiro de Oliveira²⁶⁹:

Ao Supremo Tribunal cabe a última palavra a respeito da hermenêutica constitucional. Ao Superior Tribunal de Justiça, uniformizar a aplicação do direito federal e garantir-lhe a autoridade. Muitíssimo inconveniente se cristalizem dissídios internos que desorientam os jurisdicionados e acarretam desprestígio para aquelas Cortes. Alguns não terão remédio, em virtude mesma da restrição legal ao cabimento dos embargos. Nada recomendável que se ampliem as hipóteses, distinguindo, onde a lei não distingue, no que diz com o paradigma.

Todavia, concluir de tal forma não significa pretender uma simetria reversa, ou seja, entender que o acórdão paradigma possa derivar de qualquer decisão de turma, não somente em recurso extraordinário ou especial, não implica em pretender tal entendimento para o acórdão embargado: trata-se apenas de interpretar o que diz a lei, a qual restringiu nesse acórdão, mas não naquele.

²⁶⁸ Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PARADIGMA PROFERIDO EM AÇÃO RESCISÓRIA. INVIABILIDADE. 1. Nos termos do art. 266 do Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça, os embargos de divergência são cabíveis para dirimir dissídio de teses entre decisões colegiadas proferidas em sede de recurso especial. 2. Assim, somente se admite como acórdãos paradigmas os proferidos no âmbito de recurso especial e de agravo de instrumento que examine o mérito do apelo, não sendo aptos a tal finalidade os arestos no âmbito de recurso ordinário em mandado de segurança, conflito de competência e ação rescisória. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. Processo: AgRg nos EREsp 793405 / RJ - 2010/0208343-8 - Relator(a): Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA - Órgão Julgador: TERCEIRA SEÇÃO - DJe 09/05/2011;

²⁶⁹ OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Embargos de divergência*. In NERY JR, Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. Vol. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 152.

O referido raciocínio parece ser o pretendido pelo projeto de Lei 166/2010. Ao intentar a criação do novo Código de Processo Civil, o projeto citado informa a desnecessidade das discussões sobre o tipo do acórdão embargado, bem como do paradigma, se enfrentou o mérito ou somente as regras de admissibilidade, ou ainda de derivaram de recursos excepcionais ou de ações originárias.

Pelo projeto, não importará o veículo que levará a controvérsia, podendo esta partir de qualquer modalidade recursal, como também de causas de competência originária dos Tribunais Superiores. O importante é o enfrentamento da divergência por esses Tribunais, de maneira a oferecer uma justiça, pelo menos, equivalente para os jurisdicionados.

3.2.5 Grau de cognição entre as decisões

Para cabimento dos embargos de divergência é necessário que existam duas decisões de Turma que sejam conflitantes entre si, e que ainda derivem de uma situação fática equivalente, para que seja possível realizar a comparação.

Ainda, pelo estudado anteriormente, podemos afirmar sua possibilidade para impugnar tanto questões sobre o juízo de admissibilidade quanto sobre o próprio mérito dos recursos especial ou extraordinário, o que também podemos concluir que tanto o acórdão embargado quanto o paradigma podem versar sobre tais questões.

Indagamos: para configurar o confronto, seria necessário que se exercesse o mesmo grau de cognição em ambas as decisões conflitantes?

Uma parcela da doutrina²⁷⁰ responde afirmativamente a referida questão, ao entenderem que nos acórdãos comparados se faz necessário o julgador exercer o mesmo grau de cognição, desde que os resultados sejam desiguais. Diante disso, não é possível comparar decisões em que uma não tenha conhecido o recurso especial ou extraordinário e outra tenha apreciado o mérito.

²⁷⁰ Neste sentido: CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 158; SHIMURA, Sergio Seiji. *Embargos de Divergência*. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 419; TORREÃO, Marcelo Pires. *Dos Embargos de Divergência: teoria e prática no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004, p. 141.

Assim entendeu Sérgio Seiji Shimura²⁷¹: “se a decisão da Turma é pelo *não-conhecimento* do recurso especial, não cabe invocar – como decisão divergente – acórdão que apreciou o *mérito recursal*”. (grifos no original)

Nesta esteira, os Tribunais Superiores entendem pela equivalência do grau de cognição, ou seja, para que seja cabível o recurso de embargos de divergência, é preciso que tanto o acórdão embargado quanto o paradigma deva possuir uma simetria quanto ao julgamento, seja no juízo de admissibilidade seja no juízo de mérito. Nesse sentido segue a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal²⁷² e Superior Tribunal de Justiça²⁷³.

Todavia, a questão é mais complexa do que se apresenta. Dois questionamentos ainda se levantam nesse ponto: o primeiro, referente decisões que não conhecem do recurso, mesmo quando há adiantamento do mérito recursal, em contraponto a decisões de mérito; segundo, decisões que não conhecem o mérito pelo mesmo fundamento pelo qual o paradigma conheceu do mérito recursal.

²⁷¹ SHIMURA, Sergio Seiji. *Embargos de Divergência*. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 419.

²⁷² EMENTA: RECURSO. Embargos de divergência. Interposição contra decisão que não conheceu de recurso extraordinário à falta de prequestionamento. Pretensão de a confrontar com outra que julgou o mérito. Inadmissibilidade. Paradigma impertinente. Recurso não conhecido. Sob fundamento de haver divergido de outra que julgou o mérito de recurso extraordinário, não se conhece de embargos de divergência contra decisão que, à falta de prequestionamento, não conheceu de igual recurso. RE 148858 EDv / SP - SÃO PAULO - Relator(a): Min. CEZAR PELUSO - Julgamento: 20/05/2009; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ENTIDADE FECHADA DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. IMUNIDADE. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 150, VI, "C". Embargos de divergência inadmitidos porque as decisões postas em confronto não tratam da mesma questão, sob o aspecto processual. Assim, enquanto o acórdão embargado apreciou o mérito da controvérsia, para fixar a data a partir da qual deveria incidir o benefício, os acórdãos paradigmas se recusaram a analisar o fundo da questão e, conseqüentemente, a assertiva do Tribunal a quo de que o benefício, nestes casos, dependia da contribuição mensal dos associados. Conclusão que não foi afastada pelas razões do presente agravo regimental. Recurso a que nega provimento. RE 214788 ED-EDv-AgR / DF - DISTRITO FEDERAL; Relator(a): Min. CARLOS BRITTO; Julgamento: 08/08/2004; Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

²⁷³ Ementa: EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ACÓRDÃO EMBARGADO QUE NÃO APRECIA O MÉRITO DA CONTROVÉRSIA. PARADIGMA QUE APRECIA O MÉRITO DA QUESTÃO. REGRA TÉCNICA DE CONHECIMENTO. 1. A divergência que autoriza o manejo de embargos de divergência é a que tem sede no título jurídico da questão. 2. Na lição de Barbosa Moreira, a finalidade dos embargos de divergência "é propiciar a uniformização da jurisprudência interna do tribunal quanto à interpretação do direito em tese." (Comentários ao Código de Processo Civil, 13ª ed., Forense, 2006, v. V). 3. Não são admissíveis embargos de divergência se o acórdão embargado aplica a Súmula 7/STJ para rejeitar a pretensão recursal, mas o paradigma apontado, contrariamente, enfrenta o mérito da questão discutida pelo Tribunal de origem. 4. Não cabe, em embargos de divergência, analisar possível acerto ou desacerto do acórdão embargado, mas tão só eventual dissídio entre teses jurídicas, a fim de uniformizar a interpretação do direito infraconstitucional no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (AgRg nos EREsp 840.567/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, Corte Especial, DJe 13.8.2010). Agravo regimental improvido. Processo AgRg nos EAg 1155027 / RJ - 2010/0082503-7; Relator(a): Ministro HUMBERTO MARTINS - Órgão Julgador: PRIMEIRA SEÇÃO - DJe 18/11/2011.

O primeiro ponto foi suscitado por José Saraiva²⁷⁴, o qual entendeu pela possibilidade de cabimento de embargos de divergência mesmo quando no acórdão embargado ou paradigma não foi conhecido, mas tenha sido apreciado o mérito recursal. O requisito central para o cabimento dos embargos de divergência é a concreta interpretação dissidente entre os julgados que enfrentem o mesmo dispositivo de lei federal.

Não se deve levar a dicotomia do conhecimento ao extremo para afastar a configuração da divergência, porque, não tendo sido conhecido o recurso, não ficaria evidente a apreciação de seu mérito. A aferição do exame deste deve ser restrita ao reconhecimento, expresso ou tácito, de ter havido ou não a violação apontada na interpretação do dispositivo de lei federal realizada pelo tribunal local.

O Superior Tribunal de Justiça chegou a reconhecer o cabimento de embargos de divergência em tais ocasiões, como é possível vislumbrar no julgado EREsp 106.914, de relatoria do Ministro Garcia Vieira, publicado em 04/12/2000, da Primeira Seção. Destaque para o voto do Ministro Francisco Peçanha Martins, quando informa que:

A um mesmo fato jurídico, duas soluções dadas: um não conhece e o outro sim. É evidente que há conflito. Não haveria conflito se a matéria se reduzisse a meras questões processuais, ou seja, de admissibilidade, como bem frisou o Sr. Ministro José Delgado. Mas, neste caso há uma decisão, pelo menos preliminar, de mérito. Não se conheceu por que, na matéria de mérito, ou seja, na questão de fundo, declarou-se que seria constitucional e por isso mesmo, da competência do Supremo Tribunal Federal. Parece-me que não se discute a questão preliminar de se saber se caberia ou não o recurso especial, mas de preliminar de mérito²⁷⁵.

Coerente o entendimento alcançado para evidenciar a finalidade dos embargos de divergência no voto externado, cabíveis quando duas conclusões distintas são dadas em uma mesma situação jurídica.

O segundo questionamento vai além. Ele foi levantado por Flávio Cheim Jorge²⁷⁶, ao entender que o cabimento dos embargos de divergência depende “da apreciação da mesma questão jurídica de forma distinta por dois órgãos do mesmo tribunal”.

Com efeito, no dissídio ocorrendo entre julgados que apreciaram o mérito de maneira diversa, não há discussão quanto ao cabimento. Todavia, a divergência ocorre quando a discussão gira

²⁷⁴ SARAIVA, José. *Recurso especial e o superior tribunal de justiça*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 394-395.

²⁷⁵ Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 15/01/2012.

²⁷⁶ JORGE, Flávio Cheim. *Embargos de divergência: alguns aspectos estruturais*. In RePro 190. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 32-33.

em torno de um requisito de admissibilidade, em que em um, o juízo foi positivo, e no outro, negativo.

Pensemos num exemplo: o acórdão recorrido não conhece do recurso especial porque faltou assinatura do advogado. Já no acórdão paradigma, o recurso especial foi conhecido – porque se permitiu fosse corrigida a irregularidade relativa a falta de assinatura – e teve, com isso, o seu mérito apreciado.

A divergência entre os julgados é latente, sendo necessário o cabimento dos embargos de divergência, pois foi exatamente a interpretação diversa que permitiu um dos acórdãos adentrar no mérito e o outro não. Por tais razões, o grau de cognição não poder ser “fator de inadmissibilidade, já que o juízo de admissibilidade não se confunde com juízo de mérito”²⁷⁷.

Exigir que os acórdãos embargado e paradigma possuam o mesmo grau de cognição não pode ser obstáculo capaz de impedir o enfrentamento de divergências relacionadas a um dos requisitos de admissibilidade, o qual foi interpretado diversamente entre os arestos.

Não se trata aqui de comparar acórdãos em que um seja relativo ao juízo de admissibilidade e outro seja relativo ao juízo de mérito, não só pela falta de cognição, mas muito além pela falta de similitude fática entre eles.

Em que pese tais construções, os Tribunais Superiores seguem pela procura de um critério único, afastando os acórdãos genericamente quando não conhecem do recurso, como meio de padronizar o procedimento de julgado, como forma de reduzir a proliferação de recursos naquelas Cortes.

Assim, a relevância na pacificação da jurisprudência interna decorre do fato de que os embargos de divergência interpostos contra arestos da Primeira e da Terceira Seção, tendo como paradigma outros da Segunda, podem não ser admitidos, exatamente porque aquelas adotam critério de conhecimento diverso desta. Logo, o paradigma, apesar de não conhecido, pode ter apreciado o mérito do recurso especial e ser considerado inválido para o confronto²⁷⁸.

Todavia, não podemos deixar de frisar que tal atitude, além de temerária, pode acarretar danos ao Direito, como também ao destinatário da norma, o qual verá seu recurso vencido sem ao

²⁷⁷ JORGE, Flávio Cheim. *Embargos de divergência: alguns aspectos estruturais*. In RePro 190. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 33.

²⁷⁸ SARAIVA, José. *Recurso especial e o superior tribunal de justiça*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 396.

menos ter uma real chance de ter seu mérito enfrentado, em que pese a existência de dissídio que deveria ser passível de embargos de divergência.

3.2.6 Competência em razão da matéria

Para o cabimento dos embargos de divergência, o acórdão paradigma não pode haver sido proferido por órgão que não mais possui competência para apreciar a matéria objeto de tais embargos.

A competência, para cabimento dos referidos embargos, deve ser atual em razão da matéria, apartando a possibilidade de paradigmas derivados de órgãos que não mais possuam competência para analisar a matéria em que encontra-se o dissídio. Neste sentido segue a doutrina²⁷⁹.

A questão se coloca principalmente em relação ao Superior Tribunal de Justiça. Por modificação em seu regimento interno, aquela Corte Superior alterou as competências de suas Seções, repartindo-as em razão da matéria.

Por conta disso, a Corte Especial editou a súmula 158, a qual segue *in 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 versada²⁸⁰”.

“Assim, caso o acórdão paradigma reflita entendimento acerca de dada matéria sobre a qual não mais tem competência para decidir a respectiva turma, é porque não há mais, entre os órgãos, posicionamentos divergentes²⁸¹”.

Atualmente, a questão não apresenta problemas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que aquela Corte, como estudado em capítulo anterior, possui duas Turmas,

²⁷⁹ OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Embargos de divergência*. In NERY JR, Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. Vol. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 150-151; SHIMURA, Sergio Seiji. *Embargos infringentes e seu novo perfil (Lei n° 10.352/2001)*. In MAZZEI, Rodrigo Reis (coord). Dos Recursos. vol. II. Vitória: Instituto Capixaba de Estudos, 2002, p. 422.

²⁸⁰ Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 15/01/2012.

²⁸¹ JORGE, Flávio Cheim. *Embargos de divergência: alguns aspectos estruturais*. In RePro 190. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 31.

com competência concorrente, o que nos permite assegurar que não há falar em perda de competência em razão da matéria.

Todavia, devemos sopesar os acórdãos proferidos antes da Constituição Federal de 1988, e consequentemente anteriores à criação do Superior Tribunal de Justiça, os quais igualmente não poderão ser apreciados como paradigma, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal não mais possui competência para apreciar matérias relacionadas às leis federais.

