

SiqueiraCastro*

Embargos de Divergência

Biblioteca RJ, 17/05/2021

SUMÁRIO

As Súmulas do STF e do STJ sobre embargos de divergência e o novo CPC http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.252.16.PDF	Dou1
Embargos de divergência: uma história de esperanças, equívocos e defensividades http://amaurnunes.com.br/2019/09/09/embargos-de-divergencia-uma-historia-de-esperancas-equivocos-e-defensividades/	Dou2
A admissibilidade e o dissídio jurisprudencial nos embargos de divergência https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/21022021-A-admissibilidade-e-o-dissidio-jurisprudencial-nos-embargos-de-divergencia.aspx	Dou3
Do recurso de embargos de divergência no STJ Min Athos Gusmão Carneiro https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/EJur/article/view/3736/3857 Ensaio Jurídico 2003 https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/EJur/issue/archive	Dou4
Embargos de divergência contra decisão lavrada por relator Min Milton Luiz Pereira https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/EJur/article/view/3737/3858 Ensaio Jurídico 2003 https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/EJur/issue/archive	Dou5
Os embargos de divergência no STJ segundo o novo CPC (com as alterações da lei 13.256/16) https://www.migalhas.com.br/depeso/240438/os-embargos-de-divergencia-no-stj-segundo-o-novo-cpc-com-as-alteracoes-da-lei-13-256-16	Dou6
Considerações sobre os embargos de divergência https://giseleleite2.jusbrasil.com.br/artigos/494636079/consideracoes-sobre-os-embargos-de-divergencia	Dou7
CPC na prática https://www.migalhas.com.br/coluna/cpc-na-pratica/303838/valorizacao-da-jurisprudencia-no-cpc-de-2015	Dou8
A força da jurisprudência no CPC de 2015 e a modulação https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/1/2020_01_1389_1410.pdf	Dou9
A nova amplitude dos embargos de divergência e sua importância na uniformização da jurisprudência https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/download/54155/38400	Dou10
O novo desenho estrutural dos embargos de divergência no STJ traçado pelo CPC de 2015 Lista de discussão	Dou11
Sanabilidade de vícios na admissibilidade dos embargos nos Tribunais Superiores https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/22438/2/Fabiano%20da%20Rosa%20Tesolin.pdf	Dou12
STJ. Agravo Interno. Embargos de Divergência. DEMONSTRAÇÃO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. COTEJO ANALÍTICO. ACÓRDÃO CONFRONTADOS. DECISÃO MONOCRÁTICA. PARADIGMA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.	Jur1

AGRAVO INTERNO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. DEMONSTRAÇÃO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. COTEJO ANALÍTICO. ACÓRDÃOS CONFRONTADOS. DECISÃO MONOCRÁTICA. PARADIGMA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=118792330&registro_numero=201900152602&peticao_numero=202000564684&publicacao_data=20201207&formato=PDF	

Direito Jurisprudencial

1. As Súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre embargos de divergência e o novo Código de Processo Civil

The statements of the Supreme Court and the Superior Court about divergence embargoes and the New Civil Procedure Code

(Autor)

LUIZ ANTONIO FERRARI NETO

Doutorando, Mestre e Especialista em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Professor do Centro Universitário Estácio Radial. Membro da Comissão de Direito Processual da OAB-SP, Subseção de Pinheiros. Membro do Ceapro. Advogado. ferrari.neto@uol.com.br

Sumário:

- 1 Conceito e finalidade
- 2 Breve histórico - Lei 623/1949 e os primeiros enunciados sobre o tema
 - 2.1 Enunciados de súmula editados sob a vigência da Lei 623/1949
- 3 Os embargos de divergência no CPC de 1973 em sua redação originária
- 4 Os embargos de divergência na redação da Lei 8.038/1990 e o posterior revigoração do art. 546 do CPC
 - 4.1 Enunciados de súmula editados sob a vigência da Lei 8.950/1994
- 5 Breve sumário sobre os enunciados e seus precedentes
- 6 Os embargos de divergência no Código de Processo Civil de 2015
- 7 Hipóteses de cabimento
 - 7.1 Pode haver o manejo dos embargos de divergência no âmbito do julgamento de recurso ordinário constitucional? Mandado de segurança? Habeas corpus?
 - 7.2 Embargos contra decisão exarada em agravo que julga o mérito do recurso excepcional
 - 7.3 Embargos de divergência e o julgamento do agravo contra decisão denegatória
 - 7.4 Embargos de divergência quando a divergência ocorrer dentro do mesmo órgão fracionário
 - 7.5 E se a decisão for proferida em embargos de declaração tirados contra decisão que julgou

recurso especial ou recurso extraordinário?

8 Os embargos de divergência nos demais Tribunais

9 Sobre o aresto paradigma

10 Divergência

11 Divergência quanto à quantificação dos danos morais

12 Conclusão

13 Referências bibliográficas

Área do Direito: Processual

Resumo:

O presente artigo tem por finalidade trazer a interpretação e aplicação dos embargos de divergência nos Tribunais Superiores e confrontá-lo com o Novo Código de Processo, trazendo sua real finalidade, como um meio essencial à uniformização da jurisprudência nacional.

Abstract:

This article aims to bring the interpretation and application of the divergence embargoes in the Superior Courts and to confront with the new Civil Procedure Code, in order to bring its real purpose as an essential instrument to uniform the national jurisprudence.

Palavra Chave: Súmulas - Embargos de Divergência - Novo Código de Processo Civil.

Keywords: Statement - Divergence Embargoes - New Civil Procedure Code.

1. Conceito e finalidade

Os embargos de divergência, seja no Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973), seja no de 2015 (NCPC), é recurso, não apenas pela previsão legal como tanto,¹ mas também por sua própria natureza jurídica. Trata-se de um recurso,² interposto perante os Tribunais Superiores, tendo por finalidade uniformizar a jurisprudência interna do Tribunal Superior. Assim como os recursos extraordinário e especial, esse recurso não se presta para a tutela do direito subjetivo, mas sim do direito objetivo. A proteção é do sistema jurídico.³

- A doutrina é quase que uníssona em afirmar que a finalidade desse recurso é a uniformização dos julgados dissonantes dentro do próprio Tribunal. Seu objetivo imediato é a uniformização. Seu objetivo mediato ou secundário é reformar/anular o acórdão embargado.⁴
- Esse recurso serve para que os temas apreciados sejam pacificados, mostrando a todos como a Corte, que apesar de ser dividida, julga as matérias, dando base para atuação dos Tribunais inferiores.⁵ Como consequência desta uniformização, os Tribunais inferiores terão um norte a seguir a partir da aplicação uniformizada da jurisprudência das Cortes Superiores.
- Assim, a principal função deste recurso é a uniformização da jurisprudência dos Tribunais Superiores.⁶
- Verifica-se que o recurso especial tem, entre outras finalidades, a de uniformizar a interpretação da lei federal quando haja divergência de interpretação entre Tribunais Locais. Os embargos de divergência não se prestam a isto. Voltam-se para a uniformização da interpretação da Lei Federal (STJ) ou da Constituição Federal (STF) dentro do próprio Tribunal Superior.

2. Breve histórico - Lei 623/1949 e os primeiros enunciados sobre o tema

- Na vigência da Constituição Federal de 1891, a mais alta Corte do país não podia ser dividida. A divisão do STF passou a ser permitida a partir da Constituição Federal de 1934. Assim, a divisão da Corte ocorreu por meio do Dec.-lei 6/1937.⁷
- Após a divisão da Corte Suprema em Turmas, a doutrina passou a entender cabível a interposição do recurso de revista, até então previsto como meio cabível para a uniformização do entendimento dos Tribunais locais (apesar de o próprio Dec.-lei 6, que realizou a divisão do STF em Turmas prever a possibilidade de interposição de embargos).
- Em que pese o entendimento doutrinário da época afirmar que seria possível o manejo do recurso de revista para a uniformização do entendimento da Corte Suprema, esta entendeu que não seria possível o manejo de tal recurso. Posteriormente foi editada a Lei 623/1949, que alterou o Código de Processo Civil de 1939 e teve a finalidade de garantir a uniformização da jurisprudência perante a Corte Suprema, evitando-se decisões conflitantes perante aquela Corte.⁸
- Os embargos de divergência não tinham, àquela época, a restrição que têm hoje, o que era salutar para uma correta uniformização da jurisprudência da Corte.⁹ A partir de então começamos a ter a evolução da interpretação e aplicação pelo STF.

2.1. Enunciados de súmula editados sob a vigência da Lei 623/1949

Sob a vigência do Código de Processo Civil de 1939 o STF editou alguns enunciados de súmula sobre o tema que acabaram por restringir o âmbito de incidência deste recurso. Restrição esta que não era prevista pelo art. 833 do CPC/1939. Tal restrição também não era prevista pela legislação anterior a esta sobre o tema (art. 6º do Dec.-lei 6/1939).

O primeiro enunciado a restringir a aplicação deste recurso foi o 233: "Salvo em caso de divergência qualificada (Lei 623/1949¹⁰), não cabe recurso de embargos contra decisão que nega provimento a agravo ou não conhece de recurso extraordinário, ainda que por maioria de votos".¹¹

Perceba-se que, apesar de a redação da Lei ser abrangente, o STF editou enunciado restringindo o cabimento deste recurso.

Vale destacar que o julgado citado como precursor para referido enunciado tratava de matéria criminal (RE 38.448, rel. Min. Nelson Hungria). A essência do julgado era a inexistência de divergência entre os arestos, porque distintos os casos paradigma e o que era objeto de recurso, não havendo, portanto, SMJ, razão para a edição do referido enunciado.

O segundo enunciado foi o 247: "O relator não admitirá os embargos da Lei 623, de 19.02.1949, nem deles conhecerá o Supremo Tribunal Federal, quando houver jurisprudência firme do plenário no mesmo sentido da decisão embargada".

Este enunciado teve como fundamento o RE 43.382/RS, de 15.12.1961, rel. Min. Victor Nunes Leal. Parece-nos adequada a redação do referido enunciado, uma vez que o objetivo deste recurso é a uniformização da interpretação do Tribunal. Se o Tribunal já firmou seu entendimento no mesmo sentido da decisão atacada, não há razão para cabimento dos embargos de divergência em razão do simples fato de não haver divergência.

Insta salientar que há decisões do STJ que aplicam o entendimento firmado por meio deste enunciado, o que nos parece correto.¹²

O terceiro enunciado é o 253: "Nos embargos da Lei 623, de 19.02.1949, no Supremo Tribunal Federal, a divergência somente será acolhida, se tiver sido indicada na petição de recurso extraordinário".¹³

Os julgados precursores do Enunciado 253, por sua vez, tiveram como origem julgados que vedaram o recurso em razão de os recursos extraordinários terem se fundado apenas na alínea *a* do art. 101, III, da CF/1946.

Para o STF, somente seria cabível a interposição dos embargos de divergência quando o recurso extraordinário também tivesse sido fundado na alínea *d* do inc. III do art. 101.¹⁴ Segundo o entendimento exarado pelo Min. relator Victor Nunes Leal e pelo Min. Pedro Chaves, em voto vista no RE 34.055, não seria possível inovar para interpor os embargos de divergência. Se o recurso extraordinário foi interposto unicamente porque a decisão foi contrária à interpretação da Constituição Federal ou da Lei Federal, não poderia, posteriormente, a parte recorrente inovar e interpor os embargos de divergência sob o fundamento de divergência que até então não havia sido alegada.

A fundamentação à época se deu em razão da natureza jurídica dos embargos de divergência. Segundo decisão exarada no RE 47.110 AgRg, rel. Min. Victor Nunes Leal, *o recurso teria a natureza de reexame do julgamento da turma e não de um recurso autônomo*. Não poderia o plenário pretender corrigir a Turma sobre algo que a Turma não foi instada a se manifestar. Na visão dos Ministros, não seria possível os embargos porque a Turma não teria errado ao julgar. Então não seria possível o reexame. Rejeitou-se naquela oportunidade a função de uniformização da jurisprudência do STF (apesar de o relator ter levantado as duas posições e ter afirmado que qualquer das duas interpretações seria possível).

Vale ressaltar que tal enunciado não mais pode ser aplicado pelo STF, uma vez que não cabe recurso extraordinário por divergência jurisprudencial e não encontramos aplicação no âmbito do STJ, o que nos parece salutar, uma vez que a natureza dos embargos de divergência é de recurso e sua função é uniformizar o entendimento dissonante entre órgãos colegiados distintos dentro de um Tribunal Superior.

O quarto enunciado editado na vigência do Código de Processo Civil de 1939 foi o 273: "Nos embargos da Lei 623, de 19.02.1949, a divergência sobre questão prejudicial ou preliminar, suscitada após a interposição do recurso extraordinário, ou do agravo, somente será acolhida se o acórdão-padrão for anterior à decisão embargada".¹⁵

Em que pese a citação de diversos julgados, verificou-se que apenas o Embargos no AgIn 29.377, é que tratou de matéria objeto da redação do enunciado, demonstrando-se o perigo que temos desde aquele momento até o atual estágio de edição de enunciados de súmulas, nas quais os julgados citados como precursores não tratam do tema sobre o qual é editado o enunciado. Segundo o citado recurso, cujo relator foi o Min. Victor Nunes Leal, houve a interposição do recurso extraordinário com base nas alíneas *a* e *d* do art. 101, III, da CF/1946. Todavia, a parte não demonstrou, quando da interposição do recurso extraordinário, a exata divergência entre o julgado recorrido e o paradigma. Após o julgamento do recurso extraordinário, todavia, a parte interpôs embargos de divergência, utilizando como paradigma outra decisão, que foi exarada em momento posterior à interposição do recurso extraordinário. Assim, e com base no que já havia sido consolidado pelo STF, a divergência precisaria ser demonstrada quando da interposição do recurso extraordinário. Se a decisão divergente veio em momento posterior, não seria possível a interposição dos embargos de divergência.

Como dito anteriormente, não há qualquer razão para restringir o cabimento dos embargos de divergência, nem mesmo razão para confundi-lo como reexame do recurso extraordinário decorrente de dissídio jurisprudencial (existente na vigência da Constituição de 1946 e de 1967). Tal enunciado já perdeu a razão de ser em razão de não ser mais possível a interposição de recurso extraordinário em razão de dissídio jurisprudencial. Pelas razões acima, não há que se cogitar da aplicação deste enunciado pelo STJ.

O quinto enunciado editado foi o 290: "Nos embargos da Lei 623, de 19.02.1949, a prova de divergência far-se-á por certidão, ou mediante indicação do 'diário da justiça' ou de repertório de jurisprudência autorizado, que a tenha publicado, com a transcrição do trecho que configure a divergência, mencionadas as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados".¹⁶

Com relação aos julgados que deram azo à aprovação deste enunciado, verificamos pelo teor deles a necessidade, em todos, da citação de repositório oficial. Nos Embargos no RE 43.951 extrai-se do voto do relator que o recorrente sequer juntou certidão ou cópia do acórdão invocado e, por isto, o relator teve que mandar buscar em biblioteca o diário de justiça que publicou o acórdão citado pelo embargante. A justificativa para a apresentação da certidão ou cópia do acórdão decorre da necessidade de dar ciência a outra parte para evitar que ela seja pega de surpresa e também para que não desse ao relator o trabalho de ele ter que buscar o acórdão paradigmático.¹⁷ Um dos recursos citados como "precedente", todavia, sequer tratava de embargos de divergência, mas do então recurso de revista.¹⁸

A questão do repositório de que se pode extrair o julgado paradigma passará a ser regulada no novo CPC pelo art. 1.043, § 4.º, que prevê a possibilidade de utilização de citação de reprodução de julgado citado em mídia eletrônica ou em sítios eletrônicos (com indicação da fonte), mostrando a evolução do tema.

O sexto enunciado é o 300: "São incabíveis os embargos da Lei 623, de 19.02.1949, contra provimento de agravo para subida de recurso extraordinário".¹⁹

Este enunciado trouxe restrição que não constava da Lei, ao afirmar que os embargos de divergência seriam incabíveis contra agravo interposto para a subida do extraordinário. Ao se analisar os julgados que deram azo à edição deste enunciado, verificou-se que os embargos de divergência seriam cabíveis quando da análise do recurso extraordinário. Não seria possível tal análise no agravo contra a negativa de subida. Nos Embargos no AgIn 21.713 a então Cia Docas de Santos interpôs embargos contra a decisão que deu provimento ao agravo para o julgamento do recurso extraordinário. Entendeu o Tribunal que os embargos deveriam ser interpostos quando do julgamento do recurso extraordinário. Assim, não haveria qualquer prejuízo à parte pelo não conhecimento do recurso. Noutro recurso - Embargos no AgIn 24.829, o Min. Victor Nunes Leal volta a reafirmar a impossibilidade de interposição de embargos da Lei 623/1949 contra acórdão que julga o agravo de instrumento, pois aquela não é a posição final da Turma. Ela apenas entendeu presentes os requisitos para que o recurso extraordinário pudesse ser apreciado. Destacou ainda que os embargantes, naquela ocasião, pretendiam discutir o mérito do extraordinário, por meio dos embargos ao agravo. Ocorre que o mérito do extraordinário ainda não havia sido apreciado.²⁰ Apenas nos Embargos no AgIn 20.084, de relatoria do Min. Luiz Gallotti é que se cogitou da possibilidade de admissão dos embargos em Agravo de Instrumento, na qual afirmou o Ministro que deveria o embargado demonstrar a divergência do provimento do agravo com outra decisão de outra Turma, que em caso similar tenha negado provimento ao agravo.

Pela mesma razão que levou o STF a cancelar o Enunciado 599 (descrito adiante), o presente enunciado também deveria ser cancelado, uma vez que atualmente o Agravo contra decisão denegatória de recurso extraordinário pode enfrentar o próprio mérito do recurso extraordinário, o que também ocorre em relação ao recurso especial. Apesar de o Novo Código de Processo Civil não possuir mais o juízo prévio de admissibilidade dos recursos excepcionais, tramitam dois projetos de lei (PLS 414/2015 e PL 2.384/2015), os quais têm a finalidade de manter o juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais nos Tribunais Locais e, por consequência, manter os agravos contra estas decisões denegatórias.

O sétimo enunciado é o de 353: "São incabíveis os embargos da Lei 623, de 19.02.1949, com fundamento em divergência entre decisões da mesma turma do Supremo Tribunal Federal".²¹

Consta como "precedente" deste enunciado apenas os Embargos no RE 44.665. No caso em questão, a parte (Banco do Estado de São Paulo) citou quatro julgados em sentido contrário, de três relatores distintos (Ministros Ary Franco, Luiz Gallotti e Nelson Hungria). Não obstante, segundo o voto do relator (Min. Villas Bôas), não foi superada a exigência de que a divergência deva ser demonstrada entre Turmas.

A Jurisprudência e a própria doutrina já aplicam entendimento diverso a este enunciado na hipótese de alteração de mais da metade dos membros da Turma.

Tal entendimento doutrinário e jurisprudencial agora consta expresso no Novo CPC, em seu art. 1.043, § 3.º,

do CPC.²²

O oitavo e último enunciado na vigência do Código de Processo Civil de 1939, com a redação dada pela Lei 623/1949 foi o 598: "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".²³

Verifica-se dos julgados que deram azo à edição do último enunciado editado sob a vigência da Lei 623 que nos Embargos no RE 65.817 o embargante utilizou como paradigma o mesmo acórdão que havia utilizado para a interposição do recurso extraordinário pela divergência jurisprudencial, tendo a Corte afastado tal alegação quando do julgamento do recurso extraordinário porque o recurso não possuía a mesma similitude. Se o recurso não serviu de paradigma para o extraordinário por divergência jurisprudencial, também não serve para os embargos de divergência.²⁴

3. Os embargos de divergência no CPC de 1973 em sua redação originária

- Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1973, o recurso foi previsto no parágrafo único do art. 546 do CPC/1973: "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".

Verificou-se restrição ao cabimento dos embargos de divergência às hipóteses de divergência em recurso extraordinário e agravo de instrumento. Na redação do Código de Processo Civil de 1939 não havia tal restrição, apesar de o STF ter restringido, por meio da edição dos enunciados citados.

Na vigência da redação originária do Código de Processo Civil, o STF editou o enunciado de Súmula 599, que foi cancelado, posteriormente, em 2008: "São incabíveis embargos de divergência de decisão de Turma, em agravo regimental". Súmula cancelada (v. AgRg nos EDiv nos EDcl. no AgRg no RE 283.240-5, *DJe* 14.03.2008, divulgado em 13.03.2008)".²⁵

Este enunciado chegou a ser aplicado pelo STF e pelo STJ, perdendo sua razão de ser a partir do momento em que entrou em vigor a Lei 9.756/1998, que permitiu ao relator julgar monocraticamente o recurso especial, surgindo daí o manejo do regimental.

4. Os embargos de divergência na redação da Lei 8.038/1990 e o posterior revigoramento do art. 546 do CPC

- Com a entrada em vigor da Constituição de 1988, a interpretação e a aplicação da Lei Federal passaram a ser da competência do STJ (por meio de recurso especial) e não mais do STF. Em razão disto, houve revogação do art. 546 do CPC, passando a matéria a ser regulada pelo art. 29 da Lei 8.038/1990: "É embargável, no prazo de 15 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".
- Tal redação, todavia, padeceu da grave falha de não prever os embargos de divergência no âmbito do STF.
- Apesar disto, o Regimento Interno do STF continuou prevendo os embargos de divergência, assim como a Corte Suprema continuou admitindo tal recurso.²⁶

Na primeira grande etapa de reforma do Código de Processo Civil, ocorrida em 1994, a Lei 8.950/1994 revigorou o art. 546 do CPC, que passou a vigor com sua redação atual.

Esta Lei, contudo, não revogou expressamente o art. 29 da Lei 8.038/1990. Todavia, tal revogação, no que tange ao cabimento dos embargos de divergência em matéria cível, ocorreu de forma tácita a partir da entrada em vigor da Lei 8.950/1994.

Assim, os embargos de divergência, previstos na Lei 8.038/1990 continuam regulando a sua aplicação em matéria criminal. Com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil haverá a revogação da Lei 8.038/1990, o que implicará vácuo legislativo no que tange à aplicação deste recurso em matéria criminal (vide art. 1.072, IV). Em razão deste vácuo legislativo e, em que pese o art. 15 do NCPC não mencionar sua aplicação de forma subsidiária ao processo penal, entendemos que os embargos de divergência também em matéria penal serão processados e julgados conforme a previsão constante do Novo Código de Processo Civil.

4.1. Enunciados de súmula editados sob a vigência da Lei 8.950/1994

Sob a égide desta redação revigorada do art. 546 do CPC/1973 o STJ editou cinco enunciados de súmula sobre o tema: Enunciado 158: "Não se presta a justificar embargos de divergência o dissídio com acórdão de turma ou seção que não mais tenha competência para a matéria neles versada".²⁷

Na análise dos julgados que deram azo à edição do Enunciado 158, verifica-se, do EREsp 43.239/SP, que a matéria tratava de relação locatícia, que passou à época a ser da competência da 3.ª Seção (anteriormente a matéria era de competência da 2.ª Seção). O relator (Min. Waldemar Svezter), reconhecendo a existência de divergência do julgado com paradigmas da 3.ª Turma e da 2.ª Seção, dava provimento ao recurso. Em aparte realizado pelo Min. Assis Toledo, este destacou que os julgados da 2.ª Seção estariam superados pela nova interpretação dada à questão pelas duas Turmas da 3.ª Seção. Afirmou-se que teria ocorrido evolução da interpretação da questão pelo STJ. Em razão do debate sobre o tema, o Min. Antônio Torreão Braz chamou a atenção para o fato de que a 2.ª Seção não tinha mais competência sobre o tema. Também o fazendo o Min. Costa Leite. Em razão disto, o relator retificou seu voto, para evitar ingerência da Corte Especial sobre matéria que é da competência exclusiva da 3.ª Seção. No julgamento do EREsp 50442/SP o relator, Min. José Dantas, trouxe orientação exarada na questão de ordem proferida no REsp 43.139/SP, no sentido de que não servem como paradigmas acórdãos proferidos por turma que perderam a competência para apreciar a matéria. O mesmo se deu com o EREsp 35.314/SP.

Interessante notar que a QO no EREsp 43.139/SP, que serviu de base para a edição do Enunciado 158 sequer é citado como "precedente" no sítio do STJ.

Ousamos discordar de tal enunciado, uma vez que, se há entendimento divergente por outra turma, é sinal que a matéria precisa ser melhor interpretada. Além disto, uma matéria que pode ser da competência de uma seção poderá ser da competência de outra seção posteriormente. Exemplo claro disto é a matéria de locação. Era da 2.ª seção, passou para a 3.ª seção e voltou para a 2.ª seção. Além disto, em razão da necessidade de segurança jurídica e estabilidade, é essencial que sejam cabíveis os embargos de divergência para que a Corte analise as razões que levaram a outra Seção à ter interpretação que é divergente da interpretação dada pela seção que atualmente tem competência para julgar a matéria.

O segundo enunciado editado pelo STJ foi o 168: "Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado".²⁸

Este enunciado tem redação similar ao 247 do STF, o que, a nosso sentir, deve ser bem visto, pois se os embargos de divergência servem para eliminar a dissonância existente dentro do Tribunal, não há razão de ser dos embargos se não há divergência. Todos os julgados descritos no sítio do STJ como "precedentes" chegam a esta mesma conclusão.

O terceiro enunciado editado pelo STJ foi o 315: "Não cabem embargos de divergência no âmbito do agravo de instrumento que não admite recurso especial".²⁹

Fazemos as seguintes considerações com relação aos julgados citados como "precedentes" desde enunciado:

No Ag na Pet 1.840 verifica-se que foi negado seguimento ao especial, tendo a parte interposto agravo contra aquela decisão denegatória de seguimento. Ao analisar o recurso, o relator não o admitiu sob o fundamento de que a decisão do Tribunal *a quo* estaria em consonância com o entendimento do STJ. Segundo a Min. Eliana Calmon (relatora), tal decisão não teria adentrado o mérito (o que não nos parece correto, todavia). Para a relatora somente seria admissível embargos de divergência em agravo de instrumento se houvesse análise do mérito do especial (quando ele fosse acolhido e, a partir de então, fosse julgado o próprio recurso especial - como passou a ser permitido pela inclusão do § 3.º ao art. 544 do CPC - Lei 8.950/1994). Neste julgado a relatora externou uma preocupação: afirmou que era grande a quantidade de embargos de divergência sobre este tema e que havia diversos agravos decorrentes do próprio enfrentamento do mérito do especial pelo Tribunal *a quo*.³⁰

No julgamento da Pet 2151, o voto do Min. Hamilton Carvalhido afirmou que o STJ já havia exarado entendimento no sentido de não caber os embargos de divergência quando a Corte, ao julgar o agravo de instrumento, não enfrentar o mérito do recurso especial, citando o entendimento do STF, exarado na Súmula 599, apesar de no próprio voto o relator afirmar que, diante da possibilidade de julgamento monocrático do recurso especial, ser cabível os embargos de divergência em agravo regimental quando este julga o mérito do recurso especial (em razão da alteração do art. 557 do CPC).

Na mesma toada, os EDcl no EREsp 244.525/DF aplica o enunciado 599 do STF afirmando que se o agravo não adentrou o mérito do especial, não seria possível a interposição dos embargos de divergência.

Pelos julgados citados, é possível constatar que o STJ possui entendimento no sentido de que somente é cabível embargos de divergência contra acórdão prolatado em agravo em duas hipóteses: "(i) quando o Relator, ao apreciar o agravo de instrumento, julga o mérito do recurso especial, com fundamento no art. 544, § 3.º, primeira parte, do CPC; (ii) ou quando o mérito do recurso especial é apreciado pelo relator em decisão monocrática, com arrimo no art. 557 do CPC. Nesses casos, o acórdão que julgar o agravo regimental eventualmente interposto poderá ser objurgado via embargos de divergência, desde que, é claro, atendidos os pressupostos do recurso".³¹

O quarto enunciado editado pelo STJ foi o 316: "Cabem embargos de divergência contra acórdão que, em agravo regimental, decide recurso especial".³²

Cabe fazer algumas observações quanto aos julgados citados como "precedentes" deste enunciado.

Ao se analisar os julgados que deram azo ao Enunciado 315 já se verificou, em todos eles, a admissibilidade de embargos de divergência quando a decisão proferida em agravo de instrumento ou agravo regimental tiver apreciado o mérito do recurso especial. A partir da reforma do Código de Processo Civil pela Lei 9.756/1998 foi aumentado o poder do relator, que pôde, a partir de então, julgar o mérito do recurso especial monocraticamente e, até mesmo, julgar o mérito do recurso especial ao analisar e conhecer o então agravo de instrumento contra decisão denegatória de seguimento do especial.

Vale trazer aqui o julgado proferido no AgRg nos EDiv no REsp 172.821/SP, em que o relator original (Milton Luiz Pereira) entendia que da decisão monocrática que julgasse o recurso especial é que caberia os embargos de divergência em razão do Enunciado 599 do STF. Todavia, o entendimento dos demais membros da Corte Especial foi no sentido de que este enunciado deveria ser interpretado com temperamento, pois a partir da reforma do Código de Processo Civil pela Lei 9.756/1998, em agravo regimental passou a ser possível o enfrentamento do mérito do recurso especial quando este fosse julgado monocraticamente.³³

Este foi o entendimento que prevaleceu não apenas perante o STJ, mas também perante a doutrina.

O quinto enunciado editado pelo STJ foi o 420: "Incabível, em embargos de divergência, discutir o valor de indenização por danos morais".³⁴

No que tange a este enunciado, os julgados procuraram afastar a possibilidade de interposição de embargos

de divergência para uniformização do entendimento do STJ com relação à fixação do *quantum* da indenização a título de danos morais.

Sob o pretexto de ter que se analisar questão fática, no AgRg nos EREsp 613.036/RJ a 2.^a Seção do STJ afirmou claramente que não seria o caso de embargos de divergência, mantendo-se decisão que afirmou não ser exagerada a fixação de danos morais por danos causados em agência, fixada em 2.000 salários mínimos, em razão de perda de visão e danos estéticos.

No caso objeto do AgRg nos EREsp 507.120/CE a parte recorrente apresentou julgado paradigma em que também teria havido homicídio violento praticado por policial militar. No caso em questão, a decisão havia mantido indenização por danos morais em 300 salários mínimos, quando havia outro julgado, em situação semelhante, na qual o Estado do Ceará havia sido condenado em 2.000 salários. Afirmou o Min. Luiz Fux que não haveria o cotejo analítico para o caso.

No EREsp 663.196/PR discutia-se a possibilidade de redução do *quantum* indenizatório em razão do elevado tempo transcorrido para ajuizamento da ação indenizatória (no caso dos autos, 11 anos). Entendeu-se no caso em questão que o decurso do tempo não influenciaria a fixação do *quantum*. Ocorre que, em julgado citado como paradigmático, o entendimento foi no sentido de que o decurso do tempo influenciaria na fixação do *quantum*, o que foi rechaçado sob o argumento de que os embargos de divergência não serviriam para alterar o valor fixado em indenização por danos morais.

No AgRg nos EREsp 735.574/PE, por sua vez, não se admitiu os embargos infringentes sob a fundamentação de que a fixação dos danos morais levam em conta a situação fática do caso concreto e que, por isto, não poderia ser apreciado em embargos de divergência. No caso em questão, a Caixa havia sido condenada a pagar indenização de R\$ 30.121,41 por inscrição indevida em cadastro de inadimplentes (decisão da 3.^a Turma), havendo decisão da 4.^a Turma reduzindo o valor da indenização para R\$ 3.000,00 e R\$ 5.200,00.

Noutro caso, o AgRg nos EREsp 791.595/PE o STJ entendeu também que não seria possível o manejo dos embargos de divergência. No caso concreto a Império das Tintas havia sido condenada a quase 100 salários mínimos em razão de um protesto indevido de título cambial. Em razão da peculiaridade do tema - apreciação de fixação do *quantum* em danos morais e o cabimento ou não de embargos de divergência sobre o tema, esta questão será analisada com maior vagar em tópico próprio abaixo.

5. Breve sumário sobre os enunciados e seus precedentes

Como se pode verificar, o STF e, posteriormente, o STJ vieram, no decorrer dos anos, reduzindo as hipóteses de cabimento deste importante recurso que teria como função justamente evitar a chuva de recursos que todos os dias chegam aos Tribunais Superiores. Este recurso, que deve servir para mostrar que a Corte, apesar de dividida, tem um pensamento e aplicação deste pensamento de modo uniforme, tem que ser aplicado da forma mais ampla possível, o que não foi verificado com o transcurso dos anos. Não fosse apenas este o problema, verifica-se, em muitos dos enunciados que os julgados citados como precedentes não tratam da matéria objeto do enunciado, o que segue na contramão da tendência de se seguir precedentes. Infelizmente, tal constatação não se restringe aos enunciados que tratam dos embargos de divergência.

6. Os embargos de divergência no Código de Processo Civil de 2015

O Novo Código de Processo Civil, por sua vez, regula a matéria nos seus arts. 1.043 e 1.044, que tratou de ampliar novamente o âmbito de abrangência e aplicação dos embargos de divergência, o que é salutar.

7. Hipóteses de cabimento

- A redação do Novo Código de Processo Civil veio em boa hora.
- Isto porque de acordo com o novo texto, cabem embargos de divergência da decisão que divergir do julgamento de: (a) outra Turma; (b) da Seção ou de outra Seção; (c) ou da Corte Especial.
- No caso de embargos de divergência no STF, o recurso é cabível quando o julgamento de uma das Turmas, em recurso extraordinário divergir do julgamento: (a) da outra turma; (b) do plenário do STF.
- Perceba que o *caput* do art. 1.043 e seus incs. I a IV deixam claro que os embargos de divergência são cabíveis quando houver divergência entre qualquer órgão do mesmo Tribunal, algo que não ocorre no art. 546 do CPC/1973, pois pode haver divergência entre Seções no STJ ou entre esta e a Corte Especial.
- Sobre a possibilidade de embargos de divergência de decisões proferidas entre Seções ou entre esta e Corte Especial, parece-nos que se o objetivo é a uniformização dos julgados, fazendo com que a jurisprudência do Tribunal passe a caminhar num único sentido, não haveria razão para interpretação em sentido contrário já no direito vigente, como já exposto por Sérgio Seiji Shimura.³⁵
- Considerando que pode haver divergência entre entendimentos exarados por turmas pertencentes a seções distintas, por que não entender que seções distintas possam ter entendimentos distintos, que devam ser pacificados pela Corte Especial?
- É certo que a divisão de competência entre as seções reduz as matérias objeto de conflito, mas basta analisarmos a questão processual que pode ser afeta a mais de uma Seção e até recentemente, nem mesmo a 3.ª Seção ficava isenta dela (a partir de 1.º de janeiro de 2012 a 3.ª Seção tem competência para processar e julgar matéria penal apenas). Isso por si só demonstra a possibilidade de haver divergência entre seções, o que deve ensejar o manejo do recurso em questão.³⁶

7.1. Pode haver o manejo dos embargos de divergência no âmbito do julgamento de recurso ordinário constitucional? Mandado de segurança? Habeas corpus?

O Código de Processo Civil de 1973 admite apenas o manejo dos embargos de divergência quando do julgamento de recurso especial (no âmbito do STJ) e de recurso extraordinário (no âmbito do STF).³⁷ Assim, não seria cabível o manejo dos embargos de divergência no julgamento do recurso ordinário constitucional ou no julgamento de causas de competência originária da Corte.

- A pergunta que fica é: Seria realmente essa a *mens legis*? Não deveria ser possível a interposição de embargos de divergência contra acórdãos nestes casos?
- O novo Código de Processo Civil previu a possibilidade de embargos de divergência para uniformização de entendimento em casos de competência originária (aí incluídos o mandado de segurança e o *habeas corpus*).³⁸
- A razão de ser para isto é simples: a própria função dos órgãos de cúpula (Tribunais Superiores como um todo) é a de criar parâmetros para a interpretação e aplicação da Lei (*em sentido lato*).³⁹
- Se há a necessidade de interpretação uníssona do Direito, até mesmo para que os demais membros do Judiciário e a sociedade como um todo entendam como pensam as Cortes Superiores, não se pode admitir a impossibilidade de uniformização dessas decisões.

Todavia, não houve previsão expressa de cabimento dos embargos de divergência contra decisão exarada em recurso ordinário constitucional.

Não obstante, pensamos ser possível a interposição, haja vista a própria ampliação dada ao instituto pelo inc. IV do art. 1.043 do NCP.

Sobre a possibilidade de embargos de divergência em recurso ordinário já se manifestou Oreste Laspro⁴⁰ (ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973).

Vale também destacar a previsão expressa do § 1.º, de que a tese jurídica pode ser verificada em qualquer julgado, previsão esta que é muito bem-vinda e que incorpora a utilização de julgado em recurso ordinário como paradigma. Resta apenas a interpretação sistemática para se entender como cabível os embargos de divergência do julgamento de recurso ordinário.

7.2. Embargos contra decisão exarada em agravo que julga o mérito do recurso excepcional

No âmbito do STF o assunto era polêmico. O STF chegou a editar o enunciado 599, na época em que estava vigente a redação original do Código de Processo Civil de 1973, que, com as alterações legislativas pela qual passou o instituto, tornou-se inaplicável,⁴¹ pois passou a haver maior concentração de poder nas mãos do relator. Assim, se o relator pode julgar o mérito do recurso extraordinário e do recurso especial, deve-se entender cabível o recurso de embargos de divergência de agravo interno (recurso interposto contra a decisão monocrática que julgou o especial ou o extraordinário).

Na época em que editado o enunciado, como visto, o recurso de agravo não servia para julgar o mérito do recurso extraordinário.⁴² Por conta disso a Súmula 599 do STF foi cancelada, conforme já exposto.

Já no âmbito do STJ a questão também se encontra pacificada, conforme se depreende do teor da Súmula 316,⁴³ que permite o manejo dos embargos de divergência quando, a turma, ao julgar o agravo interno, enfrentar o mérito do recurso especial.

Com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil pensamos que tal entendimento deva continuar sendo aplicado, isto porque o relator poderá julgar monocraticamente o recurso excepcional (art. 932, III e IV).

7.3. Embargos de divergência e o julgamento do agravo contra decisão denegatória

- Segundo a doutrina vigente, deve-se entender como possível a interposição dos embargos de divergência quando, superada a questão da denegatória, o tribunal passar a analisar o mérito do recurso extraordinário, tanto no âmbito do STJ quanto no do STF.
- Há, todavia, decisão do Pleno do STF, de 2011, entendendo pelo não cabimento dos embargos de divergência contra decisão exarada em agravo interno tirado contra agravo de decisão denegatória de seguimento de recurso extraordinário, afirmando que esse caso não se encaixaria na exceção de agravo interno que julga o mérito do extraordinário.⁴⁴
- O entendimento pela possibilidade de se embargar da decisão que julga o agravo de decisão denegatória decorre da previsão contida no art. 544, §§ 3.º e 4.º, do CPC.⁴⁵
- Acrescente-se a redação do art. 330 do RISTF, que deveria servir para reduzir a polêmica:

"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".

- No âmbito do STJ, há a Súmula 315 do STJ que deve ser entendida como vedação ao manejo dos embargos de divergência quando o agravo de instrumento não apreciar o mérito do recurso especial.

- Esse agravo, via de regra, é julgado pelo relator, que pode negar ou dar provimento e, dando provimento, poderá, de acordo com o Regimento Interno do STJ, pedir dia para julgamento (arts. 254 do SISTJ e 316 do RISTF).

- Mas seria realmente essa a *mens legis*? No âmbito do STJ, por exemplo, a Corte aceita como possível os embargos de divergência quando o recurso especial não é admitido. Por que então negar esse recurso quando o agravo não é admitido. A função desse recurso de agravo é apenas fazer com que o recurso especial suba em razão de um "filtro" feito em segunda instância. Se não foi realizado o filtro pelo Tribunal local e o Especial subiu, cabem os embargos de divergência, mesmo no caso de não admissão do especial. No outro caso, em que foi realizado o filtro e, então houve a necessidade do recurso de agravo de decisão denegatória, também deveriam ser cabíveis os embargos de divergência, mesmo no caso de não admissão do agravo.⁴⁶

- Não deveria haver restrição se a matéria fática apreciada é a mesma, independentemente da admissão ou não do recurso excepcional, ou mesmo do agravo.

- O que deve realmente importar é a divergência interna entre julgados, pois isso é fator de instabilidade jurídica, capaz de causar multiplicação desnecessária de recursos e demandas, pois dá ampla possibilidade para que quaisquer das partes recorram de qualquer que seja o resultado da demanda.

- Nos termos do Novo Código de Processo Civil, é possível a interposição dos embargos de divergência quando o acórdão paradigma e o recorrido versarem sobre o juízo de admissibilidade. O inc. I trata de juízo de admissibilidade em recurso especial e extraordinário. Nada fala do agravo previsto no art. 1.042 do NCPC. Independentemente disto, pensamos que é possível a interposição dos embargos de divergência contra decisões exaradas em agravo contra decisão denegatória de seguimento de recurso especial ou de recurso extraordinário pelas razões já expostas. Este tema ainda continua sendo importante, como dito alhures, em razão dos dois projetos de lei que visam manter o juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais nos Tribunais Locais.

7.4. Embargos de divergência quando a divergência ocorrer dentro do mesmo órgão fracionário

- Em que pese haver entendimento doutrinário e mesmo jurisprudencial admitindo, parece-nos que o caso seria de superação de entendimento pelo órgão fracionário.

- Assim, pensamos não ser cabível, quer no âmbito do STJ,⁴⁷ quer no âmbito do STF. A ideia do recurso é a uniformização da interpretação da Corte e não a obtenção de unanimidade na interpretação da turma.⁴⁸

- Excepcionalmente, porém, o STF já entendeu cabível o manejo contra julgamento da mesma turma quando tenha ocorrido substancial modificação na composição desta.⁴⁹

- Parece-nos mais acertado o entendimento no sentido do não cabimento dos embargos de divergência nessa hipótese, pois se houve modificação da composição e mudança de entendimento, deve-se passar a adotar o novo entendimento, utilizando-se como justificativa que o direito não deve ser estático, podendo haver evolução na interpretação que os Tribunais fazem dos artigos de leis. Todavia, numa reflexão mais profunda e, levando-se em consideração a ideia de segurança e, principalmente, previsibilidade das decisões judiciais, o sistema deveria possuir mecanismos para evitar a mudança abrupta de posicionamento do Tribunal, mas isso independe da mudança de composição do Tribunal. Não é porque houve mudança na composição do Tribunal que seus precedentes não devem ser seguidos. Muito pelo contrário. Os embargos de divergência, todavia, não têm essa função. Perceba que esse tema tem fundamental importância, ainda mais nos dias atuais em que a carga de trabalho dos magistrados de um modo geral e, dos Ministros, em especial, é absurda, o que pode ocasionar falha humana na prolação de uma ou outra decisão (falha essa possível, mas não

querida). O que precisaria haver é a utilização de procedimento específico para a hipótese de mudança de posicionamento da própria turma.

- Não obstante, o Novo Código de Processo Civil previu a possibilidade de manejo dos embargos de divergência quando houver mudança da composição de mais da metade do órgão fracionário (art. 1.043, § 3.º). Problema, todavia, surgirá, quando houver julgamento em sentido diverso sem que tenha havido alteração da composição do Tribunal e, nesta hipótese, a parte ficará sem recurso contra tal decisão, voltando a tona a insegurança jurídica tão repudiada por todos nós.

7.5. E se a decisão for proferida em embargos de declaração tirados contra decisão que julgou recurso especial ou recurso extraordinário?

- No entender da doutrina dominante, são cabíveis os embargos de divergência da decisão prolatada em sede de embargos de declaração, quando estes forem opostos contra decisão prolatada em sede de recurso especial ou recurso extraordinário, haja vista que a função desse recurso é simplesmente integrar o julgado anterior. Isto seria possível se os embargos de declaração fossem interpostos contra decisão que já seria passível de embargos de divergência.
- No nosso sentir, todavia, o que interessa é haver discrepância de julgados sobre a mesma questão fática. Se houver divergência interna, independentemente da demanda em que isso ficou constatado (ação originária ou recurso, qualquer que seja) devem ser admitidos os embargos de divergência, ainda que esta seja verificada em julgamento de embargos de declaração.

8. Os embargos de divergência nos demais Tribunais

- A doutrina nega a possibilidade de manejo de embargos de divergência no âmbito dos Tribunais locais.⁵⁰ Na vigência do Código de Processo Civil de 1939, o recurso de revista tinha essa finalidade no âmbito local. Posteriormente, com a entrada em vigor da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, cogitou-se sobre a possibilidade de cabimento dos embargos de divergência para todos os Tribunais.⁵¹
- Apesar disso, anota Eduardo Ribeiro de Oliveira que o entendimento à época foi no sentido contrário, ou seja, de não cabimento desse recurso no âmbito dos tribunais locais, porque dependeria de lei que instituísse tais recursos.⁵²
- Parece-nos que seja diante do direito vigente (Código de Processo Civil de 1973), seja diante do Novo Código de Processo Civil, não há qualquer possibilidade de cabimento dos embargos de divergência no âmbito de Tribunais de Segundo Grau.
- Na vigência do Código de Processo Civil de 1973 havia o incidente de uniformização de jurisprudência, que teria a função de tornar uníssona a interpretação e aplicação da lei no âmbito do Tribunal respectivo.
- Na vigência do Novo Código de Processo Civil, a uniformização deverá ser exercida pelo incidente de resolução de demandas repetitivas.

9. Sobre o aresto paradigma

- Felizmente o legislador ampliou a interpretação restritiva dos Tribunais Superiores⁵³ para permitir que o aresto paradigma possa ser exarado em qualquer ação ou recurso. Na doutrina já encontrávamos vozes neste sentido.⁵⁴
- Esta questão encontra-se agora regulada pelo Novo Código de Processo Civil, que passou a prever a

possibilidade de confronto de acórdãos prolatados em recursos ou em ações de competência originária (art. 1.043, § 1.º).

10. Divergência

- Novamente, o legislador nos brindou com a ampliação da matéria que pode ser objeto de divergência⁵⁵ (art. 1.043, III, do NCPC). A doutrina afirma, todavia, que não se pode confrontar um acórdão que não analisou o mérito com outro que analisou o mérito.⁵⁶ Apesar disso, assim como a professora Teresa Arruda Alvim Wambier, não descartamos a possibilidade de o mesmo tema ser enfrentado pela Corte Superior em acórdão que enfrentou o mérito e em acórdão que analisou sua admissibilidade. Basta lembrarmos-nos de divergência sobre normas processuais, que também devem ter sua interpretação uniformizada no âmbito dos Tribunais Superiores.⁵⁷

11. Divergência quanto à quantificação dos danos morais

- Vale destacar que este tema, apesar de pacificado pelo STJ, por meio da Súmula 420, no sentido do não cabimento do recurso, é bem problemático, pois a quantificação dos danos morais envolve, na imensa maioria das vezes, senão em todas, o revolvimento de matéria fática, razão pela qual pouquíssimos seriam os casos em que a matéria poderia ser analisada pelo STJ. Apesar disso, esta Corte entende cabível o recurso especial para questionar o valor fixado pelas instâncias inferiores a título de danos morais. Pensamos que o recurso especial sequer poderia ser cabível. No máximo poderia ser admitido em casos extremos, que ferissem, por exemplo, princípios como o da proporcionalidade da condenação. Assim, não seria possível sequer a interposição de recurso especial.

- Se não deveria admitir-se o recurso especial, também não deveriam ser admitidos os embargos de divergência.

- Todavia, se o STJ admite o recurso especial, não há razão para se negar acesso aos embargos de divergência.

- A partir do momento em que se entende cabível o recurso especial para a análise do caso, também passam a ser cabíveis os embargos de divergência, caso haja julgados com parâmetros distintos proferidos entre turmas.

- Além disso, ainda envolvendo o aspecto da quantificação dos danos morais e a admissibilidade ou não dos embargos de divergência, deve-se levar em questão uma amenização quanto ao requisito da similitude fática entre o acórdão recorrido e o paradigma. Poderia ser utilizado como paradigma um recurso na qual uma pessoa foi condenada a pagar R\$ 100 salários mínimos a título de danos morais pela inscrição indevida da outra parte junto ao Serasa num caso em que a outra parte foi condenada a pagar R\$ 10.000,00⁵⁸? Outro caso: fixação de danos morais em R\$ 100.000,00 pela perda de um dedo e outro caso em que se fixou R\$ 5.000,00 de indenização a uma mãe que perdeu um filho? É certo que são casos distintos, mas é possível verificar um descompasso entre os valores fixados e a dimensão dos danos? A dor da mãe é menor do que a da pessoa que perdeu um dedo a ponto de a indenização a ela ser de 5% do valor fixado para a pessoa que perdeu o dedo? Por este motivo a professora Teresa Arruda Alvim Wambier destaca cabíveis os embargos de divergência nessa hipótese.⁵⁹ Ocorre que o problema não é de todo simples, pois na fixação dos danos morais a doutrina destaca que se deve levar em conta o poder aquisitivo do autor do delito, da vítima do delito, o grau de culpabilidade, o caráter lenitivo, punitivo e também o educativo. Isso talvez dificulte a comparação entre os casos para fins de cabimento dos embargos de divergência, mas no exemplo acima dado, a divergência de valores é tão gritante que é possível afirmar equívoco numa das decisões, sem sombra de dúvidas.

- Havendo essa pacificação, evitam-se demandas sobre o tema e recursos desnecessários, pois caso

contrário, quem foi condenado irá recorrer, assim como aquele que teve seu pleito negado noutro caso, também irá recorrer. Sempre haverá dúvida sobre o resultado final da demanda, não pelas provas produzidas ou pelos percalços procedimentais da demanda, mas porque há divergência de interpretação da lei dentro das mais altas Cortes, que têm a função justamente de extirpar divergências na aplicação da lei federal.

- Em suma, ou o STJ não admite o recurso especial para apreciação do *quantum* fixado a título de danos morais ou, ao se admitir, também deverá admitir os embargos de divergência, pois em ambos os casos, haverá análise de questões preponderantemente fáticas.

12. Conclusão

- Com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil muitas das discussões decorrentes da divergência de entendimento entre a doutrina e o entendimento do STJ/STF tenderão a se pacificar. O Novo Código de Processo Civil acabou por demonstrar a real finalidade dos embargos de divergência, o que é salutar. Não obstante, ele acabou por não prever, expressamente, a possibilidade de interposição do recurso contra decisões exaradas em sede de recurso ordinário constitucional. Isto, todavia, não impedirá o manejo do recurso nestas hipóteses, uma vez que é possível extrair do texto normativo a possibilidade de manejo para esta hipótese, valendo-se da interpretação sistemática.

- O que é interessante, no caso em questão, é o Novo Código de Processo Civil dar maior prevalência à interpretação dos Tribunais, mas, antes disto, desdiz praticamente tudo o que os Tribunais estabeleceram como correta interpretação e aplicação para o recurso em questão. Assim, apesar de entender corretas as disposições do Novo Código de Processo Civil sobre este tema, há um paradoxo entre o que o Novo Código de Processo Civil pretende pregar e o que ele faz com o entendimento consolidado dos Tribunais Superiores.

13. Referências bibliográficas

- Arruda Alvim, José Manoel. 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 Súm. 599 do STF. *Revista de Processo*. vol. 144. São Paulo: Ed. RT, 2007.
- Arruda Alvim Wambier, Teresa. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- _____. Conceição, Maria Lúcia Lins; Ribeiro, Leonardo Ferres da Silva; Mello, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015.
- Assis, Araken. *Manual dos recursos*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- Barbosa Moreira, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. vol. 5.
- _____. _____. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. vol. 5.
- Bueno, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2008. vol. 5.
- _____. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- Câmara, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. vol. 2.

- Didier Jr.; Fredie; Cunha, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2011. vol. 3.
- Ferreira Filho, Manoel Caetano. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2001. vol. 7.
- Freire, Rodrigo da Cunha Lima. *Embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário*. Tese de Doutorado. São Paulo, PUC, 2004.
- _____. Reflexões sobre o cabimento dos embargos de divergência em recurso especial. In: Assis, Araken et al. (coord.). *Direito civil e processo: estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- Granado, Daniel Willian. São admissíveis embargos de divergência quando o acórdão paradigmático não provém de recurso especial? - Análise da orientação do STJ. *Revista de Processo*. vol. 186. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- Jorge, Flávio Cheim. Embargos de divergência: alguns aspectos estruturantes. *Revista de Processo*. vol. 190. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- Laspro, Oreste Nestor de Souza. O objeto dos embargos de divergência. *Revista de Processo*. vol. 186. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- Marcató, Antonio Carlos (coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- Marinoni, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008. vol. 2.
- Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- Marques, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Campinas: Millennium, 2003. vol. 2.
- Montenegro Filho, Misael. *Código de Processo Civil comentado e interpretado*. São Paulo: Atlas, 2008.
- Nery Jr., Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004.
- _____.; Arruda Alvim Wambier, Teresa (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2006. vol. 9.
- _____.; Nery, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- Neves, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Método, 2011.
- Oliveira, Eduardo Ribeiro de. Embargos de divergência. In: Nery Jr., Nelson; Arruda Alvim Wambier, Teresa (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Ed. RT, 2006. vol. 9.
- Orione Neto, Luiz. *Recursos cíveis*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- Paula, Alexandre de. *Código de Processo Civil anotado*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 1994. vol. 2.
- Pereira, Milton Luiz. Embargos de divergência contra decisão lavrada por relator. *Revista de Processo*. vol. 101. São Paulo: Ed. RT, 2001.
- Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. atual. por

Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 2002. t. VIII.

- Saraiva, José. *Recurso especial e o STJ*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- Shimura, Sérgio Seiji. Embargos de divergência. In: Arruda Alvim Wambier, Teresa (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Ed. RT, 1997.
- Souza, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Theodoro Jr., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. vol. 1.

Pesquisas do Editorial

- OS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA À LUZ DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO, de Yuri Guerzet Teixeira - RePro 217/2013/319
- EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA E IDENTIDADE ENTRE AS HIPÓTESES CONFRONTADAS - CABIMENTO DE EDIV NO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL, de Nelson Nery Jr. - Soluções Práticas 10/2014/581
- DOS RECURSOS NO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, de Luís Antônio Giampaulo Sarro - RDB 66/2014/191

FOOTNOTES

¹

Arts 496, VIII, do CPC/1973 e 994, IX, do NCPD.

²

Em sentido contrário, RE 47.110 AgRg, rel. Min. Victor Nunes Leal, para quem o recurso teria a natureza de reexame do julgamento da turma e não de um recurso autônomo.

³

Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. atual. por Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 2002. t. VIII, p. 193.

⁴

Freire, Rodrigo da Cunha Lima. *Embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário*. Tese de Doutorado. São Paulo, PUC, 2004, p. 19. Destaca Rodrigo da Cunha Lima Freire, citando Rodolfo de Camargo Mancuso, que o dissenso entre órgãos de um mesmo Tribunal é inevitável, por isso, "compreensível, mas não desejável" tal dissenso, pois vulnera a igualdade; a segurança jurídica, a estabilidade e a previsibilidade que se espera do direito; a respeitabilidade do Poder Judiciário e o princípio da economia processual.

⁵

Jorge, Flávio Cheim. Embargos de divergência: alguns aspectos estruturantes. *Revista de Processo*. vol. 190. p. 9 e ss. São Paulo: Ed. RT, 2010: "Observe-se, portanto, que a razão primeira dos embargos não é a uniformização da jurisprudência dos Tribunais Superiores, mas sim permitir que a decisão a ser proferida reflita, repita-se, o entendimento do Tribunal. 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 julgamento".

6

Em sentido contrário: Jorge, Flávio Cheim. Op. cit., p. 9 e ss.

7

Idem, ibidem.

8

Idem, ibidem. Barbosa Moreira, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. vol. 5, p. 641. Destaca o autor, nesse ponto, a infelicidade do legislador de então criar nova figura com o nome de embargos, causando maior equivocidade do termo. Apesar disso, verifica-se que o Dec.-lei 6/1939, o mesmo que previu a divisão do STF em turmas, também previu a existência dos embargos. Esses embargos eram até mais amplos do que os embargos de divergência, pois ali se cuidava de embargos infringentes, de declaração e também de divergência. Vejamos:

"Art. 6.º Admitem-se embargos para o tribunal pleno dos julgamentos das turmas: (...)

II - quando, embora não se verifique unanimidade no julgamento, o acórdão embargado: a) (...) b) estiver em manifesta divergência com a jurisprudência do Tribunal Pleno ou da outra turma; (...)".

9

Parágrafo único do art. 833: "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".

10

Alterou o Código de Processo Civil de 1939, acrescentando o parágrafo único ao art. 833: "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".

11

Julgado citado como "precedente" à edição do enunciado: RE 38.448 EI-AgRg, *RTJ* 10/313, *DJ* 24.06.1960.

12

STJ, 1.ª Seção, EREsp 197672/PR, rel. Min. Paulo Medina, j. 24.10.2001.

13

Julgados citados como "precedentes": (i) RE 34055 EDiv, *DJ* 05.09.1962; (ii) RE 47110 AgRg, *DJ* 20.09.1962; (iii) RE 47787 AgRg, *DJ* 13.09.1962; (iv) RE 45165 embargos, *DJ* 13.01.1963; (v) RE 37142 embargos, *DJ* 17.12.1963; (vi) AgIn 29377 embargos, *DJ* 17.12.1963.

14

CF/1946: "Art. 101. Ao Supremo Tribunal Federal compete: (...) III - julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes: (...) d) quando na decisão recorrida a interpretação da lei federal invocada for diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros Tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal".

15

Julgados citados como "precedentes": (i) RE 34055 EDiv, *DJ* 06.09.1962; (ii) RE 47110 AgRg, *DJ* 20.09.1962; (iii) RE 45165 embargos, *DJ* 13.01.1963; (iv) AgIn 29377 embargos, *DJ* 17.12.1963; (v) RE 37142 embargos, *DJ* 17.12.1963.

16

Julgados citados como "precedentes": (i) RE 43951 embargos, *DJ* 27.07.1961; (ii) RE 51732, *DJ* 06.06.1963; (iii) AgIn 27472 embargos, *DJ* 06.06.1963; (iv) RE 50188 embargos, *DJ* 17.12.1963;

17

Vale ressaltar que o julgado paradigmático mencionado neste caso era um agravo de instrumento contra a negativa de subida do extraordinário. O relator chegou a analisar o acórdão citado, afirmando que não se tratava da mesma questão jurídica.

18

RE 51.732. À guisa de curiosidade, discutiu-se naquele oportunidade se era cabível a utilização da *Revista Forense* como repositório de jurisprudência, porque em São Paulo, à época, já havia a *Revista dos Tribunais* como repositório oficial. Nos Embargos no RE 50.188 a discussão versava sobre a admissibilidade da *Revista de Direito Administrativo* como repositório oficial (o que foi admitido).

19

Julgados citados como "precedentes": (i) AgIn 20084 embargos, *DJ* 07.04.1960; (ii) gIn 21810 embargos, *DJ* 27.07.1961; (iii) AgIn 24829 embargos, *DJ* 14.12.1961; (iv) AgIn 21713 embargos, *DJ* 13.09.1962.

20

Nos Embargos no AgIn 21.810, rel. Min. Ary Franco, em voto preliminar afirma que compete à Turma a análise da subida ou não do recurso. Se a Turma entendeu pela subida, não poderia o Plenário decidir de outra forma. Segundo ele, seria um poder quase que discricionário da Turma para que ela pudesse formar seu convencimento sobre a matéria que seria apreciada posteriormente no recurso extraordinário.

21

Julgado citado como "precedente": RE 44665 embargos, *DJ* 12.10.1961.

22

"Art. 1.043. (...) § 3.º Cabem embargos de divergência quando o acórdão paradigma for da mesma turma que proferiu a decisão embargada, desde que sua composição tenha sofrido alteração em mais da metade de seus membros."

23

Julgados citados como "precedentes": (i) RE 67681 embargos, *DJ* 09.10.1970; (ii) RE 65317 embargos; (iii) RE 70628 embargos, *DJ* 05.06.1972; (iv) RE 78024 embargos, *DJ* 13.02.1976; (v) RE 65817 embargos, *DJ* 26.03.1976.

24

A tal conclusão também chegaram os demais recursos citados como precursores do enunciado (ERE 78.024; ERE 70.628; ERE 67.681; ERE 65.317).

25

Julgados citados como "precedentes": (i) AgIn 44447 AgRg-EDiv, *DJ* 11.09.1970; (ii) AgIn 47157 AgRg-EDiv, *DJ* 21.12.1972; (iii) AgIn 59253 embargos-AgRg, *DJ* 06.12.1974; (iv) AgIn 61430 AgRg-EDiv-AgRg, *DJ* 05.09.1975; (v) AgIn 61705 embargos-AgRg, *DJ* 19.09.1975.

26

Paula, Alexandre de. *Código de Processo Civil anotado*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 1994. vol. 2, p. 2253. Barbosa Moreira, José Carlos. Op. cit., 15 ed., 2009, vol. 5, p. 642.

27

Julgados citados como "precedentes": (i) AgRg nos EREsp 42.280/RJ 1995/0046273-7, Decisão: 26.10.1995; (ii) EREsp 35.314/SP 1994/0004015-6, Decisão: 10.08.1995; (iii) EREsp 50.442/SP 1995/0018927-5, Decisão: 10.08.1995; (iv) EREsp 43.239/SP 1994/0018704-1, Decisão: 08.06.1995.

28

Julgados citados como "precedentes": (i) AgRg nos EREsp 53.284/SP 1995/0050075-2, Decisão: 14.12.1995; (ii) AgRg nos EREsp 58.402/SP 1995/0019432-5, Decisão: 13.06.1995; (iii) EREsp 36.012/SP 1994/0015159-4, Decisão: 13.10.1994; (iv) AgRg nos EREsp 32.309/PR 1993/0033791-2, Decisão: 09.03.1994; (v) AgRg nos EREsp 864/MG 1993/0015735-3, Decisão: 07.12.1993; (vi) AgRg nos EREsp 904/SP 1993/0016001-0, Decisão:

28.09.1993.

29

Julgados citados como "precedentes": (i) EAg 541924/RJ 2004/0033061-5, Decisão: 18.10.2004; (ii) AgRg na Pet 2.854/MG 2004/0064923-5, Decisão: 25.08.2004; (iii) Pet 2.169/PI 2002/0174762-5, Decisão: 10.03.2004; (iv) AgRg nos EAg 364.181/RJ 2003/00409.0-0, Decisão: 17.12.2003; (v) AgRg na Pet 2.488/PR 2003/0161911-0, Decisão: 10.12.2003; (vi) AgRg nos EAg 448.197/SP 2003/0172824-2, Decisão: 26.11.2003; (vii) EDcl nos EREsp 244.525/DF 2002/0009064-8, Decisão: 06.08.2003; (viii) Pet 2.151/DF 2002/0162432-7, Decisão: 26.03.2003; (ix) AgRg na Pet 1.840/MG 2002/0083496-4, Decisão: 18.09.2002.

30

Vale citar trecho da manifestação da Min. Eliana Calmon ao defender seu voto: "(...) problema é que o juízo de admissibilidade feito pelos Tribunais *a quo*, parece-me, avançam muito, porque esse deveria ser um juízo muito seco, pequeno, apenas com os pressupostos, porém ele avança para examinar o próprio mérito; quando cita jurisprudência daqui, na realidade examina um pouco o mérito, dizendo que é admissibilidade. O STJ sempre fechou os olhos para isso, porque é conveniente, age como um dique, tirando-nos muito dessa repetição. É o que tem causado problema.

Se admitirmos que a admissibilidade é também mérito, faremos uma confusão técnica muito grande. O recurso especial é um recurso especialíssimo, em que há o juízo de admissibilidade, o juízo de conhecimento e o juízo meritório. Entendo que não se pode ultrapassar de um para outro, porque, nos embargos de divergência, seja em agravo de instrumento, seja em recurso especial, há uma necessidade imperiosa de que o mérito seja efetivamente examinado; discussão de tese jurídica. (...) (p. 8-9).

31

Pet 2.169/PI, rel. Min. Laurita Vaz, j. 10.03.2004.

32

Julgados citados como "precedentes": (i) AgRg na Pet 3.934/MG 2005/0066903-1, Decisão: 15.06.2005; (ii) AgRg na Pet 1.590/MG 2001/0172512-6 Decisão: 09.03.2005; (iii) AgRg na Pet 3.285/RJ 2004/0107804-6, Decisão 25.10.2004; (iv) EREsp 295.842/DF 2003/0226002-4, Decisão: 09.06.2004; (v) AgRg nos EREsp 289.176/DF 2001/0119821-2, Decisão: 28.08.2002; (vi) AgRg nos EREsp 279.889/AL 2001/0154059-3, Decisão: 14.08.2002; (vii) AgRg nos EREsp 172.821/SP 2000/0084222-2, Decisão: 18.08.2001; (viii) EREsp 258.616/PR 2000/0121212-5, Decisão: 07.03.2001; (ix) AgRg no REsp 172.821/SP 1998/0030974-8, Decisão: 13.06.2000; (x) EREsp 133.451/SP 1998/0023527-2, Decisão: 10.04.2000.

33

Vale fazer um aparte para trazer trecho de manifestação do Min. Humberto Gomes de Barros, exarado no AgRg no REsp 279.889, no qual se discutia a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do julgamento monocrático do recurso especial com base na alteração introduzida pela Lei 9.756/1998, na qual sua Excelência assim se manifestou: "(...) Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do STJ, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do STJ, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico - uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja. (...)". Ainda com relação a este julgado, vale fazer o destaque de que, mesmo após a alteração da legislação por meio da Lei 9.756/1998, o Min. Garcia Vieira ainda entendia aplicável o Enunciado 599 do STF para regular a questão que é legal, smj.

34

Julgados citados como "precedentes": (i) AgRg nos EREsp 838.550/RS 2007/0217083-9, Decisão: 24.09.2008; (ii) AgRg nos EREsp 965.703/SP 2007/0283581-1, Decisão: 24.09.2008; (iii) AgRg nos EREsp 506808/MG 2006/0252486-2, Decisão: 12.03.2008; (iv) AgRg nos EREsp 970.260/SP 2007/0250979-7, Decisão: 12.03.2008; (v) AgRg nos EREsp 866.458/DF 2007/0278487-4, Decisão: 11.02.2008; (vi) AgRg nos EREsp 510299/TO 2006/0200390-8, Decisão: 07.11.2007; (vii) AgRg nos EREsp 791595/PE 2006/0114704-0, Decisão: 13.12.2006; (viii) AgRg nos EAg 646.532/RJ 2006/0064442-1, Decisão: 07.06.2006; (ix) AgRg nos EREsp 614.831/PI 2005/0095794-7, Decisão: 08.02.2006; (x) AgRg nos EREsp 735.574/PE 2005/0162803-0, Decisão: 14.12.2005; (xi) EREsp 663.196/PR 2005/0060545-2, Decisão: 14.09.2005; (xii) AgRg nos EREsp 507.120/CE 2004/0113481-2, Decisão: 27.04.2005; (xiii) AgRg nos EREsp 613.036/RJ 2004/0152337-9, Decisão: 09.03.2005.

35

Shimura, Sérgio Seiji. Embargos de divergência. In: Arruda Alvim Wambier, Teresa (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 416.

36

Na mesma linha de pensamento: Oliveira, Eduardo Ribeiro de. Embargos de divergência. In: Nery Jr., Nelson; Arruda Alvim Wambier, Teresa (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Ed. RT, 2006. vol. 9, p. 137. Afirma o autor que essa limitação foi "uma opção de conveniência do legislador". Parece-nos, todavia, que se pode afirmar que o legislador *dixit minus quam voluit* e, dando-se interpretação extensiva, poderemos afirmar que também se enquadra nas hipóteses de cabimento do recurso, a divergência surgida entre Seções ou entre Seção e a Corte Especial, no âmbito do STJ. Nota: nas obras a seguir destacadas não se fala da possibilidade de interposição dos embargos de divergência contra decisão exarada por Seção: Didier Jr.; Fredie; Cunha, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2011. vol. 3 p. 355; Arruda Alvim Wambier, Teresa. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 337; Pontes De Miranda, Francisco Cavalcanti. Op. cit., p. 194. Esse, em particular de acordo com as notas do atualizador.

37

Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha (Op. cit., p. 355). A doutrina consultada, de modo geral, afirma não ser possível o manejo dos embargos de divergência em face de decisões de turmas que não sejam em recurso especial ou extraordinário.

38

"Art. 1.043. (...) IV - nos processos de competência originária, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal."

39

"(...) conquanto a validade e a eficácia das decisões seja, predominantemente, circunscrita às partes, as que são proferidas pelos tribunais de cúpula transcendem o âmbito das partes e, com isto, projetam-se o prestígio e a autoridade da decisão no seguimento da atividade jurídica, de todos quantos lidam com o direito e, mesmo em espectro maior, para a sociedade toda." Freire, Rodrigo da Cunha Lima. Reflexões sobre o cabimento dos embargos de divergência em recurso especial. In: Assis, Araken et al. (coord.). *Direito civil e processo: estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 1211.

40

Laspro, Oreste Nestor de Souza. O objeto dos embargos de divergência. *Revista de Processo*. vol. 186. p. 9 e ss. São Paulo: Ed. RT, 2010: "Diante desse sistema, criado constitucionalmente, em uma interpretação literal do Código de Processo Civil, se as partes chegam ao Tribunal Superior via recurso especial ou extraordinário, teriam ainda direito - nos limites legais - aos embargos de divergência; já, pela via do recurso ordinário esse direito não existiria. Pior, se a ordem tivesse sido concedida parcialmente e, portanto, na parte que foi denegada, o recurso seria ordinário e, na parte concedida, especial ou extraordinário, quando do julgamento do especial ou extraordinário caberiam embargos de divergência e do restante não".

"Vamos imaginar duas situações para verificar se a interpretação literal é sustentável. Em um mandado de segurança que envolve estritamente questão de direito federal, poderemos ter as seguintes situações: (a) A ordem é concedida no Tribunal *a quo* e o Poder Público interpõe o recurso especial. Ao recurso especial é negado provimento. O Poder Público pode interpor embargos de divergência; (b) A ordem é denegada e a parte interpõe recurso ordinário. O recurso ordinário é provido. Pela interpretação literal, o Poder Público não pode interpor os embargos de divergência. Conclusão: como o Poder Público tradicionalmente recorre, quando o mandado de segurança envolve matéria exclusivamente de direito federal é melhor para o impetrante perder no juízo *a quo*, do que vencer". (...)

"Assim, parece que a solução mais adequada é a de admitir o recurso de embargos de divergência no julgamento de recurso ordinário, agregando 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. A título de exemplo: não se pode pretender reexame de direito local, mas sim de lei federal". Em sentido contrário: Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 576.

41

Redação original do art. 557. "Se o agravo for manifestamente improcedente, o relator poderá indeferi-lo por despacho. Também por despacho poderá convertê-lo em diligência se estiver insuficientemente instruído.

Parágrafo único. Do despacho de indeferimento caberá recurso para o órgão a que competiria julgar o agravo".

42

Arruda Alvim, José Manoel. 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 Súm. 599 do STF. *Revista de Processo*. vol. 144. p. 9 e ss. São Paulo: Ed. RT, 2007.

43

Súmula 316 do STJ: "Cabem embargos de divergência contra acórdão que, em agravo regimental, decide recurso especial". No mesmo sentido: Ferreira Filho, Manoel Caetano. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2001. vol. 7, p. 360.