O mesmo raciocínio deve ser adotado para o extinto Tribunal Federal de Recursos. Assim entendeu Bernardo Pimentel Souza²⁸²:

Acórdão do extinto Tribunal Federal de Recursos também não serve como paradigma, por mais notória que seja divergência entre o aresto da antiga corte e o julgado do Superior Tribunal de Justiça. É que a corte criada pela Constituição de 1988 não é mera substituta do extinto tribunal. Sem dúvida, enquanto o antigo Tribunal Federal de Recursos desempenhava a missão de corte de segundo grau da Justiça Federal, o tribunal instituído pela Constituição atual é verdadeira corte superior. Daí a conclusão: precedente do extinto Tribunal Federal de Recursos não serve como paradigma para a interposição de embargos de divergência.

De fato, se a Turma que proferiu o julgado escolhido como paradigma deixou de ser competente para aventar sobre a matéria tratada no acórdão impugnado, “então o dissídio tornou-se de interesse apenas histórico, não mais reflete uma divergência atual entre os órgãos colegiados²⁸³”.

3.2.7 Atualidade da divergência

Os embargos de divergência apenas serão cabíveis quando ainda existir a divergência entre Turmas, até por uma razão óbvia, pois caso a matéria já tenha sido pacificada, não há conflito a ser sanado, inexistindo fundamento para os referidos embargos.

²⁸² SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 700.

²⁸³ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 155.

Assim segue a doutrina²⁸⁴, quando trata sobre o não cabimento dos embargos de divergência fundamentado em paradigma que possua matéria já superada no Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal.

Correto dizer que as súmulas 168, do STJ, e 247, do STF, também são aplicáveis ao acórdão paradigma, o que implica concluir que não são cabíveis embargos de divergência quando a jurisprudência do STJ se consolidou no sentido do acórdão paradigma, como também não serão cabíveis os referidos embargos quando houver jurisprudência firme do STF no sentido do aresto padrão.

Para Flávio Cheim Jorge²⁸⁵, o conflito ainda deve existir no âmbito do Tribunal em que se apresente o dissídio, para que haja fundamento para os embargos de divergência. O autor coerentemente conclui que “se a jurisprudência do tribunal já assentou entendimento no sentido do acórdão embargado, é porque não há mais conflito a ser resolvido”.

Marcelo Pires Torreão²⁸⁶ questiona a possibilidade de utilização de acórdão paradigma que surja após o julgamento do acórdão embargado, mas anterior o prazo para embargos de divergência.

Embora seja uma hipótese incomum, a questão foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal²⁸⁷. Para a Suprema Corte, o acórdão paradigma há de ser anterior ao acórdão embargado, caso contrário não haverá configuração da divergência jurisprudencial.

²⁸⁴ Nesse sentido: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Vol. 5: arts. 476 a 565*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 643; TORREÃO, Marcelo Pires. *Dos Embargos de Divergência: teoria e prática no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004, p. 146-148; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 153.

²⁸⁵ JORGE, Flávio Cheim. *Embargos de divergência: alguns aspectos estruturais*. In RePro 190. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 31.

²⁸⁶ TORREÃO, Marcelo Pires. *Dos Embargos de Divergência: teoria e prática no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004, p. 147-148.

²⁸⁷ Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. CONFIGURAÇÃO DO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. Conforme entendimento sedimentado no Supremo Tribunal Federal, são inadmissíveis embargos de divergência fundados em aresto posterior ao acórdão impugnado, pois não configurado o necessário dissídio jurisprudencial. Precedente: ERE 209.301, rel. Min. Carlos Velloso (DJ 23/8/2002). Embargos de divergência não conhecidos. RE 167058 ED-EDv / SP - SÃO PAULO; Relator(a): Min. ELLEN GRACIE; Julgamento: 24/06/2004; Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 15/01/2012.

Para Torreão²⁸⁸, as conclusões do Supremo Tribunal Federal inferem um rigor assoberbado quanto ao cabimento dos embargos de divergência. Entende que é perfeitamente plausível que a divergência se evidencie mediante qualquer aresto que venha a existir até o momento de interposição dos embargos, não ficando restrito ao julgamento do acórdão embargado. “Além do mais, nem o Código de Processo Civil nem os regimentos internos dos tribunais superiores fazem qualquer ressalva quanto à época em que o acórdão paradigma deve ter sido proferido”.

3.2.8 Acórdão rejeitado no recurso especial ou extraordinário

A doutrina²⁸⁹ ainda cuida de acórdãos apontados em recurso especial ou extraordinário como divergentes, mas rejeitados no julgado dos próprios recursos excepcionais, os quais não poderão ser suscitados em sede de embargos de divergência como paradigma, ante a impossibilidade de reiteração da alegação de divergência já afastada.

É a inteligência da Súmula 598, do STF, *in verbis*: “Nos embargos de divergência não servem como padrão de discordância os mesmos paradigmas invocados para demonstrá-la mas repelidos como não dissidentes no julgamento do recurso extraordinário”.

Sérgio Seiji Shimura²⁹⁰ enfatiza o papel uniformizador dos embargos de divergência, os quais não se prestam a reiterar ou invocar argumentos já rejeitados, uma vez que não é característica dos embargos de divergência o ter caráter infringente do julgado impugnado.

José Saraiva²⁹¹, ao justificar a referida súmula no âmbito do recurso especial, entende que, caso os arestos já tenham sido apreciados e afastados em sede de recurso especial, não é possível uma nova apreciação em sede de embargos, sob pena de reapreciação do próprio recurso especial, o que desvirtua a função uniformizadora dos embargos de divergência.

²⁸⁸ TORREÃO, Marcelo Pires. *Dos Embargos de Divergência: teoria e prática no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004, p. 148.

²⁸⁹ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 156; TORREÃO, Marcelo Pires. *Dos Embargos de Divergência: teoria e prática no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004, p. 142-143; SHIMURA, Sergio Seiji. *Embargos de Divergência*. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 421.

²⁹⁰ SHIMURA, Sergio Seiji. *Embargos de Divergência*. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 421.

²⁹¹ SARAIVA, José. *Recurso especial e o superior tribunal de justiça*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 405.

Exemplificando a esse respeito, segue Athos Gusmão Carneiro²⁹²:

Assim, pondo o tema no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, vamos supor que determinado aresto da 3ª Turma desta Corte foi trazido pela parte sucumbente a fim de fundamentar seu recurso especial pela alínea 'c'. A 4ª Turma, como colegiado julgador do REsp., negou a existência de dissídio e, assim, não conheceu do apelo por tal fundamento. Não pode o vencido renovar a alegação, e trazer à colação o mesmo decisório da 3ª Turma com objetivo de embasar embargos de divergência.

Cabe destaque o fato, no âmbito do próprio STF, da referida súmula ter sido absorvida pelo parágrafo único do art. 331, do RISTF, o qual dispunha *in verbis*: “Não serve para comprovar divergência acórdão já invocado para demonstrá-la, mas repelido como não dissidente no julgamento do recurso extraordinário”.

O referido dispositivo veio a ser revogado posteriormente pela Emenda Regimental n. 26, de 2008. Apesar disso, o entendimento criado por conta da Súmula 598, do STF, continua válido²⁹³, em que pese não ser mais um regramento constante no regimento interno daquela Suprema Corte.

Seguro concluir pela impossibilidade do emprego de acórdão paradigma já rejeitado no julgamento do recurso especial ou extraordinário, pois inviável a reiteração das alegações quanto à divergência afastada.

Ademais, a função uniformizadora dos embargos de divergência não se transmuda em reapreciação de dissídios já afastados no julgamento do recurso especial ou extraordinário. Não é característica dos referidos embargos a revisão, pois sendo recurso de estrito direito, o

²⁹² CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 156.

²⁹³ Neste sentido segue a jurisprudência do STJ: Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. INTERRUÇÃO DE SERVIÇO DE TELEFONIA. DANO MORAL. RECURSO ESPECIAL. DISSÍDIO NÃO RECONHECIDO. PRETENDIDA REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. MESMO PARADIGMA DO RECURSO ESPECIAL. INCIDÊNCIA, ADEMAIS, DA SÚMULA N.º 598 DO STF. 1. Os embargos de divergência não se prestam a mero reexame do juízo negativo de admissibilidade do recurso especial, que não reconheceu a existência de dissídio jurisprudencial. Precedentes. 2. Se não bastasse, vale ressaltar que o aresto trazido como paradigma nos embargos de divergência é exatamente o mesmo colacionado nas razões do recurso especial para demonstrar o pretensão dissídio, o qual já foi oportunamente rejeitado pelo acórdão embargado, sendo, portanto, imprestável para sustentar a renovação da insurgência em sede de embargos de divergência, consoante a jurisprudência consolidada neste Superior Tribunal de Justiça, e que se encontra cristalizada no verbete sumular n.º 598 do Supremo Tribunal Federal, *mutatis mutandis*: "Nos embargos de divergência não servem como padrão de discordância os mesmos paradigmas invocados para demonstrá-la mas repelidos como não dissidentes no julgamento do recurso extraordinário." 3. Agravo regimental desprovido. Processo AgRg nos EREsp 1142908 / MA; Relator(a): Ministra LAURITA VAZ; Órgão Julgador: CORTE ESPECIAL - DJe 21/11/2011.

papel precípua é dissipar possíveis divergências internas nas Cortes Superiores, e não imediatamente revisar o julgamento ocorrido no acórdão embargado.

3.2.9 Similitude fática e dissidência jurídica

Como já aventado em diversas oportunidades na presente pesquisa, os embargos de divergência visam dirimir o dissídio entre julgados que possuam teses jurídicas equivalentes, todavia com resultados díspares, por conta de uma interpretação da norma federal ou constitucional realizada de maneira diversa. Nas sábias lições de Barbosa Moreira²⁹⁴, podemos extrair que “a decisão invocada como padrão precisa ter consagrado *tese* inconciliável com a daquela que se quer embargar”. (grifo no original)

O embargante deve comparar analiticamente os acórdãos embargado e paradigma, pontuar todas as nuances de ambos os arestos, revelar as desigualdades e principalmente os pontos que comprovam a equivalência entre os julgados, nos quais deverá residir a discórdia interpretativa.

Isso porque as circunstâncias fáticas que fundamentam o acórdão embargado devem ser idênticas no acórdão paradigma, ou seja, o objeto a ser comparado deve ser igual, principalmente quanto à norma jurídica empregada. A divergência se apresentará exatamente na interpretação da norma jurídica de modo diverso no acórdão embargado e no acórdão paradigma.

É o chamado confronto analítico²⁹⁵, técnica empregada nos embargos de divergência capaz de comparar, com a devida precisão, as questões de fato e de direito que são idênticas umas as outras, que, entretanto, recebeu de soluções dessemelhantes.

Oreste Nestor de Souza Laspro²⁹⁶, tratando sobre a similitude fática e da dissidência jurídica, entendeu que, “em outras palavras, para que a parte possa interpor embargos de divergência é

²⁹⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Vol. 5: arts. 476 a 565*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 643.

²⁹⁵ Ou cotejo analítico, conforme Araken de Assis. Em ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 844-845.

²⁹⁶ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *O objeto dos embargos de divergência*. In RePro 186. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 28.

necessário que faça a prova de que, em situações juridicamente idênticas, a norma federal ou constitucional foi interpretada de forma antagônica”.

De fato, para comprovar a divergência, necessário demonstrar, de maneira objetiva e analítica, a interpretação diversa do texto federal ou constitucional dentro de um só contexto. Não basta tratar genericamente sobre um determinado tema, apenas com a transcrição de ementas dos acórdãos comparados.

As ementas, de caráter obrigatório em todos os acórdãos, se traduzem na síntese da tese jurídica empregada no julgamento do recurso. Todavia, a experiência revelou um problema em confiar somente nas ementas, as quais, muitas vezes não expressavam a devida precisão necessária para a verdadeira compreensão do julgado.

Araken de Assis²⁹⁷ suscita uma mudança nessa compreensão:

(...) nos últimos tempos, passou-se a redigir ementas analíticas e excessivamente extensas, divididas em vários itens, contendo excertos doutrinários e indicando precedentes jurisprudenciais, em alguns casos com o número do recurso e o nome do relator. Em tal contingência, contendo a ementa todos os dados necessários para confrontar o acórdão embargado com o paradigma, a respectiva transcrição atenderá ao pressuposto da regularidade formal.

Ao tratar sobre a necessidade de similitude entre os julgados, Sérgio Seiji Shimura²⁹⁸ exemplifica que não basta confrontar dois acórdãos que tratem genericamente sobre o tema *direito adquirido*, devendo o embargante ratificar a similitude fática na aplicação da norma entre os arestos. Em outro exemplo, externa:

A Administração, por ato administrativo, equipara certa categoria de funcionários à outra. Depois, verificando que é conveniente a diminuição de despesas (mera *conveniência* administrativa), procede à *revogação* do primeiro. Debatida a causa em juízo, o tribunal vem a dar razão aos funcionários equiparados, garantindo-se-lhes os benefícios consagrados no ato administrativo (revogado). Neste contexto, não cabe invocar – como acórdão-paradigma – uma decisão que envolva *anulação* do ato administrativo (por *ilegalidade*), pois neste caso não há falar em preservação de eventuais direitos gerados durante a vigência do ato *anulado* (Súm. 473 do STF). (grifos no original)

²⁹⁷ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 844.

²⁹⁸ SHIMURA, Sérgio Seiji. *Embargos de Divergência*. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 424.

Athos Gusmão Carneiro²⁹⁹ ainda suscita a questão da divergência notória, considerada em certas situações pelo Superior Tribunal de Justiça. De uma maneira não formalista, aquela Corte Superior entendeu dispensável a comprovação da divergência, tendo em vista ser esta notória no Tribunal, entendendo pela mera transcrição de trechos em que se apresente a divergência, mediante expressa referência dos acórdãos confrontados³⁰⁰.

Diante de todo o exposto, é possível concluir que o fundamento jurídico no acórdão embargado deve ser objeto no acórdão paradigma. Em outras palavras, não caberá embargos de divergência quando os acórdãos comparados se apoiem em fundamentos jurídicos diversos.

²⁹⁹ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 158.

³⁰⁰ Neste sentido, segue jurisprudência daquela Corte Superior: Ementa: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. COMPROVAÇÃO DO DISSÍDIO. PROVA DE ATIVIDADE RURÍCOLA EM REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. MENOR DE 14 ANOS. CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS. POSSIBILIDADE. I - Em se tratando de matéria por demais conhecida da Egrégia Seção, dispensáveis se mostram maiores exigências formais na comprovação da divergência, bastando a transcrição de ementas. Precedente. II - In casu, ao tempo da prestação dos serviços - entre 17.08.68 e 31.12.69 - vigorava o art. 165, inciso X, da CF/67, repetido na E.C. nº 1/69, que admitia o trabalho do menor a partir dos 12 (doze) anos. III - Reconhecendo a Lei 8.213/91, art. 55, § 2º, o tempo de serviço rural pretérito, sem contribuição, para efeitos previdenciários - não para contagem recíproca - não podia limitar aos 14 (quatorze) anos, sem ofensa à Norma Maior. É que o tempo de serviço, para fins de aposentadoria, é disciplinado pela lei vigente à época em que efetivamente prestado, passando a integrar, como direito autônomo, o patrimônio jurídico do trabalhador. IV - Comprovada a atividade rurícola de menor de 14 anos, antes da Lei 8.213/91, impõe-se seu cômputo para fins previdenciários. A proibição do trabalho aos menores de catorze anos foi estabelecida pela Constituição em benefício do menor e não em seu prejuízo. V - Embargos acolhidos. Processo EREsp 329269 / RS - 2002/0048420-8; Relator(a): Ministro GILSON DIPP; Órgão Julgador: TERCEIRA SEÇÃO; DJ 23/09/2002 p. 221. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 15/01/2012.

4. PROCEDIMENTO DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

De acordo com o parágrafo único do art. 546, do Código de Processo Civil, o procedimento dos embargos de divergência consta regulamentado nos regimentos internos do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

O prazo de interposição dos embargos de divergência é de quinze dias, conforme o disposto no art. 508, do CPC³⁰¹. O recurso deve ser apresentado no protocolo da secretaria do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

A tempestividade do recurso será aferida pela data em que a petição é protocolada na secretaria do Tribunal. Ainda que enviado pelo serviço de correio, o que valerá será a data da apresentação no protocolo, e não a data da postagem. Assim segue o posicionamento sumulado do Superior Tribunal de Justiça, de acordo com a súmula 216³⁰².

A petição recursal dos embargos de divergência pode ser encaminhada por fac-símile de transmissão de dados. Neste caso, os originais necessariamente deverão ser apresentados em até cinco dias após o decurso do prazo recursal, por determinação legal constante no artigo 2º, caput, da Lei 9.800/99³⁰³.

A Lei 11.419, de 2006³⁰⁴, instituiu a informatização do processo judicial. O art. 2º, da lei permitiu o envio do recurso por meio eletrônico, mediante o uso de assinatura eletrônica, desde que haja prévio credenciamento do interessado. Ainda, por força do parágrafo único do

³⁰¹ “Art. 508. Na apelação, nos embargos infringentes, no recurso ordinário, no recurso especial, no recurso extraordinário e nos embargos de divergência, o prazo para interpor e para responder é de 15 (quinze) dias”. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em 26/01/2012.

³⁰² Súmula 216, STJ. “A tempestividade de recurso interposto no Superior Tribunal de Justiça é aferida pelo registro no protocolo da secretaria e não pela data da entrega na agência do correio”. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 26/01/2012.

³⁰³ “Art. 2º. A utilização de sistema de transmissão de dados e imagens não prejudica o cumprimento dos prazos, devendo os originais ser entregues em juízo, necessariamente, até cinco dias da data de seu término”. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9800.htm. Acesso em 26/01/2012. Assim segue a jurisprudência no STF: Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. INTEMPESTIVOS. FAC-SÍMILE. TRASLADO DEFICIENTE. 1. Intempestivos os embargos de divergência interpostos via fac-símile, porquanto os originais somente ingressaram formalmente no Tribunal após o quinquídio previsto no artigo 2º, caput, da Lei 9.800/99. 2. Agravo regimental improvido. AI 709440 ED-AgR-EDv-AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL - Relator(a): Min. ELLEN GRACIE; Julgamento: 18/08/2010; Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 26/01/2012.

³⁰⁴ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11419.htm. Acesso em 26/01/2012.

art. 3º, do referido texto legal, será considerado tempestivo o recurso enviado até vinte e quatro horas do último dia do prazo recursal.

O prazo, como não poderia ser diferente, será contado a partir da publicação do acórdão embargado³⁰⁵, o que nos assegura afirmar que serão intempestivos os embargos de divergência interpostos após o decurso do referido prazo, como também interpostos antes da publicação do acórdão embargado.

A segunda hipótese retrata o recurso prematuro, os quais não serão conhecidos quando interpostos antes da publicação do aresto a que se pretenda embargar em meio oficial, a não ser que venham a ser ratificados pelo embargante no prazo de quinze dias após a publicação do aresto embargado³⁰⁶. “O direito brasileiro não conhece o recurso *ante tempus* contra decisão não definitiva a respeito da qual se fez reserva³⁰⁷”.

³⁰⁵ Araken de Assis atenta para a intimação eletrônica instituída pela Lei 11.419, de 2006, que deverá ser considerada pessoal, inclusive para Fazenda Pública. “Considera-se publicada a intimação do provimento impugnável, reza o art. 4º, § 3º, no dia útil seguinte àquele em que o órgão judiciário divulgar a informação no Diário da Justiça eletrônico, fluindo o prazo, ademais, no ‘primeiro dia útil que seguir ao considerado como data da publicação’ (art. 4º, § 4º)”. O autor explica ainda que o advogado pode optar em se cadastrar para tal finalidade, situação em que as intimações poderão ser realizadas no portal próprio. A intimação será considerada realizada na data da consulta e, em caso de ultrapassados 10 dias sem que essa se realize, será a partir de tal período computado o prazo recursal automaticamente. Caso a consulta seja realizada em dia considerado não útil, será considerado o primeiro dia útil subsequente para efeitos de intimação. ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 842-843.

³⁰⁶ Neste sentido segue a jurisprudência do STF e STJ, respectivamente: EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. OPOSIÇÃO ANTERIOR À PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO EMBARGADO. AUSÊNCIA DE RATIFICAÇÃO. EMBARGOS PREMATUROS. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a simples notícia do julgamento não fixa o termo inicial da contagem do prazo recursal, de forma que o recurso interposto antes da publicação do acórdão recorrido é prematuro, a menos que seja posteriormente ratificado. II – Agravo regimental improvido. RE 449671 AgR-EDv-AgR / CE – CEARÁ - Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Julgamento: 18/11/2010; Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 26/01/2012; Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. INTERPOSIÇÃO DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ANTES DO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NECESSIDADE DE REITERAÇÃO, SOB PENA DE SER CONSIDERADO EXTEMPORÂNEO. AUSÊNCIA, NA ESPÉCIE, DA INDISPENSÁVEL RATIFICAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Firmou-se no Superior Tribunal de Justiça orientação segundo a qual são prematuros, e necessitam de ratificação, os embargos de divergência interpostos antes do julgamento dos embargos de declaração. 2. Na espécie, após publicado o acórdão dos embargos de declaração, o prazo recursal fluíu integralmente sem que as embargantes houvessem ratificado os embargos de divergência. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. Processo AgRg nos EREsp 897842 / RS - Relator(a): Ministro CELSO LIMONGI; Órgão Julgador: S3 - TERCEIRA SEÇÃO; DJe 18/05/2011. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 26/01/2012.

³⁰⁷ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais – Teoria geral dos recursos*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 290.

O recurso deve interposto com as devidas razões recursais, pedido de novo julgamento, e endereçamento ao presidente competente para sua apreciação, de acordo com os incisos do art. 541, CPC, que deve ser aplicado analogicamente aos embargos de divergência.

Nas razões recursais, o embargante demonstrará, de maneira objetiva e analítica, a divergência na interpretação do direito entre os arestos confrontados, transcrevendo precisamente os trechos que demonstram a semelhança fática e os resultados jurídicos díspares entre o acórdão embargado e acórdão paradigma.

“Além da demonstração da divergência com o cotejo analítico dos acórdãos confrontados o bojo da petição recursal, também é imprescindível a comprovação do dissenso jurisprudencial³⁰⁸”.

Não apenas deve ser o confronto analítico devidamente acurado, impende também ao embargante fazer suficientemente prova da divergência, mediante apresentação de certidão de inteiro teor, cópia autenticada do acórdão paradigma anexada ao recurso ou citação da fonte oficial ou repositório autorizado em que foi publicado o precedente, ainda que disponível por meio de mídia eletrônica³⁰⁹.

“Impõe-se, então, apresentar o nome do repositório (v.g., *RTSTF*), o número do volume (v.g., v. 135) e do tomo (v.g., t. 2), as páginas (v.g., p. 112-114), o nome da editora (v.g., Imprensa Oficial) e o ano (v.g., 2005)³¹⁰”.

³⁰⁸ SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 702.

³⁰⁹ No STF, essa é a inteligência do art. 331, do RISTF: “Art. 331. A divergência será comprovada mediante certidão, cópia autenticada ou pela citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que tiver sido publicada a decisão divergente, ou ainda pela reprodução de julgado disponível na internet, com indicação da respectiva fonte, mencionando, em qualquer caso, as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Regimento Interno*: [atualizado até fevereiro de 2010] – consolidado e atualizado até maio de 2002 por Eugênia Vitória Ribas. Brasília: STF, 2010, p. 153; Ainda, o parágrafo único do art. 541, CPC, aplicado analogicamente aos embargos de divergência: “Art. 541. (...) Parágrafo único. Quando o recurso fundar-se em dissídio jurisprudencial, o recorrente fará a prova da divergência mediante certidão, cópia autenticada ou pela citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que tiver sido publicada a decisão divergente, ou ainda pela reprodução de julgado disponível na Internet, com indicação da respectiva fonte, mencionando, em qualquer caso, as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados”. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em 26/01/2012.

³¹⁰ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 845.

A petição deve ser assinada por advogado devidamente constituído, mediante procuração nos autos, ou também por procuração, bem como substabelecimento, acostado aos embargos de divergência.

A falta de instrumento procuratório acarreta o não conhecimento dos referidos embargos. Pertinente destacar que a súmula 115, do STJ³¹¹, também se aplica aos embargos de divergência, por também ser tipo recursal interposto em instância especial.

O embargante deverá fazer prova do preparo no ato de interposição dos embargos de divergência, atrelando à petição do recurso a guia de recolhimento, sob pena de deserção, por força do art. 511, CPC.

O regimento interno do Superior Tribunal de Justiça alterou seu art. 112, o qual previa embargos de divergência independentemente de preparo, o que nos levava a compreender pela não aplicação da pena de deserção na referida modalidade recursal.

Neste ponto, impende citar que o art. 511, do CPC, já previa a exigência de prova da realização de preparo, quando este fosse exigido por lei específica. No entanto, o fato da Corte Superior conter regramento regimental sobre a desnecessidade de preparo, desencadeou discussão na doutrina sobre a carga normativa do enunciado proveniente de regimento.

Araken de Assis³¹² suscitou dúvidas quanto à possibilidade do art. 112, do RISTJ se moldar nos preceitos a que se refere o art. 511, do CPC, entendendo que quando este dispositivo legal refere-se à “legislação”, o faz no sentido da lei formal, seja ela estadual ou federal, mas não norma regimental. “E não cabe invocar, a esse propósito, a remissão do art. 546, parágrafo único. O preparo não se refere ao ‘procedimento’, reservado ao domínio das normas regimentais, vez que se cuida de condição de admissibilidade”.

³¹¹ Súmula 115, STJ: “Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos”. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 26/01/2012.

³¹² ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 846.

Todavia, a referida regra regimental veio a ser alterada pela Emenda Regimental nº 9, de 2008, passando a prever: “Art. 112. No Tribunal, serão devidas custas nos processos de sua competência originária e recursal, nos termos da lei³¹³”.

A alteração foi impulsionada pela Lei 11.636, 28 de dezembro de 2007, a qual dispôs sobre custas judiciais devidas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, nos processos de competência originária ou recursal.

Já o regimento interno do Supremo Tribunal Federal prevê expressamente a necessidade de preparo para os referidos embargos³¹⁴. Sobre o assunto, inclusive no que se refere ao regramento do citado art. 511, CPC, Araken de Assis³¹⁵ comenta que o regimento interno do Supremo foi recepcionado com qualidade de lei em sentido formal pela Constituição Federal de 1988, razão pela qual a determinação contida no referido dispositivo processual encontra-se satisfeita.

Considerando ainda que o § 3º do art. 335, do RISTF, foi revogado pela Emenda Regimental n. 24 de 2008, aliado ao conteúdo do *caput* do art. 511, CPC, fica assim fundamentada a determinação ao embargante do dever de comprovar o preparo no ato de interposição, sob pena de deserção, não havendo qualquer prazo posterior para o preparo³¹⁶.

O preparo apenas deixa de ser exigível ante a gratuidade da justiça. Estando o embargante amparado pelas benéficas da justiça gratuita, a ele não é cabível a obrigação do pagamento do preparo, ainda que nas Cortes Superiores, não sendo necessária sua comprovação³¹⁷.

³¹³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça*. Organizado pelo Gabinete do Ministro Diretor da Revista – Brasília: STJ, 2012, p. 61.

³¹⁴ Art. 335, § 2º, RISTF. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Regimento Interno*: [atualizado até fevereiro de 2010] – consolidado e atualizado até maio de 2002 por Eugênia Vitória Ribas. Brasília: STF, 2010, p. 155.

³¹⁵ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 846.

³¹⁶ Ementa: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PREPARO. AUSÊNCIA. DESERÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I – A jurisprudência desta Corte está pacificada no sentido de que o preparo dos embargos de divergência deve ser comprovado no ato da interposição do recurso, sob pena de deserção. II – Inaplicabilidade da isenção de custas prevista no art. 128 da Lei 8.213/1991, na sua redação original, visto que o referido dispositivo foi derogado pela Lei 10.099/2000. III – Agravo regimental improvido. AI 649113 AgR-ED-EDv-AgR / MG - MINAS GERAIS - Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI; Julgamento: 06/10/2011; Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 26/01/2012.

³¹⁷ Neste sentido, segue a jurisprudência do STF: EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. DESNECESSIDADE DE PREPARO. BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA. EMBARGOS PREMATUROS. AUSÊNCIA DE RATIFICAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I – O beneficiário de justiça gratuita não necessita comprovar o recolhimento do preparo para

Os embargos de divergência não possuem efeito suspensivo, tendo em vista que o acórdão a que se presta a embargar deriva de recurso extraordinário ou especial, os quais não detêm carga suspensiva, sendo recebido apenas no efeito devolutivo.

Interpostos os embargos de divergência no protocolo da secretaria do Tribunal, ou pelo meio eletrônico, a petição será anexada aos autos independentemente de despacho, como dispõem os artigos 334, RISTF, e 266, § 2º, do RISTJ³¹⁸.

Ato contínuo, é realizado o sorteio e a distribuição dos embargos de divergência ao relator designado. O art. 548, do CPC, nos direciona para os regimentos internos dos Tribunais Superiores, sempre em observação aos princípios da publicidade, alternatividade e do sorteio.