44

"Embargos de divergência - Acórdão relativo a agravo de instrumento - Inviabilidade. Agravo regimental interposto contra ato do relator no exame de agravo de instrumento não enseja a interposição de embargos de divergência, a teor do art. 546 do CPC." (STF, Pleno, AgRg nos EDiv no AgRg no AgIn 306.474-AgR-EDiv-AgRg/SP, rel. Min. Marco Aurélio, j. 22.06.2011, v.u.

45

Bueno, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2008. vol. 5, p. 315, entende que só seriam cabíveis os embargos de divergência de agravo de instrumento quando este for convertido em recurso extraordinário ou recurso especial, nos moldes do art. 544, §§ 3.º e 4.º.

46

Nesse sentido: Jorge, Flávio Cheim. Op. cit., p. 9 e ss. "(...) 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? 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 excepcional".

47

Granado, Daniel Willian. São admissíveis embargos de divergência quando o acórdão paradigma não provém de recurso especial? - Análise da orientação do STJ. *Revista de Processo*. vol. 186. p. 270 e ss. São Paulo: Ed. RT, 2010.

48

"Agravo regimental nos embargos de divergência no agravo regimental no agravo de instrumento. Processual civil. Recurso fundado em paradigma da mesma turma: ausência de diversidade orgânica. Precedentes. Agravo regimental ao qual se nega provimento." (STF, Pleno, AgRg nos EDiv no AgRg no AgIn 707.478 AgRg-EDiv-AgRg/RS, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 03.08.2011, v.u.) No mesmo sentido: Nery Jr., Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 807.

49

STF, Pleno, RE 318.469 EDiv-QO/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 03.10.2002, v.u. "(...) Os embargos de divergência estão sujeitos, dentre os vários pressupostos que lhe condicionam a interposição, à observância do requisito da diversidade orgânica. Esse requisito impõe que o padrão de divergência - para ser validamente invocado como expressão do dissídio interpretativo - resulte de acórdão emanado, ou do Plenário ou de outra Turma do STF, pois não se reveste de idoneidade processual, para efeito de demonstração do conflito pretoriano, a indicação de acórdão proferido pela própria Turma de que proveio a decisão contra a qual foram opostos os embargos de divergência (Súmula 353/STF), ressalvada a hipótese excepcional de a Turma haver sofrido substancial modificação em sua composição. (...)".

50

Nesse sentido, dentre outros: Nery Jr., Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. Op. cit., p. 807.

51

"Art. 101. Os Tribunais compor-se-ão de Câmaras ou Turmas, especializadas ou agrupadas em Seções especializadas. A composição e competência das Câmaras ou Turmas serão fixadas na lei e no Regimento Interno. § 1.º 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. (...) § 3.º 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; (...)."

Oliveira, Eduardo Ribeiro de. Op. cit., p. 136.

No âmbito do STJ: STJ, 3.ª Seção. AgRg nos EREsp 793405/RJ, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 27.04.2011, v.u.; STJ, 1.ª Seção, AgRg nos EREsp 1187845/ES, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 25.05.2011, v.u.; STJ, Corte Especial, Pet 2398/SP, rel. Min. Laurita Vaz, j. 12.04.2010. Também, adotando interpretação restritiva: Bueno, Cassio Scarpinella. *Curso...* cit., p. 310. Sobre esse ponto, vale a pena verificar a profunda pesquisa realizada em artigo publicado na *RePro* por Granado, Daniel Willian. Op. cit., p. 270 e ss.

Granado destaca que: "A tendência doutrinária, a respeito dessa controvérsia, vai no sentido de admitir que todo e qualquer acórdão proferido pelo STJ é apto a servir de acórdão paradigma a ser cotejado com o acórdão embargado, desde que proferido por órgão colegiado daquele tribunal.

A esse respeito, diz Bernardo Pimentel Souza que 'ao contrário do aresto recorrido, que só é passível de impugnação por meio de embargos de divergência se foi proferido em julgamento de recurso especial, de recurso extraordinário, dos respectivos embargos declaratórios ou de agravo interno em recurso especial e extraordinário, o acórdão paradigma pode ter sido prolatado em julgamento de qualquer recurso, bem como de ação de competência originária do tribunal superior'.

Nesse mesmo sentido, assevera Sérgio Shimura: "O que se exige é que a decisão a ser atacada seja tomada pela Turma. Todavia, a outra decisão pode ter sido proferida em sede de outro recurso ou processo, não necessariamente em recurso especial ou extraordinário" (Shimura, Sérgio Seiji. Op. cit., p. 418).

Ainda nessa linha, Barbosa Moreira pontua que "o acórdão invocado como padrão do qual se divergiu não precisa haver sido igualmente proferido no julgamento de recurso especial". Granado, Daniel Willian. Op. cit., p. 270 e ss.

Barbosa Moreira, José Carlos. Op. cit., p. 643.

Nesse sentido: Shimura, Sérgio Seiji. Op. cit., p. 419; Orione Neto, Luiz. *Recursos cíveis*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 547-548. Ferreira Filho, Manoel Caetano. Op. cit., p. 360; Bueno, Cassio Scarpinella. *Curso...* cit., p. 312, este último citando julgados afirmando que não é possível utilizar aresto que não conheceu do recurso extraordinário ou recurso especial para demonstrar a divergência com outro que teve seu mérito julgado ou vice-versa.

Em sentido contrário: Arruda Alvim Wambier, Teresa. Op. cit., p. 338. São suas as palavras: "(...) Assim, rigorosamente, dever-se-ia encaminhar a jurisprudência para admitir embargos de divergência quando em uma decisão se tratasse da *inexistência de ilegalidade* ou da inconstitucionalidade e, noutra, da *inexistência*, ainda que fosse aquela proferida quando do exercício do juízo de inadmissibilidade e esta, quando do exercício de juízo de mérito". Ainda corroborando com o posicionamento adotado: Jorge, Flávio Cheim. Op. cit., p. 9 e ss.: "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".

"Fica patente, no caso, a necessidade de se admitir os embargos de divergência. Aliás, curiosamente, foi justamente a circunstância de ter um dos acórdãos adentrado no mérito do recurso, e o outro não, o que gera o dissenso quanto a essa importante questão da possibilidade ou não de correção da falta de assinatura no recurso especial".

"O grau de cognição na análise do recurso especial não pode ser, sob essa ótica, fator de inadmissibilidade, já que o juízo de admissibilidade não se confunde com o juízo de mérito. Aliás, se a divergência encontra-se exclusivamente quanto a um dos requisitos de admissibilidade, não há que se cogitar de interferência do grau de cognição exercido no recurso especial".

"Obviamente, o raciocínio seria diferente caso se pretendesse cotejar acórdãos relativos ao juízo de admissibilidade e ao juízo de mérito do recurso. Em tal hipótese o dissenso não se instauraria, não pelo diferente grau de cognição, mas por falta de similitude".

Isso foi verificado no AgRg nos EREsp. 651.894/RS, rel. Min. João Otávio de Noronha.

Exemplo dado pela professora em 08.11.2011 no Largo São Francisco, durante o Seminário em homenagem ao prof. Cândido Rangel Dinamarco.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA: UMA HISTÓRIA DE ESPERANÇAS, EQUÍVOCOS E DEFENSIVIDADES

🕒 09 set 2019 (<http://amaurnunes.com.br/2019/09/09/embargos-de-divergencia-uma-historia-de-esperancas-equivocos-e-defensividades/>)

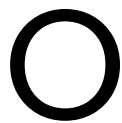
👤 Amaury Nunes (<http://amaurnunes.com.br/author/adv/>)

📁 Direito (<http://amaurnunes.com.br/category/direito/>)

💬 Sem comentários (<http://amaurnunes.com.br/2019/09/09/embargos-de-divergencia-uma-historia-de-esperancas-equivocos-e-defensividades/#respond>)



(<http://amaurnunes.com.br/2019/09/09/embargos-de-divergencia-uma-historia-de-esperancas-equivocos-e-defensividades/>)



s embargos de divergência surgiram, no Direito processual civil brasileiro, ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1939 (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Dell608.htm).

Recorde-se que, naquela época, não havia sido criado, ainda, o Superior Tribunal de Justiça, nem o legislador instituía o recurso especial. Toda a matéria, constitucional e infraconstitucional era deliberada, em última instância, pelo Supremo Tribunal Federal.

O CPC/39 instituiu os seguintes recursos: (i) apelação, (ii) embargos de nulidade ou infringentes do julgado, (iii) agravo, (iv) revista, (v) embargos de declaração, e (vi) recurso extraordinário. De acordo com o art. 853, então vigente, o recurso de revista era cabível nas hipóteses em que divergissem, em suas decisões finais, duas ou mais Câmaras ou Grupos de Câmaras, entre si, quanto ao modo de interpretar o direito em tese. A vocação da Revista era, assim, a pacificação da interpretação da lei no ambiente interno de cada tribunal.

O entendimento do STF, sempre restritivo no pertinente a cabimento de recursos, fixou-se no sentido de que não era possível aviar recurso de revista perante aquela corte, haja vista que, em sua divisão interna, não se cogitava de câmaras ou grupos de câmaras. Somente existiam turmas.

Uma vez fixado esse raciocínio desfavorável ao cabimento do recurso de revista, era possível que cada turma do STF tivesse seu próprio entendimento sobre certo tema de Direito, sem que

POSTS RECENTES

TEORIA DO PROCESSO

(<http://amaurnunes.com.br/2019/09/09/do-processo/>)

9 de setembro de 2019

SENTENÇAS, SENTENÇAS INTERLOCUTÓRIAS E DECISÕES

(<http://amaurnunes.com.br/2019/09/09/sentencas-interlocutorias-e-decisoes/>)

9 de setembro de 2019

PRESCRIÇÃO EXTINTIVA E PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE VISTAS SOB A ÓTICA DO NOVO CPC – (Parte II)

(<http://amaurnunes.com.br/2019/09/09/extintiva-e-prescricao-intercorrente-vistas-sob-a-otica-do-novo-cpc-parte-ii/>)

9 de setembro de 2019

PRESCRIÇÃO EXTINTIVA E PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE VISTAS SOB A ÓTICA DO NOVO CPC

(<http://amaurnunes.com.br/2019/09/09/extintiva-e-prescricao-intercorrente-vistas-sob-a-otica-do-novo-cpc/>)

9 de setembro de 2019

TEORI

(<http://amaurnunes.com.br/2019/09/09/>)

9 de setembro de 2019

houvesse possibilidade de uniformização, por provocação dos jurisdicionados, no âmbito do Pleno daquela Corte.

Para obviar esse inconveniente, o legislador ordinário promoveu, por meio da lei 623/1949 (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L0623.htm), uma alteração no art. 833 do CPC/39. Nesse dispositivo, fez incluir um parágrafo único (em escolha topologicamente inadequada), esclarecendo: Além de outros casos admitidos em lei, são embargáveis, no STF, as decisões das turmas, quando diverjam entre si, ou de decisão tomada pelo Tribunal Pleno.

A partir daí, o STF não teve mais argumentos para não uniformizar o entendimento de seus órgãos fracionários. Não o fazia, entretanto, por meio do recurso de revista do art. 853 e sim por meio dos embargos do parágrafo único do art. 883 que, logo, passaram a ser denominados embargos de divergência.

Com o advento do CPC de 1973 (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm), os embargos de divergência vieram previstos no parágrafo único do art. 546:

Art. 546...

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.

Com o advento da Constituição de 1988 (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm) e a criação do STJ, foi possível criar, também, o recurso especial (tão extraordinário quanto o originalmente existente). Não havia, porém, previsão legal para o cabimento de embargos de divergência para o caso de dissenso entre decisões proferidas por turmas, ou por turma e outro órgão colegiado. Sem embargo disso e, também, sem embargo do fato de que, no Direito brasileiro, recurso em matéria processual civil, somente pode ser criado por lei, o Regimento Interno do STJ de 1989 criou e regulamentou os Embargos de Divergência em Recurso Especial (arts. 266 e 267). Tivemos, assim, o tribunal da defesa da legalidade perpetrando uma absoluta ilegalidade.

Essa situação perdurou até o advento da lei 8.038 (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm), de 28/5/90, que regulou os recursos perante os tribunais superiores. De fato, o artigo 29 dessa lei veio colmatar a lacuna existente no sistema recursal, desde o advento da Constituição de 1988. Dispôs o artigo sob menção, in expressis verbis:

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.

Com isso, passamos a ter lei Federal dispondo sobre os embargos de divergência em REsp. As coisas ficariam bem, se o legislador tivesse se limitado a isso. Ocorre que assim não se deu. Deveras, o legislador ao arrematar a lei, estabeleceu:

Art. 44. Revogam-se as disposições em contrário, especialmente os arts. 541 a 546 do Código de Processo Civil.

Ora, ao revogar o art. 546 do Código de Processo Civil, terminou por revogar, inadvertidamente, a disposição que regulava o cabimento dos embargos de divergência em recurso extraordinário. O vício que era, antes, do recurso especial passou a ser do recurso extraordinário, regido exclusivamente por norma regimental, sem norma de lei ordinária que contivesse a previsão recursal.

Essa situação perdurou até a edição da lei 8.950 (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1989_1994/L8950.htm), de 1994, que corrigiu a série de equívocos perpetrados. O legislador, então, fez constar os embargos de divergência do rol do

artigo 596.

Art. 496. São cabíveis os seguintes recursos:

VIII – embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário.

Demais disso, regulou o cabimento do recurso tanto no âmbito do STJ quanto no âmbito do STF, em dois incisos distintos:

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.

Agora, com o CPC/2015 (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm), o recurso passa a ter nova regência. Convém adiantar que a ideia do novo CPC era tornar atribuir ao recurso em exame uma dimensão muito maior do que aquela que lhe atribuíam, até então, a legislação de regência e a prática restritiva dos tribunais superiores. A lei 13.256 (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Lei/L13256.htm), de 2016, publicada ainda no período de vacatio legis, reduziu esse escopo, mas algo há de ter ficado! Vejamos o que diz a lei:

Art. 1.043. É embargável o acórdão de órgão fracionário que:

I – em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo os acórdãos, embargado e paradigma, de mérito;

II – (Revogado pela lei 13.256, de 2016)¹

III – em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo um acórdão de mérito e outro que não tenha conhecido do recurso, embora tenha apreciado a controvérsia;

IV – (Revogado pela lei 13.256, de 2016)²

§ 1º Poderão ser confrontadas teses jurídicas contidas em julgamentos de recursos e de ações de competência originária.

§ 2º A divergência que autoriza a interposição de embargos de divergência pode verificar-se na aplicação do direito material ou do direito processual.

§ 3º Cabem embargos de divergência quando o acórdão paradigma for da mesma turma que proferiu a decisão embargada, desde que sua composição tenha sofrido alteração em mais da metade de seus membros.

§ 4º O recorrente provará a divergência com certidão, cópia ou citação de repositório oficial ou credenciado de jurisprudência, inclusive em mídia eletrônica, onde foi publicado o acórdão divergente, ou com a reprodução de julgado disponível na rede mundial de computadores, indicando a respectiva fonte, e mencionará as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados.

§ 5º (Revogado pela lei 13.256, de 2016)³

Art. 1.044. No recurso de embargos de divergência, será observado o procedimento estabelecido no regimento interno do respectivo tribunal superior.

§ 1º A interposição de embargos de divergência no Superior Tribunal de Justiça interrompe o prazo para interposição de recurso extraordinário por qualquer das partes.

§ 2º Se os embargos de divergência forem desprovidos ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior, o recurso extraordinário interposto pela outra parte antes da publicação do julgamento dos embargos de divergência será processado e julgado independentemente de ratificação.

Da leitura do texto legislativo, percebe-se que os embargos de divergência têm a finalidade de uniformização da jurisprudência intramuros, tanto no que concerne ao agir do STF como no pertinente à atuação do STJ. Afinal, é justamente o STJ um dos maiores transgressores da própria orientação jurisprudencial.

Se os tribunais superiores, cada qual no seu escaninho, são os grandes responsáveis pelo exercício da função nomofilática, não há como admitir a absoluta pendularidade e sem-cerimônia com que os precedentes são tratados no Direito brasileiro. Esse papel de uniformizar a jurisprudência no âmbito interno de cada tribunal já podia ser realizado por meio do instituto da assunção de competência, inserido no CPC/1973 pela lei 10.352 (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10352.htm), de 2001, e pela afetação, já prevista nos regimentos internos dos tribunais superiores. Não obstante a existência desses dois mecanismos, movimentáveis pelo próprio aparelho judiciário, os embargos de divergência (que são de movimentação das partes) continuarão a permitir o exercício de relevante papel na busca pela certeza possível do Direito, na luta pela segurança jurídica do cidadão frente às perturbadoras oscilações jurisprudenciais.

Relativamente à nova regência dos embargos de divergência, a primeira boa anotação deve ser pertinente ao fato de que, agora, esses embargos (que somente são cabíveis no âmbito dos tribunais superiores) são cabíveis de acórdãos proferidos por órgãos fracionários (turmas do STF e STJ, ou seções do STJ), haja vista que, sob a égide da legislação anterior, não cabiam embargos de divergência contra acórdão proferido pelas seções do STJ.

A segunda é a que decorre do inciso III do art. 1043, cuja redação é, inicialmente, igual à do inciso primeiro, mas que, na parte final diverge (sem trocadilho) de forma eloquente, ao dispor: " ... em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo um acórdão de mérito e outro que não tenha conhecido do recurso, embora tenha apreciado a controvérsia".

Quem milita nesses tribunais já deve ter perdido a conta de quantas vezes viu e leu uma turma

de tribunal dizer que não conheceu do recurso, mas a leitura do acórdão permitiu deduzir exatamente o contrário: conhecimento do recurso, exame do mérito, desprovemento da irsignação. O não-conhecimento era apenas e tão somente uma forma de inviabilizar, desde logo, o aviamento dos embargos de divergência. Agora, o texto da lei dá alguma esperança ao jurisdicionado, ressalvada ao tribunal a possibilidade de criação de alguma outra “jurisprudência defensiva”.

A terceira boa anotação revela-se no § 1º do art. 1.043 que permite fundar a divergência em paradigma obtido em julgamento de recursos (que não sejam extraordinário e especial) e ações de competência originária. Ocioso dizer que esse preceito veio a lume justamente para afrontar a “jurisprudência defensiva” do STJ que, há pouco tempo, havia sido estabelecida no sentido de só admitir o exame de divergência entre tese fixada no julgamento de Resp (acórdão recorrido X acórdão paradigma). Se o paradigma fosse obtido no julgamento de um recurso ordinário ou no julgamento de um mandado de segurança, os embargos de divergência não seriam admitidos (!), ainda que a tese jurídica debatida fosse exatamente a mesma!

A quarta anotação tem pertinência com a possibilidade de trazer como prova da divergência um acórdão paradigma que haja sido lavrado na mesma turma que proferiu o acórdão embargado, desde que a composição do colegiado tenha sofrido alteração em mais da metade de seus membros. É bem de ver que esse dispositivo da lei (§ 3º do art. 1.043) já foi placitado, por muito tempo, no século passado, pela jurisprudência do STF. Com o nascimento do STJ e com sua necessidade de afirmação como órgão julgador independente, passou-se a um entendimento restritivo, no sentido de que se o entendimento da turma modificada passou a ser X e se, em outra turma, não há entendimento Y, não há divergência a ser apaziguada.

Agora, por força de lei, devemos voltar ao entendimento anterior. Não podemos nos animar tão cedo e pensar que o STJ vai entregar de mão beijada o que havia sido fixado com a súmula 168: Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado. Vai que ele encontra outra redação para a súmula, mas chega ao mesmo resultado...

A quinta boa alteração tem pertinência com o fato de que o legislador estabeleceu que o aviamento dos embargos de divergência interrompe o prazo para interposição de recurso extraordinário por qualquer das partes (trazendo regra que existia somente em relação aos embargos de declaração) e que, se tiver ocorrido a prematura interposição de recurso extraordinário, este será processado e julgado, independentemente de ratificação, se os embargos de divergência forem desprovidos ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior.

1 Este era o texto: II – em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo os acórdãos, embargado e paradigma, relativos ao juízo de admissibilidade;

2 Este era o texto: IV – nos processos de competência originária, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal.

3 § 5º É vedado ao tribunal inadmitir o recurso com base em fundamento genérico de que as circunstâncias fáticas são diferentes, sem demonstrar a existência da distinção. Disponível também em: Migalhas (<http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI246329,41046-Embargos+de+divergencia+uma+historia+de+esperancas+equivocos+e>)

Embargos de divergência (<http://amaurnunes.com.br/tag/embargos-de-divergencia/>)

ESPECIAL

21/02/2021 06:50

A admissibilidade e o dissídio jurisprudencial nos embargos de divergência

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o recurso conhecido como embargos de divergência tem a finalidade de uniformizar a jurisprudência interna, sendo direcionado a controvérsias jurídicas de mérito em que os colegiados do tribunal, apesar de tratarem do mesmo objeto e aplicarem a mesma legislação federal, tenham proferido pronunciamentos em sentidos distintos.



Nas palavras do ministro Jorge Mussi (**EAREsp 1.433.813**), "os embargos de divergência ostentam característica de recurso de fundamentação vinculada, de modo que o seu conhecimento pressupõe a demonstração efetiva do dissídio entre o aresto impugnado e o acórdão paradigma, através do denominado cotejo analítico".

Em **artigo** sobre o tema, o ministro Athos Gusmão Carneiro (falecido) explica que a instituição desse recurso decorre da necessidade – premente em nosso sistema – de o jurisdicionado encontrar nos tribunais superiores uma definição clara da correta compreensão das normas constitucionais (especialmente no caso do Supremo Tribunal Federal) e das normas infraconstitucionais. Para o ministro, "a última palavra só pode ser uma, não admite discrepância".

Exatamente por causa de tal função, os ministros adotam uma série de critérios para decidir sobre a admissibilidade desse tipo de recurso interno, assim como sobre a demonstração efetiva do alegado dissídio jurisprudencial.

Decisão colegiada

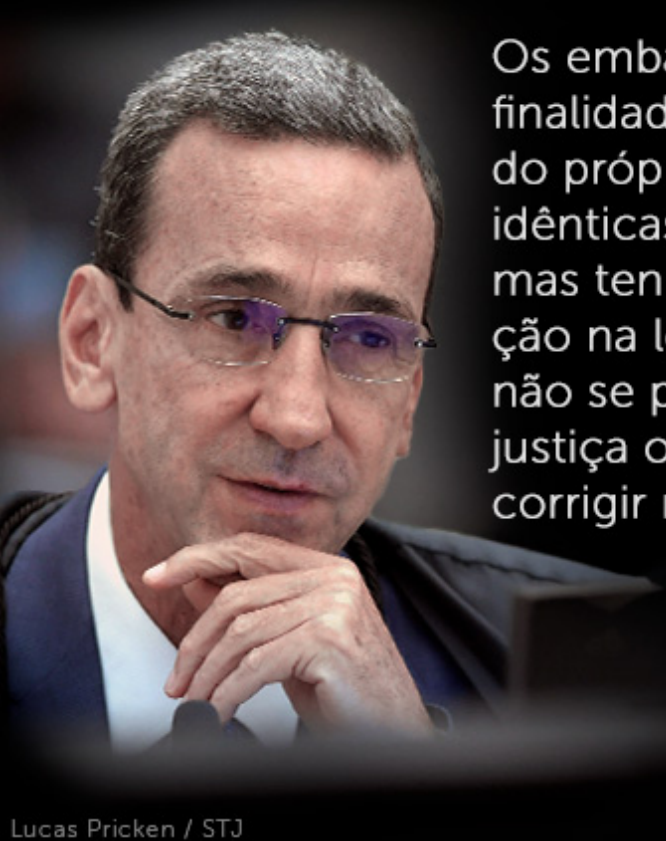
No **EAREsp 154.021**, a Terceira Seção, com base em precedentes, considerou que não é possível a utilização de decisão monocrática como paradigma em embargos de divergência, para fins de comprovação do dissídio jurisprudencial, ainda que a decisão tenha analisado o mérito da questão controvertida.

Já no **EAREsp 1.008.667**, a Primeira Seção esclareceu que, para a apreciação e

O Portal do STJ utiliza cookies para auxiliar na sua navegação e melhorar nossos serviços. Ao acessá-lo, você aceita os termos da nossa [política de privacidade](#).

Aceitar

Na mesma decisão, o colegiado apontou que um dos acórdãos discutidos nos embargos, após realizado o juízo de admissibilidade, não havia analisado o mérito da questão controvertida. Nesse contexto, o relator do caso, ministro Francisco Falcão, explicou que o artigo 1.043, inciso II, do Código de Processo Civil (CPC) de 2015 previa a possibilidade de interposição de embargos de divergência nas hipóteses de julgamentos relativos a juízos de admissibilidade. Entretanto, destacou, esse dispositivo foi revogado com a edição da **Lei 13.256/2016**.



Os embargos de divergência têm por finalidade uniformizar a jurisprudência do próprio STJ, quando se verificarem idênticas situações fáticas nos julgados mas tenha se dado diferente interpretação na legislação aplicável ao caso, não se prestando para avaliar possível justiça ou injustiça do *decisum* ou corrigir regra técnica de conhecimento.

EAREsp 1.008.667

**Ministro
Francisco Falcão**

Lucas Pricken / STJ

Sob o mesmo contexto, ao julgar o **EAREsp 1.521.111**, a Corte Especial, interpretando o artigo 1.043, parágrafo 4º, do CPC e o **artigo 266**, parágrafo 4º, do Regimento Interno do STJ, entendeu que configura pressuposto indispensável para a comprovação da alegada divergência jurisprudencial a adoção, na petição dos embargos de divergência, de uma das seguintes providências quanto aos paradigmas indicados:

- a) juntada de certidões;
- b) apresentação de cópias do inteiro teor dos acórdãos apontados;
- c) citação do repositório oficial, autorizado ou credenciado em que os julgados estiverem publicados, inclusive em mídia eletrônica; e
- d) reprodução de julgado disponível na internet, com a indicação da respectiva fonte

O Portal do STJ utiliza cookies para auxiliar na sua navegação e melhorar nossos serviços. Ao acessá-lo, você aceita os termos da nossa [política de privacidade](#).

Aceitar

inobservância do rigor técnico exigido na interposição desse tipo de recurso, de forma que é descabida a incidência do **artigo 932**, parágrafo único, do CPC – segundo o qual o relator, antes de considerar inadmissível o recurso, deve conceder prazo de cinco dias para que seja sanado o vício processual.

Acórdãos e paradigmas

Em relação aos julgados que podem servir como paradigma para a discussão da suposta divergência, a Corte Especial, no **EAREsp 573.866**, destacou que não se admite acórdão proferido em ações que possuem natureza de garantia constitucional – como habeas corpus, recurso ordinário em habeas corpus, mandado de segurança, recurso ordinário em mandado de segurança, habeas data e mandado de injunção.

Nesse mesmo julgamento, a parte embargante, além de apresentar acórdão em um recurso em mandado de segurança como paradigma – possibilidade rejeitada pelo colegiado –, indicou como julgado de referência um acórdão da Primeira Turma, a mesma que havia proferido a decisão embargada. 

Sobre esse ponto, o ministro Francisco Falcão esclareceu que, de fato, o CPC, em seu artigo 1.043, **parágrafo 3º**, prevê o cabimento dos embargos de divergência quando o acórdão paradigma for da mesma turma que proferiu a decisão embargada, mas desde que sua composição tenha sido modificada em mais da metade dos membros.

Entretanto, o ministro apontou que, entre a decisão discutida e o acórdão paradigma, a Primeira Turma havia sofrido a alteração de apenas um de seus cinco ministros – o que inviabilizava, nesse caso, o conhecimento da divergência no mesmo colegiado.

Atualidade

Entre os requisitos para a admissão dos embargos de divergência, também está a necessidade da atualidade da divergência jurisprudencial entre os órgãos fracionários, como explicitado no **EResp 1.672.832** pela Corte Especial, que não aceitou como paradigma um acórdão de mais de 17 anos. Além disso, o colegiado considerou que a simples alegação de raridade do tema discutido – no caso, a caducidade do processo de aforamento – não é capaz de demonstrar a atualidade do precedente.

Também no âmbito da Corte Especial, no **EAREsp 1.359.696**, firmou-se o entendimento de que não se admite a interposição de embargos de divergência contra acórdão que julgou embargos de declaração.

"E assim o é porque a aferição dos vícios elencados no **artigo 1.022** do Código de Processo Civil constitui medida afeta às especificidades do caso concreto, o que impossibilita a demonstração da similitude fático-jurídica entre os arestos

Em sentido semelhante, no **EAREsp 1.461.425**, a Corte Especial também considerou incabíveis embargos de divergência para rediscutir supostos vícios de omissão, contradição, obscuridade ou ambiguidade, pois a resolução da controvérsia depende sempre das peculiaridades de cada caso.

Igualmente por causa da necessidade de análise do caso concreto, o colegiado, ao julgar o **REsp 1.348.956**, rejeitou a possibilidade de apreciação de embargos de divergência que pretendiam o reconhecimento da natureza irrisória de honorários advocatícios.

Súmula 7

No **EAREsp 1.456.391**, a Corte Especial reforçou não ser possível admitir embargos de divergência para rediscutir aplicação ou não da **Súmula 7**. Segundo a relatora, ministra Laurita Vaz, nesses casos, não há divergência em relação à interpretação da legislação federal, mas conclusões eventualmente diferentes em razão das peculiaridades do caso concreto.

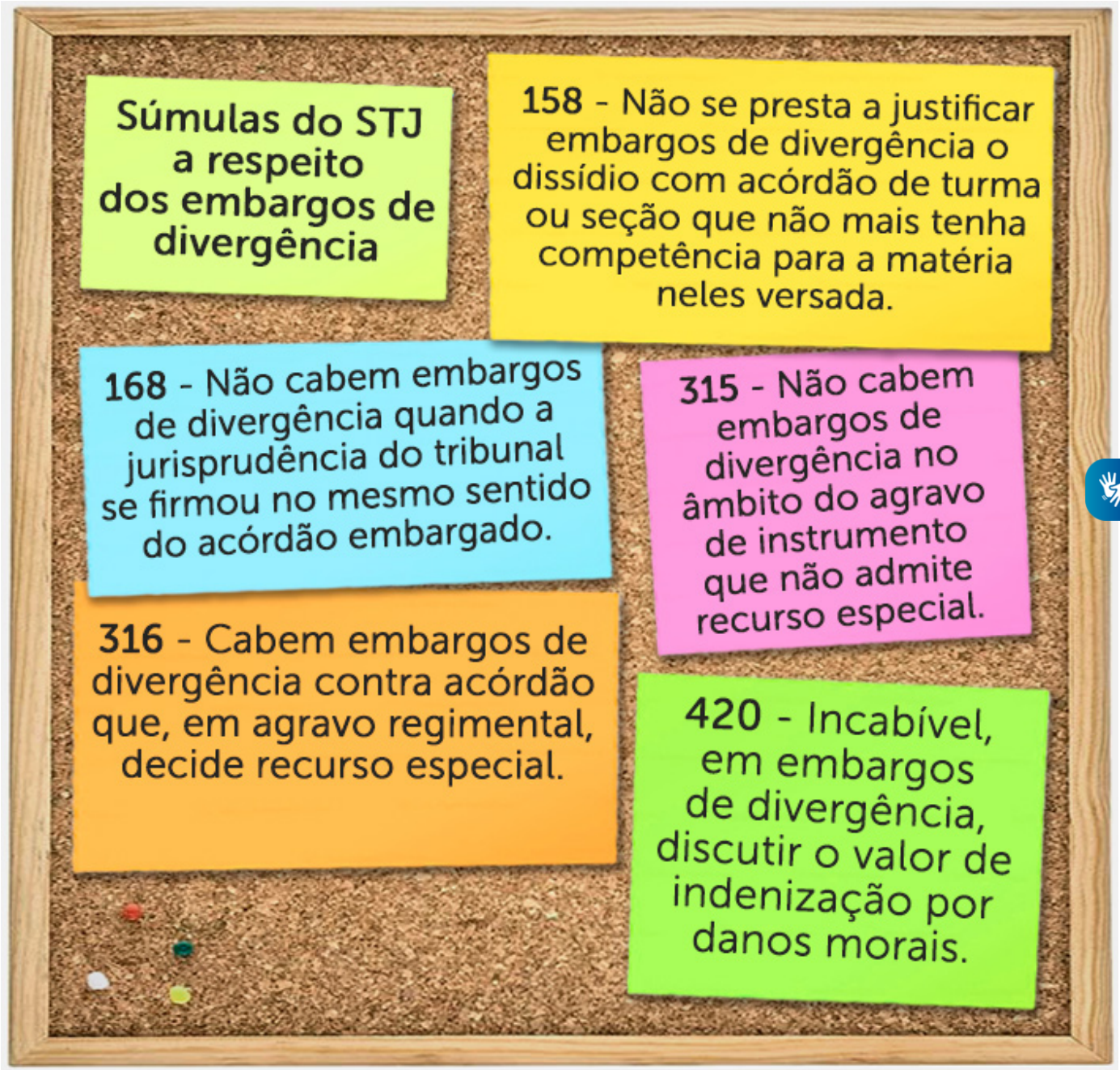


Ainda de acordo com a ministra, os embargos de divergência não se prestam a corrigir supostos equívocos do acórdão embargado, como se tivessem o poder de reabrir o julgamento do recurso especial.

"É um recurso que tem sua razão de existir fundamentada na necessidade de se compor eventual dissídio de teses jurídicas, na medida em que o Superior Tribunal de Justiça, afinal, tem como missão institucional precípua justamente a uniformização da interpretação da legislação infraconstitucional", explicou a magistrada.

Súmulas

Alguns entendimentos do STJ sobre o cabimento dos embargos de divergência foram pacificados em súmulas.



Esta notícia refere-se ao(s) processo(s):

- **1433813**

Atendimento à imprensa: (61) 3319-8598

imprensa@stj.jus.br

Informações processuais: (61) 3319-8410

O Portal do STJ utiliza cookies para auxiliar na sua navegação e melhorar nossos serviços. Ao acessá-lo, você aceita os termos da nossa [política de privacidade](#).

Aceitar

Do Recurso de Embargos de Divergência no Superior Tribunal de Justiça

Ministro Athos Gusmão Carneiro*

1. Embargos, uma expressão polissêmica

Uma observação inicial: a palavra *embargos* é expressão polissêmica, empregada com diversas significações, traduzindo quer uma acepção comum, quer institutos jurídicos diversos, embora haja sempre um traço comum, o de oposição de obstáculo, de empecilho a alguma pretensão da parte adversária. É derivada de *imbarricare*, do baixo latim, e em sentido amplo “quer significar todo e qualquer impedimento, obstáculo ou embaraço posto em prática por uma pessoa, a fim de que evite que outrem possa agir ou fazer alguma coisa, que não é do seu interesse ou a que lhe contraria o direito” (Plácido e Silva, Vocabulário Forense, 14ª ed., p. 297).

Em seu conceito jurídico, encontramos a palavra *embargos* utilizada para denominar determinados incidentes e ações judiciais: assim, na ação de nunciação de obra nova (também denominada de *embargos de obra nova*), encontramos a possibilidade de o prejudicado, nos casos de urgência, *fazer o embargo extrajudicial* da obra, perante testemunhas (CPC, art. 935)¹; os

* Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça.

¹ Trata-se do equivalente moderno de antigo preceito romano e das Ordenações, mantido na Consolidação das Leis Cíveis de **Telxheira de Freitas** (art. 933), permissivo do embargo extrajudicial através do arremesso, pelo nunciante, de pedras contra a obra, **per jactum lapidis**. É modalidade de “exercício privado da ação de direito material”, mas que exige posterior ratificação judicial (**Ovidio Batista da Silva**, Procedimentos Especiais, Ed. Aide, 1989, pp. 155 e segs.); e se revela antiquilha processual, no dizer de **Pontes de Miranda**, lembrado por **Adroaldo Furtado Fabricio**, que assinala cuidar-se de procedimento que não deveria ter sido “ressuscitado” (Comentários ao CPC, Forense, v. VIII, t. III, 7ª ed., 1995, p. 408).

embargos do devedor (**rectius**, embargos do executado) constituem ação incidental de conhecimento, pela qual o executado busca invalidar a eficácia do título executivo ou afirmar a inexistência da dívida (CPC, arts. 737 e segs.), destacando-se os “embargos de retenção por benfeitorias” (art. 744), os embargos à arrematação e à adjudicação (art. 746) e os embargos à execução por carta precatória (art. 747); os embargos de terceiro (art. 1.046) constituem ação de conhecimento, de rito sumário e eficácia preponderantemente constitutiva negativa, pela qual alguém, que se afirma proprietário ou possuidor de um bem, busca livrá-lo de apreensão judicial determinada em processo (geralmente) entre outras pessoas. Em leis especiais, igualmente, temos o uso da expressão *embargos*, como nos embargos à falência (Decreto-Lei n. 7.661, de 21.6.1945, arts. 18 e 142).

A expressão *embargos* igualmente é utilizada na lei processual brasileira para denominar diversos recursos (*recurso* como pedido de modificação da prestação jurisdicional, formulado *no mesmo processo*), sem maior afinidade entre si.

Assim, consoante o art. 535 do CPC, temos os *embargos de declaração*, pelos quais o recorrente busca remediar omissão, obscuridade ou contradição de que padeça a decisão colegiada (para muitos, também, a decisão singular), admitindo-se, por exceção, pedido de anulação ou modificação do julgado. Os *embargos infringentes* são recurso ordinário peculiar ao Direito brasileiro, admissível nos casos de acórdão não-unânime, prolatado em apelação ou em ação rescisória (art. 530). Também os *embargos de divergência*, instituídos como instrumento de uniformização de jurisprudência no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, e do qual nos ocuparemos no presente capítulo. A denominação *embargos* é igualmente utilizada para denominar um recurso perante o mesmo juízo, nas execuções fiscais por dívidas de pequeno valor (Lei n. 6.830, de 22.9.1980, art. 34).

2. Da desejável uniformidade das decisões judiciais

A uniformidade das decisões dos tribunais e dos Juízes é altamente conveniente à segurança jurídica e, pois, ao interesse público. Aos cidadãos e às pessoas jurídicas, postos em situação de conflito potencial ou efetivo, interessa saber, e muito, as conseqüências de determinadas condutas na vida pessoal e no âmbito dos negócios. A instabilidade na aplicação do Direito é fator de indecisão, e conspira contra o progresso de uma comunidade.

Todavia, cumpre não cair no extremo oposto, de *fossilização*, de perpetuidade na interpretação das normas legais, inclusive pela simples razão de que os fatos da vida, cada vez mais, são dinâmicos e mutáveis. Já o legislador

de 1942, na Lei de Introdução ao Código Civil, favoreceu a exegese do Direito adaptada aos novos tempos, ao dispor, no art. 5º, que “na aplicação da lei, o Juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

O eminente **Mário Guimarães**, em obra clássica, com excelência apreciou o tema: “Manter quanto possível a jurisprudência, será obra de boa política judiciária, porque inspira ao povo confiança na Justiça. Não concebem os leigos que o certo na decisão de hoje se repute errado na sentença de amanhã. Mas não devemos erigi-la em tabu. Não devemos fechar os tribunais à penetração de idéias novas”. Ao final recapitulou: “... acate a magistratura a jurisprudência, mas não se escravize a ela. Acolha as doutrinas novas, quando convier, sem exageros, também” (O Juiz e a Função Jurisdicional, Forense, 1958, n. 194, pp. 327/328).

Também **Barbosa Moreira** refere que, sendo mutáveis as realidades sociais, “compreende-se que mude também, com o correr do tempo, o entendimento das normas de Direito, ainda quando permaneça invariável o respectivo teor literal”. Todavia, isso não quer dizer que num dado momento, – não tendo ocorrido circunstâncias que possam justificar alterações na exegese da lei –, os tribunais persistam em atribuir-lhe significados diversos: “assim se compromete a unidade do Direito – que não seria posta em xeque, muito ao contrário, pela evolução homogênea da jurisprudência dos vários tribunais – e não raro se semeiam, entre os membros da comunidade, o descrédito e o ceticismo quanto à efetividade da garantia constitucional” (Comentários ao CPC, Forense, 8ª ed., 1999, n. 3, pp. 4/5). Por vezes, já conhecidas as posições divergentes entre os órgãos fracionários de um tribunal, a sorte das pretensões do recorrente torna-se lotérica, dependente dos azares da distribuição.

3. Dos instrumentos processuais de uniformização da jurisprudência

Buscando elidir tal grave obstáculo à confiabilidade e efetividade das garantias a uma correta prestação jurisdicional, o legislador e os tribunais têm usado de vários instrumentos tendentes à desejável uniformização jurisprudencial.

Assim, o diploma processual civil prevê o instituto do *prejulgado* – CPC, art. 476 –, destinado a unificar a jurisprudência **intra muros**, ou seja, a compor a divergência que, a respeito de determinada questão de direito, se haja estabelecido entre órgãos de um mesmo tribunal. A decisão tomada pelo tribunal, apreciando o incidente e fixando a interpretação considerada correta, obriga o órgão fracionário julgador relativamente ao processo onde o incidente tenha sido suscitado, mas não assume eficácia vinculativa plena relativamente a outros processos onde surja a mesma questão de direito (ao contrário do que

ocorria nos tempos reinóis, quando vigoravam os assentos *vinculativos* da Casa de Suplicação de Lisboa – Ord. Filipinas, Livro I, Tít. V, § 5º).²

Todavia, em sendo a decisão plenária tomada pelo voto da maioria absoluta dos membros do tribunal, a orientação adotada no prejudgado será objeto de súmula e passará a constituir precedente na uniformização da jurisprudência (art. 479).

O instituto do prejudgado, por mais de um motivo, não alcançou maior êxito e tem sido muito pouco usado na prática forense. Seu objetivo era, e é, o de *fixar a justa* interpretação da lei diante de divergências já ocorridas.

As *súmulas*, todavia, cuja edição é bem menos formalista³, logram preencher a finalidade de sintetizar os precedentes jurisprudenciais e, assim, *revelar* com precisão a exegese já prevalecente nos tribunais acerca de uma determinada questão de direito. Os enunciados do Supremo Tribunal Federal chegaram a 621 (a Corte Suprema cessou de editar súmulas após a Constituição de 1988, quando da instituição do Superior Tribunal de Justiça, a quem reservada a última palavra em matéria infraconstitucional); pelo Superior Tribunal de Justiça foram aprovadas, até agosto do corrente ano de 2001, nada menos de 257 súmulas. Também no Tribunal Superior do Trabalho e em várias Cortes de 2º grau a edição de súmulas mantém-se constante.

Em sede jurisdicional, o Superior Tribunal de Justiça utiliza, com amparo regimental, outro instrumento moldado a abreviar a uniformização jurisprudencial,

2 A Ordenação assim dispunha:

“§ 5º. E havemos por bem, que quando os Desembargadores, que forem no despacho de algum feito, todos ou algum delles tiverem alguma duvida em alguma nossa Ordenação do entendimento dela, vão com a duvida ao Regedor; o qual na Mesa Grande com os Desembargadores, que bem lhe parecer, a determinará, e segundo o que ahi for determinado, se porá a sentença. E a determinação, que sobre o entendimento da dita Ordenação se tomar, mandará o Regedor screver no livro da Relação, para depois não vir em duvida. E se na dita Mesa forem isso mesmo em duvida, que ao Regedor pareça, que he bem de nol-o fazer saber, para a Nós logo determinarmos, nol-o fará saber, para nisso provermos. E os que em outra maneira interpretarem nossas Ordenações, ou derem sentenças em algum feito, tendo algum deles duvida no entendimento da Relação, sem vir ao Regedor, será suspenso até nossa mercê”.

Os prejudgados são editados em decisão jurisdicional e, assim, o julgamento referente à **questio juris** controvertida será necessariamente observado pelo órgão fracionário, quando do julgamento da causa em que o incidente foi suscitado. Já as súmulas são aprovadas em sede *administrativa* e não assumem eficácia vinculativa plena nem para os juízos de 1º grau nem, a rigor, para os órgãos do próprio tribunal que as editou; apesar disso, pela autoridade de que se revestem, e porque traduzem a orientação que o tribunal irá adotar, os preceitos sumulares constituem, sem dúvida, forte elemento que ao magistrado cumpre ter em boa conta, ao sentenciar ou decidir.

Quanto aos juízes integrantes do próprio tribunal, estes, por consenso e por regra regimental, uma vez editada a súmula, passam a observá-la, ainda que eventualmente “ressalvando” seu ponto de vista pessoal. No STJ as súmulas são editadas pela Corte Especial, tratando-se de matéria comum a todas as Seções, ou pelas Seções quando a questão for pertinente apenas à sua área de especialização. Segundo o art. 125 do RISTJ, “os enunciados da súmula prevalecem e serão revistos na forma estabelecida neste Regimento Interno”.

para tanto utilizando da técnica do *deslocamento de competência* para o julgamento da causa, transferida a competência do órgão fracionário originariamente competente para órgão fracionário maior, ou para a Corte Especial.

“Assim, quer pela relevância da questão, quer para ‘prevenir divergência’ entre as Turmas de uma mesma Seção, a Turma julgadora remeterá o feito de sua competência ao julgamento pela respectiva Seção, e esta irá apreciar e decidir não apenas a questão de direito em que a controvérsia tenha surgido, mas irá ‘julgar a própria causa’, em sua integralidade” (RISTJ, art. 14, II).

O deslocamento de competência poderá, outrossim, ser feito para a Corte Especial, quando seja mister “prevenir divergência” entre Seções – RISTJ, art. 16, IV. Uma vez proferido o julgamento, cópia do acórdão será remetida à Comissão de Jurisprudência, “para elaboração de projeto de súmula, se for o caso” (RISTJ, art. 127 e § 2º).

No Supremo Tribunal Federal, o deslocamento de competência da Turma para o Tribunal Pleno poderá ocorrer quando, a critério do relator ou da própria Turma, “em razão da relevância da questão jurídica ou da necessidade de prevenir divergência entre as Turmas, convier pronunciamento do Plenário” (RISTF, art. 22, parágrafo único, b; art. 11, parágrafo único).⁴

4. Os embargos de divergência, sua finalidade e evolução legislativa

O recurso de *embargos de divergência* apresenta-se como instrumento à *disposição da parte sucumbente* no sentido de procurar modificar a decisão que a desfavoreceu, mediante invocação a decisões que hajam adotado tese antagônica, emanadas de outra Turma do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

Assinala **Barbosa Moreira** que “sua finalidade é análoga à do recurso de *revista* do direito anterior: propiciar a uniformização da jurisprudência interna do tribunal quanto à interpretação do direito em tese” (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, v. V, 8ª ed., 1999, p. 337).

4 Segundo o Projeto de Lei n. 3.474/2000, em tramitação na Câmara dos Deputados e oriundo da Comissão de Reforma, esta técnica de uniformização de jurisprudência mediante o “deslocamento de competência” do órgão fracionário do tribunal para um órgão judicante mais numeroso, irá aplicar-se também aos tribunais de 2º grau, no julgamento das apelações ou agravos. Assim, **lege ferenda**, o art. 555 do CPC adotará a seguinte redação: “Art. 555. No julgamento de apelação ou de agravo, a decisão será tomada, na Câmara ou Turma, pelo voto de três Juízes.

§ 1º. Ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre Câmaras ou Turmas do Tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o Regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso.

§ 2º ”

Com efeito, o *CPC de 1939* adotara o recurso de *revista*, em seu artigo 853, com a redação seguinte:

“Art. 853. Conceder-se-á recurso de revista para as Câmaras Cíveis reunidas, nos casos em que divergirem, em suas decisões finais, duas ou mais Câmaras, ou Turmas, entre si, quando do modo de interpretar o direito em tese. Nos mesmos casos, será o recurso extensivo à decisão final de qualquer das Câmaras, ou Turmas, que contrariar outro julgado, também final, das Câmaras reunidas.”

Tendo o Supremo Tribunal Federal, na vigência do *CPC de 1939*, entendido que o recurso de *revista* não incidia aos processos em tramitação nessa Corte, o legislador, um tanto bisonhamente, através da Lei n. 623, de 19.1.1949, aditou ao art. 833 do *CPC de 1939* um parágrafo único, com a seguinte redação:

“Além de outros casos admitidos em lei, são embargáveis, no Supremo Tribunal Federal, as decisões das Turmas, quando diverjam entre si, ou de decisão tomada pelo Tribunal Pleno.”

Posteriormente, editado o *CPC de 1973*, seu art. 546, parágrafo único, declarou embargável, no STF, “a decisão da Turma que, em recurso extraordinário ou em agravo de instrumento, divergir do julgamento de outra Turma ou do Plenário”. Em boa hora, outrossim, o vigente Código aboliu o recurso de *revista*, que “na prática judiciária, jamais preencheu de modo satisfatório a função uniformizadora da jurisprudência, que lhe inspirara a criação” (**Barbosa Moreira**, ob. cit., p. 155).

O Regimento Interno da Corte Suprema, de 1980, dispôs sobre tal recurso denominando-o *embargos de divergência*, lendo-se no artigo 330 que “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”, com o adendo, no art. 332, de que os embargos seriam incabíveis “se a jurisprudência do Plenário ou de ambas as Turmas estiver firmada no sentido da decisão embargada, salvo o disposto no art. 103” (o art. 103 prevê a revisão da jurisprudência, com sobrestamento do feito).

Após promulgada a Lei Magna de 1988 (que omitiu o poder de a Corte Suprema dispor, em seu Regimento Interno, sobre matéria processual)⁵, o legislador ordinário, visando regulamentar os processos perante o STF e o STJ,

5 Pelo art. 115, parágrafo único, letra c, da Constituição de 1967, cabia ao Supremo Tribunal Federal estabelecer, em seu Regimento Interno, “o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recurso”. Tal norma foi mantida na Emenda Constitucional n. 1, de 1969, art. 119, § 3º, c.

resolveu fazê-lo editando uma lei avulsa, a Lei n. 8.038, de 28.5.1990, constando do art. 29 a norma seguinte:

“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.”

O Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, já com as modificações trazidas pelas Emendas Regimentais n. 1/1991 e n. 2/1992, regulamentou os embargos de divergência perante essa Corte, nos seguintes termos:

“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.

§ 3º. Sorteado o relator, este poderá indeferi-los, liminarmente, quando intempestivos, ou quando contrariarem Súmula do Tribunal, ou não se comprovar ou não se configurar a divergência jurisprudencial.

§ 4º. Se for caso de ouvir o Ministério Público, este terá vista dos autos por vinte dias.”

Cumprido, neste passo, anotar que, como a norma da Lei n. 8.038/1990 se referia apenas ao *recurso especial*, de competência do Superior Tribunal de Justiça, vozes autorizadas vieram a sustentar que não mais existiriam os embargos de divergência perante a Corte Suprema, inclusive porque a nova lei revogara o art. 546 do CPC, cujo parágrafo único, como dissemos, previa exatamente o cabimento dos embargos de divergência no STF (**Sérgio Seiji Shimura**, estudo na coletânea *Aspectos Polêmicos e Atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário*, Ed. RT, 1997, p. 415). O Supremo Tribunal Federal, não obstante, continuou a processá-los e julgá-los com arrimo no respectivo Regimento Interno.

A querela encontrou bom termo com o advento da Lei n. 8.950, de 13.12.1994 (integrante da série de reformas setoriais do CPC), que *repatriou* os recursos extraordinário e especial ao seu lugar próprio, ou seja, ao Código de

Processo Civil, e incluiu no rol dos recursos previstos no art. 496 o de *embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário*, atribuindo ao art. 546 a atual redação, **verbis**:

“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.”

Note-se que a dicção legal omitiu a admissibilidade dos embargos de divergência em agravo de instrumento, o que levou **Sérgio Shimura** à afirmação de que “não mais cabem contra decisão proferida em agravo de instrumento pelo Supremo Tribunal Federal, como deixa pressupor o art. 330 do RISTF” (ob. cit., p. 416). O tema, contudo, comporta maiores considerações, como adiante será exposto.

5. Embargos de divergência – noções gerais

Como exposto, os embargos de divergência são recurso destinado a uniformizar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Sua instituição decorre da absoluta necessidade, ínsita em nosso sistema constitucional, de os jurisdicionados encontrarem nos Tribunais Superiores uma definição clara de qual a correta compreensão das normas constitucionais (a Constituição diz aquilo que o Supremo Tribunal Federal diz que ela diz ...) e das normas infraconstitucionais. A *última palavra* só pode ser uma, não admite discrepância.

É embargável a decisão da Turma, proferida em recurso especial perante o Superior Tribunal de Justiça, quando ocorra divergência com julgamento procedido por outra Turma, ou Seção, ou pelo Órgão Especial; em recurso extraordinário, perante o Supremo Tribunal Federal, com julgamento da outra Turma ou do Plenário – CPC, art. 546. Necessário, assim, que, presentes os mesmos fatos e circunstâncias juridicamente relevantes, as decisões não coincidam quanto às conseqüências de tais fatos no patrimônio jurídico das partes; diante de idênticos suportes fáticos, uma decisão atribui (ou nega) à parte determinado direito, outra julga em sentido contrário.

O Supremo Tribunal Federal, no Agravo Regimental em Embargos de Divergência no RE n. 97.693 (Tribunal Pleno, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 6.5.1999, **In RePro**, 102/329) reiterou que “para que exista litígio que dê margem ao conhecimento dos embargos de divergência, é necessário que as teses jurídicas

sustentadas pelos acórdãos postos em confronto sejam conflitantes, e não, apenas, que os fatos das causas, de que emanaram tais decisões, sejam análogos”, reportando-se ao precedente no ERE n. 111.787, de que foi relator o Ministro Moreira Alves, RTJ 158/576.

Como refere o aresto proferido pela Primeira Seção do STJ no Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no REsp n. 199.563, “a divergência a ensejar interposição de embargos exige que, diante do mesmo substrato fático e idênticos fundamentos legais, tenham os arestos confrontados firmado posições antagônicas, não se prestando à configuração do dissídio o cotejo entre arestos diferentes, um que apreciou o mérito recursal e outro que nem sequer ultrapassou o juízo de admissibilidade do recurso” (rel. Min. Castro Filho, ac. de 10.5.2001, DJU de 25.6.2001, p. 99). O magistério de **Barbosa Moreira**, referindo-se ao aresto trazido como paradigma, é no sentido de que “a decisão invocada como padrão precisa ter consagrado *tese* inconciliável com a daquela que se quer embargar”, sendo irrelevante a existência ou não de voto divergente, quer no aresto recorrido, quer no aresto posto como divergente (Comentários ao CPC, Forense, v. V, 8ª ed., n. 337, p. 608).⁶

Por aresto de 29 de junho de 2001, a Corte Especial, sendo relator o Min. Vicente Leal, no Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no REsp n. 173.314, decidiu, segundo a ementa, no sentido de que “é pressuposto de admissibilidade dos embargos de divergência que a discussão se estabeleça em face das mesmas circunstâncias fáticas e teses jurídicas que identifiquem o acórdão embargado e o paradigma” (DJU de 24.9.2001, p. 228).

Em primeiro lugar, a norma legal refere expressamente a “decisão da Turma”, não de órgão colegiado mais numeroso, no caso, a Seção (no STJ, as Turmas, especializadas em razão da matéria, agrupam-se duas a duas, em três Seções). Assim, a decisão de Seção que venha a divergir de decisão de Turma do STJ, integrada na mesma ou em outra Seção, não estará sujeita à impugnação por embargos de divergência. Todavia, são fortes os motivos que propugnam por aplicação ampliativa da norma processual nos casos de decisões de Seção que, em competência originária ou recursal, manifestamente antagonizem decisões proferidas por outra Seção – evidentemente que sobre a mesma questão jurídica –, ou pelo plenário da Corte. Já o aresto posto em confronto não

6 Impende mencionar, no azo, que não são cabíveis *embargos infringentes* de decisão não-unânime do Superior Tribunal de Justiça, proferida em recurso especial (ou do Supremo Tribunal Federal, proferido em recurso extraordinário), pois tal recurso só se admite contra julgamento proferido em *apelação* ou em *ação rescisória*. Por *apelação*, no STJ, entenda-se o recurso ordinário previsto na CF, art. 105, II, c (**Barbosa Moreira**, Comentários ao CPC, Forense, v. V, 9ª ed., 2001, p. 312; RISTJ, arts. 249 a 252). De outra parte, lembremos que a jurisprudência (em orientação doutrinariamente questionável) considera incabíveis embargos infringentes contra *apelação* em mandado de segurança (Súmula n. 169 do STJ; Súmula n. 597 do STF).

necessita, como expressamente dispõe o texto legal – CPC, art. 546 –, haver sido proferido por outra Turma, podendo servir como paradigma acórdão de Seção ou do órgão especial (nominado no STJ como ‘Corte Especial’), ou, no Supremo Tribunal Federal, haver sido proferido pelo plenário da Corte Suprema.

6. Caracterização da divergência

Cumprido, de início, referir o enunciado n. 168 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, concernente ao pressuposto da *atualidade* da divergência:

“Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado” (Corte Especial, sessão de 16.10.1996).

Tal entendimento⁷ vem sendo mantido iterativamente: “São inadmissíveis embargos de divergência defendendo tese contrária ao atual entendimento da Corte. Incidência do verbete n. 168 da Súmula STJ” (Corte Especial, v.u., AgRg nos EREsp n. 226.519, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, ac. de 21.3.2001, DJU de 7.5.2001, p. 127).

Assim, se a discordância “se dá com entendimento já superado, que já não prevalece perante a Turma ou Seção, não se admitem os embargos de divergência” (**Sérgio Seiji Shimura**, artigo **in** coletânea Aspectos Polêmicos e Atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário, RT, 1997, p. 423). Este autor traz à balha igualmente a Súmula n. 247 do STF, pela qual o relator na Corte Suprema não deveria admitir os embargos da (antiga) Lei n. 623/1949, nem deles conheceria o STF, quando já houvesse jurisprudência firme do Plenário no mesmo sentido da decisão embargada; de outra parte, menciona aresto do Pretório Excelso, pelo qual admitem-se os embargos de divergência fundados em paradigma que se baseia em lei anterior à aplicada pela decisão embargada, se ambos os diplomas legislativos eram substancialmente idênticos (ob. cit., p. 423 e nota de rodapé n. 27).

Em segundo lugar, quando os acórdãos divergentes forem *da mesma Turma*, não cabem embargos de divergência. A propósito, surgiu interessante questão, relacionada com a alteração da jurisprudência de uma determinada Turma, coincidente com a alteração de sua composição. Em outras palavras:

7 Tal orientação remonta quando menos ao art. 853, parágrafo único, do CPC de 1939, **verbis**:

“Art. 853.

Parágrafo único. Não será lícito alegar que uma interpretação diverge de outra, quando, depois desta, a mesma Câmara, ou Turma, que a adotou, ou as Câmaras reunidas hajam firmado jurisprudência uniforme no sentido da interpretação contra a qual se pretende reclamar.”

caberiam os embargos de divergência contra decisão de uma Turma, trazendo-se à colação, como paradigma, aresto proferido pela mesma Turma sob outra composição?

O Supremo Tribunal Federal veio a considerar que sim, havendo precedentes “no sentido do cabimento dos embargos ainda quando o dissídio se verifique entre acórdãos da mesma Turma, caso haja variado a respectiva composição, e notadamente a da maioria vitoriosa, de um para outro julgamento” (**Barbosa Moreira**, ob. cit., n. 337, p. 608 e nota de rodapé n. 81); caso “diferentes os julgadores que hajam constituído a maioria vencedora em cada um dos casos em confronto” (**Nelson Luiz Pinto**, Manual dos Recursos Cíveis, Ed. Malheiros, 2ª ed., p. 238).

O Superior Tribunal de Justiça, em algumas decisões, adotou tal orientação, a qual, todavia, **data venia** vem de encontro à própria finalidade do recurso, que é a de dirimir *conflito atual* no âmbito do Tribunal, mas não o de opor-se à *mudança de orientação* de um de seus órgãos fracionários.

Mui recentemente, a Primeira Seção do STJ, apreciando AgRg 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” (Primeira Seção, rel. Min. Ari Pargendler, ac. de 23.5.2001, Inf. STJ, n. 97, maio de 2001).

De outra parte, e tendo em vista que alteração no Regimento Interno do STJ veio a modificar a competência das Seções, fixada em razão da matéria, foi editada pela Corte Especial, em sessão de 15.5.1996, enunciado sumular do seguinte teor:

“Súmula n. 158. Não se presta a justificar embargos de divergência o dissídio com acórdão de Turma ou Seção, que não mais tenha competência para a matéria neles versada.”

Com efeito, se a Turma prolatora do aresto apontado como paradigma não mais é competente para apreciar aquela matéria sobre a qual versa o acórdão impugnado, então o dissídio tornou-se divergência de interesse apenas histórico, não mais reflete uma divergência *atual* entre os órgãos colegiados. Persiste na Corte essa orientação: “Não se presta a justificar os embargos de divergência, o alegado dissídio interpretativo com acórdãos que não guardam a necessária identidade com a hipótese tratada nos autos, ou de

Turma ou Seção que não mais tenha competência para a matéria neles versada (Súmula n. 158-STJ)" (Corte Especial, AgRg nos EREsp. n. 120.226, rel. Min. Edson Vidigal, v.u., j. 21.3.2001, DJU de 7.5.2001, p. 127).⁸

Além disso, vale anotar que o Supremo Tribunal Federal editou súmula negando a possibilidade de, em nível de embargos de divergência, reiterar alegação de divergência já rejeitada quando da apreciação do recurso extraordinário:

"Súmula n. 598. 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".

Assim, pondo o tema no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, vamos supor que determinado aresto da Terceira Turma desta Corte foi trazido pela parte sucumbente a fim de fundamentar seu recurso especial pela alínea c. A Quarta 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 Terceira Turma com o objetivo de embasar embargos de divergência.

Por fim, anotemos que igualmente não caberão os embargos de divergência se o acórdão impugnado estiver apoiado em mais de um fundamento suficiente, e apresentar-se apenas parcial a possibilidade de confronto com o paradigma colacionado:

"Não se conhece dos embargos de divergência se o paradigma colacionado diverge de apenas um dos fundamentos do aresto embargado, sendo o outro, não objeto do dissídio, suficiente, por si, para mantê-lo" (AgRg nos EREsp n. 208.866, Corte Especial, rel. Min. Pádua Ribeiro, j. 20.6.2001, DJU de 13.8.2001, p. 36).

Não se presta como paradigma, além disso, decisão *monocrática* do relator, mesmo proferida em recurso especial; "para que seja caracterizada a divergência, as decisões confrontadas devem ser proferidas em recurso especial por órgão colegiado" (STJ, EREsp n. 217.477, p.m.v., rel. Min. Peçanha Martins, j. 29.5.2001, Inf. STJ n. 98 – maio de 2001).

8 À evidência, não cabem embargos de divergência se o confronto for pretendido com arestos do extinto Tribunal Federal de Recursos (inclusive porque o antigo TFR, na maioria dos feitos de sua competência recursal, foi *sucedido* pelos Tribunais Regionais Federais e não pelo Superior Tribunal de Justiça) ou com arestos do Supremo Tribunal Federal proferidos em matéria infraconstitucional, anteriormente à instalação do STJ.

7. Embargos de divergência em agravo de instrumento

Segundo o texto legal, os embargos somente são admissíveis em se cuidando de julgamento em *recurso especial ou extraordinário*. Logo, não caberiam em julgamento proferido pela Turma em nível de agravo de instrumento. Aqui, surge ponto relevante: os agravos de instrumento, interpostos perante Tribunal Superior, normalmente o são contra decisões de não-admissão de recurso especial ou de recurso extraordinário, salvo aqueles raríssimos agravos manifestados contra decisões interlocutórias de 1º grau (casos em que o STJ excepcionalmente funciona como tribunal de 2º grau – CF, art. 105, II, c; CPC, art. 539, II, b, e parágrafo único).

Ora, os agravos de instrumento são, nos Tribunais Superiores, julgados monocraticamente pelo relator, a teor do art. 544, § 2º, do CPC, e tem sido entendido que da decisão singular *cumprirá interpor o agravo interno*, a fim de provocar a manifestação do colegiado através de acórdão, este, sim, em tese suscetível de impugnação pelos embargos de divergência.

Assim, o aresto da Primeira Turma do STJ, no AgRg na Petição n. 1.412: “É uníssona a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de não se admitir o cabimento de embargos de divergência quando interposto contra decisão proferida singularmente pelo relator” (rel. Min. Garcia Vieira, ac. de 24.5.2001, DJU de 25.6.2001, p. 97). Igualmente, a Segunda Turma, no AgRg no EREsp n. 235.660: “Em havendo decisão monocrática, há necessidade da interposição de agravo regimental para que, posteriormente, possam caber os embargos de divergência” (rel. Min. Castro Filho, ac. de 10.5.2001, *in* Inf. STJ n. 95, maio de 2001).

Destarte, à parte que pretenda valer-se dos embargos de divergência cumpriria interpor, primeiro, o agravo interno, a fim de provocar a decisão colegiada? Mas a **vexata quaestio** mesmo assim irá persistir, pois o acórdão será proferido em nível de *agravo interno*, não em nível de *recurso especial*, como a lei prevê. **Quid juris?** De conformidade com a Súmula n. 599-STF, “são incabíveis embargos de divergência de decisão de Turma em agravo regimental”. Esta orientação, todavia, refletiu jurisprudência firmada ao tempo em que o agravo era sempre realmente *regimental*, e se dirigia contra decisões do relator como condutor do processo no Supremo Tribunal Federal.

Presentemente, como sublinhou o Ministro Milton Luiz Pereira, a realidade é bem outra:

“o relator atua como órgão fracionário do tribunal, decidindo com supedâneo nas iterativas manifestações colegiadas ou nas súmulas” (Embargos de Divergência contra Decisão Lavrada por Relator, Rev. Direito Civil e Processual Civil, Ed. Síntese, Porto Alegre, v. 5/5-11). O relator, no STJ ou no STF, ao

dar provimento ou ao negar provimento, por decisão monocrática, ao recurso especial ou ao extraordinário, nos termos dos atuais arts. 557 e § 1º-A, e 544, §§ 3º e 4º, estará realmente julgando, de mérito, tal recurso. Caso venha a ser *dado provimento* ao agravo interno manifestado pela parte-vencida, então simplesmente não terá ocorrido “decisão final” (mas, sim, a rigor, interlocutória) e não serão admissíveis, mesmo em tese, embargos de divergência, porquanto o recurso especial ou extraordinário “terá seguimento” (art. 557, § 1º, **in fine**).

Mas, e quando *negado provimento* ao agravo interno? Então, a decisão proferida pela Turma não apenas *ratifica*, mas, sim, *substitui* a decisão singular, equiparando-se, portanto, em sua eficácia, ao acórdão proferido em caso de apreciação *direta* do recurso especial ou extraordinário (eventual ação rescisória será ajuizada não contra a decisão monocrática, pois esta não transitou em julgado, mas, sim, contra a decisão colegiada, que passou a constituir a prestação jurisdicional *final*).

Destarte, em exegese sistemática à qual não podemos fugir, 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 especial, referida no art. 546 do CPC.

O recurso extraordinário ou o recurso especial é que está sendo julgado, embora sob o rito de julgamento de simples agravo interno; *portanto, de acordo com o sistema, contra tal decisão colegiada deverão ser admitidos os embargos de divergência!*

Neste sentido, decidiu a Primeira Seção do STJ, afirmando cabível a interposição de embargos de divergência contra acórdão proferido em agravo *regimental* (**rectius**, *interno*), se, julgado o mérito, houver sido interposto agravo *regimental* contra a decisão monocrática do relator em recurso especial, “merecendo temperamento a aplicação da Súmula n. 599 do STF” (EREsp n. 133.451, rel^a. Min^a. Eliana Calmon, j. 10.4.2000, Inf. STJ n. 54, abril 2000).

Mais recentemente ainda, a Corte Especial, p.m.v., ao apreciar os EREsp n. 258.616, julgou sob a ementa a seguir parcialmente transcrita:

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

Se a decisão colegiada proferida no âmbito do agravo interno veio substituir, por um hábil mecanismo legal de agilização de processos nas instâncias extraordinária e especial, a decisão colegiada do recurso especial, e se é do escopo do recurso especial a uniformização interpretativa

do Direito Federal infraconstitucional, a pressupor que tal uniformização comece por se dar no próprio Tribunal que, por força de norma constitucional, dela se incumba, razoável a todas as luzes ensinar-se a possibilidade dessa uniformização na hipótese, quer em face do interesse da parte, quer em face do superior interesse público” (rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJU de 7.3.2000, *in* Boletim STJ n. 4, março de 2001).

Não obstante, a mesma Corte Especial, apreciando o AgRg na Pet n. 1.392, por unanimidade, negou provimento ao dito agravo, constando da ementa que os embargos de divergência são inadmissíveis “se opostos contra decisão proferida em agravo regimental em agravo de instrumento” (rel. Min. Felix Fischer, j. 29.6.2001, DJU de 20.8.2001, p. 332; *idem*, Corte Especial no AgRg na Pet n. 1.424, rel. Min. Edson Vidigal, j. 20.6.2001, DJU de 13.8.2001, p. 35); igualmente assim decidira a Segunda Seção do STJ, no AgRg no Ag n. 246.351, sob a assertiva de que “a orientação firmada pela Corte Especial do STJ é no sentido do incabimento de embargos de divergência em agravo de instrumento, em face do preceituado nos arts. 546, I, do CPC, e 266 do Regimento Interno” (ac. 24.5.2000, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., DJU de 28.8.2000, p. 52).

Caso adotada a orientação mais *liberal*, os acórdãos proferidos em agravos *regimentais* (*rectius*, *internos*), poderão ser invocados para servir de paradigma, caracterizando o dissídio jurisprudencial permissivo dos embargos.

Todavia, se mantida a antiga orientação, tal invocação não será admissível, e, neste sentido, mantém-se firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; com efeito, o Pretório Excelso mantém o entendimento de serem incabíveis os embargos de divergência quando o padrão de confronto apontado for acórdão proferido em agravo regimental em agravo de instrumento (Embargos de Divergência no RE n. 112.146, rel. Min. Octávio Gallotti, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence, j. 14.6.2000, *in* Inf. STF n. 193, junho 2000; Embargos de Divergência no RE n. 247.416, rel. Min. Celso de Mello, j. 29.6.2000, *in* Inf. STF n. 196, agosto 2000).

8. Procedimento a ser observado nos embargos de divergência

Consoante dispõe o art. 546, parágrafo único, do CPC, observar-se-á, no recurso de embargos, “o procedimento estabelecido no Regimento Interno”.

Assim, no *Supremo Tribunal Federal*, de conformidade com os artigos 334 a 336 do Regimento Interno de 1980, o recurso deve ser interposto no prazo de quinze dias (prazo confirmado pelo art. 508 do CPC, na redação da Lei n. 8.950/1994) e a petição juntada aos autos independente de despacho. Irão os autos ao relator, a fim de admitir ou não os embargos.

Não admitidos, caberá, no quinqüídio, agravo *regimental* (*rectius*, agravo interno) para o colegiado competente. Admitidos e preparados, abrir-se-á

vista ao embargado para a resposta, que, segundo o Regimento, deveria ser apresentada em dez dias, prazo dilatado para quinze dias pelo art. 508 do diploma processual. Impugnado o recurso, ou transcorrido **in albis** o prazo, sem necessidade de revisão, o recurso será incluído em pauta. Na sessão de julgamento, aplicar-se-ão subsidiariamente as normas relativas a processos originários; recebidos os embargos, o Plenário “julgará a matéria restante” (art. 336, parágrafo único).