No STF, o regramento regimental nos informa que, se o aresto embargado derivar de uma Turma, a distribuição será realizada entre os Ministros da outra Turma. É a inteligência do art. 76, primeira parte, do RISTF. No mesmo sentido segue o art. 78, primeira parte, do RISTJ. Convém, dessa forma, afirmar que o julgador que tenha atuado no julgamento do aresto embargado geralmente não será posto a sorteio como relator nos referidos embargos.

Conclusos os autos ao relator sorteado, será por este realizado o juízo de admissibilidade dos embargos de divergência, mediante a análise dos requisitos necessários do referido recurso, de acordo com o art. 335, do RISTF, e § 3º, do art. 266, RISTJ.

Neste ponto, o relator analisará, com base no referido § 3º, do art. 266, RISTJ, três motivos pelos quais o recurso de embargos de divergência possa ser liminarmente inadmitido: i) for intempestivo; ii) ser contrário a súmula do Tribunal; ou iii) não ficar configurada a divergência jurisprudencial. O mesmo raciocínio se aplica ao Supremo Tribunal Federal.

oposição de embargos de divergência. II - A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é extemporâneo o recurso interposto antes da publicação do acórdão recorrido, sem que haja a devida ratificação do ato. III – Agravo regimental improvido. RE 346566 AgR-AgR-EDv-AgR / RJ - RIO DE JANEIRO - Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI; Julgamento: 18/11/2010; Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 26/01/2012.

³¹⁸ “Art. 334. Os embargos de divergência e os embargos infringentes serão opostos no prazo de quinze dias, perante a Secretaria, e juntos aos autos, independentemente de despacho”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Regimento Interno*: [atualizado até fevereiro de 2010] – consolidado e atualizado até maio de 2002 por Eugênia Vitória Ribas. Brasília: STF, 2010, p. 154; “Art. 266. (...) § 2º Os embargos serão juntados aos autos independentemente de despacho e não terão efeito suspensivo”. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça*. Organizado pelo Gabinete do Ministro Diretor da Revista – Brasília: STJ, 2012, p. 94.

Os requisitos se demonstram vinculados às condições de admissibilidade dos recursos, com uma ressalva sobre o último pressuposto. Diante disso, o relator deverá avaliar todos os pressupostos de admissibilidade, ou seja, verificar se o preparo foi realizado corretamente, se o embargante possui legitimidade para recorrer, se não há fato impeditivo ou extintivo quanto ao poder de recorrer e, ainda, se o recurso se enquadra nas hipóteses de cabimento.

A decisão do relator que não admitir os embargos de divergência é impugnável por agravo interno, no prazo de cinco dias, de acordo com o art. 39, da Lei 8.038/1990, que se encontra ainda em vigor³¹⁹. Sobre o julgamento do relator neste ponto, cumpre destacar que, para Bernardo Pimentel Souza³²⁰, não há falar na competência atrelada ao art. 557, CPC.

Realmente, tendo em vista a ausência da necessária intimação do embargado para apresentação de impugnação, é vedado ao relator proferir decisão monocrática de provimento imediato do recurso. Na verdade, a fase processual estudada é a do primeiro juízo de admissibilidade, quando compete ao relator verificar apenas e tão-somente os pressupostos recursais. Com efeito, a prolação de decisão monocrática de mérito pelo relator depende da admissão do recurso, da intimação do embargado e da apresentação de impugnação ou do decurso *in albis* do prazo para resposta.

Em sentido contrário, Araken de Assis³²¹ entende que preenchidos os requisitos de admissibilidade, “o relator poderá julgar o mérito, provendo ou desprovendo o recurso, nos termos do art. 557, caput e § 1-A, do CPC (...)”.

Convencionamos, todavia, compreender pela primeira posição, visto que somente depois de cumpridas as etapas de admissão do recurso, intimação do embargado e apresentação ou não da resposta por este, o relator poderia lançar mão do art. 557, CPC, para proferir decisão monocrática de mérito, ainda mais se for contrária ao embargado, como forma de prevalência das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, o que também gera discussão a ser tratada mais adiante.

³¹⁹ Neste sentido: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Vol. 5: arts. 476 a 565*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, P. 644.

³²⁰ SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 709. Neste sentido também: TORREÃO, Marcelo Pires. *Dos Embargos de Divergência: teoria e prática no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004, p. 70-71; JORGE, Flávio Cheim. *Embargos de divergência: alguns aspectos estruturais*. In RePro 190. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 34.

³²¹ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 851.

Admitidos os embargos de divergência, mediante o preenchimento dos requisitos de admissibilidade, o relator declarará os efeitos em que recebe o recurso e abrirá vista ao embargado para responder, isto é, para apresentar impugnação aos referidos embargos.

O regramento para abertura de vista ao embargado para impugnar o recurso está contido no art. 267, do RISTJ, o qual prevê o prazo de quinze dias para tanto. Já no RISTF, o regramento encontra-se descrito no art. 335, § 2º, expressando, todavia o prazo de dez dias. No entanto, o já citado art. 508, do CPC, com redação alterada pela Lei 8.950/1994, prevê o prazo de quinze dias, tanto para interpor quanto para responder, os embargos de divergência, estando por tal razão revogado o regramento regimental do RISTF.

“A resposta do embargado controverterá a admissibilidade, com ênfase especial na demonstração e na comprovação da divergência, e o mérito do recurso, evidenciando o acerto da tese jurídica fixada no acórdão embargado³²²”.

Pelo § 4º, do art. 266, RISTJ, o Ministério Público terá vista dos autos quando for necessária sua participação. Pela disposição regimental, apenas seria necessário abrir vista ao *Parquet* nas hipóteses em que obrigatoriamente deva intervir, o que nos leva a crer que apenas haverá intervenção do Ministério Público quando a matéria adstrita aos embargos de divergência referir-se ao constante no art. 82, do CPC³²³.

Todavia, a intervenção do Ministério Público no Supremo Tribunal Federal denota maior rigidez, quando o dispositivo da Constituição Federal expressamente vincula a manifestação do *Parquet* em todos os procedimentos de competência daquela Corte Suprema, no § 1º, segunda parte, do art. 103, CF/1988³²⁴.

³²² ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 851.

³²³ “Art. 82. Compete ao Ministério Público intervir: I - nas causas em que há interesses de incapazes; II - nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade; III - nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte”. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em 26/01/2012.

³²⁴ “Art. 103. (...) § 1º O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal”. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 26/01/2012.

O prazo para o Ministério Público se manifestar, mediante parecer escrito, é de vinte dias, como descrito no mencionado § 4º, do art. 266, do regimento interno do Superior Tribunal de Justiça.

Bernardo Pimentel Souza³²⁵ suscita a impossibilidade de embargos de divergência pela via adesiva, razão pela qual “não é admissível a apresentação do recurso no prazo para a resposta aos embargos interpostos pela parte contrária. É o que revela a interpretação a **contrario sensu** do artigo 500, inciso II, do Código”.

Impende também destacar que não há revisão no procedimento dos embargos de divergência³²⁶. O art. 551, do CPC, não faz menção aos embargos de divergência, como também não o fazem o art. 546, do diploma processual, e os regramentos regimentais, artigos 23, do RISTF, e 35, do RISTJ.

4.1 O JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA

Após a admissão do recurso, de acordo com o parágrafo único do art. 267, do regimento interno do Superior Tribunal de Justiça, com ou sem resposta do embargado, os autos serão conclusos ao relator designado, que poderá pedir sua inclusão em pauta de julgamento.

Neste ponto vale destacar o que descreve o regimento interno da Suprema Corte, no § 1º, do art. 335, ao disciplinar que, uma vez admitidos os embargos de divergência pelo relator, este não poderá se retratar para inadmiti-los. No âmbito do STJ não existe regramento semelhante.

Araken de Assis³²⁷ entende que tal determinação regimental foi revogada pelo disposto no art. 518, § 2º, CPC, que prevê o princípio da revogabilidade do juízo positivo de admissibilidade. Imaginar a permanência da rigorosidade do citado regramento seria violar o princípio da economia jurídica.

³²⁵ SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 701.

³²⁶ Neste sentido: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Vol. 5: arts. 476 a 565*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, P. 644; SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 711.

³²⁷ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 852.

“Atribuída ao juiz de primeiro grau, situado na base da hierarquia judiciária, a faculdade de revogar o juízo positivo, de resto faculdade inerente ao conhecimento *ex officio* de questões desse jaez, não se pode recusar idêntica faculdade ao ministro do tribunal superior”.

Surge, então, um questionamento crucial: Seria possível o julgamento monocrático do recurso de embargos de divergência neste ponto? O art. 557, do CPC, se aplica a essa modalidade recursal?

Bernardo Pimentel Souza³²⁸, ao tratar sobre o tema, vislumbrando as normas processuais, entende que, “diante da inexistência de preceito específico em sentido contrário no Capítulo IV do Título X do Livro I do Código de Processo Civil, tudo indica que o artigo 557 do genérico Capítulo VII também alcança o ‘recurso’ de embargos de divergência”.

Marcelo Pires Torreão³²⁹, no mesmo sentido, verifica a viabilidade de aplicação do art. 557, CPC, nos referidos embargos. “De fato, esse artigo encontra-se previsto em capítulo genérico do Código de Processo Civil e não há nesse diploma qualquer óbice para sua aplicação no recurso de embargos de divergência”.

Araken de Assis crê que, neste ponto, o relator poderia reexaminar os critérios de admissibilidade, como também julgar o mérito do recurso com base no artigo 557, caput e § 1º-A, do CPC, ou ainda pedir dia para julgamento.

Esse tem sido o entendimento das Cortes Superiores ao julgarem os embargos de divergência monocraticamente, seja para retratação da admissibilidade, seja enfrentando o efetivo mérito dos embargos de divergência.

Todavia, a questão merece apontamentos. Pelo já citado art. 557, do CPC, pode o relator negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrário à súmula ou jurisprudência dominante, como também dar provimento ao recurso caso a decisão recorrida for manifestamente contrária à súmula ou jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores.

³²⁸ SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 710.

³²⁹ TORREÃO, Marcelo Pires. *Dos Embargos de Divergência: teoria e prática no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004, p. 73.

Quanto às questões de admissibilidade, correto entender pelo julgamento monocrático, até por prevalência dos princípios de economia e celeridade processual, pois extirpa de dúvidas que o aresto alcançado pelo colegiado correspondente não seria diferente do exarado pelo relator na decisão singular.

O problema ocorre no juízo de mérito do recurso, em que se permite ao relator julgar, isoladamente, o mérito recursal, modificando uma decisão colegiada por um julgado monocrático.

Flávio Cheim Jorge³³⁰ questiona a segurança em se alcançar o entendimento de uma Corte na sua totalidade mediante um julgamento monocrático. “Aqui, é importante ter a exata compreensão de que, na medida em que adentra na análise do mérito do recurso, *a decisão do relator substitui a decisão recorrida*”. (grifos no original)

Não podemos deixar de lembrar a finalidade dos embargos de divergência, os quais visam a uniformizar o entendimento da Corte como um todo, intento que pode restar prejudicado quando externado apenas o entendimento de um único julgador.

Fato é que não há no Código de Processo Civil ou nos regimentos internos dos Tribunais Superiores regramento específico sobre o julgamento monocrático no que se refere aos embargos de divergência. Ainda, no art. 557, CPC, há delimitação taxativa para as hipóteses passíveis de julgamento monocrático, prevendo recurso de agravo interno contra a referida decisão.

Mesmo com as alegações de que as hipóteses do art. 557 são restritivas e expressas, bem como a existência de impugnação por agravo interno contra tal decisão singular, “ainda assim, ao nosso ver, mostra-se impensável que possa uma decisão monocrática substituir julgamento de um órgão colegiado. Mormente, nunca é demais repetir, quando essa decisão deva refletir o entendimento do Tribunal como um todo³³¹”.

³³⁰ JORGE, Flávio Cheim. *Embargos de divergência: alguns aspectos estruturais*. In RePro 190. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 35.

³³¹ JORGE, Flávio Cheim. *Embargos de divergência: alguns aspectos estruturais*. In RePro 190. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 35.

Não sendo hipótese de julgamento monocrático, o relator pedirá a inclusão dos embargos de divergência na pauta para julgamento, por força do parágrafo único do art. 267, do regimento interno do Superior Tribunal de Justiça. No Supremo Tribunal Federal, aplica-se a regra genérica do art. 21, X, do regimento interno de sua Corte, que também dispõe sobre a atribuição do relator em pedir dia para julgamento.

Ato contínuo, os autos são apresentados ao presidente, o qual designará dia para julgamento. Após a designação do dia, o presidente ordenará a publicação da pauta em órgão oficial de imprensa, a qual também será afixada na entrada da sala a ser realizada a sessão de julgamento. Nota-se a necessidade de espaço de pelo menos 48 horas entre a publicação da pauta e a sessão de julgamento³³².

Barbosa Moreira³³³ informa que o julgamento será considerado nulo quando “realizado sem prévia publicação da pauta, ou antes de 48 horas a partir da publicação”, apesar de não existir expressamente na legislação tal cominação. Ainda, no caso de omissão de dados na pauta, seja o nome de alguma das partes, ou de seus advogados, ou de qualquer outro dado inerente aos embargos de divergência, a pauta deve ser republicada, com a devida supressão da falha, antes das 48 horas, para que o recurso possa ser validamente julgado na sessão.

No Supremo Tribunal Federal, a competência para julgamento dos embargos de divergência contra acórdão exarado por Turma é do Pleno, de acordo com o art. 6, IV, do Regimento Interno daquela Suprema Corte.

No Superior Tribunal de Justiça, a competência para julgamento dos embargos de divergência será da Corte Especial, quando a divergência for entre Turmas de Seções diversas, ou entre Turma e outra Seção ou com a própria Corte Especial, bem como será da Seção competente quando a divergência for entre as Turmas desta ou entre a Turma e a própria Seção³³⁴.

³³² É a inteligência do art. 552 e parágrafos, do CPC, *in verbis*: “Art. 552. Os autos serão, em seguida, apresentados ao presidente, que designará dia para julgamento, mandando publicar a pauta no órgão oficial. § 1º Entre a data da publicação da pauta e a sessão de julgamento mediará, pelo menos, o espaço de 48 (quarenta e oito) horas. § 2º Afixar-se-á a pauta na entrada da sala em que se realizar a sessão de julgamento. § 3º Salvo caso de força maior, participará do julgamento do recurso o juiz que houver lançado o “visto” nos autos”. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em 30/01/2012. O prazo de 48hs também está descrito nos artigos 83, do RISTF, e 90, do RISTJ.

³³³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Vol. 5: arts. 476 a 565*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 661.

³³⁴ É a inteligência dos artigos 11, inciso XIII, 12, parágrafo único, inciso I, e 266, todos do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, o último *in verbis*: “Art. 266. Das decisões da Turma, em recurso especial,

O julgamento dos embargos de divergência segue os regramentos disciplinados pela regra geral, não possuindo diferenciações. Araken de Assis³³⁵ suscita algumas variações solenes quanto ao julgamento nos Tribunais Superiores, como o anúncio da entrada dos ministros no recinto por meio de uma “campanha estridente. Todos se põem de pé em sinal de respeito. O meirinho se encarrega de advertir os desatentos e os inexpertos”.

O julgamento *per si* é um ato complexo, com diversas etapas. Fora tais particularidades, o julgamento segue o disposto no art. 554, do CPC³³⁶, e é iniciado com a leitura do relatório pelo relator, com suas exposições referentes à causa. “A exposição é puramente objetiva. Descreve o relator os fatos que deram origem ao pleito, como os tenham narrado as partes, e mais os que, verificados no curso do processo, se revistam de interesse para o julgamento³³⁷”.

Após, é dada palavra ao embargante e embargado, sucessivamente, para sustentarem oralmente suas razões recursais³³⁸ pelo período de quinze minutos cada um³³⁹. Ao representante do Ministério Público também é conferido prazo de 15 minutos para sustentar oralmente seu entendimento³⁴⁰.

Ato contínuo, o órgão colegiado passa a proferir seus pronunciamentos sobre o recurso. Caso não se considere habilitado a pronunciar de imediato o seu voto, qualquer julgador poderá pedir vista dos autos, como retrata o § 2º do art. 555, do CPC.

Nesse espaço de deliberações, inicialmente cabe a análise das questões preliminares suscitadas no julgamento, a serem decididas antes do mérito recursal. Caso a preliminar se

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”. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça*. Organizado pelo Gabinete do Ministro Diretor da Revista – Brasília: STJ, 2012, p. 94.

³³⁵ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 854.

³³⁶ “Art. 554. Na sessão de julgamento, depois de feita a exposição da causa pelo relator, o presidente, se o recurso não for de embargos declaratórios ou de agravo de instrumento, dará a palavra, sucessivamente, ao recorrente e ao recorrido, pelo prazo improrrogável de 15 (quinze) minutos para cada um, a fim de sustentarem as razões do recurso”. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em 30/01/2012. Nesse mesmo sentido seguem as disposições regimentais, de acordo com os artigos 131, do RISTF, e 159, § 1º, do RISTJ.

³³⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Vol. 5: arts. 476 a 565*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 666.

³³⁸ De acordo com os artigos 159, § 1º do RISTJ e 131, do RISTF.

³³⁹ Conforme apregoa os artigos 160, *caput*, do RISTJ, e 132, *caput*, do RISTF.

³⁴⁰ É o que se depreende, no Superior Tribunal de Justiça, pelos artigos 159, § 2º, e 160, § 1º, do RISTJ, e no Supremo Tribunal Federal, pelo art. 132, § 1º, do RISTF.

configure intransponível, o juízo de admissibilidade será negativo e, conseqüentemente, o recurso não conhecido. Todavia, rejeitada a preliminar, ou possua esta compatibilidade para uma apreciação em conjunto com o mérito, o julgamento segue para o enfretamento da matéria principal do recurso. É a inteligência dos artigos 560 e 561, do CPC³⁴¹.

Proferido resultado do julgamento pelo presidente, o relator redigirá o acórdão. Quando o relator for voto vencido, o presidente designará o autor do primeiro voto vencedor para que proceda à redação do referido aresto³⁴². Após, é procedida a publicação da decisão no órgão oficial, como estipula o art. 564, do CPC.

4.2 REPERCUSSÃO DA DECISÃO

Providos os embargos de divergência, pois configurado o dissídio jurisprudencial, a Corte definirá qual a tese é juridicamente correta, aplicando-a ao caso concreto que derivou o recurso em análise.

Assim, a Corte entenderá como correta a solução dada no acórdão embargado ou a solução adotada no paradigma. Athos Gusmão Carneiro³⁴³ questiona a possibilidade de um terceiro resultado.

Pergunta-se, todavia: será lícito ao órgão julgado chegar a uma *terceira orientação*, adotando como justa e incidente a solução ‘C’? O STJ, 2ª Seção, no EREsp. n. 130.605, p.m.v., em aresto de que foi relator o Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., entendeu que sim: ‘Tenho como possível, nos embargos de divergência, demonstrado o dissídio que permite o conhecimento do recurso, cuidar a Seção de aplicar o direito à espécie, analogamente ao que acontece no caso do recurso especial (art. 257 do RI), podendo chegar a uma solução diversa daquelas encontradas nos acórdãos em confronto’ (j. em 13.10.1999).

³⁴¹ É o que extrai-se dos artigos 560 e 561, ambos do CPC: “Art. 560. Qualquer questão preliminar suscitada no julgamento será decidida antes do mérito, deste não se conhecendo se incompatível com a decisão daquela. Parágrafo único. Versando a preliminar sobre nulidade supável, o tribunal, havendo necessidade, converterá o julgamento em diligência, ordenando a remessa dos autos ao juiz, a fim de ser sanado o vício. Art. 561. Rejeitada a preliminar, ou se com ela for compatível a apreciação do mérito, seguir-se-ão a discussão e julgamento da matéria principal, pronunciando-se sobre esta os juízes vencidos na preliminar”. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em 30/01/2012.

³⁴² Neste sentido dispõe o art. 556, do CPC: “Art. 556. Proferidos os votos, o presidente anunciará o resultado do julgamento, designando para redigir o acórdão o relator, ou, se este for vencido, o autor do primeiro voto vencedor. Parágrafo único. Os votos, acórdãos e demais atos processuais podem ser registrados em arquivo eletrônico inviolável e assinados eletronicamente, na forma da lei, devendo ser impressos para juntada aos autos do processo quando este não for eletrônico”. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em 30/01/2012.

³⁴³ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 168.

O autor, no entanto, faz uma ressalva, por conta do princípio basilar da congruência, pelo qual está vinculado o pedido. Dar outra resposta que não esteja dentro do contexto recursal seria uma gritante afronta a esse princípio.

De todo modo, a decisão alcançada no julgamento dos embargos de divergência será aplicada ao caso concreto que culminou o recurso, pois, como efeito natural do ato, produz a substituição do acórdão embargado, seja pelo provimento ou não do recurso.

Eduardo de Albuquerque Parente³⁴⁴ defendeu que, com a criação da súmula vinculante pela Emenda Constitucional 45, de 2004, estaria autorizada uma transformação automática da tese jurídica alcançada no julgamento dos embargos de divergência, no que concerne a matéria constitucional, em súmula obrigatória.

Data venia o raciocínio levantado, o art. 103-A, da CF/88, prevê a necessidade de “reiteradas decisões” sobre uma determinada matéria constitucional, “motivo por que, dissipada a divergência, só a ulterior aplicação da tese constitucional em casos similares ensejará, de ofício, sua inclusão na súmula de jurisprudência dominante do STF³⁴⁵”.

Fernando Orotavo Neto e Joaquim Pedro Rohr³⁴⁶ entendem que os referidos embargos poderiam adquirir eficácia *erga omnes*, pela característica de recurso com intuito uniformizador de entendimento, com a convalidação de seu julgado em súmula, da forma como acontece com o incidente de uniformização, em que pese não ser assim que ocorre.

Apontamentos merecem ser feitos. Como visto em capítulo próprio, os embargos de divergência são modalidade de recurso extraordinário, pois visa imediatamente unificar o entendimento da Corte sobre direito objetivo, constitucional ou federal. Envolve pontos restritos, tratando sobre o interesse do particular mediatamente.

³⁴⁴ PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Jurisprudência: da divergência à uniformização*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 78.

³⁴⁵ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 855. Além disso, para a edição da súmula vinculante, se faz necessário o quorum de no mínimo oito ministros, o que corresponde a dois terços da composição do STF.

³⁴⁶ OROTAVO NETO, Fernando; ROHR, Joaquim Pedro. *Dos recursos cíveis: doutrina, legislação e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 299.

Em verdade, ao culminar em um julgamento uniformizado, os embargos de divergência acarretam o surgimento de um posicionamento único sobre determinada questão. É primordial que a jurisprudência do Tribunal esteja unificada, e apenas com a unificação do entendimento da Corte será possível unificar a jurisprudência.

Diante disso, salutar concluir que os efeitos não ficam adstritos às partes embargantes, pois conferem um resultado maior, coerente pela unificação de entendimento. Se o objetivo dos embargos de divergência foi atendido, ou seja, se o entendimento foi unificado, e conseqüentemente foi unificada a jurisprudência, há de ser considerado que tal julgamento possui *status* de jurisprudência dominante no Tribunal.

É possível entender dessa forma para os casos em que o julgamento derivou da Corte Especial, no Superior Tribunal de Justiça, ou do Pleno, no Supremo Tribunal Federal, pois são os órgãos máximos naquelas Cortes, os quais irão dizer o que a própria Corte entende sobre determinada interpretação de norma constitucional ou federal.

Quanto ao Superior Tribunal de Justiça, depreende-se do art. 122, § 1º, segunda parte, do regimento interno daquela Corte, que “poderão ser inscritos na súmula os enunciados correspondentes às decisões firmadas por unanimidade dos membros componentes da Corte Especial ou da Seção, *em um caso*, ou por maioria absoluta em pelo menos dois julgamentos concordantes³⁴⁷” (grifo nosso).

O regramento regimental nos assegura dizer que o resultado unânime nos embargos de divergência diretamente autoriza convolá-lo em súmula pelo Tribunal, o que deve ser observado pelo Tribunal Superior, não só em razão da importância do julgado, mas pela previsão regimental que os obriga atuar de tal maneira.

Araken de Assis³⁴⁸ entende que tais efeitos empregados ao julgamento dos embargos de divergência servem para modificar “o sombrio prognóstico que lhes presidiu o nascimento”, servindo como mecanismo eficaz para erradicar o dissídio interno tão danoso para o destinatário da norma jurídica.

³⁴⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça*. Organizado pelo Gabinete do Ministro Diretor da Revista – Brasília: STJ, 2012, p. 64.

³⁴⁸ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 855.

Imaginar diferentemente seria permitir que os embargos de divergência atuassem como a antiga revista, já amplamente discutida na presente pesquisa, atuando apenas no caso concreto, sem qualquer funcionalidade para o ordenamento jurídico.

Ora, caso assim o fosse, não poderia ser considerada uma característica dos referidos embargos a unificação da jurisprudência, pois, possuindo forças somente para modificar o caso concreto, não serviria para mais nada além disso, não unificando em absoluto, apenas atravancando um sistema há muito congestionado.

Há de ser reforçado o entendimento de que um julgamento realizado pelo órgão máximo de uma Corte Superior em sede de embargos de divergência, com a devida apreciação sobre o direito objetivo que envolva a questão recorrida em que resida a divergência, deva ser aceito como jurisprudência dominante daquela Corte. Não vemos motivação contrária que nos impeça de concluir tal raciocínio também no âmbito do Supremo Tribunal Federal³⁴⁹.

Alcançado um julgamento unânime, pela Seção ou pela Corte Especial, em sede de embargos de divergência, deve ser o entendimento externado escrito em súmula, como prevê o regramento regimental.

4.3 RECURSOS CABÍVEIS

O resultado do julgamento nos embargos de divergência transitará em julgado quando não houver impugnação do acórdão alcançado, seja no Supremo Tribunal Federal, seja no Superior Tribunal de Justiça, e, como denota o art. 510, do CPC, os autos regressarão ao juízo de origem, independentemente de despacho³⁵⁰.

³⁴⁹ Quanto ao Supremo Tribunal Federal, o art. 102, do regimento interno daquela Corte retrata que “a jurisprudência assentada pelo Tribunal será compendiada na Súmula do Supremo Tribunal Federal”. No parágrafo 1º ainda informa que a deliberação pela maioria do Plenário para incluir o enunciado. No mesmo sentido, o julgamento feito pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal em embargos de divergência, que tenha de fato determinado qual interpretação quanto a questão constitucional deve prevalecer, unificando assim o entendimento daquela Corte, pode ser entendido como jurisprudência assentada e conseqüentemente culminada em súmula.

³⁵⁰ “Art. 510. Transitado em julgado o acórdão, o escrivão, ou secretário, independentemente de despacho, providenciará a baixa dos autos ao juízo de origem, no prazo de 5 (cinco) dias”. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em 30/01/2012.

Todavia, no caso de impugnação, impõe-se o estudo das hipóteses de recurso contra as decisões alcançadas por meio do julgamento dos embargos de divergência. Cumpre salientar que, por já ser uma decisão de um Tribunal Superior, as hipóteses para sua impugnação são restritas.

Coerente afirmar que das decisões singulares caberão agravo interno e dos acórdãos caberão embargos de declaração e ainda recurso extraordinário, em arestos julgados no Superior Tribunal de Justiça, desde que presentes seus devidos requisitos.

4.3.1 Agravo regimental

De toda e qualquer decisão monocrática, reservados os casos específicos em lei, cabe a interposição de agravo regimental para levar a questão ao órgão colegiado competente para fazer a análise do recurso.

A referida máxima também é verdadeira nos embargos de divergência. Seja para negar seguimento ou para conferir provimento ao recurso, a decisão monocrática nesses casos será impugnável por meio de agravo regimental.

Dessa forma, a decisão singular proferida pelo relator nos embargos de divergência é impugnável por agravo interno. Como visto, contra o julgamento monocrático que não admite o recurso no primeiro juízo de admissibilidade é cabível agravo, por força do art. 39, da Lei 8.038, de 1990.

Ainda, caberá agravo regimental a decisão unipessoal prolatada com fundamento no art. 557, caput, e § 1º-A, do Código de Processo Civil, conforme se denota do § 1º do próprio dispositivo processual citado.

4.3.2 Embargos de declaração

Os embargos de declaração, como também discutido, são modalidade recursal cabível contra todo e qualquer tipo de decisão judicial, desde que presentes pelo menos um dos vícios de omissão, contradição ou obscuridade.

A finalidade dos embargos de declaração é esclarecer pontos que possam afetar uma perfeita compreensão da decisão, seja ela omissa, contraditória em determinados aspectos, ou ainda obscura em algum comando ou ponto no julgado.

Com isso, em razão da sua natureza e finalidade, os embargos de declaração são perfeitamente cabíveis contra o acórdão alcançado no julgamento dos embargos de divergência, seja no Supremo Tribunal Federal, seja no Superior Tribunal de Justiça.

Também devem ser considerados cabíveis contra a decisão monocrática que julgue os embargos de divergência. Esse deve ser o entendimento em razão da já explicada finalidade dos embargos de declaração, que visa acabar com a omissão, contradição ou obscuridade da decisão.