No *Superior Tribunal de Justiça* incidem as regras dos arts. 266 e 267 do RISTJ.⁹

Assim, manifestado o recurso no quíndecêndio, será distribuído à Seção competente, quando a divergência ocorrer com acórdão da outra Turma da mesma Seção, ou com acórdão da própria Seção; caso a divergência ocorra entre Turmas de Seções diversas, ou entre aresto de Turma e aresto de outra Seção, ou da Corte Especial, a esta competirá o julgamento dos embargos de divergência (art. 266, **caput**).

A divergência deve ser comprovada na forma do art. 255, §§ 1º e 2º, do Regimento (**vide** o CPC, art. 541, parágrafo único), ou seja, mediante apresentação de certidões ou cópias autenticadas dos acórdãos apontados como discordantes, ou pela citação de repertório oficial, autorizado ou credenciado, em que os mesmos hajam sido publicados na íntegra, cumprindo, outrossim, ao recorrente “transcrever os trechos dos acórdãos que configurem o dissídio, mencionando as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados” (art. 255, § 2º)¹⁰.

Nesse sentido, o Pretório Excelso: “Não basta, para efeito de comprovação do dissídio pretoriano, a simples juntada do inteiro teor do acórdão apontado como referência paradigmática. A utilização adequada dos embargos de divergência supõe que se demonstre, de maneira clara, objetiva e analítica, o dissídio jurisprudencial invocado, devendo o recorrente, para esse efeito, reproduzir os

9 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*. Assim decidiu o Supremo Tribunal Federal no AgRg no Ag n. 275.636, rel.^a Min.^a Ellen Gracie, j. 26.6.2001 (Inf. STF n. 234, junho 2001).

10 Sendo notório o dissídio, em alguns casos tem sido abrandado o rigor na sua demonstração para fins de admissibilidade do recurso, “pois, dessa forma, o STJ cumpre melhor a sua pulcra missão constitucional de uniformizar a exegese do Direito Federal infraconstitucional” (Quarta Turma, REsp n. 41.731, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 15.3.1994, p.m.v., DJU de 23.5.1994, p. 12.614). Não basta, outrossim, a transcrição de ementas, salvo quando estas forem de todo explícitas, traduzindo com fidelidade o conteúdo da decisão, e a matéria for suficientemente delimitada e conhecida (Segunda Turma, REsp n. 22.948, rel. Min. Pádua Ribeiro, j. 31.3.1993, DJU de 26.4.1993, p. 7.193).

trechos pertinentes e mencionar as circunstâncias que identifiquem ou tornem assemelhados os casos em confronto” (RTJ 159/296, Tribunal Pleno, rel. Min. Celso de Mello).

Os embargos não terão efeito suspensivo (mesmo porque não o tem o recurso especial e o recurso extraordinário). Sorteado o relator, poderá este *indeferi-los liminarmente*, quando intempestivos, quando contrariarem súmula do tribunal, ou quando não estiver comprovada ou configurada a divergência jurisprudencial: “Se o precedente colacionado pelo embargante trata de matéria diversa da decidida pelo acórdão, os embargos de divergência devem ser, liminarmente, indeferidos, pois não resta comprovado o dissenso” (STJ, AgRg nos EREsp n. 155.263, Corte Especial, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 20.6.2001, DJU de 13.8.2001, p. 35; Primeira Seção, AgRg nos EREsp n. 68.025, rel.^a Min.^a Eliana Calmon, j. 7.4.2000, DJU de 12.6.2000, p. 65). **Vide**, outrossim, nota de rodapé n. 2, Verbete n. 118.

Admitidos os embargos em decisão fundamentada (e não *despacho*, como está no art. 267 do RISTJ), será aberta vista ao embargado pelo prazo de quinze dias, seguindo-se a inserção do processo em pauta e o julgamento em sessão, com possibilidade de sustentação oral. Não há revisão, e o Ministério Público será ouvido no prazo de vinte dias, “se for o caso”.

Verificado pelo colegiado que realmente se configura o dissídio, os embargos serão admitidos e, de mérito, definir-se-á qual a tese juridicamente correta, com aplicação ao caso em julgamento. No STF, como anotou **Barbosa Moreira**, da decisão do Plenário não caberá recurso algum, salvo embargos de declaração; no Superior Tribunal de Justiça, além de tais embargos, pode ser eventualmente interposto recurso extraordinário, se implementados os respectivos pressupostos constitucionais (ob. cit., n. 338, p. 610).

Embargos de Divergência contra Decisão Lavrada por Relator

Ministro *Milton Luiz Pereira**

Consideradas as inovações ocorridas no sistema processual civil (Leis n. 8.950, de 13.12.1994, e 9.756, de 1998), ganhou nova perspectiva a admissibilidade, ou não, dos embargos de divergência contra decisão do relator à ordem das disposições do artigo 557 e § 1º, do CPC.

Deveras, a ancilar disciplina dos pré-ditos embargos (arts. 496, VIII; 546, I, do CPC, e 266, RISTJ) aprisiona-os nos arestos formados por colegiados, ou seja, no Superior Tribunal de Justiça, na linguagem ordenatória, Turma, Seção e órgão especial (art. 266, Regimento). Enfim, julgados vertidos dessas fontes julgadoras fracionárias, constituindo *acórdãos*. É dizer: o *acordo* nas manifestações individuais do corpo julgador (arts. 163 e 458, CPC).

À vista primeira, nos lindes processuais preestabelecidos, estreitos e específicos, a alinhada via somente permite divisar a assentada compreensão do incabimento dos referenciados embargos para impugnação de *decisão* monocrática.

Do cimo desses apontamentos, mostra-se correta essa afirmação, plasmada em vetusta interpretação. Mas, ditadas significativas modificações processuais no eito recursal, sob o prisma de regras modificadas, ficou eclipsado o firmamento conhecido anteriormente.

De efeito, sob os ventos de reanimadores ordenamentos, na quadra de viabilização processual dos embargos de divergência, comporta sopesar o surgimento de novas razões, verificando se persiste a limitação à sua admissão contra especificada decisão do relator.

* Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça.

Embargos de Divergência contra Decisão Lavrada por Relator

Ministro *Milton Luiz Pereira**

Consideradas as inovações ocorridas no sistema processual civil (Leis n. 8.950, de 13.12.1994, e 9.756, de 1998), ganhou nova perspectiva a admissibilidade, ou não, dos embargos de divergência contra decisão do relator à ordem das disposições do artigo 557 e § 1º, do CPC.

Deveras, a ancilar disciplina dos pré-ditos embargos (arts. 496, VIII; 546, I, do CPC, e 266, RISTJ) aprisiona-os nos arestos formados por colegiados, ou seja, no Superior Tribunal de Justiça, na linguagem ordenatória, Turma, Seção e órgão especial (art. 266, Regimento). Enfim, julgados vertidos dessas fontes julgadoras fracionárias, constituindo *acórdãos*. É dizer: o *acordo* nas manifestações individuais do corpo julgador (arts. 163 e 458, CPC).

À vista primeira, nos lindes processuais preestabelecidos, estreitos e específicos, a alinhada via somente permite divisar a assentada compreensão do incabimento dos referenciados embargos para impugnação de *decisão* monocrática.

Do cimo desses apontamentos, mostra-se correta essa afirmação, plasmada em vetusta interpretação. Mas, ditadas significativas modificações processuais no eito recursal, sob o prisma de regras modificadas, ficou eclipsado o firmamento conhecido anteriormente.

De efeito, sob os ventos de reanimadores ordenamentos, na quadra de viabilização processual dos embargos de divergência, comporta sopesar o surgimento de novas razões, verificando se persiste a limitação à sua admissão contra especificada decisão do relator.

* Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça.

A resposta demanda ligeira rememoração de registros positivados, na linha conceitual dos atos judiciais, observando-se que, por exclusão, salvo os despachos (art. 504, CPC), os demais são ordinariamente recorríveis (arts. 162, §§ 1º, 2º e 3º; 499, 513, 522 e 539, CPC). Os recursos extraordinário e especial têm previsão constitucional (arts. 102 e 105, CF).

Sob o timbre da adiantada afirmação conceitual juspositiva da *decisão*, reveladora de óbice ao seguimento processual dos multicitados embargos, para vergastá-la, à palma exclusiva do recurso especial admitido no primeiro Juízo de verificação, o ato do relator, escudado no artigo 557, **caput** e no seu § 1º-A, CPC, comportará despique na lide da divergência?

Dificultando o deslinde da proposição, talhado o provimento como *decisão*, não constituindo, pois, julgamento de Turma, Seção ou Órgão Especial, como nascente, robustece-se que não se expõe ao crivo dos embargos de divergência (art. 546, I, CPC; art. 266, RISTJ). Tanto mais que a *decisão* pórtico destas considerações pode ser agravada (§ 1º, art. 557, CPC – redação da Lei n. 9.756/1998). À vista antiga, andante, o *acórdão* formado no julgamento do *agravo* é que ensejaria a interposição do recurso especial (art. 105, III, **a**, **b** e **c**, CF). Adiante, em tese, abrindo-se ocasião processual para os embargos de divergência.

Pela restrita viseira dessas anotações, os aludidos embargos não podem ser admitidos, para o reconhecimento do merecimento trilhado na *decisão* objurgada.

Contudo, à luz das alterações noticiadas, o assunto não se exaure nesse epílogo simplista. Com efeito, a titularidade e a ampliada competência do *relator*, esta, alterada pela inovadora legislação de regência, sem apriorística rejeição, atraem exames por critérios neutros.

Com filiação aos pertinentes exames, pelo itinerário pontuado, sem desprezo ao nascedouro da orientação positiva apropriada à *decisão* (art. 162, § 2º, CPC), de logo, não se pode omitir que o vocábulo é usado com largo espectro. À mão de ilustrar: o texto constitucional, fixando a competência do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar o recurso especial, sem agregação a *acórdão*, genericamente insculpiu como requisito *as causas decididas* (art. 105, III). Nessa órbita, tratando dos recursos extraordinário e especial, o CPC preferiu a ampla anotação dos “casos previstos na Constituição Federal”, sublinhando entre os requisitos da inicial o pedido “de reforma da *decisão* recorrida” (art. 541, III, CPC). Curial, pois, que *decisão* é usada como expressão abrangendo também “a sentença” e o “acórdão”. Obvia-se que *decisão*, *sentença* e *acórdão* permeiam e resolvem questões no processo existente. Acentua-se, ainda, que o CPC, em algumas passagens, fala do *despacho*, embora o seu conteúdo revele natureza *decisória* (p. ex., arts. 331 e 1.022).

Essas observações demonstram que, no sítio circunstancial e fugidio de conceito jurídico estrito, a *decisão* também resolve o mérito, resultando na sucumbência parcial ou total, sedimentando a possibilidade de recurso (art. 499, CPC). De ressaltar que, nem sempre, a *decisão* cinge-se à composição incidental interlocutória, podendo ganhar a intensidade ou o efeito de encerramento do processo de conhecimento, concretizando o provimento dispositivo. Em outras palavras, apesar de órfã da forma de sentença ou de acórdão, na perspectiva abordada, tem substancialmente o mesmo conteúdo e iguais consequências jurídicas.

Nas vagas dessas razões, assegurado o convencimento no magistério jurisprudencial, no círculo da motivação inspiradora das considerações em curso, agindo como delegatário legal, a *decisão* proferida pelo relator de recurso especial, negando seguimento, provimento ou provendo-o, compõe solução algemada no mérito das prélicas recursais, no exercício de competência deferida ao colegiado (art. 557 e § 1º-A, CPC).

Por esse agenciamento angular de rotinas, ao som forte das prenunciadas inovações, angaria-se a possibilidade de ser embargável a *decisão* comentada, porque tem a vigia de conteúdo do próprio mérito demandado.

Afinal, 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. Lembra-se que o acerto ou erro na realização do Direito não residem na competência do órgão e, sim, na correta aplicação do Direito (processual e material). Tanto que o Estado pode suprimir ou criar vias e instâncias recursais, quando o interesse social revela a necessidade ou desnecessidade. À parla de ilustração, em relação ao seguimento processual, é oportuna a lembrança do artigo 90, § 2º, Lei Complementar n. 35/1979 – Loman e da Súmula n. 83-STJ, atualmente cogitando-se de verbete vinculante. Inclusive, na vereda processual, já existe a hipótese de a promoção recursal ser endereçada diretamente ao Presidente do Tribunal, com competência singular para julgá-la: parágrafo único do artigo 581 do Código de Processo Penal.

É certo que a experiência histórica recomenda o reexame em outro grau de jurisdição. Contudo, nas tratativas de competência do relator, não se contraria essa recomendação, uma vez que o reexame do julgado *ordinário*, por agente legitimado legalmente, é feito na instância *especial* (v.g. *outro grau de jurisdição*). Por essas passagens, sem as muralhas do dogmatismo e com os olhos de bem se ver, a lógica e racionalidade indicam que novos caminhos podem ser edificados no sistema jurídico processual. Em verdade, as atividades no mundo contemporâneo seguem o rumo da utilidade, viabilizando soluções práticas como prioridade reclamada em prol do equilíbrio social.

Com o alinhamento das pontuações realçadas, afigura-se propícia a inclusão de *decisão* laborada pelo relator, **ex lege**, substituindo o colegiado (art. 557 e § 1º-A, CPC), como examinável na via dos embargos de divergência, ultimando-se o escopo do reexame, sem a desnaturação da finalidade do recurso, acertado que a correção do julgamento não se desvia de sua base de sustentação originária. Pois a *decisão* desafiada tem assentamento em súmula ou na jurisprudência pacificada por órgão colegiado. **Ultima ratio**, constitui singular reafirmação de julgamento firmado por colegiado.

Em contrário pensar, perderiam sentido as noticiadas inovações incorporadas pela Lei n. 9.756/1998, conformadas à tendência de serem reforçados os poderes do relator, agilizando o processo. Sem dúvidas, insurreição contra a vassalagem de imperante “colegialidade quase absoluta”, em favor do prestígio dos julgamentos singularizados (**Cândido Rangel Dinamarco**. O Relator, a Jurisprudência e os Recursos, in Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis – Lei n. 9.756/1998, Ed. Revista dos Tribunais, 1999).

Outrossim, à vista fácil, são valorizados os precedentes jurisprudenciais, cuja carga de autoridade é notória, opção *racional* para destravar os escaninhos onde dormitam os autos, permitindo ao *relator* apressar solução que, de regra, corresponderá à mesma que os tribunais comporiam, seguindo compreensão pacificada em multifários julgamentos.

Tal desiderato, no âmbito da *remessa oficial*, foi notado pelo Sr. Ministro Adhemar Maciel, votando no REsp n. 156.311-BA, textualmente:

“... o novo art. 557 do CPC tem como escopo desobstruir as pautas dos tribunais, a fim de que as ações e os recursos que realmente precisam ser julgados por órgão colegiado possam ser apreciados o quanto antes possível. Por isso, os recursos intempestivos, incabíveis, desertos e contrários à jurisprudência consolidada do tribunal de 2º grau ou nos tribunais superiores deverão ser julgados imediatamente pelo próprio relator, através de decisão singular, acarretando o tão desejado esvaziamento das pautas. Prestigiou-se, portanto, o princípio da economia processual e o princípio da celeridade processual, que norteiam o Direito Processual moderno.

Por isso, tal dispositivo merece uma exegese à luz do método de interpretação teleológica, sob pena de não cumprir a missão que o legislador lhe confiou, qual seja, liberar as pautas para as ações originárias e os recursos que tratam de questões ainda não solucionadas pelos tribunais.

Portanto, o vocábulo *recurso* inserto no art. 557 do CPC deve ser interpretado em sentido amplo, abrangendo os recursos – propriamente ditos – arrolados no artigo 496 do CPC, bem como a remessa necessária, prevista no art. 475 do CPC.” (in DJU de 16.3.1998).

Concluindo, o exímio Ministro Adhemar Maciel transcreveu lição do insigne **Eduardo J. Couture**, *verbis*:

“La tendencia de nuestro tiempo es la de aumentar los poderes del juez y disminuir el numero de recursos; es el triunfo de una justicia pronta y firme sobre la necesidad de una justicia buena pero lenta.” (Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Editora Depalma, 3ª ed., Buenos Aires, 1985, p. 349).

Confluente à sustentação lineada no pré-citado julgamento, o eminente Ministro Humberto Gomes de Barros, em voto-vista proferido no REsp n. 227.904/RS, no ponto, assinalou:

“Registro, em adendo, que o relator, quando exerce a competência outorgada pelo artigo 557 atua como órgão do tribunal. Tanto quanto os acórdãos dos colegiados, a decisão do relator, nesta circunstância, é ato do Tribunal.”

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, §§ 3º e 4º, Lei n. 8.038/1990), 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, §§ 3º e 4º, e 557, § 1º-A).

Na afluência dessas anotações, mesmo assegurada a intervenção do colegiado (arts. 545 e § 1º, e 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. Em verdade, outra vez pensando com **Eduardo Couture**, as alterações cultuam a presteza nos autos processuais: “o tempo no processamento é mais que ouro, é justiça”.

Em vista disso, reforçados os poderes do relator na evolução processual ocorrida, a comentada decisão singular serve de elo útil à uniformização da jurisprudência, não escapando do alcance dos referenciados embargos.

Ordenadas as idéias nos pontos versados, sumaria-se:

– na anterior ótica ordinária do sistema recursal, a *decisão* monocrática não serve de apoio à admissão dos *embargos de divergência*;

– após as modificações destacadas pela Lei n. 9.756/1998, a *decisão* proferida na apreciação do merecimento do recurso especial (art. 557, § 1º-A, CPC), nas vezes do colegiado originariamente competente, constituindo julgamento cancelado pela compreensão da jurisprudência pacificada, presta-se à interposição dos *embargos de divergência* (arts. 496, VIII, e 546, CPC).

Nessa planura, por certo, surgirão objeções exaltando entendimentos emergentes da visão clássica do sistema processual dos recursos. Sem a presunção de exaurir as possíveis contraditas, pela notoriedade, certamente, estas merecerão cogitação: a inexistência de julgamento colegiado, a preclusão e a unirrecorribilidade.

Pois bem; embora fortes, as titulações enunciadas não estadeam óbices intransponíveis. Com efeito, na pertença da *inexistência de julgamento colegiado*, não obstante a sua conceituação tradicional e espelhada na afirmação positivada no artigo 162, § 2º, CPC, constituída à vista das multirreferidas inovações, a dissertação objeto da respectiva análise sustenta que tem as consequências jurídicas de *acórdão*. Logo, não se trata de *falta ou inexistência* de julgamento colegiado, uma vez que se cuida de ato decorrente da competência e atividade jurisdicional atribuídas ao *relator* (art. 557 e § 1º-A, CPC). Escusado dizer que a sua *decisão* corresponde à manifestação do órgão colegiado competente. Não tem a forma do *acórdão*. No entanto, reanimando-se a memória de julgados antecedentes (magistério jurisprudencial ou súmula), substancialmente tem iguais conteúdo e eficácia. Arrematando, o *relator* passou a integrar a instância formal no plano processual civil dos recursos.

Sob a espreita da *preclusão*, basicamente, a contrariedade tem como premissa a inércia na interposição de recurso (§ 1º, art. 557, CPC). Ora, a foco de *decisão* substancialmente igual à promoção colegiada, concludente que se descogita do mencionado agravo. E, excluído, por conclusão lógica, fica sem razão invocar-se o prazo para recurso inadmissível (agravo). Dir-se-á que não pode ser desconsiderada a previsão legal. Não é isso. Tal como sustentado, o enfrentamento recursal passou a ser o mesmo compatibilizado para desafiar o *acórdão*. Com essas peias, perdeu espaço o exame adstrito ao gravame insculpido no artigo 545, CPC.

Assim pensando, desfigura-se a *preclusão* (art. 183, CPC); repita-se, porque desconsiderado dito agravo contra aquela decisão (§ 1º, art. 557, CPC).

Pelos mesmos ordenamentos do raciocínio desenvolvido, a sugestão de ofensa à regra da *unirrecorribilidade* não guarda recepção. Deveras, enraizado o *incabimento do agravo* indicado e admitidos os *embargos de divergência*, por natural afluência, sobeja a conclusão de que não se cuida da possibilidade de dois recursos simultâneos com a mesma finalidade ou de igual natureza jurídica. Mas, isto sim, à consideração da origem, forma e conteúdo da decisão, para

a finalidade perseguida, circunstanciando-se o único recurso apropriado. Nesse diapasão, não se plasma vulneração ao comentado regramento.

Agrega-se que, para a hipótese motriz das idéias alinhadas, uma vez que não se exclui promoção recursal, igualmente não teria resguardo alhear-se afronta ao *devido processo legal*. À mão de reforço, a trato de recurso especial admitido, basta recordar que as partes já formularam suas razões e contra-razões. Apenas, em vez de fixar-se órgão colegiado, para o exame qualifica-se o *relator* com competência delegada para agir como órgão do Tribunal (REsp n. 227.904-RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros). Significa que as fases processuais são igualmente cumpridas. Longe, pois, a desobediência ao “devido processo legal”.

Em suma, por livre escolha da específica lei de regência, com atividade jurisdicional ampliada, compreende-se que o *relator* somou competência para operar com a mesma amplitude do órgão colegiado, com *decisão* albergada pelos efeitos de *acórdão*, atraindo os recursos contra ele cabíveis.

Livrando-o da rama da desatenção, o raciocínio deriva de interpretação construtiva na defesa da instrumentalidade do processo, bem salientada nas inserções trazidas pela Lei n. 9.756/1998. Sem dúvidas, poderá capitalizar críticas de tomo. Porém, não fazem recuar a necessidade de escapar das idéias sacralizadas pelo tempo diferente em que foram elaboradas. Outrossim, as modificações reclamam louvores à simplificação na forma do processo e o máximo de conteúdo: é o caminho do processo moderno. Por isso, só merece aplauso a fortificação da autoridade jurisdicional do *relator* pelas guias do artigo 557 e § 1º-A, CPC.

Conquanto algemada a conclusão primacial, como consideração derivada, para completar a análise, comporta registrar que, se agravada a *decisão* (§ 1º, art. 557, CPC), surgiria a compreensão pretoriana assentando que, “...se acórdão de Turma, em agravo regimental, não dá margem a que contra ele se interponham embargos de divergência (Súmula n. 599-STF), não pode ele, também, ser invocado como padrão de confronto para demonstrar a divergência em embargos dessa natureza” (Embargos no Ag n. 84.121-DF, rel. Min. Néri da Silveira, *in* RTJ 108/604 e Embargos no RE n. 110.347-RS, rel. Min. Moreira Alves, *in* RTJ 145/884; Embargos no Ag n. 86.828-RJ, rel. Min. Néri da Silveira, *in* RTJ 107/1.007). Nesse sentido, versando o assunto, merece referência o REsp n. 51.820-3-SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro.

No entanto, é preciso lembrar que a interpretação inspiradora dos precedentes explicitados formou-se *antes das inovações examinadas*, via de consequência, não refletindo o pensamento do colegiado, não servindo para atacar *acórdão*. Porém, como visto, presentemente, a realidade é outra: o *relator* atua como órgão fracionário do Tribunal, decidindo com supedâneo nas iterativas manifestações colegiadas ou nas súmulas.

Nas vagas dessa argumentação, se prevalecente a idéia de que a decisão é agravável (§ 1º, art. 557, CPC), contra acórdão constituído no julgamento de agravo motivado por decisão do relator (artigo 557, § 1º-A, CPC), por intuição lógica, ganhará espaço a conclusão de que caberão os embargos de divergência. De conseguinte, esmaecida a aplicação linear da Súmula n. 599-STF.

Encerrada a prosa expositiva, apesar de reconhecer a significância das alegações possíveis, estimulado pelas louvadas alterações, preparando atividades processuais de pronto resultado, sem prevenção ou comodismo, estorvos à construção de vias afinadas com os propósitos de eficiência, ajustando-se os predicamentos da lei à realidade, continuo convencido da possibilidade da abertura de novos caminhos.

A estilo de escrita assegurativa de proposições inéditas, por esses lanços sintetiza-se: fustigando a “colegialidade absoluta”, os novos poderes do relator concentrados na decisão balizada pelo artigo 557 e § 1º-A, CPC, constitui ato de jurisdição excepcional sujeito à interposição dos embargos de divergência. Em última dedução, se admitido somente o agravo (§ 1º, art. 557, CPC), o conseqüente acórdão é que atrairá aqueles embargos, rompendo-se o óbice da Súmula n. 599-STF.



MIGALHAS DE PESO

PUBLICIDADE

Os embargos de divergência no STJ segundo o novo CPC (com as alterações da lei 13.256/16)

Osmar Mendes Paixão Côrtes

Os embargos de divergência são previstos na nossa legislação desde o CPC de 1939, e continuam previstos na legislação com grande e importante papel.

quarta-feira, 8 de junho de 2016



I. Origem

Os embargos de divergência são previstos na nossa legislação desde o [CPC de 1939](#), que dispunha, no art. 833, com a redação dada pela [lei 623](#), de 1949, serem embargáveis, no STF, "as decisões das turmas, quando diverjam entre si, ou de decisão tomada pelo tribunal pleno".

A inspiração dos embargos, sem dúvida, veio da legislação portuguesa, muito rica historicamente em recursos fundados em divergência jurisprudencial.

A intenção do recurso é a de resolver o problema, interno do tribunal, de dissenso pretoriano. Da mesma forma que há recursos que objetivam levar a um tribunal hierarquicamente superior uma questão a ser pacificada (com relação à qual existe divergência de interpretação nas Cortes inferiores), os embargos de divergência servem para que o tribunal, internamente, uniformize a sua interpretação.

Nada mais lógico que o tribunal a quem incumbe dar a última palavra sobre a legislação federal infraconstitucional tenha um mecanismo de resolver o seu problema interno de uniformidade interpretativa.

Se órgãos colegiados fracionários do STJ interpretam determinada norma em sentido distinto, essencial haver a previsão de resolução do impasse interpretativo por um órgão colegiado interno que seja, para esse fim, hierarquicamente superior.

Daí a existência atual dos embargos de divergência, que levam, no caso do Superior Tribunal de Justiça, para as Seções ou para a Corte Especial questões sobre as quais ainda divergem os órgãos fracionários dos Tribunais para serem definitivamente pacificadas.

O uso dos embargos, todavia, já foi maior. Isso porque, hoje, com a preocupação de os tribunais definirem logo questões relevantes (seja afetando ao rito repetitivo ou não) tem sido comum a afetação de determinados recursos que deveriam ser julgados por órgãos fracionários inferiores para julgamento imediato pelos órgãos superiores. Dessa forma, havendo a decisão de plano pelo colegiado responsável por pacificar internamente a divergência, os órgãos fracionários inferiores ficam condicionados a obedecer a diretriz traçada no *leading case*.

E essa tendência, com a adoção pelo novo CPC do incidente de assunção de competência (artigo 947) tende a se firmar e até a aumentar. Isso porque, pelo novo incidente, será possível a afetação de casos importantes a colegiados superiores, que os decidirão com eficácia erga omnes e efeito vinculante - a tese fixada vinculará casos futuros.

De qualquer forma, os embargos de divergência continuam previstos na legislação e continuam tendo grande e importante papel.

O novo CPC cuida dos embargos de divergência nos artigos 1.043 e 1.044 e a regulamentação é muito mais detalhada do que a do CPC de 1973.

II. Cabimento

O recurso é cabível contra decisões colegiadas em recursos extraordinários e em recursos especiais. Não é cabível, portanto, contra decisões tomadas em autos de agravos, na linha da tendência jurisprudencial firmada já à luz do CPC de 1973¹. Também não é cabível contra decisões monocráticas e em casos de competência originária do Tribunal (já que o inciso IV do artigo 1.043 do novo CPC foi revogado pela lei 13.256/16)

Pela redação original do novo CPC, pouco importaria se a divergência fosse quanto ao mérito ou quanto a questões processuais relativas à admissibilidade recursal. A lei 13.256/16, todavia, revogou o inciso II do artigo 1.043, de forma que a divergência deve ser, hoje, na linha da jurisprudência firmada à luz da legislação de 1973, de mérito.

Interessante, contudo, que o legislador preocupou-se em especificar que mesmo decisões de não conhecimento de recurso podem ser cotejadas com outras de mérito. Isso porque, notadamente nos casos de não conhecimento por ausência de violação legal (constitucional ou infraconstitucional), pode haver sido apreciado o mérito da controvérsia.

A divergência pode ser entre julgados de qualquer outro órgão do tribunal - turma, sessão, Corte Especial ou pleno, no caso do STJ, e turma ou pleno no caso do STF.

No caso do STJ, onde há órgãos com competências materiais diversas, de se ressaltar que podem ser cotejadas decisões ainda que as competências dos órgãos julgadores sejam distintas. Não pode ser, todavia, entre um acórdão e uma decisão monocrática (até porque a decisão monocrática é proferida por delegação e pode ser reformada pelo colegiado).

A divergência autorizadora dos embargos pela nova legislação é tão ampla que o recurso é cabível mesmo que o acórdão paradigma (base da divergência) seja da mesma Turma que proferiu a decisão embargada, desde que a composição tenha sofrido alteração substancial (em mais da metade dos seus membros), já que o colegiado que proferiu uma e outra decisão não pode mais ser visto como o mesmo. A divergência entre o acórdão a ser objeto dos embargos e o paradigma (com o qual será feito o cotejo, a comparação) não basta ser alegada, devendo ser comprovada. Isso para que seja possível a verificação pelo órgão julgador da existência da divergência.

O §4º do artigo 1.043 do novo CPC, nessa linha, especifica que a comprovação deve ser feita pelo recorrente-embargante com a juntada de certidão comprobatória da fonte de publicação, citação ou cópia de repositório oficial (Diário da Justiça ou Oficial do Estado, por exemplo), citação ou cópia de repositório credenciado de jurisprudência (reconhecido e aceito pelo respectivo tribunal) ou com a reprodução do inteiro teor do julgado disponível na rede mundial de computadores (com a referência expressa à fonte - endereço eletrônico completo de onde ocorreu a publicação).

Se a citação for de repositório oficial onde apenas tenha sido publicada a ementa do julgado paradigma, a verificação da divergência deve ser possível ser feita pelo conteúdo da própria ementa. Por outro lado, se juntado ou reproduzido o inteiro teor do julgado paradigma, a divergência pode estar na fundamentação da decisão.

Ademais, os casos cotejados (paradigma e recorrido) devem ter partido das mesmas premissas - as teses devem ter sido construídas a partir das mesmas circunstâncias fáticas e jurídicas. Acórdãos que não tenham partido das mesmas premissas não podem ser cotejados, já que o objetivo do recurso é pacificar a jurisprudência interna das Cortes.

Outra exigência que deve ser cumprida pelo embargante é a realização do chamado cotejo analítico. Não basta que seja apontado que um acórdão divergiu de outro, devendo ser desenvolvida argumentação demonstrativa da similitude dos casos e dos entendimentos em sentido opostos.

III. Procedimento

O novo CPC (artigo 1.044) delega ao Regimento Interno do STJ a regulação do procedimento dos embargos de divergência que hoje é tratada nos artigos 266 e seguintes.

O recurso é cabível contra decisão de turma, em recurso especial, que divergir de

decisão de outra turma, de seção ou da Corte Especial.

A intenção é, como já destacado, a de pacificar internamente divergências entre os órgãos colegiados.

Contra decisões monocráticas não cabem embargos de divergência, que tem o prazo de quinze dias. Também não são cabíveis embargos contra decisões proferidas em agravos (nem internos), até por conta da dicção clara do artigo 1.043 do novo CPC.

O STJ, na linha da novel legislação, exige a comprovação da divergência pela juntada de certidão ou cópia autenticada do aresto paradigma (que servirá para demonstrar a divergência), ou mediante citação do repositório autorizado, com a transcrição dos trechos que mostrem o dissídio e feito o cotejo analítico. Recente atualização do RI autoriza, inclusive, a indicação de fonte da internet (§ 4º, artigo 266).

A citação do repositório autorizado só se faz necessária quando não é juntada cópia da decisão paradigma da qual divergiu a decisão a ser embargada. Ademais, se citada a fonte oficial (Diário da Justiça ou Diário Oficial do Estado) e o cotejo for com a ementa da decisão (que é o que é publicado no Diário), desnecessário cogitar da citação de repositório autorizado.

O cotejo analítico é o que mais tem preocupado os que interpõem embargos de divergência. Isso porque o STJ é rígido no exame da argumentação de quem recorre considerando a justificativa da existência de uma divergência.

Nesse sentido, o Regimento Interno, na linha da nova legislação processual, é claro ao exigir o cotejo analítico. Não basta, assim, referir a decisão da qual divergiu a embargada. É necessária a explicitação do porquê de uma decisão haver divergido da outra, analiticamente. E a divergência deve, ainda, abranger todos os fundamentos do acórdão recorrido.

O curioso é que há decisões que não admitem a divergência com Súmula,² ao fundamento de que nem o recurso especial caberia nesse caso. Discordamos deste entendimento, considerando que os embargos, justamente por terem a função uniformizadora, deveriam se prestar para fazer valer a jurisprudência sumulada.

E os embargos não cabem se a decisão recorrida estiver em conformidade com a jurisprudência já pacificada do tribunal,³ justamente porque a função do recurso é a de pacificar a divergência entre os órgãos fracionários, impondo o respeito à decisão dos órgãos internos superiores (Seções ou Corte Especial). Já existindo jurisprudência pacífica, inócuos seriam os embargos de divergência.

Os embargos são cabíveis para a Seção correspondente ao qual se vinculam as Turmas se a decisão embargada divergir de decisão da outra Turma vinculada à mesma Seção (exemplo: 1ª e 2ª turmas - competência da 1ª seção). E, também, se a decisão de uma Turma divergir de decisão de Seção à qual se vincula a turma.

Se a decisão embargada divergir de decisão de turma vinculada a outra seção ou de decisão de outra Seção ou da Corte Especial, a competência para os embargos será da

Corte Especial.

Com prazo de quinze dias e dependente de preparo, o recurso deve ser dirigido ao Presidente da Seção ou da Corte Especial (dependendo da competência). Distribuído a um relator, os autos irão conclusos para o exercício do juízo de admissibilidade.

O novo CPC acabou com o duplo juízo de admissibilidade na apelação, mas manteve expressamente (lei 13.256/16) para os recursos extraordinário e especial. Não tratou, por outro lado, do duplo juízo nos embargos. Como delega a regulação do procedimento ao Regimento Interno do tribunal, todavia, o juízo de admissibilidade dos embargos continua sendo duplo - feito pelo relator (que pode admiti-los ou não) e pelo colegiado (que pode conhecer ou não do recurso - reputando existente ou não a divergência).

Admitidos os embargos, os autos serão encaminhados para que a secretaria abra vista ao embargado para impugnação.

Na admissibilidade dos embargos, o relator observará os requisitos extrínsecos (regularidade formal, preparo e prazo) e os intrínsecos (quanto ao cabimento, à realização do cotejo analítico e à ocorrência de divergência atual).

Após a impugnação, os autos deverão ser levados a julgamento no colegiado, dependendo da designação de pauta, nos termos do artigo 267, parágrafo único do CPC.

O colegiado, então, reexaminará novamente os requisitos de admissibilidade - extrínsecos e intrínsecos - não ficando vinculado ao exercício primeiro feito pelo relator. Pode, então, o colegiado, conhecer ou não do recurso. Se conhecer, reconhecendo a existência de divergência atual, dará ou não provimento ao recurso (fazendo valer a tese da decisão embargada ou da paradigma).

Se os embargos não forem admitidos pelo relator (quando intempestivos, contrariarem súmula do tribunal ou não comprovada a divergência jurisprudencial), cabível agravo regimental para o colegiado, que independe de pauta (pode ser levado em mesa a qualquer tempo). Ao julgar o agravo, não sendo caso de desprovimento, o colegiado poderá desde logo julgar o recurso principal (embargos indeferidos pelo relator) ou apenas mandar processar os embargos para melhor julgamento.

Pode ocorrer de ser necessária a dupla interposição de recurso de uma decisão de Turma - embargos de divergência e recurso extraordinário. Se a decisão turmária incorrer em violação a dispositivo constitucional e, simultaneamente, divergir de outra decisão de outra turma, seção ou Corte Especial, o recurso extraordinário deve ser veiculado simultaneamente com os embargos de divergência (já que a violação surgiu na decisão da turma). O extraordinário ficará, então, sobrestado aguardando a decisão sobre os embargos.

Aliás, nesse ponto, vale destacar a preocupação do novo CPC no artigo 1.044⁴.

Se os embargos forem desprovidos ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior, aproveita-se o recurso extraordinário já interposto (não sendo necessária sua

ratificação), pois não houve alteração do julgado anterior (tornando sem objeto o primeiro recurso extraordinário interposto). Por outro lado, se houver a reforma da decisão primeira (objeto dos embargos), o recurso extraordinário interposto perde o objeto e outro deve ser interposto.

IV. Efeito

Não há efeito suspensivo nos embargos de divergência, o que pode ser obtido por petição dirigida ao relator. O efeito dos embargos, além do natural de obstar a formação da coisa julgada, é o devolutivo (no limite do seu cabimento).

À luz do CPC de 1973 admitia-se eventualmente cautelares inominadas incidentais ao recurso de embargos para se obter efeito suspensivo (e em tese até ativo). A legislação atual desburocratizou a obtenção de efeito suspensivo, consoante já anotado anteriormente nos comentários aos outros recursos.

Muito embora não haja previsão específica de concessão de efeito suspensivo por mera petição no que toca aos embargos, aplica-se a regra geral (prevista no artigo 995, parágrafo único, do novo CPC) de possibilidade de atribuição pelo relator se demonstrado que da imediata produção de efeitos da decisão recorrida "houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso".

1 Por exemplo, a súmula 599 do STF prevê que "são incabíveis embargos de divergência de decisão de Turma em agravo regimental".

2 EREsp. DIVERGÊNCIA. SÚMULA.

Não são cabíveis EREsp quando o que se alega é a divergência entre súmula e acórdão de Turma deste Superior Tribunal (art. 546, I, do CPC e art. 266 do RISTJ). Sequer é autorizado o recurso especial pela letra "c" quando se alega dissídio jurisprudencial com súmula. Precedentes citados: REsp 338.474-PE, DJ, 30.06.2004, e REsp 185.805-SP, DJ, 22.02.1999. AgRg no EREsp 180.792-PE. Rel. Min. Franciulli Netto. julgado em 03.08.2005.

3 Súmula nº 168 do STJ: "Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado."

4 "Art. 1.044. No recurso de embargos de divergência, será observado o procedimento estabelecido no regimento interno do respectivo tribunal superior.

§ 1º A interposição de embargos de divergência no Superior Tribunal de Justiça interrompe o prazo para interposição de recurso extraordinário por qualquer das partes.

§ 2º Se os embargos de divergência forem desprovidos ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior, o recurso extraordinário interposto pela outra parte antes da publicação do julgamento dos embargos de divergência será processado e julgado independentemente de ratificação."

*Osmar Mendes Paixão Côrtes é advogado em Paixão Côrtes e Advogados

Associados. Doutor em Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito pela UnB. Secretário-geral-adjunto do IBDP.



Atualizado em: 8/6/2016 11:35



EDITORIAS

Colunas

Eventos

Mercado de Trabalho

Migalhas Amanhecidas

Migalhas de Peso

Migalhas dos Leitores

Migalhas Quentes

Pílulas

TV Migalhas

SERVIÇOS

Autores

Autores VIP

Catálogo de Escritórios

Correspondentes

Eventos Migalhas

Livraria

Precatórios

Webinar

ESPECIAIS

#covid19

dr. Pintassilgo

Lula Fala

Vazamentos Lava Jato

MIGALHEIRO

Central do Migalheiro

Fale Conosco

Apoiadores

Fomentadores

Perguntas Frequentes

Termos de Uso

Quem Somos

Arquivo

MIGALHAS NAS REDES



ISSN 1983-392X

Considerações sobre os Embargos de Divergência



1. Breve Histórico

O aparecimento dos embargos de divergência tem como fator determinante o problema resultante da divisão do STF em turmas^[1].

O recurso surgiu devido à preocupação de existir o mecanismo capaz de conferir as decisões proferidas por uma turma do STF reflitam, sempre que possível, o posicionamento do próprio Tribunal, e, não somente, o entendimento de apenas uma das suas turmas.

Tal problemática sempre exprimiu especial relevo no âmbito dos tribunais superiores, cuja finalidade precípua é exatamente, preservar a correta, harmoniosa interpretação da norma.

Segundo Araken Assis afirma que o fiel desempenho da ingrata tarefa atribuída aos Tribunais Superiores pressupõe a condição de eles próprios uniformizarem a respectiva jurisprudência.

Na medida em que se fez a divisão interna^[2] dos tribunais, também se fez indispensável à criação de filtros que evidenciem o real posicionamento e interpretação daquele Tribunal quando for manifestada a divergência entre os entendimentos de suas turmas.

O nascedouro dos embargos de divergência, segundo preponderante corrente situa-se no direito português, sem que se encontre similar em legislação alienígena, conforme recorda José Frederico Marques, e ainda de acordo com a citação feita por Harold Pabst, constante no verbete "Embargos de Divergência" em Digesto do Processo, Vol.2, Forense, 1982. Frederico Marques, aliás, lastreado em Cândido de Oliveira Filho alude *in litteris*: “A irregularidade da organização judiciária da Monarquia portuguesa, bem como nas dificuldades das apelações, introduziram o costume de se pedir aos juízes a reconsideração de sua própria sentença, e senão para revogá-las, ao menos para modificá-las ou

declará-las, deduzindo as partes as razões em que para isto se fundavam. É esta a origem dos embargos à sentença — recursos que geralmente tende a obter do juiz prolator da sentença que ele mesmo a declare, quando é obscura, contraditória, omissa ou ambígua (embargos de declaração), a modifique em sua extensão ou em algum ponto ocidental (embargos ofensivos)´´.

A origem dos embargos de divergência em nosso ordenamento jurídico recursal está presente na Lei 623, de 1949, que acrescentou ao artigo 833 do Código de Processo Civil de 1939, o parágrafo único, a saber: "Além de outros casos admitidos em lei, são embargáveis, no Supremo Tribunal Federal, as decisões das Turmas, quando diverjam entre si, ou de decisão tomada pelo Tribunal Pleno".

No seu contexto histórico tais embargos surgiram vinculados ao recurso de revista no art. 853 do CPC/1939, *in verbis*:

"Conceder-se-á recurso de revista nos casos em que divergem, em suas decisões finais, duas ou mais Câmaras, turmas ou grupo de Câmaras, entre si, quanto ao modo de interpretar o direito em tese. Nos demais 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. Parágrafo único. Além de outros casos admitidos em lei, são

embargáveis no STF, as decisões das Turmas, quando diverjam, entre si, ou de decisão tomada pelo Tribunal Pleno".

O STF, todavia, não acatou o entendimento de que era cabível o recurso de revista naquela Corte. E, salientou J. C. Barbosa Moreira que se invocava, em favor do Excelso Pretório que o citado art. 853 fazia referência expressa às "Câmaras Cíveis Reunidas" e, por isso, teria aplicação restrita aos tribunais estaduais, únicos em que esse órgão existiu. "São conhecidas as posições em contrário dos Ministros Castro Nunes de Filadelfo Azevedo^[3] que foram, no entanto, insuficientes para mudar o entendimento e a orientação predominante naquela Corte."

A introdução do parágrafo único no art. 833 do CPC/1939, segundo recorda Harold Pabst, provocou reação dos processualistas, com destaque para a manifestação de Alcides de Mendonça Lima, a saber: "Temos, agora, uma anormalidade, uma excrescência, uma situação teratológica, pois mais lógico e mais técnico seria adicionar o parágrafo ao art. 853, que rege os casos de recurso de revista (...). De qualquer forma, em que pese à redução da Lei n. 623, em que prevaleça o seu enunciado, em que predomine o lugar destinado ao dispositivo criado, desde sua vigência passou a existir, no STF, o recurso de revista, pois o objetivo, o conteúdo, as características desse remédio

absorvem o rótulo inexpressivo de um recurso de embargos, em caso que lhe é estranho e impróprio".

Convém recordar que os embargos de divergência no Direito Processual Civil português são previstos no art. 763 do Código de Processo Civil de Portugal, com o teor seguinte:

Artigo 763 (Fundamento do Recurso).

1. Se, no domínio da mesma legislação, o Supremo Tribunal de Justiça proferir dois acórdãos que, relativamente à mesma questão fundamental de direito, assentem sobre soluções opostas, pode recorrer-se para o Tribunal Pleno de acórdão proferido em último lugar.
2. Os acórdãos consideram-se preteridos no domínio da mesma legislação sempre que, durante o intervalo de sua publicação não tenha sido introduzido qualquer modificação legislativa que interfira, direta ou indiretamente, na resolução de questão de direito controvertida.
3. Os acórdãos opostos hão de ser proferidos em processos diferentes ou em incidentes diferentes do mesmo processo: “neste último caso, porém, se o primeiro acórdão constituir caso julgado para as partes, o recurso não é admissível, devendo observar-se o disposto no artigo 675”.

Conclui-se a solução encontrada pelo legislador para sanar essa dúvida foi a de acrescentar por meio da Lei 623, de 19.1.1949, o parágrafo único do art. 833, o qual ficou 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. Estava plantada a semente do que a prática convencionou a chamar, desde então, de "embargos de divergência".

Todavia, nem o Anteprojeto Buzaid e nem mesmo o projeto definitivo contemplavam o recurso, ora em comento, apenas o Regimento Interno do STF então vigente, em seu capítulo XII-A, de 28.8.1963 trazia a referida previsão, tendo sido necessária a apresentação de emenda ao projeto já no Senado Federal (art. 546. parágrafo único do CPC/1973).

Então para dar guarida à regra nova do CPC/1973, o STF modificou seu Regimento Interno em 01.12.1980, passando então a prever, no art. 330 que "cabem os embargos de divergência à decisão de Turma que, em recurso extraordinário ou em agravo de instrumento, divergir de julgado de outra Turma ou Plenário, na interpretação do direito federal."

Com a promulgação da Constituição Federal Brasileira de 1988 e a repartição de competência do STF e o STJ, coube a este, a função precípua de unificar o direito federal, razão pela qual nova lei precisou ser editada para disciplinar o processamento dos recursos excepcionais.

Em 28.5.1990, o art. 44 da Lei 8.038 acabou por revogar o art. 546 do CPC de 1973, considerando em seu art. 29, que 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.

Desta forma, restou pacificada a possibilidade da interposição desse recurso no âmbito do STJ, apesar de a lei ter deixado de se referir aos recursos de competência do referido tribunal (embora que nessa época, esse tribunal tenha considerado que, à ausência de previsão legal), seu Regimento Interno supriria tal omissão, em que pese à ofensa à taxatividade, já que como dito, ao regimento não é dado o poder de criar espécies recursais.

Em linhas gerais a configuração conceitual dos embargos de divergência passou a ser meio peculiar de impugnar decisão proferida por uma das Turmas do STJ ou do STF^[4].

Essa peculiaridade ganhou destaque em razão de pacificação jurisprudencial que exerce os, embargos de divergência. Esse objetivo dos embargos foi bem registrado por José Saraiva, na obra de sua autoria Recurso Especial e o STJ, publicada pela Editora Saraiva, em 2002.

A função principal do STJ é garantir à seriedade e o cumprimento do direito federal, uniformizando a jurisprudência conflitante nos Tribunais de segundo grau. Tal mister não pode ser alcançado caso os órgãos internos daquela Corte interpretem e apliquem as normas federais de maneira divergente".

O Ministro Humberto Gomes de Barros^[5], ao relator os Embargos de Divergência no Recurso Especial 222 524-MA, deixou anotado que "Os embargos de divergência foram concebidos no fim de preservar mais que o interesse tópico de cada um dos litigantes, principalmente a necessidade de que o Tribunal mantenha coerência entre seus julgados".

È evidente que os órgãos fracionários desses tribunais, ao julgarem questões idênticas ou similares, podem chegar a resultados distintos. Isso, porém, não é bom para a sociedade, que precisa de segurança jurídica.

Com efeito, uma importante função do STJ, que deflui da interpretação do texto constitucional, é a de unificar o direito federal. Ser o próprio STJ,

por meio de seus órgãos fracionários tiver interpretações distintas a respeito de questões de direito federal, essa função não restará sendo adequadamente cumprida. O mesmo se cogita do STF, ao julgar a matéria constitucional.

No histórico cumpre lembrar que no art. 55 da Constituição brasileira de 1891 prevaleceria o entendimento de que o STF era o órgão uno, não devendo ser fracionado e nem dividido. Portanto, a existência de Turmas equivaleria em criar, assim dois ou mais órgãos, quebrando a unidade do Pretório Excelso.

Assim, pesando sobre a interpretação do texto constitucional, veio a Constituição Federal de 1934, ciente da divergência acabou por admitir expressamente a divisão do STF em Câmaras ou Turmas.

A Constituição de 1937, por sua vez, nada prescreveu sobre a divisão do STF. Pois dias após sua publicação, fora editado o Decreto-Lei 06 (de 16.11. 1937) instituindo os moldes que vigiam na Constituição Brasileira de 1934, prevendo a possível divisão do STF em Câmaras e Turmas.

Na Constituição brasileira de 1946 não constou o dispositivo sobre a divisão do STF. Desta forma, decidiu-se contrariamente a divisão do Supremo em Turmas.

O motivo para tanto derivou da função precípua do STF, guardião que interpreta e aplica o texto constitucional que a norma máxima federal com múltiplos reflexos na ordem jurídica.

Entendeu-se que resultaria em verdadeiro desprestígio para justiça e para o direito positivo com as possíveis divergências de interpretação entre as turmas. É realmente necessário haver a manutenção da unidade constitucional do STF, com a expressão de um único entendimento.

Alcides de Mendonça Lima^[6] declarou-se, na época, favorável ao fracionamento da Suprema Corte brasileira, mas desde que preenchidos os três requisitos, a saber:

- a) permissão constitucional;
- b) proposta do próprio STF;
- c) lei ordinária regulando a matéria e autorizando o uso do recurso de revista nos mesmos casos em que se concedia este remédio nos Tribunais inferiores.

Sem a possibilidade deste recurso, a divisão implicará em criar dois ou mais Supremos, rompendo-se, completamente sua unidade constitucional como órgão máximo do Judiciário.

Mesmo assim, o STF manteve, em sua organização interna, a divisão em turmas. E, tal fracionamento imperava por força da autoridade em que pese escrachada inconstitucionalidade.

Como de tal fato, veio a doutrina defender o cabimento do recurso de revista (art. 853 do CPC/1973) no âmbito do STF justamente permite as divergências jurisprudenciais entre suas turmas, conforme adotado pelos Tribunais Estaduais.

O STF não aceitou tal entendimento e, ante a divergência instaurada e a Lei 623 de 19.02.1949 que acrescentou um parágrafo único do art. 823 CPC/1973 que previa os outros casos embargáveis no STF.

Relevante pontuar que os embargos no CPC de 1939 que se referia aos Embargos de Nulidade e Infringentes do Julgado, nos suprimidos embargos infringentes.

E, com tal acréscimo do Título “Dos Embargos”, o CPC da época passou a prever quatro espécies recursais de embargos, a saber:

a) Embargos de nulidade e infringentes do julgado quando não for unânime o acórdão que, em grau de apelação, houver reformado a sentença;

b) Embargos de nulidade e infringentes do julgado contra as sentenças de primeira instância proferidas em ações de valor igual ou inferior a dois contos de réis

Nesse caso o recurso era julgado pelo próprio juiz prolator da sentença recorrida que o acolhia, reformando a sentença, ou o rejeitava;

c) Embargos de declaração, nas hipóteses de obscuridade, omissão ou contradição (art. 840);

d) Os novos (mas nem tanto) Embargos de Divergência cabíveis somente no âmbito do STF das decisões de Turmas quando diverjam entre si ou de decisão tomada e proferida pelo Tribunal Pleno.

A Constituição Federal brasileira de 1967 ainda legitimar o fracionamento do STF em Turmas conforme seu artigo 115. Já o CPC de 1973 tal recurso não constava do Anteprojeto Buzaid e nem no Projeto definitivo surgindo apenas por emenda no Senado Federal que acrescentou o parágrafo único ao art. 546 do CPC/1973.

Com a promulgação da Constituição Cidadã, em 1988, e, especialmente com a criação do STJ, foi editada a Lei 8.038/1990 que implementou sob essa ótica, duas alterações relevantes, a saber: revogou todos os dispositivos que dispunham a

respeito do recurso extraordinário, com a revogação do art. 546, e, disciplinou no art. 29 o cabimento dos embargos de divergência no STJ.

Há o cabimento dos embargos de divergência em sede recurso extraordinário, o STF considerou sua existência com suporte em seu regimento interno.

Mais tarde, com a Lei 8.950/1994 uma das cinco leis que compôs a primeira etapa da reforma do CPC/1973 em termos expressos, se previu os embargos de divergência em recurso especial, no STJ e em recurso extraordinário no STF.

O primaz objetivo do STF e do STJ ao julgar os recursos excepcionais é proporcionar à norma constitucional e infraconstitucional uma aplicação que seja correta e, sobretudo, uniforme em todo o país, tudo em respeito à segurança jurídica.

Contudo, a divergência jurisprudencial é mesmo inevitável dentre os diversos órgãos da jurisdição de um mesmo país, ainda mais tendo em vista suas dimensões continentais providas de significativa diversidade cultural.

Devem os Tribunais cumprir a nobre missão de conferir, ao ordenamento jurídico, entendimento que seja mais uniforme que possível. No primeiro

momento, tal tarefa é cumprida pelas Cortes estaduais, as quais se tem acesso por meio de diversos recursos ordinários.

Mas, no entanto, é nos Tribunais Superiores onde se exerce o relevante papel em prol da uniformidade de interpretação da Constituição Federal e da Lei Federal para que sirva para todo país. Por isso, que os recursos excepcionais visam imediatamente, resguardar não o direito subjetivo do recorrente, mas a inteireza positivada do direito objetivo.

O verdadeiro escopo dos embargos de divergência é para o recorrente obter uma resposta à sua pretensão recursal lastreada no entendimento do Tribunal como um todo e não somente de um de seus órgãos fracionários.

Porém, a razão primeira desses embargos não é a uniformização jurisprudencial dos Tribunais Superiores, mas que a decisão seja representante do entendimento do Tribunal.

O referido recurso tem como *ratio decidendi* ou *essendi* o evidenciar da real interpretação do Tribunal a respeito de certa questão jurídica. Os embargos de divergência não comprometem a alardeada celeridade processual ou a duração razoável do processo.

Posto que tais embargos não possuam o efeito suspensivo não sendo hábeis a interferir na eficácia do acórdão embargado, não oferecendo prejuízo de eficiência do processo.

Convém indicar que os referidos embargos são de fundamentação livre e não vinculada.

Seu juízo de admissibilidade implica na simples existência da divergência de entendimentos entre o acórdão embargado e outro emanado do mesmo Tribunal. Não se exige um vício específico de que deva padecer o acórdão^[7].

A questão jurídica constante da divergência de interpretação havida entre os acórdãos (e embargado e o paradigma) não possui limitação de parâmetro.

O mérito dos embargos de divergência, portanto, compreenderá, em derradeira análise a extirpação da controvérsia existente entre os acórdãos.

Caso se reconheça que o acórdão paradigma trouxe o entendimento correto, tendo feito de forma adequada à subsunção do fato à norma, então, automaticamente, padece de *error in judicando*, o acórdão embargado e, por isso, deve ser reformado.

Já, por outro lado, caso se entenda que o acórdão paradigma incluiu o entendimento incorreto, deve-se negar provimentos aos embargos de divergência já que não padece o acórdão embargado de qualquer vício.

O objeto de discussão dos embargos de divergência não é limitado pela lei. O simples fato de necessitar de um acórdão paradigma proferido em sentido oposto para o seu cabimento, não significa que exista vinculação quanto à questão jurídica a ser decidida.

Portanto, será preciso para o seu provimento ou não (juízo de mérito) a análise da correção ou da incorreção na interpretação dada à questão jurídica do acórdão embargado.

Assim no primeiro momento, juízo de admissibilidade, verifica-se se existe a divergência, existindo o juízo de mérito recai no acerto ou desacerto da aplicação da norma ao caso concreto.

Apesar da grande semelhança existente entre o recurso especial fundado na divergência jurisprudencial e os embargos de divergência possuem tais recursos, objetivos completamente diferentes.

Porque, o art. 105, III da CFRB/1988 não aumenta o espectro do recurso especial, mas tão somente, facilitar seu julgamento por ser a

divergência determinada objetivamente.

Importante esclarecer ainda *ab initio* que o STJ que é composto de seis turmas com competências distintas estabelecidas em razão da matéria, além de três seções e um órgão intitulado Corte Especial.

A Primeira Seção reúne a primeira e a segunda turmas, a segunda seção reúne a terceira e quarta turmas e a terceira seção, por fim, de quinta e sexta turmas.

Por sua vez, o STF é composto de duas Turmas com competência concorrente, além do Plenário. Com relação à expressão “decisão de Turma” surge a controvérsia, questionando-se se é cabível o cabimento dos embargos em face de decisão monocrática?

O Ministro do STJ Milton Luiz Pereira responde positivamente, pois a decisão do relator no julgamento do recurso excepcional equivaleria àquela proferida pela turma.

Lembremos que os recursos especiais e extraordinários são julgados em idêntica profundidade e autoridade seja monocraticamente ou pelo colegiado.

Ocorre que no STJ não prevalece tal entendimento. Em que pese a aludida equivalência das decisões do relator às da Turma

julgadora em sede de recurso especial, não se pode esquecer que, sendo os embargos de divergência em recurso estrito direito (excepcional) é imprescindível para seu cabimento, que sejam esgotados todos os recursos existentes e à disposição das partes.

Sendo cabível agravo interno contra a decisão de relator deve a parte primeiramente fazer uso do mesmo e, somente, após seu julgamento, contra a decisão colegiada, opor os embargos da divergência.

Surge o questionamento se seria possível o cabimento de embargos de divergência contra o acórdão proferido em sede de agravo interno (regimental). Ou, contrariamente, devem ser interpretados literalmente os incisos I e II do art. 546 do CPC/1973 que delimitam o cabimento contra decisão de Turma em recurso especial, ou em recurso extraordinário.

O referido questionamento fora analisado pelo STF que em 1976 editou a Súmula 599 esclarecendo não serem cabíveis os embargos de divergência de decisão de Turma em agravo regimental.

Isso devido o agravo regimental^[8] ter cabimento restrito na lei as decisões monocráticas proferidas em sede de agravo de instrumento contra decisão denegatória de admissibilidade de recurso extraordinário.

A matéria, todavia, objeto de discussão do 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 extraordinário.

A matéria, todavia, o 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 extraordinário.

Do mesmo modo, o STF em sua competência original, passou a adotar idêntico posicionamento, inadmitindo os embargos contra os acórdãos oriundos de agravo regimental.

Realmente era impensável o uso de embargos contra a decisão em agravo regimental. Ademais, frise-se que o julgamento do agravo de instrumento contra decisão denegatória sempre que for de sua competência isolada do relator. Não Há julgamento do colegiado na espécie.

Desta forma, é o relator que conhece ou não do agravo de instrumento e, admitindo-o vem a negar-lhe ou dar-lhe provimento. E, nesta hipótese, determina a subida do recurso extraordinário.

Cumpra registrar que recentemente, o agravo de instrumento da decisão denegatória foi transformado em “agravo nos próprios autos”^[9]. Vide a Lei 12.322/2010.

Tal modificação em nada interfere com a construção jurisprudencial dos Tribunais Superiores a respeito do cabimento dos embargos de divergência, já se limitou a dispensar a formação do instrumento, em razão da subida dos autos do processo.

Quando então o STJ diante da alteração processual e, em particular, a ampliação dos poderes dos relatores, reconheceu a necessidade de abrandamento da aplicação da Súmula 599 do STF. Exemplificação é o acórdão EREsp 133.451/SP, Primeira Seção, j.10.04.2000, Rel. Min. Eliana Calmon.

Em seu voto, a referida relatora faz retrospectivo histórico de mudanças do CPC e, em particular, pela reforma propiciada pelas Leis 9.139/95 e 9.716/1988.

Convém recordar que com tais diplomas legais que ampliaram os poderes de relator também nos Tribunais Superiores, permitindo que o mesmo possa julgar o mérito do recurso especial, quando em sua apreciação (art. 557 CPC) ou quando, do julgamento do agravo nos próprios autos contra a decisão denegatória (art. 544, § 4º CPC/1973).

Mas cumpre distinguir se o agravo regimental aprecia o mérito do recurso especial ou aprecia o mérito do recurso especial ou aprecia o mérito do agravo. Na primeira hipótese cabe opor embargos de divergência, já na segunda situação não.

Conclui-se que se agravo regimental se volta contra decisão monocrática proferida no julgamento do recurso especial, ou ainda, o agravo regimental volta-se contra a decisão que, mesmo em sede de agravo nos próprios autos, julgou o mérito do recurso especial, o acórdão emanado é passível de impugnação dos embargos.

É impensável retirar da parte o direito de opor os embargos de divergência apenas porque se dotou o relator de maiores poderes decisórios. Assim, a rigor, se a decisão sobre recurso especial pela Turma é embargável, também o será aquela decisão proferida por Turma, na sede do agravo regimental que também aprecia o recurso especial.

E, ambas as decisões são rigorosamente equivalentes em conteúdo ou forma. Quando então o STJ publicou as Súmulas 315 e 316 contendo os seguintes teores *in litteris*: “Não cabem embargos de divergência no âmbito do agravo de instrumento que não admite recurso especial”. (Leia-se doravante, agravo^[10] nos próprios autos).

Cabem os embargos de divergência contra acórdão que, em agravo regimental, decide o recurso especial. Para o STJ, o relevante para que sejam cabíveis os embargos de divergência, é que exista no acórdão do agravo regimental o julgamento do mérito do recurso especial.

O que pode ocorrer das seguintes formas conforme. O Que pode ocorrer das seguintes formas conforme ensina Flávio Cheim Jorge:

a) O relator monocraticamente, com fundamento no art. 557 do CPC/1973 (correspondente ao art. 932 do CPC/2015) dá ou nega provimento ao recurso especial;

b) o relator no julgamento do agravo nos próprios autos, com fundamento no art. 544, § 4º do CPC/1973, correspondente ao art. 1.042 do CPC/2015, além de conhecer do agravo de instrumento e lhe dar provimento;

c) ou ainda, além de conhecer o agravo, nega provimento ao recurso especial.

O STF, por sua vez, também adotou o posicionamento preconizado em 07 de maio de 2007, quando se cancelou a Súmula 599 em decorrência dos julgados AgRg nos EDiv nos EDcl no AgRg no RE 283 240/RS; AgRg nos EDiv nos EDcl no AgRg no RE 285 093/MG e no AgRg no EDiv no AgRg no RE 356 009/RS.

Se o pronunciamento da Turma em que pese ter surgido em razão de interposição de agravo interno previsto no art. 557 CPC/1973 (art. 932 CPC/2015), dizendo a respeito ao julgamento do próprio recurso extraordinário, cabíveis são os embargos de divergência previstos no art. 546 do CPC/1973, correspondente ao art. 1.043 do CPC/2015.

Reconhecida e louvável a evolução jurisprudencial, ainda que se revele tímida, pois dista em muito de se aceitar que qualquer acórdão que verse sobre tais matérias seja igualmente impugnável pelos embargos de divergência.

Criticável é a Súmula 316 do STJ, pois se acórdão não admite o recurso especial pode ser impugnado pelos embargos, porque não caberiam embargos de divergência contra a decisão que, em sede de agravo de instrumento, não admite recurso especial? Questiona Cheim Jorge.

Ou os Tribunais mudam o entendimento já pacificado de que são cabíveis os 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 excepcional.

Tal ponderação somente possui pertinência no caso de ser conhecido e julgado no mérito o agravo de instrumento, tendo-se decidido pela admissibilidade ou não do recurso especial.

Se não conhecido o agravo de instrumento, eventual dissenso poderá existir apenas quanto aos requisitos de admissibilidade do mesmo, circunstância que não autoriza o cabimento dos embargos de divergência.

Sob a ótica da equivalência das decisões utilizada como fundamento para o cabimento dos embargos contra decisão, de agravo regimental que julga o recurso especial, o acolhimento da tese proposta é indiscutível.

Merece destaque o EREsp 133 451/SP da relatoria da Ministra Eliana Calmon, que serviu como marco para a mudança do entendimento dos Tribunais Superiores teve por objeto agravo regimental interposto contra o não conhecimento de recurso especial em razão de falta de preparo.

O simples fato de sido delegada a competência provisória ao órgão a quo para o exercício do juízo de admissibilidade dos recursos extraordinários ou excepcionais não pode retirar da parte o direito de oposição de embargos de divergência. Principalmente porque o próprio sistema outorga a ela um recurso capaz de

permitir a que o órgão ad quem exerça de forma definitiva a admissibilidade do especial ou do extraordinário.

Idêntica lógica anterior acompanha a aplicação do art. 557 do CPC/1973, quando se conferiu os amplos poderes ao relator para julgar o mérito do recurso especial.

Já o art. 574 do CPC/1973 conferiu ao Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal local para exercer o juízo de admissibilidade do recurso excepcional.

Em ambos os casos, o controle das decisões monocráticas é feito por agravo (interno e de instrumento) que permitem a Turma, a quem cabe finalmente e soberana decisão, conferindo o acerto ou desacerto das decisões.

Não havendo a competência monocrática para a produção de tais decisões, não haveria dúvida quanto ao cabimento dos embargos de divergência, já que a Turma decidiria sempre sobre a admissibilidade e mérito do recurso.

É acertado o entendimento que afirma que não são cabíveis os embargos de divergência em sede de conflito de competência, recurso ordinário, ação rescisória, reclamação constitucional, ação direta de constitucionalidade ou inconstitucionalidade e ações cautelares e, etc.

Também o fato de o acórdão ter sido proferido por maioria de votos ou mesmo por unanimidade não interfere no cabimento dos embargos de divergência. Não é pressuposto a uniformidade de entendimento entre os membros da mesma turma.

Não cabe também afastar o cabimento de embargos de declaração sobre o acórdão dos embargos de divergência. A natureza *sui generis* dos embargos de declaração permite que sejam manejáveis contra a toda espécie de decisão judicial, perante qualquer juízo ou tribunal, desde que padeça de omissão, obscuridade ou contradição.

E se conclui que a decisão dos embargos declaratórios integra a decisão recorrida, não sendo, contudo, capaz de alterar-lhe a natureza jurídica..

Para o cabimento dos embargos de divergência nesse caso, o importante é saber se o acórdão embargado de declaração é oriundo do julgamento de recurso especial ou recurso extraordinário, ou mesmo de agravo interno (regimental) as situações já citadas.

São incabíveis, segundo a mesma lógica processual, se o acórdão embargado de declaração já não era passível de impugnação por aquele recurso, como nos casos de conflito de competência, ação rescisória e, etc...

A respeito da necessidade ou não de interposição simultânea^[11] ou não de recurso extraordinário e dos embargos de divergência, quando o acórdão é oriundo do STJ apresenta a questão constitucional e questão decidida de forma diversa por outro órgão do mesmo tribunal.

Os pontos em comum dos recursos especial e extraordinário que são recursos destinados à discussão de questões de direito, portanto, não admitem reexame de prova nos autos ou interpretação de cláusula contratual (vontade das partes).

Não dispensam o requisito do pré-questionamento, sendo que essa exigência impede a supressão de graus de jurisdição. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm exigido o pré-questionamento explícito, não admitindo o implícito^[12], nem mesmo se a violação do preceito for contemporânea à edição do acórdão. (Tal entendimento era seguido no CPC/1973).

Exigem o prévio exaurimento dos recursos ordinários cabíveis.

E, nesses dois recursos, quando o acórdão tiver mais de um fundamento suficiente, todos eles devem ser impugnados através dos recursos. Se a decisão contiver fundamento constitucional e infraconstitucional, deverão ser atacados pelos

dois recursos diferentes (Súmula 126 STJ).
Nenhum dos dois recursos se presta à discussão de direito local.

Saliente-se que tanto o STF como o STJ após a Lei 10.352/2001 que deu nova redação ao art. 498 do CPC/1973, tem decidido que a inovação processual afastando a interposição simultânea obrigatória dos embargos infringentes, do recurso especial e o recurso extraordinário contra o mesmo acórdão nos tribunais, tem também aplicação no STJ para efeito de embargos de divergência e de recurso extraordinário contra acórdão prolatado nesta Corte.

A alteração introduzida pelo legislador em 2001 veio a prestigiar e, muito, o princípio da singularidade. Antes da modificação conforme já mencionado o recorrente deveria interpor embargos infringentes contra a parte não-unânime e recurso especial ou extraordinário contra a parte unânime.

Lembremos que o prazo para interposição desses recursos era o mesmo, que a parte tinha quinze dias para interpor os dois ou três recursos. Com a reforma do CPC/1973 a parte não precisará utilizar-se de imediato dos dois recursos. Aguardará o julgamento dos embargos e, somente após a intimação desse resultado é que o prazo para interposição dos recursos excepcionais terá início.

Na hipótese em que forem cabíveis os embargos de divergência, deverá o recorrente interpor, primeiramente, este recurso e, apenas depois de seu julgamento, utilizar-se do recurso extraordinário, ainda que tenha como objeto a matéria decidida de recurso especial e que não fazia parte da divergência jurisprudencial.

Cumpre destacar que a alteração procedimental teve como fim o de facilitar o trâmite recursal, evitando-se a interposição recursal desnecessária, bem como privilegiar o princípio da unicidade^[13].

Não há a exigência do esgotamento prévio do esgotamento das vias recursais para que seja utilizado o recurso extraordinário. Mas, para facilitação do trâmite recursal, permite-se a parte que se utilize primeiramente, dos embargos de divergência para que, após seu julgamento, tendo em vista, inclusive, o resultado do mesmo, venha utilizar o recurso extraordinário.

Com efeito, quando a CF/1988 (art. 105, III) aponta a competência do STF em julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única e última instância, o que, portanto, exige obviamente o exaurimento de todos os recursos cabíveis tão somente contra a decisão que: a) contrariar dispositivo desta Constituição Federal.

No caso de embargos de divergência, os mesmos não estarão se insurgindo contra o capítulo do acórdão que possivelmente contraria o dispositivo constitucional.

E havendo interesse de interposição de ambos os recursos, os capítulos são distintos e autônomos: o atacado pelos embargos versa sobre a matéria infraconstitucional, enquanto o objeto do recurso extraordinário é a questão constitucional.

Desta forma, como em sede de embargos de divergência a matéria constitucional não será apreciada, não há de se cogitar em prévio esgotamento de instâncias recursais.

Para que tal requisito pudesse ser levado em consideração, haveria necessidade de se impugnar (esgotar) a questão constitucional nos embargos de divergência, e, uma vez mantido o mesmo entendimento, contra esta decisão interpor o recurso extraordinário.

A situação é semelhante ao que ocorre ante a prolação de acórdão em sede de apelação pelos tribunais locais. Em tal hipótese, devem ser interpostos, simultaneamente, recurso especial (que afeta a questão federal) e o recurso extraordinário (afeta a questão constitucional).

Como o acórdão deve ser cindível, não há de se cogitar em prévio esgotamento recursal a fim de que seja aguardado o julgamento do recurso

especial para que somente após, seja interposto o recurso extraordinário.

O acórdão paradigma é aquele que deve ser apresentado quando da oposição dos embargos de divergência que seja oriundo do mesmo Tribunal, haja decidido de maneira diferente a questão analisada no recurso especial ou extraordinário.

A primeira questão que surge sobre essa decisão com diferente entendimento sobre a mesma questão jurídica, refere-se em saber se deve ser colegiada (acórdão), ou mesmo, monocrática.

O mais coerente parece indicar que a decisão deve ser, necessariamente, um acórdão.

Pois a decisão monocrática pode representar, tão somente, posição isolada daquele julgador, não refletindo o que concluiu a Turma.

Afinal, é a superação da divergência entre os órgãos colegiados que permitirá externar o real entendimento do tribunal quanto à certa matéria.

Importante é deixar claro que não se pode exigir que o acórdão seja resultado da decisão unânime da Turma Julgadora, uma vez que sendo por maioria ou por unanimidade de votos, a decisão reflete, da mesma forma, o entendimento do órgão colegiado.

Outra questão, é saber sobre a necessidade ou não de que o acórdão paradigma seja prolatado, necessariamente, em julgamento de recurso especial ou extraordinário, ou, contrariamente, poderia ser decorrente de decisão em outras sedes, como conflito de competência ou recurso ordinário constitucional.

Respeitável doutrina adota o entendimento ampliativo no sentido de que o acórdão paradigma pode ser originado de qualquer outro recurso ou ação. Registre-se que existe expressivo número de matérias que são comuns a diversas espécies recursais, e, mesmo a incidentes processuais.

Por sua vez, a jurisprudência tem o entendimento contrário, no sentido da inviabilidade de demonstração da divergência a partir do acórdão oriundo de Recurso Ordinário e de Conflito de Competência^[14].

Alguns doutrinadores argumentam que apenas os recursos especial e extraordinário têm a função de fazer que os tribunais cumpram sua missão de interpretação e aplicação uniforme de normas legais e constitucionais.

De sorte que os embargos de divergência é uma decorrência natural do estrito direito e, somente tem cabimento quando estiver em jogo o posicionamento do Tribunal no julgamento de recursos. Nas demais hipóteses, não haveria

justificativa para o cabimento dos mesmos. E, ainda sobre o tema, são esclarecedoras as Súmulas 158 e 168 do STJ.

O que credencia o manejo dos embargos de divergência é que se apresente um dissídio que ainda exista no âmbito do mesmo Tribunal.

Todavia caso o acórdão paradigma reflita o entendimento acerca de certa matéria sobre a qual não tenha mais competência para decidir a respectiva turma, é porque não há mais entre os órgãos posicionamentos divergentes.

Da mesma forma se a jurisprudência do tribunal já assentou o entendimento no sentido de acórdão embargado, é porque não existe mais conflito a ser resolvido.

Conforme salientou Athos Gusmão Carneiro^[15] é porque o dissídio tornou-se de interesse histórico e, não mais reflete uma divergência atual entre os órgãos colegiados.

Também existe a interessante indagação, a saber, sobre a modificação da composição do órgão colegiado, permite embargos de divergência, com base nos acórdãos provindos da mesma turma.

Há decisões do STF que respondem positivamente a questão. Porém, Cheim Jorge entende pela negativa uma posição que já foi prevalente no STJ.

Assim, a mudança de posicionamento dentro de uma mesma turma ainda que motivada pela alteração em sua composição, representa apenas uma evolução da jurisprudência sobre determinada questão jurídica.

E, tal evolução deve ser encarada com naturalidade e de forma positiva na medida em que revela amadurecimento e reflexão analítica sobre o entendimento do Direito, além demonstrar a capacidade de adaptação às novas exigências da sociedade^[16].

Outra questão a responder, é saber se os acórdãos a serem comparados e o embargado se devem possuir o mesmo grau de cognição^[17]?

Há entendimento doutrinário e jurisprudencial em sentido afirmativo. Assim, se o acórdão recorrido negou admissibilidade ao recurso especial o acórdão paradigma, igualmente não poderia ter tido o seu mérito apreciado.

Igualmente não haveria de se permitir os embargos no caso de o acórdão recorrido os embargos no caso de o acórdão recorrido conhecer do recurso especial, tendo seu mérito julgado, se o acórdão paradigma decide pela inadmissibilidade.

Cheim Jorge opina que não parece ser adequado se firmar tal regra. O cabimento dos embargos de divergência dependerá da demonstração de que a

mesma questão jurídica é tratada e decidida de forma distinta por dois órgãos do mesmo tribunal[18].

Se essa dissidência, se opera no juízo de mérito dos recursos obviamente o mérito apreciado e julgado. Contudo, se a divergência é quanto a um dos requisitos de admissibilidade, o fato de ter sido o juízo de admissibilidade de um e, negativo o de outro não pode ser colocado como obstáculo.

É o caso do acórdão que 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 assinado.

Resta evidente, no caso, a necessidade de se admitir os embargos de divergência.

Curiosamente foi justamente a circunstância de ter um dos acórdãos adentrado no mérito do recurso, e outro não, o que gera o dissenso quanto a essa relevante questão da possibilidade ou não de correção da falta de assinatura no recurso especial.

O grau cognitivo[19] sobre o recurso especial, não pode ser, sob essa ótica, fator de inadmissibilidade, já que o juízo de admissibilidade não se confunde com o juízo de mérito.

Frise-se que se a divergência centra-se somente quanto um dos requisitos de admissibilidade, não se cogita de interferência do grau de cognição[20] exercício no recurso especial.

Obviamente que a conclusão lógica seria diferente, caso se pretendesse abordar os acórdãos relativos ao juízo de admissibilidade e ao juízo de mérito do recurso. Nesse caso, o dissenso não se materializava, pois ausente a diferença de grau de cognição[21], mas por falta de similitude.

O recurso de embargos de divergência fora introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 8.950/94 e suas hipóteses atualmente são previstas pelo art. 1.043 do CPC/2015: “É embargável o acórdão de órgão de órgão fracionário que: I – em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo os acórdãos, embargado e paradigma, de mérito (...) II- em recurso extraordinário ou recurso especial divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo um acórdão de mérito e outro que não tenha conhecido do recurso, embora, tenha apreciado a controvérsia.”.

As hipóteses dos incisos II e IV do art. 1.043 do CPC vigente foram revogados ainda pelo *vacatio legis* do CPC/2015 pela Lei 13.256/2016.

Sua finalidade é evitar divergências tanto de natureza material quanto processual no âmbito do STF e do STJ, uniformizando a jurisprudência.

No STF se pressupõe haver divergência de entendimento entre uma e outra Turma, ou ainda, entre Turma e Plenário. Já no âmbito do STJ a divergência se estabelece entre uma Turma e outra, ou entre Turma e Seção, ou ainda, entre Turma e Órgão Especial.

Não basta que a divergência se manifeste entre ministros do mesmo Tribunal ou da mesma Turma, a menos que sua composição tenha sido alterada em mais da metade de seus membros (art. 1.043, § 3º).

Normalmente é necessário que a divergência se estabeleça entre dois órgãos fracionários distintos desses Tribunais, ou um deles e o Plenário.

Cumprе recordar que as turmas do STF têm duas Turmas compostas de cinco ministros e o Plenário de onze ministros.

Já o STJ possui seis turmas com cinco ministros cada. Cada seção é composta com duas turmas e há o órgão especial, denominado Corte Especial que, nos termos do art. 2º § 2º do Regulamento Interno do STJ, é integrada pelos quinze ministros mais antigos e presidida pelo Presidente do Tribunal.

É indispensável que a divergência seja atual, não cabendo mais os embargos se a jurisprudência do Tribunal já uniformizou em determinado sentido.

Pode-se identificar pelo teor da Súmula 168 do STJ que alude que não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado.

Antes existia controvérsia sobre a possibilidade de divergência manifestar-se em acórdão proferido no julgamento do agravo interno, o que restou superado pela Súmula 316 do STJ.

O processamento é disciplinado pelos regimentos internos do STF e do STJ e o prazo de oposição é de quinze dias da publicação da decisão embargada.

A petição de oposição dos embargos pode ser acompanhada com a prova de divergência sendo necessário que indique, de forma analítica, em que a divergência consiste.

Nesse momento, o relator pode valer-se dos poderes que lhe atribui o art. 932 do CPC, não conhecendo, negando ou dando provimento ao recurso, em decisão monocrática.

Contra essa decisão caberá agravo interno, para o órgão coletivo. O julgamento no STF é feito pelo Plenário e, no STJ, se a divergência de se der

entre turmas da mesma Seção, o julgamento, será feito pela seção; se entre turmas de seções diferentes ou entre uma Turma ou uma Seção com a Corte Especial, o julgamento será feito pela Corte Especial.

Dentro da lógica de uma corte de interpretação e de precedentes, os embargos de divergência não devem ser encarados como instrumentos que se presta simplesmente em fazer prevalecer uma das decisões divergentes de acordo com a eventual maioria dos membros de um determinado colegiado.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero apontam que as decisões divergentes não refletem aplicações diferentes de uma mesma lei, uma correta e outra errada, de modo que os referidos embargos tenham como objetivo de definir a interpretação correta, em função do caso concreto, conforme é próprio de controle da jurisprudência.

As decisões divergentes não podem ser compreendidas tão apenas sobre o binômio certo ou errado. A divergência decorre, em regra, de valores ou opções valorativas, diretivas interpretativas e muitas vezes, sendo fruto de diferentes opções ideológicas e dogmáticas, o que fecha o espaço para haver.

É por essa razão que as decisões divergentes não devem ser vistas como meros momentos de aplicação da mesma lei, mas sim, como direções

ou opções valorativas diversas, e muitas vezes, de diferentes opções teóricas, ideológicas ou dogmáticas, o que fecha qualquer espaço para que se possa cogitar de uma decisão que se aproxime do verdadeiro ou falso.

São diferentes situações de interpretações porque parte de quem vai definir o sentido que deva prevalecer, uma reconstrução valorativa e discursiva dos diferentes casos concretos e das distintas justificações que deram origem aos diferentes resultados interpretativos. Tudo isso é imprescindível para se compreender as razões da divergência.

Tem o colegiado o dever de analisar as razões da divergência, a partir do momento e, refazendo o processo justificativo de ambas. Decisões divergentes abrem espaço para que diferentes justificativas sejam comparadas a fim de que se defina qual é a que se encontra com maior suporte na ordem jurídica.

Quanto ao art. 1.043 do CPC que arrola as hipóteses e o cabimento de embargos de divergência, para que certa questão constitucional ou federal possa ser definida pela Corte competente e responsável por dar a última palavra a respeito do significado do Direito para toda administração da Justiça Civil.

O inciso II (faltante) previa a possibilidade dos referidos embargos versando sobre a admissibilidade do recurso extraordinário e o recurso especial e, o inciso IV, previa o cabimento dos embargos em processos de competência originária, tomando como paradigma o julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, foram revogados pela Lei 13.256/2016.

A relevante é que, poderá ser confrontado o conteúdo desses julgamentos, havendo o confronto de teses jurídicas contidas em julgamento de recursos e de ações de competência originária (daí o motivo pelo qual, a revogação do inciso IV do art. 1.043 do CPC/2015) não significar a vedação dessa hipótese recursal, mas significa apenas que inexistente previsão expressa a esse respeito (ou seja, de cabimento).

Pois é possível haver divergência tanto sobre a interpretação de direito material como de direito processual, sendo cabíveis os embargos de divergência para solucioná-la em ambos os casos (art. 1.043, § 2º).

Ainda são cabíveis os referidos embargos, quando o acórdão paradigma for da mesma turma que proferiu a decisão embargada, desde que sua composição tenha sofrido alteração em mais da metade de seus membros (art. 1.043, § 3º).

O recorrente tem o ônus de identificar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados (art. 1.043, § 4º) e, provará a divergência por meio de certidão, cópia de repositório oficial de jurisprudência, inclusive mídia eletrônica, onde foi publicado o acórdão divergente.

Também é proibido ao tribunal inadmitir o recurso com base em fundamento genérico de que as circunstâncias fáticas são diferentes, sem demonstrar a existência da distinção.

A vedação a fundamentação genérica constitui uma decorrência do direito ao contraditório efetivo e, visto como direito de influência sobre o julgamento bem como do dever de fundamentação (art. 93, IX, art. 5, LV, da CF/1988 e, ainda, arts. 7, 9, 10 e 489 do CPC/2015).

O julgamento dos embargos de divergência obedecerá ao procedimento estabelecido no regimento interno do STF ou STJ interrompe o prazo para a interposição do recurso extraordinário por qualquer das partes.

Caso forem os embargos desprovidos ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior, o recurso extraordinário interposto pela outra parte da publicação do julgamento dos embargos de divergência será processado e julgado independente de ratificação.

Os embargos de divergência constituem um recurso previsto no art. 994, inciso IX com a finalidade de uniformizar a jurisprudência interna do Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça.

O principal objetivo desse recurso é eliminar uma divergência interna das Cortes Superiores e, enfim, afastar um conflito de entendimento na jurisprudência interna de tribunal superior.

Os embargos de divergência correspondem a um importante instituto representando também técnica de concretização do dever de uniformidade prevista no art. 926 do CPC e, a fim de atender as exigências de isonomia e de segurança jurídica.

Tanto a obediência aos precedentes e a uniformização da jurisprudência prestam-se a concretizar a segurança jurídica, garantindo previsibilidade e evitando a existência de decisões divergentes para situações semelhantes, sendo sabido que as decisões divergentes não atingem a finalidade de aplacar os conflitos de que se originaram as demandas.

Deve-se combater o estado de incerteza que labora em desprezo ao princípio de igualdade. A necessidade de uniformização das decisões do STF e STJ é ainda mais relevante, por serem tribunais responsáveis de firmar

respectivamente, a interpretação definitiva ao texto constitucional, bem como, à referente à legislação infraconstitucional para todo o país.

Através desses embargos viabiliza-se a oportunidade para a discussão das teses divergentes, e para a definição daquela que deve prevalecer, identificando-se o sentido do direito que deve prevalecer na Corte Judicial, orientando a sociedade e guiando os tribunais inferiores.

Após a obtenção de uniformização jurisprudencial o outro objetivo dos embargos de divergência que é a reforma ou anulação do acórdão embargado. Com o provimento desses embargos, se obtém a alteração do acórdão embargado, obtendo-se *ipso facto* a uniformização jurisprudencial (interna) e firmando o entendimento definitivo e estável a ser seguido pela doutrina da Corte e pelos Juízos e Tribunais a esta vinculados.

O CPC anterior estes embargos somente eram cabíveis contra o julgamento de turma. É preciso compreender que os embargos de divergência, não são cabíveis em quaisquer tribunais, mas somente no âmbito do STJ e STF.

Lembremos que o Código Fux impôs aos tribunais o dever de uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e

coerente e ampliou o cabimento dos embargos, conforme prevê o artigo 1.043 que cabem contra julgamento de órgão fracionário.

O Supremo Tribunal Federal é composto de onze ministros e além do Plenário que possui duas turmas. Os julgamentos são proferidos, ou por uma turma ou Plenário. O STF tem como órgãos fracionários de duas turmas. Cumpre destacar que os embargos de divergência são cabíveis do julgamento de turma.

Por sua vez, o STJ também possui organização em turmas, seções, e uma corte especial. A Corte Especial desempenha as funções que seriam do plenário.

O STJ é composto por trinta e três ministros, ou seja, mais de vinte e cinco membros está autorizado, pelo art. 93, IX da CF/1988, a criar um órgão especial, que desempenha as funções do plenário. Sendo assim, não deve a Corte Especial ser considerada órgão fracionário, mas órgão pleno.

Assim no STJ são cabíveis os referidos embargos de acórdãos proferidos por turmas ou por seções. O julgamento pode ter sido proferido em recurso extraordinário ou em recurso especial.

Tais embargos contêm em princípio, dois pressupostos objetivos de cabimento, a saber: julgamento proferido por órgão fracionário do

STJ e STF; em recurso especial ou recurso extraordinário.

O acórdão embargado é denominado acórdão recorrido e, em suas razões, o embargante deve apontar que existe outro acórdão, do próprio tribunal que adotou entendimento contrário ao constante em acórdão recorrido, postulando reforma ou invalidação do julgado e que seja adotado o entendimento manifestado no acórdão apontado (também chamado de paradigma).

Lembremos que a divergência pode se referir ao mérito ou quanto à admissibilidade do recurso especial ou do extraordinário. Nos termos do art. 1.043 do CPC, é embargável o acórdão que, em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo os acórdãos, embargado e paradigma, de mérito (art. 1.043, I). É até possível que um acórdão seja de mérito e o outro não tenha conhecido do recurso, embora tenha apreciado a mesma controvérsia.

Não se exige ausência da unanimidade no julgamento do recurso. E, mesmo que tenha sido unânime, caberão embargos, se o acórdão divergir de outro acórdão já proferido por outro órgão do tribunal.

O aresto paradigma pode ter sido prolatado em julgamento de qualquer recurso, E ainda que tenha sido unânime, caberão os embargos se

acórdão divergir de outro acórdão já proferido por outro acórdão divergir de outro acórdão já proferido por outro órgão do tribunal. O aresto paradigma pode ter sido prolatado em julgamento de qualquer recurso.

Conforme se vê dos primeiro e segundo parágrafos do art. 1.043 estabelecem que não há qualquer limitação do tipo de recurso para que se admitam os embargos de divergência.

Assim, toda e qualquer divergência a respeito de questão federal (seja constitucional ou infraconstitucional) abre a oportunidade aos embargos de divergência (que são o meio adequado a aprofundar a discussão para a afirmação e o desenvolvimento do direito, eliminando a divergência ali instalada).

Fredie Didier Junior defende que não são cabíveis os ditos embargos contra decisão unipessoal, portanto, acórdão, serve como decisão paradigma. Mas há entendimento em sentido contrário.

E, nesse sentido, há o teor do Enunciado 230 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC), *in litteris*: “Cabem embargos de divergência contra o acórdão que, em agravo interno ou agravo em recurso especial ou extraordinário, devido recurso especial ou extraordinário”.

Não cabem os embargos contra acórdão que julga o agravo do art. 1.042 do CPC que resulta no não conhecimento do recurso extraordinário ou recurso especial conforme a Súmula 315 do STJ (ainda quando vigente o CPC/1973).

Resumiu o doutrinador que os embargos são cabíveis quando tenha havido decisão colegiada (acórdão) não sendo possível interpor embargos de divergência contra decisão isolada do relator; o acórdão tenha sido proferido por órgão fracionário, turma no STF ou turma ou seção no STJ; esse acórdão tenha decidido um recurso especial ou recurso extraordinário.

Na sua redação original do CPC/2015 também admitia os embargos também contra acórdão oriundo acórdão proferido em processo originário do STF ou do STJ, mas foi revogado pela Lei 13.256/2016.

Lamenta-se essa revogação, pois enfraquece o bom mecanismo para o cumprimento do dever de uniformização da jurisprudência.

Deve haver a similitude fática entre o caso a ser julgado e o caso paradigma, sendo necessário que os acórdãos também resultantes do mesmo grau de cognição horizontal^[22].

Porém, a similitude fática não é exigida, quando a divergência estiver relacionada com o direito processual, bastando que a matéria processual

seja idêntica.

Em razão do terceiro parágrafo do art. 1.043 do CPC vigente o enunciado da Súmula 353 do STF resta superado. E, nesse sentido há o teor do enunciado 232 do FPPC^[23] que se expressou explicitamente.

No âmbito do STF, ao Plenário compete julgar os embargos de divergência, esteja Turma divergindo de outra Turma, dela mesma ou do Plenário próprio.

A divergência para tanto deve ser atual e comprovada, mediante controle analítico, portanto, se a dissidência está superada, não cabem mais os embargos, e de igual entendimento o teor do Enunciado 247 da súmula da jurisprudência predominante do STF.

Quanto à atualidade da divergência é igualmente exigida pelo enunciado 598 da Súmula do STF, além do acórdão paradigma ter sido proferido por órgão que mantinha a competência para aquela matéria.

A ampliação do art. 1.043 do CPC no cabimento dos embargos de divergência se cala no pronome indefinido qualquer, portanto, são cabíveis os embargos quando houve divergência com qualquer outro órgão fracionário do tribunal.

E há quem entenda que nem a restrição referente ser competente para, daquela matéria não faria sentido (é o caso do entendimento de Alexandre Freire).

A admissão dos embargos de divergência depende de haver o confronto analítico entre o acórdão recorrido e o acórdão paradigma. Deve haver o cotejo ao caso concreto, a questão jurídica com as particularidades de precedentes.

Não sendo suficiente a mera transcrição de ementas tendo e que haver a menção das circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados. Mas nada impede que o dissídio jurisprudencial fosse feito com base em simples ementa.

O que não satisfaz, para efeito de admissibilidade de embargos de divergência, é a mera transcrição de ementas. O que se impõe é o confronto analítico entre o acórdão recorrido e acórdão paradigma.

Cabe ao embargante demonstrar a similitude dos casos, a fim de que o tribunal possa verificar se a divergência consiste ou não, na realidade numa distinção feita pelo órgão fracionário, ao proferir o acórdão recorrido.

Por vezes, faz-se necessário expor relatórios e fundamentações de cada acórdão, mas pode, todavia, a ementa seja detalhada e já contenha os

elementos necessários e suficientes para configurar confronto analítico.

O STJ ainda permite nos casos do recurso especial mitigação dos requisitos formais em relação ao cotejo analítico quando a divergência for notória.

São opostos os embargos em quinze dias úteis, sendo igual prazo para responder-lhes (art. 1.003, § 5º CPC). O Ministério Público, a Fazenda Pública e a Defensoria Pública dispõem de prazo em dobro tanto para embargar como para respondê-los.

Os litisconsortes com procuradores diferentes que integrem escritórios de advocacia distintos^[24], também dispõem de prazo em dobro, conforme o art. 229 do CPC, a não ser quando os autos forem eletrônicos (art. 229, § 2º).

Ressalve-se que se um dos litisconsortes for sucumbente, não haverá prazo em dobro^[25] para a oposição de embargos de divergência.

Mas convém relembrar que tais prazos são computados em dias úteis conforme prevê o art. 219 CPC. O procedimento dos embargos há de ser estabelecido no regimento interno do respectivo tribunal superior.

No âmbito do STF, estão disciplinados nos arts. 330 ao 336 do seu regimento interno. Opostos os embargos perante a secretaria do STF, serão juntados aos autos independentemente de despacho.

Os autos serão conclusos ao relator, que irá admitir ou não os embargos de divergência. Admitidos os embargos e efetuado o preparo será feita a intimação do embargado para apresentar as contrarrazões, daí se seguindo a inclusão em pauta e seu julgamento.

Se inadmitidos os embargos, caberá agravo interno. Embora o regimento do STF refira-se a cinco dias, o prazo para o agravo interno passou a ser quinze dias úteis (art. 1.070 CPC).

E, uma vez interposto o agravo interno, a parte recorrida será intimada para responder-lhe também no prazo de quinze dias (art. 1.021, segundo parágrafo CPC).

Já o regimento interno do STJ dispõe sobre o procedimento em seus arts. 266 e 267. Os embargos de divergência serão juntados aos autos independentemente de despacho além de não tendo efeito suspensivo.

O regimento do STF é silente quanto ao ponto, se tais embargos não possuem efeito suspensivo automático. No entanto, o art. 995 do CPC tende

a confirmar que não existe o efeito suspensivo automático.

Mas, poderá o relator concedê-lo, se o embargante requerer NE houver risco de difícil ou impossível reparação[26], demonstrada a probabilidade de provimento do recurso (art. 995,§ único e art. 299. § unido do CPC).

Assim que forem opostos os embargos, não se deve logo intimar o recorrido para apresentar suas contrarrazões será imediatamente sorteado o relator para os embargos. E o relator poderá valer-se dos poderes decisórios previstos no art. 932, III, IV e V. E caso não os admita, contra essa decisão, caberá agravo interno (art. 1.021 CPC).

Admitidos os embargos de divergência, será intimado o embargado para que apresente contrarrazões em quinze dias e, se for o caso, o Ministério Público terá vistas aos autos.

Enquanto o regimento do STF é silente a esse respeito, o regimento do STJ prevê expressamente o prazo de vinte dias para a manifestação do Ministério Público. Mas, tal prazo fora revogado pelo art. 178 do CPC que passou a prever o prazo de trinta dias para as manifestações do Ministério Público[27].

Sendo ou não impugnados os embargos de divergência, serão os autos conclusos ao relator que pedirá a inclusão do feito na pauta de

julgamento. Não cabem embargos de divergência adesivos.

Cabe sustentação oral conforme prevê o art. 937, V do CPC. Tais embargos exigem preparo, quando cabíveis contra acórdão proferido pelo STJ.

Quando opostos os embargos de divergência contra o acórdão de julgamento do recurso extraordinário, também estão sujeitos a preparo (art. 41-B, Lei 8.038/1990).

À semelhança do que ocorre com o julgamento de recursos excepcionais, uma vez conhecidos os embargos, o tribunal deverá julgar a causa aplicando o direito à espécie (art. 336 RISTF).

É possível cogitar no efeito translativo ou dimensão vertical ou profundidade do efeito devolutivo também para esse recurso, o que permite ao tribunal examinar as questões do que podem ser conhecidos de ofício.

Quanto à questão nova ainda não submetida ao contraditório deverá o relator intimar as partes antes de decidir a respeito, para que se manifestem devido à proibição de decisão surpresa[28].

Cumprir frisar o dever de fundamentação na inadmissibilidade dos embargos de divergência e, a qualquer decisão judicial. A falta da devida

fundamentação específica e adequada, acarreta nulidade da decisão conforme prevê o art. 93, IX da CF/1988 e, ainda, o art. 11 do CPC. A decisão não fundamentada é decisão nula[29].

Para que a decisão seja devidamente fundamentada, não deve haver omissão de ponto sobre o qual deva manifestar-se, o órgão julgador, seja de ofício ou a requerimento da parte.

Nos embargos de divergência cabe ao embargante fazer o confronto analítico e a demonstração da similitude entre os casos e a disparidade de conclusões entre o acórdão recorrido e o paradigma.

Percebe-se que a revogação do inciso IV do art. 1.043 que prescrevia expressamente essa proibição para os embargos de divergência, fora inútil, na medida em que continua vigente o inciso IV, § 1º do artigo 489 (que fora preservado e se aplica a qualquer decisão judicial).

Os embargos quando cabíveis no âmbito do STJ contra acórdão proferido em recurso especial uma vez opostos, interrompem o prazo para a interposição de recurso extraordinário por qualquer das partes (art. 1.044,1º).

Embargos de divergência repetitivos.

O julgamento de casos repetitivos aplica-se a qualquer recurso ou processo originário em tribunal. Em havendo vários embargos de divergência sobre o mesmo tema, deve ser adotado o procedimento próprio dos casos repetitivos escolhendo-se um ou dois deles para análise e julgamento, sobrestando-se os demais processos, aos quais se aplicará o resultado a que se chegar no julgamento daqueles escolhidos para julgamento por amostragem.

O STJ ao apreciar os Embargos de Divergência no Recurso Especial 1.403 532/SC reconheceu a possibilidade de se adotar o procedimento dos repetitivos para aquele tipo de recurso.

Os embargos de divergência são recurso de competência exclusiva do STF e STJ com um tratamento escasso pelo CPC (disciplinado apenas em dois artigos, a saber: art. 1.043 e art. 1.044).

Seu principal objetivo é uniformizar a interpretação do texto normativo, embora realizada sem caráter vinculativo e poderá resultar na reforma ou invalidação do acórdão embargado.

Suas hipóteses de cabimento estão constantes no art. 1.043 que ampliou o modelo antes previsto pelo art. 546 CPC/1973.

É que passa a ser prevista a possibilidade deste recurso ser utilizado quando no mesmo tribunal superior for detectada divergência em decisão proferida em REsp ou RE com outra decisão proferida por qualquer outro órgão do mesmo tribunal, relativamente ao mérito do recurso..

Também passa ser permitido tal recurso mediante a confrontação da divergência quando se tratar de decisão que não tenha conhecido o recurso, muito embora tenha abordado a controvérsia.

Conclusão

O que mudou com relação a disciplina dos embargos de divergência com relação ao CPC anterior, foi a inserção de uma seção dedicada a este recurso, antes inexistente, além da ampliação de suas hipóteses de cabimento.

Trata-se de mecanismo de uniformização jurisprudencial interna das cortes de superposição. Como típico recurso, se verifica a divergência através de dois acórdãos: o embargado e o paradigma.

O art. 1.043 do CPC revela-se inédito pois consubstanciou alteração ao dispor que é embargável acórdão de órgão fracionário.

Diferentemente do que constava do art. 546 do CPC/1973 que admitia apenas que o acórdão embargado tivesse origem na turma. Doravante pode ter origem em outros órgãos fracionários.

À luz do CPC anterior as hipóteses de cabimento não eram claras e nem dispunham da possibilidade de confrontar o recurso especial ou recurso extraordinário e nem havia a disposição que indicasse a ação de competência original do tribunal (o que fora depois revogada pela Lei 13.256/2016).

Também anteriormente, não era possível identificar a divergência à luz do direito processual, com o CPC/2015 é possível tanto no direito material como o direito processual.

A Lei 13.256/2016 promoveu revogação de duas hipóteses de cabimento dos incisos II e IV do art. 1.043, o que significou um retrocesso na promoção da correta interpretação da norma (seja esta constitucional e federal) na uniformização da jurisprudência.

Caberão os referidos embargos, se a decisão divergir de outra decisão que já proferida por outro órgão do Tribunal, não servindo decisão monocrática, somente acórdão serve como decisão embargável e paradigma.

Relevante conclusão é a do enunciado 227 do FPPC que aponta que são embargáveis os acórdãos que, em agravo interno ou agravo em recurso especial ou recurso extraordinário, decida recurso especial ou extraordinário.

Cabe a oposição dos embargos quando o acórdão paradigma for, da mesma turma que proferiu a decisão embargada, condicionada, a comprovação de alteração de composição de turma em mais da metade de seus membros.

É o entendimento do enunciado 232 do FPPC apontou a superação da Súmula 353 do STF. O § 4º do art. 1.043 CPC reprisa os requisitos que já constavam no CPC/1973 ao exigir a comprovação da existência do acórdão paradigma e a confrontação analítica entre os acórdãos embargado e paradigma.

Novamente há inédita previsão do § 5º do art. 1.043 vedar a inadmissão do recurso pelo tribunal por fundamento genérico onde as circunstâncias fáticas são diferentes, sem a devida demonstração da distinção.

A simples revogação do dispositivo legal não afasta o dever de fundamentação qualificada, considerando que o artigo 489 do CPC e seus incisos I e III que permanece vigente. Trata-se de norma cogente que legitima e densifica o princípio de acesso ao judiciário e à ordem

jurídica justa conforme o art. 5º, XXXV da Constituição Federal Brasileira de 1988 e o art. 93, inciso IX do CF/1988.

Com o recurso se prevê também o efeito interruptivo quando houver interposição de recurso extraordinário por qualquer das partes, vide ainda o art. 2.024, § 5º do CPC.

Referências:

DELGADO, José Augusto. Aspectos gerais dos embargos de divergência: origem, conceito, pressupostos e controvérsias. Disponível: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anejos/18501-18502-1-PB.pdf> Acesso em 20.08.2017.

DE MELO, Nehemias Domingos (coordenador) NOVO CPC Anotado. Comentado. Comparado. 2ª edição. São Paulo: Rumo Legal, 2016.

FALCONI, Francisco. A cognição no processo civil. Disponível em: <https://franciscofalconi.wordpress.com/2011/09/18/a-cognicao-no-processo-civil/> Acesso 23.08.2017.

FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. Novo Código de Processo Civil. Salvador: Editora JusPODIVM, 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. Curso de Direito Processual Civil Volume 3. Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 14^a edição. Salvador: Editora *JusPODIVM*, 2017.

HARTMANN, RODOLFO KRONEMBERG. Curso Completo do Novo Processo Civil. 3^a edição. Niterói-RJ: Impetus, 2016.

HARTMANN, Guilherme Kronemberg. Petições & Prática Cível. Niterói-RJ: Impetus, 2017.

JORGE, Flávio Cheim. Embargos de Divergência: Alguns aspectos estruturante (*In: Revista de Processo. Ano 35 n.190, dez 2010; São Paulo: RT, 2010*).

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil. Volumes 1, 2, 3. 3^a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MEDINA, José Miguel Garcia. CF Constituição Federal Comentada. Com súmulas e julgados selecionados do STF e de outros tribunais. 2^a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

. Direito Processual Civil Moderno. 2^a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MITIDIERO, Daniel. Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

Precedentes da persuasão à vinculação. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MONTENEGRO FILHO, Misael. Novo Código de Processo Civil Comentado. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2016.

LEITE, Gisele. Novo CPC Comentários às Principais Inovações do Novo Direito Processual Civil. Campo Grande: Contemplar, 2016.

LIMA, Alcides de Mendonça. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol.6 Rio de Janeiro: Forense, 1977.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; DA CUNHA, Leonardo Carneiro. (Organizadores); FREIRE, Alexandre. (coordenador executivo). Comentários ao Código de Processo Civil. De acordo com a Lei 13.256/2016. São Paulo: Saraiva, 2016.

USTÁRROZ, Daniel. O "prazo dobrado" no Novo CPC. Disponível em:
<http://genjuridico.com.br/2017/08/08/o-prazo->

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil Volume 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WATANABE, Kazuo. Da Cognição no Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

[1] Em sessão administrativa no Supremo Tribunal Federal (STF), em 19 de junho de 2008, foi decidido que a partir deste ano o mandato dos presidentes das Turmas seria de um ano. Com isso, a emenda regimental fez o cargo deixar de ser privativo do membro mais antigo e o colocou num sistema de rodízio. A mudança foi sugerida pelos ministros Marco Aurélio e Celso de Mello. O Supremo é composto por duas Turmas formadas por cinco ministros cada uma (o presidente do STF não participa). Nesses pequenos colegiados são julgados alguns processos que chegam à Suprema Corte e que não demandam a declaração de inconstitucionalidade de leis, o que compete somente ao Plenário.

Cabe às Turmas decidir, por exemplo, sobre Recursos Extraordinários (RE), Agravo de Instrumento (AI), Habeas Corpus (HC), Recurso em Habeas Corpus (RHC), Petição (PET) e Reclamação (RCL), ressalvada a competência do

Plenário. Com o sistema de rodízio, a partir de 2009, os presidentes das Turmas mudaram. O ministro Carlos Ayres Britto se tornou o presidente da Primeira Turma, composta pelos ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia Antunes Rocha e Menezes Direito. A Segunda Turma também trocou de presidente: a ministra Ellen Gracie assumiu o posto antes ocupado pelo ministro Celso de Mello. Além deles, o colegiado tem os ministros Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau.

[2] Comissões do STF: **COMISSÃO DE REGIMENTO:** Ministro Luiz Fux – Presidente; Ministro Teori Zavascki (Alexandre Moraes); Ministro Edson Fachin; Ministra Rosa Weber – Suplente. **COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA:** Ministro Gilmar Mendes – Presidente; Ministra Cármen Lúcia; Ministro Dias Toffoli. **COMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO:** Ministro Celso de Mello – Presidente; Ministra Rosa Weber; Ministro Roberto Barroso; **COMISSÃO DE COORDENAÇÃO:** Ministro Dias Toffoli – Presidente; Ministro Teori Zavascki (Alexandre Moraes); Ministro Edson Fachin.

[3] José Philadelpho de Barros e Azevedo (1894-1951) foi um magistrado, jurista e político brasileiro. Foi também prefeito da cidade do Rio de Janeiro (1945-1946). Foi o primeiro juiz brasileiro a ser indicado para o Tribunal

Internacional de Justiça da CNJ em 1946, embora outros já tivessem servido a Corte Permanente de Justiça de Haia, que a antecedeu.

[4] Composição Atual: Ministra Cármen Lúcia – Presidente; Ministro Dias Toffoli - Vice-Presidente; Ministro Celso de Mello – Decano; Ministro Marco Aurélio; Ministro Gilmar Mendes; Ministro Ricardo Lewandowski; Ministro Luiz Fux; Ministra Rosa Weber; Ministro Roberto Barroso; Ministro Edson Fachin; Ministro Alexandre de Moraes.

[5] Humberto Gomes de Barros (1938-2012) participou de julgamentos na 1ª Turma e na 1ª Seção, órgãos que integrou por 12 anos e que chegou a presidir. Em 2003, o ministro passou a compor a 3ª Turma e a 2ª Seção. Ele também integrou a Corte Especial, mais alto colegiado de julgamentos do STJ. Foi ainda coordenador-geral da Justiça Federal, membro do Tribunal Superior Eleitoral, diretor da Revista do STJ, vice-diretor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam) e vice-presidente do Tribunal. Em 2008, ao tomar posse como presidente do STJ, o ministro ressaltou sua preocupação com as funções da Corte e afirmou que o Tribunal da Cidadania precisava, com urgência, resgatar sua identidade e consolidar-se como fiador da segurança jurídica. “Não podemos mais oferecer novas interpretações diante de leis

já consolidadas, porque isso está prejudicando o grande objetivo do Estado de Direito que é a segurança jurídica”, afirmou o ministro.

[6] Alcides de Mendonça Lima (1859-1935) foi jurista, advogado, escritor, historiador e político brasileiro. Eleito deputado constituinte nacional, participou da elaboração da Constituição de 1891. Depois foi juiz em Rio Grande e Pelotas, além de deputado estadual. Julgou inconstitucional uma lei estadual publicada pelo governador Júlio Prates de Castilhos, pelo qual foi processado por duas vezes e duplamente inocentado pelo Supremo Tribunal Federal. Percebendo a inviabilidade de continuar como juiz, abandonou a carreira pública e estabeleceu uma banca de advocacia. Tomou parte na Revolução de 1923, apoiando Assis Brasil. Foi um dos fundadores da Academia Rio-Grandense de Letras.

[7] Temas atuais sobre: Conversão de aposentadoria proporcional em aposentadoria integral por meio de instituto da desaposentação;

Há ainda uma lista de assuntos relevantes a serem apreciados pelo Tribunal da Cidadania, já pautados ou em vias de serem submetidos a julgamento no ano de 2017, sobretudo relacionados ao direito privado. Apenas alguns exemplos:

1. REsp 1.478.280-RS – estabelecer se a imprescritibilidade da pretensão relativa aos danos ambientais, de caráter coletivo ou difuso, se aplica à pretensão indenizatória por dano individual decorrente de contaminação ambiental; 2. RESP 1.613.804/SP – julgar se a mera indicação, pelo autor, das mensagens e imagens tidas por ofensivas, supre a exigência contida no art. 19, § 1º, da Lei 12.965/14 (Marco Civil da Internet), para fins de localização inequívoca do conteúdo publicado na internet, ou se, como afirmou o acórdão recorrido, caberia à parte a indicação das respectivas URLs;

3. RESP 1.413.011/RJ – Superendividamento – possibilidade ou não de limitação, a 30% da remuneração, dos descontos em conta corrente referentes a pagamentos de parcelas de empréstimos bancários em virtude de superendividamento do correntista; 4. RESP 1.361.473/DF – definir se a cobrança de honorários advocatícios, dada sua natureza alimentar, tem o condão de afastar a impenhorabilidade do bem de família, integrando a exceção prevista no artigo 3º, III, da Lei n. 8.009/90; 5. RESP 1.405.115/DF – avaliar se o ente público, ao ceder ao particular quaisquer dos locais indicados no art. 68, § 3º, da Lei n. 9610/98, seja a título oneroso ou não, torna-se responsável solidário pelo cumprimento da legislação autoral, inclusive obter a prévia autorização dos autores e titulares, bem como fazer o pagamento da retribuição devida;

6. RESP 1.559.264/RJ - definir se (i) é devida a cobrança de direitos autorais decorrentes de execução musical, via internet, de programação da rádio nas modalidades *webcasting* e *simulcasting* (tecnologia *streaming*); se (ii) tais transmissões configuram execução pública de obras musicais apta a ensejar pagamento ao ECAD, e (iii) se a transmissão de músicas por meio da rede mundial de computadores mediante o emprego da tecnologia streaming constitui meio autônomo de uso de obra intelectual, caracterizando-se novo fato gerador de cobrança de direitos autorais; 7. RESP 1.626.739/RS - determinar se é possível a alteração de gênero no assento de registro civil de transexual, independentemente da realização da cirurgia de transgenitalização; 8. RESP 1.250.362/RS- possibilidade de arbitramento de indenização pelo uso exclusivo da coisa imóvel comum durante o período compreendido entre a separação de fato e a realização da partilha efetiva dos bens do casal; 9. RESP 1.475.766/SP – Possibilidade de modificação, durante a própria Assembleia-Geral de credores, do plano de recuperação originalmente apresentado pela devedora;

10. RESP 1.233.314/RS – definir se a citação válida realizada nos autos de ação coletiva interrompe o prazo prescricional para o ajuizamento de ação individual por aqueles que optaram ingressar em juízo posteriormente; 11. RESP 1.081.149/RS – discussão sobre qual o

índice que deve corrigir as dívidas judiciais (de natureza civil), a taxa Selic (que embute os juros) ou o IPC; 12. RESP 1.438.263 – decisão quanto a legitimidade ativa de não associado, no momento da propositura da demanda, para a liquidação/execução da sentença coletiva proferida nas ações civis públicas envolvendo direito do consumidor; estes três últimos temas com grande repercussão junto ao sistema financeiro e bancário.

[8] Importante inovação trazida pelo CPC/2015 que é a possibilidade de interposição de agravo interno contra as decisões do relator, no prazo de quinze dias, conforme prevê o art. 1.021 e seguintes c/c art. 1.070. A interposição do agravo interno deve ser bem avaliada pelo aplicador do direito, pois, de acordo com o § 4º, do art. 1.021 da lei 13.105/15, quando o agravo interno for declarado manifestamente inadmissível ou improcedente em votação unânime, o órgão colegiado, em decisão fundamentada, condenará o agravante a pagar ao agravado multa fixada entre um e cinco por cento do valor atualizado da causa.

[9] A primeira versão do art. 1.042 do CPC vigente, anterior às alterações, sustentam que o juízo de admissibilidade provisório em nada contribui, efetivamente, para a celeridade processual, eis que o Tribunal Superior reanalisa se estão presentes os requisitos de admissibilidade recursal, que já foram verificados

pelo tribunal *a quo*. De fato, não se pode perder de vista - e as estatísticas demonstram isso - que normalmente a parte que tem o seu recurso especial ou extraordinário inadmitido se vale, efetivamente, do agravo de admissão, que é remetido para análise dos Tribunais Superiores.

Nesse sentido, a ideia originalmente constante no CPC/2015 era de que a eliminação da admissibilidade provisória pelo Tribunal Local, mantendo-se apenas a admissibilidade diretamente pelos Tribunais Superiores poderia, de fato, auxiliar na celeridade processual.

Como normalmente há a interposição de agravo contra decisão denegatória de recuso especial e extraordinário, o juízo provisório de admissibilidade procedida pelo Tribunal Local acabaria se revelando ineficaz e, por isso, etapa processual desnecessária, que apenas prolongaria o processo.

[10] Vale citar, ademais, que o Tribunal de Justiça de São Paulo, adequando-se ao novo procedimento, alterou seu Regimento Interno de forma a regular o processamento do agravo interno interposto contra decisão proferida pela Presidência. Nos termos do artigo 13, alínea 'i' do RITJSP, alterado pelo Assento Regimental 552/2016, caberá ao Órgão Especial a apreciação do referido recurso. Não obstante, é importante consignar que, nos termos do artigo 1.021, parágrafo 4º do novo CPC, quando o agravo

interno for declarado manifestamente inadmissível, o agravante será condenado ao pagamento de multa fixada entre um e cinco por cento do valor atualizado da causa ao agravado, sendo recomendável extrema cautela aos causídicos na adoção de tal medida contra as decisões que ratificam temas já pacificados pelos tribunais superiores.

[11] Há quem alegue que a simultaneidade de recursos mais atrapalha do que ajuda. Assim o recurso extraordinário e a competência para julgá-lo, apesar de centenários, ainda são vítimas de incompreensões e mal-entendidos que chegam ao ponto de embaraçar o pleno exercício da jurisdição por parte do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça que também exerce competência recursal extraordinária e distorcer gravemente o funcionamento desses órgãos de cúpula do Judiciário. Em virtude da simetria existente entre os artigos 102, III e 105, III da CF/1988, tudo o que se disser a seguir sobre o recurso extraordinário e o Supremo considera-se aplicável, *mutatis mutantis*, ao recurso especial e ao Superior Tribunal de Justiça e vice-versa.

[12] O CPC de 2015 adotou expressamente o prequestionamento implícito. O Novo CPC consagrou a tese do prequestionamento ficto em seu art. 1.025, *in verbis*: “Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-

questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.”

[13] Princípio da singularidade. Esse princípio é também denominado princípio da unicidade ou da unirrecorribilidade. Quer ele dizer que as decisões judiciais só podem ser impugnadas por meio de um único instrumento, isto é, não se admite, ao mesmo tempo, a interposição de mais de um recurso contra uma mesma decisão. Tal princípio decorre de dois fatores preponderantes, em matéria de processo a incindibilidade das decisões monocráticas e o respeito à preclusão consumativa. Assim, mesmo que se divida a sentença em capítulos, para fins recursais não se admite qualquer divisão em diferentes recursos. Excepciona a regra a interposição simultânea de recurso especial e recurso extraordinário a combater acórdão de TJ ou TRF que ofende a um só tempo, lei federal e norma constitucional.

[14] O art. 66 do CPC/2015 cuida do conflito de competência e seu processamento. Quando o conflito se verificar entre órgãos de primeiro grau, tramita perante o Tribunal, conforme as regras estipuladas nos arts. 951 e ss. Do CPC/2015. O conflito de competência pode ser: A) Positivo (dois ou mais juízes se declaram competentes); B) Negativo (dois ou mais juízes se consideram incompetentes, atribuindo um ao outro a competência); C) Quando entre dois ou

mais juízes surge controvérsia sobre a reunião ou separação de processos: se um órgão jurisdicional determina a reunião de processos e contra esta o outro órgão se insurge, está-se diante de conflito positivo de competência (os dois juízes afirmam-se competentes); se, ao contrário, um órgão jurisdicional determina a separação de processos e outro, ao qual um dos feitos foi remetido, rejeita a competência que lhe foi atribuída, está-se diante de conflito negativo de competência (dois juízes renegam a competência).

[15] Athos Gusmão Carneiro (1925-2014) foi jurista brasileiro. Em 1967, tornou-se professor de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da UFRS. Concebeu a sistemática do agravo de instrumento de 1995, tendo apresentado do Primeiro Congresso Brasileiro do Direito Processual, alusivo aos dez anos de vida do CPC de 1973. Contribuiu para a bibliografia jurídica com obras notáveis intituladas como Intervenção de Terceiros, Audiência de Instrução e Julgamento, Jurisdição e Competência, o Novo Código de Processo Civil nos Tribunais do Rio Grande do Sul e Santa Catarina. Exerceu a advocacia até 1952. Depois foi aprovado em primeiro lugar no concurso para juiz de direito no Rio Grande do Sul. Em 1977 foi promovido a Desembargador por merecimento, onde presidiu a primeira Câmara Cível até fevereiro de 1988. Em 1989 assumiu como Ministro do STJ e, como Ministro impôs dinamismo à Corte, capitaneando inovações no direito brasileiro. E, em 1991 foi

nomeado integrante da Comissão de Reforma do Código de Processo Civil. Devido aos problemas de saúde, aposentou-se precocemente do cargo de Ministro do STJ em 29.10.1993. Também integrou a Comissão de Reforma do Código de Processo Civil que resultou no CPC/2015.

[16] Exemplificou Athos Gusmão Carneiro sobre o cabimento de embargos de divergência contra regras de admissibilidade do recurso especial, discussão já aventada no STJ. *In verbis*: 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 e, etc.

[17] Alexandre Freitas Câmara ainda sugere um terceiro gênero na classificação vertical da cognição, chamando-o de cognição superficial ou sumariíssima. Em casos, que não são muito frequentes, em que o juiz deve se limitar a uma análise perfunctória das alegações, sendo a atividade cognitiva ainda mais sumária do que a exercida na espécie que leva este nome.

[18] Flávio Cheim Jorge sobre o tema esclarece 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. Então, 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.

Oreste Nestor de Souza Laspro informa ainda que o julgamento se refere tanto às questões preliminares quanto às de mérito, de forma 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. Já para Bernardo Pimentel Souza, as questões sobre o 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.

[19] A cognição pode ser analisada em duas direções: no sentido horizontal, quando a cognição pode ser plena ou parcial; e no sentido vertical, em que a cognição pode ser exauriente, sumária e superficial. No plano horizontal (extensão ou amplitude), a cognição tem por limite os elementos objetivos do processo (trinômio: questões processuais, condições da

ação e mérito). Nesse plano, como ensina Kazuo Watanabe, a cognição pode ser plena ou limitada (ou parcial), segundo a extensão permitida.

Será plena quando todos os elementos do trinômio que constitui o objeto da cognição estiverem submetidos à atividade cognitiva do juiz. É o que se dá, com maior frequência, no processo de conhecimento, com o que se garante que a sentença resolverá a questão submetida ao crivo do judiciário da forma mais completa possível. Limitada será, por outro lado, quando ocorrer alguma limitação ao espectro de abrangência da cognição, ou seja, quando algum dos elementos do trinômio for eliminado da atividade cognitiva do juiz.

[20] Kazuo Watanabe alude ao conceito de cognição, *in litteris*: "A cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium* do julgamento do objeto litigioso do processo.". Da Cognição no processo civil. Editora Revista dos Tribunais, 1987, p.41.

[21] No plano vertical, a cognição é exauriente ou superficial. A cognição exauriente baseia-se em aprofundado exame das alegações e provas, o que cria um juízo de certeza. Na cognição sumária, o

juiz decide com base em juízo de probabilidade da existência do direito (análise do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*). É o que ocorrer nas decisões antecipatórias de tutela e nas sentenças cautelares. Seja qual for o ângulo cognitivo utilizado, a atividade cognitiva é voltada para a reconstrução do passado. O exame de provas e de alegações não tem outra finalidade que não essa. Enquanto o legislador seria um homem do futuro e o administrador um ser do presente, o juiz seria o homem do passado.

[22] No plano horizontal, a cognição é plena ou limitada. Na cognição plena, que é a regra, há a possibilidade de o juiz conhecer todas as questões suscitadas pelas partes. Na cognição limitada, o legislador não permite que o juiz conheça as matérias em plenitude. É o que ocorre no procedimento de desapropriação por necessidade pública, regido pelo Decreto-lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941. De acordo com o art. 20 desse diploma, “a contestação só poderá versar sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço; qualquer outra questão deverá ser decidida por ação direta”. Da mesma forma, é limita a cognição nos procedimentos especiais possessórios, pois não se pode conhecer de questão referente ao domínio formulada em defesa pelo réu (art. 1.210, § 2º, do Código Civil de 2002).

[23] 232. (art. 1.043, § 3º) Fica superado o enunciado 353 da súmula do STF após a entrada em vigor do CPC (“São incabíveis os embargos da Lei 623, de 19.02.49, com fundamento em divergência entre decisões da mesma turma do Supremo Tribunal Federal”). (Grupo: Recursos Extraordinários)

[24] Nessa linha, a jurisprudência historicamente sublinha que, “em caso de litisconsórcio entre dois corréus, o prazo deverá ser contado em dobro, mesmo que um deles seja revel, deixando de apresentar contestação”. Todavia, enquanto o réu revel não constituir procurador, deixará de incidir o art. 229, após o oferecimento da contestação, na linha do parágrafo primeiro deste dispositivo. Quanto ao ponto, aparentemente, o NCPC acolheu a orientação jurisprudencial pré-existente. Em relação às peculiaridades do procedimento instituído pelo art. 229, assinalam os Professores Rodrigo Mazzei e Tiago Figueiredo Gonçalves que o prazo em dobro deve ser observado independentemente de requerimento de um dos litisconsortes, afastando, com isso, a possibilidade de interpretação que condicione a contagem em dobro à postulação prévia de um dos interessados. Por outro lado, cria a exceção para a regra da contagem em dobro dos prazos, afastando sua incidência das hipóteses em que os procuradores distintos são vinculados a um mesmo escritório de advocacia.

[25] No âmbito recursal, há questões problemáticas. Um exemplo é o debate quanto à sua incidência quando apenas um litisconsorte possui interesse recursal. Incidirá no caso o dispositivo ou o prazo será simples?

A resposta passa pela análise dos hipotéticos efeitos da decisão e do interesse para dela recorrer. Se ela atingir ambos os litisconsortes, deve ser consagrado o prazo dobrado, ainda que apenas um deles venha a efetivamente impugná-la. Esta é a conclusão da jurisprudência majoritária. Entretanto, quando o interesse é de apenas uma das partes, não há sentido em se admitir a duplicação. A este respeito, foi editado o Enunciado nº 641 da súmula do Supremo Tribunal Federal, que limita o aproveitamento do prazo em dobro às situações nas quais a decisão haja trazido sucumbência a todos os litisconsortes, pois “não se conta em dobro o prazo para recorrer, quando só um dos litisconsortes haja sucumbido”.

[26] O CPC/2015 implementou significativa alteração em relação ao CPC/1973, ao estabelecer, como regra, a ausência de efeito suspensivo *ope legis* dos recursos, nos termos do seu art. 995 CPC/2015: Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso. Parágrafo único. A eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensão por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano

grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso. Frise-se: diferentemente do que ocorria com o CPC/1973, cuja regra geral era o efeito suspensivo dos recursos (art. 497), o novo diploma inova, estabelecendo que a interposição do recurso não tem o condão de impedir que a decisão impugnada surta efeitos imediatos, nos termos do art. 995 do CPC/2015.

[27] Ministério Público doravante denominado fiscal da ordem jurídica. No processo civil, o Ministério Público poderá atuar como: parte (como por exemplo: ação civil pública) ou fiscal da ordem jurídica (custo legis). Por mais que ao Ministério Público como instituição caiba dizer e justificar o motivo da sua intervenção no processo, não houve uma melhor qualificação do interesse público ou social como conceito. Ele continua constando de modo genérico e aberto, aguardando um preenchimento que pode se dar de modo exageradamente solipsista (Streck).

[28] O art. 10 do Código de Processo Civil (CPC) estabelece que "o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício". Trata-se de um desdobramento do caput art. 9º, também do CPC, que ordena ao Estado-juiz o seguinte: "não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida".

[29] Em outras palavras, os dispositivos consagram o princípio do contraditório previsto no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal (CF/1988) ao dispor que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". Originariamente, o contraditório era resumido no binômio "informação-reação". Ou seja, todos têm o direito de saber que contra si foi formulado um pedido de tutela jurisdicional e também de reagir a esse ato postulatório, sendo assegurada a ampla defesa ao longo de todo o processo. Com o tempo, começou-se a perceber que apenas assegurar o direito à informação relativa à prática de atos envolvendo o Estado no exercício da jurisdição e garantir formalmente o direito à defesa não era o suficiente. Também se tornou necessário que o juiz participasse efetivamente do processo judicial, assegurando que ambas as partes tivessem reais possibilidades de influir no resultado final da atividade jurisdicional. Isso significa que dizer que o juiz também é um destinatário do princípio do contraditório.



COLUNAS

CPC na prática

PUBLICIDADE

Valorização da jurisprudência no CPC de 2015

Elias Marques de Medeiros Neto, André Pagani de Souza, Daniel Penteado de Castro e Rogerio Mollica

quinta-feira, 6 de junho de 2019

*André Pagani de Souza*

Os arts. 926 e 927, do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), trazem normas diretas de maior otimização de decisões paradigmáticas no âmbito dos tribunais. O primeiro artigo dispõe em seu "caput" que "os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente". Já o art. 927 enumera uma série de decisões nos seus incisos I a V que os juízes e tribunais "observarão", tais como: as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; os enunciados de súmula vinculante; os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

A partir da leitura dos dispositivos acima mencionados, percebe-se que há uma valorização de determinadas decisões que frequentemente são chamadas de "precedentes", ou seja, são pronunciamentos judiciais que, originários de julgamentos de casos concretos, querem ser aplicados também em casos futuros quando seu substrato fático e jurídico autorizar. Assim, tais decisões são chamadas de "precedentes" porque foram julgados com antecedência a outros casos e, de acordo com o art. 927, é

desejável que aquilo que expressam seja observado em casos que serão julgados posteriormente (Cassio Scarpinella Bueno, Manual de Direito Processual Civil, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2018, p. 698).

Nesse sentido, é possível afirmar que os artigos 926 e 927, do CPC de 2015, propõe uma "valorização da jurisprudência". Em outras palavras, confere-se uma importância significativa ao entendimento dominante de determinado tribunal sobre certos temas em certo período de tempo na medida em que os juízes e tribunais são exortados a observar as decisões mencionadas nos incisos I a V do art. 927 e ao passo que se impõe aos tribunais o dever de uniformizar a jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente.

Tanto é verdade o que foi afirmado acima que ao longo do CPC de 2015 é possível encontrar dispositivos que buscam reforçar e concretizar a proposta de "valorização da jurisprudência" lançada pelos arts. 926 e 927. Confirma-se, a título meramente ilustrativo, as seguintes hipóteses do CPC de 2015:

- a) Concessão de tutela provisória da evidência (art. 311, II);
- b) Improcedência liminar do pedido (art. 332);
- c) Dispensa da remessa necessária (art. 496, § 4º);
- d) Dispensa de caução no cumprimento provisório (art. 521, IV);
- e) Atuação monocrática do relator (art. 932);
- f) Decisão em incidente de assunção de competência (art. 947, § 3º);
- g) Julgamento monocrático de conflito de competência (art. 955, p. único);
- h) Cabimento de reclamação (art. 988);
- i) Incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 985);
- j) Julgamento de recursos repetitivos (art. 1.040);
- k) Fundamentação das decisões (art. 489, § 1º, V e VI);
- l) Embargos de declaração para decisões que não aplicarem (art. 1.022, p. único, I).

Em todos os dispositivos acima, é possível verificar que o CPC de 2015, de uma maneira sistemática e proposital, busca concretizar a diretriz de que a jurisprudência deve ser uniformizada e também coerente, estável e íntegra. Aliás, diga-se de passagem, não podia ser diferente, pois a Constituição Federal consagra o princípio da isonomia (CF, art. 5º, "caput" e inciso I) e também o da segurança jurídica (CF, art. 5º, inciso, XXXVI). Em outras palavras, tanto a Constituição Federal como o CPC de 2015 impõem que pessoas em situações iguais mereçam decisões iguais, conferindo-se maior segurança e previsibilidade ao sistema processual civil.

Por isso, causa surpresa a [informação veiculada](#) pelo jornal "Estado de São Paulo", em 18 de fevereiro de 2019, de que 52% (cinquenta e dois por cento) dos magistrados de primeira instância no Brasil não levam a jurisprudência em conta em seus julgamentos (Acesso em 5 de junho de 2019).

Tal informação foi extraída de [pesquisa](#) realizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros e coordenada pelo Ministro Luís Felipe Salomão (STJ) intitulada "Quem somos: a magistratura que queremos" (Acesso em 05 de junho de 2019).

Com efeito, para que a valorização da jurisprudência seja uma realidade, torna-se imprescindível que todos os envolvidos com a prestação jurisdicional (advogados, membros do Ministério Público, magistrados, defensores públicos *etc.*) levem em consideração, ao realizarem o seu trabalho, a jurisprudência. Caso contrário, o resultado já é conhecido por todos: insegurança jurídica, incoerência, instabilidade e assim por diante.

Em razão da importância da valorização da jurisprudência para o bom funcionamento do sistema processual atual, nos próximos artigos trataremos da necessária relação entre os "precedentes" e os dispositivos acima mencionados extraídos do CPC de 2015: art. 311, II; art. 332; art. 496, § 4º; art. 521, IV; art. 932; art. 947, § 3º; art. 955, p. único; art. 988; art. 985; art. 1.040; art. 489, § 1º, V e VI; art. 1.022, p. único, I. Cada qual a sua maneira deixa claro que não se pode ignorar a jurisprudência ao se trabalhar com o direito processual civil.

Atualizado em: 6/6/2019 08:07



PUBLICIDADE



O livro é resultado da compilação dos textos publicados na coluna semanal CPC na Prática. A obra conta com prefácio da professora Teresa Arruda Alvim e apresentação de José Roberto dos Santos Bedaque. "Cada texto é uma migalha de conhecimento; uma exploração breve, clara e didática do cotidiano do novo processo civil brasileiro", afirma o professor Fernando da Fonseca Gajardoni.

ADQUIRA SEU EXEMPLAR

Migalhas

EDITORIAS

Colunas

Eventos

Mercado de Trabalho

Migalhas Amanhecidas

Migalhas de Peso

Migalhas dos Leitores

Migalhas Quentes

Pílulas

TV Migalhas

SERVIÇOS

Autores

Autores VIP

Catálogo de Escritórios

Correspondentes

Eventos Migalhas

Livraria

Precatórios

Webinar

ESPECIAIS

#covid19

dr. Pintassilgo

Lula Fala

Vazamentos Lava Jato

MIGALHEIRO

Central do Migalheiro

Fale Conosco

Apoiadores

Fomentadores

Perguntas Frequentes

Termos de Uso

Quem Somos

Arquivo

A FORÇA DA JURISPRUDÊNCIA NO CPC DE 2015 E A MODULAÇÃO

Teresa Arruda Alvim*

Sumário: 1) A transformação operada pela modulação - 2) Segurança jurídica - 3) Ambientes de decisão - 4) A proteção da confiança - 5) A igualdade - 6) Quando se deve modular?

Resumo: Este artigo trata de uma novidade trazida pelo novo Código de Processo Civil brasileiro, que consiste na possibilidade de o Supremo Tribunal Federal mudar sua orientação, apenas com efeito prospectivo. Uma questão séria, também tratada pela autora, está relacionada em que circunstâncias esse efeito prospectivo deve ocorrer.

Palavras-Chave: Jurisprudência - Precedentes vinculantes - Anulação - Efeito retrospectivo - Boa fé - Igualdade - Segurança jurídica

THE NORMATIVE EFFICACY OF CASE LAW AND THE PROSPECTIVE EFFECT

Abstract: This article deals with a novelty brought by the new Brazilian Civil Procedure Code, which consists of the possibility that overruling's Supreme Court have prospective effect. A serious issue, also dealt with by the author, is related to under which circumstances this prospective effect should take place.

Keywords: Case law – Binding precedents – Overruling –

* Livre-docente, doutora e mestre em Direito pela PUC-SP. Professora nos cursos de graduação, especialização, mestrado e doutorado da mesma instituição. Professora Visitante na Universidade de Cambridge – Inglaterra. Professora Visitante na Universidade de Lisboa. Advogada.

Prospective effect – Good faith – Equality – Legal certainty

1) A TRANSFORMAÇÃO OPERADA PELA MODULAÇÃO



legislador do Código de Processo Civil brasileiro de 2015 demonstrou de modo enfático a consciência que tem no sentido de que as decisões jurisdicionais ostentam, em diferentes intensidades, carga normativa. Isto significa que além de serem decisões para os casos concretos, também são invocadas como *precedentes*, para servirem de base para a decisão de outros casos iguais ou semelhantes.

Se, em alguma medida, decisões judiciais são normas jurídicas, gerando efeitos para além do caso concreto que decidem, devem-se *reconhecer* e *estudar* as consequências deste fenômeno. Entre elas estão a necessidade de, sob certas condições, *uniformizar*, *impor* (precedentes vinculantes) e, muitas vezes, *modular seus efeitos*.

O legislador processual civil brasileiro de 2015 foi ousado, ao criar a regra do art. 927, § 3º: “Na hipótese de *alteração de 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”. (g.n.)

Esta, no entanto, não foi a primeira vez que o legislador brasileiro tratou do tema. A ideia de modulação, no direito brasileiro, nasceu ligada ao controle *concentrado* de constitucionalidade.

Entretanto, mesmo antes da Lei 9.868/1999, que tem dispositivo expresso permitindo a modulação no controle concentrado, o STF, apesar da ausência de lei expressa permitindo, já modulava os efeitos de algumas de suas decisões.¹ Depois disso,

¹ Veja-se, nesse sentido, o interessante julgamento do RE 122.202/MG (10.08.1993), no qual, a fim de preservar o quinquênio progressivo já incorporado ao patrimônio

em vigor a Lei 9.868/1999, que textualmente só faz alusão ao *controle concentrado*, como adequado para produzir decisões cujos efeitos podem ser modulados, começou o STF a modular, em alguns casos, também os efeitos das decisões em controle difuso,² prestigiando, assim, o *princípio da confiança*.

Em 2016, entrou em vigor o CPC/2015, fazendo menção ao fenômeno da modulação no art. 927, § 3º, há pouco referido.

Embora a doutrina reconheça haver vários tipos de modulação, além da temporal, como, por exemplo, a subjetiva ou a territorial, o tema deste artigo dirá respeito exclusivamente à manipulação dos *efeitos da decisão judicial*, vista enquanto *precedente*, no tempo.

Neste sentido, a *modulação* é instituto concebido para concretizar, nos casos em que se entenda adequado prevalecer, o *princípio da proteção à confiança* (que se consubstancia na *dimensão subjetiva da segurança jurídica*), deixando salvo da

dos juízes mineiros e, posteriormente, declarado inconstitucional, o rel. Min. Francisco Rezek decidiu que o benefício até então pago não deveria ser devolvido, de modo que a decisão tinha eficácia *ex nunc*. Percebe-se, nesse caso, que a modulação dos efeitos não ocorreu no próprio julgamento da Representação de Inconstitucionalidade 1.379/MG, j. em 12.08.1987, de relatoria do Min. Moreira Alves, mas, sim, no julgamento do referido Recurso Extraordinário. A nosso ver, como explicaremos mais adiante, embora este caso, de fato, reclamasse modulação, esta não deveria ter sido feita por outro órgão jurisdicional, diferente do que decidiu a representação e em momento posterior. Confirma-se ainda o RE 78.594/SP, de relatoria do Min. Bilac Pinto, em que houve a modulação dos efeitos, para que os atos praticados pelo oficial de justiça, cuja investidura pela lei estadual foi julgada inconstitucional, fossem preservados, em nome da segurança jurídica.

² No Brasil, adotamos ambos os sistemas: os controles difuso e concentrado. Confira-se acórdão recente do STF, em que se modularam os efeitos em controle de constitucionalidade difuso: “Recurso extraordinário. Direito do Trabalho. Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). Cobrança de valores não pagos. Prazo prescricional. Prescrição quinquenal. Art. 7º, XXIX, da Constituição. Superação de entendimento anterior sobre prescrição trintenária. Inconstitucionalidade dos arts. 23, § 5º, da Lei 8.036/1990 e 55 do Regulamento do FGTS aprovado pelo Decreto 99.684/1990. Segurança jurídica. Necessidade de modulação dos efeitos da decisão. Art. 27 da Lei 9.868/1999. Declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc*. Recurso extraordinário a que se nega provimento” (STF, RE 522.897, rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 16.03.2017, DJe 26.09.2017).

incidência da nova regra, quando a jurisprudência muda de rumo, as situações anteriores à alteração, em que o jurisdicionado *confiou* na pauta de conduta antes existente, agindo em absoluta *conformidade* com ela.

A nosso ver, criar *pautas de conduta* para o jurisdicionado não é fruto apenas da atividade do *legislador*, mas também da do *Judiciário*. Pode haver alguma variação de país para país, de sistema para sistema, e esta cooperação pode ocorrer em diferentes medidas ou dimensões, mas existe *sempre* a participação do que *faz a lei* e do que *a interpreta*, na criação da *pauta de conduta*. Apesar das diferenças, que podem decorrer do fato de, em alguns países, existirem precedentes vinculantes (ou não), do grau de liberdade que têm os juízes para interpretar e mesmo de haver (ou não) leis escritas, certamente o fato de se imprimirem, em alguns casos, efeitos prospectivos a mudanças de orientação dos tribunais faz com que a posição do juiz chegue bem perto da do legislador. Esta é a principal razão em virtude da qual ainda existe resistência considerável à adoção deste instituto em alguns países e mesmo ao seu uso, nos países em que o instituto existe.

O estudo da modulação é necessário e urgente. Trata-se de se poderem atribuir à alteração de precedentes ou às conhecidas “viradas” de jurisprudência, tão comuns no Brasil, efeitos apenas prospectivos. Esta necessidade se impõe e decorre da constatação da evidência de que a *atividade jurisdicional é, em alguma medida, criativa*.

Isto não quer dizer que a irretroatividade das leis deva ser idêntica à irretroatividade da jurisprudência. A modulação é excepcional. Mas o instrumento existe e está à nossa disposição e precisa ser compreendido.

A recente Lei 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, também dispõe sobre este tema e traduz, uma vez mais, a intensa preocupação do legislador com os efeitos nocivos da oscilação jurisprudencial, que

eleva a insegurança jurídica e repercute mal no ambiente de negócios do País.³

A redação dos seus dispositivos é excessivamente permeada de conceitos vagos, podendo, assim, gerar profundas discrepâncias interpretativas.

Entretanto, nos arts. 23 e 24, a nova lei diz algo de extrema relevância quanto à alteração de posição da jurisprudência. O art. 23 estabelece que a decisão, a respeito do tema x, que adota orientação diferente daquela que vinha sendo adotada pelas decisões anteriores do mesmo órgão, deve conter, em si mesma, *regime de transição* quanto à incidência dos efeitos que dela decorrem, quando isso for indispensável para concretização do princípio da confiança e da segurança jurídica.

O art. 23,⁴ cujo conteúdo foi resumido anteriormente, usa expressões ambíguas e, às vezes, vagas. Faz, também, uma distinção que seria dispensável: diz que a regra se aplica quando a nova interpretação recair sobre norma de “conteúdo indeterminado”. Provavelmente, o que o legislador quis dizer, e disse mal, é que as normas que ensejam alterações interpretativas, cujos efeitos devem ser modulados, seriam *apenas* aquelas que contêm conceitos vagos. O legislador disse menos do que queria.

Sabe-se que a indeterminação dos conceitos envolve graus: quase todos os conceitos têm certa dose de *vaguedad* (vagueza). Basta se pensar na palavra “mãe”, que pode abranger a *mãe natural*, a *mãe adotiva*, a *mãe biológica* etc., dependendo do contexto em que se encontre. A nova regra, óbvia e evidentemente, não se aplica “apenas” aos casos em que as normas, cuja interpretação foi alterada, contenham conceitos vagos. O

³ Da exposição de motivos da lei extrai-se que os novos artigos visam a gerar mais “segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público”.

⁴ “Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais”.

legislador, portanto, expressou uma preocupação correta de modo inadequado, o que deve ser corrigido pela via interpretativa.

O art. 24,⁵ por sua vez, tem o alcance que, a nosso ver, deve ser, efetivamente, atribuído ao instituto da modulação. Diz que quando o Judiciário revê certo ato, contrato, ajuste etc., que tenha se completado à luz de “orientações gerais da época”, para verificar sua validade, devem-se levar em conta, como parâmetro, exatamente as *orientações vigentes à época da ocorrência do ato*, contrato etc., e não o posicionamento posterior.

Cabe aqui sublinhar que, se a regra é oportuna e deve ser bem vinda, porque autoriza a modulação, não se deve erradamente concluir que é ao próprio juiz da causa que cabe recusar a aplicação, por exemplo, do “novo” precedente vinculante, porque a conduta que está avaliando no processo teria ocorrido antes da virada. Não é assim. A competência para modular é da Corte que proferiu o precedente que passou a não mais prevalecer, por ter havido mudança de orientação.