4.3.3 Recurso extraordinário

Os acórdãos exarados em embargos de divergência no Superior Tribunal de Justiça que contenham violação expressa ao texto constitucional serão impugnáveis por meio de recurso extraordinário, desde que a decisão i) contrarie dispositivo Constitucional; ii) declare tratado ou lei federal inconstitucional; iii) julgue válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal; ou iv) julgue válida lei local contestada em face de lei federal³⁵¹.

³⁵¹ De acordo com o art. 102, III, da Constituição Federal.

5. O CABIMENTO DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Até aqui foi possível estabelecer as nuances sobre o requisito de admissibilidade de cabimento dos embargos de divergência no sistema atual. Nossa pesquisa passa a tratar sobre as alterações propostas pelo projeto de Lei 166 de 2010, apresentado em 08 de junho de 2010 no Senado Federal, no referido requisito para tal instituto recursal. Até o fechamento do estudo, o referido projeto teve seu texto substituto aprovado pelo Senado Federal e encontra-se em tramitação naquela Casa Legislativa³⁵².

Em uma leitura detida do projeto, fica estreme de dúvidas que o intuito da reforma é uniformizar o entendimento das Cortes Superiores, de maneira a conferir uma tutela mais igualitária para todos os jurisdicionados.

A referida conclusão também pode ser direcionada aos embargos de divergência. Podemos dizer que esses tiveram sua atuação mais adequada ao sistema, ao cumprir um importante papel na solução do fracionamento dos Tribunais Superiores.

É visível a amplitude de atuação conferida, pelo projeto de lei em análise, dos embargos de divergência, sendo atribuído a tal recurso maior destaque e importância no ordenamento processual.

Interessante notar que, de acordo com o projeto citado, se tornam desnecessárias as discussões sobre tipo da decisão embargada, bem como da decisão paradigma, se de mérito ou sobre juízo de admissibilidade, se derivadas de recursos excepcionais ou de ações originárias.

5.1 A UNIFORMIDADE DE ENTENDIMENTO NOS TRIBUNAIS SUPERIORES NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O artigo 882, do Projeto de Lei 166/2010³⁵³, que inaugura o “Livro IV dos processos nos Tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais”, trata da função uniformizadora

³⁵² Dados disponível em http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97249.

³⁵³ “Art. 882. Os tribunais, em princípio, velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, observando-se o seguinte: I - sempre que possível, na forma e segundo as condições fixadas no regimento

dos Tribunais, ao informar que os tribunais “velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência”, o que demonstra a iniciativa de trabalharem todos em nome de um esforço comum, qual seja, uma melhor prestação da tutela jurisdicional.

O que se denota é que todas as medidas convergirão para um denominador comum, com o intuito de evitar a dispersão excessiva da jurisprudência e consequentemente alcançar o real entendimento em nossas Cortes.

O cuidado em normatizar, no inciso IV do supracitado art. 882, os princípios da legalidade e da isonomia apenas reforçam tal entendimento. Apesar de tal inclusão poder ser traduzida como um pleonasma se considerarmos que tais princípios são basilares ao nosso sistema jurídico, tal atitude ainda assim demonstra a intenção do legislador em afirmar a necessidade do cumprimento dos citados princípios.

Passa a ser dever dos Tribunais velar pela uniformização de seus julgados, o que direciona o entendimento que a forma em que será levantada a discussão já não mais importará para a solução da divergência.

A discricionariedade se transforma em dever, como se vislumbra dos demais incisos do próprio artigo 882, do projeto de Lei, que projetam uma verticalização do entendimento jurisprudencial³⁵⁴.

5.2 AMPLIAÇÃO DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO

interno, deverão editar enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante; II - os órgãos fracionários seguirão a orientação do plenário, do órgão especial ou dos órgãos fracionários superiores aos quais estiverem vinculados, nesta ordem; III - a jurisprudência pacificada de qualquer tribunal deve orientar as decisões de todos os órgãos a ele vinculados; IV - a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores deve nortear as decisões de todos os tribunais e juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia; V - na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 1º A mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas. § 2º Os regimentos internos preverão formas de revisão da jurisprudência em procedimento autônomo, franqueando-se inclusive a realização de audiências públicas e a participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a elucidação da matéria’. Projeto de Lei 166 de 2010. Disponível em www.senado.gov.br.

³⁵⁴ O que fica claramente demonstrado nos incisos I a III, do artigo 882.

Todo o exposto nos leva a melhor compreender os embargos de divergência nos moldes em que se propõe no referido projeto, ao ser disciplinado pelo art. 997, que nos informa:

Art. 997. É embargável a decisão de turma que:

I - em recurso especial, divergir do julgamento de outra turma, da seção ou do órgão especial, sendo as decisões, embargada e paradigma, de mérito;

II - em recurso especial, divergir do julgamento de outra turma, da seção ou do órgão especial, sendo as decisões, embargada e paradigma, relativas ao juízo de admissibilidade;

III - em recurso especial, divergir do julgamento de outra turma, da seção ou do órgão especial, sendo uma decisão de mérito e outra que não tenha conhecido do recurso, embora tenha apreciado a controvérsia;

IV - nas causas de competência originária, divergir do julgamento de outra turma, seção ou do órgão especial.

§ 1º Poderão ser confrontadas teses jurídicas contidas em julgamentos de recursos e de ações de competência originária.

§ 2º Aplica-se, no que couber, ao recurso extraordinário e aos processos de competência do Supremo Tribunal Federal o disposto nesse artigo.

Pela leitura do artigo acima, fica clara a alteração dos requisitos de admissibilidade dos embargos de divergência, ampliando em muito os meios de suscitar o enfrentamento de acórdãos conflitantes.

Não importará o veículo que levará a controvérsia. Esta poderá partir de recurso especial ou extraordinário ou ainda nas causas de competência originária dos Tribunais Superiores. O importante é que tais Tribunais enfrentem o dissídio e decidam de maneira igualitária para todos os jurisdicionados.

Os incisos I e II, bem como o parágrafo 2º, demonstram a coerência na evolução dos embargos de divergência, pois transfere a essência do sistema normativo atual para o sistema proposto, resolvendo questões mal resolvidas naquele sistema.

O inciso III, por sua vez, denota um passo além do que entendem atualmente a doutrina³⁵⁵ e jurisprudência, como visto em capítulo anterior, os quais defendem que no acórdão embargado e no paradigma deve haver o mesmo grau de cognição, como vimos em capítulo

³⁵⁵ Sobre a necessidade de um mesmo grau de cognição, veja: SHIMURA, Sergio Seiji. *Embargos de Divergência*. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 419; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 158; TORREÃO, Marcelo Pires. *Dos Embargos de Divergência: teoria e prática no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004, p. 141.

próprio. Pela leitura do referido inciso, fica claro que tal orientação ficou superada, coerente com as conclusões entendidas na presente pesquisa.

Passa a não importar se a decisão enfrentou apenas o juízo de admissibilidade ou também o juízo de mérito ou ainda decisão que não tenha conhecido do recurso, embora tenha apreciado a controvérsia.

Tais inovações tratadas no texto do projeto encaminhado para aprovação servem para catapultar os retrocessos obtidos pela Súmula 315, do STJ, que, como visto, diz não serem cabíveis os embargos de divergência no âmbito de agravo de instrumento que não admite recurso especial³⁵⁶. Pela leitura do inciso III do art. 997, podemos ver que esse entendimento sumular foi ultrapassado no projeto de novo código de processo civil.

A questão da necessidade de a decisão ser derivada de turma do STF ou STJ permanece, conforme o caput do art. 997. Esse tema será enfrentado mais adiante, quando tratarmos da possibilidade (ou não) da interposição dos embargos de divergência em decisões monocráticas.

5.2.1 Causas de competência originária

Uma grande novidade é a inclusão do julgamento de causas de competência originária dos Tribunais Superiores. Os artigos 102, I, e 105, I, todos da Constituição Federal, regulam as hipóteses de competência originária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, as quais serão processadas e julgadas, originariamente³⁵⁷.

³⁵⁶ Súmula 315. Não cabem embargos de divergência no âmbito do agravo de instrumento que não admite recurso especial. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em 28 de julho de 2011.

³⁵⁷ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; d) o "habeas-corpus", sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o "habeas-data" contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal; e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território; f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas

A alteração proposta rompe com o regramento seguido pela doutrina, que se orienta exatamente no oposto sentido, qual seja o de não serem cabíveis embargos de divergência em sede de ações de competência originária.

De fato, somente por alteração legislativa essa ampliação poderia ser possível. Do contrário, é impossível defender tal atuação dos referidos embargos, simplesmente por completa falta de previsão legal.

A propósito, Flávio Cheim Jorge³⁵⁸, em estudo sobre os embargos de divergência no sistema atual:

De outro lado, não se pode negar que é acertada a orientação de que não são cabíveis embargos de divergência em sede de conflito de competência, recurso ordinário,

entidades da administração indireta; g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro; h) (Revogado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) i) o habeas corpus, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância; j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados; l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais; n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados; o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal; p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade; q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal; r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público; Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar, originariamente: a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais; b) os mandados de segurança e os habeas data contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal; c) os habeas corpus, quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea "a", ou quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral; d) os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, "o", bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos; e) as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados; f) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; g) os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União; h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal; i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias; Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 28 de julho de 2011.

³⁵⁸ JORGE, Flávio Cheim. *Embargos de divergência: alguns aspectos estruturais*. In RePro 190. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 26.

ação rescisória, reclamação constitucional, ação direta de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, ações cautelares etc. A finalidade dos embargos e a literalidade da norma processual consagram essa interpretação.

Pela maneira proposta pelo legislador, dúvidas surgem quanto às causas de competência originária. Consideremos um caso de divergência patente avistada no julgamento de um Mandado de Segurança contra ato de Ministro de Estado no STJ. Sendo denegatória a decisão, seria caso de recurso ordinário para o STF e também embargos de divergência? A interposição seria concomitante ou primeiro seria interposto os embargos de divergência?

A questão se assemelha ao enfrentamento da necessidade de interposição simultânea do recurso extraordinário e dos embargos de divergência, quando o acórdão derivado do STJ contiver entendimento divergente e também violação da Constituição Federal.

De acordo com entendimento do STJ e STF, o descrito no artigo 498, CPC, para os embargos de infringentes também se aplicam aos embargos de divergência e recurso extraordinário. É a prevalência do princípio da unirrecorribilidade, como forma de evitar recursos desnecessários ao deslinde da questão.

Assim, na hipótese em que forem cabíveis embargos de divergência, deverá o recorrente interpor, primeiramente, este recurso e, apenas após o seu julgamento, utilizar-se do recurso extraordinário – ainda que o objeto deste último seja matéria decidida em sede de recurso especial que não fazia parte da divergência jurisprudencial³⁵⁹.

Diante de todo esse cenário, o projeto, todavia, restou silente sobre tais apontamentos, quando deveria solucionar um problema previsível de surgir.

Não podemos desconsiderar o fato dos embargos infringentes terem sido extintos pela reforma proposta, e com isso todo regramento relacionado com o artigo 498 do CPC estaria revogado, pois a essência de seu fundamento não mais existe no ordenamento jurídico.

Em que pese tais colocações, não podemos ignorar uma construção jurisprudencial realizada com o passar dos anos. Mesmo que o princípio da unirrecorribilidade não esteja positivado no

³⁵⁹ JORGE, Flávio Cheim. *Embargos de divergência: alguns aspectos estruturais*. In RePro 190. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 28-29.

projeto – como também não se encontra positivado no Código atual –, deve ser considerado implícito e obedecido, sendo de fato a melhor opção seguir.

A solução deve ser vista não somente para o problema suscitado, mas estendida para tantos outros que poderão surgir com a ampliação do cabimento dos embargos de divergência também para as ações de competência originária.

5.3 EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM SEDE DE AGRAVO INTERNO

Permanece igualmente inalterado o entendimento acerca da interposição dos embargos de divergência em sede de agravo interno, o que demonstra a coerência da reforma no que tange à evolução dos embargos de divergência.

Desde a edição da súmula 599³⁶⁰, do Supremo Tribunal Federal, aquela Corte Suprema entendia pelo não cabimento dos embargos de divergência em sede de agravo regimental.

De fato, à época da consolidação desse entendimento, era impensável a utilização dos embargos contra decisão em agravo regimental. Isso, porque o agravo regimental tinha o seu cabimento restrito às decisões monocráticas proferidas em sede de agravo de instrumento contra decisão denegatória de admissibilidade de recurso extraordinário. A matéria, portanto, objeto de discussão no agravo regimental era, apenas, o acerto ou desacerto da decisão do relator que negou provimento ao agravo de instrumento, mantendo, assim, a inadmissibilidade do recurso extraordinário³⁶¹.

No mesmo sentido seguiu o Superior Tribunal de Justiça, em não admitir embargos de divergência em sede de agravo interno.

Todavia, com a ampliação dos poderes do relator, mediante a considerável alteração do artigo 557, CPC, a súmula 599 do Supremo tornou-se descontextualizada, tendo em vista que os fundamentos que antes a embasavam haviam sido modificados.

³⁶⁰ “Súmula 599, STF: São incabíveis embargos de divergência de decisão de Turma, em agravo regimental”. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 10 de agosto de 2011.

³⁶¹ JORGE, Flávio Cheim. *Embargos de divergência: alguns aspectos estruturais*. In RePro 190. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 21.

Arruda Alvim³⁶², ao tratar sobre o tema, defendeu uma releitura à referida súmula, de maneira a se conferir uma interpretação sistemática e com isso se admitir o cabimento dos embargos em análise contra decisões de mérito de uma das duas Turmas do Supremo quando do julgamento de agravo regimental interposto contra decisão monocrática de mérito de relator de recurso extraordinário, desde que presentes os requisitos de admissibilidade.

O Superior Tribunal de Justiça³⁶³ foi o primeiro a reconhecer a necessidade de contextualização da referida Súmula 599, entendimento que eventualmente foi acompanhado pelo Supremo Tribunal Federal, que entendeu pelo seu cancelamento.

Dessa maneira, quando a decisão da turma em sede de agravo interno visa não apenas ratificar, mas substituir a decisão monocrática, aquela equipara-se a acórdão proferido em julgamento de recurso especial, sendo considerada decisão final.

“A negativa de provimento a agravo interno interposto contra decisão singular de relator, que haja decidido de mérito, importa e vale realmente como a decisão do STF ou do STJ no recurso extraordinário ou no recurso especial³⁶⁴”, razão pela qual devem ser admitidos os embargos de divergência em tais situações.

Como já defendido no sistema atual, com o cancelamento da súmula 599, STF, o projeto acompanha a evolução alcançada, ficando autorizada a interposição dos embargos de divergência em sede de agravo interno, ou regimental como dizia a súmula, por se tratar de decisão final e colegiada.