2) SEGURANÇA JURÍDICA

A modulação é instituto umbilicalmente ligado à segurança jurídica.

À segurança tem-se atribuído muita relevância hoje em dia, justamente como reação à profunda insegurança em que vivemos.

As causas desta insegurança, são as mais variadas, e,

⁵ “Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público”.

dentre as principais, está, com certeza, o excesso de informações, somado ao “dever”, que tem o homem contemporâneo, de planejar, racionalmente, e, de certa forma, *predeterminar* seu futuro. Não há como assimilar toda a informação que está à disposição, e, muito menos, gerenciar e organizar os dados, para compreender adequadamente o presente e planejar o que há de vir, exercendo, assim, certa dose desejável de controle sobre o futuro. A sensação de impotência é fonte de tremenda insegurança.

Vivemos, por outro lado, em sociedades de grupos. Não há mais uma camada *dominante* e outra *dominada*. Há interesses, e grupos se formam à volta deles: as instituições financeiras, os consumidores, os industriais, e assim por diante. Interesses estes, muito frequentemente, contrapostos. Há muitas “verdades”, muitas versões da realidade, muitas noções diferentes do que seja *certo* e *errado*.

Este quadro pode gerar excesso de regramento, leis, decretos, medidas provisórias, e, portanto, correlatamente, o perigo de não se saber *exatamente* “o que é o direito”, por qual *pauta de conduta* deve o jurisdicionado orientar-se.

Esta situação se reflete na instabilidade da jurisprudência.

Ademais, as civilizações contemporâneas cada vez mais possibilitam que camadas sociais, antes excluídas, usufruam de benefícios como hospitais, consumo e, é claro, acesso à justiça.

Some-se a isto o movimento tentacular exercido pelo direito: *tudo* é disciplinado, regulado, normativizado. Indivíduos podem, de fato, ir à justiça em vários papéis: marido, consumidor, idoso, contribuinte etc...

Não é demais lembrar-se aqui da pressão típica da nossa época: tudo deve ser feito muito rapidamente. A necessidade de rapidez diz respeito tanto às leis, quanto às decisões judiciais.

É exatamente este contexto que *revitaliza* o estudo da segurança jurídica. Como observa Humberto Ávila⁶, “só se obtém

⁶ *Teoria da Segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 76.

plena consciência do significado de um bem quando se o perde”.

Trata-se de tema vastíssimo, e, como é evidente, a própria expressão tem vários sentidos e dimensões, que, de certo modo, se interpenetram e se complementam.⁷

A dimensão do princípio da segurança jurídica que serve de pano de fundo para a modulação, é a *subjetiva*: liga-se à necessidade de que *pautas de conduta* sejam *conhecidas*, de molde a permitir o planejamento das ações, sem surpresas posteriores.

A função da modulação é criar segurança jurídica, sob o prisma *subjetivo*, i. e., protegendo a *boa-fé* e a *confiança*. Trata-se, sem dúvida, de um instituto que dá *funcionalidade* a estes princípios.

Neste artigo, tentaremos identificar critérios que recomendam haja modulação em alguns casos. E outras em que devem prevalecer outros valores, sendo a modulação inconveniente.

Em primeiro lugar, deve-se reconhecer que mudanças frequentes e em curtos espaços de tempo, de pautas de conduta, sejam elas provenientes, originariamente, do Legislativo, dos Tribunais Superiores, de súmulas vinculantes ou não...etc., são indesejáveis e têm o condão de comprometer a segurança jurídica, no sentido da estabilidade. Por outro lado, mudanças são necessárias, muitas vezes.

Por outro lado, sabe-se, o direito muitas vezes evolui como obra do Poder Judiciário. A jurisprudência não raramente se adianta e acaba criando respostas às necessidades da sociedade, antes do legislador.

⁷ A esse respeito, observa Alexandre Freire: “O princípio da segurança jurídica é, sem dúvida alguma, um dos pilares do Estado de Direito. Visa a garantir estabilidade e tranquilidade nas relações jurídicas, tendo como principal objetivo proteger e preservar as expectativas de comportamento das pessoas em relação ao que resulta de suas ações e no que diz respeito às ações esperadas de terceiros”. (Precedentes judiciais: conceito, categorias e funcionalidade. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; GONZAGA JAYME, Fernando. (Coords.). *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC de 2015*. São Paulo: RT, 2017, p. 51-82, especialmente, p. 63)

De fato, a lida com o direito envolve tratar do delicado equilíbrio que deve haver entre a necessidade de sua *adaptação* às alterações sociais e a de que haja *estabilidade*. Sem estabilidade não há previsibilidade (= calculabilidade, em grau considerável). Sem previsibilidade, neste sentido, não há direito: há caos.

É imprescindível notar que: “aquilo que os homens chamam de *estabilidade* não é o imobilismo, é o *movimento lento e uniforme* do conjunto que deixa subsistir uma certa forma geral das coisas às quais eles estão habituados”.⁸

O que interessa mais diretamente ao tema central deste artigo é a alteração do direito ocorrida pela obra dos juízes, quando estes mudam súmulas, precedentes, jurisprudência dominante. Portanto, é imprescindível tratar da possibilidade de o juiz “inovar” (= exercer seu poder criativo), para além do que estava antes estabelecido no sistema, em sua configuração anterior, como pauta de conduta (=direito) para o jurisdicionado.

3) AMBIENTES DE DECISÃO

Quando o juiz pode inovar?

Os *ambientes de decisão* – regras e princípios de direito material à luz dos quais certos casos serão objeto de decisões jurisdicionais – é um conceito que pode ajudar a responder a esta pergunta.⁹

A sentença deve respeitar as características do *ramo*¹⁰ do direito material que disciplina o caso posto sob sua apreciação.

⁸ HAURIU, Maurice. *Précis de Droit Constitutionnel*. Paris: Sirey, 1929, p. 6, *apud* ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2014. (g.n.)

⁹ Veja-se artigo em que se adotaram os conceitos de identidade essencial no âmbito dos Embargos de Divergência: CAMARGO, João Ricardo. O novo desenho estrutural dos Embargos de Divergência no STJ traçado pelo CPC/15. *RePro*, São Paulo, n. 272, p. 271-296, 2017, especialmente p. 288 e ss.

¹⁰ Ou do conjunto de normas de direito material, que não correspondem, necessariamente, a um ramo do direito.

Se se tratar, por exemplo, de um caso a ser resolvido por normas de *direito tributário*, princípios de direito tributário hão de ser respeitados: o da *estrita legalidade tributária*, o da *anterioridade*, o da *capacidade contributiva* e tantos outros.¹¹ Portanto, nestes *ambientes decisoriais rígidos*, o sistema de precedentes vinculantes produz bons resultados.

Inovações neste ramo do direito não deveriam, como regra, fazer-se pela mão dos juízes, porque, como a jurisprudência tem efeito retroativo (i.e., colhe situações em que o contribuinte pautou sua conduta à luz da orientação anterior), princípios basilares de direito tributário seriam mortalmente ofendidos, como, por exemplo, o da anterioridade. Valores prestigiados pelo direito tributário, como, por exemplo, a previsibilidade, seriam desprezados, de molde a desfigurar a estrutura fundamental deste ramo do direito.

A evolução do direito deve ter lugar, a nosso ver, neste tema, por *obra da lei*. A lei, ao contrário, tem aplicação para o futuro. A possibilidade de que a alteração da jurisprudência tenha efeitos “moduláveis” suaviza o rigor desta regra de divisão de funções, entre Judiciário e Legislativo.

São outros, todavia, os princípios que regem, por exemplo, o direito de família. Neste *ambiente decisional*, que entendemos possível chamar-se de *frouxo*, tem sentido a afirmação de que a “jurisprudência é o termômetro mais sensível das alterações da sociedade e não deve ser engessada”. É, em grande parte, por obra da construção dos juízes que o direito de família se modifica, se adapta.¹²

¹¹ Conforme: CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 20. ed., São Paulo, Malheiros, 2004; AMARO, Luciano da Silva. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed., São Paulo, Saraiva, 2005; ATALIBA, Geraldo. Limitações constitucionais ao poder de tributar. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, v. 51, p. 153, jan./1997; CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 17. ed., São Paulo: Saraiva, 2005; COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005; MACHADO, Hugo de Brito. *Os princípios jurídicos da tributação na constituição de 1988*. São Paulo: RT, 1989.

¹² Diz-se, no direito inglês, que os aspectos criativos da decisão judicial são visíveis

Os critérios de distinção destes dois tipos de ambientes são os *princípios basilares* de cada um dos ramos de direito material que servirão de base à decisão: este é o *ambiente* em que a decisão será tomada.

Este *ambiente decisional* é que fornecerá elementos para que se saiba: se o juiz pode levar em conta, na sua decisão, *alterações sociais* que o autorizam a divergir *suavemente* – *nunca bruscamente* – do que até então estava estabelecido.

Em campos mais *frouxos* é que, segundo nos parece, à jurisprudência pode caber, sim, (também) o passo, talvez o primeiro passo, na evolução do direito: *transformação das regras de direito material*.

4) A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA

Roque Carrazza, grande tributarista brasileiro, menciona, no contexto do princípio da segurança jurídica, certamente tendo em vista o direito tributário, a necessidade de que *o direito* tenha o timbre da irretroatividade, e não a lei,¹³ o que faz integral sentido, já que o direito não se confunde com a lei, compreendida em sua literalidade.

Todavia, pensamos que a alteração da jurisprudência é *naturalmente retroativa*,¹⁴ no sentido de atingir situações que

também no *law of torts* (= responsabilidade extracontratual), que não são uma parte estática do direito (MARSH, Norman. Principle and Discretion in the Judicial Process, *Law Quarterly Review*, v. 68, 1952, p. 226).

¹³ CARRAZZA, Roque. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais - Competência dos Tribunais Superiores para fixá-la - questões conexas. In: FEERAZ JR., Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JR., Nelson. *Efeitos ex nunc e as decisões do STJ*. 2. ed., Barueri: Manole, 2009, p. 48.

¹⁴ Alteração da jurisprudência tem vocação retroativa. Como explica Daniel Mitidiero: “Em segundo lugar, a *alteração do precedente deve ter vocação retroativa*, isto é, o novo precedente tem de ter a pretensão de regular casos para os quais se aplicava o precedente anterior. Isso porque é justamente para evitar a aplicação de uma *norma inexistente* e, portanto, *desconhecida* no momento da conduta de determinada pessoa que a superação prospectiva do precedente e encontra justificação”. (*Precedentes: da persuasão à vinculação*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 134).

ocorreram durante a prevalência da orientação anterior.¹⁵ *Justamente por isso* é que existe a *modulação*, tema central deste artigo: para corrigir esta distorção, nos casos em que esta correção é necessária.¹⁶

O direito é a *lei*, interpretada pelos *tribunais* à luz da *doutrina*: destes elementos emerge a *pauta de conduta*, que orienta a vida do jurisdicionado, indicando-lhe o que pode e o que não pode fazer.

O princípio da proteção da confiança vem-se tornando cada vez mais relevante para o direito, porque eleva o nível do potencial de atividades humanas, contribuindo para a racionalização das escolhas, que integram a conduta dos homens, permitindo progressos de antecipação dos comportamentos futuros do *alter*.¹⁷

¹⁵ Criticando a situação anterior ao CPC/15, Estevão Mallet afirma que: “A irrestrita aplicação retroativa da jurisprudência suscita, como visto, graves problemas práticos, comprometendo a segurança jurídica. Por isso, a despeito do entendimento geralmente dominante nos tribunais, encontram-se, também no sistema jurídico brasileiro, restrições a esse resultado. Algumas estão expressas no próprio direito positivo. Outras são criadas pela doutrina e pelos tribunais, de modo casuístico, para evitar prejuízos sociais relevantes”. (A jurisprudência sempre deve ser aplicada retroativamente? *RePro*, São Paulo, v. 31, n. 133, p. 67-84, mar./2006).

¹⁶ Neste sentido: “É relevante que se compreenda o porquê dessa diferença: a alteração da jurisprudência tem, sempre, salvo no caso de haver modulação, efeito retroativo. A mudança da pauta de conduta, quando ocorre por obra do juiz, acaba por servir de base para avaliar casos que ocorreram à luz da orientação superada, o que gera surpresa, indesejável e, de rigor, inadmissível, como regra, no âmbito do direito tributário ou penal.

Veja-se que a própria modulação é sinal evidente de que o legislador reconhece que decisões judiciais geram pauta de conduta: orientação para os outros tribunais e para o próprio jurisdicionado. Trata-se da preocupação do legislador de criar normas de direito “intertemporal” também para a mudança da jurisprudência.

Um rápido parêntesis acerca da importância e da coerência na aplicação da técnica de modulação dos efeitos das decisões, para o que citamos a lição de Marinoni: ‘O emprego das técnicas de modulação dos efeitos temporais exige cautela. Obstaculizar a retroatividade de efeitos pode gerar resultados inconsistentes ou tratamento desigual para casos iguais’”. (BELLOCCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem*. São Paulo: RT, 2017, p. 140-141).

¹⁷ CABRAL, Antonio do Passo, comentando pensamentos de Niklas Luhmann, *Coisa julgada e preclusão dinâmicas*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, item 1.10.7.1, p.

Em última análise, a sociedade “funciona melhor” quando uns confiam nos outros e todos confiam no Estado. E, é evidente, quando esta confiança é prestigiada.

Indivíduos devem poder confiar no Estado. O Estado não pode frustrar e desorientar o jurisdicionado, tendo condutas contraditórias, e, portanto, surpreendentes. O princípio da confiança é, a nosso ver, ínsito ao Estado de Direito.

A exigência de que as autoridades em geral ajam de boa-fé é indispensável à segurança jurídica.¹⁸ Aqui se está referindo obviamente à boa-fé objetiva, que nada tem que ver com o plano interno, das intenções: é a ausência de abuso, a coerência e a harmonia dos atos que compõem suas condutas.¹⁹

Tudo o que se disse se aplica indubitavelmente à conduta do Poder Judiciário.

Geram confiança, por exemplo, a lei, a jurisprudência firme e iterativa de um Tribunal, um precedente de um Tribunal de cúpula etc.²⁰

156.

¹⁸ Nesse sentido, afirma Celso Antônio Bandeira de Mello: “A analogia é perfeita: o administrador *de boa-fé* que agiu na conformidade com ato administrativo tido por inválido, deve ser resguardado dos efeitos nocivos desta invalidação, pois os atos foram obra do próprio Poder Público. A Ação Pública deve invalidá-los, evitando que continuem a produzir efeitos, mas muitas vezes não se devem desconstituir o que se produziu ‘sob o beneplácito’ do próprio Poder Público”. (MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 473).

¹⁹ No mesmo sentido, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr.: “A proibição de *venire contra factum proprium* impõe-se à Administração, inclusive, ao Judiciário, pois decorre diretamente do texto constitucional, já que agindo contra seus próprios atos o poder público viola os princípios da segurança jurídica (arts. 1º, 5º, *caput* e XXXVI, CF), da solidariedade (art. 3º, I, CF), da legalidade e da moralidade administrativa (art. 37, *caput*, CF) (NERY JR., 2009, 86)”. (Uma proposta de sistematização da eficácia temporal dos precedentes diante do projeto de novo CPC. In: ADONIAS, Antônio; DI-DIER JR., Fredie. (Orgs.) *Projeto do novo Código de Processo Civil – 2.ª série: estudos em homenagem a José Joaquim Calmon de Passos*. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 367).

²⁰ O princípio da proteção da confiança é que dá paz e tranquilidade para que as pessoas planejem suas vidas: “Em resumo, a expectativa de comportamento é uma espécie de esperança ou aposta baseada em padrões e comportamentos anteriores já experimentados ou conhecidos. É a espera pela resposta que é possível *sensatamente*

A mudança da jurisprudência dominante ou pacificada de qualquer tribunal, bem como a alteração de tese adotada em precedentes vinculantes “revela comportamento contraditório do Estado que não pode prejudicar o jurisdicionado”.²¹ Ainda mais quando a mudança beneficia o Estado, pois, neste caso, prejudicar o particular para favorecer o Estado seria permitir que este se beneficiasse da própria torpeza.

A tutela da confiança, quando relacionada à mudança da posição dos Tribunais pode levar a (i) recomendar que esta *não ocorra*, pelo dever de coerência, se decorre de “mudanças caprichosas de critérios decisórios”²² (ii) criação de regras de transição, em caso de haver mudança de regime jurídico de alguma situação (iii) a não incidência do novo entendimento em situações fáticas ocorridas antes da alteração.

A modulação consiste, como diz, com razão, Valter Shuenquener de Araújo, de *uma forma de tutela contra o Estado*,²³ com o objetivo de resguardar a confiança que teve o jurisdicionado na pauta de conduta por aquela criada.

5) A IGUALDADE

Diz-se que o princípio da igualdade consiste em se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.²⁴ A

antecipar. Essas expectativas, como confirmam as experiências de vida, preparam os sujeitos para lidar com resultados decorrentes do que se espera ou se pode esperar. Elas programam os projetos existenciais das pessoas. Assim, uma vez que se pode antecipar um resultado possível, qualquer surpresa frustra expectativas, causando decepção ou prejuízo de alguma ordem”. (FREIRE, Alexandre. *Ob. cit.*, p. 60, g.n.).

²¹ RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. Limites à mudança jurisprudencial. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. (Coords.). *Direito jurisprudencial: volume II*. São Paulo: RT, 2014, p. 1127.

²² BARROSO, Luís Roberto, no Prefácio à obra de ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

²³ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016, *passim*.

²⁴ Observa, Luiz Alberto David Araújo, oportunamente, que o texto constitucional,

igualdade, no entanto, deve ser compreendida em conjunto com outros princípios. Liga-se à ideia de equilíbrio. Não raras vezes, a aplicação do princípio “tem por pressuposto a existência de situações diferentes (não idênticas), às quais, no entanto, deve ser assegurado um tratamento equilibrado, não discriminatório”.²⁵ É o caso de uma norma que disponha deverem empregos ou vagas em universidades ser assegurados a deficientes visuais.

Na verdade, a principal função do princípio da igualdade é a de evitar “previsões discriminatórias injustificadas”.²⁶ Assim, discriminar o consumidor ou o trabalhador, para protegê-lo, não é desrespeitar regra que diz que ambos devem receber tratamento isonômico, já que estão sendo “favorecidos” porque são, presumivelmente, a parte “mais fraca”.

Uma das consequências inafastáveis da incidência desse princípio é a de que, em face de casos *rigorosamente idênticos*, deve, o Judiciário, decidir conforme a lei, compreendida e aplicada da mesma forma.

A modulação, entretanto, cria uma situação em que a isonomia é afastada. Quando há a modulação, a nova regra se aplica a algumas situações, mas não a todas. Algumas serão resguardadas, em nome de outros valores, de outros princípios. O principal, sem dúvida, é a segurança jurídica, sob o ângulo subjetivo: a confiança.

6) QUANDO SE DEVE MODULAR?

que tem redação distinta do anterior no que pertine à igualdade, veio colocá-lo na cabeça do artigo, fixando-a como princípio constitucional, regra de aplicação para a integração, deixando de incluí-la como um dos direitos individuais, mas erigindo a igualdade como pressuposto do entendimento de todos os demais. A igualdade, portanto, teve alteração topográfica em relação ao texto anterior, tendo essa mudança significado de grande importância na interpretação do texto. Assim, deixou a igualdade de ser fixada apenas com um dispositivo, e passou a constar com regra matriz (*A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. Brasília: Corde, 1994. p. 84).

²⁵ GRECO, Marco Aurélio. *Contribuições: uma figura sui generis*. São Paulo: Dialética, 2000. p. 115.

²⁶ Idem, destaques no original.

Se a jurisprudência tem, como observamos antes, naturalmente efeito retroativo, a modulação há de ser uma exceção, i.e., feita em alguns casos.

De fato, o normal é que atos do legislativo produzam efeitos para o presente (em certa dimensão) e para o futuro. Decisões judiciais operam efeitos para o passado.

Como, então, saber em que casos deve haver modulação?

O *primeiro critério* que aparece como fundamental para identificar casos em que a modulação deve haver é o de que, com ela, se estará *protegendo a confiança que teve o jurisdicionado na orientação anterior*.²⁷

Não se trata de um argumento preciso.²⁸ Mas, a nosso ver, este tema, que é extremamente resistente à sistematização e à disciplina baseada em critérios seguros e confortáveis, leva, necessariamente, à lida com parâmetros nublados, que, justamente porque carecem de precisão, devem ser considerados em conjunto.

A orientação anterior deve ter sido, como regra, *firme e duradoura*. Deve ter representado, para o jurisdicionado, *confiável pauta de conduta* (= direito).²⁹ Isso pode ocorrer entretanto,

²⁷ Por isso é que aludem Marinoni e Mitidiero à necessidade, para que haja modulação, de que em tese existam soluções distintas para o mesmo caso: circunstâncias fáticas idênticas e mais de uma solução possível (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Recurso extraordinário e recurso especial: do jus litigatoris ao jus constitutionis*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 281).

²⁸ Essa crítica é feita inteligentemente por Alaor Leite. Proibição de retroatividade e alteração jurisprudencial: a irretroatividade da jurisprudência constitutiva do injusto penal. In: RENZIKOWSKI, Joachim; GODINHO, Inês Fernandes; LEITE, Alaor; MOURA, Bruno. *Actas do Colóquio o Direito Penal e o Tempo*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2016. p. 43-88, *passim*.

²⁹ “A revogação de precedente, ao alterar o entendimento da Corte a respeito da interpretação da lei federal, tem grande impacto sobre as situações levadas a efeito sob o império do precedente revogado. De forma que exige do Tribunal, em primeiro lugar, a análise acerca da existência de “confiança justificada”, uma vez que nem todo precedente gera confiança capaz de legitimar a conduta praticada. Depois, há que se verificar se o ato ou a conduta realmente deriva da confiança que se depositou no precedente” (MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia temporal da revogação da

no direito brasileiro, também quando se trata de apenas *uma decisão do STF*, julgando recurso extraordinário avulso, ou seja, não repetitivo.

Um *segundo critério*, que nos parece capaz de auxiliar na identificação de casos em que deve haver modulação, é o de se tratar de situação em que o *ambiente decisional seja rígido*³⁰ e que, por isso, a nosso ver, em tese, não se teria recomendado que a alteração do direito (= da pauta de conduta) se desse por obra do Poder Judiciário.³¹

Quando se trata de hipótese que envolva direta ou indiretamente o Estado,³² a nova orientação do Tribunal *prejudica o particular*,³³ deve haver modulação. Este é um *terceiro critério*.

jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 48, n. 190, p. 15-34, abr.-jun. 2011; *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 906, p. 255-284, abr. 2011).

³⁰ Tratamos deste conceito no item 4 deste artigo. Exatamente nesse sentido, Eva Steiner: “As indicated above, a first attempt towards systematization consists in distinguishing between different fields of law. Three relevant areas have been generally identified in the foreign material under review: criminal law, civil law and tax law. They are now considered in turn” (STEINER, Eva. *Comparing the Prospective Effect of Judicial Rulings Across Jurisdiccions*. Springer International Publishing Switzerland, 2015. [Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law 3]. p. 18).

³¹ Inegavelmente, no direito tributário: “Ora a mesma técnica, os mesmos critérios de segura aplicação do princípio da irretroatividade das leis devem reger a irretroatividade das modificações jurisprudenciais. É evidente que a confiança está pressuposta, como confiança sistêmica, difusa. Todos devem acreditar, crer, confiar honestamente nos comandos do legislador e dos tribunais superiores. E isso se protege. E se protege de modo tão intenso, que a responsabilidade pela confiança não emerge, nem precisa ser percebida, está lá onde a segurança reina absoluta” (DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao Poder judicial de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009. p. 595).

³² Inevitável a analogia com a anulação dos atos administrativos. Ensina Celso Antônio Bandeira de Mello: atos restritivos da esfera jurídica dos administradores, se eram inválidos, o ato que declara esta invalidade deve produzir efeitos retroativos. Ao contrário, efeitos apenas prospectivos devem ser dados à declaração de invalidade de ato administrativo ampliativo da esfera jurídica do administrado – efeito *ex nunc* (*Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 472).

³³ Ravi Peixoto faz menção ao requisito genérico do *prejuízo* que adviria a parte pela adoção da nova regra, que veio com a alteração do entendimento adotado (A superação prospectiva de precedentes: em busca de fundamentos e dos requisitos materiais

Não deve o particular arcar com os ônus decorrentes da incoerência da conduta dos representantes do Estado.

Conforme observamos antes, a modulação é um instrumento para que o particular possa defender-se contra o Estado. Quando a jurisprudência muda, o Estado (o Judiciário) está incorrendo em conduta encartável na *má-fé objetiva*:³⁴ é um *venire contra factum proprium*.

Alteram-se as regras segundo as quais deve pautar-se a conduta dos indivíduos, o que já é indesejável;³⁵ alteram-se, e, a nova regra, além de tudo, prejudica o particular!

Se não houvesse modulação quando a nova orientação do tribunal fosse *desvantajosa para o particular*,³⁶ *quando se tratasse de hipótese que envolva o Estado*,³⁷ o particular seria

para a sua utilização na sistemática de precedentes adotada pelo CPC 2015. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; GONZAGA JAYME, Fernando (Coord.). *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC de 2015*. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 948).

³⁴ Salvo quando estiver adaptando o direito às alterações da sociedade ou corrigindo erros.

³⁵ Desde que, como dissemos na nota anterior, não se esteja adaptando o direito à realidade ou corrigindo erros.

³⁶ No âmbito tributário, isso é comum. Jeferson Teodorovicz, em denso artigo, trata da indesejável instabilidade da jurisprudência brasileira no campo tributária, observando que, já que o legislador não pode impedir tais mudanças, devem-se fixar limites aos efeitos de tais mudanças, protegendo a segurança jurídica. Devem ter efeitos prospectivos as mudanças que prejudicam o contribuinte, sendo lícita a argumentação consequencialista, ao lado da jurídica em sentido estrito (Segurança jurídica no direito tributário e modulação de efeitos em decisões de inconstitucionalidade. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 131, p. 65-126, nov.-dez.2016).

³⁷ Nesse sentido, Antonio Alves Pereira Netto: “Essas opiniões se alinham no sentido de que a modulação dos efeitos, além de ser instrumento de cunho excepcional, deve se dar somente em favor do contribuinte, aquele que é o protegido pelo primado da segurança jurídica” (*Modulação de efeitos em matéria tributária: análise quanto aos fundamentos constitucionais e às possibilidades de aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 140). Entretanto: “A prática do STF, todavia, tem apontado no sentido oposto, deixando de aplicar a modulação de efeitos quando tal providência se mostraria favorável aos contribuintes e utilizando essa ferramenta para impossibilitar a repetição de indébito decorrente da inconstitucionalidade de norma tributária, como pode ser visto a partir dos RE 556.664, 559.882, 560.626 e 559.943 (julgados conjuntamente), do RE 353.657 e dos RE 377.457 e 381.964” (...) “Quando se trata da inconstitucionalidade de normas tributárias, é certo que as questões acima ganham maior

duplamente prejudicado.

Pode-se dizer que se o particular fosse lesado, em casos como o que se descreveu acima, estaria pagando por um “erro” do próprio Estado (Judiciário) para favorecê-lo (ao Estado).³⁸

Georges Abboud menciona tal critério, quando trata da modulação de decisão em controle de constitucionalidade, mas seu raciocínio se aplica à perfeição também à hipótese de alteração da jurisprudência firme ou de precedente vinculante. Afirma, a nosso ver corretamente, deverem prevalecer *direitos fundamentais*, ainda que em detrimento do interesse público. O dogma de que o interesse público sempre deve prevalecer deve ser afastado, pois se baseia na falsa concepção de que os *direitos fundamentais* seriam “direito privado” e nunca poderiam prevalecer sobre interesse público. Diz-se, habitualmente, que são oponíveis contra o Poder Público e contra outros particulares, não devendo “ceder” em nome de interesses públicos.

Direitos fundamentais têm apoio na Constituição. São conquista histórica e entendê-los como direitos “privados”, que devem “ceder”, quando postos lado a lado com o interesse público, consiste em verdadeiro retrocesso do próprio processo de civilização. São direitos “fortes”, exercitáveis contra o Governo e se constituem em limitação ao agir do próprio Governo.³⁹

complexidade. Por ser característico pela sua maior rigidez, o Direito Tributário traz nos dois polos de qualquer litígio interesses de peso para o sistema jurídico: de um lado, as razões do Estado; de outro, os direitos dos contribuintes, aos quais já foi reconhecido o *status* de direito fundamental, conforme exposto” (*ibidem*, p. 143).

³⁸ A doutrina, além de escassa, não é uníssona. Diego Diniz Ribeiro sustenta que a modulação também deve haver a favor do Estado (Fisco). “Diante dessas considerações, torna-se inegável afirmar que uma decisão judicial proferida pela mais alta corte do País gera uma expectativa jurídica também para o Estado-administração, razão pela qual, em caso de mudança jurisprudencial, esta expectativa deve ser respeitada. Por tais razões, a nosso ver é perfeitamente admissível a modulação de efeitos em matéria tributária não só em prol do contribuinte, mas também em benefício do Erário, tudo em respeito aos princípios da segurança jurídica, boa-fé e confiança” (A modulação de efeitos no controle de constitucionalidade em matéria tributária e a jurisprudência do STF. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 178, jul. 2010, p. 37).

³⁹ ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2016, item 3.29.2.3, p. 367.

O interesse público, por si só, não garante a preservação de direitos fundamentais, nem estes podem ser apequenados em nome daquele.

Apesar de ser comum a afirmação de que entre o interesse público e privado, deve prevalecer aquele, esta, como dissemos há pouco, deve ser compreendida com cuidado. Não se pode mais dizer isto sem se fazer a observação de que o *interesse público cede, diante da dignidade humana e dos direitos e garantias fundamentais* (arts. 1º, III e 5º da CF).⁴⁰ Trata-se, na verdade, de uma indevida simplificação, já que os direitos fundamentais constituem o fundamento funcional da democracia.

Pode-se enxergar, nos direitos fundamentais, verdadeira *garantia contra o abuso do Estado*. São direitos exercitáveis pelo particular para manter o Estado com seu poder *limitado* (na verdade, desenhado, em sua versão final).

Estes três critérios, em princípio, devem ser avaliados conjuntamente, para que estejam presentes as características de situação jurídica sobre a qual versará a decisão, que recomendam haja modulação.

Há, entretanto, uma situação especial que normalmente leva à necessidade de modulação: a das decisões jurisdicionais a respeito de *políticas públicas*. Este não é um quarto princípio, mas uma situação especial.

Está-se, aqui, em face de uma deformação, já que o Poder Judiciário acaba fazendo as vezes da Administração Pública e até do Legislativo, mais frequentemente do que seria desejável.⁴¹

⁴⁰ NERY JR., Nelson. Público vs. Privado?: a natureza constitucional dos direitos e garantias fundamentais. In: MARTINS, Ives Gandra; REZEK, Francisco (Org.). *Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro*. São Paulo: RT, 2008. p. 229-254, especialmente p. 245.

⁴¹ “Toda esta deficiente atuação do Legislativo e do Executivo configura causa para a ascensão institucional do Poder Judiciário. O protagonismo do Judiciário em matéria de direito à saúde é também uma das facetas da crise do Estado Brasileiro. Ou seja, se o setor público não funciona adequadamente, o caminho natural é a judicialização” (SCHULZE, Clenio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro. *Direito à saúde*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2019. p. 39).

A nosso ver, os três Poderes deveriam atuar *em conjunto* e harmonicamente para realizar princípios fundamentais constitucionais. Não é o que vem ocorrendo e o resultado disso é um Poder Judiciário extremamente sobrecarregado.⁴²

Quando o juiz decide sobre políticas públicas, como ocorre com a Administração, tem certa dose de discricionariedade para manipular ou dispor sobre efeitos de sua decisão.

Parece-nos que estes processos, em que o juiz, como se disse, realiza concretamente valores constitucionais, mas não se cinge, a sua atividade, à aplicação da lei (= do direito) ao caso concreto, consistindo substancialmente em exercício de atividade de administração do Estado, se inserem numa categoria mais ampla que vem sendo chamada de *processos estruturantes*.

Nesses processos, o juiz decide casos em que dá operacionalização às organizações burocráticas. Participa, junto com

⁴² “A crise do Legislativo decorre dos vários óbices ao exercício da sua atuação. Em primeiro lugar, em razão de acentuada inércia e omissão na edição de leis que sejam desejadas pela sociedade e que seriam necessárias para a regulamentação da Constituição. Nos últimos anos, o legislador tem deixado de assumir o seu papel para evitar comprometimentos políticos e, principalmente, para não receber o controle da sociedade e do seu eleitor. Além disso, a divisão em múltiplos grupos de interesse dificulta a atuação unitária do Poder, razão pela qual grande parte da atuação do legislativo é dedicada à edição de leis simbólicas, pois elas não atingem e não prejudicam ninguém. Pontos importantes para a sociedade, como reformas constitucionais (política, previdência, tributária) são temas que desafiam o legislativo há duas décadas.

Em segundo lugar, o Legislativo ainda é distante a legitimação democrática. O fisiologismo e o patrimonialismo ainda não marcas antigas e que estão presentes no universo do legislativo brasileiro.

A crise do Poder Executivo também não destoa.

Em primeiro lugar, a baixa governança impede a condução da administração pública brasileira. Em segundo lugar, há inércia e omissão na construção e execução de políticas públicas. Em terceiro lugar, a meritocracia ainda é considerada dogma no serviço público. O alto número de cargos comissionados, sem controle da capacidade técnica, influência na baixa qualidade do ato administrativo. Em quarto lugar, a eficiência ainda não se consagrou como princípio maior, a despeito da previsão no artigo 37 da Constituição.

Por fim, outro ponto refere-se ao lamentável custo da corrupção, que já foi internalizado (infelizmente) na economia, na vida pública e nos atos estatais” (SCHULZE, Clenio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro. *Direito à saúde*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2019. p. 38-39).

Legislativo e com o Executivo, no processo de conceder significado a valores públicos. Estes valores estão, normalmente, envolvidos com os chamados processos estruturantes (*structural litigation*).⁴³ A concessão de significado a valores públicos há de fazer-se conforme a Constituição Federal.

A sociedade pode, efetivamente, exigir do Judiciário o controle de atos e condutas do Poder Público, e o faz por meio de Ações Populares, Ações Coletivas etc. Este fenômeno é hoje previsto no próprio ordenamento jurídico.⁴⁴ É inevitável, portanto, que o juiz, nestes casos, exerça certa dose de ativismo, já que a sua atividade é *menos* de aplicar o direito ao caso concreto e *mais* de se colocar no lugar da própria Administração Pública. O ativismo judicial nestes casos, entretanto, é parte da solução, e não do problema.

⁴³ Sobre o tema, ver: JOBIM, Marco Felix. *Medidas estruturantes: da Corte Suprema estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, *passim*.

⁴⁴ “O princípio da universalidade de Jurisdição estampado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição, tornou-se fundamento para a judicialização ilimitada das questões sociais e políticas travadas no Estado Brasileiro. Significa dizer que inexiste atualmente limitador para o ajuizamento de ações judiciais.

Isso levou o próprio Judiciário a assumir para si a atribuição de regular e disciplinar tais questões, passando de coadjuvante do Estado a ator principal. É interessante observar a evolução do Poder Judiciário a partir do desenvolvimento do próprio Estado” (SCHULZE, Clenio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro. *Direito à saúde*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2019. p. 43).

A Nova Amplitude dos Embargos de Divergência e sua Importância na Uniformização da Jurisprudência

*The New Range of the Motion
for Reconsideration and its Relevance
for Case Law Standardization*

José do Carmos Góes*
Vinicius Silva Lemos**

Resumo: Este artigo versa sobre os Embargos de Divergência, em uma visão panorâmica, visando à sua apresentação de maneira geral, para posteriormente visualizar as suas modificações no Novo Código de Processo Civil. Os Embargos de Divergência referem-se a uma espécie de recurso judicial que deverá ser interposto no STJ ou STF. Isso manter-se-á, mas com novas possibilidades, com aspectos mais amplos e gerais, tornando a discussão ainda maior na forma recursal, mas no mesmo íterim possibilitando a busca pela pacificação de entendimentos sobre os próprios Embargos de Divergência. O recurso terá papel fundamental no ideal do novo código de buscar a uniformização da jurisprudência, sua relevância para novas matérias e possibilidades recursais.

Palavras-chave: Embargos de Divergência. Uniformização da Jurisprudência. Recursos. Novo Código de Processo Civil brasileiro.

* Graduado pela Faculdade de Rondônia.

** Professor de Direito Civil e Processual Civil na Faculdade de Rondônia – FARO. Mestrando em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense – UFF/RJ. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Rondônia – FARO (2004). Graduação em Direito pela Faculdade de Rondônia – FARO (2003).

Abstract: This article deals with the motion for reconsideration, in a brief overview, aimed at its presentation in general, in order to view subsequently its changes in the New Code of Civil Procedure. The motion for reconsideration refers to a kind of judicial appeal that ought to be filed before the Superior Court of Justice or the Supreme Federal Court. It will be maintained, but with new possibilities, with broader and more general aspects, enabling an even greater discussion on the appeal, but at the same time enabling a search for the settlement of understandings about the own motion for reconsideration. The appeal shall play a key role in the ideal of the new code to seek case law standardization, its relevance to new matters and appealing opportunities.

Keywords: Motion for Reconsideration. Case Law Standardization. Appeals. Brazilian New Code of Civil Procedure.

Introdução

O mundo jurídico brasileiro aguardava o novo código de processo civil, mudanças, adaptações, impacto no dia a dia jurisdicional, renovadas jurisprudências, posicionamentos, discussões e doutrinas jurídicas. Tudo acaba por ser novidade, mesmo quando o intuito foi melhorar, não se sabe o real valor da nova codificação.

Agora, com o texto aprovado, cumpre analisarmos os institutos e as suas alterações, vislumbrar hipóteses e alternativas para uma melhor prática processual, dentro de análises acadêmicas, para um melhor entendimento da legislação recente. O assunto em questão neste trabalho recai sobre os Embargos de Divergência que são um importante instrumento processual utilizado no judiciário brasileiro, à disposição das partes, do Ministério Público e terceiro prejudicado, dentro da mesma relação jurídica processual já existente para viabilizar a estabilização da jurisprudência interna dos Tribunais Superiores.

A prestação jurisdicional perfeita, aquela almejada na Constituição, determina que deve haver uma isonomia legal na busca dos direitos, devendo refletir em igualdade para todos os jurisdicionados quando buscam direitos semelhantes. Entretanto, é sabido que há percalços na busca e concretização desses direitos como garantias fundamentais constitucionais, com decisões diversas, muitas vezes antagônicas sobre os mesmos pontos.

Contudo, o Brasil é um país de dimensões continentais, constituído de estados federados que diariamente movimentam a máquina judicial, acionando para resolução de conflitos das mais diversas naturezas e envergadura, gerando uma diversidade imensa de decisões, necessitando de uma padronização de entendimento pelo STF e do STJ.

Assim sendo, o maior desafio a ser cumprido é o da uniformização da jurisprudência nos Tribunais Superiores de onde emanarão as decisões a serem cumpridas pelos demais tribunais de todo país. E isso só será possível por meio de uma pacificação dos entendimentos pelos Tribunais Superiores, com a tentativa de manter a jurisprudência uníssona, utilizando os diversos modos de composição de entendimentos, sendo, um deles, os Embargos de Divergência, que têm como finalidade precípua a consolidação da segurança jurídica que devem possuir os julgamentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, em que uniformizar-se-á a interpretação e a explicação do direito.

Além do que, vale salientar que os Embargos de Divergência mantêm o caráter correccional que é próprio de todo recurso. Eles não só permitem que o acórdão embargado seja reformado, como também seja anulado, quando necessário, a fim de impedir a execução de um acórdão até que seja feita uma revisão de julgamento.

Isso equivale a dizer que caso haja um dissenso entre acórdão de uma turma e, por sua vez, precedente de um outro órgão colegiado do mesmo Tribunal Superior, os Embargos de Divergência possibilitarão a eliminação da dita divergência, fazendo valer o entendimento majoritário dos componentes da Corte.

Com o novo código de processo civil, a importância e amplitude dos Embargos de Divergência alcançaram outro patamar, com maior vascularidade, mais hipóteses de cabimento, numa tentativa de ampliar seu raio da ação processual. Diante do exposto, a proposta aqui será demonstrar a não somente importância que há na utilização, via judiciário, do instrumento processual denominado Embargos de Divergência, para a perfeita harmonização da jurisprudência pátria, bem como os impactos da nova legislação no instituto, com as alterações legislativas realizadas.

518

1 Embargos de Divergência

Os Embargos de Divergência estão no CPC 73, disposto no artigo 546, com o intuito de possibilitar a revisão de um acórdão de turma de tribunal superior (STJ ou STF) que divergir de outra turma do mesmo tribunal. Já no Novo CPC 15, os Embargos são alocados para o final do código, no artigo 1043, mantendo a finalidade de impugnar acórdãos com resultados divergentes, em tribunais superiores.

No entanto, houve alteração no intuito de possibilitar maior amplitude aos embargos, assunto precípuo deste estudo, o qual alcançaremos no final. Conceituando a palavra Embargos, chegamos à acepção de “colocar empecilho”, com o pensamento voltado ao processo de impedir o prosseguimento da demanda ou do seu andamento recursal. O ato de embargar

acarreta um impedimento, seja no trânsito em julgado, seja na próxima possibilidade recursal, com a finalidade de cessar as controvérsias acerca das interpretações das normas jurídicas nos tribunais superiores, para alcançar uma uniformização de jurisprudência ou de entendimentos.

Rapidamente relembando a evolução histórica deste recurso, os Embargos de Divergência foram inseridos no ordenamento pela Lei n. 623 de 1949, acrescentando o parágrafo único ao artigo 833 do Código de Processo Civil de 1939 que afirma: *“Além de outros casos admitidos em lei, são embargáveis, no Supremo Tribunal Federal, as decisões das Turmas, quando diverjam entre si, ou de decisão tomada pelo Tribunal Pleno”*. Essa inclusão demonstra que desde antes da década de 1940, quando não exista ainda o STJ, somente o STF, já sofriamos com a presença de divergência de entendimentos no tribunal superior, não sendo um problema de nosso tempo, somente atualmente ampliado.

No CPC 73, o instituto recursal não foi reeditado, com total revogação, revigorado posteriormente pela lei 8.950/1994, inserido-o no artigo 546, com uma redação como: *“[...] 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.”*

Com a Constituição Federal criando o Superior Tribunal de Justiça, natural naquele momento da reedição dos Embargos a ampliação de seu cabimento a este tribunal superior, transformando a forma recursal para ambos os tribunais superiores, como um instrumento jurídico para a resolução de divergência nestes tribunais, objetivando a uniformização e, não a simples promoção de reexame das questões de fato. Até a alteração proveniente do CPC 15, os Embargos de Divergência estavam delimitados da forma com que descrevemos, com importância para pacificar, de forma repressiva, a jurisprudência dos tribunais superiores.

1.1 Finalidade e Adequação

Em linhas gerais, observa-se que há entendimento pacificado de que a finalidade dos Embargos de Divergência é a uniformização jurisprudencial interna dos tribunais superiores, eliminando, assim, as discrepâncias “intra muros”, abolindo seus conflitos internos. Nesta esteira, está circunscrito o pensamento de Leonardo Cunha e Fredie Didier Jr., quando afirmam que:

O objetivo dos embargos de divergência é obter uma uniformização de jurisprudência interna, no âmbito do STJ ou do STF. Obtida a uniformização, atende-se o segundo objetivo dos embargos de divergência: reformar/anular o acórdão embargado. Assim, providos os embargos de divergência, ao tempo em que se obtém a alteração do acórdão embargado, alcança-se o objetivo maior, que é a uniformização da jurisprudência interna do tribunal superior. (2013, p. 381, grifos nossos)

520

Os tribunais superiores têm a função de pacificação do entendimento sobre a lei federal ou constitucional. Se cumprisse esse dever, não necessitaria dos Embargos de Divergência.

Entretanto, diante de uma persistência em divergência de entendimentos, este recurso tem a finalidade de uniformizar a jurisprudencial interna desses tribunais superiores, abolindo seus conflitos internos. Há de se admitir que os tribunais superiores, por vezes, falham na sua função precípua, a de pacificar entendimentos, criando divergências internas que acabam por tornar mais complexo o direito do que, simplesmente, harmonizá-lo.

Para a devida utilização dessa modalidade recursal, no momento de adequação recursal necessita-se da existência de um processo com julgamento perante os tribunais superiores, STJ ou STF, com um resultado que, em pesquisa jurisprudencial, a parte encontre julgados do mesmo tribunal com outro entendimento, mesmo que seja em parte do acórdão ou em sua integralidade.

Para o cabimento recursal, há a necessidade de um julgamento em tribunal superior, com uma existência de divergência entre o acórdão daquele caso com outro acórdão de outro caso ou outros casos. Uma verdadeira configuração da divergência. Sem essa configuração, a situação não se torna adequada à interposição dos Embargos de Divergência.

1.2 Divergência Atual e Similitude Fática como Requisito de Admissibilidade

Na interposição dos Embargos de Divergência, um requisito próprio e específico de admissibilidade salta diante da necessidade deste recurso. Se, como dissemos, o intuito é sanar a divergência interna de um tribunal superior, com discrepâncias intramuros dos órgãos que julgam a mesma matéria, totalmente necessária a prova da existência da divergência, com a juntada no recurso, o acórdão paradigma, que serve de comparativo entre a decisão do processo recorrente e a da outra decisão com resultado diverso.

De antemão, para a interposição dos Embargos, faz-se necessário, além da comprovação da divergência, que esta seja atual. Esta é primeira exigência para o conflito analítico. A atualidade dessa diferença de entendimento é a necessidade para o cabimento recursal. Caso a divergência suscitada e comprovada, via acórdão antigo, pelo seu conteúdo desgastado, não caberão mais os Embargos de Divergência, pela própria ausência de conflito de entendimentos, como a súmula 168 do STJ, súmula 247 e 598 do STF:

Súmula 168 STJ – Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do tribunal se firmou do mesmo sentido do acórdão embargado.

Súmula 247 STF – O relator não admitirá os embargos da Lei n. 623, de 19. 02.1949, nem deles conhecerá o Supremo Tribunal Federal, quando houver jurisprudência firme do Plenário no sentido da decisão embargada.”

Súmula 598 STF – 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.

522 Ultrapassada a comprovação da divergência e de sua atualidade, após, o recorrente deve, em suas razões recursais, realizar o confronto analítico, a comparação entre os dois julgados, com a demonstração da similitude fática entre os dois casos, com resultados diferentes para as mesmas situações e matérias jurídicas, cumprindo a sua função de suscitar a existência de uma divergência intramuros, demonstrando que “[...] as hipóteses julgadas no acórdão recorrido e no acórdão paradigma devem conter similitude, a exemplo do que sucede no recurso especial interposto pela divergência jurisprudencial” (CUNHA; DIDIER JR., 2013 p. 378).

Fica compreendido que só haverá admissão dos Embargos de Divergência se ocorrer o cotejo entre o acórdão recorrido e o acórdão paradigma:

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. DISSENSÃO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS CASOS CONFRONTADOS. COTEJO ANALÍTICO. NÃO REALIZAÇÃO. ART. 331 DO RISTF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (STF - AI: 860037 DF, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 16/10/2014, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-217 DIVULG 04-11-2014 PUBLIC 05-11-2014)

Vale salientar que a mera transcrição de ementas não satisfará, a princípio, à admissibilidade dos Embargos de

Divergência, com hipótese excepcional, no caso da ementa ser bem esclarecedora quanto aos detalhes do caso. Diante disso, sozinha, será suficiente para fundamentar os Embargos de Divergência. Importante de qualquer forma a juntada do acórdão que se utiliza para comprovar a existência de resultados diversos, para evitar eventual inadmissibilidade do recurso.

1.3 Do Julgamento por Turma de Tribunal Superior: Impossibilidade em Decisão Monocrática

A decisão impugnável pelos Embargos de Divergência deve sempre ser do colegiado, não possibilitando a interposição quando ocorrer a decisão monocrática. Nesta hipótese, quando o relator decidir monocraticamente, o recorrente não pode, precipitadamente, intentar os Embargos de Divergência, mas sim, o agravo interno, para forçar a análise pelo colegiado, julgando de forma colegiada a ação, com o resultado pela denegação. Após o cumprimento deste trâmite, o recurso em questão será cabível:

523

Trata-se de embargos de divergência opostos de decisão que não conheceu dos embargos de declaração em razão de sua extemporaneidade. Incabível, portanto, o recurso pois oposto contra decisão monocrática. Nesse sentido: “Embargos de declaração em embargos de divergência em agravo de instrumento convertidos em agravo regimental. Princípio da fungibilidade. Precedentes. 2. São inadmissíveis embargos de divergência opostos contra decisão monocrática. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento” (AI 767737 – Edv – ED, Rel. Min. Gilmar Mendes). Isso posto, não admito os embargos de divergência, nos termos dos arts. 21, § 1º, do RISTF. Publique-se. Brasília, 4 de março de 2015. Ministro Ricardo Lewandowski Presidente (STF – AgR-ED-EDv AI: 841808 PA - PARÁ, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 04/03/2015)

Uma vez a demanda julgada somente pelo relator de forma monocrática, a prestação jurisdicional, apesar de realizada, não foi realizada em sua plenitude colegiada, tornando incabível os Embargos, neste momento. Se a divergência que se busca dirimir deve ser entre turmas, a decisão do relator não corresponde, necessariamente, ao posicionamento do colegiado, da turma.

A interposição dos Embargos de Divergência nesta situação viola o esgotamento das vias recursais, além de mostrar-se precipitado, pelo fato do agravo interno ainda ser possível.

Com isso, se houver a interposição de Embargos de Divergência sobre decisão monocrática, impossibilita-se o conhecimento do recurso, resultando numa inadmissibilidade latente por falta de adequação recursal.

A impossibilidade dos Embargos de Divergência de decisão monocrática não gera um prejuízo ao recorrente, somente demonstra que há todo um caminho processual correto a ser trilhado, com a possibilidade de dirimir posicionamentos ainda no agravo interno. Se com a interposição deste a divergência prosseguir cabível, serão os Embargos de Divergência, agora, no momento correto.

524

1.4 A Positivação do Efeito Interruptivo nos Embargos de Divergência

Quando há um julgamento em recurso especial ou em competência originária no STJ, cabe recurso extraordinário, se presente a questão constitucional. Um próximo passo normal, diante da recorribilidade dos acórdãos proferidos por este tribunal superior.

Todavia, se, em qualquer destes acórdãos, a parte interessada em pesquisa verificar que além da questão federal, há divergência entre turmas do STJ, o que fazer? Entrar com os

Embargos de Divergência ou com o recurso extraordinário? Uma dúvida pertinente. Muitas vezes, com o receio de perder o recurso, intentavam ambos, os Embargos de Divergência e o recurso extraordinário, o que, por mais que mostrasse o excesso de cautela, era um evidente erro no cabimento recursal.

Sempre que há a dúvida entre dois recursos, um interno do tribunal e outro para outro tribunal, pertinente intentar o recurso interno, para somente com o julgamento deste interpor. Mas, diferentemente de outros recursos, os Embargos de Divergência têm característica subjetiva e facultativa, com a necessidade de pesquisa sobre a divergência. Não há a exigência da interposição dos Embargos de Divergência para esgotar as vias recursais e, somente após, interpor o recurso extraordinário. Se a parte não realizar a pesquisa sobre a divergência ou preferir interpor o recurso ao STF, não há óbice, pode pular a fase dos Embargos de Divergência, indo diretamente com o recurso extraordinário. É uma clara exceção ao requisito de admissibilidade do esgotamento das vias recursais pelo caráter subjetivo e facultativa dos Embargos de Divergência.

Para sanar essa dúvida, o código trouxe no artigo 1044, § 1º, a estipulação do efeito interruptivo para a interposição dos Embargos de Divergência. Na realidade, em efeito prático processual, o efeito existia. Com a interposição dos Embargos de Divergência, evidentemente, aguardava-se a resolução deste para, após seu resultado, interpor o recurso extraordinário. Era um efeito interruptivo intrínseco, agora positivado, expressamente.

E a espera para a interposição do recurso extraordinário nesta hipótese já alcançava ambas as partes, de forma a ser “[...] não apenas em favor da pessoa que apresentou a irresignação recursal” (MONTENEGRO FILHO, 2007, p. 167). Agora, com a positivação, ainda mais clara a regra sobre a dúvida entre a interposição dos Embargos ou recurso extraordinário,

tornando evidente que pode ser um e, após a resolução deste, se ainda houver interesse, o outro.

O efeito interruptivo antes era expresso somente para os Embargos de Declaração, no teor do antigo artigo 538, agora ampliada a sua forma expressa também para os Embargos de Divergência. Com a interposição desse recurso, os prazos para o próximo recurso ficam interrompidos, no aguardo da decisão sobre o recurso, com a publicação do resultado, o prazo é devolvido em sua integralidade para a interposição do recurso subsequente. Intenta-se os Embargos de Divergência, após seu resultado, se a parte tiver interesse, o recurso extraordinário. Não há a dúvida no momento da interposição dos Embargos, deixando o recurso extraordinário para somente após o acórdão sobre a divergência.

526 2 O Intuito da Uniformização de Jurisprudência

2.1 Relevância e Finalidade

No tocante à nossa realidade brasileira, o judiciário é acionado em busca de resolução de conflitos, com casos concretos, jurisdicionados dos mais diferentes tipos sociais, necessitando da tutela legal, profundamente esperançosas, em busca de soluções jurídicas sedimentadas. Para apaziguar esta situação, bastava que a função da jurisprudência fosse efetivada. Essa jurisprudência efetiva consiste, justamente, em interpretar o direito, baseado em casos concretos, aplicando-o à prudência ou sabedoria dos magistrados aos conflitos sociais, objetivando a humanização das leis.

Dessa maneira, ainda que haja inversão na função da atividade jurisprudencial, conforme citação anteriormente

mencionada, é necessário que se reconheça a necessidade de jurisprudência no ordenamento jurídico pátrio, ainda mais que esta seja de fato pacífica, composta por respeito dos julgados superiores, levando em conta que a jurisprudência diz respeito à decisão reiterada dos tribunais.

Tal é a importância da uniformização da jurisprudência no judiciário brasileiro que o legislador criou vários institutos para pacificação de jurisprudência, inclusive um destes tendo nível recursal, no âmbito dos Tribunais Superiores, os Embargos de Divergência, conferindo às Cortes Supremas autonomia para sua regulamentação processual, por meio dos seus regimentos internos.

O STJ 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 STF, 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 da corte. Melhor será extingui-la (AgrReg. nos EmbDiv. no REsp. n. 228.432-rs, corte especial)

527

Para o bom andamento dos tribunais superiores, para a jurisdição e a sociedade como um todo “[...] é fundamental que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça tenham, eles próprios, sua jurisprudência uniformizada, o que justifica, até mesmo, a larguíssima aplicação diuturna do recurso no âmbito daqueles Tribunais” (BUENO, 2006, p. 266).

É possível afirmar, pela importância da utilização dos Embargos de Divergência com o fito de unificar a jurisprudência

dos tribunais superiores, pela segurança e previsibilidade, que os mesmos produzem quanto à interpretação das normas pátrias. Essa é justamente uma das teses defendidas por José Saraiva utilizada na obra de Torreão quando preleciona:

De fato, a segurança e previsibilidade quanto à interpretação das normas nacionais são os efeitos desejados pela coletividade no concernente aos pronunciamentos divulgados pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal. (TORREÃO, 2004, p. 30)

E, ainda, quanto maior a unificação, a padronização do pensamento nos Tribunais Superiores, teoricamente, a médio/ longo prazo, os recursos sobre cada matéria pacificada serão mais escassos, pela previsibilidade do resultado jurídico sobre a questão, alcançando a afirmação, categoricamente, que os Embargos de Divergência são imprescindíveis para a realização da justiça nas cortes superiores, ainda mais para cumprir a sua “[...] finalidade de uniformizar o entendimento sobre a lei federal ou a Constituição Federal dentro do próprio tribunal superior” (ARENHART; MARINONI, 2006, p. 382).

528

2.2 Meio Repressivo para Dirimir Divergência

Se os tribunais superiores, ao praticarem as suas devidas jurisdições recursais, não chegarem à pacificação em determinada matéria, a parte que entender como prejudicada, pode, para dirimir essa divergência, interpor os Embargos de Divergência. Cada um desses tribunais deve primar pela estabilidade de sua própria jurisprudência, como forma de balizar a vida em sociedade, com confiança jurídica justificada, para realização dos negócios jurídicos inerentes ao cotidiano humano.

Os Embargos de Divergência são basilares para o combate a uma jurisprudência inconstante, que na primeira batalha

perdeu-se em incongruência e pacificação. Dessa forma, o tribunal, se provocado via Embargos de Divergência, ao julgar a alegada discrepância entre os acórdãos, como o intuito de reprimir o pensamento incoerente. O ideal era trabalhar de forma preventiva, entretanto, uma última saída é uma repressão via Embargos de Divergência.

Tudo isso, diversas possibilidades e a última delas em âmbito interno e vertical dos tribunais superiores, para não conceber uma verdadeira loteria jurídica, como bem ensina Eduardo Cambi, ao definir de forma clara o tema:

A ideia da *jurisprudência lotérica* se insere justamente nesse contexto; isto é, quando a mesma questão jurídica é julgada por duas ou mais maneiras diferentes. Assim, se a parte tiver a sorte de a causa ser distribuída a determinado Juiz, que tenha entendimento favorável da matéria jurídica envolvida, obtém a tutela jurisdicional; caso contrário, a decisão não lhe reconhece o direito pleiteado. (2001, p. 111, grifos nossos)

Uma segunda chance ao jurisdicionado internamente naquele tribunal, de forma individual em seu recurso. Por outro lado, uma mesma segunda chance para o tribunal, com uma finalidade não somente para o recorrente, mas como uma função social, uma pacificação realizada para ajudar a parte, numa análise objetiva e a própria jurisprudência do tribunal, numa análise mais ampla.

3 A Nova Amplitude dos Embargos de Divergência

A existência da possibilidade de se embargar os acórdãos em Recursos Especial e Extraordinário no CPC-73 recai no julgamento de mérito dos respectivos recursos, necessitando que o recurso ultrapasse a sua própria admissibilidade para que a questão de fundo seja enfrentada e, se houver divergência, possibilitar o cabimento do embargo que suscita a divergência.

A questão sobre a necessidade de se enfrentar o mérito já é matéria pacificada no Superior Tribunal de Justiça, conforme as súmulas 315 e 316, que versaram sobre a matéria do cabimento dos Embargos de Divergência, conforme se expressam abaixo:

Súmula 315 – Não cabem embargos de divergência no âmbito do agravo de instrumento que não admite recurso especial.

Súmula 316 – Cabem embargos de divergência contra acórdão que, em agravo regimental, decide o recurso especial.

530

O excelso tribunal superior entende atualmente pelo formato recursal disposto no atual código, que somente tem possibilidade de cabimento quando se chega ao mérito do acórdão do Recurso Especial. A súmula 315 refuta justamente a possível admissão de Embargos dessa natureza para se discutir matéria de admissibilidade de recurso especial, quando não conhecido o recurso principal, não há possibilidade de Embargos para sanar divergência, por mais que haja acórdão paradigma e todos os outros requisitos do recurso de uniformização. Já a súmula 316, trata de outra matéria sobre o cabimento dos mesmos Embargos, mas no mesmo sentido, com o intuito de especificar a necessidade do julgamento do próprio recurso especial, o que significa a necessidade do enfrentamento do mérito do recurso para o tribunal superior. Matéria de admissibilidade pode ser discutida por Embargos de Divergência, porém, ainda assim, necessário o enfrentamento do mérito, mesmo que vá se impugnar a admissibilidade, isto que podemos tirar de forma clara e robusta da interpretação das súmulas em questão.

No entanto, com a nova codificação processual quando dispõe sobre a formatação dos Embargos de Divergência, amplia seu cabimento, aumenta a importância do mesmo, abrindo o leque para diversas situações que atualmente não são

abarcadas pelo instituto recursal. Mesmo na contramão da celeridade processual e da duração razoável do processo tão almejados no novo ordenamento, os Embargos aqui ganham nova vida, mais importância, mais hipóteses.

A redação final do Novo Código de Processo Civil colocou o recurso de Embargos na parte final, com a seguinte redação:

Art. 1.043. É embargável o acórdão de órgão fracionário que:

I – em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo os acórdãos, embargado e paradigma, de mérito;

II – em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo os acórdãos, embargado e paradigma, relativos ao juízo de admissibilidade;

III – em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo um acórdão de mérito e outro que não tenha conhecido do recurso, embora tenha apreciado a controvérsia;

IV – nos processos de competência originária, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal.

Maior alcance, maior discussão, mais importância, diversas novas hipóteses, uma abertura de possibilidades, o que dará aos Embargos de Divergência novos entendimentos, consequentemente, mais utilização pelas partes do instituto recursal, sendo resultado uma ampliação de decisões embargáveis, “[...] se tornando desnecessárias as discussões sobre tipo da decisão embargada, como da decisão paradigma, se de mérito ou sobre juízo de admissibilidade, se derivadas de recursos excepcionais ou de ações originárias” (LOURENÇO, 2011, p. 1998).

3.1 A Divergência em Acórdão de Mérito e Sobre Admissibilidade

A questão sobre a divergência em acórdão de mérito – inciso I – acaba por ser uma reiteração da codificação anterior, sem nenhum reparo a ser realizado, nenhuma mudança drástica ou pertinente sobre o instituto em si. O recurso em seu *modus operandi* atual já estipula que os acórdãos devem divergir, não estipulando em si quais pontos para que isso aconteça, deixando para a jurisprudência e a doutrina essa visualização.

Na prática, as matérias da divergência atualmente recaem tanto na questão meritória quanto na forma de admissibilidade, somente requisitando que a admissibilidade seja fruto de um recurso conhecido, não podendo ser suscitado em recurso não conhecido, conforme Súmula 315 do STJ. Leonardo Cunha e Fredie Didier Jr. já delimitavam que “[...] a divergência pode dizer respeito tanto ao mérito quanto à admissibilidade do especial ou extraordinário” (2013, p. 372).

Com a redação do inciso II, de forma clara, a admissibilidade é contemplada para o mérito dos Embargos de Divergência, positivando o que já se sumulou e admite com naturalidade, porém há a dúvida sobre a manutenção ou não da súmula 315, no tocante à possibilidade ou não de comparação de recursos que tiveram seu recurso não conhecido. Disposto como “[...] em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo os acórdãos, embargado e paradigma, relativos ao juízo de admissibilidade, [...]” não há positivação sobre a manutenção da necessidade do julgamento ser de mérito, ainda mais quando fala-se sobre acórdão embargado e paradigma, não se positiva se tem que enfrentar o recurso excepcional em si, somente há a necessidade de dois acórdãos sobre a matéria de admissibilidade.

Importante a positivação da comparação entre acórdãos com diferentes graus de cognição, fato que não acontece na prática na atualidade, o que dificulta a própria interposição do recurso por uma jurisprudência totalmente defensiva. Cassio Scarpinella Bueno já tinha posicionamento a favor da questão de acórdãos com graus diferentes de julgamento de mérito, pelo fato de muitas vezes o juízo de admissibilidade adentrar-se na questão meritória, conforme dispõe quando diz que a

[...] questão é tanto mais interessante porque é bastante comum que o acórdão do recurso extraordinário ou especial não conheça do recurso por razões que são, substancialmente, de *mérito*, por terem, aqueles recursos, ‘fundamentação vinculada’ (BUENO, 2011, p. 352, grifos nossos).

Apesar de a lacuna deixada pelo legislador neste ponto, creio que a Súmula 315 prevalecerá, extirpando das possibilidades dos Embargos de Divergência discutir-se somente admissibilidade dos recursos excepcionais, em acórdãos que não enfrentaram o mérito, parando somente nesta fase da análise recursal. Seria melhor a positivação nesse sentido, para não guardar possibilidades de diferentes análises, mas creio que não esbarre na impossibilidade em questão, possibilitando somente recursos em que se enfrentou o mérito, serem cabíveis dentro dos Embargos de Divergência. Ainda que este posicionamento seja incongruente com as diretrizes da nova codificação.

O enunciado do Fórum Permanente de Processualistas Civis de forma correta vai em sentido contrário à Súmula 315, para um entendimento que prioriza a amplitude recursal dos Embargos de Divergência.

Enunciado n.º 231 do FPPC: Fica superado o enunciado 315 da súmula do STJ após a entrada em vigor do CPC (‘Não cabem embargos de divergência no âmbito do agravo de instrumento que não admite recurso especial’).

Esse entendimento permite que se confronte dois acórdãos de recursos especiais ou extraordinários não conhecidos, quando houver divergência entre ambos, o que atualmente não é possível, por barrar na referida súmula. Se o intuito da nova codificação foi ampliar, coaduno com o entendimento do enunciado, apesar de imaginar que os tribunais devem ir em rumo diverso.

3.2 A Ampliação para a Competência Originária dos Tribunais Superiores

No CPC 73, os Embargos de Divergência tinham delimitação de cabimento para dirimir divergência quando de decisão de recurso especial ou extraordinário, impossibilitando por falta de positivação a ampliação destes para hipóteses de competência originária ou de outros recursos.

534

O STJ não admitia a interposição de Embargos de Divergência para alcançar processos que não o recurso especial (no STF o extraordinário). Divergências em âmbito de competência originária ou outros recursos (diferente de REsp ou RE), não serviam para o cabimento dos Embargos de Divergência, como podemos ver no acórdão a seguir:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PARADIGMA PROFERIDO EM AÇÃO RESCISÓRIA. INVIABILIDADE. 1. Nos termos do art. 26 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 com 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 que se nega provimento. (STJ, AgR nos ERsp 793.405/RJ, Rel. Ministra Mari Thereza de Assis Moura, julgado em 27.04.2011, DJe 9.5.2011.) (grifos nossos)

O entendimento do novo código passa pela ampliação, na forma de possibilitar dirimir todas as divergências, não importando em quais matérias ou processos sejam, se turmas pensam de forma diferente, importante a possibilidade recursal que preza pela composição de convergência, de dirimir diferenças. Um formalismo da não positividade permite, no atual código, que turmas pensem diferente, sem meios internos para atacar essas discordâncias.

Com a ampliação almejada no novo código de processo civil, § 1º do artigo 1043, teve a seguinte redação: “[...] poderão ser confrontadas teses jurídicas contidas em julgamentos de recursos e de ações de competência originária.”

Dessa forma, o intuito do legislador foi ampliar o leque de possibilidades de dirimir divergências, o que, de forma dirigida, leva em consideração a busca pela jurisprudência pacificada, pela segurança jurídica das matérias. Não há motivos para admitir pensamentos divergentes em um mesmo tribunal, sendo correta a ampliação do alcance de cabimento dos Embargos de Divergência possibilitando, ao mesmo tempo, a discussão sobre diferentes entendimentos de turmas diversas em processos que iniciam diretamente no tribunal (por alguma competência privilegiada) e o alcance do intuito da nova codificação de ter a jurisprudência estável, íntegra e coerente, conforme preceitua o artigo 926 do novo código de processo civil.

535

3.3 A Divergência em Direito Material ou Processual

No atual código, não há positivado sobre os Embargos de Divergência nenhuma linha sobre a matéria pertinente ao mérito, ao que pode ser impugnado pelos Embargos, dessa forma, a jurisprudência e a doutrina que delimitaram o que pode ser pleiteado nos Embargos em questão.

Já na nova codificação, preocupou-se com a efetivação da possibilidade de interpor o recurso tanto para as questões materiais, obviamente, quanto para as questões processuais, conforme § 2º do artigo 1043 dispõe: “[...] a divergência que autoriza a interposição de Embargos de Divergência pode verificar-se na aplicação do direito material ou do direito processual.”

Pode impugnar-se tanto o mérito em si dos recursos principais – a resposta pelo qual o recurso excepcional debruçou-se na questão de direito evocada –, bem como nas discussões de ritos, procedimentos, detalhes processuais que podem interferir no julgamento e servir de base para uma possível divergência. A preocupação neste caso recai pela primazia de possibilitar maiores amplitudes ao recurso, além de não deixar a cargo da jurisprudência decidir quais as possibilidades de pedidos nos recursos, ao positivar claramente o cabimento sobre direito material ou processual, já delimita o cabimento dos Embargos, o que acarreta uma maior credibilidade para a utilização do instituto recursal em qualquer dessas hipóteses. Marinoni e Mitidiero, analisando ainda na fase de projeto dessa ampliação, numa comemoração pela possibilidade ampliada das matérias e do alcance dos Embargos de divergência:

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 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 superiores (MARIONI; MITIDIEIRO, 2010, p. 215).

O respeito pelos precedentes no novo código é uma busca almejada, uma forma de dar sentido à própria existência do

judiciário, manter as suas decisões uniformizadas para uma melhor prestação jurisdicional, com o aumento da amplitude dos Embargos de Divergência se possibilita uma ferramenta a mais para pacificar matérias, independentemente de mérito ou admissibilidade, recursos ou ações de competência originária.

A possibilidade de confronto de teses em diferentes formas processuais, analisar de forma comparativa o acórdão de recurso com competência originária, não criando uma barreira entre as possibilidades e, sim, uma amplitude maior para o recurso em si, almejando uma melhor prestação para a busca pelo precedente estável, conforme o § 1º do Artigo 1043, que determina que “[...] poderão ser confrontadas teses jurídicas contidas em julgamentos de recursos e de ações de competência originária.”

Ainda na possibilidade de ampliação das matérias frutos da comparação entre os acórdãos – recorrido e paradigma – recai na possibilidade aventada e positivada do inciso III do artigo 1043, quando dispõe que pode “[...] divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo um acórdão de mérito e outro que não tenha conhecido do recurso, embora tenha apreciado a controvérsia”. Atualmente, por mais que se possa versar sobre a controvérsia em questão de admissibilidade, o recurso especial/extraordinário deve ser julgado para chegar nessa possibilidade, o que muda com esse entendimento sobre a comparação entre um acórdão que não se ultrapassou a decisão de admissibilidade, com outro que decidiu o mérito do recurso em si, claro que julgando positiva admissibilidade. Um avanço pertinente em demonstrar que o saneamento da divergência é o ponto forte da amplitude do recurso em questão, o formalismo é escanteado para se chegar de forma mais corriqueira ao destinatário final, ou seja, analisar a divergência entre acórdãos da mesma matéria.

3.4 A Ampliação do Cabimento para Acórdão da Mesma Turma

Na ótica dos Embargos de Divergência do CPC 73, era necessário que o acórdão a ser impugnado fosse comparado com acórdão de outra turma daquele tribunal, de forma a realizar-se a similitude fática entre as matérias comparadas, devidamente comprovado no ato do recurso. Mas, aqui, a ênfase recai sob a necessidade de turmas diferentes na atual codificação, entretanto, o novo texto legal possibilita que os acórdãos comparados sejam do mesmo órgão julgador, conforme o §3º do artigo 1043, que dispõe que “[...] cabem embargos de divergência quando o acórdão paradigma for da mesma turma que proferiu a decisão embargada, *desde que sua composição tenha sofrido alteração em mais da metade de seus membros.*” (grifo nosso)

538

O STF já tinha esse entendimento sobre a mudança impactante em suas turmas, o que levava a admitir os Embargos de Divergência, neste caso, com o intuito de proteção ao jurisdicionado que observava a mudança de posicionamento, não por mudança no entendimento do magistrado componente da turma, mas sim da própria composição em si, em quantidade tamanha a representar uma nova turma, não somente a alteração de um membro. A seguir, o entendimento do Supremo:

E M E N T A: EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA – PRESSUPOSTOS FORMAIS DE SUA UTILIZAÇÃO – CRITÉRIO DA DIVERSIDADE ORGÂNICA (SÚMULA 353/STF) – PADRÃO DE DIVERGÊNCIA QUE EMANOU DA MESMA TURMA QUE PROFERIU A DECISÃO EMBARGADA – COMPOSIÇÃO SUBSTANCIALMENTE IDÊNTICA DESSE ÓRGÃO FRACIONÁRIO – EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NÃO ADMITIDOS. – Os embargos de divergência estão sujeitos, dentre os vários pressupostos que lhe condicionam a interposição, à observância do requisito da diversidade orgânica. Esse requisito impõe que o padrão de divergência – para ser validamente invocado como expressão do dissídio interpretativo

– resulte de acórdão emanado, ou do Plenário ou de outra Turma do Supremo Tribunal Federal, pois não se reveste de idoneidade processual, para efeito de demonstração do conflito pretoriano, a indicação de acórdão proferido pela própria Turma de que proveio a decisão contra a qual foram opostos os embargos de divergência (Súmula 353/STF), *ressalvada a hipótese excepcional de a Turma haver sofrido substancial modificação em sua composição. Precedentes*. – Inocorrência, na espécie, dessa hipótese excepcional, pois os acórdãos em confronto emanaram da mesma Turma cuja composição majoritária – quatro (4) Ministros, no caso – manteve-se substancialmente inalterada. (STF. Pleno. RE-EDv-QO 318469. Rel. Min. Celso de Mello. J. EM 03/10/2002 (grifos nossos))

Assim, o sentido de mesma turma perde-se quando este órgão deixa de ter a mesma composição de modo significativo, o que foi positivado como “mais da metade de seus membros”, como as turmas dos tribunais superiores têm cinco membros, seria na troca de três dos seus ministros. No entendimento de Barbosa Moreira, a hipótese era plausível, porém impunha em seu pensamento que a mudança deveria recair sobre os votos ganhadores daquela decisão, “notadamente a da maioria vitoriosa, de um para outro julgamento” (2005, p. 626).

O Novo Código não impôs assim a necessidade de se verificar qual ministro teria realizado o voto vencedor ou perdedor no acórdão paradigma, o critério utilizado para a positivação findou-se na maneira fácil, objetiva de verificação, mais da metade dos membros mudando a composição daquele órgão fracionário, já importa em cabimento dos Embargos de Divergência, uma verdadeira positivação do entendimento do STF.

Entretanto, nessa hipótese, o ônus da comprovação da mudança recairá sobre quem? O acórdão em si é público e a verificação da ata de julgamento não é das mais difíceis, porém, o interesse na demonstração do cabimento e da verificação da hipótese deste §3º será do recorrente, que, além da própria

comprovação de existência do acórdão paradigma, terá o ônus de se comprovar a alteração da composição em quantidade maior da metade da composição.

3.5 A Necessidade de Fundamentação para Negativa por Distinção

O novo ordenamento processual tem uma tendência de positivar aprimoramentos no quesito fundamentação das decisões, criar critérios objetivos em que dantes ficava a livre exercício do juízo. Há, assim, o intuito de contemplar o jurisdicionado com o máximo de informações jurídicas possíveis sobre a decisão no enfrentamento da matéria.

No tocante aos Embargos de Divergência, a fundamentação não foi esquecida, tendo o § 5º do artigo 1043, positivado da seguinte maneira: “[...] é vedado ao tribunal inadmitir o recurso com base em fundamento genérico de que as circunstâncias fáticas são diferentes, sem demonstrar a existência da distinção.”

Nos Embargos de Divergência, almeja-se a comparação de acórdãos com resultados diferentes, porém com similitudes fáticas, baseando-se o mérito recursal na existência de entendimentos diversos sobre mesma matéria e hipótese fática idêntica. Caso o tribunal verifique que os fatos são diversos e somente assuntos diferentes entre os acórdãos, não pode simplesmente alegar “circunstâncias fáticas diferentes”, haverá necessidade de distinguir de forma exaustiva as diferenças entre o fato do acórdão recorrido daquele do acórdão paradigma.

O dispositivo em questão está em harmonia com o artigo 489, § 1º em seus incisos IV e V quando trata-se da necessidade de enfrentar todos os argumentos das partes, realmente responder jurisdicionalmente o questionado processualmente, não podendo somente invocar súmulas ou precedentes, devendo diferenciar

o caso de forma clara quando a negativa recursal se saber a distinção dos fatos recursais. Abaixo, os incisos supracitados:

[...]

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos. [...]

A preocupação é pertinente nesta posituação, uma prática nefasta dos tribunais ao reconhecer diferenças somente ao dizer que existem, sem enumerá-las e deixá-las expostas de forma clara. O intuito dessa fundamentação exaustiva será o dever de informar, deixando a parte cientificada de seus direitos e do resultado da demanda, de forma que

541

[...] não deve ser observada apenas para justificar racionalmente a decisão do juiz, mas também para demonstrar, não apenas que ele tomou ciência de todo o conteúdo do processo e de todas as questões nele suscitadas, mas também que todas elas foram devidamente apreciadas (GRECO, 2010, p. 271).

O quanto mais claramente uma questão processual ou material é enfrentada, menos dúvida para o jurisdicionado.

Considerações Finais

Ao longo dos tempos, o homem tem procurado diminuir e, porque não dizer, eliminar as diferenças sociais que o cercam. Para tanto, muito tem empreendido com o fito de alcançar esse objetivo, com dispositivos legais em busca de uma melhor prestação jurisdicional ao cidadão. Entretanto, ainda muito falta para alcançar-se a excelência nesse mister.

Deve-se levar em conta que o atual Código de Processo Civil brasileiro é de 1973. Esculpido dentro de um contexto histórico específico, em auge da ditadura militar. Entretanto, vale ressaltar que muito se tem feito para minimizar esta discrepância histórico-social adequando-o aos nossos dias e costumes. Já o novo Código de Processo Civil, advindo do PL 8046/10, recentemente aprovado, tem um viés totalmente democrático, independente de seu resultado final e prático, o adjetivo democrático é o que melhor funciona para explicá-lo.

O intuito da nova codificação recaiu na preservação da jurisprudência, no respeito, na coerência, integridade e estabilidade desta. A necessidade de se almejar a pacificação é latente, posto que atualmente existem mais de cem milhões de ações que estão tramitando na justiça para serem julgadas por aproximadamente dezoito mil juízes.

542

Todo este arrazoado histórico tem por finalidade demonstrar a importância do sistema recursal, ressaltando-se, em especial, os Embargos de Divergência, que, apesar de relegados em importância e estudo, têm um relevante papel na jurisprudência recursal brasileira. Com a nova legislação processual, a amplitude e a importância tendem a aumentar, a sua utilização que outrora vinha de um emaranhado de dúvidas jurisprudenciais e súmulas constantes, sentirão a positivação ampla do instituto, aumentando possibilidades e caminhos para sua utilização.

Maiores possibilidades, mais regras, maior flexibilidade para o seu cabimento, uma busca por deixar mais clara e certa as formas de manejo recursal, para que cumpra a sua real função, impor ao tribunal superior em questão a necessidade da uniformização de sua jurisprudência interna.

Como dar-se-ia a resolução de um conflito em que não houvessem os Embargos de Divergência, que objetivam a uniformização das decisões tomadas pelos Tribunais Superiores e,

portanto, o reexame da decisão prolatada pelo juízo a quo? Aonde seria buscada essa solução se não houvesse a esfera superior que se utiliza dos Embargos de Divergência para apaziguamento das decisões? Que parâmetro seria utilizado para decisões divergentes? Ter-se-ia solução equânime para os conflitos?

Por fim, conclui-se que, apesar das dificuldades existentes no judiciário concernente ao uso dos Embargos de divergência no sistema recursal brasileiro, eles são extremamente importantes para a solução de divergência no âmbito Superior, realizando a sua função precípua: uniformizar a jurisprudência entre as Turmas julgadoras das Cortes Superiores e, conseqüente, estabelecer diretrizes para julgar as instâncias infraconstitucionais do Poder Judiciário e louvável a decisão do legislador em aumentar o alcance recursal, possibilitando maiores voos para os Embargos de Divergência.

543

Referências

AMENDOEIRA Jr., Sidnei. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. Vol. II.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual de Processo Civil*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015

_____. *Código de Processo Civil*. Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973.

_____. *Código de Processo Civil*. 1939.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*: promulgada em 5 de outubro de 1988.

_____. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939.

_____. *Projeto de Lei nº 8.046/10*. Novo Código de Processo Civil.

_____. *Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça*, de 22 de junho de 1989.

BRASIL. *Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal*, de 27 de outubro de 1980.

_____. *Lei nº 8.950*, de 07 de dezembro de 1994. *Altera dispositivos do Código de Processo Civil, relativos aos recursos*.

_____. *Lei nº 623*, de 19 de fevereiro de 1949. Torna Embargáveis as decisões das turmas do supremo tribunal federal, quando diverjam entre si, ou de decisão tomada pelo tribunal pleno.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Site do Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <www.stj.jus.br/>. Acesso em: 13 mar. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Site do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <www.stf.jus.br/>. Acesso em: 13 mar. 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, Vol. 5.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 15. ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência Lotérica. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 90, v. 786, abr. 2001.

DICIONÁRIO Informal. *Embargo*. Disponível em: <www.dicionarioinformal.com.br/embargo/>. Acesso em: 22 maio 2015.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais, vol. 3, 11. ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: Editora Jus Podium, 2013.

FIGUEIREDO, Simone Diogo Carvalho; MONTANA DE SÁ, Renato. *Direito processo civil 2*. São Paulo: Coleção OAB Nacional primeira fase, 2009.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito Processual Civil Esquemático*. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 18. ed. revisada e atualizada. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2007.

LOURENÇO, Stella Rangel. Os embargos de divergência no projeto do novo código de processo civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, vol. VII, jan./jun. 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil: teoria geral dos recursos, recursos em espécie e processo de execução*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NUNES, Elpídio Donizetti. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TORREÃO, Marcelo Pires. *Dos embargos de divergência: teoria e prática no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2004.



O NOVO DESENHO ESTRUTURAL DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA TRAÇADO PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

The new structural configuration of appeals against a divergent decision before the
Superior Court of Justice as set forth in the 2015 Code of Civil Procedure
Revista de Processo | vol. 272/2017 | p. 271 - 296 | Out / 2017
DTR\2017\5937

João Ricardo Camargo

Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Pós-graduando em Licitações e Contratos Administrativos pela PUCPR. Advogado. joaocamargo@aalvim.com.br

Área do Direito: Civil; Processual

Resumo: Este trabalho tem como objetivo traçar um panorama do novo desenho estrutural estabelecido pelo Código de Processo Civil de 2015 aos Embargos de Divergência. Esse desenho passa necessariamente pela compreensão de que a atividade jurisprudencial desempenha um papel criativo na construção do direito e, dessa forma, os Embargos de Divergência precisam ser vistos como um instrumento formador do direito. Esta abordagem pressupõe considerações contemporâneas sobre a legalidade, a segurança jurídica e a isonomia. Os Embargos de Divergência, tornando-se instrumento de coerência, possibilitam aos Tribunais Superiores, afastando entendimentos desarmônicos interna corporis, corrigirem e concretizarem o direito de maneira estável e previsível.

Palavras-chave: Embargos de divergência - Superior Tribunal de Justiça - coerência -

Segurança jurídica - Estabilidade jurisprudencial - CPC - Recurso - Tribunais Superiores

Abstract: This paper aims to provide an overview of the new structural outline of Appeals Against a Divergent Decision as proposed by the 2015 Code of Civil Procedure. This outline requires the realisation that case law performs a creative role in the building of law and, hence, the Appeal Against a Divergent Decision must be seen as an instrument that shapes the law. This fact presupposes contemporary considerations regarding the legality, legal certainty and equality before the law. The Appeal Against a Divergent Decision, seen as an instrument of consistency, enables the Superior Courts, removing discordant views interna corporis, to correct and shape the law in a stable and foreseeable manner.

Keywords: Appeals against a divergent decision - Superior Court of Justice - consistency - legal certainty - Stability of case law - CPC - Appeal - Superior Courts

Sumário:

1Introdução - 2Os embargos de divergência: de um instrumento de correção para um instrumento de criação de coerência nos Tribunais Superiores - 3A dupla função dos embargos de divergência - 4O novo desenho estrutural dos embargos de divergência traçado pelo Código Processual Civil de 2015 - 5Da identidade absoluta à identidade substancial: um novo pressuposto de conhecimento dos embargos de divergência - 6Súmula 420: um novo enfoque, à luz dos embargos de divergência como um instrumento de estabilidade - 7Conclusão - 8Referências bibliográficas

1 Introdução

A relação entre a Jurisdição estatal e os jurisdicionados passou por uma aguda crise¹ na década de 90, momento posterior à promulgação da Constituição de 1988. Embora ela tenha se intensificado nesse período, não está limitada a tal época. O acesso à justiça é questão controvertida há tempo.²

A Constituição inaugurou uma nova ordem jurídica, prevendo inúmeros direitos e



garantindo novos instrumentos para a sua efetivação. Nesse sentido, assegurou o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX) aos partidos políticos, às entidades de classe, aos sindicatos e às associações – desde que estas tenham mais de um ano de funcionamento –, com a comprovação da pertinência temática conforme prevê o art. 21 da Lei Federal 12.016/09, afastando os partidos políticos desta comprovação tão somente quando defender o interesse de seus integrantes. Criou, para as associações, com expressa autorização de seus associados, legitimidade para representá-los, seja judicial, seja extrajudicialmente (art. 5º, XXI). Estendeu o objeto da Ação Civil Pública para interesses difusos e coletivos, além da proteção do patrimônio público, do meio ambiente etc. E a previsão do cabimento de Mandado de Injunção para assegurar a efetividade dos direitos, a respeito dos quais não há normatização, entre outros instrumentos.

No plano fático, todavia, os operadores do direito tinham a real noção das dificuldades de transpor os obstáculos do direito de ação³, a fim de possibilitar o efetivo acesso jurisdicional. Muito embora o direito subjetivo bem como a pretensão, sejam subjacentes à existência do Estado, a partir do momento em que este monopolizou a resolução dos conflitos, passou-se a pensar em pretensão (poder de exigir) de direito material e de processual, e esta última, ao invés de ser imposta pelas mãos do particular (art. 345, CP (LGL\1940\2)), é substancialmente exigida por meio do direito de ação (stricto sensu) em face do Estado. Nesse contexto, não existiria Estado de Direito enquanto o cidadão não tivesse acesso ao Judiciário, isto é, fosse impedido por obstáculos, muitas vezes formalistas e burocráticos⁴, – e, ainda, infelizmente o é –, de demandar e pedir a efetiva tutela jurisdicional.

Sem práticas efetivas continuaríamos a ter “(...) agudas contradições entre o direito escrito nos Códigos e o direito produzido na sociedade civil (...)” segundo Chiarloni.⁵ O debate, à época, indicava quais seriam, no plano fático, as medidas necessárias para efetivar o direito de ação. Nesse sentido, mencionava-se a necessidade de ampliação dos juízos e varas pelos rincões do país e da informalização dos procedimentos.⁶ A assistência judiciária gratuita prevista na Lei 1.060/50, segundo a doutrina⁷, estava aquém das necessidades prementes da sociedade, por essa razão apontava à União e aos Estados-membros a necessidade da criação das Defensorias Públicas, espaços próprios para a defesa dos mais necessitados. Além disso, propunha-se contra a pulverização dos litígios, o tratamento coletivo dos direitos.

A concretização de muitos desses direitos ocorreu recentemente. A Defensoria Pública, ainda que considerada pelo art. 134 da CF (LGL\1988\3) instituição essencial à função jurisdicional do Estado, há poucos anos tornou-se realidade.⁸ Além disso, o número de litígios sobre os quais há indisponibilidade da tutela jurisdicional estatal, além da ampla assistência judiciária gratuita e de poucos meios capazes de onerar ações temerárias, estimularam os jurisdicionados à utilização da via judicial, acarretando o aumento exponencial do número de ações, a ponto de hoje atingir mais de 100 milhões de processos. Isso colocou os holofotes sobre o Poder Judiciário, aumentando o seu protagonismo na era dos direitos.⁹

Mas nem sempre foi assim, ter a possibilidade de solucionar conflitos sem a interferência ou mediação de terceiros, é subjacente à invenção do Estado. Em verdade, uma das verdadeiras demonstrações de civilização de uma nação consiste na capacidade de os membros da comunidade prevenirem e, uma vez constituído, autocomporem o conflito de forma pacífica.

Porém, não é isso que se vê. O Conselho Nacional de Justiça publicou no penúltimo ano estatísticas do processos pendentes e novos no Poder Judiciário brasileiro, no projeto “Justiça em Números 2015”. O que se destaca é o contumaz ajuizamento de ações versando sobre reponsabilidade decorrente de relação consumerista ou civil. A “indenização por dano moral” aparece como o mais recorrente assunto tanto no Direito Civil quanto no Direito do Consumidor. Cerca de 2.003.937 ações, correspondendo a 6,18% dos processos na Justiça Estadual, versam sobre “responsabilidade do



fornecedor/indenização por dano moral”; já “responsabilidade civil/indenização por dano moral” corresponde a 3,75% das ações na Justiça Estadual, mais de 1,2 milhão de ações em curso. Esses temas têm uma peculiaridade que desponta em relação aos demais casos: a instabilidade jurisprudencial. O tema da responsabilidade civil e da indenização por danos morais, por exemplo, passa à margem de decisões contínuas e consistentes capazes de formar jurisprudência no STJ. Atestando essa realidade, Teresa Arruda Alvim afirma que a litigiosidade também é estimulada quando o conteúdo das normas é duvidoso.¹⁰

A relação entre Jurisdição estatal e jurisdicionados, à luz desse estado de coisas, vive uma segunda crise. Não são poucos os temas que geram dois ou mais entendimentos, conflitantes entre si, dentro de um Tribunal ou de uma Turma/Câmara.¹¹ Embora objeto de acentuada preocupação recentemente, essa crise nasceu muito antes. Lafayette Pereira, no final do século XIX, fez severa crítica às decisões dos Tribunais: “A coleção dos julgados dos nossos tribunais não oferece consistência para formação de uma jurisprudência”.¹²

Essa crise, ao contrário da primeira, provém, ao nosso ver, de uma deformação da ideia de acesso à justiça, pois se quis abrir as portas do judiciário, sem, contudo, dispor de meios efetivos e satisfativos de tutela jurisdicional, os quais pudessem assegurar a isonomia e a segurança jurídica. A desconsideração desses fundamentais meios determinou o aumento significativo do número de processos com decisões conflitantes entre si.

Como reação a esta situação, surgiu no desenvolvimento do novo Código de Processo Civil a preocupação com o elevado número de ações em curso e, sobretudo, com a efetiva segurança jurídica e o respeito à igualdade. Além de o CPC (LGL\2015\1656) prever novos instrumentos processuais para julgamento coletivizado de questões de massa (art. 976), ressaltou, de modo especial, o papel de uniformização da interpretação do ordenamento jurídico pelos Tribunais Superiores. O CPC (LGL\2015\1656) orienta os juízes a observarem a jurisprudência dos Tribunais Superiores e a estes cabe manter a jurisprudência estável e coerente, de modo a concretizar o princípio da segurança jurídica e o da isonomia. Portanto, há um poder-dever dos Tribunais Superiores de orientar as decisões dos demais órgãos judiciais e, ao mesmo tempo, manter a sua jurisprudência estável, sem o que tal orientação seria inviável.

De forma harmônica com a função conferida pela Constituição Federal e pelo Código de Processo Civil aos Tribunais Superiores, os Embargos de Divergência receberam um novo tratamento: menos formalista. Ampliaram-se, por exemplo, as hipóteses de cabimento, embora a Lei Federal 13.256/2010 tenha revogado alguns dispositivos antes mesmo de entrarem em vigor. O art. 1.043, o qual disciplina os Embargos de Divergência, colocou em xeque algumas Súmulas do STJ, cujo teor os restringia o cabimento. Com esse pano de fundo, os próximos itens estarão voltados à importância que os Embargos de Divergência podem ter para garantir coerência jurisprudencial interna aos Tribunais Superiores e como o CPC desenhou esse objetivo para os Embargos, no STJ.

2 Os embargos de divergência: de um instrumento de correção para um instrumento de criação de coerência nos Tribunais Superiores

A percepção da mudança da forma de vinculação da atividade jurisprudencial à lei é fundamental para entender os Embargos de Divergência como um instrumento de coerência. Este capítulo tem o objetivo de descrever de forma breve as fases pelas quais a atividade jurisprudencial passou, desde aquela na qual estava vinculada, de forma absoluta, à letra da lei, passando pelas escolas que se opuseram àquela positivista, permitindo maior liberdade de julgar, até alcançar as teorizações contemporâneas da decisão. Esse caminho pretende revelar a racionalidade dos Embargos de Divergência mais própria aos objetivos do CPC (LGL\2015\1656) e à realidade dos jurisdicionados.



Até pelo menos o começo do século passado a atividade jurisprudencial estava fortemente vinculada à lei. Nesse momento histórico, o juiz se preocupava meramente com a subsunção do fato à norma e as dificuldades residiam em estabelecer a premissa maior, deduzida do sistema; a menor, dos fatos; e a conclusão, que seria a decisão propriamente dita. Portanto, as decisões dos Tribunais apenas declaravam a norma, a qual já estava no texto e, eventualmente, corrigiam as decisões que vinham de encontro àquele sentido. Segundo Marinoni, esta prática de mera correção da decisão feita muitas vezes de acordo com o sentir dos julgadores, intensificada pela errônea compreensão da noção de liberdade de julgar, levou os juízes a deixarem de lado a preocupação com a estabilidade e com a coerência das suas decisões.¹³

Tendo em vista que o papel das Cortes era reafirmar o sentido da norma pensada anteriormente pelo legislador, essa atividade jurisprudencial pouco contribuiu para a construção do direito: a jurisprudência, no civil law, não era vista como fonte primária do direito, pois se entendia que a lei dizia o direito de maneira completa e suficiente. Calamandrei afirmava que a Corte de Cassação denegava a justiça, visto que se limitava a anular a sentença contrária à lei sem corrigi-la, tampouco, poderia demonstrar as razões ou orientar o juiz a quo a direção tomada.¹⁴ Entendia-se que, se a Corte corrigisse e aplicasse a "interpretação" correta, orientando o tribunal a quo entraria na esfera do poder legislativo.

A onipotência do legislador, somada ao dogma da separação dos poderes e às convicções formalistas e legalistas, segundo Paolo Grossi, tiraram "qualquer espaço criativo da doutrina e da jurisprudência".¹⁵ Muitos teóricos reconhecendo o equívoco que era procurar o verdadeiro e implícito sentido da Lei, incumbindo ao juiz o "simples" papel de declarar a norma, criticaram essa forma de aplicar o Direito, dentre eles, Kaufmann e Hassemer.

Nas palavras de Liebman: "A história do processo, nos últimos séculos, pode ser concebida como a história dos esforços feitos por legislador e juristas, no sentido de limitar o âmbito de arbítrio do juiz".¹⁶ Parafraseando-o, a história da teoria do direito é uma constante reação, das mais variadas correntes de pensamento, à arbitrariedade e, em decorrência, à insegurança/injustiça. Abstraindo nuances, o positivismo foi uma reação ao arbítrio do pensamento jusnaturalista, em seguida, opõe-se àquele justamente contra a arbitrariedade perpetuada em nome e pela lei – injustiça legal –, de cujo conteúdo se esperava segurança. Essa limitação foi construída, pouco a pouco, com o desenvolvimento das escolas que se seguiam, no mais das vezes conservando as ideias uma das outras, do ponto de vista estrutural.

Com uma visão própria da hermenêutica jurídica, Kaufmann criticava os dogmas centrais do positivismo jurídico: o primeiro de que o juiz não pode criar o direito; que, ao mesmo tempo, não pode denegar a justiça, os quais por sua vez gerariam um terceiro: a completude do direito. Para ele, positivismo e naturalismo, embora distintos ontologicamente, lançam mão da mesma metodologia do direito, portanto os juristas precisariam superar essa "falsa" dicotomia.¹⁷

Já o precursor da escola institucionalista, Santi Romano, preocupava-se com o renascimento do espaço criativo da doutrina. Para ele, os juristas precisariam libertar-se das amarras legalista e formalista, saírem da grande árvore do legislador, tomando partido no espaço criativo do direito, recuperando, assim, a complexidade do universo jurídico antes reduzida à dicotomia Estado-pessoa e aos dogmas jurídicos, dentre os quais o da onipotência do legislador e o da primazia da validade sobre a efetividade.¹⁸

Assim, a teoria do direito superou a submissão do juiz à limitação "cega" da lei – la bouche qui prononce les paroles de la loi –, àquele esquema-esqueleto própria do silogismo jurídico, à conformação de um sistema fechado e completo. Embora o sistema permita ao juiz certa liberdade de julgar, tal concessão não lhe permite levar em conta os seus sentimentos subjetivos, cujos critérios não possam ser controlados pelos jurisdicionados e pela sociedade, afastando-se da legalidade.



Nesse pano de fundo, percebe-se que a lei codificada, embora tenha a pretensão de solucionar completamente os casos dando segurança definitiva para orientar a atividade jurisprudencial, nem sempre fornece conceitos claros e precisos, no mais das vezes exige do juiz o preenchimento valorativo, “fechando”, no caso concreto, as cláusulas abertas e os conceitos indeterminados, além, é claro, das indeterminações linguísticas, como a ambiguidade, vagueza etc. Como afirma Vilhena Vieira:

Quanto mais abstratos forem os termos empregados, mais complexo será o processo de determinação do conteúdo da norma. (...) quando o magistrado se depara com expressões como “dignidade humana”, “liberdade”, “igualdade”, “cidadania”, “privacidade”, “bem comum”, (...) este é obrigado a fazer escolhas de caráter não apenas jurídico, mas ético-político.¹⁹

E quanto mais fragmentada é uma sociedade, mais há divergências terminológicas capazes de comprometer a inteligibilidade do texto.

E esse “agir” repassado ao juiz, em um sistema que o obriga a decidir, porque afasta a válvula do *non liquet*, impõe-lhe, não raro, criar respostas “novas”, sem base em estudo e reflexão da doutrina e lastro jurisprudencial. Por essa razão, a doutrina precisa, ao invés de tecer severas críticas à atividade jurisprudencial ou, até mesmo e mais reprovável, ao juiz, perceber que também lhe cabe contribuir para com a construção do direito, e pôr à disposição da sociedade possíveis respostas. E, ainda, se essas respostas também não estão plenamente baseadas em sedimentada doutrina, a qual, em tese, dispõe de maior tempo para refletir sobre as várias perspectivas das questões, possa ela com a atividade jurisprudencial trabalharem. Dessa cooperação que nasce o desenvolvimento, o aprofundamento e a maturação dos conceitos jurídicos.

É possível também, mesmo não havendo lacunas, a atuação da jurisprudência para permitir inovações no ordenamento de acordo com os principais valores adotados pela sociedade. Além disso, o impacto do constitucionalismo, bem como das teorias de interpretação, reforçou essa constatação da insuficiência da lei, entendida em sua literalidade, para solucionar todos os casos concretos. Nesses casos, todavia, toda cautela é necessária. Esclarece Larenz: “Existem, para além disso, questões que são de um significado tão transcendente para os mais diversos setores da vida que só o legislador, que pôde formar a visão de conjunto necessária, tem vocação para a sua solução”.²⁰ A cooperação/diálogo, nessas situações, então, se estabelece com o legislador.

Por essas razões, permitimo-nos dizer que o juiz pode criar o direito em certas circunstâncias. Dizer que o juiz pode criar o direito não pode levar à má compreensão da noção de liberdade de julgar. Como já dissemos, isso não permite que o juiz julgue conforme seus sentimentos. Se se pretende que a jurisprudência tenha valor como fonte do direito, é preciso aceitar a possibilidade de as decisões criarem o direito. Uma vez admitida a possibilidade de o juiz criar o direito, impõe-se agora demonstrar mais alguns limites à “criação”.

O primeiro limite à atividade jurisprudencial é o próprio da legalidade, mas com as nuances e as críticas absorvidas das escolas da teoria do direito. Atento a essa questão, Hassemer ressalta a vinculação da atividade jurisprudencial à lei.²¹

Teresa Arruda Alvim reconhece o poder do juiz de criar o direito dentro de determinados “ambientes decisoriais”. Mais flexíveis, outros mais rígidos, os ambientes decisoriais consistem no conjunto de standards à luz dos quais o juiz vai decidir os casos que lhe são submetidos.²² O direito penal, v.g., de acordo com essa teoria, seria um ambiente decisório rígido, no qual os valores da segurança e da certeza teriam maior importância. Já no direito de família, por exemplo, que seria um ambiente decisório frouxo, a primazia da certeza do direito cederia lugar à flexibilidade, possibilitando ao juiz ter um espaço maior de criatividade, com o objetivo de proferir decisão mais justa.



Se, por um lado, há mais flexibilidade, por outro há menos certeza. Não se pode viver no melhor dos dois mundos. Norman S. Marsch constata que:

Há situação em que a natureza cambiante da matéria e as questões sociais delicadas que esta envolve tornam desejável que se deixe à discricão do juiz a decisão, conseguindo-se obter a flexibilidade à custa do sacrifício da certeza. Há, todavia outros casos, onde a certeza que pode ser assegurada pelo julgamento de um homem razoável (...) baseado em princípios jurídicos fixados é mais relevante que a possibilidade de obter flexibilidade.²³

Para dar maior clareza à vinculação existente entre a decisão judicial e a lei, a doutrina alemã²⁴, por meio de dois termos, diferenciou o momento de determinação/aplicação, do momento de justificação/legitimação da decisão, isto é, entre a fase de encontrar o direito aplicável ao caso e a de apresentar as justificativas para tanto. De um lado encontra-se o *Rechtsfindung*²⁵, o qual descreve os fatores que permitem “encontrar” o direito aplicável, cujo conteúdo orientará a decisão, e o *Rechtfertigung*²⁶, o qual, por sua vez, destaca os elementos que explicam e justificam o resultado da decisão, dando-lhe legitimidade. Este resultado é a expressão máxima da decisão, é a ordem judicial. Em um Estado de Direito, a ordem judicial por si não basta, lhe falta o elemento essencial que é a fundamentação, momento no qual o juiz justifica as razões pelas quais, expondo e legitimando seus motivos, aplicou àquele caso tal entendimento, ou deixou de aplicá-lo.

Como visto, com as transformações históricas, a fundamentação passa a ser requisito essencial de uma ordem jurídica. Nessa linha observa Taruffo que não se trata do controle da validade e do fundamento da decisão, mas um controle da validade e do fundamento das razões que levaram àquele resultado.²⁷ Para Teresa Arruda Alvim, uma decisão adequadamente motivada tem a potencialidade de gerar controle e previsibilidade, garantindo aos jurisdicionados e à sociedade certa segurança.²⁸

A fundamentação ganha um papel de destaque no novo Código. O CPC (LGL\2015\1656), nesse sentido, exige mudança na racionalidade sobre o papel das decisões, pois coloca a fundamentação da decisão no primeiro plano. Isso já constava da nossa Constituição Federal (art. 93, IX) e se quis ressaltar em lei ordinária. O fundamento é o que dá à decisão legitimidade perante o jurisdicionado e perante a sociedade. A adequada fundamentação exige necessariamente uma linguagem clara, precisa e passível de ser compreendida pelo homem médio.²⁹ Decisões devidamente fundamentadas afastariam a incerteza da norma e teriam o condão de adequadamente criar o direito.

Uma vez reconhecido ao juiz o poder de criar o direito e as suas limitações decorrentes dessa concessão, este precisa estar atento a potencialidade que sua decisão integre o sistema, podendo ser modelo para os demais juízes e principalmente quando provém dos Tribunais Superiores. Uma decisão pode gerar uma confiança de que determinada lei concretizar-se-á naquele sentido, e, assim, criará a legítima expectativa na sociedade capaz de formar um padrão de conduta.

Os Embargos de Divergência compreendidos como um instrumento de coerência, serão capazes de assegurar à atividade jurisprudencial estabilidade e real capacidade de criar e concretizar o direito, permitindo aos tribunais se legitimarem como Tribunais Superiores, cumprindo a fundamental função de orientar, tanto as decisões dos demais juízes e tribunais, quanto à conduta dos próprios jurisdicionados. Essa nova visão levará, certamente, a médio e longo prazo, à diminuição de recursos, pois os jurisdicionados não “testariam” os Tribunais Superiores, se tivessem a convicção de que não haveria mudança abrupta de entendimento, já sedimentado pela via dos Embargos de Divergência.

3 A dupla função dos embargos de divergência



Este item tem o objetivo de tratar da dupla função dos Embargos de Divergência: a) visam a criar uniformidade da jurisprudência interna dos Tribunais Superiores, do STF e do STJ; e, se bem utilizados, b) tendem a acarretar a diminuição do número de recursos para os Tribunais Superiores, privilegiando a isonomia e a segurança jurídica, assegurando a efetiva prestação jurisdicional, além de reduzir, indiretamente, a litigiosidade, em razão da previsibilidade das decisões e da certeza das regras. O papel de interpretar em última instância a legislação federal impõe ao STJ o dever de assegurar a harmonia das decisões e garantir segurança jurídica, afastando interpretações divergentes dentro do próprio Tribunal e orientando os demais Tribunais no sentido daquela decisão paradigma.

Os Embargos de Divergência, como dissemos antes, possuem duas funções. A primeira é voltada às partes, aquelas que manejam este recurso com o objetivo de sanar a desarmonia interna das decisões dos Tribunais Superiores. As partes sucumbentes com o intuito, principalmente, de receberem tratamento isonômico, opõem os Embargos visando à modificação da decisão, tomando como paradigma outros casos semelhantes a que tenha sido dadas soluções distintas daquela recorrida.

Embora não seja de interesse secundário, a segunda função desempenhada pelos Embargos de Divergência é voltada aos demais órgãos do Judiciário e à sociedade. A legitimidade dos Tribunais Superiores, na perspectiva externa, é preservada na medida em que eles consigam produzir jurisprudência estável e, com isso, permitir à sociedade desenvolver, com certa previsibilidade e segurança, suas ações.

O que se pretende com os Embargos de Divergência é que os Tribunais Superiores firmem o entendimento sobre aquele caso, transmitindo, desse modo, segurança aos jurisdicionados, ao próprio e aos demais Tribunais, e à sociedade.

Se abrissem as portas para os Embargos de Divergências, e, assim, atuassem de maneira a concretizar os princípios da isonomia e da segurança jurídica, os Tribunais Superiores cumpririam a competência constitucional de interpretar em última instância o direito, de o uniformizar e o concretizar. Essa necessidade de abertura é ressaltada por Teresa Arruda Alvim e Dantas "(...) quanto mais receptivo for o Tribunal Superior relativamente a esse recurso, (...) naturalmente menor será o número de recursos em que se pleitearia o reconhecimento do acerto de tese (...)".³⁰

4 O novo desenho estrutural dos embargos de divergência traçado pelo Código Processual Civil de 2015

O novo Código de Processo Civil, nesse caminho, alterou profundamente o perfil dos Embargos de Divergência, e agora exige dos Tribunais Superiores um novo comportamento, mais receptivo à admissão do recurso previsto no art. 1.043.

Uma crítica pertinente que se deve fazer ao caput do art. 1.043 é quanto uso do termo "acórdão": "É embargável o acórdão de órgão fracionário que (...)". Muito embora tenha trazido o termo acórdão, cujo conceito é o de decisão do órgão colegiado de um tribunal, deve-se admitir, a fim de dar a mais adequada e efetiva interpretação ao dispositivo, o cabimento dos Embargos de Divergência quando se tratar de decisão monocrática e mesmo de interlocutórias com conteúdo de mérito. Ao nosso ver, admitir o cabimento de Embargos de Divergência contra decisão monocrática dispensaria a utilização do Agravo Interno para levar a questão ao colegiado e para daí ser objeto de Embargos de Divergência, prezando pela efetiva e razoável tutela jurisdicional.

O CPC/15 (LGL\2015\1656) traz novas hipóteses de cabimento dos Embargos de Divergência. Possibilita-os quando houver divergência entre decisão de mérito e decisão que não tenha conhecido do recurso, embora tenha julgado a controvérsia, baseando-se no mérito. Outra hipótese trazida pela redação original do CPC (LGL\2015\1656) e, à primeira vista revogada pela Lei Federal 13.256/16, é a do cabimento dos Embargos de Divergência para uniformizar decisões de ação originária do Tribunal e as que julguem



recurso. O CPC (LGL\2015\1656) também deixou claro o cabimento em caso de divergência no direito material quanto no processual. Inovou, também, ao admitir Embargos de Divergência quando houver alteração de mais da metade dos membros da turma de onde se originou o acórdão paradigma.

A primeira nova hipótese de cabimento dos Embargos de Divergência é prevista no art. 1.043, III. O dispositivo tem a clara intenção de afastar a dúvida sobre o cabimento ou não dos Embargos de Divergência quando a decisão embargada julgar o mérito e a paradigma não conhecer do recurso com base em matéria de mérito. A questão, portanto, cinge-se a saber se nível de cognição é capaz de afastar o conhecimento dos Embargos.

A questão, *mutatis mutandis*, tornou-se relevante quando se discutia acerca da competência e do termo inicial da ação rescisória. Se o Tribunal não conheceu, mas entrou no mérito, defendia-se que este é o órgão competente para julgá-la. Se, por outro, o recurso especial fosse considerado intempestivo, o prazo decadencial da ação rescisória já teria iniciado com o julgamento no Tribunal local, afinal, o Tribunal Superior sequer conheceu a matéria. Com a edição, em 2009, da Súmula 401 pelo STJ³¹ esperava-se pacificar a questão, no entanto, como se vê no julgamento do EDiv. REsp 1.352.730, a questão ainda apresentava divergências dentro do STJ.

Haverá identidade capaz de ensejar o cabimento de Embargos de Divergência quando existir decisão de mérito, de um lado, e decisão que não tenha conhecido do recurso, mas tenha se manifestado sobre o mérito. O nível de cognição não é requisito de admissibilidade para os Embargos de Divergência segundo o NCPC, o fundamental é pôr termo à divergência dentro do Tribunal Superior. É indiferente se o recurso foi conhecido ou não, o importante é que o Tribunal se manifeste sobre o recurso, pois mesmo não conhecendo do recurso, mas enfrentando o mérito, ele pode orientar futuras decisões.

O art. 1.043, III, assim sendo, sobrepõe-se à Súmula 315 (MIX\2010\1564)³² do STJ. Se o Agravo de Instrumento não conhecer o recurso, mas enfrentar o mérito, caberá Embargos de Divergência. No STJ, o Min. Villas Bôas Cueva e a Min. Isabel Gallotti, embora vencidos, conheceram e deram provimento aos Embargos de Divergência nessa referida hipótese, afastando a referida súmula.³³

A redação original do CPC (LGL\2015\1656) previa no inciso IV, do art. 1.043, o cabimento dos Embargos de Divergência para uniformizar divergência ocorrida entre decisão de ação originária do Tribunal e de recurso. Com a revogação de tal dispositivo, poder-se-ia inicialmente entender que tal hipótese tivesse sido excluída definitivamente com a Lei Federal 13.256/16 antes mesmo de o CPC (LGL\2015\1656) entrar em vigor. No entanto, o art. 1.043, cujo § 1º, prevê o cabimento dos Embargos de Divergência quando o acórdão (*rectius*: decisão) embargado julgar ação de competência originária e o paradigma julgar recurso, ou vice-versa, mantém a mesma dicção do outrora inciso IV. Pelas mesmas razões que orientaram o legislador no art. 1.043, III, a hipótese do § 1º reitera que não importa o “meio” – ação ou recurso –, o que é relevante para o conhecimento dos Embargos de Divergência é pôr fim à divergência interna.

O CPC/15 (LGL\2015\1656) admite o cabimento dos Embargos de Divergência, de acordo com o art. 1.043, § 2º, quando houver divergência na aplicação de uma questão de direito material ou de direito processual. O CPC (LGL\2015\1656) procurou demonstrar, mais uma vez, que não importa a área do direito relativa à matéria discutida, o relevante é a desarmonia interna de teses. Da interpretação desse artigo, podemos admitir a hipótese de cabimento, antes expressamente prevista no art. 1.043, II³⁴, mas revogada pela Lei Federal 13.256/2016. Por via transversa, a *ratio* permanece a mesma, e, por isso, entendemos que a interpretação do § 2º do art. 1.043, uma vez que análise de admissibilidade recursal passa pelo exame do direito processual, admite a oposição de Embargos de Divergência quando as decisões versarem sobre o juízo de admissibilidade.³⁵



A última nova hipótese diz respeito ao cabimento dos Embargos de Divergência quando a decisão paradigma e a embargada forem divergentes e proferidas pelo mesmo órgão, seja Turma ou Seção, desde que órgão sofra a alteração de mais da metade dos seus membros. O art. 1.043, § 3º, admite a oposição de Embargos de Divergência quando houver alteração da maioria dos membros da Turma, pois considera tratar-se de um “novo” órgão. Ressalte-se que, de acordo com o CPC (LGL\2015\1656), os Embargos de Divergência são cabíveis também quando houver alteração da maioria da composição mesmo em se tratando de Seção ou da Corte Especial. O STF já admitiu serem cabíveis os Embargos de Divergência quando houver mudança substancial na composição.³⁶ O STJ, em consonância com a modificação do Código de Processo Civil, alterou o seu Regimento Interno, por meio da Emenda Regimental 22, e vem admitindo os Embargos de Divergência nessa hipótese.³⁷ Reiteramos que não importa a origem da divergência, se do mesmo órgão ou não, existindo a desarmonia interna, os Embargos de Divergência são cabíveis.

O art. 1.043, I, equivalente à hipótese de cabimento prevista anteriormente pelo CPC/73 (LGL\1973\5) (art. 546, I), admite a oposição de Embargos de Divergência quando os acórdãos (rectius: decisão) forem de mérito, independentemente de serem proveniente de recurso ou ação, seja embargado ou paradigma. Trata-se do clássico caso de divergência entre Turmas, entre Turmas e Seção, entre elas e a Corte Especial, ou propriamente dentro dessa.

Quanto à disposição do § 5º, do art. 1.043, da redação original do CPC/15 (LGL\2015\1656), revogada pela Lei Federal 13.256/16, in verbis: “É vedado ao tribunal inadmitir o recurso com base em fundamento genérico de que as circunstâncias fáticas são diferentes, sem demonstrar a existência da distinção”, podemos considerar que tal hipótese não foi afastada do NCPC. O art. 489, § 1º, III, cujo dispositivo considera nula a decisão que invocar motivos genéricos, permite, analogamente, aplicá-la ao procedimento dos embargos de divergência. Se, em juízo de admissibilidade, os embargos não são conhecidos sob o motivo de que as circunstâncias são diferentes sem, entretanto, justificar densamente, a decisão viola o art. 489, § 1º, III, ensejando o cabimento de embargos de declaração e, se não sanado endoprocessualmente, permite o juízo rescindendo.

Em meio a tantas mudanças, o procedimento, no entanto, permanece o mesmo. O rito estabelecido para os Embargos de Divergência, no Regimento Interno do STJ e no CPC (LGL\2015\1656), prevê o prazo de 15 dias para que sejam opostos (art. 212 do CPC (LGL\2015\1656)), contando da data da publicação do acórdão embargado. Os Embargos de Divergência serão juntados aos autos independentemente de despacho (art. 266-A do Regimento Interno). Feita a distribuição (art. 74 do Regimento Interno), vão os autos conclusos ao novo Relator, a quem compete apreciar a admissibilidade dos embargos (art. 266-C). Não admitidos estes, cabe Agravo Interno. Admitidos, abre-se vista ao embargado, por 15 dias, para apresentar as contrarrazões (art. 212 do CPC (LGL\2015\1656)). Intimar-se-á o Ministério Público se o recurso envolver alguma das hipóteses previstas no art. 178 do CPC (LGL\2015\1656). Impugnados ou não os Embargos de Divergência, vão os autos conclusos ao Relator que pedirá a inclusão na pauta de julgamento (art. 267, parágrafo único, do Regimento Interno). Há possibilidade de sustentação oral, de acordo com o art. 937 do CPC (LGL\2015\1656).

O CPC/15 (LGL\2015\1656) altera, de modo especial, as possibilidades de cabimento e ao ampliá-las assegura o desenvolvimento do direito de forma estável e sem rupturas abruptas. Para que o conteúdo do art. 1.043 do CPC/15 (LGL\2015\1656) cumpra sua função de maneira mais efetiva, os Tribunais precisam ver este recurso com mais boa vontade. A principal função desse recurso é uniformizar divergências internas, afirmando um e, apenas um, entendimento, e, assim, concretizando a função de estabilidade jurisprudencial para as partes, para os demais órgãos do Judiciário e para a sociedade.

5 Da identidade absoluta à identidade substancial: um novo pressuposto de conhecimento dos embargos de divergência



A principal questão em torno do conhecimento dos embargos de divergência diz respeito às circunstâncias, subjacentes ao caso, cujo conteúdo permite ao Tribunal realizar o adequado cotejo entre a decisão embargada e a paradigma. A questão, então, é saber quais são as circunstâncias mais adequadas para possibilitar o conhecimento dos embargos e o reconhecimento da identidade entre os casos.

Não raro, em alguns casos, o STJ exige, para o conhecimento dos embargos de divergência, a identidade absoluta dos fatos. Isso quer dizer que, no momento do juízo de admissibilidade, o juiz verifica se as situações fático-jurídicas são expressamente iguais. A nosso ver, essa exigência diminui o potencial de rendimento dos embargos de divergência como um instrumento de uniformização e de legitimação

O Código de Processo Civil trouxe a preocupação de que as decisões, de modo especial, a dos Tribunais Superiores, ocorram de modo a gerar previsibilidade e estabilidade. Impõe-se, dessa forma, um limite interno à atividade do Poder Judiciário, na medida em que incumbe aos Tribunais aplicar de modo uniforme as decisões dos Tribunais Superiores e suas próprias, dando o mesmo tratamento aos casos futuros que apresentem identidade substancial em relação àqueles pretéritos.

Identidade substancial ou estrutural³⁸ do ponto de vista jurídico, quer dizer que o ponto de intersecção entre um caso e outro é revelado pela core/ratio do caso, que é uno. Não se verifica a ratio comparando a mera transcrição da letra do dispositivo de lei num caso e no outro, ou apenas com o cotejo da moldura jurídica, ou ainda, fática³⁹, tampouco, exigindo absoluta similitude. Isso tudo, porque não permitem uma segura comparação de casos.

A identidade jurídica substancial, diferentemente da identidade absoluta, significa que pode haver casos que, do ponto de vista fático, não sejam idênticos, mas que devam receber a mesma solução, afinal apresentam identidade substancial, principalmente do ponto de vista jurídico. Vejamos um caso hipotético: caso A: o farmacêutico José, 65, a fim de comemorar o aniversário de seu filho, compra uma garrafa de vinho, cujo conteúdo está adulterado, causando-lhe dores de cabeça e náusea; caso B: a engenheira Maria, 30, para matar sua sede, compra uma lata de refrigerante adulterada, que lhe causou febre e náusea. Abstraindo-se as circunstâncias individuais – profissão, idade, intenção, qual tipo de bebida –, o relevante seria: “líquido” – espécie, “contaminação” – conteúdo, e “reação adversas” – consequência. Embora esses dois casos não sejam idênticos, deveriam ter igual tratamento, afinal têm a mesma identidade jurídica substancial.

Vejam-se, por exemplo, casos já julgados que envolvem a não incidência de contribuição previdência sobre vale transporte, mesmo pago em dinheiro, e sobre aviso prévio indenizado.⁴⁰ Ambos os casos, embora não idênticos, devem ser decididos da mesma forma, visto que, abstratamente, possuem a mesma identidade: espécie “benefício”, natureza da verba “indenizatória”. Se o mesmo tribunal se orientar por dois entendimentos, nesses casos estará demonstrando desarmonia interna, restando às partes a possibilidade de opor embargos de divergência.

Os Embargos de Divergência podem tornar-se instrumento refinado de uniformização de teses jurídicas. No novo CPC (LGL\2015\1656) há instrumentos de uniformização que não se prestam a este tipo de sofisticação, sendo destinados, a grosso modo, a uniformizar questões de massa, que envolvem direitos individuais homogêneos, em cuja análise a questão de fato e de direito passa a ser relevante, como, por exemplo, no IRDR. Os Embargos de Divergência, todavia, se diferenciam do IRDR, por exemplo, porque prescindem da identidade absoluta dos fatos subjacentes a ambos os processos cujas decisões são confrontadas. Aquele é um instrumento mais específico para absorver decisões conflitantes, como se utilizasse de um instrumento tópico para determinada patologia, enquanto este é um instrumento mais genérico para o seu tratamento.

6 Súmula 420: um novo enfoque, à luz dos embargos de divergência como um



instrumento de estabilidade

Conforme dito na Introdução, o tema “indenização por dano moral”, seja no Direito Civil, seja no Direito do Consumidor está no quarto lugar entre os temas mais frequentes objetos de Recurso Especial, segundo as estatísticas do projeto “Justiça em números 2015”⁴¹, coordenado pelo Conselho Nacional de Justiça. No universo da Justiça Estadual brasileira cerca de 2.003.937 milhões de ações versam sobre o tema “responsabilidade do fornecedor/indenização por dano moral” e 1.215.861 milhões de ações sobre o tema “responsabilidade civil/indenização por dano moral”. Isso corresponde a 8,93% dos processos em trâmite no país e, por essa razão, é o tema mais debatido na Justiça Estadual.

Somados, são mais de 1,6 milhão de processos analisando o tema “danos morais”, oriundos do Juizado Especial Civil. O tema “responsabilidade do fornecedor/indenização por dano moral” corresponde a 16,20% das ações dos Juizados. Já as ações que versam sobre “responsabilidade civil/indenização por dano moral” totalizam 10,41%.

Se colocarmos sob análise também os dados do último projeto, o “Justiça em números 2016”⁴², o tema “indenização por dano moral”, ainda que tenham diminuído o número de processos, a porcentagem cresceu dentro do universo de ações da Justiça Estadual e continua sendo o mais demandado. Nesse universo são 1.622.414 milhão de ações versando sobre o tema “Responsabilidade do Fornecedor/ Indenização por Dano Moral” e 855.205 mil ações versando sobre “Responsabilidade Civil/ Indenização por Dano Moral”, totalizando 2.477.619 milhões de ações. Isso corresponde a 9,45% dos processos, sinalizando um aumento em relação aos 8,93% do ano anterior.

Nesse mesmo período, esses temas continuam sendo protagonistas de discussões dentro do Juizado Especial Civil. “Responsabilidade do fornecedor/indenização por dano moral” corresponde a 18,79% dos processos, próximo de 1.096.278 milhão de processos, e os que versam sobre “responsabilidade civil/indenização por dano moral” totalizam 7,45%, aproximadamente 434.741 mil. Somados são mais de 1,5 milhão de processos tendo como objeto principal o tema “danos morais”.

Ainda que não se tenha, dentro do universo das ações ajuizadas, o exato número nas quais foi reconhecida a existência de dano capaz de ensejar um valor a título de indenização, podemos reconhecer, a partir dos dados oferecidos pelo projeto “Justiça em números”, o reiterado ajuizamento de ações versando sobre “danos morais”. Assim, podemos dizer que se trata de uma questão contumaz. Essas ações repetidas, inevitavelmente, geram custos a mais de tempo e de dinheiro, os quais poderiam ser alocados em outros bens e serviços, tanto para os jurisdicionados, quanto para a Jurisdição. No entanto, a preocupação extrapola a questão econômica. Quando se trata de uma questão contumaz, a possibilidade de decisões conflitantes é iminente. E, dessa forma, os standards da legalidade, da isonomia e da segurança jurídica ficam frontalmente ameaçados. Essa circunstância, de modo especial, exige dos Tribunais Superiores um papel proativo de uniformizadores de decisões, começando pelo plano interno.

A falta de decisões estáveis sobre qualquer tema possibilita aos jurisdicionados “testar” o juiz ou o Tribunal, aumentando o número de ações, criando um verdadeiro caos. Isso não só atrapalha o trabalho desses, como também tira a credibilidade do Poder Judiciário como um todo, na medida em que dois casos semelhantes acabam sendo decididos diferentemente. Atento a essa questão, Moniz de Aragão aponta que enquanto não houver uniformidade jurídica, cuja principal razão é o conteúdo duvidoso das normas, o número de recursos crescerá exponencialmente.⁴³ E podemos demonstrar que seja essa, de fato, a principal razão do elevado número de ações sobre “indenização por danos morais”. Tal tema é discutido em aproximadamente 10% dos processos em curso no País e vem crescendo como demonstram os últimos dados.

A Constituição Federal incumbiu precipuamente ao Superior Tribunal de Justiça a função



de uniformizar a interpretação da Lei Federal. A Súmula 420, no entanto, vem no sentido oposto e, por essa razão, merece revisão pelo STJ. Constatamos que não são adotados parâmetros objetivos para estabelecer valores a título de danos morais. E, sobretudo, há uma “jurisprudência defensiva”, instrumentalizada pela Súmula 420, que impede tratamento isonômico dos valores das indenizações por danos morais dentro do próprio Tribunal. O STJ editou em 2010 a Súmula 420 a fim de impedir o conhecimento dos Embargos de Divergência que buscassem discutir os valores de danos morais. Tal Súmula foi editada em virtude dos seguintes leading cases: AgRg nos EREsp 507.120/CE; AgRg nos EREsp 506.808/MG; AgRg nos EAg 646.532/RJ; AgRg nos EREsp 510.299/TO, entre outros. Todos esses acórdãos têm em comum o fundamento de que o valor da indenização fixada a título de dano moral é determinado pelas peculiaridades de cada caso concreto, tornando-se inviável a comparação entre acórdãos.

A doutrina, no entanto, diverge quanto a essa questão. Nery Jr. afirma serem incabíveis os Embargos quando há divergência de valores, in verbis: “(...) eventual diferença na fixação dos valores em situações semelhantes não configura divergência de tese jurídica, mas de avaliação dos fatos”.⁴⁴ Isso de um lado; de outro, defendendo o cabimento dos Embargos de Divergência, Teresa Arruda Alvim e Wambier afirmam: “Aqui, aproveitamos para consignar nossa discordância, de que adiante nos ocuparemos novamente, em relação à tese adotada pela Súmula 420 (MIX\2010\1668) do STJ, editada recentemente”.⁴⁵

A fixação de critérios objetivos para a aferição do valor compensatório a título de danos morais é medida necessária para dar segurança jurídica, por exemplo, às relações contratuais de seguro. Com vimos, existem no STJ decisões fixando valores a título de danos morais discrepantes, o que importa dizer, nas hipóteses passíveis do art. 1.043 do CPC (LGL\2015\1656), os Embargos de Divergência são cabíveis. O acórdão do Tribunal local suficientemente fundamentado possibilitaria a adequação dos valores, prescindido do exame fático-probatório.

7 Conclusão

Abriam-se, nos últimos tempos, as portas do Judiciário, sem, contudo, criarem-se meios efetivos de tutela de direitos. O NCPC preocupou-se com tal questão e criou o instituto do IRDR para uniformizar a jurisprudência dos Tribunais locais e, aos Tribunais Superiores tornou mais operativo o regime dos REsp e RE repetitivos e ampliou as hipóteses dos Embargos de Divergência.

O NCPC alterou profundamente a disciplina dos Embargos de Divergência, ampliando as hipóteses de cabimento e procurando, com isso, garantir estabilidade e previsibilidade aos jurisdicionados, aos demais órgãos do Poder Judiciário e à sociedade. Os Embargos de Divergência na sua dupla função, estão voltados tanto aos interesses das partes, correspondendo à sua primeira função, quanto aos demais órgãos judiciais e à sociedade, correspondendo à sua segunda.

“Simples” mudanças legislativas, no entanto, não são capazes, por si só, de ensejar grandes alterações. As mudanças efetivas provêm, principalmente, da atuação concreta dos Tribunais Superiores. O caminho inicial para que o tratamento que o NCPC estabeleceu para os Embargos dê resultado e gere consequências positivas na sociedade, está imprescindivelmente vinculado à uniformidade intra muros da jurisprudência dos Tribunais Superiores. Ao decidirem uma linha decisória dos casos com a mesma identidade jurídica substancial, imprimindo estabilidade e confiança, permitem aos Tribunais de Justiça se comportarem de maneira segura, não conhecendo e tornando onerosa a interposição recursal quando o objetivo for meramente de “testar” a Jurisdição.

Para dar efetividade aos Embargos de Divergência e às alterações estabelecidas pelo CPC (LGL\2015\1656) é preciso construir uma nova compreensão do papel da decisão judicial. A simples revelação da norma implícita contida no texto legal, visão esta própria



do período em que o juiz era a boca da lei, não contribuía e, tampouco, contribui para a construção do direito. As teorias que se seguiram, pouco a pouco, foram reconhecendo, em alguma medida, o papel criativo da atividade jurisprudencial e desconstruindo essa visão formalista. Uma vez reconhecido o papel de construção do direito pelas decisões judiciais, as teorias procuraram estabelecer limites à liberdade da atuação judicial.

A concretização do papel dos Embargos de Divergência como instrumento de coerência passa necessariamente pela mudança na atividade jurisdicional, assegurando mais racionalidade nos Tribunais Superiores. Nesse sentido, o exame de admissibilidade dos Embargos precisa ser mais aberto, sanando as dúvidas sobre a interpretação de questões, pois mesmo negando seguimento ao Recurso o STJ pode criar um precedente. Isso tudo, para que possam, no futuro, juízes e Tribunais, aplicar de forma consolidada o entendimento fixado. Além disso, caberá ao Superior Tribunal de Justiça reanalisar, à luz do CPC (LGL\2015\1656), a Súmula 420 a fim de que possa adequá-la ao novo desenho estrutural traçado para os Embargos de Divergência.

8 Referências bibliográficas

ARRUDA ALVIM, Teresa. Embargos de Declaração. Como se motiva uma decisão judicial? 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017.

ARRUDA ALVIM, Teresa. DANTAS, Bruno. Recurso Especial. Recurso Extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores no Direito Brasileiro. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; WAMBIER, Luiz Rodrigues. Tratado Jurisprudencial e Doutrinário. São Paulo: Ed. RT, 2013. v. III.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Primeiros Comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Precedentes e evolução do direito. Direito Jurisprudencial. São Paulo: Ed. RT, 2012.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. V.

CALAMANDREI, Piero. La casación civil. Buenos Aires: EBA, 1945. t. II.

CARNEIRO, Athos de Gusmão. Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CHIARLONI, Sergio. La Justicia civil y sus Paradojas. Revista de Processo, São Paulo, v. 215, p. 101-188. jan. 2013.

GAZETA DO POVO. Defensoria Pública é criada com 23 anos de atraso. Disponível em: [www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/defensoria-publica-e-criada-com-23-anos-de-atraso-awuy

GRINOVER, Ada Pellegrini. A crise do Poder Judiciário. O processo em evolução. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

GRÖPL; WINDTHORST; VON COELLN. Grundgesetz: Studienkommentar. München: Verlag C. H. Beck, 2013.

HASSEMER, Winfried. O Sistema do Direito e a codificação: a vinculação do juiz à lei. In: Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

HESPANHA. Antônio Manuel. Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.



JORGE, Flávio Cheim. Embargos de Divergência: alguns aspectos estruturantes. Revista de Processo, São Paulo, v. 190, p. 9-36. dez. 2010.

KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1967.

LEWANDOWSKI, Enrique R. "O protagonismo do Poder Judiciário na era dos direitos. Revista de Direito Administrativo, v. 251, 2009.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Do arbítrio à razão: reflexões sobre a motivação da sentença. Revista de Processo, v. 29, p. 286. Jan.-mar. 1983.

MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ enquanto corte de precedentes. São Paulo: Ed. RT, 2013.

MARSH, Norman. Principle and discretion in the Judicial Process. In: The Law Quarterly Review, v. 68, 1952.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. O Estado de Direito e o direito de ação. In: Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 19, 1979.

NERY JR., Nelson. Teoria Geral dos Recursos. São Paulo: Ed. RT, 2014.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. Embargos de Divergência perante o Superior Tribunal de Justiça. Revista de Processo, v. 131, jan. 2006.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. Direito das coisas. Brasília: Senado Federal; Superior Tribunal de Justiça, 2004.

ROMANO, Santi. O ordenamento jurídico. Trad. Arno Dal Ri Jr. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

SHIMURA, Sérgio. Embargos de Divergência. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Aspecto polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. São Paulo: Ed. RT, 2000. v. 131.

SILVA, Ovídio Batista da. Processo e ideologia. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TARUFFO, Michele. il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica. Revista de Processo, v. 143, jan. 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Discrecionalidade judicial e interpretação constitucional. In: Constituição Federal de 1988. São Paulo: J. de Oliveira, 1999.

1 GRINOVER, Ada Pellegrini. A crise do Poder Judiciário. In: O processo em evolução. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996. p. 22-23; MONIZ DE ARAGÃO, Egas. Procedimento: Formalismo e Burocracia. Revista TST, Brasília, v. 67. jan.-mar. 2001. p. 114.

2 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 31

3 Para Ovídio Batista não se trata de "direito de ação", mas, em verdade, do "exercício



do direito à jurisdição". Mesmo levando-se em consideração a crítica de Dinamarco (RePro 81, p. 55) de que o processo não é um exercício de direitos do autor, mas instrumento estatal, não podemos desconsiderar a crítica à crítica, a qual foi formulada por Ovídio de que "(...) afirmar que o 'escopo' do processo não é mais a 'tutela de direitos', porque fora equivocado identificar a ação com o exercício de direitos 'pelo autor', há um espaço conceitual considerável". BATISTA, Ovídio. Processo e Ideologia. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 187.

4 Cf. sobre formalismo e burocracia: MONIZ DE ARAGÃO, Egas. Procedimento: formalismo e burocracia. Op. cit. p. 119; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Do Formalismo no Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 183.

5 "Italia es un País donde son particularmente agudas las contradicciones entre el derecho escrito en los libros, comenzando por la Carta fundamental, y el derecho que vive en la sociedad civil, así como en las relaciones entre los ciudadanos y las diversas articulaciones del poder". CHIARLONI, Sergio. La Justicia civil y sus Paradojas. Revista de Processo, v. 215, p. 101-188, jan. 2013,.

6 CLÈVE, Clèmerson Merlin. Poder Judiciário: Autonomia e Justiça. Revista dos Tribunais, v. 691, maio 1993, p. 34-44.

7 GRINOVER, Ada Pellegrini. A crise do Poder Judiciário. In: O processo em evolução. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996. p. 22-23; CLÈVE, Clèmerson Merlin. Poder Judiciário: Autonomia e Justiça. Revista dos Tribunais, v. 691, maio 1993. p. 34-44.

8 No Estado de São Paulo, a Defensoria Pública foi instituída pela Lei Complementar Estadual 988/2006. Naquele ano também começaram as suas atividades. No Estado do Paraná, por exemplo, a Lei Complementar Estadual 55/1991 instituiu a Defensoria Pública Estadual, no entanto, a primeira só foi criada em 2011. Cf. Gazeta do Povo. Defensoria Pública é criada com 23 anos de atraso. Disponível em: [www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/defensoria-publica-e-criada-com-23-anos-de-atraso-awu] Acesso em: 23.04.2017.

9 LEWANDOWSKI, Enrique R. "O protagonismo do Poder Judiciário na era dos direitos". Revista de Direito Administrativo, v. 251, 2009. p. 80.

10 ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Precedentes e evolução do direito. In: Direito Jurisprudencial. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 33.

11 Questão com recente de divergência dentro do STJ é quanto à aplicação, ou não, da multa prevista no § 4º, do art. 1.021 do NCPC, quando não há impugnação específica aos fundamentos da decisão agravada: i – aplicando a multa: (STJ, AgInt no AREsp 1055347/MS, 3.ª T., j. 27.06.2017, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 01.08.2017); (STJ, AgInt nos EAREsp 887.721/SP, Corte Especial, j. 17.05.2017, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 24.05.2017); ii – não aplicando a multa: (STJ, AgInt no AREsp 618.792/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3.ª T., j. 27.06.2017, DJe 30.06.2017); (STJ, AgInt nos EDcl no AREsp 978.837/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3.ª T., j. 20.06.2017, DJe 23.06.2017).

12 PEREIRA, Lafayette Rodrigues. Direito das Coisas. Brasília: Senado Federal; Superior Tribunal de Justiça, 2004. Prefácio. p. XIV.

13 MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ enquanto corte de precedentes. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 211.

14 "Significa ante todo que el Trib. de casación se limitaba a destruir la sentencia que contenía la contravención a la ley sin poner en el puesto de la misma otra decisión correcta". CALAMANDREI, Piero. La casación civil. Buenos Aires: EBA, 1945. t. II. p. 73-74.



15 ROMANO, Santi. O Ordenamento Jurídico. Trad. de Arno Dal Ri Jr. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 17.

16 LIEBMAN, Enrico Tullio. Do arbítrio à razão: reflexões sobre a motivação da sentença. In: Revista de Processo, v. 29, p. 79.

17 KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002. p. 127.

18 ROMANO, Santi. O Ordenamento Jurídico. Trad. Arno Dal Ri Jr. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 17.

19 VIEIRA, Oscar Vilhena. Discricionariedade judicial e interpretação constitucional. In: Constituição Federal de 1988. São Paulo: J. de Oliveira, 1999. p. 416.

20 LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1967. p. 282.

21 "Em primeiro lugar, o postulado da vinculação à lei permanece incontestado, enquanto exigência normativa face à atuação judicial. Mesmo quando o juiz cria direito, continua a vigorar o imperativo constitucional segundo o qual o direito deve ser criado em conformidade com as instituições legais, pelo menos enquanto não se mostrar que a lei não contém quaisquer regras de decisão. Todavia, está demonstrado, que, em regra, o juiz dispõe de um espaço livre de decisão (Entscheidungsspielraume)". HASSEMER, Winfried. Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei. In: Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002. p. 299.

22 . ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Precedentes e evolução do direito. In: ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). Direito Jurisprudencial. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 52 e ss.

23 "There are situations where the changing nature of the subject matter and the delicate social issues involved make it desirable to leave the decision to the judge's discretion, flexibility being purchased at the price of some uncertainty. There are other cases where the relative certainty, which can be secured by relating the judgment of the reasonable man (...) acting on fixed principles of law, is more important than the loss of some flexibility in the law". MARSH, Norman. Principle and discretion in the Judicial Process. In: The Law Quarterly Review, v. 68, p. 236.

24 HASSEMER, Winfried. Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei. Op. cit. p. 281 e ss.

25 Findung vem do verbo finden, que se traduz por achar, encontrar. E Recht é a palavra alemã para Direito. Rechtsfindung pode ser traduzido como aplicação do direito.

26 Fertigung é um substantivo feminino que significa produção, fabricação. Em alemão, a união das palavras Recht e Fertigung forma o verbo rechtfertigen que significa justificar, explicar e legitimar. Rechtfertigung é o momento de produção do direito, ou a decisão judicial, propriamente dita.

27 "Il controllo sulla motivazione non è un controllo sulla validità e fondatezza del decision-making, ma sulla validità e fondatezza delle ragioni di cui il giudice si serve per rendere accettabile 'all'esterno' la sua decisione. Ciò è tutto quello che il giudice può fare per render conto del modo in cui ha esercitato il potere decisorio, ed è tutto quello che può e deve essere richiesto al giudice nel contesto di un ordinamento che non ammette decisioni arbitrarie". TARUFFO, Michele. il controllo di razionalità della decisione fra



logica, retorica e dialettica.Revista de Processo, v. 143, jan. 2007, p. 65-77.

28 ARRUDA ALVIM, Teresa. Embargos de Declaração. Como se motiva uma decisão judicial. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 198.

29 O uso indiscriminado de princípios para fundamentar a decisão nos sistemas codificados é questão preocupante. Para Alexander e Kress, assim como os físicos do século XIX que explicavam todas as discussões com base no éter, as teorias da interpretação recorrem atualmente aos princípios como panaceia para todas as dúvidas. (ALEXANDER, Larry; KRESS, Kenneth. Contra os princípios jurídicos. In: MARMOR, Andrei (Ed.). Direito e Aplicação. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 419 e ss.). Segundo Hassemer: "Quem, num sistema codificado, se reportar à 'boa-fé', aos 'bons costumes' ou ao 'caráter condenável' para legitimar a sua decisão, arrisca-se a suspeitar de estar a contornar ou a distorcer as normas codificadas, de não levar a sério o direito codificado, que aliás alega ter concretizado os princípios jurídicos fundamentais". HASSEMER, Winfried. Op. cit. p. 288. Nesse mesmo sentido é a crítica de Carlos Ari Sundeld. Direito Administrativo para céticos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014; e também, a de FRANKENBERG, Günther. "Tiranía da dignidade? Paradoxos e paródias de um valor supremo". In: A Gramática da Constituição e do Direito, 2007. p. 307-320.

30 ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores no Direito Brasileiro. Op. cit., p. 567.

31 Súmula 401: "O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial".

32 Súmula 315: "Não cabem embargos de divergência no âmbito do agravo de instrumento que não admite recurso especial".

33 Ementa: "(...) 1. Segundo a jurisprudência da Corte Especial, "inadmitido o recurso especial na origem e desprovidos o agravo de instrumento (atual agravo em REsp) e o respectivo agravo regimental nesta Corte, mesmo que adotada fundamentação que passe pelo exame do mérito do apelo extremo, descabe a interposição de embargos de divergência, incidindo a vedação contida no enunciado n. 315 da Súmula/STJ (...)". Inteiro teor: Min. Villas Bôas Cueva afirmou que: "Tampouco pode prevalecer, na espécie, o precedente da Corte Especial invocado durante os debates (EAg 1.186.352/DF), pois tal orientação – exemplo de jurisprudência defensiva – não se sustenta mais diante da nova ordem processual inaugurada pelo Código de Processo Civil de 2015 (...)"; no mesmo sentido constou o voto da Min. Isabel Gallotti, in verbis: "o precedente da Corte Especial [referia-se ao EAg 1.186.352/DF] não pode conduzir a esta conclusão de que só se for provido o recurso da parte no agravo haverá de se ter como examinado o mérito, e se for negado provimento ao recurso da parte, com exame extenso do mérito, isso não seria mérito, simplesmente porque negado provimento ao recurso". STJ, EAREsp 750.657/RJ, 2.^a Seção, j. 22.06.2016, Rel. p/ acórdão Min. Antonio Carlos Ferreira, DJe 03.08.2016.

34 Art. 1.043. É embargável o acórdão de órgão fracionário que: [...] II – em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo os acórdãos, embargado e paradigma, relativos ao juízo de admissibilidade. (Revogado pela Lei n. 13.256, de 2016).

35 Esse é também o entendimento de Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas. ARRUDA ALVIM, Teresa. DANTAS, Bruno. Op. cit. p. 570.