5.4 EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

³⁶² ALVIM, Arruda. *Cabimento de embargos de divergência contra acórdão (de mérito) de Turma, proferido em agravo regimental, tirado de decisão de relator de recurso extraordinário: imprescindibilidade de uma releitura da Súmula 599/STF*. In RePro 144. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 22.

³⁶³ Nesse sentido o informativo de jurisprudência n. 0054, com a seguinte redação: “EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL. SÚMULA N.º 599-STF. A Seção decidiu que devido às recentes reformas processuais - Leis n.º 9.139/96 e n.º 9.756/98 -, o Min. Relator no STJ passou a julgar monocraticamente o mérito do recurso especial, decisão impugnável por meio de agravo regimental, ocasião em que o órgão julgador poderá, também, rever o mérito do recurso especial. Assim, é cabível a interposição dos 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 Min. Relator em recurso especial, merecendo temperamento a aplicação da Súmula n.º 599 do STF. EREsp 133.451-SP, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 10/4/2000”. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 10 de jun de 2011.

³⁶⁴ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 161.

Os embargos de declaração visam sanar eventual omissão, contradição ou obscuridade de determinado julgado. Dessa forma, a decisão extraída de tais embargos integrará a decisão impugnada, que também poderá ser impugnada por embargos de divergência.

Como visto, os embargos de declaração são modalidade recursal cabível contra todo e qualquer ato decisório emitido por um juízo, desde que configurada omissão, obscuridade ou contradição em seu conteúdo.

Relembramos Barbosa Moreira³⁶⁵, que entende ser “inconcebível que fiquem sem remédio a obscuridade, a contradição ou a omissão existente no pronunciamento, não raro a comprometer até a possibilidade prática de cumpri-lo”.

Os embargos de declaração visam justamente aclarar pontos que venham a comprometer a perfeita compreensão de uma determinada decisão, seja porque lhe falta elementos, ou porque é contraditória em determinados aspectos, ou ainda quando não esclarece corretamente algum comando ou ponto no julgado. O teor do julgamento de tais embargos passa a integrar a decisão ora embargada.

Flávio Cheim Jorge³⁶⁶ defende o cabimento dos embargos de divergência em sede de embargos declaratórios, quando derivados de recurso extraordinário ou especial, mesmo que nas hipóteses de agravo interno em que há em verdade o julgamento de recurso extraordinário ou especial, conforme anotações anteriores.

Assim, como no sistema processual atual, correto afirmar pelo cabimento dos embargos de divergência contra acórdão derivado de embargos de declaração, que tenha sido interposto contra recurso extraordinário ou especial, ou ainda em agravo interno em sede de recurso extraordinário ou especial, pelo fato de que a decisão alcançada nos declaratórios integram o teor dos recursos excepcionais.

As hipóteses de cabimento dos embargos de divergência [de acordo com o projeto de Lei 166/2010] agora se baseiam exclusivamente na existência de teses contrapostas, não importando o veículo que as tenha levado ao Supremo Tribunal

³⁶⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Vol. 5: arts. 476 a 565*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 549.

³⁶⁶ Neste sentido: JORGE, Flávio Cheim. *Embargos de divergência: alguns aspectos estruturais*. In RePro 190. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 26-27.

Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça. Assim, são passíveis de confronto teses contidas em recursos e ações, sejam as decisões de mérito ou relativas ao juízo de admissibilidade. (...) Sem que a jurisprudência desses Tribunais esteja internamente uniformizada, é posto abaixo o edifício cuja base é o respeito aos precedentes dos Tribunais superiores³⁶⁷.

5.5 CONFRONTO DE TESES EQUIVALENTES

Outro ponto de destaque do projeto de Lei 166 de 2010 é a desnecessidade de equivalência entre os veículos das teses confrontadas. Todavia, isso não significa que o conteúdo não deva ser equivalente.

Em outras palavras, apesar de ser possível confrontar uma tese contida em recurso especial e outra derivada de ação de competência originária, isso não isenta a parte em fazer prova de que em situação juridicamente idênticas, o preceito constitucional ou federal foi interpretado de forma divergente.

Imaginar o contrário seria desvirtuar a essência e verdadeira função dos embargos de divergência no sistema processual brasileiro, que é a busca do entendimento da Corte Superior.

Contrapor teses não equivalentes, ainda que em veículos idênticos, não dirime divergência, até porque não há embate a ser resolvido. Se não há equivalência, não há divergência entre teses.

A estrutura desenvolvida historicamente pelos embargos de divergência deve ser preservada e a reforma vista como uma ampliação, sob pena de criar um novo recurso. O confronto entre teses, como ocorre atualmente, deve ser comprovado analiticamente, e não apenas uma demonstração entre ementas de acórdãos.

5.6 EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA

³⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 215.

Um ponto importante a tratarmos se refere à possibilidade de interposição de embargos de divergência contra decisões monocráticas, o que não ficou claro no projeto.

A discussão que temos no sistema atual se situa por conta da ampliação dos poderes do relator, que negará seguimento a recurso, fazendo as vias da turma. Segundo José Carlos Barbosa Moreira, o relator funcionaria como um representante de tal colegiado³⁶⁸.

Todavia, se não consta no texto a autorização, apesar de ampliados os poderes do relator, devemos ter uma visão restritiva a esse respeito, sob pena de desvirtuarmos a norma processual.

Como explicitado e amplamente debatido em capítulo próprio, o cabimento dos embargos de divergência contra decisão do relator encontra óbices intransponíveis, visíveis no projeto, como o princípio da unirrecorribilidade.

De fato, o projeto prevê o recurso de agravo de admissão para decisão monocrática, demonstrando que a colegialidade segue prestigiada, assim como no sistema atual. Ademais, seria incoerente permitir o uso dos referidos embargos para decisões monocráticas, pois nem sempre estas demonstram o posicionamento de uma Turma.

Tal atitude contrariaria a própria intenção da norma ao ampliar os poderes do relator, qual seja a de diminuir a carga de trabalho para as turmas, reservando-as ao enfrentamento de questões relevantes para o direito.

Vale lembrar as palavras de Marcelo Pires Torreão³⁶⁹ fundamentando o descabimento dos embargos de divergência em decisão monocrática:

(...) de divergência que poderia ocorrer pela manifestação das duas turmas no Supremo Tribunal Federal e das seis turmas no Superior Tribunal de Justiça multiplica-se para onze no primeiro tribunal e para trinta e três no segundo. A consequência é visível: reduz-se o número de agravos regimentais, porém aumenta-se o número de embargos de divergência. E já que os embargos requerem um maior número de ministros para o julgamento, essa orientação acarretaria prejuízos à

³⁶⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Vol. 5: arts. 476 a 565*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 683.

³⁶⁹ TORREÃO, Marcelo Pires. *Dos Embargos de Divergência: teoria e prática no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004, p. 90.

celeridade processual, além de contrariar a inclinação moderna que afasta a necessidade de julgamento pelos órgãos mais complexos dos tribunais.

O fato de se ampliar o veículo que leve a tese a ser analisada pelos Tribunais Superiores não se traduz numa autorização para cabimento contra decisões monocráticas. A interpretação deve ser realizada sistematicamente, de acordo com as normas existentes e poderes conferidos.

Apesar de não regulamentada, a colegialidade visa refletir o posicionamento de uma Corte, e não somente de um julgador isoladamente, o que direciona o entendimento de que o projeto não autoriza esse tratamento extensivo.

Ademais, o caput do art. 997, do projeto de Lei 166 de 2010, é expresso ao informar que a decisão embargável será a derivada de *Turma*, não cabendo aqui interpretações elásticas que vão além do que o legislador efetivamente disse.

O mesmo raciocínio deve ser estendido para o acórdão paradigma. No sistema atual não serve como paradigma decisão exarada pelo relator, pois não é possível determinar que o posicionamento de um isolado julgador reflita o posicionamento da Turma.

5.7 JULGAMENTO MONOCRÁTICO DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA

Como no capítulo anterior, preocupa-se o julgamento monocrático do mérito dos embargos de divergência, modalidade que no ordenamento atual já vem sendo empregada.

Pelo sistema atual, o entendimento alcançado é que o relator poderia enfrentar monocraticamente não apenas o juízo de admissibilidade, mas também o juízo de mérito dos embargos de divergência, a partir da leitura do art. 557, CPC.

Pelo já citado art. 557, do CPC, o relator poderá negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrário à súmula ou jurisprudência dominante, e ainda dar provimento ao recurso caso a decisão recorrida for manifestamente contrária à súmula ou jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores.

Quanto aos requisitos de admissibilidade, coerente compreender como correto o julgamento monocrático, como já informado, por obediência aos princípios de economia e celeridade processual. De fato, o acórdão alcançado pelo colegiado competente não seria diverso do externado pelo relator na decisão unipessoal.

Quanto ao mérito recursal, como também vislumbrado anteriormente, pode se tornar temerário julgamento singular do relator, principalmente em sede de embargos de divergência, instituto de suma importância para alcançar o entendimento da Corte como um todo sobre determinado tema.

Relembramos o entendimento de Flávio Cheim Jorge³⁷⁰, quando questiona a segurança em se alcançar o entendimento de uma Corte na sua totalidade mediante um julgamento monocrático. “Aqui, é importante ter a exata compreensão de que, na medida em que adentra na análise do mérito do recurso, *a decisão do relator substitui a decisão recorrida*”. (grifos no original)

Não podemos deixar de lembrar a finalidade dos embargos de divergência, os quais visam uniformizar o entendimento da Corte como um todo, intento que pode restar prejudicado quando externado apenas o entendimento de um único julgador.

Todavia, esse não é o entendimento majoritário. De acordo com grande parte da doutrina³⁷¹, não há no Código de Processo Civil ou nos regimentos internos dos Tribunais Superiores regramento específico sobre o julgamento monocrático no que se refere aos embargos de divergência. Ainda, o art. 557, CPC, há delimitação taxativa para as hipóteses passíveis de julgamento monocrático, prevendo recurso de agravo interno contra a referida decisão.

Araken de Assis³⁷², ao tratar sobre as atitudes do relator após a impugnação interposta ou não pelo embargado, bem como a manifestação do Ministério Público, nos casos em que se aplica, entende que ao relator caberá “tomar três atitudes: (a) reexaminar a admissibilidade dos

³⁷⁰ JORGE, Flávio Cheim. *Embargos de divergência: alguns aspectos estruturais*. In RePro 190. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 35.

³⁷¹ Neste sentido: SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 710; TORREÃO, Marcelo Pires. *Dos Embargos de Divergência: teoria e prática no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004, p. 73; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Vol. 5: arts. 476 a 565*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 684.

³⁷² ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 853.

embargos de divergência; (b) julgar o mérito do recurso, escudado no art. 557, *caput* e § 1º-A; e (c) pedir dia para julgamento no órgão *ad quem*”.

O referido entendimento é o externado pelas Cortes Superiores, conforme extrai-se dos julgados colacionados no capítulo anterior, ao julgarem os embargos de divergência monocraticamente, seja para retratação da admissibilidade, seja o efetivo mérito dos embargos de divergência.

Ao que parece, em que pese críticas a esse respeito, o intuito do projeto é continuar nesse caminho, permitindo o julgamento monocrático dos embargos de divergência, por se inserirem na percepção de *recurso*, e, portanto, passível de enquadramento na regra geral.

Ademais, o art. 888³⁷³, do referido projeto de Lei, direciona os poderes do relator no mesmo sentido do sistema atual, quando visa “regulamentar a atividade do relator em geral e não tão somente do relator nos tribunais ordinários³⁷⁴”.

A colegialidade não fica de todo desprestigiada. O projeto prevê no art. 975³⁷⁵ o agravo interno, interposto contra decisão singular. Com isso, fica preservada a finalidade do referido agravo, de encaminhar ao órgão colegiado o conhecimento da decisão exarada por julgador monocrático.

³⁷³ “Art. 888. Incumbe ao relator: I - dirigir e ordenar o processo no tribunal; II - apreciar o pedido de tutela de urgência ou da evidência nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal; III - negar seguimento a recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha atacado especificamente os fundamentos da decisão ou sentença recorrida; IV – negar provimento a recurso que contrariar: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de casos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. V - dar provimento ao recurso se a decisão recorrida contrariar: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de casos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; VI - exercer outras atribuições estabelecidas nos regimentos internos dos tribunais”.

³⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 173.

³⁷⁵ “Art. 975. Ressalvadas as hipóteses expressamente previstas neste Código ou em lei, das decisões proferidas pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão fracionário, observadas, quanto ao processamento, as regras dos regimentos internos dos tribunais”.

6. CONCLUSÃO

1. Os embargos de divergência inauguraram em nosso ordenamento jurídico com a Lei 623 de 1949, que acrescentou o parágrafo único ao art. 833, do CPC de 1939. Estes não guardavam relação com os embargos de nulidade e infringentes do *caput* do referido artigo, mantendo relação com o recurso de revista, pois tanto a revista quanto os embargos de divergência visavam harmonizar o entendimento do Tribunal, todavia aquela nos tribunais de 2º grau e estes no Supremo Tribunal Federal.

2. O instituto, no CPC de 1973, apenas foi devidamente incluído no rol de recursos e adequado às realidades do STF e STJ a partir da Lei 8.950 de 1994, a qual alterou o art. 496 e 546 do texto processual. Por tal alteração legislativa, os embargos de divergência passaram a ter cabimento contra decisão de Turma em sede de recurso especial e extraordinário que divergir de acórdão de Turma, Seção, Corte Especial ou Pleno que discutiu a mesma situação jurídica.

3. A finalidade dos embargos de divergência é unificar o entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, unificando a interpretação do direito inserido em norma constitucional ou federal, para então ser a jurisprudência uniformizada, em uma íntima relação de causa e efeito.

4. Os embargos de divergência são classificados como recurso excepcional, pois visam imediatamente a solução do direito objetivo, com a correta aplicação da lei constitucional e da lei federal, pela unificação do entendimento alcançado pela efetivação de seu julgamento, conclusão tal que será mediamente aplicada ao caso concreto que impulsionou o recurso. A necessidade de prequestionamento, como também de esgotamento das vias recursais e ainda a vedação de rediscussão de matéria de fato na instância Superior são consequências do recurso considerado extraordinário, como os embargos de divergência.

5. O referido recurso também é classificado como de fundamentação livre, pois seu cabimento não possui limitação quanto à defeito ou vícios específicos da decisão, bastando tão somente a existência da divergência de interpretação entre acórdãos nos Tribunais Superiores.

6. O incidente de uniformização não se confunde com os embargos de divergência, pois estes são modalidade recursal, enquanto aquele é mero incidente processual. O incidente precede ao julgamento pendente em sede recursal, reexame necessário ou ação autônoma de impugnação, sendo cabível nas instâncias ordinárias e no STJ, ao passo que os embargos de divergência dependem do dissídio já instalado, com característica corretiva, em recurso especial ou extraordinário, pois seu cabimento se restringe ao STJ e STF.

7. O recurso especial com fundamento na alínea *c*, inciso III, art. 105, da CF, também é considerado similar aos embargos de divergência, todavia com estes não podem ser equiparados. A modalidade da alínea *c* visa a uniformização da divergência jurisprudencial ocorrida entre tribunais distintos, não cabendo discussão quanto à interpretação de norma constitucional e ainda por ser modalidade recursal classificada como de fundamentação vinculada.

8. A título de cabimento dos embargos de divergência, o acórdão embargado deve derivar do julgamento de Turma, seja no STF, seja no STJ. Não é possível utilizar os referidos embargos para acórdão de Seção do STJ, ainda que na rara hipótese dos artigos 12, parágrafo único, II, e 14, II, todos do RISTJ. Ainda, a decisão de Turma deve derivar do julgamento em sede de recurso extraordinário ou especial, tendo em vista seu descabimento de acórdãos oriundos de ação de competência originaria dos Tribunais Superiores ou de recursos ordinários.

9. Apesar da ampliação dos poderes do relator, que passou a efetivamente julgar o mérito do recurso, não são cabíveis embargos de divergência de julgamento monocrático, por não ser a via adequada a impugnar tal decisão singular, ainda recorrível por agravo regimental. Denota-se o não esgotamento da via recursal, não sendo possível o cabimento dos referidos embargos.

10. São cabíveis embargos de divergência de acórdão extraído do julgamento de agravo regimental, interposto da decisão singular do relator, que tenha enfrentado o mérito do próprio recurso especial ou extraordinário, devendo ser tal *decisum* entendido como decisão final proferida nos recursos excepcionais.

11. Por uma interpretação sistemática, há de se entender pela permissão do cabimento dos embargos de divergência contra decisão colegiada que, em agravo nos próprios autos, decidiu

sobre a admissibilidade do recurso especial ou extraordinário, em que pese o entendimento dos Tribunais Superiores ser contrário a tal conclusão.

12. Os embargos de divergência serão cabíveis contra decisão em embargos de declaração interpostos contra recurso especial ou extraordinário, ou ainda agravo interno em recurso especial ou extraordinário que tenha julgado os referidos recursos excepcionais. O resultado do julgamento dos embargos de declaração integra o próprio recurso excepcional, sendo o fundamento para o cabimento dos embargos de divergência.

13. A lei processual e os regramentos regimentais não fazem distinção quanto ao grau de cognição do acórdão embargado para o cabimento dos embargos de divergência, sendo desnecessário ser o recurso especial ou extraordinário conhecido ou provido para cumprimento de tal requisito de admissibilidade.

14. A natureza da questão tratada no acórdão embargado, se de direito material ou de direito processual, bem como o resultado na votação no julgamento de tal acórdão, se unânime ou por maioria, são dados que não interferem no cabimento dos embargos de divergência.

15. O prequestionamento, no que se refere aos embargos de divergência, está relacionado à apreciação da questão jurídica pelo órgão julgador do recurso extraordinário e especial. Isso porque se faz necessário, para cabimento dos referidos embargos, o prequestionamento da questão suscitada nas razões dos recursos excepcionais.

16. Os embargos de divergência não são cabíveis para impugnar acórdão que possua seu fundamento em matéria já pacificada no STF e no STJ. Também não são cabíveis para impugnar acórdãos derivados de tribunais de 2º grau ou juizados especiais.

17. Sobre a interposição simultânea de recursos, deve ser empregado o entendimento em torno do art. 498, CPC, apesar de ser regra referente aos embargos infringentes. Com isso, no caso de acórdão em recurso especial com capítulos diversos contendo divergência com outro julgado e ainda violação de preceito constitucional, há de se compreender que primeiro serão interpostos os embargos de divergência. Somente após a conclusão dos referidos embargos seriam cabíveis o recurso extraordinário do capítulo que detenha violação direta de texto constitucional.

18. O art. 546, CPC, determina que o acórdão paradigma derive de Turma, Seção ou Órgão Especial, no Superior Tribunal de Justiça, como também de Turma ou Plenário, no Supremo Tribunal Federal. A decisão monocrática, por outro lado, não cumpre papel de paradigma para cabimento dos embargos de divergência, devendo ser obedecida a previsão legal do dispositivo processual.

19. O STF, apesar de deter entendimento sumulado sobre o descabimento dos embargos de divergência entre acórdãos de uma mesma Turma, admitiu o referido recurso com o fundamento em arestos de uma única Turma que teve considerável alteração na composição de seus membros, de maneira a alterar o entendimento sobre determinada questão jurídica. Este não é o entendimento que prevalece no STJ, que não admite embargos de divergência contra acórdãos proferidos pela mesma Turma, ainda que haja alteração substancial de seus componentes, em razão de completa ausência de amparo legal.

20. Assim como no acórdão embargado, o resultado na votação do acórdão paradigma não interfere em sua qualificação como tal.

21. Grande parte da doutrina defende que o acórdão paradigma não necessariamente deva derivar de recurso especial ou extraordinário, pois o art. 546, CPC, restringiu apenas o acórdão embargado. As Cortes Superiores, todavia, não seguem essa linha, entendendo pela simetria dos julgados comparados.

22. A necessidade de equivalência quanto ao grau de cognição das decisões embargada e paradigma deve ser vista com cautela, pois tal justificativa não se confunde com a necessária similitude fática.

23. Não serve como paradigma o acórdão proferido por órgão que não mais seja competente para tratar sobre a matéria inserida no julgado. A divergência deve ser atual, pois não são cabíveis embargos de divergência de questão já superada nos Tribunais Superiores. Ainda, a divergência enfrentada e *rejeitada* no recurso especial ou extraordinário não poderá ser novamente suscitada em sede dos referidos embargos.

24. É necessária a existência, entre os acórdãos comparados, de igualdade na circunstância fática e na norma jurídica empregada de modo diverso, devendo o recorrente comprovar analiticamente suas alegações.

25. O julgamento realizado em sede de embargos de divergência, além de substituir a decisão impugnada, deve ser visto como um pronunciamento dominante no Tribunal, nos casos em que derivar da Corte Especial, no STJ, e do Pleno, no STF, pois são, em verdade, o pronunciamento final dos órgãos máximos dessas Cortes Superiores sobre determinada questão jurídica. Ainda, em caso de julgamento unânime no STJ, há de ser inscrito na Súmula do Tribunal, por inteligência do art. 122, § 1º, segunda parte, do RISTJ.

26. O projeto do novo Código de Processo Civil, no que concerne aos embargos de divergência, demonstra a importância do instituto em análise para o sistema jurídico brasileiro, ao confirmar sua evolução construída com o passar dos anos, bem como ampliar seu âmbito de atuação. Diante disso, não importará o veículo a suscitar a divergência, ou também o grau de cognição das decisões comparadas, devendo apenas existir decisões de Turma, com a mesma circunstância fática e norma jurídica empregada, no entanto com resultados díspares, tudo com o intuito de alcançar o real entendimento dos Tribunais Superiores sobre a questão aventada.

7. BIBLIOGRAFIA

ABDO, Helena Najjar. *Embargos de divergência: aspectos históricos, procedimentais, polêmicos e de direito comparado*. In NERY JR, Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. Vol. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ALVIM, Arruda. *Notas a respeito dos aspectos gerais e fundamentais da existência dos recursos – direito brasileiro*. In RePro 48. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

_____. *Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo – sua evolução ao lado do direito material*. In RePro 64. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

_____. *O antigo recurso extraordinário e o recurso especial (na Constituição Federal de 1988)*. In TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo (coord.). Recursos no Superior Tribunal de Justiça. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *Cabimento de embargos de divergência contra acórdão (de mérito) de Turma, proferido em agravo regimental, tirado de decisão de relator de recurso extraordinário: imprescindibilidade de uma releitura da Súmula 599/STF*. In RePro 144. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ARAGÃO, E. D. Moniz de. *As tendências do processo civil contemporâneo*. In Revista Forense 346. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. *A verticalização das decisões do STF como instrumento de diminuição do tempo do processo: uma reengenharia necessária*. In RePro 164. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BAPTISTA, Joaquim de Almeida; BAPTISTA, Sonia Marcia Hase de Almeida. *Os embargos de divergências nas instâncias ordinárias*. In RePro 26, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

BENETI, Sidnei Agostinho. *Doutrina de precedentes e organização judiciária*. In Revista de Direito Administrativo vol. 246. São Paulo: Atlas, 2007.

BERMUDES, Sérgio. *Curso de direito processual civil: recursos*. Rio de Janeiro: Borsóí, 1972.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Mecanismos de uniformização jurisprudencial e a aplicação da súmula vinculante*. In Revista dos Tribunais 865. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça*. Organizado pelo Gabinete do Ministro Diretor da Revista – Brasília: STJ, 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). *Regimento Interno*: [atualizado até fevereiro de 2010] – consolidado e atualizado até maio de 2002 por Eugênia Vitória Ribas. Brasília: STF, 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: recursos, processos e incidentes nos Tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. vol. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1999.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CAMBI, Eduardo. *Jurisprudência lotérica*. RT n. 786, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. São Paulo: Classic Book, 2000.

CARVALHO, Fabiano. *Os embargos de divergência e a súmula 316 do STJ*. In NERY JR, Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. Vol. 10. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile. Le Azioni. Il Processo di Cognizione*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965.

COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Delpama, 1997.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. Vol. 3. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *O relator, a jurisprudência e os recursos*. In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, NERY JR, Nelson (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Decisões viculantes*. In RePro 100. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Processo Civil Empresarial*. São Paulo: Malheiros, 2010.

FAGUNDES, Seabra. *Dos recursos ordinários em matéria civil*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1946.

FERREIRA, Fernando Amâncio. *Manual dos Recursos em Processo Civil*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GILLES, Peter. *Civil justice systems and civil procedures in conversion. Main problems and fundamental reform movements in Europe – a comparative view*. In RePro 173. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

JORGE, Flavio Cheim; DIDIER JR, Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A Nova Reforma Processual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

JORGE, Flávio Cheim. *Recurso Especial com fundamento na divergência jurisprudencial*. In NERY JR, Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. 4 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Embargos de divergência: alguns aspectos estruturais*. In RePro 190. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *O objeto dos embargos de divergência*. In RePro 186. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Lezioni di Diritto Processuale Civile. vol. I. Nozioni Introductive – Parte Generale*. Italia: Editore Milano, 1951.

LIMA, Alcides de Mendonça. *Sistema de normas gerais dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINHO FILHO, Luciano. *Breves comentários aos embargos de divergência e aos incidentes de uniformização de jurisprudência no direito processual brasileiro*. In Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil n. 58. Porto Alegre: Síntese, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*. In RePro 172. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. 9. ed. Campinas-SP: Millennium Editora Ltda., 2003.

MARTINS, Pedro Antonio Batista. *Recursos e processos da competência originária dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

MAZZEI, Rodrigo Reis. *Embargos de Declaração*. In _____ (coord). Dos Recursos. vol. II. Vitória: Instituto Capixaba de Estudos, 2002.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Da uniformização da jurisprudência*. In Revista dos Tribunais 613. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao CPC, tomo XI (Arts. 809-852)*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1960.

_____. *Comentários ao CPC, tomo XII (Arts. 853-881)*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1961.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo V: arts. 444 a 475*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MONTEIRO, João. *Theoria do Processo Civil e Commercial*. Vol. 1-2-3. 5ª ed. São Paulo: Typographia Academica, 1936.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Algumas inovações da Lei 9.756 em matéria de recursos civis*. In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, NERY JR, Nelson (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Vol. 5: arts. 476 a 565. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação extravagante*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais – Teoria geral dos recursos*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Teoria Geral dos Recursos*. 6. ed. atual., ampl. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Embargos de divergência*. In NERY JR, Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. Vol. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA E CRUZ, João Claudino de. *Dos Recursos no Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

OROTAVO NETO, Fernando; ROHR, Joaquim Pedro. *Dos recursos cíveis: doutrina, legislação e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

OTEIZA, Eduardo. *El problema de la uniformidad de la jurisprudencia en américa latina*. In RePro 136. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Jurisprudência: da divergência à uniformização*. São Paulo: Atlas, 2006.

PEREIRA, Celso de Tarso. *Common law e case law*. In Revista dos Tribunais 638. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

PEREIRA, Milton Luiz. *Embargos de divergência contra decisão lavrada por relator*. In Revista da Ajuris. Campinas: Red Livros, 2000.

REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. *Curso de direito processual civil*. vol III. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1953.

SANTOS, Evaristo Aragão. *Sobre a importância e os riscos que hoje corre a criatividade jurisprudencial*. In RePro 181. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O supremo tribunal federal e a nova fisionomia do judiciário*. In Revista de Direito Público n. 75. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. vol. 3. 22ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

SARAIVA, José. *Recurso especial e o superior tribunal de justiça*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SHIMURA, Sergio Seiji. *Embargos infringentes e seu novo perfil (Lei nº 10.352/2001)*. In MAZZEI, Rodrigo Reis (coord). *Dos Recursos*. vol. II. Vitória: Instituto Capixaba de Estudos, 2002.

SHIMURA, Sergio Seiji. *Embargos de Divergência*. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SILVEIRA, Alípio. *A reelaboração das Leis por obra dos tribunais*. In RePro 13. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Dos embargos de divergência*. In MAZZEI, Rodrigo Reis (coord). Dos Recursos. vol. II. Vitória: Instituto Capixaba de Estudos, 2002.

_____. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Dos recursos constitucionais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2007.

TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. In RePro 199. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O recurso especial e o Superior Tribunal de Justiça*. In _____ (coord.). Recursos no Superior Tribunal de Justiça. São Paulo: Saraiva, 1991.

TERRA, Marcelo. *Embargos de divergência no tribunal de justiça*. In Revista dos Tribunais 606. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Vol. I. 51ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. *Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória*. In RePro 189. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

TORREÃO, Marcelo Pires. *Dos Embargos de Divergência: teoria e prática no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004.

TOSTES, Natacha Nascimento Gomes. *Uniformização de jurisprudência*. In RePro 104. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TUCCI, Rogério Lauria. *Curso de direito processual civil: processo de conhecimento*. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1989.

VIVEIROS, Estefânia. *Agravo interno e ampliação dos poderes do relator*. In MAZZEI, Rodrigo Reis (coord), *Dos Recursos*. vol. II. Vitória: Instituto Capixaba de Estudos, 2002.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves Comentários a 2ª Fase da Reforma do Código de Processo Civil*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Uma proposta em torno do conceito de jurisprudência dominante*. In RePro 100. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória : recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito – civil law e common law*. In Revista Jurídica vol. 384. Porto Alegre: Notadez, 2009.

_____. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil Law e common Law*. In RePro 172. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.