36 "Embargos de divergência – Pressupostos formais de sua utilização – Critério da diversidade orgânica (Súmula 353) – Necessidade de demonstração analítica do dissídio jurisprudencial – Descabimento da invocação de decisões monocráticas como padrão de



divergência – FEPASA – Complementação de aposentadoria – Divergência de teses não configurada – Embargos não conhecidos. Se o acórdão-padrão, utilizado para demonstrar o dissídio jurisprudencial, for da própria Turma de que emanou a decisão impugnada, os embargos de divergência revelar-se-ão incabíveis (Súmula 353), exceto numa única e singular hipótese: se, não obstante tratando-se da mesma Turma, esta possuir, quando do novo pronunciamento jurisdicional, composição majoritária diversa daquela que produziu o paradigma invocado. Precedentes. (...)”. STF, RE 111.582, Tribunal Pleno, j. 25.08.1994, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 27.10.1994.

37 “Agravos regimentais nos embargos de divergência em recurso especial. Direito processual civil. Descabimento dos embargos em vista da natureza dos paradigmas colacionados. Necessidade de cotejo analítico. Embargos não admitidos. Agravo regimental não provido (...) 2. Nos termos do art. 266, § 3º, do RISTJ (LGL\1989\44), inserido pela Emenda Regimental n. 22, de 16.03.2016, a alteração substancial na composição do Órgão fracionário permite a dedução de embargos de divergência tendo por paradigma julgados do mesmo órgão. 3. Contudo, essa norma não pode alcançar os recursos interpostos antes da sua edição”. STJ, AgInt nos EREsp 1.238.026/SC, 2ª S., j. 26.10.2016, Rel. Min. Moura Ribeiro, DJe 04.11.2016.

38 ARRUDA ALVIM, Teresa. Precedentes e evolução do Direito. In: ARRUDA ALVIM, Teresa (Coord). Direito Jurisprudencial. São Paulo: Ed. RT, 2012, n. 6. p. 62.

39 Para Ovídio Baptista: “(...) devemos sempre ter presente que a separação entre ‘direito’ e ‘fato’ foi uma ambição das filosofias modernas que nossa contemporaneidade não pode aceitar. Esta compreensão do Direito que serve de fundamento para todas as formas de normativismos é que deve ser questionada, a partir da nova compreensão do Direito como ciência carente de compreensão hermenêutica”. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. “Questão de fato” em Recurso Extraordinário. In: Meios de Impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 501. Conferir a crítica à dicotomia questão de fato/questão de direito desenvolvida por Antônio Castanheira Neves na obra Questão de Facto: questão de direito ou o problema metodológico da juridicidade: ensaio de uma reposição crítica. Coimbra: Almedina, 1967, bem como, na obra de Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas. Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores no Direito Brasileiro. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 347 e ss.

40 STJ, REsp 1.614.585/PB, 2ª T., j. 13.09.2016, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 07.10.2016.

41 A metodologia do Projeto “Justiça em números 2015”, com base nos números de 2014, esclareceu que: “Com relação aos assuntos, é comum o cadastro de mais de um assunto em um mesmo processo, e neste caso, todos são contabilizados. Portanto, os números que serão apresentados não refletem a quantidade de processos ingressados na Justiça Estadual, mas tão somente a quantidade de processos cadastrados em determinada classe e/ou assunto”. Além disso informa que o universo de análise é de 25 Tribunais de Justiça, dentre os 27 existentes, porque “(...) o TJES e o TJBA não prestaram as informações requeridas”.

42 A metodologia do Projeto “Justiça em números 2016”, com base nos números de 2015, esclareceu que: “Com relação aos assuntos, é comum o cadastro de mais de um assunto em um mesmo processo, e neste caso, todos são contabilizados. Portanto, os números que serão apresentados não refletem a quantidade de processos ingressados na Justiça Estadual, mas tão somente a quantidade de processos cadastrados em determinada classe e/ou assunto”. O projeto “Justiça em número 2016”, diferentemente do seu anterior, contou com os dados de 24 Tribunais de Justiça, dentre os 27 existentes, porque “(...) o Tribunal de Justiça da Bahia não prestou as informações requeridas, enquanto Paraíba e Rondônia encaminharam os dados como nulos”.



43 MONIZ DE ARAGÃO, Egas. Procedimento: formalismo e burocracia. Op. cit., p. 121.

44 NERY JR., Nelson. Teoria Geral dos Recursos. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 427.

45 ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; WAMBIER, Luiz Rodrigues. Tratado Jurisprudencial e Doutrinário. São Paulo: Ed. RT, 2013. v. III. p. 649.



**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
DE SÃO PAULO — PUC/SP**

Fabiano da Rosa Tesolin

**Sanabilidade de vícios na admissibilidade dos
Embargos de Divergência nos Tribunais Superiores**

Mestrado em Direito

São Paulo

2019

Fabiano da Rosa Tesolin

**Sanabilidade de vícios na admissibilidade dos Embargos de
Divergência nos Tribunais Superiores**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE em **Direito Processual Civil**, sob a orientação do Prof. Dr. Eduardo Arruda Alvim.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Arruda Alvim

São Paulo

2019

Fabiano da Rosa Tesolin

Sanabilidade de vícios na admissibilidade dos Embargos de Divergência nos Tribunais Superiores

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como existência parcial para a obtenção do título de MESTRE em **Direito Processual Civil**, sob a orientação do Prof. Dr. Eduardo Arruda Alvim.

Trabalho aprovado. São Paulo, _____ de junho de 2019.

Prof. Dr. Eduardo Arruda Alvim
*Pontifícia Universidade Católica
de São Paulo – PUC/SP*

Prof.^a Dr.^a Thereza Alvim
*Pontifícia Universidade Católica
de São Paulo – PUC/SP*

Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart
Universidade Federal do Paraná – UFPR/PR

São Paulo
2019

Dedico este trabalho para minha amada família: à minha mãe Dalila e à minha irmã Taiana, pelo amor e carinho incondicionais e às minhas filhas Laura e Luísa, e minha esposa Juliana, presentes em todos os momentos, encorajando-me e incentivando meus estudos. Agradeço também pela compreensão pelo tempo em que me ausentei para dedicar na construção deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço cordialmente meu orientador Professor Dr. Eduardo Arruda Alvim, responsável por minha iniciação na vida acadêmica, por toda a orientação, disponibilidade, bem como pelo estímulo e apoio na elaboração da presente pesquisa.

Aos componentes da banca de qualificação, Profs. Drs. Cássio Scarpinella Bueno e Patrícia Pizzol, externo meu apreço pelos importantes apontamentos, que muito contribuíram para a elaboração final da pesquisa.

Ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, por meio de todos os professores e pela contribuição em meus conhecimentos, em especial às Prof.^{as} Dr.^{as} Thereza Alvim e Teresa Arruda Alvim. Agradeço também à Prof.^a Dr.^a Mônica Bonetti Couto pela amizade e a profunda contribuição para a minha formação acadêmica.

Ao Superior Tribunal de Justiça, pela oportunidade profissional de aprendizado e pelo suporte financeiro recebido por meio de bolsa de estudos durante o Programa de Mestrado em Direito.

Aos meus colegas da PUC/SP e amigos do STJ, pelo apoio e auxílio em minha jornada de estudos, especialmente: André de Azevedo Machado, Maximiliano Ferreira Tamer e Raíssa Saback Maltez Gurgel.

Agradecimento especial ao Ministro Mauro Campbell Marques, pelos aprendizado diário, confiança, amizade e apoio incondicional.

RESUMO

O presente trabalho de pesquisa objetiva, a partir das normas fundamentais contidas no Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015), demonstrar a relação entre o sistema de sanabilidade de vícios formais de admissibilidade e a importância dos embargos de divergência. A compreensão dos embargos de divergência, como instrumento de uniformização de divergência interna da jurisprudência dos Tribunais Superiores e como meio de concretização do sistema de precedentes judiciais previsto no CPC/2015, também é abordada com a profundidade necessária. Após, será analisada a significativa alteração sugerida pelo novo ordenamento processual nas hipóteses de cabimento dos embargos de divergência e o impacto das revogações impostas pela Lei n.º 13.256/2016. A seguir, serão enfrentados o procedimento do recurso uniformizador contido nos regimentos internos do Tribunais Superiores e os efeitos dos embargos de divergência. A pesquisa segue analisando os requisitos específicos de admissibilidade dos embargos de divergência. Por fim, será estudado o sistema de sanabilidade de vícios formais proposto pelo CPC/2015, seus limites e elementos, bem como a incidência específica da regularização no âmbito dos embargos de divergência.

Palavras Chave: Tribunais Superiores. Supremo Tribunal Federal. Superior Tribunal de Justiça. Recursos. Embargos de Divergência. Dispersão Jurisprudencial. Uniformização. Requisitos de Admissibilidade Recursal. Vícios formais. Sanabilidade.

ABSTRACT

The present research work aims to demonstrate the relationship between the system of sanity of formal admissibility defects and the importance of the embargos of divergence, based on the fundamental norms contained in the Code of Civil Procedure (Law 13.105/2015). The understanding of divergence liens, as an instrument of uniformity of internal divergence in the jurisprudence of the High Courts and as a means of achieving the system of judicial precedents foreseen in CPC/2015, is also approached with the necessary depth. Afterwards, the significant alteration suggested by the new procedural ordering in the assumptions of discharges of divergence and the impact of the revocations imposed by Law 13.256/2016 will be analyzed. Next, the procedure of the uniform appeal contained in the internal rules of the Superior Courts and the effects of the embargos of divergence will be faced. The survey further examines the specific admissibility requirements of divergence liens. Finally, it will be studied the system of sanity of formal defects proposed by CPC/2015, its limits and elements, as well as the specific incidence of regularization in the scope of the embargos of divergence.

ABREVIATURAS

CPC/2015 – Código de Processo Civil de 2015.

CPC/1973 – Código de Processo Civil de 1973.

STF – Supremo Tribunal Federal.

STJ – Superior Tribunal de Justiça.

RISTF – Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

RISTJ – Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	17
1	O NOVO MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO, A UNIFORMIDADE JURISPRUDENCIAL E OS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA	21
1.1	Notas introdutórias ao modelo constitucional de processo e o saneamento dos vícios à luz do NCPC	21
1.2	Dispersão jurisprudencial, segurança jurídica e isonomia: a importância dos mecanismos uniformizadores	25
1.3	A importância dos Embargos de Divergência para o cumprimento da função constitucional dos Tribunais Superiores	27
1.4	A evolução histórica do recurso uniformizador nas Cortes Superiores	31
1.5	Características gerais dos Embargos de Divergência	33
2	CABIMENTO DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA	45
2.1	Acórdão embargado proferido por órgão fracionário do Tribunal Superior . .	46
2.2	A divergência estabelecida em acórdãos de mérito na aplicação do direito material e processual	54
2.3	O confronto entre julgados relativos ao juízo de admissibilidade recursal . .	55
2.4	A divergência estabelecida entre o acórdão de mérito e o paradigma que, embora não tenha conhecido do recurso, tenha apreciado a controvérsia . . .	62
2.5	A utilização do recurso uniformizador para confrontar teses divergentes em processos de competência originária dos Tribunais Superiores	65
2.6	A indicação de confrontação de teses jurídicas contidas em julgamentos de recursos e de ações de competência originária	66
2.7	A indicação de acórdão paradigma da mesma turma que proferiu o acórdão embargado, desde que a composição tenha sofrido alteração de mais da metade dos seus membros	68
3	ASPECTOS PROCEDIMENTAIS E EFEITOS DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA	71
3.1	Procedimento dos embargos estabelecido no regimento interno dos Tribunais Superiores (art. 1.044 do CPC/2015)	71

3.2	Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF)	72
3.3	Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (RISTJ)	74
3.4	A dinâmica dos embargos de divergência interpostos no STJ e o recurso extraordinário	83
3.5	Efeitos dos embargos de divergência	84
4	REQUISITOS ESPECÍFICOS DE ADMISSIBILIDADE DOS EMBAR- GOS DE DIVERGÊNCIA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES	93
4.1	Requisitos gerais de admissibilidade dos Embargos de Divergência	93
4.1.1	Tempestividade	93
4.1.2	Preparo	94
4.1.3	Regularidade formal	95
4.2	Requisitos do dissídio jurisprudencial nos Embargos de Divergência	97
4.3	A necessidade de prequestionamento do objeto do dissídio e a impossibilidade de reexame de matéria fática e probatória no recurso uniformizador	108
4.4	Súmulas do STJ no âmbito dos Embargos de Divergência	111
5	O SISTEMA DE SANABILIDADE DE VÍCIOS FORMAIS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL PROPOSTO PELO CPC/2015 E OS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA	123
5.1	Os parâmetros da sanabilidade recursal estabelecidos no CPC/2015	128
5.1.1	A crítica relacionada à expressão “vício grave”	130
5.2	O STJ e o julgamento paradigmático sobre a sanabilidade da comprovação do feriado local	134
5.3	A construção da jurisprudência defensiva na admissibilidade dos embargos de divergência pelos Tribunais Superiores estabelecida na vigência do CPC/1973	139
5.4	Vícios de admissibilidade sanáveis em embargos de divergência	142
5.4.1	Vícios documentais em geral	146
5.4.2	Vícios relacionados à fundamentação (<i>lato</i>) dos EDv	147
	CONCLUSÕES FINAIS	157
	REFERÊNCIAS	167

INTRODUÇÃO

O restabelecimento da legitimidade do Poder Judiciário e, em especial, dos Tribunais Superiores, é questão que se coloca na ordem do dia de debates em todos os níveis da sociedade: das universidades aos fóruns, passando pelo Legislativos, todos compreendem a importância da uniformização dos entendimentos no âmbito das Cortes de Cúpula para alcançar a tão almejada segurança jurídica e a estabilidade das decisões judiciais, ante ao fenômeno da dispersão jurisprudencial.

A Emenda Constitucional n.º 45, de 08 de dezembro de 2004, neste cenário, constitui importante marco legislativo vocacionado à racionalização do sistema judiciário brasileiro, com especial enfoque para promoção de mais segurança jurídica, estabilidade das relações sociais e respeito aos princípios da legalidade e da isonomia. Em tal contexto, destacam-se, entre as inovações da Emenda Constitucional n.º 45, o instituto da Súmula Vinculante e o requisito da Repercussão Geral nos Recursos Extraordinários.

A estrutura judiciária pátria conta com Tribunais Superiores que têm por escopo uniformizar o entendimento sobre o Direito nas mais diversas searas, atribuindo a resposta final para cada divergência apresentada em instâncias inferiores. Todavia, os Tribunais de Cúpula não estão isentos de inconsistências entre suas próprias decisões, quando situações idênticas são julgadas de maneiras diferentes. Por essa razão, por meio dos instrumentos inseridos pela supramencionada Emenda Constitucional, tentou-se amenizar os nocivos efeitos da divergência jurisprudencial, bem como da asfixia que acomete os Tribunais Superiores.

É importante reconhecer que os passos inaugurais dados pela aludida Emenda Constitucional, conquanto não suficientes, foram muito relevantes e puderam ser melhor sedimentados com a edição do Código de Processo Civil de 2015, que, sem dúvida alguma, constitui avanço significativo do sistema jurídico brasileiro na direção da uniformização e estabilidade dos entendimentos emanados pelos Tribunais Superiores.

Por conseguinte, este trabalho considera, preliminarmente, o sistema de sanabilidade de vícios formais de admissibilidade recursal, que visa, em essência, atenuar o rigor da aplicação dos óbices processuais, ao permitir a sua regularização ou desconsideração, com o principal objetivo de permitir o julgamento de mérito das demandas. Em outro prisma, considera que ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça é conferida uma função modelar, exercendo uma atribuição nomofilática e uniformizadora do Direito, por meio de um esquema vertical de respeito às decisões destes Tribunais Superiores.

Partindo deste pressuposto, o presente estudo se apresenta com o objetivo primordial de examinar um relevantíssimo instituto que contribui diretamente para essa missão, qual seja, os Embargos de Divergência, modalidade recursal que tem por escopo a superação da dispersão

jurisprudencial interna dentro das próprias Cortes Superiores.

Neste passo, reconhece-se que os Embargos de Divergência são um importante instrumento processual utilizado no judiciário brasileiro, colocado que está à disposição das partes, do Ministério Público e do terceiro prejudicado, com o escopo de viabilizar a estabilização da jurisprudência interna dos Tribunais Superiores.

À luz da regulamentação dada pelo Código de Processo Civil de 2015, este trabalho analisará, a partir da compreensão da estrutura, função e cabimento dos Embargos de Divergência, o sistema de sanabilidade de vícios formais de admissibilidade especificamente aplicado para o recurso uniformizador. Neste momento, procurar-se-á estabelecer os reflexos que a ampliação da admissibilidade do recurso uniformizador projeta na configuração dos Tribunais Superiores, e, sobretudo, qual seu impacto em nosso sistema político-jurídico.

A fim de tentar cumprir os propósitos metodológicos acima delineados, esta dissertação está dividida em cinco capítulos, seguidos das conclusões finais.

O primeiro capítulo será dedicado a breves apontamentos sobre as normas fundamentais contidas no novo ordenamento processual, inclusive os princípios informadores que acabam por fundamentar a sanabilidade de vícios formais de admissibilidade, examinando-se também o problema da dispersão jurisprudencial e os mecanismos de uniformização (em especial os Embargos de Divergência nos Tribunais Superiores). Aqui, neste Capítulo, será estudada a importância do recurso uniformizador para o cumprimento da função constitucional atribuída a estes Tribunais de Cúpula, investigando também a finalidade dos Embargos de Divergência, sua evolução histórica e suas características gerais.

O segundo capítulo terá por objeto observar as hipóteses de cabimento dos Embargos de Divergência enquanto recurso uniformizador. Serão exploradas, por conseguinte, as modalidades de decisões que podem servir de paradigma para a apreciação deste recurso, bem como o conteúdo da divergência que poderá ser apresentada para julgamento, entre outros temas atinentes ao cabimento recursal.

Os aspectos procedimentais e os efeitos dos Embargos de Divergência serão a tônica do terceiro capítulo, momento em que será examinado o procedimento estabelecido para este recurso no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Ademais, observar-se-á a dinâmica dos Embargos de Divergência interpostos no Superior Tribunal de Justiça e a interposição do Recurso Extraordinário.

O capítulo quarto apresentará os requisitos específicos de admissibilidade recursal dos Embargos de Divergência, salientando, principalmente, as exigências de demonstração da divergência jurisprudencial. Ademais, serão exploradas as Súmulas dos Tribunais Superiores atinentes aos Embargos de Divergência.

Por fim, o capítulo quinto analisará o sistema de sanabilidade de vícios formais de admissibilidade à luz do Código de Processo Civil de 2015, considerando, em um primeiro

momento, a influência das normas fundamentais na interpretação da admissibilidade recursal, os parâmetros e limites estabelecidos no novo ordenamento processual, principalmente nos arts. 932, parágrafo único e 1.029, § 3.º do Código de Processo Civil de 2015. Por fim, serão investigados os vícios de admissibilidade sanáveis no âmbito dos Embargos de Divergência, a fim de proporcionar a sua importante contribuição para a missão uniformizadora dos Tribunais Superiores.

Assim sendo, o maior desafio a ser cumprido neste trabalho tange ao reconhecimento de ampla sanabilidade de vícios formais de admissibilidade recursal, essencialmente nos Embargos de Divergência, como meio para a uniformização da jurisprudência nos Tribunais Superiores, responsáveis pela interpretação final do Direito e de onde emanam as decisões a serem cumpridas pelos demais tribunais de todo país.

A presente pesquisa adotará o método hipotético-dedutivo de abordagem, associado ao tipo de pesquisa bibliográfica e documental, construindo o texto a partir de premissas gerais para elaborar conclusões específicas sobre os temas abordados em cada um dos capítulos.

1 O NOVO MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO, A UNIFORMIDADE JURISPRUDENCIAL E OS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA

1.1 Notas introdutórias ao modelo constitucional de processo e o saneamento dos vícios à luz do Novo Código de Processo Civil

Preambularmente, é necessário tecer algumas considerações em torno daquilo que, para nós, constitui uma das mais importantes marcas da nova ordem processual e que reside em uma *nova maneira* de ler, interpretar e aplicar o direito processual civil, agora à luz de um *modelo* (efetivamente) *constitucional*.

Ainda que não seja de todo uma “novidade”, a assunção pelo Código de Processo Civil de 2015 das normas fundamentais – afinando o *processo civil* e o *texto/direito constitucional* – representou um imenso avanço. Com isso, nota-se uma maior busca pela harmonização da lei processual civil com os ideais da Constituição Federal, a partir de uma “preocupação maior em determinar garantias de ordem processual capazes de propiciar a efetivação da ampla gama de direitos e liberdades constitucionais”. Nesse contexto, as “Normas Fundamentais do Processo Civil”, contidas na Parte Geral, Livro I, Título Único, Capítulo I do Novo CPC, constituem-se como as linhas mestras que devem guiar a interpretação e aplicação do direito processual.

De fato, o CPC/2015 procurou deixar clara a ideia de que o processo é ferramenta para de resolução de conflitos, e não um fim em si mesmo. Em assim sendo, “não deve se transformar em centro de atenção do juiz”¹, devendo primar, portanto, pela simplicidade e pela racionalidade. Com isso, pretende-se dar ao juiz tempo para “cuidar” do direito material discutido (= lide propriamente dita), dedicando o menor tempo possível com questões formais e/ou de cunho puramente processual.

Nessa mesma linha, a racionalidade é percebida com a nítida vontade do legislador de superar a jurisprudência defensiva, permitindo a sanção de vícios (ou a desconsideração destes) até mesmo nas instâncias extraordinárias, emprestando maior efetividade à tutela jurisdicional, na medida em que coíbe (ou pretende coibir) a utilização de expedientes com o intuito de retardar a concessão de uma tutela de mérito tempestiva, justa e adequada.

Essa é a marca do novo ordenamento processual que tem maior representatividade e projeção para o presente trabalho: abolir a prática de atos processuais considerados desnecessários

¹ ALVIM, Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; TORRES, Rogério Licastro. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil – artigo por artigo*. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 50.

ou inúteis, com atenuação de formalidades procedimentais que colocam de lado o debate do direito material propriamente dito, resguardando também a duração razoável dos processos. Nesta toada, reprime-se a prática de atos processuais que prolonguem, de forma injustificada, o tempo do processo.

O abandono ao excesso de formalismo em prol da análise do mérito da causa, com a busca por uma apreciação maior e mais efetiva do cerne da demanda, é representada pelo princípio da primazia da resolução do mérito, que, apesar de estar expresso no art. 4.º, parece constituir-se reflexo do art. 5.º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal [“a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”].

Ainda no escopo de imprimir maior eficiência ao Poder Judiciário, mas não em detrimento da análise do mérito, o Código de Processo Civil trouxe alguns dispositivos (art. 317 do CPC/2015), entre outros (que serão detalhados no Capítulo 5 do presente trabalho), que permitem a superação de determinados obstáculos, quando estes constituírem vícios sanáveis, superáveis à resolução do mérito. É o caso, por exemplo, do art. 317, o qual prevê que “antes de proferir uma decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder a parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício”.

Evidente intensa força do legislador de molde a conferir oportunidade para que o juiz possa dar a tutela de mérito. De fato, almeja-se que o juiz colabore com as partes de tal modo a que o processo “sobreviva” até suas instâncias finais, de molde a permitir que o juiz profira a tutela de mérito e, em o fazendo, ganha-se em economicidade, porque o jurisdicionado iria apenas uma única vez ao Judiciário.

Os expedientes inseridos no CPC/2015 não visam abandonar de modo absoluto o formalismo, nota essencial do processo, mas sim um eventual formalismo exacerbado em detrimento do mérito ou da questão central posta em juízo, na linha do que aqui sustentamos.

Por outro lado, no âmbito recursal, o Código de Processo Civil de 2015 consagrou uma regra geral de sanabilidade dos vícios dos recursos. Deste modo, restou disciplinado que o relator, em sede de juízo de admissibilidade, deverá conceder prazo de cinco dias para que a parte regularize a falha ou complemente a documentação exigida, antes de decidir pela inadmissibilidade, é o que determina o seu art. 932, parágrafo único, do CPC/2015.

A regra encontra sustentação na primazia da resolução do mérito, bem como no dever de cooperação, previsto no art. 6.º do CPC, o qual se aplica ao julgador (“todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”), ademais, encontra fundamento na vedação da decisão surpresa, art. 9.º do

mesmo diploma (“não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”).

Vale ressaltar que a norma em comento trata de uma opção para que se obtenha sempre que possível uma decisão de mérito, contemplando, no âmbito dos recursos, a previsão do mencionado art. 317, do CPC/2015, que determina que “antes de proferir decisão, sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício”.

Nessa esteira de pensamento, consoante as lições de Arruda Alvim, o magistrado “deve, no entanto, oportunizar à parte que corrija o vício que acomete o recurso, em cinco dias (art. 932, parágrafo único), buscando, por conseguinte, aproveitar os atos processuais e impedir a negativa de prestação jurisdicional por conta de obstáculos formais”.²

Constitui-se em norma que estabelece um dever de o órgão recursal primeiro prevenir a parte a respeito de problemas formais com o recurso, viabilizando a sanação de eventual vício, para tão somente depois declará-lo, em sendo o caso, inadmissível. Logo, eventual pronúncia de inadmissibilidade deve ser precedida de possibilidade do recorrente sanar vício, sob pena de nulidade, consagrando a máxima de que deve haver aproveitamento dos atos processuais, superando formalismos exagerados e, por vezes, desnecessários.

Nesses termos, asseveram Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, senão vejamos:

Além disso, grava o relator o dever de prevenção (art. 932, parágrafo único), inerente ao dever de colaboração judicial (art. 6.º), pelo qual, antes de considerar inadmissível qualquer recurso, deve conceder prazo de cinco dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível, bem como o dever de consideração de eventual fato superveniente à decisão recorrida (art. 933).³

No mesmo sentido, relevante a ponderação de Teresa Arruda Alvim:

O parágrafo único contém regra que permeia todo o NCPC, no sentido de que deve haver o amplo aproveitamento da atividade processual, com ampla sanabilidade de vícios. Segundo essa regra, ao considerar a hipótese de inadmitir o recurso (inc. III), deve o relator conceder ao recorrente prazo de cinco dias para que complemente documentação faltante ou promova a sanação do vício.⁴

² ALVIM, Arruda. *Novo contencioso cível no CPC/2015: de acordo com o novo CPC – Lei 13.105/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

³ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil comentado*. 3.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, edição proview.

⁴ ALVIM, Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, TORRES, Rogério Licastro. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil* (livro eletrônico). 2.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, comentários ao art. 932, edição proview.

A inclusão do dispositivo representa uma resposta à jurisprudência defensiva das Cortes Superiores, uma vez que o não conhecimento de um recurso deverá ser reservado para os casos excepcionais, nos quais se esbarre em vício verdadeiramente insanável ou que, sendo imperativa a atividade da parte para que este seja sanado, esta permaneça inerte e não o corrija, tornando inviável a superação do vício. Dessa forma, favorecerá diretamente as decisões de mérito, concorrendo para a celeridade do processo e, ainda, para o efetivo acesso à justiça.

Observe-se, no entanto, que a regra da sanabilidade não é irrestrita, havendo limites para sua aplicação, devendo ser aplicada apenas aos vícios de natureza formal que sejam sanáveis, impossibilitando, por óbvio, sua correção em vícios insanáveis. O tema será analisado com maior profundidade, o Capítulo 5, no qual será examinado (quais são) os vícios passíveis de correção ou superação no âmbito dos Embargos de Divergência.

Em linhas bem gerais, no que tange aos vícios sanáveis, a doutrina sustenta ser um dever do magistrado a concessão da oportunidade para que o vício seja corrigido. É o que determina o Enunciado n.º 82, do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis “É dever do relator, e não faculdade, conceder o prazo ao recorrente para sanar o vício ou complementar a documentação exigível, antes de inadmitir qualquer recurso, inclusive os excepcionais”.

Nesse sentido, importante também mencionar o artigo 938, parágrafo primeiro do CPC, o qual dispõe sobre a atividade do relator, “constatada a ocorrência de vício sanável, inclusive aquele que possa ser conhecido de ofício, o relator determinará a realização ou a renovação do ato processual, no próprio Tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, intimadas as partes.”

Em suma, a regra geral que deve ser observada pelos Tribunais quando do recebimento dos recursos é que, se tratando de vício sanável, deverá ser oportunizado prazo para que o ato seja renovado, de forma a possibilitar o exame da matéria de mérito versada nos autos. Claro, portanto, que o objetivo a ser alcançado pelo CPC/2015 é a satisfação do pedido em tempo razoável, mediante decisão de mérito, sendo que o princípio da cooperação, ou seja, da ação de boa-fé das partes, deve ser apreciado no interesse de todos.

Por fim, cumpre trazer a lição de Humberto Theodoro Júnior, para quem “o novo CPC se acha estruturado e aparelhado para cumprir a missão de um processo justo capaz de realizar a tutela efetiva dos direitos materiais ameaçados ou lesados, sem apego ao formalismo anacrônico e de acordo com os princípios constitucionais democráticos que regem e asseguram o pleno acesso de todos ao Poder Judiciário”.⁵

No âmbito dos recursos aos Tribunais Superiores, encontram-se importantes dispositivos indicativos de uma tentativa de realizar a promessa de um processo que garanta respostas de

⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 57.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1, p. 200.

melhor qualidade ao jurisdicionado. Tal premissa, como vimos, dedicaremos, em momento oportuno (Capítulo 5, *infra*), será abordada para o devido exame e o enfrentamento dos problemas que indicam ser mais relevantes sobre a temática, enfrentando-os à luz dos arts. 932, parágrafo único, e 1.029, § 3.º, do CPC/2015 e daquilo que pode ser aplicado e ajustado ao recurso de embargos de divergência.

1.2 Dispersão jurisprudencial, segurança jurídica e isonomia: a importância dos mecanismos uniformizadores

A consolidação dos precedentes jurisprudenciais e a vinculação obrigatória das decisões emergentes à *ratio decidendi* parecem emergir como um dos principais alicerces do Código de Processo Civil de 2015. O sistema de precedentes judiciais, inaugurados no Código a partir do artigo 926, está sistematizado com o anunciado intuito de oferecer maior prestígio aos princípios da segurança jurídica, da isonomia e, em última análise, ao princípio da legalidade.

A Exposição de Motivos do CPC/2015 deixa evidente esse objetivo:

Por outro lado, haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenha de submeter a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos.

Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade. Prestigiou-se, seguindo-se direção já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, expressado na criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF) e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos (que foi mantido e aperfeiçoado) tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize.

Essa é a função e a razão de ser dos tribunais superiores: proferir decisões que moldem o ordenamento jurídico, objetivamente considerado. A função paradigmática que devem desempenhar é inerente ao sistema.

Por isso é que esses princípios foram expressamente formulados. Veja-se, por exemplo, o que diz o novo Código, no Livro IV: “A jurisprudência do STF 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.”

Evidentemente, porém, para que tenha eficácia a recomendação no sentido de que seja a jurisprudência do STF e dos Tribunais superiores, efetivamente, norte para os demais órgãos integrantes do Poder Judiciário, é necessário que aqueles Tribunais mantenham jurisprudência razoavelmente estável.

A segurança jurídica fica comprometida com a brusca e integral alteração do entendimento dos tribunais sobre questões de direito.

Encampou-se, por isso, expressamente princípio no sentido de que, uma vez firmada jurisprudência em certo sentido, esta deve, como norma, ser mantida, salvo se houver relevantes razões recomendando sua alteração. Trata-se, na verdade, de um outro viés do princípio da segurança jurídica, que recomendaria

que a jurisprudência, uma vez pacificada ou sumulada, tendesse a ser mais estável.

Neste sentido, o CPC/2015 tenta criar um sistema de precedentes de vinculação “obrigatória” a partir da uniformização e estabilidade da jurisprudência dominante, que teria o condão de definir condutas e comportamentos do destinatário da norma, apenas legitimando-se mediante a participação das partes envolvidas e quaisquer outros segmentos sociais que se considerarem afetados e titulares de pertinência temática para discutir a matéria.⁶

Para tanto, em texto altamente didático, o art. 926 preconiza que “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, reservando o art. 927 ao estabelecimento de um rol, por assim dizer, de decisões “precedentes”.

Logo adiante, o mesmo artigo 927 expressa, em seu § 1.º, uma condição intransponível à sua legitimidade: o respeito ao princípio do contraditório e o dever de fundamentação das decisões judiciais, o que faz mediante a referência aos artigos 10 e 489, § 1.º do Código. A preocupação com a publicidade dos precedentes também explica o texto do § 5.º do mesmo dispositivo.

Visando manter, o tanto quanto possível, a estabilidade das decisões, o CPC/2015 também se preocupa em estabelecer critérios para a alteração de uma dada tese, o que, idealmente, haverá de ser precedida de audiências públicas e participação de *amici* que favoreçam a melhor discussão do tema. Assim, estabelecem os §§ 2.º e 3.º: “A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese;” (§ 2.º) “Na hipótese de alteração de 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” (§ 3.º). E ainda, de acordo com o § 4.º do mesmo art. 927, “A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.”

O prestígio à segurança jurídica é, em igual medida, cristalizado no recrudescimento ao processo de superação dos precedentes judiciais. Para tanto, o § 4.º do artigo 927 do CPC exige, de forma expressa e categórica, e em caráter geral, a observância da fundamentação adequada

⁶ Neste sentido, dizendo sobre a aplicabilidade do precedente como uma norma definidora do padrão comportamental de uma sociedade em dado momento e contexto histórico-fático, Lucas Buril de Macêdo ressalta: “De fato, é preciso perspectivar que, mesmo ao julgar uma demanda individual, o tribunal está orientando a sociedade, e tanto os particulares que participam do processo como a comunidade de forma geral possuem o direito fundamental à segurança”. (*Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 432).

e específica dos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança⁷ e da isonomia no *overruling* de entendimentos dominantes⁸.

Ao que tudo indica também, a sistematização de institutos como o incidente de assunção de competência e o de resolução de demandas repetitivas parece contribuir para a garantia da tão almejada segurança jurídica.

Enfim, o CPC/2015 tomou para si a difícil missão – e talvez ingrata – de solucionar o alto contingente de demandas que abarrotam o judiciário brasileiro. Neste sentido, os precedentes soam como possível solução no cenário em que as teses dispares do entendimento dominante dos tribunais autorizam o juiz a indeferir liminarmente a petição inicial, segundo o artigo 332, inciso I do CPC, por exemplo.

Em que pese a importância do tema, o enfrentamento dos problemas correlatos à ideia da instituição de um sistema de precedentes no Brasil escapa aos propósitos deste trabalho. Entretanto, e a isso nos ateremos, o que se deve acentuar foi a preocupação do legislador, bastante nítida pelos textos dos dispositivos acima indicados, com os valores da uniformidade e segurança jurídica, valor este que, como se verá oportunamente, é igualmente prestigiado pelos embargos de divergência.

1.3 A importância dos Embargos de Divergência para o cumprimento da função constitucional dos Tribunais Superiores

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu, dentre outras, a competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça para zelar pela uniformidade de interpretação do direito constitucional e infraconstitucional, respectivamente, no âmbito nacional. Essencialmente, a função constitucional uniformizadora é exercida pelos Tribunais Superiores, concretizada no âmbito dos julgamentos dos recursos extraordinário e especial e agravos que julgam o mérito dos referidos recursos.

De fato, a preservação da uniformidade da legislação constitucional e infraconstitucional é corolário da estabilidade das decisões judiciais e figura como instrumento do princípio da segurança jurídica e da isonomia, tão caros ao sistema e cujo valor foi tão fortemente atribuído pelo CPC/2015.

Em tal contexto, exsurge o recurso de *embargos de divergência*, com a finalidade especí-

⁷ Neste sentido MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 442.

⁸ Digno de nota os ensinamentos de Antonio Passos Cabral (*Coisa Julgada e preclusões dinâmicas: Entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 289), para quem “Revisões e aprimoramentos de conteúdo devem ser normalmente permitidos, evidentemente que dentro de pressupostos claros e na medida estrita em que novos elementos justifiquem a alteração”.

fica e primordial do cumprimento da função constitucional⁹ dos Tribunais Superiores, mediante a uniformização da jurisprudência *interna* das Cortes Superiores.¹⁰

O tema deste trabalho é de indiscutível relevância: ao passo em que se rejeita ideia de desigualdade substancial – ou seja, uma única lei, que vem a receber “entendimentos” diversos, também se deve refutar a ideia de *desuniformidade* interna, no seio de um dado tribunal. Athos Gusmão Carneiro, a esse respeito, registrou:

*Como exposto, os embargos de divergência são recurso destinado a uniformizar a jurisprudência do STF e do STJ. Sua instituição decorre da absoluta necessidade, ínsita em nosso sistema constitucional, de os jurisdicionados encontrarem nos Tribunais Superiores uma definição clara de qual a correta compreensão das normas constitucionais (a Constituição diz aquilo que o Supremo Tribunal Federal diz que ela diz...) e das normas infraconstitucionais. A ‘última palavra’ só pode ser uma, não admite discrepância.*¹¹⁻¹²

A finalidade dos embargos de divergência, em suma, “é o de provocar a extinção da divergência intestina que eventualmente grassar no STF e no STJ. A Constituição outorgou a tais tribunais superiores, ao primeiro em matéria constitucional, ao segundo no tocante ao direito federal, a função de uniformizar a interpretação e a aplicação do direito, sobrevalorizadas pela

⁹ Trata-se de recurso que deve ser visto com bons olhos, porque desempenha, de forma evidente, a função constitucional de levar a efeito a concreta aplicação do princípio da isonomia. Além disso, tem o potencial de gerar sensível diminuição do número de recursos para os Tribunais Superiores, já que a desarmonia interna de um tribunal, e justamente de um tribunal cuja função é dar a última palavra sobre o que é direito, é uma das causas que levam a proliferação de recursos endereçados a esses mesmos tribunais. (ALVIM, Teresa Arruda. “Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro: (de acordo com o CPC de 2015 e a Lei 13.256/2016)”. In: ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno (Coords.). 3.^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 567).

¹⁰ Como se colhe da doutrina, em ensinamentos que se aplicam rigorosamente ainda hoje e à nova ordem processual: a “uniformidade das decisões dos tribunais e dos juízes é altamente conveniente à segurança jurídica e, pois, ao interesse público. Aos cidadãos e às pessoas jurídicas, postos em situação de conflito potencial ou efetivo, interessa saber, e muito, as consequências de determinadas condutas na vida pessoal e no âmbito dos negócios. A instabilidade na aplicação do direito é fator de indecisão, e conspira contra o progresso de uma comunidade”. (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso Especial, agravos e agravo interno*. 7.^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 142).

¹¹ *Recurso Especial, agravos e agravo interno*. 7.^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 137. Na mesma linha, Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas: “Os embargos de divergência são um recurso cuja função política é legitimar a atividade dos Tribunais Superiores. De fato, quando os tribunais cuja função e razão de ser é dar a última palavra sobre o direito federal e sobre a Constituição Federal (respectivamente, STJ e STF) revelam desarmonia interna, estes tribunais passam a não cumprir adequadamente a sua função. A única forma de reconduzir os Tribunais Superiores à sua razão de ser, quando a sua jurisprudência escancara o desacordo entre os componentes da corte, é admitir com amplitude os embargos de divergência.” (*Recurso Especial, Recurso extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores*. 5.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 567).

¹² Assim também é a opinião de Araken de Assis, para quem a uniformidade na aplicação do direito “assume gravidade particular nos órgãos colegiados. Divididos os tribunais em corpos menores, sem embargo de competência concorrente, frequentemente os respectivos julgadores se desentendem, porque homens e mulheres de formação heterogênea e convicções individuais. Lavrado dissídio interno no tribunal, os resultados díspares dos processos similares, quicá repetitivos, provocam desconforto, senão estarrecem os destinatários das resoluções judiciais, comprometendo a função precípua do direito e prestígio do tribunal. (*Manual dos Recursos*. 8.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 979).

vinculação dos órgãos judiciários inferiores contemplada no art. 927. Instituiu, para atender a essa finalidade, respectivamente, o recurso extraordinário e o recurso especial, do ponto de vista do quadro recursal. Dentre as hipóteses de cabimento do especial, figura, justamente, o caso de dissídio entre diferentes tribunais de segundo grau (art. 105, III, c, da CF/1988).” E prossegue, o mesmo autor: “É óbvio que a missão constitucional nem sequer se iniciara na hipótese de os respectivos órgãos fracionários, perante casos similares, se desentendessem internamente na formulação das teses jurídicas. Em outras palavras, o fiel desempenho da ingrata tarefa atribuída aos tribunais superiores pressupõe a condição de eles próprios uniformizarem a respectiva jurisprudência.”¹³

O Pleno do próprio Supremo Tribunal Federal, a esse mesmo propósito, reconheceu a função dos Embargos de Divergência: “Os embargos de divergência – instituídos pela Lei n.º 623, de 19/02/49, preservados pelo RISTF (arts. 330/332) e hoje disciplinados pelo Código de Processo Civil (art. 546, na redação dada pela Lei n.º 8.950/94) – destinam-se, em sua específica função jurídico-processual, a promover a uniformização de jurisprudência no âmbito do Supremo Tribunal Federal (RTJ 162/1082, v.g.), suprimindo, desse modo, em obséquio ao princípio da certeza e da segurança jurídicas, os dissídios interpretativos que se registrem entre as Turmas ou que antagonizem uma das Turmas ao próprio Plenário desta Corte.” Na mesma ementa, registra-se ainda a “LEGITIMIDADE DA PRETENSÃO UNIFORMIZADORA DA PARTE EMBARGANTE QUE OBJETIVA FAZER PREVALECER A POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL PREDOMINANTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL”.¹⁴

Nesse contexto, os embargos de divergência constituem importante instrumento de uniformização de jurisprudência interna no seio dos Tribunais Superiores – Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

Os Embargos de Divergência, ao que tudo indica, constituem em mecanismo de realização do art. 927, do CPC.¹⁵

Válida ainda, a esse mesmo respeito, a transcrição da opinião de Luiz Guilherme Marinoni, que registra que a essência das hipóteses previstas no art. 1.043 “é a viabilização de uma oportunidade de debate institucional para que uma determinada questão constitucional ou federal possa ser definida pela corte responsável em dar a última palavra a respeito de significado do direito para toda a administração da Justiça Civil.”¹⁶ E prossegue:

¹³ ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 8.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 984.

¹⁴ RE 584023-AgR-EDv-AgR-segundo, relator Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe-249, publicado em 11.12.2015.

¹⁵ Cfe. DIDIER, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 15.ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 455.

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. “Comentários ao artigo 1.043”, *Novo Código de Processo Civil*. 4.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 1.193-1.194.

Na lógica de uma corte de interpretação e de precedentes, os embargos de divergência não podem ser vistos como instrumento que se presta a simplesmente fazer prevalecer uma das decisões divergentes de acordo com a maioria episódica dos membros de um determinado colegiado. Isto porque essas decisões divergentes não são espelhos de aplicações diferentes de uma mesma lei, uma correta e outra errada, de modo a ter os embargos de divergência o objetivo de definir a interpretação correta ou exata da lei para o caso concreto – como era próprio à lógica das cortes de controle e de jurisprudência.

Decisões divergentes, em uma corte de interpretação e de precedentes, atribuem significados ao direito a partir de valorações e, nessa perspectiva, não podem ser compreendidas em toda a sua extensão com base na lógica do “certo-errado”. A divergência decorre, em regra, de opções valorativas, diretivas interpretativas e, muitas vezes, de diferentes opções teóricas, ideológicas ou dogmáticas, o que fecha em imensa medida qualquer espaço para que se possa cogitar de uma decisão que se aproxime do verdadeiro ou falso. É por isso que as decisões divergentes não devem ser vistas como meros momentos de aplicação da mesma lei, mas sim como oportunidades em que a mesma Constituição ou uma mesma lei é interpretada. Diferentes situações de interpretação exigem, por parte de quem vai definir o sentido que deve prevalecer, um a reconstrução discursiva dos diferentes casos e das distintas justificações que deram origem aos diferentes resultados interpretativos. Isso é imprescindível para se ter em conta as razões da divergência.

Assim, por exemplo, se a divergência é fruto de uma opção de valor ou de uma escolha dogmática e quais os efeitos fundamentos de uma ou outra decisão interpretativa. Isso quer dizer que os embargos de divergência só terão sentido a partir do momento em que houver reconstrução discursiva dos casos e decisões interpretativas que suportam as decisões divergentes, tendo o colegiado o dever de analisar as diferentes interpretações refazendo o percurso justificativo de ambas. Os embargos de divergência não constituem o palco em que o discurso interpretativo tem início, mas sim o palco de sua reconstrução. Decisões divergentes abrem a oportunidade para que as diferentes justificativas sejam comparadas a fim de que se defina qual é a que encontra maior suporte na ordem jurídica. Os embargos de divergência, portanto, constituem meios mais do que apropriados para formação de precedentes.¹⁷

Assim, inequívoca é a importância do mecanismo de Embargos de Divergência como instrumento legitimador das pretensões veiculadas pelas partes para obterem a pacificação da jurisprudência que, eventualmente, esteja desarmônica no âmbito interno do STF ou do STJ. Esse seu propósito, de promover a uniformização de julgados, é alinhado com a ideologia do Novo Código de Processo Civil e justifica, por mais essa razão, o seu estudo neste trabalho.¹⁸

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme, “Comentários ao artigo 1.043”. *Novo Código de Processo Civil*. 4.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 1.193-1.194.

¹⁸ Como não poderia deixar de ser, há quem critique a manutenção desta modalidade recursal em nosso sistema. Como bem observa Araken de Assis, “O mau uso dos embargos de divergência, segundo as estatísticas disponíveis, que indicam a rejeição da larga maioria por motivos inerentes à admissibilidade, não é problema que lhe seja específico. A interposição dos recursos fadados ao desprovimento, por espírito de emulação, constitui fenômeno geral e muito mais intenso nas instâncias ordinárias. Não se formulou, ainda, mecanismo eficiente para coibir tal prática, mas transformando em comportamento processual reprovável (art. 80, VII). E a substituição dos embargos de divergência por incidente de uniformização, aliás raramente utilizado nos tribunais inferiores (*retro*, 33), só agravaria o quadro, correndo-se o risco de a relutância dos juízes em acolher o incidente consolidar a divergência intestina da jurisprudência dos tribunais superiores. Logo, a manutenção dos embargos de divergência pelo CPC de 2015 atende, sobretudo, à vinculação desejada pelo art. 927 aos precedentes dos tribunais superiores.” (ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 8.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 985 e 986).

1.4 A evolução histórica do recurso uniformizador nas Cortes Superiores

Os primórdios do recurso de embargos de divergência advêm do chamado recurso de revista. Destarte, com a finalidade de combater a divergência jurisprudencial verificada entre os órgãos fracionários dos tribunais, “primeiro as leis do antigo Distrito Federal e de São Paulo; depois, a Lei 319, de 25.11.1936, já unificada a competência legislativa quanto ao direito processual civil na União; e, depois, o CPC de 1939 (art. 853) adotaram o venerando recurso de revista”.¹⁹ Assim, de acordo com seu texto, “Além de outros casos admitidos em lei, são embargáveis, no Supremo Tribunal Federal, as decisões das Turmas, quando diverjam entre si, ou de decisão tomada pelo Tribunal Pleno.”

De origem romana, o recurso de revista tinha por escopo uniformizar a jurisprudência interna do tribunal, entretanto, supramencionado recurso acabou sendo muito criticado por ser considerado engessador dos entendimentos jurisprudenciais, razão pela qual fora extinto do Código de Processo Civil de 1973²⁰. Há quem aponte, por isso, que a origem verdadeira dos embargos de divergência situe-se na previsão do recurso de revista – ou, melhor dizendo, na ausência de sua estipulação pela lei civil.²¹

No âmbito do direito comparado, há instituto semelhante ao que aqui se estuda. Referimo-nos ao art. 763, do Código de Processo Civil português, onde se lê: “Artigo 763. (Fundamento

¹⁹ Cf. ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 8.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 982.

²⁰ O CPC de 1939 adotou o recurso de revista, em seu art. 853, *in verbis*: “Art. 853. Conceder-se-á recurso de revista para as Câmaras Cíveis reunidas, nos casos em que divergirem, em suas decisões finais, duas ou mais Câmaras, ou turmas, 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, ou turmas, que contrariar outro julgado, também final, das Câmaras reunidas”. Para Barbosa Moreira, “Prende-se a origem desses embargos a relutância do Supremo Tribunal Federal em admitir, sob o Código de 1939, que as decisões de suas turmas comportassem impugnação mediante revista. Argumentava-se que o art. 833 daquele estatuto, referindo-se a “Câmaras Cíveis Reunidas”, tinha âmbito de incidência restrito aos tribunais estaduais, os únicos onde existia tal órgão. A solução encontrada pelo legislador foi, ao nosso ver, das piores: em vez de editar norma (se necessária se entendi que fosse) consagradora, em termos expressos, da aplicabilidade da revista ao Supremo Tribunal Federal, optou a Lei n.º 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 divergem entre si, ou da decisão tomada pelo Tribunal Pleno”. Surgiu nova e peculiar figura dos embargos, a aumentar a equivocidade desse *nomem iuris*, aplicado a remédios de características as mais diversas.” (Op. cit., p. 641).

²¹ Ressalta Araken de Assis: “Volvendo à questão nacional, a solução dada ao impasse provocado pelo STF à revista, naquela oportunidade, evitou afrontar o entendimento prevalecente no tribunal máximo da República. Do ponto de vista político, a providência legislativa evidenciou raro engenho em ladear obstáculos, desarmando espíritos. A Lei n.º 623, de 19.02.1949, acrescentou ao art. 833 do CPC de 1939 um parágrafo único, do seguinte teor: “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, então, a figura dos embargos de divergência, conforme o epíteto outorgado, pioneiramente no RISTF (art. 309), posteriormente consagrado sob tal designação no art. 496, VIII, do CPC de 1973, atendendo à real necessidade de apaziguar a divergência interna do STF e STJ, e contra a qual só pode antepor o caráter equívoco do *nomen iuris*, empregado para designar “remédios de características as mais diversas”. O art. 994, IX, do CPC de 2015 repete a nomenclatura e os arts. 1043 e 1044 disciplinam o cabimento e o procedimento, incorporando-se a este último as regras do regimento interno do STF e do STJ.” (ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 8.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 982).

do Recurso). 1. Se, no domínio da mesma legislação, o Supremo Tribunal de Justiça proferir dois acórdãos que, relativamente à mesma questão fundamental de direito, assentem sobre soluções opostas, pode recorrer-se para o Tribunal Pleno de acórdão proferido em último lugar. 2. Os acórdãos consideram-se preteridos no domínio da mesma legislação sempre que, durante o intervalo de sua publicação não tenha sido introduzido qualquer modificação legislativa que interfira, direta ou indiretamente, na resolução de questão controvertida. 3. Os acórdãos opostos hão de ser proferidos em processos diferentes ou em incidentes diferentes do mesmo processo: nesse último caso, porém, se o primeiro acórdão constituir caso julgado para as partes, o recurso não é admissível, devendo observar-se o disposto no art. 675. 4. Como fundamento do recurso só pode invocar-se acórdão com trânsito em julgado, mas presume-se o trânsito, salvo se o recorrido alegar que o acórdão não transitou.”

Os embargos de divergência, antes do advento da Lei n.º 8.038/90, estavam dispostos no parágrafo único do art. 546 do Código de Processo Civil de 1973, que dispunha a respeito do cabimento de aludido recurso apenas para o Supremo Tribunal Federal. Com efeito, prescrevia supramencionado parágrafo único, que “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”.

A Lei n.º 8.038/90 veio a revogar referido dispositivo legal. De outro lado, esse mesmo diploma legal passou a disciplinar o cabimento dos embargos de divergência somente no âmbito do recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça, em seu art. 29. Dispunha o art. 29 da Lei n.º 8.038/90 ser “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”. De acordo com Araken de Assis, o fato do art. 29 de referida Lei n.º 8.038/90 referir-se apenas ao STJ – fato que reconhece como pouco auspicioso – “não importou o desaparecimento dos embargos de divergência no STF. E isso porque, no alvitre do próprio tribunal, as normas regimentais por ventura existentes na ocasião da promulgação da CF/1988 continuavam exibindo a força de lei formal que lhes outorgara o art. 115, parágrafo único, da CF/1967, no tocante à competência do plenário (letra a) e das turmas (letra b) e, principalmente, ao processo e julgamento “dos feitos de sua competência originária ou do recurso” (letra c). Este é o fundamento para superar a ausência de lei de iniciativa da União (art. 22, I, da CF/1988) – o atualmente revogado art. 29 da Lei n.º 8.038/1990 (“a decisão da turma que, em recurso especial. . .”) disciplinada os embargos de divergência com suporte nas normas regimentais.”

De qualquer sorte, com a entrada em vigor da Lei n.º 8.950/94, o art. 546 do Código de Processo Civil de 1973 foi restaurado, de modo que a redação de aludido dispositivo legal passou a abranger também os embargos de divergência no âmbito do recurso extraordinário, no bojo do Supremo Tribunal Federal.

O Código de Processo Civil de 2015 aprofundou o tratamento dos embargos de divergência em recurso especial e extraordinário, disciplinando-os nos artigos 1.043 e 1.044, que sofreram, ainda, alterações por via da Lei n.º 13.256/16, o que será detalhado no Capítulo 2 do presente trabalho.

O recurso de embargos de divergência constitui instrumento de uniformização de jurisprudência entre os órgãos colegiados fracionários e/ou colegiados dos Tribunais Superiores - Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. Estão, portanto, como acentuamos acima, em sintonia com o disposto no art. 926 do Código de Processo Civil de 2015.

De acordo com Barbosa Moreira, “a divergência há de ocorrer na interpretação de alguma norma de direito federal. A decisão invocada como padrão, do plenário ou de outra turma (não da mesma!), precisa ter consagrado tese jurídica inconciliável com a daquela que se quer embargar”.²² A esse respeito, com mais profundidade, será dedicado o Capítulo 2, destinado ao estudo dos requisitos de admissibilidade dos Embargos de Divergência.

Como se verá em capítulo próprio (Capítulo 3, *infra*), o procedimento dos embargos de divergência é disciplinado no Regimento Interno dos respectivos Tribunais, nos termos do art. 1.044, caput. Os embargos de divergência em recurso especial, mais especificamente, têm seu procedimento estabelecido nos arts. 266 a 267 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, com redação dada pela Emenda Regimental n.º 22/16. Os embargos de divergência em recurso extraordinário têm seu procedimento regulamentado pelos artigos 330 a 336 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

1.5 Características gerais dos Embargos de Divergência

Entre os principais pontos de inovação do novo ordenamento processual (CPC/2015), o sistema recursal brasileiro foi significativamente alterado, em especial os recursos julgados pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e pelo Superior Tribunal de Justiça.

A manutenção e a extinção de recursos como meio de maior celeridade processual foram amplamente debatidas pelas comissões de juristas e pelo Congresso Nacional, ao longo de toda a tramitação dos projetos que originaram o CPC/2015.

Em tal contexto, a manutenção do recurso de embargos de divergência foi efetivamente ponderada, principalmente baseada em estatísticas relacionadas ao número de recursos obstados pelo descumprimento dos requisitos de admissibilidade recursal.

A potencialidade dos embargos de divergência ainda não foi reconhecida pela comunidade jurídica, seja pela efetividade que pode gerar com factíveis acolhimentos das pretensões recursais das partes, seja pelos próprios julgadores que poderiam reconhecer nesse recurso um importante

²² Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 23.ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 168.

instrumento de uniformização jurisprudencial, com a diminuição da indiscutível e elevada dispersão jurisprudencial no âmbito das Corte Superiores.

Com efeito, os embargos de divergência foram mantidos no rol dos recursos previstos no ordenamento processual, e evidente reconhecimento de sua importância²³ para o efetivo cumprimento da função dos Tribunais Superiores, tal como já referido no item precedente.

A versão originária do CPC/2015 modificou profundamente o tratamento dado aos embargos de divergência. Comparativamente ao texto de CPC/1973, ampliou-se sensivelmente as hipóteses de cabimento do recurso uniformizador, além de estabelecer parâmetros para a configuração do dissídio jurisprudencial, inexistentes no ordenamento processual revogado.

Aliás, a ampliação das hipóteses de cabimento dos embargos de divergência foi prevista nos projetos que resultaram na edição do Novo Código com o claro objetivo de servirem como “julgados indexadores”²⁴ da jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Não obstante, uma parte considerável das inovações introduzidas pelo CPC/2015 nos embargos de divergência foram revogadas pela Lei n.º 13.256/2016.

Por outro lado, partindo da premissa de que o CPC/2015 defende, de maneira acertada, a estabilidade da jurisprudência e o respeito aos precedentes firmados no âmbito do STF e STJ, configura verdadeiro paradoxo o fato de o novo ordenamento processual expressamente estabelecer premissas absolutamente contrárias ao entendimento construído nas Corte Superiores, principalmente no âmbito da admissibilidade recursal (e, inclusive, o que se firmou na seara de recursos repetitivos nos últimos anos antecedentes ao Código).²⁵

²³ Para Araken de Assis, “O rol dos recursos dispensáveis decerto não inclui os embargos de divergência. Ao contrário, tal meio de impugnação desempenha função relevante e imprescindível. Há que existir remédio para debelar a divergência intestina dos tribunais superiores. A incerteza da jurisprudência proveniente dos órgãos encarregados de uniformizar a interpretação e aplicação das normas constitucionais e federais repercute, qual efeito dominó, em todas as esferas da Justiça. O mau uso dos embargos de divergência, segundo as estatísticas disponíveis, que indicam a rejeição da larga maioria por motivos inerentes à admissibilidade, não é problema que lhe seja específico. A interposição dos recursos fadados ao desprovimento, por espírito de emulação, constitui fenômeno geral e muito mais intenso nas instâncias ordinárias. Não se formulou, ainda, mecanismo eficiente para coibir tal prática, mas transformando em comportamento processual reprovável (art. 80, VII). E a substituição dos embargos de divergência por incidente de uniformização, aliás raramente utilizado nos tribunais inferiores (*retro*, 33), só agravaria o quadro, correndo-se o risco de a relutância dos juízes em acolher o incidente consolidar a divergência intestina da jurisprudência dos tribunais superiores. Logo, a manutenção dos embargos de divergência pelo CPC de 2015 atende, sobretudo, à vinculação desejada pelo art. 927 aos precedentes dos tribunais superiores. (*Manual dos Recursos*. 8.ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 986).

²⁴ Cassio Scarpinella Bueno assevera: “(...) ao analisar os projetos do novo Código de Processo Civil que tramitam no Congresso Nacional, afirma que os “dispositivos ampliam as hipóteses de cabimento dos embargos de divergência previstas no atual art. 546. Trata-se, no particular, de iniciativa louvável para ampliar a discussão no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça – e sua constante atualidade e atualização – sobre questões de índole material e processual que, como querem ambos os Projetos, servirão, em última análise, como verdadeiros indexadores da jurisprudência nacional”. (*Projeto de novo Código de Processo comparados e anotados: Senado Federal (PLS n.º 166/2010) e Câmara dos Deputados (PL n.º 8.046/2010)*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 509).

²⁵ Essa a opinião de Cassio Scarpinella, para quem: “Em suma, os ‘precedentes à brasileira’ ou, para homenagear (e merecidamente) a Professora Teresa Arruda Alvim, o “direito jurisprudencial” – expressão, empregada, a partir da 2.ª edição deste trabalho, para ilustrar o que os Tribunais brasileiros decidiram sobre os mais variados temas processuais civis sob a égide do CPC de 1973 e, de forma gradativa, também já sob a vigência do CPC de 2015 –

Assim, não é possível negar que, especialmente em relação aos embargos de divergência, houve uma sistemática desconstrução da orientação consolidada pelos Tribunais Superiores no tocante às hipóteses de cabimento e requisitos de admissibilidade, ainda que, inegavelmente, defensiva em sua essência.

Os embargos de divergência integram o rol taxativo das espécies recursais, previsto no art. 994, IX, do CPC/2015, e, dentre as principais características do recurso, está a de que somente podem ser interpostos no âmbito dos Tribunais Superiores.²⁶

Em regra, os embargos de divergência somente são cabíveis em face de acórdãos proferidos por órgãos fracionários das Cortes Superiores (STF/STJ), em sede de recurso extraordinário e recurso especial (respectivamente), ou em agravo (art. 1.042) nos referidos recursos.

Com efeito, singela característica específica dos embargos de divergência nas Cortes Superiores é manter o número de origem do recurso especial ou agravo, acrescido da sigla da classe processual respectiva.

O cabimento do recurso uniformizador não exige que o acórdão tenha sido julgado por unanimidade²⁷ pelo órgão julgador. As hipóteses de cabimento recursal, como já consignado, serão analisadas detalhadamente no Capítulo 2 do presente trabalho.

Por outro lado, é importante ressaltar diferença crucial estabelecida entre o recurso especial previsto no art. 105, III, c, da CF e os embargos de divergência no STJ. O primeiro visa uniformizar nacionalmente a interpretação proferida entre os Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais e o próprio STJ, e o segundo objetiva uniformizar divergência interna entre os Tribunais Superiores.

Eduardo Arruda Alvim, Daniel Willian Granado e Eduardo Aranha Ferreira enfrentam a questão:

Tem essa modalidade recursal a nítida finalidade de uniformizar a jurisprudência interna dos Tribunais superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior

a ser criado sobretudo (mas não exclusivamente) a partir dos arts. 926 a 928, é um dos pontos sensíveis do CPC de 2015 e que já vem merecendo e merecerá, anos a fio, análise profunda da doutrina e da própria jurisprudência, inclusive (mas não só) na perspectiva do direito comparado. É isto o que, para cá, basta evidenciar o respeito a respeito desta perspectiva do assunto, inegavelmente palpitante. Máxime porque é o próprio CPC de 2015 que, ao mesmo tempo que enaltece o sistema de precedentes, vai de encontro, no sentido de contrariar, dezenas de Súmulas do STF e do STJ (e também de recursos especiais repetitivos) que preexistiam à sua entrada em vigor. Trata-se de um verdadeiro paradoxo que não pode deixar de ser levado em conta na reflexão sobre o sistema proposto pelo Código para o direito jurisprudencial.” (*Novo Código de Processo Civil Anotado*. 3.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 817).

²⁶ É o que registra Arruda Alvim, “(...) tem esse recurso a finalidade de eliminar as divergências no seio do mesmo tribunal, sendo aplicável tão somente aos Tribunais Superiores (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal).” (*Manual de Direito Processual Civil*. 18.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 1487).

²⁷ Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha anotam: “Por aí se vê que os embargos de divergência contêm, em princípio, dois pressupostos objetivos de cabimento: a) *julgamento proferido por órgão fracionário do STF ou STJ*; b) *em recurso especial ou em recurso extraordinário*. Para que caibam os embargos de divergência, não se exige ausência de unanimidade no julgamento do recurso. Ainda que tenha sido unânime, caberão os embargos se o acórdão divergir de outro acórdão já proferido por outro órgão do tribunal. (*Curso de Direito Processual Civil*. 15.^a ed. Salvador: JusPodivm, 2018. v. 3, p. 457).

Tribunal de Justiça). Mas o fato de ter essa finalidade não se confunde com o recurso especial interposto com fundamento na alínea c do inciso III do art. 105 da CF/88 e que é previsto precipuamente – senão unicamente – visando a uniformização da interpretação da lei federal em todo o País, enquanto os embargos de divergência dizem respeito a dissenso interno ao próprio STF ou STJ, quando este ocorra em torno da interpretação e aplicação de norma constitucional ou lei federal. Os embargos de divergência são um instrumento que pode ser utilizado pela parte para compelir os Tribunais superiores ao cumprimento do disposto no art. 926 do CPC/2015 que determina a uniformização e estabilização de forma íntegra e coerente da jurisprudência pelos tribunais.²⁸

Outrossim, o recurso extraordinário e o recurso especial são considerados como recursos ditos excepcionais (ou de estrito direito) em razão de características específicas e essencialmente delimitadas pela Constituição Federal, em contraposição aos recursos classificados como ordinários.

O STF²⁹ já reconheceu que o “recurso extraordinário e o recurso especial são institutos de direito processual constitucional”, e que são “modalidades excepcionais de impugnação recursal, com domínios temáticos próprios que lhes foram constitucionalmente reservados”.

A distinção entre os recursos ordinários e os recursos excepcionais é de extrema importância teórica³⁰ e prática. Todavia, é importante consignar fundada crítica doutrinária sobre a referida classificação.³¹

²⁸ ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito processual civil*. In: ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel William; FERREIRA, Eduardo Aranha (Coords.). 6.^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019., p. 1.051-1.052.

²⁹ Excertos da ementa do RE 507939-AgR, relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 22.06.2007, p. 57.

³⁰ Arruda Alvim, após traçar considerações correntes doutrinárias sobre a classificação dos recursos em estrito direito e recursos extraordinários, assevera que “Diante desse quadro, o que nos parece é que, quando se emprega a denominação recurso de estrito direito, se pretende indicar aquilo que será objeto de análise no recurso, ou seja, questões jurídicas (no âmbito constitucional e legal) e não questões relacionadas aos fatos (reanálise de fatos e provas). Por sua vez, quando é utilizada a nomenclatura extraordinários, no mais das vezes, se visa a indicar que se trata de um recurso que tem como objetivo imediato a tutela do ordenamento jurídico e não dos direitos subjetivos das partes. Há, diante do ordenamento jurídico brasileiro, uma certa equivalência entre aquilo que é pretendido indicar ao ser utilizada a denominação de recurso de estrito direito e recursos extraordinários, visto que ambos os termos são utilizados com frequência para identificar os recursos especial e extraordinário, bem como os recursos de embargos de divergência cabíveis em face das decisões que eles resolvem. Reúnem, pois, as denominações e classificações e as principais características desses recursos. Talvez, por isso, a ausência de uniformidade no âmbito doutrinário em relação à sua denominação. (*Manual de Direito Processual*. 18.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 1373).

³¹ José Carlos Barbosa Moreira apresenta significativa crítica à “distinção entre recursos ordinários e recursos extraordinários, a que alude a parte final do art. 467, é nítida e importante em alguns sistemas jurídicos: por exemplo, no português, onde, à vista de textos expressos (Código de Processo civil, arts. 676 e 677), os recursos chamados extraordinários se diferenciam com toda a clareza dos ordinários pelo fato de que a interponibilidade de qualquer destes últimos impede o trânsito em julgado, ao passo que a decisão já se considera passada em julgado mesmo que ainda suscetível de impugnação por algum dos primeiros. Também na Itália costuma-se falar-se de *mezzi ordinari* e *mezzi straordinari* para designar, respectivamente, os remédios que obstem ao trânsito em julgado e aqueles que, ao contrário, o pressupõem. Expressões equivalentes, com o mesmo sentido, encontram-se na doutrina espanhola anterior à nova *Ley de Enjuiciamiento Civil* (que deixou de incluir entre os recursos a “revisión de sentencias firmes”) e na suíça. Diversa é a sistemática do ordenamento brasileiro, no qual a mencionada distinção não tem relevância teórica nem prática. 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-la. A rigor, não existe entre nós uma classe de recursos a que se possa aplicar, segundo critério preciso do ponto de vista científico e útil do ângulo

Em tal contexto, importante ponto a ser destacado é a possibilidade da classificação dos embargos de divergência como espécie de recurso excepcional (ou extraordinário *lato sensu*), a partir de um núcleo comum de características.³²

A primeira ponderação favorável em tal sentido é a afirmação de que os embargos de divergência decorrem diretamente do recurso especial e extraordinário, inexistindo a possibilidade interposição direta e autônoma como instrumento de uniformização perante as Cortes Superiores.

Os recursos excepcionais objetivam a proteção do direito objetivo³³, ou seja, sua preocupação maior é a proteção e a preservação da ordem jurídica ao uniformizar a interpretação das normas constitucionais e da infraconstitucionais, finalidade central dos embargos de divergência. Neste ambiente, reconhece-se que recurso uniformizador não tem propósito de defesa do direito subjetivo³⁴, tampouco tem natureza de recurso ordinário³⁵, o que, por mais essa razão, concederia aos embargos de divergência o *status* de um recurso excepcional.³⁶

prático, a denominação genérica de extraordinários.” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. 5, p. 254-256).

³² Para Gilberto Gomes Bruschi e Mônica Bonetti Couto “O enquadramento do recurso especial e do recurso extraordinário nessa categoria maior, a dos excepcionais, é feita a partir da constatação de características muito próprias, que lhe imprimem um perfil diferenciado e acabam interferindo diretamente em seu cabimento, não sendo despropositado dizer, nessa senda, que em grande medida essas particularidades consubstanciam verdadeiros pressupostos de admissibilidade. Enfim, os recursos extraordinários (ou recursos excepcionais recebem essa denominação porque são dotados de contornos bastante próprios comparativamente aos demais recursos (...). Dessarte, são recursos que não se prestam à correção de eventuais injustiças, tampouco à rediscussão de matéria fática – função que compete aos recursos ordinários –, mas sim à proteção e preservação da integridade da ordem jurídica, do direito objetivo (...). Nos recursos extraordinários *lato sensu* coloca-se em destaque o interesse público, e não o particular, ou seja, ao menos imediatamente não se leva em consideração o interesse subjetivo das partes envolvidas no processo. A proteção ao direito subjetivo da parte acaba sendo uma consequência do restabelecimento da lesão à Constituição (no recurso extraordinário) ou à lei federal (tratando-se de recurso especial). (*Recursos Cíveis – Coleção Prática e Estratégia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. v. 8, p. 629-631).

³³ Eduardo Arruda Alvim, Daniel Willian Granado e Eduardo Aranha Ferreira, tratando especificamente do recurso especial interposto pela alínea “c”, lecionam: “se existe unidade de entendimento no *plano lógico-normativo*, esta se desfaz no plano da atividade judicante ou aplicação múltipla da lei, por diversos órgãos, porque várias são as cabeças dos julgadores. Dessa forma, o confronto dos julgados, e a “opção” pelo que é tido como o correto, expressada no julgamento concreto de recurso especial (art. 105, III, c, CF/88), procura *refazer* a unidade de inteligência sobre os comandos normativos, e, com isso, *reconduzir* o direito à unidade para a qual nasceu.” (*Direito Processual Civil*. 6.^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 977).

³⁴ Athos Gusmão Carneiro leciona: “(...) os embargos de divergência não têm por mira apenas realizar justiça subjetiva, justiça às partes (...), a parte, por certo, quer ver reformada a decisão que a desfavoreceu; mas o tribunal, quando os julga, tem por propósito maior o de promover a harmonia de interpretação da lei federal, com a consequente uniformização da jurisprudência no âmbito interno da corte.” (*Recurso Especial, agravos e agravo interno*. 7.^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 146).

³⁵ “Não é cabível embargos de divergência na hipótese em que a Fazenda Nacional pretende a revisão de acórdão que não reconheceu a impossibilidade de se apreciar tema relativo à preclusão lógica, uma vez que na via estreita dos embargos de divergência não cabe o rejugamento de acórdão prolatado por Turma, visto que a finalidade do referido recurso é a uniformização da jurisprudência do Tribunal e não servir como mais um recurso para eventual equívoco ou violação que possa ter ocorrido em sede de julgamento do recurso especial. (EREsp 853618/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, DJe de 03.06.2011)

³⁶ No mesmo sentido do que é por nós sustentado, leciona Arruda Alvim: “Os recursos de estrito direito são espécie de recurso na qual se inserem os recursos especial e extraordinário (*stricto sensu*), bem como os embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário. (...). A denominação recursos de estrito direito leva em consideração o seu âmbito de abrangência. Analisam-se, no julgamento desta espécie de recurso, aspectos exclusivamente jurídicos da decisão, ou seja, questões exclusivamente de direito (*quæstio iuris*). Isso

De fato, os Tribunais Superiores, em diversos julgados, têm reconhecido que o objetivo dos embargos de divergência não é examinar eventual injustiça, equívoco³⁷, erro ou acerto³⁸ do acórdão embargado, mas apenas a análise do dissídio jurisprudencial.

Por outro lado, a essência dos embargos de divergência não é o mero rejugamento do aresto embargado em razão da sucumbência da parte, pois exige a demonstração e a efetiva presença da divergência jurisprudencial entre a interpretação do direito federal ou constitucional.

Os embargos de divergência, assim como os recursos especial e extraordinário, é recurso de fundamentação vinculada³⁹, ou seja, não basta o mero inconformismo ou a sucumbência da pretensão. O recurso uniformizador exige o efetivo enquadramento nas hipóteses legais⁴⁰ de cabimento. Ademais, em regra, é vedado no julgamento dos embargos de divergência analisar

porque, em geral, os objetivos precípuos e imediatos desses dizem respeito à observância e correta aplicação do ordenamento jurídico. (...) Assim, diversamente das demais espécies recursais (v.g. os recursos de apelação, agravo de instrumento, recurso ordinário e embargos de declaração), apenas numa perspectiva mediata é que se pode observar que esses recursos de estrito direito visam a tutelar os direitos subjetivos das partes recorrentes. Em razão da necessária observância do ordenamento jurídico (questão de direito) e, principalmente, da função de preservação desse atribuída aos tribunais superiores, é que se poderá tutelar, por intermédio dos recursos de estrito direito, os direitos subjetivos. Melhor dizendo, a satisfação do direito da parte consubstanciará apenas um reflexo da correção referente à aplicação do direito objetivo. (*Manual de Direito Processual Civil*. 18.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 1367-1.368)

³⁷ Confira-se: “A finalidade dos embargos de divergência é a uniformização da jurisprudência do Tribunal, não se apresentando como um recurso a mais nem se prestando para a correção de eventual equívoco ou violação que possa ter ocorrido no julgamento do recurso especial.” (Excerto da ementa do AgRg nos EREsp 1396623/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, julg. em 06.04.2016, DJe 06.05.2016).

³⁸ Assim: “Os embargos de divergência destinam-se a promover a uniformização da jurisprudência desta Corte. Não se prestam, pois, à mera revisão do acerto ou desacerto do acórdão embargado. (Excertos da ementa do RE 355796 AgR-ED-EDv-AgR, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 23.02.2011, DJe-051 publ. em 18.03.2011).

³⁹ Guilherme Aidar Bondioli ressalva: “Cabe lembrar aqui de que os embargos de divergência são recursos de fundamentação vinculada. No caso, apenas a invocação da discordância com julgado emitido por outro órgão julgador do mesmo tribunal na aplicação do direito material ou processual viabiliza a admissão dos embargos. A veiculação de *error in procedendo* ou de *error in judicando* sem amparo nessa discordância implica inadmissão dos embargos, por defeito na sua regularidade formal. Afinal, os embargos de divergência não foram concebidos para manifestação de todo e qualquer vício ou descontentamento com o acórdão embargado. Por isso, não é à toa que os parágrafos do art. 1.043 do CPC cuidam, sobretudo, da demonstração da divergência e do acórdão paradigma (BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Comentários ao Código de Processo Civil*. In: GOUVÊA, José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar; FONSECA, João Francisco Naves da (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2016. v. XX, p. 285).

⁴⁰ Barbosa Moreira afirma que “Todo recurso necessita de fundamentação, o que significa que o recorrente deve indicar os motivos pelos quais impugna a decisão, ou, em outras palavras, o(s) erro(s) que a seu ver ela contém. Fundamentar o recurso nada mais é, em regra, que criticar a decisão recorrida. Em certos casos, abstém-se a lei de fixar os limites a essa crítica, permitindo ao recorrente invocar quaisquer erros; noutros, ao contrário, cuida de discriminar o tipo (ou os tipos) de erro denunciável por meio de recurso, de tal sorte que a crítica do recorrente só assumirá relevância na medida em que afirme a existência de erro suscetível de enquadramento na discriminação legal. Daí a distinção que se pode estabelecer entre recursos de fundamentação livre e recurso de fundamentação vinculada. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 5, p. 253).

temas não compreendidos nos limites da divergência⁴¹. O STJ⁴² tem recente julgado no sentido de que mesmo questões de ordem pública não podem ser julgadas no recurso uniformizador.

No âmbito dos embargos de divergência, assim como nos outros recursos excepcionais, é vedado⁴³ o reexame de matéria fático-probatória do acórdão recorrido proferido pelo Tribunal de origem. O STF⁴⁴ já proclamou que questão fática não pode ser o objeto de julgamento em embargos de divergência, por não configurar propriamente a tese jurídica a ser confrontada.

Outra característica dos embargos de divergência, inerente aos recursos excepcionais, é a inexistência de efeito suspensivo *ope legis*⁴⁵, pois a decisão proferida nos recursos especial e extraordinário pelos Tribunais Superiores pode ser executada provisoriamente. Não obstante, é necessário ressaltar a possibilidade de atribuir efeito suspensivo ao recurso mediante o cumprimento dos requisitos legais (art. 995, parágrafo único, do CPC/2015), tópico que será analisado no Capítulo 3 do presente trabalho.

Outrossim, é necessário consignar que o prequestionamento, requisito específico dos recursos excepcionais, decorre diretamente da exigência constitucional no sentido de somente se admite a interposição dos recursos especial e extraordinário a partir das “causas decididas” estabelecidas pelos Tribunais de origem nos julgamentos dos recursos ordinários.

Em tal contexto, é importante ressaltar a necessidade de prequestionamento do tema objeto do dissídio apontado nos embargos de divergência, tema que será aprofundado no Capítulo 4 do presente trabalho.

Tais considerações afastam dos embargos de divergência natureza típica de recurso ordinário e o caracterizam como recurso excepcional ou de estrito direito.

⁴¹ Cfe. “Segundo a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, os embargos de divergência têm como finalidade precípua a uniformização de teses jurídicas divergentes em relação à matéria de mérito, de modo que, ante a natureza vinculada de sua fundamentação, é vedado analisar qualquer outra questão que não tenha sido objeto de dissídio entre os acórdãos em cotejo.” (Excerto da ementa do AgInt nos EREsp 1605703/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Corte Especial, DJe 10.04.2018).

⁴² Assim: “Os embargos de divergência não são cabíveis para análise de regras técnicas de admissibilidade do recurso especial, como sói ser a alegada violação à Súmula 7 do STJ, haja vista que o escopo deste recurso é a uniformização de teses jurídicas divergentes em relação à matéria de mérito, de modo que, ante a natureza vinculada de sua fundamentação, é vedado analisar qualquer outra questão que não tenha sido objeto de dissídio entre os acórdãos em cotejo, ainda que se trate de matéria de ordem pública.” (Excerto da ementa do AgInt nos EREsp 1530013/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, DJe 02.05.2018).

⁴³ Neste sentido: “A vedação que se coloca aos Tribunais Superiores, contudo, diz respeito unicamente à reavaliação do quadro fático-probatório, o qual deverá ser assumido tal como definido pelo tribunal local, ou seja, tal como descrito pelo acórdão recorrido. Diversamente, a qualificação jurídica dos fatos – ou seja, saber se os fatos (havidos como ocorridos tal como assumidos pelo Tribunal local) enquadram-se ou não em determinada norma jurídica – é tarefa que competirá aos Tribunais Superiores e poderá ser legitimamente realizada no âmbito dos recursos em estudo.” (BRUSCHI, Gilberto Gomes; COUTO, Mônica Bonetti. *Recursos Cíveis* – Coleção Prática e Estratégia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. v. 8, p. 636).

⁴⁴ A questão atinente ao eventual reexame de questão fática e probatória não consiste em uma tese jurídica passível de cotejo com outros acórdãos paradigmas, mas, tão somente, em uma questão casuística supostamente capaz de levar ao reconhecimento do acerto ou desacerto da decisão, isoladamente considerada. (excerto da ementa do RE 356593 AgR-EDv-AgR, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 19.12.2012, acórdão eletrônico DJe 039 publ. 28.02.2013).

⁴⁵ BRUSCHI, Gilberto Gomes; COUTO, Mônica Bonetti. *Recursos Cíveis* – Coleção Prática e Estratégia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, v. 8, p. 638.

Por fim, deve ser ressaltado importante característica dos embargos de divergência no contexto do direito jurisprudencial posto pelo novo ordenamento processual.

O novo ordenamento processual estabeleceu a importante premissa ao estabelecer aos tribunais, o dever de “uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (art. 926 do CPC/2015).

Não obstante a expressa previsão legal, tal dever é inerente⁴⁶ aos órgãos de cúpula do Poder Judiciário estabelecidos pela Constituição Federal.

A importância do referido dispositivo, principalmente em relação aos Tribunais Superiores, é a preservação da estabilidade⁴⁷ da jurisprudência⁴⁸ a partir da observância de decisões judiciais referenciais relacionadas ao tema.

Por outro lado, também relacionou hipóteses que os juízes e tribunais deverão observar, os denominados precedentes qualificados, especialmente contidos no art. 927⁴⁹ e incisos do CPC/2015.

⁴⁶ “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 228.432/RS, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Corte Especial, DJ 18.03.2002, p. 163).

⁴⁷ José Rogério Cruz e Tucci anota: “Em suma, ao preservar a estabilidade, orientando-se pelas decisões judiciais em situações sucessivas assemelhadas, os tribunais contribuem, a um só tempo, para a certeza do direito e para a proteção de confiança na escolha do caminho trilhado pelos litigantes. Em nosso país, na órbita da tutela jurisdicional, avulta, a respeito dessa relevante temática, a importância do Superior Tribunal de Justiça, como corte federal, cuja vocação genética precípua é a de uniformizar a interpretação e aplicação do direito nacional infraconstitucional. Sob a ótica constitucional, esta significativa missão é reservada ao Supremo Tribunal Federal. (...) há flagrante e indesejada instabilidade na produção decisória dos tribunais superiores. E isso ocorre – o que é pior – num mesmo arco temporal e, em princípio, sem qualquer justificação plausível. (...) A tutela do cidadão, que confiou no Judiciário, não pode jamais ser relegada a pretexto de imaginário poder discricionário do magistrado! Decorre daí a lógica da regra do caput do art. 926, que exalta a função uniformizadora dos tribunais, em geral e das cortes superiores, em particular.” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2018. v. 4, p. 19-20).

⁴⁸ José Rogério Cruz e Tucci aponta importante crítica sobre os conceitos de jurisprudência, precedente judicial e súmula, ao consignar que “é de observar-se que, sob o ponto de vista técnico, reina, na prática do direito, inequívoca imprecisão daquilo que se concebe por jurisprudência, precedente judicial e súmula (e suas respectivas classificações dogmáticas). (...) Note-se, de logo, que os comentários sobre o novo CPC, que até este momento vieram a lume, não se preocuparam com esta relevante distinção. Dúvida não há de que a jurisprudência, os precedentes judiciais e as súmulas são pronunciamentos produzidos exclusivamente pelos tribunais colegiados, possuindo, portanto, uma gênese comum. (*Comentários ao Código de Processo Civil*. BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2018. v. 4, p. 20).

⁴⁹ “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os enunciados de súmula vinculante; III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.”

Com efeito, embora os embargos de divergência não figurem expressamente como precedente qualificado no referido dispositivo legal, em razão da manifesta função uniformizadora do entendimento dos Tribunais Superiores, bem como em absoluta compatibilidade com o art. 927 do CPC/2015, é possível questionar até mesmo o equívoco do legislador em não prever o recurso uniformizador no referido rol.⁵⁰

Apesar de tal consideração, é possível defender esse posicionamento por meio da interpretação do inciso V do art. 927 do CPC/2015, o qual prevê a observância pelos juízes e Tribunais “da orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.”

Assim, é possível defender que os embargos de divergência podem formar precedentes⁵¹, quando julgados pelo Plenário do STF e pela Corte Especial do STJ, ainda que, em linha de princípio, reconhece-se apenas uma eficácia meramente persuasiva a tais mecanismos.⁵²

Aliás, como bem observado por Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas⁵³, a receptividade dos embargos de divergência pode proporcionar concretos resultados positivos para os Tribunais Superiores:

⁵⁰ Cfe. DIDIER, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 15.^a ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 455.

⁵¹ Arruda Alvim afirma que “Os embargos de divergência consistem em importante instrumento para atender aos deveres de uniformidade, estabilidade, integridade e coerência, exigidos pelo art. 926, caput, e que todos os órgãos judiciários devem manter, mas que, em especial, são destinados aos Tribunais superiores, cuja função principal é a garantia da uniformidade na aplicação do direito objetivo, seja na matéria constitucional (STF) ou em matéria federal (STJ). Teses jurídicas divergentes dentro da estrutura do tribunal tendem a estimular a interposição de recursos, razão pela qual zelar pela uniformidade da jurisprudência interna das Cortes superiores, também induz a diminuição no número de recursos aviados. Por isso mesmo, são meios recursais que justificam estar restritos ao STJ e ao STF. (...) Mas, ainda que voltado a dirimir a controvérsia interna dos Tribunais, os embargos de divergência podem também formar precedentes (trata-se de efeito mediato, situação oposta à verificada no regime de recursos especiais ou extraordinários repetitivos), na forma do art. 927, V, CPC/2015, uma vez que julgados pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal e sempre decididos pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça. (*Manual de Direito Processual Civil*. 18.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 1485-1486).

⁵² José Rogério Cruz e Tucci orienta que “Em sistemas jurídicos de *civil law*, como o nosso, nos quais predomina a legislação escrita, o termo jurisprudência – que é polissêmico – encarre geralmente uma noção dinâmica, indicando uma pluralidade de decisões relativas a vários casos concretos, atinente a determinado assunto, mas não necessariamente sobre uma idêntica questão jurídica. Esse modo de lidar com a jurisprudência, cujo conhecimento hoje em dia é, via de regra, fornecido pela consulta rápida nos sítios eletrônicos dos próprios tribunais, revela, em algumas hipóteses, apenas a tendência do posicionamento pretoriano sobre a interpretação de certo texto legal. (...) Como bem observa Michele Taruffo, não é fácil desvendar, entre inúmeros arestos citados à guisa de jurisprudência, qual a posição realmente dominante.

Na verdade, em nossa experiência jurídica, num cenário forense com mais de 50 tribunais de segundo grau, a respeito de muitas teses encontram-se, não raro, num mesmo momento, acórdãos contraditórios, evidenciando significativa ausência de uniformidade da jurisprudência e, com natural decorrência, consequente insegurança jurídica, que surpreende até profissionais mais experientes. E esse grave inconveniente pode ser inclusive constatado, por paradoxal que possa parecer, num mesmo tribunal, revelando divergência de entendimento, intramuros, entre câmaras, turmas ou seções. Não obstante, afirma ainda Taruffo que a jurisprudência pode desfrutar de acentuada eficácia persuasiva se ficar demonstrado que o julgamento sobre determinada *questio iuris*, reiterado em vários acórdãos, desponta uniforme e sedimentado, assentando, na verdade, um autêntico precedente.” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2018. v. 4, p. 20-21).

⁵³ ALVIM, Teresa Arruda. “Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro: (de acordo com o CPC de 2015 e a Lei 13.256/2016)”. In: ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno (Coords.). 3.^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 567-568.

Portanto, quanto mais receptivo for o Tribunal Superior relativamente a esse recurso, cuja função é uniformizar o entendimento dos seus integrantes e dos seus órgãos fracionários, acerca de questões de direito, naturalmente menor será o número de recursos em que se pleitearia o reconhecimento do acerto de tese, diferentemente daquela adotada no julgamento de embargos de divergência.

Essa maior receptividade se traduz, em termos práticos, em reconhecer divergência onde divergência efetivamente existe ... As restrições, comumente estabelecidas, quer pela lei, quer pela interpretação restritiva da jurisprudência, no regime do Código de Processo Civil de 1973, ao cabimento dos embargos de divergência, demonstram que não se lavava em conta o potencial que os embargos de divergência tinham e têm de contenção dos demais recursos. Exigir, por exemplo, que as situações fáticas subjacentes às decisões postas lado a lado, a de que se recorreu e a paradigma, sejam absolutamente idênticas revela essa situação. Não é essa a única hipótese capaz de revelar desarmonia interna no pensamento dos integrantes dos tribunais. Apenas uma delas.

A nova lei processual ‘terá condições de proporcionar que o recurso cumpra de modo muito mais amplo as suas funções, antes referidas, principalmente a de desestímulo aos recursos para o STJ e o STF. Isso tudo apesar das revogações feitas pela Lei 13.256/2016.

Em tal contexto, Araken de Assis⁵⁴ sugere a adoção de importante mecanismo de efetividade dos julgamentos dos embargos de divergência, por meio da interpretação do art. 122, § 1.º, do RISTJ⁵⁵:

A natureza dos embargos de divergência propicia o surgimento de um efeito peculiar de máxima relevância: formulada a tese jurídica correta, erradicado o dissídio intestino que grassada no tribunal superior, convém que o resultado seja incorporado à súmula de jurisprudência dominante, orientando os tribunais inferiores na mesma direção.

O art. 122, § 1.º, do RISTJ oferece solução mais promissora. Não é específica para os embargos de divergência, mas atinge a mesma finalidade. De acordo com a regra, “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 concordantes”. Eventualmente, então, do julgamento dos embargos de divergência, ocorrendo unanimidade, resultará enunciado para inscrição na súmula de jurisprudência dominante do STJ.

A efetivação da proposta é potencialmente transformadora, pois ao transpor o julgamento de embargos de divergência, em tese formada por unanimidade, ou ao menos dois julgamentos no mesmo sentido, ainda que por maioria absoluta, para enunciado de Súmula do STJ, permitiria a introdução das teses firmadas no recurso uniformizador em matéria infraconstitucional, para o âmbito do rol dos precedentes tidos por qualificados (inciso IV do art. 927 do CPC/2015), com a consequente aplicação da teoria dos precedentes judiciais idealizada pelo novo ordenamento processual.

⁵⁴ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8.ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.009-1.010.

⁵⁵ “Art. 122 A jurisprudência firmada pelo Tribunal será compreendida na Súmula do Superior Tribunal de Justiça. § 1.º 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, por maioria absoluta em pelo menos dois julgamentos concordantes.”

Portanto, o julgamento de mérito de tese jurídica de direito material ou processual, firmada nos embargos de divergência pelos órgãos de cúpula dos Tribunais Superiores, representa exemplo do objetivo almejado pelo novo ordenamento processual. A pacificação de tese controvertida estabelecida no recurso uniformizador deve ser respeitada e aplicada pelos componentes do respectivo Tribunal Superior, bem como pelos demais órgãos do Poder Judiciário, não havendo justificativa para entendimento contrário.

2 CABIMENTO DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA

As regras de cabimento dos embargos de divergência foram substancialmente alteradas pelo CPC/2015 (art. 1.043¹ e seguintes), com o nítido objetivo de atribuir ao recurso uniformizador elementos² para auxiliar na diminuição das contradições jurídicas estabelecidas no âmbito dos Tribunais Superiores. Com isso, conforme expressamente reconhecido na Exposição de Motivos³ do novo ordenamento processual, se propiciaria (maior) respeito aos precedentes.

A ampliação das hipóteses de cabimento dos embargos de divergência visou atribuir aos Embargos de Divergência verdadeira função indexadora⁴ da jurisprudência das Cortes Superiores.

De fato, é possível afirmar que em relação às hipóteses de cabimento dos embargos de divergência, o novo ordenamento processual reiterou a hipótese clássica de cabimento (inciso I), já prevista no CPC/1973, permitindo o confronto de julgados dissonantes quanto ao mérito, na

¹ Onde se lê: “Art. 1.043. É embargável o acórdão de órgão fracionário que: I – em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo os acórdãos, embargado e paradigma, de mérito; II – em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo os acórdãos, embargado e paradigma, relativos ao juízo de admissibilidade (Revogado pela Lei 13.256/2016); III – em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo um acórdão de mérito e outro que não tenha conhecido do recurso, embora tenha apreciado a controvérsia; IV – nos processos de competência originária, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal. (Revogado pela Lei 13.256/2016); § 1.º Poderão ser confrontadas teses jurídicas contidas em julgamentos de recursos e de ações de competência originária. § 2.º A divergência que autoriza a interposição de embargos de divergência pode verificar-se na aplicação do direito material ou do direito processual. § 3.º Cabem embargos de divergência quando o acórdão paradigma for da mesma turma que proferiu a decisão embargada, desde que sua composição tenha sofrido alteração em mais da metade de seus membros.”

² Para Teresa Arruda Alvim, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello: “Procurou-se dar aos embargos de divergência bastante rendimento, de molde a que cumpram com eficiência a sua função que é, em última análise, a de desestimular recursos para o STJ ou STF. Isto porque o fato de haver tese jurídica sobre a qual haja divergência interna corporis, no Tribunal Superior, é elemento que, obviamente, estimula recursos. O objetivo dos embargos de divergência é exata e precisamente o de uniformizar a jurisprudência dos Tribunais Superiores, internamente. Portanto, quanto mais larga ou abrangente for a hipótese de cabimento dos embargos de divergência, a tendência é a de que menor seja o número de recursos interpostos.” (*Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. 2.ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.695).

³ “As hipóteses de cabimento dos embargos de divergência agora se baseiam exclusivamente na existência de teses contrapostas, não importando o veículo que as tenha levado ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça. Assim, são possíveis de confronto teses contidas em recursos e ações, sejam as decisões de mérito ou relativas ao juízo de admissibilidade. Está-se, aqui, diante de poderoso instrumento, agora tornado ainda mais eficiente, cuja finalidade é a de uniformizar a jurisprudência dos Tribunais superiores, interna corporis. Sem que a jurisprudência desses Tribunais esteja internamente uniformizada, é posto abaixo o edifício cuja base é o respeito aos precedentes dos Tribunais Superiores.” (*Código de processo civil e normas correlatas*. 7.ª ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015, 313 p., p. 30-31).

⁴ Cassio Scarpinella Bueno, ao analisar os projetos do novo Código de Processo Civil que tramitam no Congresso Nacional, afirma que os “dispositivos ampliam as hipóteses de cabimento dos embargos de divergência previstas no atual art. 546. Trata-se, no particular, de iniciativa louvável para ampliar a discussão no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça – e sua constante atualidade e atualização – sobre questões de índole material e processual que, como querem ambos os Projetos, servirão, em última análise, como verdadeiros indexadores da jurisprudência nacional”. (*Projeto de novo Código de Processo comparados e anotados: Senado Federal (PLS n.º 166/2010) e Câmara dos Deputados (PL n.º 8.046/2010)*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 509).

aplicação do direito material ou do direito processual (§ 2.º), proferidos em recursos extraordinário e especial.

Em significativa inovação, estabeleceu hipótese de embargos de divergência para analisar dissídio no juízo de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial (inciso II), bem como entre acórdão de mérito e outro julgado que não tenha conhecido do recurso, embora tenha apreciado a controvérsia (novidade essa trazida no inciso III).

Igualmente, o Novo Código introduziu a hipótese de cabimento do recurso uniformizador para confrontar julgados divergentes proferidos em processos de competência originária das Cortes Superiores (inciso IV), bem como a possibilidade de confrontar teses jurídicas firmadas nos julgamentos dos recursos e de ações de competência originária (§ 1.º).

Por fim, apresentou outra inovação ao prever o cabimento do recurso uniformizador na hipótese de o aresto paradigma ter sido proferido pelo mesmo órgão julgador que proferiu o acórdão embargado, mediante a alteração de mais da metade da composição de seus membros (§ 3.º).

Entretanto, a Lei n.º 13.256/2016, antes mesmo da entrada em vigor do CPC/2015, revogou⁵ boa parte das principais novidades dos embargos de divergência.

Os aspectos relacionados ao cabimento dos Embargos de Divergência, bem como a influência da Lei n.º 13.256/2016 no tema, serão objeto de exame mais cuidadoso nos tópicos seguintes.

2.1 Acórdão embargado proferido por órgão fracionário do Tribunal Superior

Antes de analisar a competência específica das Cortes Superiores (aqui consideradas o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça) para processar e julgar os embargos de divergência é necessário compreender a estrutura dos órgãos julgadores e a respectiva divisão interna de competência.

O Supremo Tribunal Federal, composto por onze (11) Ministros, é dividido em duas Turmas julgadoras formadas por cinco (5) ministros, com competência idêntica, além do Plenário, constituído pela totalidade dos seus integrantes.

No âmbito da Corte Constitucional, os embargos de divergência são julgados no âmbito do Plenário (art. 6.º, IV, do RISTF).

O Superior Tribunal de Justiça, composto por trinta e três (33) Ministros, possui uma

⁵ Teresa Arruda Alvim, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello anotam: “A intenção do legislador originário do CPC de 2015 não foi a mesma do legislador da Lei 13.256/2016, que alterou em muitos pontos, o NCPC, antes mesmo de este entrar em vigor.” (*Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. 2.ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.695).

estrutura diferenciada em seus órgãos julgadores. O Tribunal da Cidadania é dividido em Turmas (1.^a, 2.^a, 3.^a, 4.^a, 5.^a e 6.^a Turmas), Seções (1.^a, 2.^a e 3.^a Seções) e a Corte Especial.

As Turmas são compostas por cinco (5) ministros, a Seção por dez (10) ministros, e a Corte Especial pelos quinze (15) Ministros mais antigos do Tribunal (art. 2.^o, § 2.^o, do RISTJ).

A reunião da Primeira Turma e da Segunda Turma formam a Primeira Seção, constituindo-se em órgãos julgadores especializados em direito público (art. 9.^o, § 1.^o, do RISTJ).

A reunião da Terceira Turma e da Quarta Turma formam a Segunda Seção, e representam os órgãos julgadores especializados em direito privado (art. 9.^o, § 2.^o, do RISTJ).

Por fim, a reunião da Quinta Turma e da Sexta integram a Terceira Seção, sendo órgãos julgadores especializados em direito penal (art. 9.^o, § 3.^o, do RISTJ).

A Corte Especial, órgão de cúpula jurisdicional do STJ, não possui especialização de matérias. Entretanto, pode julgar temas em razão da relevância jurídica ou para prevenir ou resolver divergências entre órgãos julgadores (art. 16, IV, do RISTJ⁶), bem como temas de natureza processual ou que possam repercutir em mais de uma seção especializada.

No Superior Tribunal de Justiça, os embargos de divergência podem ser julgados pela Corte Especial ou pela Seção, conforme a matéria e a origem dos julgados dissidentes confrontados.

Em tal contexto, surge a primeira ponderação sobre o cabimento do recurso uniformizador diante das novas premissas estabelecidas pelo Código de 2015.

O artigo 546⁷ do Código de Processo Civil de 1973 estabelecia que poderia ser objeto de embargos de divergência o acórdão proferido por “*Turma*” “*no*” julgamento de recursos extraordinário e especial.

Assim, na vigência do ordenamento processual revogado, no âmbito do STF, somente seria possível a interposição de embargos de divergência em face de julgado de *Turma*, inexistindo a possibilidade do recurso uniformizador contra acórdão proferido pelo Plenário da Corte Constitucional.

Por sua vez, o Tribunal da Cidadania⁸, com base literalidade do referido dispositivo,

⁶ “Art. 16. As Seções e as Turmas remeterão os feitos de sua competência à Corte Especial: (...) IV – quando convier pronunciamento da Corte Especial em razão da relevância da questão jurídica, ou da necessidade de prevenir divergência entre as Seções.”

⁷ “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.” (grifamos).

⁸ Assim: “EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANIFESTAMENTE INCABÍVEL. 1. É firme a orientação no sentido de que é manifestamente incabível a apresentação de embargos de divergência contra acórdão deste Tribunal, proferido em sede de embargos de divergência. 2. Precedentes: AgRg nos EDv nos EREsp 991474/SC, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Seção, julgado em 27.10.2010, DJe 19.11.2010; AgRg nos EDcl nos EREsp 697184/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 24.11.2010, DJe 02.12.2010; AgRg nos EDv nos EREsp 747192/RS, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Seção, julgado em 14.03.2007, DJ 02.04.2007,

reconhecia o não cabimento de embargos de divergência interposto contra acórdão da Seção que julgou embargos de divergência, pois, nesta específica situação, o aresto embargado não teria sido proferido por *Turma*, tampouco *em sede* de recurso especial.

O novo ordenamento processual alterou a redação do *caput* do artigo 1.043⁹, passando a reconhecer, de maneira expressa e textual, o acórdão proferido por *órgão fracionário* como decisão passível de comportar Embargos de Divergência. Referida alteração, em um primeiro momento, pode parecer sutil, e no âmbito do STF tal mudança não produz nenhum efeito, pois os órgãos fracionários¹⁰ da Corte Suprema continuam sendo apenas as duas Turmas julgadoras.¹¹

Todavia, diante da estrutura dos órgãos julgadores do STJ a novidade é capaz de alterar a jurisprudência estabelecida na vigência do ordenamento processual revogado, pois além dos julgados das Turmas, também seria possível, ao menos em tese, admitir embargos de divergência dos arestos proferidos pelas Seções¹² do Tribunal da Cidadania. Tal possibilidade já tinha sido ponderada pela doutrina¹³ estabelecida na vigência do CPC/1973.

Com efeito, a mudança legislativa do termo *Turma* para *Órgão Fracionário*, para efeito de cabimento de embargos de divergência, não foi despropositada, pois no âmbito¹⁴ do STJ pode

p. 219. Embargos de divergência não conhecidos.” (EDv nos EDcl nos EREsp 1.096.074/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJe de 31.05.2013).

⁹ “Art. 1.043. É embargável o acórdão de **órgão fracionário** que: ...”

¹⁰ Cfe. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 15.^a ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2018. v. 3, p. 456.

¹¹ Acresce registrar que os Embargos de Divergência também podem ser originados no julgamento de embargos de declaração. Ademais, como registra Luis Guilherme Aidar Bondioli, “consigne-se que o surgimento da divergência apenas por ocasião do julgamento de subsequentes embargos de declaração não inibe o cabimento dos embargos de divergência. Como já dito, os embargos de declaração não provocam a cassação nem a substituição da decisão embargada; promovem atividades integrativas, corretivas ou elucidativas no julgado primitivo, resultando na formação de um conjunto decisório, com natureza idêntica ao do provimento embargado. Nessas condições, o afloramento da discordância continua vinculado ao julgamento de um recurso extraordinário ou especial, ainda que isso se dê num desdobramento deste. Daí a razão pela qual são cabíveis os embargos de divergência contra o conjunto decisório formado pelos acórdãos do recurso extraordinário ou especial e dos correlatos embargos de declaração. (BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Comentários ao Código de Processo Civil*. In: GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme A.; FONSECA, João Francisco N. da (Coords.). Vol. XX. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 285).

¹² Fredie Didier e Leonardo José da Cunha afirmam: “o STJ mantém, em sua organização, turmas, seções e uma corte especial. A corte especial desempenha as funções que seriam do plenário. É que, tendo o STJ trinta e três ministros, ou seja, mais de vinte e cinco membros, está autorizado pelo art. 93, XI, da CF, a criar um órgão especial, que desempenha as funções do plenário. Sendo assim, não deve a corte especial ser considerada órgão fracionário, mas pleno. Quer isso dizer que, no STJ, os embargos de divergência são cabíveis de acórdãos proferidos por turmas ou por seções. (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 15.^a ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2018. v. 3, p. 457).

¹³ Athos Gusmão Carneiro já sustentava: “Em primeiro lugar, a norma legal refere expressamente a “decisão da Turma”, não de órgão colegiado mais numeroso, no caso a Seção (no STJ, as turmas, especializadas em razão da matéria, agrupam-se duas a duas, em três Seções). Assim, a decisão de Seção que venha a divergir de decisão de Turma do STJ, integrada em outra Seção, não estaria sujeita a impugnação por embargos de divergência. Todavia, são fortes os motivos que propugnam por aplicação ampliada da norma processual nos casos de decisão de Seção que, em competência original ou recursal, manifestamente antagonizem decisões proferidas por outra Seção – evidentemente que sobre a mesma questão jurídica –, ou pelo plenário da Corte. (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 139).

¹⁴ Araken de Assis assinala: “É diferente a redação do art. 1.043, *caput*, aludindo a “acórdão de órgão fracionário”. Ora, órgão fracionário, no STF, são as turmas; no STJ, turmas e seções. Do art. 1.043, *caput*, logo se extrai uma

ser considerado órgão fracionário Turma ou Seção, o que também já foi reconhecido recentes julgados¹⁵⁻¹⁶.

A possibilidade de utilização do recurso uniformizador em face de julgados das Seções do STJ, principalmente nos casos em que estiver em confronto com entendimentos de outras Seções ou da Corte Especial, configura instrumento de fundamental importância para a uniformização interna de jurisprudência. É importante lembrar que existem temas, como os de natureza processual, que são comuns aos órgãos julgadores do Tribunal da Cidadania, e eventual divergência de interpretação sobre tais questões, na vigência do novo ordenamento processual, poderia ser resolvida por meio dos embargos de divergência.

Entretanto, admitir o cabimento de embargos de divergência em face de acórdão proferido pelas Seções do STJ também envolve outras questões específicas que merecem ponderação.

No âmbito do STF, os recursos repetitivos (art. 1.036 do CPC/2015) são processados e julgados no âmbito do Plenário e, no STJ, nas Seções especializadas ou na Corte Especial, conforme divisão interna de competência prevista no RISTJ.

Em tal contexto, na hipótese de o recurso especial repetitivo, julgado por alguma Seção do STJ, contrariar entendimento de outra Seção ou da Corte Especial, seriam cabíveis embargos de divergência para confrontar os referidos julgados?

Antes de analisar o efetivo cabimento, é necessário estabelecer uma breve distinção¹⁷ entre

conclusão inicial: rejeitam-se embargos de divergência os acórdãos da Corte Especial do STJ e do Pleno do STF, porque órgãos naturalmente uniformizadores, presumivelmente vergando à autoridade dos seus julgados o entendimento das turmas quanto à matéria, e, no STJ, os acórdãos das seções. Nesse último caso, concebe-se facilmente a ocorrência de dissídio, sem embargo da especialização, porque as turmas do STJ têm competência concorrente em algumas áreas – por exemplo, quanto ao direito processual. E, além disso, nem todos os componentes das Seções integram a Corte Especial do STJ. A limitação dos embargos de divergência aos acórdãos de turmas e seções representa, nesta contingência, flagrante opção de política legislativa. O legislador curou de restringir o cabimento dos embargos. Em princípio, não se concebe que, decidida certa questão na Corte Especial do STJ ou Pleno do STF, os órgãos fracionários desacatem o entendimento, persistindo na divergência. Em tal hipótese, de toda sorte, caberão novos embargos de divergência. ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 987).

¹⁵ Assim decidiu o STJ: “De acordo com os arts. 1043 do Novo Código de Processo Civil e 266 do Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça, os embargos de divergência só têm cabimento contra acórdão proferido por turma ou seção em julgamento de recurso especial.” (Excerto da ementa do AgRg nos EDcl nos EAREsp 861.967/RN, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, DJe 28.05.2018).

¹⁶ “O art. 1043 do CPC/2015, em seus incisos, estabelece os casos restritos de cabimento dos Embargos de Divergência: aqueles em que a controvérsia veiculada no Especial tenha sido decidida de forma divergente por órgãos fracionários do tribunal. (Excerto da ementa do AgRg nos EAREsp 852.640/PB, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Corte Especial, DJe 01.06.2018).

¹⁷ Cfe. ALVIM, Arruda. Para ele, “Como são destinadas a sanar as divergências internas dos Tribunais Superiores, os embargos de divergência se diferenciam dos recursos especiais e extraordinários repetitivos, que também têm como função garantir a unidade da jurisprudência do próprio tribunal, contudo, necessitam estar vinculados a processos que se repetem e repercutem em um maciço número de causas que chegam às Cortes. Por isso, as causas que se submetem ao regime de repetitivos e aqui também se pode acrescentar o incidente de assunção de competência – são instrumentos mais direcionados a projetar os efeitos da uniformidade para fora do tribunal, atingindo a infinidade de causas idênticas, do que propriamente (ou ao menos não imediatamente) zelar pela integridade da jurisprudência da Corte em si. Os embargos de divergência, no entanto, se voltam à preservação dos julgados do tribunal, já que decorrem recursos singulares, que não precisam ser qualificados pela expressividade de números dos repetitivos, podendo, por isso mesmo, serem utilizados para dirimir controvérsias pontuais, mas

os recursos repetitivos e os embargos de divergência, pois apesar de ambos serem instrumentos de uniformização no âmbito dos Tribunais Superiores, possuem características e funções diferentes. Os recursos repetitivos fixam a tese jurídica em razão da multiplicidade de processos idênticos sobre o tema e projetam a uniformidade da interpretação para os demais Tribunais. Os embargos de divergência, diferentemente, uniformizam a divergência *interna* das Cortes Superiores, sem exigir multiplicidade de processos.

Importante consignar que o STJ¹⁸ já autorizou a aplicação do rito dos recursos repetitivos em embargos de divergência, o que também tem respaldo na doutrina¹⁹, hipótese diversa do tema aqui tratado.

Com efeito, diante da nova redação do artigo 1.043, no sentido do cabimento dos embargos de divergência em face de acórdão proferido por qualquer órgão fracionário do Tribunal, é autorizado admitir, *ao menos em tese*, o cabimento de recurso uniformizador contra aresto julgado por Seção do STJ, inclusive contra aquele que julga recurso especial repetitivo.

Em linha de princípio, parece ser razoável exigir que a tese jurídica firmada no julgamento do recurso repetitivo seja compatível com a jurisprudência até então estabelecida pelos demais órgãos julgadores do STJ, ou seja, não ocorra alterações abruptas do entendimento sobre determinado tema.

Todavia, o acompanhamento da dinâmica dos julgamentos de recursos repetitivos pelos

que tornam instáveis as decisões dos Tribunais Superiores.” (*Manual de direito processual civil*. 18.^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 1.486).

¹⁸ “PROCESSUAL CIVIL. POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO DE EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA SEGUNDO O RITO APLICÁVEL AOS RECURSOS REPETITIVOS. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO 8/2008-STJ. PRECEDENTE DA 2.^a SEÇÃO: RCL 12.062/GO, REL. MIN. RAUL ARAÚJO, DJe 20.11.2014. 1. O rito dos recursos repetitivos, previsto no art. 543-C do CPC e na Resolução 8/2008-STJ, pode ser adotado em qualquer sede processual, no âmbito do STJ, desde que presentes a pletera de ações e evidenciada a necessidade de adoção de tratamento uniforme a todas às iniciativas processuais recursais ou afins que versem a mesma tese jurídica. 2. A interpretação das regras processuais aplicáveis aos recursos repetitivos não deve ser promovida sob visão ou teleologia restritiva, nem olhando para o passado, de tal modo que se possa garantir o efeito pretendido com a edição da Lei 11.672/2008, ou seja, evitar a desnecessária discussão de teses já pacificadas por esta Corte. 3. A egrégia Segunda Seção deste STJ já inaugurou essa auspiciosa diretriz, assimilando, de maneira proveitosa, a sempre prestante teoria jurídica da analogia juris, apontando que se deve aplicar a mesma solução a situações que sejam idênticas, no plano do Direito, ainda que as regras positivas destinadas a uma ou à outra possam ser distintas. 4. Quando as soluções são elaboradas com base na percepção do Direito, ao invés de elaboradas com suporte restrito nas dicções das regras escritas, obtém-se, com segurança, o aumento do índice de efetividade, legitimidade e de justiça, porquanto, é o Direito – e não as regras – que deve nortear a atividade julgadora; assim, só existe proveito – e nenhum prejuízo – em se processar Embargos de Divergência na sistemática repetitiva. 5. Questão de Ordem que se resolve pela admissibilidade do julgamento de Embargos de Divergência segundo o rito do art. 543-C e da Resolução 8/2008-STJ.” (EREsp 1403532/SC, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Corte Especial, DJe 25.09.2015).

¹⁹ Fredie Didier e Leonardo Carneiro da Cunha: “Como já demonstrado no capítulo sobre julgamento de casos repetitivos, no volume deste Curso, seu regime jurídico aplica-se a qualquer recurso ou processo originário em tribunal. Quer isso dizer que é possível aplicar aos embargos de divergência a técnica e julgamento de casos repetitivos. Em outras palavras, havendo vários embargos de divergência sobre o mesmo tema, deve ser adotado o procedimento próprio dos casos repetitivos, escolhendo-se um ou dois deles para análise e julgamento, sobrestando-se os demais, aos quais se aplicará o resultado a que se chegar no julgamento daqueles escolhidos para julgamento por amostragem.” (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 15.^a ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 466-467).

Tribunais Superiores permite afirmar que, em alguns casos, a tese firmada não espelha a jurisprudência consolidada sobre o tema, mas, surpreendentemente, muitas vezes acaba por modificar o entendimento no julgamento do recurso repetitivo.²⁰

Por outro lado, é necessário reconhecer que o julgamento do recurso repetitivo se sobrepõe aos entendimentos existentes. A afirmação é relevante, pois o julgamento e a fixação da tese em recurso especial repetitivo exigem o cumprimento de requisitos específicos previstos no CPC/2015 e nos regimentos internos do STF e do STJ. As fases de tramitação e julgamento do recurso repetitivo são diferenciadas²¹ da via ordinária, desde a seleção do processo, eventual suspensão de processos sobre o tema, oportunidade de amplo debate das partes e interessados, e a efetiva consolidação da tese jurídica a ser aplicada em diversos processos idênticos sobre o tema.

Assim, o julgamento do recurso repetitivo pelo órgão competente estabelece um marco referencial sobre determinado tema, superando eventuais julgados divergentes e servindo como parâmetro para eventual superação da tese.

O artigo 927, III, do CPC, ao prever que os juízes e tribunais observarão os acórdãos proferidos nos julgamentos de recursos extraordinário e especial repetitivos tem como principal objetivo²² proporcionar segurança jurídica e previsibilidade.

Inclusive, o próprio CPC/2015 (art. 521, IV²³, do CPC/2015) autoriza que a sentença pode ser cumprida provisoriamente se estiver em consonância com súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em conformidade com entendimento firmado em acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos.

A essência da referida norma parte da premissa de que a tese estabelecida em súmula ou firmada em recurso repetitivo pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça possuem elevado grau de manutenção do entendimento, pois a revisão da tese exige rigoroso

²⁰ É possível citar como exemplo o que se verificou no REsp 1648305/RS, Rel. Ministra Assusete Magalhães, rel. p/ acórdão Ministra Regina Helena Costa, Primeira Seção, DJe 26.09.2018.

²¹ Teresa Arruda Alvim, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello, citando lições de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero, reconhecem a existência de cinco estágios distintos no julgamento dos recursos repetitivos: i) seleção de recursos fundados em idêntica controvérsia de direito (art. 1.036, CPC); ii) afetação da questão como repetitiva (art. 1.037, CPC); iii) instrução da controvérsia (art. 1.038, CPC); iv) decisão da questão repetida (art. 1.038, § 3.º, CPC); E V) irradiação dos efeitos da decisão para os casos repetidos (art. 1.039 a 1.041, CPC). (*Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. In: ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). 2.ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.676-1.677).

²² Teresa Arruda Alvim, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello afirma que “objetivo destes institutos ou, se preferir, destes regimes diferenciados de julgamento de ação de recursos, é justamente o de gerar **segurança e previsibilidade**. Não teria sentido algum se não tivessem de ser respeitados. Sua razão de ser seria brutalmente desrespeitada e sua finalidade inteiramente comprometida.” (ALVIM, Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil*. In: ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). 2.ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.460).

²³ “Art. 521. A caução prevista no inciso IV do art. 520 poderá ser dispensada nos casos em que: (...) IV – a sentença a ser provisoriamente cumprida estiver em consonância com súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em conformidade com acórdão proferido no julgamento de casos repetitivos.”

procedimento a ser observado pelos Tribunais Superiores, mediante a presença de requisitos específicos, o que torna razoável afastar a exigência de caução para a execução provisória da decisão exequenda, nos termos do art. 520, IV, do CPC/2015, em razão da probabilidade²⁴ de preservação da tese firmada.

Em tal contexto, a modificação de tese firmada no âmbito do recurso repetitivo somente pode ocorrer diante de situações específicas que justifiquem a modificação da tese adotada, “observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia”²⁵.

Portanto, o julgamento do recurso repetitivo se sobrepõe aos julgados existentes, ainda que em divergência interna a outros julgados do Tribunal Superior, salvo se a divergência se estabelecer entre dois acórdãos proferidos sob o referido rito e por órgãos julgadores distintos. Tal situação pode ocorrer na hipótese de eventual não observância pelos órgãos julgadores das regras regimentais de competência interna.

Com efeito, ainda que, em tese, seja possível admitir embargos de divergência em face de julgamento de recursos repetitivos em uma dada e hipotética situação específica, ordinariamente o recurso uniformizador não deve ser admitido no âmbito e no rito dos repetitivos. O STJ²⁶ já teve oportunidade de analisar especificamente a controvérsia, mas acabou tangenciando a problemática ao negar conhecimento aos embargos de divergência, ao entender que o acórdão recorrido está em consonância com a orientação pacificada do STJ.

Nesse sentido, importante ponderação de ordem legal e regimental deve ser considerada, no sentido do não cabimento de embargos de divergência contra acórdão que julga recurso repetitivo, em razão do disposto nos arts. 932, IV, alínea *b*, do CPC e 266-C do RISTJ), o que também tem sido reconhecido em sede doutrinária²⁷.

²⁴ Ao comentarem o referido dispositivo legal, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery asseveram: “As situações previstas neste inciso – sentença de acordo com súmula do STF ou STJ, ou em conformidade com acórdão proferido no julgamento de casos repetitivos presumem a grande probabilidade de que o recurso seja rejeitado, de forma que as circunstâncias previstas no CPC 520 IV não ensejam, em casos como esse, a prestação de caução. O CPC/1973 475-O previa, ao invés desta possibilidade, a dispensa em caso de pendência de agravo de despacho denegatório de RE ou REsp junto ao STF e ao STJ – previsão substituída pela situação da sentença em conformidade com súmula do STF ou STJ, ou com acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos. A substituição é salutar, visto que, no caso do agravo em despacho denegatório, o caso concreto exigiria a avaliação sobre o grave risco de dano de incerta reparação, e que, em tais casos, não se pode garantir que o tribunal superior não reveja a decisão. Em termos de probabilidade, o entendimento consolidado é mais seguro a ponto de autorizar a dispensa de caução”. (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.389).

²⁵ Cfe. § 4.º do art. 927 do CPC/2015.

²⁶ EREsp 1.269.570/MG, Rel. Min. Sydnei Beneti, DJe de 22.10.2013.

²⁷ Luis Guilherme Aidar Bondioli afirma “Confronto entre o *caput* dos arts. 1.043 do CPC e 546 do CPC de 1973 revela ampliação no conhecimento dos embargos de divergência no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Enquanto este inseria na alça de mira dos embargos apenas “decisão da turma”, no texto daquele faz-se menção a “acórdão de órgão fracionário” na fixação dos *landmarks* para cabimento dos embargos, o que passa a compreender também os acórdãos das seções do Superior Tribunal de Justiça. Referida ampliação é irrelevante no plano do Supremo Tribunal Federal, pois os únicos órgãos fracionários são as turmas. No âmbito do STJ, em certas hipóteses, mencionada alteração tende a ser insuficiente para mudar o resultado do processo. Fala-se aqui dos qualificados e paradigmáticos julgamentos de recursos especiais repetitivos por seção

Em razão da literalidade da determinação prevista no artigo 1.043 do CPC/2015, somente cabe embargos de divergência de **acórdão** proferido por órgão fracionário. Tal premissa afasta o cabimento do recurso uniformizador diretamente contra decisão monocrática proferida por Ministro de Tribunal Superior, sendo necessária a manifestação colegiada do Órgão Julgador, por meio do agravo interno, a fim de que o julgado possa ser eventualmente ser objeto dos embargos de divergência²⁸.

O não cabimento de embargos de divergência em face de decisão monocrática, mas apenas de decisão colegiada, também era o entendimento que se consolidara na vigência do CPC/1973²⁹, sendo precisamente esse também a direção das orientações jurisprudenciais tanto do STF³⁰ quanto do STJ³¹.

No mesmo contexto, não é possível indicar decisão monocrática como julgado paradigma em sede de embargos de divergência, nos termos das orientações firmadas pelo STF³² e pelo

com competência máxima para a respectiva matéria (art. 2, *caput*, da Resolução n.º 8/2008 do STJ). Nessas circunstâncias, malgrado se esteja diante de um acórdão de recurso especial da lavra de órgão fracionários, os embargos de divergência estão fadados à rejeição monocrática (arts. 932, IV, alínea *b*, do CPC e 266-C do RISTJ). (BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Comentários ao Código de Processo Civil*. In: GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme A.; FONSECA, João Francisco N. da (Coords.). Vol. XX. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 284).

²⁸ Cfe. BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Comentários ao Código de Processo Civil*. In: GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme A.; FONSECA, João Francisco N. da (Coords.). Vol. XX. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 287.

²⁹ Na doutrina: “No sistema do CPC/1973, somente a decisão colegiada do STF ou STJ é que enseja a interposição dos embargos de divergência. A decisão monocrática, proferida com base no CPC/1973 557, não poderia ser impugnada pelos referidos embargos. Se isso ocorresse, a parte deveria interpor o agravo interno (CPC/1973 557 § 1.º), provocando o julgamento colegiado para que, desse acórdão, possa recorrer por meio dos embargos de divergência. Isso se mantém no atual CPC, considerando que o CPC 1043 refere expressamente que é embargável no regime dos EmbDiv o acórdão de órgão fracionário.” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 2.395).

³⁰ “Nos termos do art. 330 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e do art. 1.043 do Código de Processo Civil, os embargos de divergência são cabíveis apenas contra acórdão proferido por Turma.” (Excerto da ementa do ARE 1035798 ED-AgR-ED-EDv-AgR, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe-263 publicado 07.12.2018).

³¹ Conforme: “(...) não são cabíveis embargos de divergência contra decisões monocráticas. A parte irredutível deveria interpor agravo interno e, apenas após eventual julgado desfavorável do órgão fracionário, poderia, sendo o caso, interpor os embargos de divergência. Isso porque os embargos de divergência se prestam ao confronto de teses jurídicas contidas em julgamentos fracionários, a fim de uniformizar a jurisprudência interna do STF ou do STJ. Não há sentido em utilizar-se esse instrumento recursal contra decisões monocráticas, pois estas podem ser reformadas pelos respectivos órgãos colegiados que o julgador compõe.” (Excerto da ementa do AgInt nos EDcl nos EAREsp 1245707/PE, Rel. Ministro Og Fernandes, Corte Especial, DJe 01.02.2019). (grifos nossos).

³² Assim, por exemplo: “DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO INTERNO EM EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PADRÃO DE DIVERGÊNCIA. DECISÕES MONOCRÁTICAS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DISSENSO JURISPRUDENCIAL. 1. Nos termos do art. 330, do RISTF, decisões monocráticas não constituem paradigmas hábeis a fundamentar eventual divergência entre julgados desta Corte. Nessa linha, veja-se o ARE 853.641-AgR-ED-EDv-AgR, Rel. Min. Celso de Mello. 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que é dever da parte embargante a demonstração explícita do conflito entre a decisão embargada e o paradigma apontado como divergente (AI 388.823-AgR-ED-EDv-AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski). 3. Agravo interno a que se nega provimento, determinando-se o trânsito em julgado e a baixa imediata dos autos à origem, independentemente de publicação do acórdão.” (ARE 940871 AgR-EDv-AgR, Relator Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe-257, publ. 13.11.2017).

STJ³³.

Assim, em síntese, a divergência a ser analisada no recurso uniformizador entre o julgado embargado e o paradigma, deve necessariamente confrontar teses firmadas em *acórdãos* (aí entendido o conceito trazido pelo art. 204, do CPC/2015).

2.2 A divergência estabelecida em acórdãos de mérito na aplicação do direito material e processual

A hipótese principal de cabimento do recurso uniformizador é confrontar teses de mérito na aplicação do direito material e processual julgados pelos órgãos julgadores dos Tribunais Superiores em recurso especial e recurso extraordinário (art. 1.043, I e § 2.º, do CPC/2015).

Os Tribunais Superiores (STF³⁴/STJ³⁵) têm exigido que os julgados confrontados tenham analisado o mérito recursal, o qual pode ser de natureza processual ou material, na interpretação da norma constitucional em recurso extraordinário ou infraconstitucional em recurso especial. Cuida-se de requisito indispensável para o conhecimento do recurso uniformizador de que ora se estuda.

Em tal contexto, orientação referencial na doutrina³⁶ defende que qualquer tema de natureza processual ou material pode ser confrontada em embargos de divergência, inclusive matéria referente especificamente à admissibilidade recursal. Tal hipótese será analisada em

³³ “Não se admitem decisões monocráticas como paradigmas de confirmação de dissídio jurisprudencial em Embargos de Divergência. Na mesma linha: AgRg nos EREsp 1.126.442/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, DJe 18.5.2012; AgRg nos EREsp 1.227.840/MG, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Corte Especial, DJe 9.5.2012.” (Excerto da ementa do AgRg nos EAREsp 231.270/PB, Rel. Ministro Herman Benjamin, Corte Especial, julgado em 15.05.2013, DJe 13.06.2013).

³⁴ Neste sentido: “(...) questões que não guardam pertinência com o mérito da discussão não são aptas à demonstração de dissídio jurisprudencial, de modo que não são cabíveis embargos de divergência contra acórdão que julgou não estar preenchidos os requisitos processuais do recurso” (excerto da ementa do ARE 833738 AgR-EDv-AgR, Relator Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe-257, publicado em 13.11.2017).

³⁵ “PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. REGRA TÉCNICA DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL. SÚMULA 7 DO STJ. SÚMULA 283 DO STF. 1 para o conhecimento do recurso uniformizador. **Os embargos de divergência têm como requisito de admissibilidade a existência de dissenso interpretativo entre diferentes órgãos jurisdicionais deste Tribunal Superior, desde que tenha sido apreciada a matéria de mérito do recurso especial – seja de natureza processual seja material –**, tendo em vista que este recurso é incabível para o reexame de regra técnica de admissibilidade recursal, como sói ser a incidência da Súmula n.º 7 do STJ, que respaldou a decisão embargada. 2. A ausência de impugnação de fundamento central do acórdão recorrido, o qual é suficiente para mantê-lo, dá azo ao não conhecimento do recurso. Inteligência da Súmula n.º 283 do STF. 3. Agravo interno não provido. (AgInt nos EDcl nos EAREsp 1147481/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, DJe 18.12.2018). (grifos nossos).

³⁶ A esse respeito: “Verdade que o art. 1043, I e III, exige que o acórdão embargado seja “de mérito”, mas o art. 1043, § 2.º, esclarece que essa divergência pode ser em matéria de direito processual ou de direito material (federal ou constitucional). Em outras palavras, o “mérito” referido no art. 1043, I e III, respeita ao mérito do recurso extraordinário ou especial. Fica superado, por esse ângulo, o entendimento do STJ no sentido de não admitir embargos de divergência quanto aos requisitos de admissibilidade do recurso especial. Soa absurdo tolerar que a Turma A conheça do recurso especial em determinadas condições, mas a Turma B não o conheça, exigindo, por exemplo, prequestionamento numérico. Essa espécie de divergência intestina reclama, mais do que qualquer outra, a devida uniformização nesse ou naquele sentido.” (ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8.ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 991).

tópico específico no presente trabalho.

Por outro lado, caso algum tema relacionado a interpretação de lei federal, como por exemplo questões relacionadas à admissibilidade recursal prevista no CPC/2015, tenha sido consolidado pelo STJ, deveria haver lógica adesão³⁷ do entendimento pelo STF. Entretanto, na prática forense, são inúmeros os casos em que em o STJ opta³⁸ por alterar seu entendimento em matéria processual em razão de modificação da nova orientação do STF.

2.3 O confronto entre julgados relativos ao juízo de admissibilidade recursal

O CPC/2015, na redação original (art. 1.043, II), previa o cabimento de EDv para confrontar acórdãos (embargado e paradigma) relativos ao juízo de admissibilidade.

A nova hipótese de cabimento do recurso uniformizador, apesar de amplamente festejada pela doutrina, foi revogada pela Lei 13.256/2016.

Com efeito, a controvérsia relacionada ao cabimento de embargos de divergência para confrontar julgados proferidos no âmbito do juízo de admissibilidade talvez seja o maior tema de discordância entre grande parte da doutrina processual civil e o entendimento das Cortes Superiores.

A posição majoritária³⁹ da doutrina defende que acórdãos dissidentes relacionados à admissibilidade recursal se referem à aplicação do direito processual, nos termos § 2.º do art. 1.043. Ou seja, mesmo com a revogação do inciso II pela Lei 13.256/2016, ficaria mantida⁴⁰ a

³⁷ No sentido do que se preconiza, sustentam Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas: “No momento, em que predomina a tendência de estímulo ao respeito aos precedentes dos Tribunais Superiores, é necessário que se diga: se houver embargos de divergência no STF sobre matéria de admissibilidade, disciplinada por lei inconstitucional, deve o STF curvar-se à jurisprudência pacificada e/ou sumulada no STJ, pois é desse tribunal, e não daquele, a última palavra sobre a lei federal. (ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores*. 5.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 570).

³⁸ O STJ, logo após o julgamento do RE 626358AgR (Relator Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJe-166 publ. 23.08.2012, in RDDP n.º 115, 2012, p. 169-173), que alterou o entendimento sobre a comprovação de feriado local em sede de agravo interno, revisou a orientação até então consolidada sobre o tema, a fim de alinhar seu entendimento ao Pretório Excelso: AgRg no AREsp 137.141/SE, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Corte Especial, julgado em 19.09.2012, DJe 15.10.2012).

³⁹ Em sentido contrário, Fredie Didier Jr. e Leonardo da Cunha Carneiro asseveram que o cabimento dos embargos de divergência exige similitude fática, os quais não são cabíveis “quando o acórdão embargado trata do mérito e o paradigma, da inadmissibilidade do recurso especial. É que, para que caibam os embargos de divergência, é preciso que os acórdãos tenham resultado do mesmo grau de cognição horizontal. Quer dizer que, se um acórdão tratou de questões de admissibilidade e o outro enfrentou o mérito, não cabem os embargos. Em situações como essa, é necessário fazer distinção, a fim de não se admitirem os embargos. Se o acórdão paradigma versou sobre o juízo de admissibilidade e o acórdão recorrido tratou do mérito da questão, não há identidade entre os casos, não sendo cabíveis os embargos de divergência”. (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 15.ª ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2018. v. 3, p. 459).

⁴⁰ Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero anotam “Como as questões referentes à admissibilidade recursal são questões processuais, a revogação do inciso II do art. 1.043 do CPC pela Lei 13.256/2016 não significa igualmente vedação ao cabimento dos embargos de divergência em semelhante hipótese. (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Recurso extraordinário e recurso especial: do Jus Litigatoris ao Jus Constitutionis*. São

possibilidade de confrontar, em embargos de divergência, teses de mérito processual relacionadas à admissibilidade recursal.⁴¹

O próprio STJ expressamente já reconheceu que, para o cabimento dos embargos de divergência, basta que “*os acórdãos paradigma e embargado sejam proferidos ambos no juízo de admissibilidade ou ambos no juízo de mérito*”⁴².

Realmente, não são raras as hipóteses de aplicação dissidente em requisitos de admissibilidade nos recursos extraordinário e especial em face da aplicação de critérios subjetivos da incidência de óbices processuais, materializada em opções antagônicas para casos similares.

Por outro lado, o Tribunal da Cidadania, ainda sob a égide do CPC/1973, firmou o entendimento no sentido da impossibilidade de julgar em embargos de divergência aspectos da aplicação da regra técnica de admissibilidade do recurso especial⁴³⁻⁴⁴.

Já na vigência do Novo Código, o STJ tem afirmado reiteradamente a inviabilidade da revisão da regra técnica de admissibilidade do recurso especial em sede de embargos de divergência⁴⁵⁻⁴⁶, em razão da revogação imposta pela Lei n.º 13.256/2016.

Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 310).

⁴¹ “O inc. II, que previa admissibilidade dos embargos de divergência quando se tratasse de acórdãos relativos ao juízo de admissibilidade, foi revogado pela Lei 13.256/2016. No entanto, pode-se sustentar, à luz do § 2.º do mesmo art. 1042 (que não foi revogado), que essa hipótese ainda está abrangida pelos embargos de divergência: esse dispositivo autoriza o uso dos embargos de divergência quando a divergência está no plano do direito material ou no âmbito do direito processual.” (ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores*. 5.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 570).

⁴² “São cabíveis embargos de divergência na hipótese em que opostos contra acórdão prolatado por Turma do STJ em sede de agravo regimental interposto contra recurso especial que divergiu de orientação de outra Turma acerca do não conhecimento do recurso especial, porque a limitação contida na Súmula n.º 316 do STJ sobre a necessidade de apreciação do mérito do recurso especial só é aplicável na hipótese de agravo regimental interposto contra agravo de instrumento, **bastando que os acórdãos paradigma e embargado sejam proferidos ambos no juízo de admissibilidade ou ambos no juízo de mérito.**” (AgRg nos EREsp 913.112/MG, Rel. Ministro Felix Fischer, Corte Especial, julgado em 01.12.2010, DJe 01.02.2011). (grifos nossos).

⁴³ Neste sentido: “A Corte Especial, ao apreciar os Embargos de Divergência no REsp 547.653/RJ, consignou, expressamente, ser descabida a discussão, em sede de embargos de divergência, acerca da correta aplicação de regra técnica ao caso concreto, visto ser espécie de juízo que supõe exame das peculiaridades de cada processo”. (Excerto da ementa do AgRg nos EAREsp 211.802/PE, Corte Especial, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 1.º.2.2013).

⁴⁴ “(...) servem os embargos de divergência para uniformizar teses jurídicas que se apresentam em divergência quanto à matéria meritória, principalmente considerando-se que o STJ é um Tribunal de precedentes, não sendo viável o seu cabimento para a verificação de aplicação de regra técnica” (Excerto da ementa do AgRg nos EAg 1.213.913/RS, Corte Especial, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 2.5.2013).

⁴⁵ “(...) III – Cabe ainda salientar que o CPC de 2015, em seu art. 1.043, II, previa a possibilidade de interposição de embargos de divergência em se tratando de arestos relativos a juízo de admissibilidade. Ocorre que tal dispositivo foi revogado quando da edição da Lei n.º 13.256/2016, ratificando o entendimento já prestigiado por esta Corte de Justiça, que recentemente já se manifestou a respeito do assunto: AgInt nos EREsp 1473968/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado em 17.08.2016, DJe 30.08.2016. IV – Os embargos de divergência tem por finalidade uniformizar a jurisprudência do próprio Superior Tribunal de Justiça, quando se verificarem idênticas situações fáticas nos julgados, mas tenha se dado diferente interpretação na legislação aplicável ao caso, não se prestando para avaliar possível justiça ou injustiça do *decisum* ou corrigir regra técnica de conhecimento.” (Excertos da ementa do AgInt nos EREsp 1322449/RJ, Rel. Ministro Francisco Falcão, Corte Especial, julgado em 15.08.2018, DJe 28.08.2018).

⁴⁶ “AGRAVO INTERNO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ACÓRDÃO IMPUGNADO PROFERIDO EM SEDE

Em síntese, tem afirmado que é “*firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que os embargos de divergência não se prestam a discutir o erro ou o acerto do decisum quanto à incidência ou não de regra técnica de conhecimento de recurso especial*”⁴⁷.

Com efeito, o Tribunal da Cidadania, em recente julgado da Corte Especial, realizou uma distinção no sentido de que o juízo de admissibilidade recursal não corresponde ao julgamento de mérito de natureza processual⁴⁸.

DE AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MÉRITO DO APELO NOBRE NÃO EXAMINADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 315/STJ, POR ANALOGIA. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 1.043, INCISOS I E III, E § 2.º, DO CPC/2015. REGRA GERAL DO CABIMENTO DO RECURSO UNIFORMIZADOR: QUESTÃO DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL ANALISADA NO ACÓRDÃO EMBARGADO. VEDAÇÃO DE NOVO EXAME DA ADMISSIBILIDADE DO RESP, OCORRIDO NO ÓRGÃO FRACIONÁRIO ANTERIOR. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Segundo a jurisprudência remansosa deste Superior Tribunal de Justiça, os embargos de divergência têm por finalidade precípua dirimir dissídio decorrente da interpretação da legislação federal existente entre julgados proferidos nesta Corte Superior, não servindo para nova discussão acerca da utilização ou não de regra técnica de admissibilidade ou conhecimento do apelo nobre ocorrida no caso concreto e devidamente chancelada pelo respectivo órgão fracionário. 2. A Súmula n.º 315/STJ, utilizada por analogia na espécie, veda a admissão deste recurso uniformizador contra acórdão proferido em agravo em recurso especial no qual não se examinou o mérito do apelo nobre. Na hipótese dos autos foi aplicada a Súmula n.º 7/STJ em relação à tese defendida pela parte agravante. 3. Não merece prosperar, também, o argumento de que o advento do CPC/2015 acarretou modificações no processamento dos embargos de divergência para permitir a análise do dissídio entre julgados provenientes de diferentes graus de cognição, autorizando, por consequência, o reexame da admissibilidade do apelo nobre nesse recurso uniformizador. 4. O artigo 1.043 do CPC/2015, ao disciplinar as hipóteses de cabimento dos embargos de divergência, parte da premissa de que tanto o acórdão embargado quanto os arestos apontados como paradigmas tiveram o mérito do recurso especial analisado, conforme se depreende da redação do inciso I do mencionado dispositivo legal. 5. O mérito dos embargos de divergência, segundo o § 2.º do citado artigo 1.043, decorre da aplicação do direito material ou do direito processual contido na tese do recurso especial, não se podendo extrair dessa previsão normativa interpretação autorizativa para se utilizar o recurso uniformizador objetivando novo exame quanto ao conhecimento do RESP. 6. A análise dos requisitos de admissibilidade do apelo nobre no caso concreto é realizada de forma soberana pelo respectivo órgão fracionário deste Sodalício e, via de regra, não pode ser revista através dos embargos de divergência, sob pena de se criar, no Superior Tribunal de Justiça, segunda instância revisora nesse aspecto. 7. A pretensão da parte agravante encontraria amparo no inciso II do artigo 1.043 do CPC/2015. Contudo, tal dispositivo legal foi revogado expressamente pela Lei n.º 13.256 de 04.02.2016. 8. A redação da parte final do inciso III do mencionado artigo 1.043 contém previsão autorizativa sobre o cabimento dos embargos de divergência em situação peculiar, quando num dos acórdãos confrontados foi afirmado não ter sido conhecido o recurso especial, mas, em verdade, ocorreu o julgamento da controvérsia defendida no apelo nobre. Somente nessa hipótese específica não ocorrida no presente caso, deve ser mitigada a incidência da Súmula n.º 315/STJ. Precedentes. Agravo interno improvido.” (AgInt nos EAREsp 778.197/RJ, Rel. Ministro Jorge Mussi, Corte Especial, DJe 19.06.2018). (grifos nossos).

⁴⁷ Excerto da ementa dos EDcl nos EREsp 1594374/GO, Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Corte Especial, DJe 10.05.2018.

⁴⁸ “AGRAVO INTERNO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ACÓRDÃO IMPUGNADO PROFERIDO EM SEDE DE AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MÉRITO DO APELO NOBRE NÃO EXAMINADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 315/STJ, POR ANALOGIA. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 1.043, INCISOS I E III, E § 2.º, DO CPC/2015. REGRA GERAL DO CABIMENTO DO RECURSO UNIFORMIZADOR: QUESTÃO DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL ANALISADA NO ACÓRDÃO EMBARGADO. VEDAÇÃO DE NOVO EXAME DA ADMISSIBILIDADE DO RESP, OCORRIDO NO ÓRGÃO FRACIONÁRIO ANTERIOR. ARTIGO 926 DO NOVO CÓDEX PROCESSUAL. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Segundo a jurisprudência remansosa deste Superior Tribunal de Justiça, os embargos de divergência têm por finalidade precípua dirimir dissídio decorrente da interpretação da legislação federal existente entre julgados proferidos nesta Corte Superior, não servindo para nova discussão acerca da utilização ou não de regra técnica de admissibilidade ou conhecimento do apelo nobre ocorrida no caso concreto e devidamente chancelada pelo respectivo órgão fracionário. 2. A Súmula n.º 315/STJ, utilizada por analogia na espécie, veda a admissão deste recurso uniformizador contra acórdão proferido em agravo em recurso especial no qual não se examinou o

Ademais, é necessário consignar que a configuração da similitude jurídica entre julgados confrontados no âmbito do juízo de admissibilidade pode apresentar dificuldades específicas. A aplicação de determinados óbices processuais aos recursos extraordinários decorre, essencialmente, dos termos do acórdão proferido pela Corte de origem e da qualidade técnica das razões recursais. Assim, é razoável admitir que mesmo acórdãos de Tribunal *a quo* idênticos, impugnados por recursos especiais interpostos por partes diferentes, possam alcançar resultados diversos, o que se atribui à qualidade técnica do recurso.

Apesar da imensa quantidade de julgados no sentido da impossibilidade de confrontar em embargos de divergência aspectos de admissibilidade recursal, o STJ apresenta **posicionamentos aparentemente contraditórios** quanto ao tema.

O órgão de cúpula do Superior Tribunal analisou em embargos de divergência dissídio relacionado à admissibilidade recursal quanto à aplicação da “regra prevista Súmula n.º 418/STJ⁴⁹, inclusive “acolhendo” o recurso para reconhecer a intempestividade do recurso especial⁵⁰.

Por ocasião do julgamento dos embargos de declaração do mencionado processo, a Corte Especial firmou orientação inovadora no tocante ao cabimento de embargos de divergência no âmbito do juízo de admissibilidade recursal. O julgado estabeleceu distinção da regra técnica

mérito do apelo nobre. Na hipótese dos autos foi aplicada a Súmula n.º 7/STJ em relação às teses defendidas pela parte agravante. 3. Não merece prosperar, também, o argumento de que o advento do CPC/2015 acarretou modificações no processamento dos embargos de divergência para permitir a análise do dissídio entre julgados provenientes de diferentes graus de cognição, autorizando, por consequência, o reexame da admissibilidade do apelo nobre nesse recurso uniformizador. 4. O artigo 1.043 do CPC/2015, ao disciplinar as hipóteses de cabimento dos embargos de divergência, parte da premissa de que tanto o acórdão embargado quanto os arestos apontados como paradigmas tiveram o mérito do recurso especial analisado, conforme se depreende da redação do inciso I do mencionado dispositivo legal. 5. O mérito dos embargos de divergência, segundo o § 2.º do citado artigo 1.043, decorre da aplicação do direito material ou do direito processual contido na tese do recurso especial, não se podendo extrair dessa previsão normativa interpretação autorizativa para se utilizar o recurso uniformizador como instrumento viabilizador de novo exame quanto ao conhecimento do REsp. 6. A análise dos requisitos de admissibilidade do apelo nobre no caso concreto é realizada de forma soberana pelo respectivo órgão fracionário deste Sodalício e, via de regra, não pode ser revista através dos embargos de divergência, sob pena de se criar, no Superior Tribunal de Justiça, segunda instância revisora nesse aspecto. 7. A pretensão da parte agravante encontraria amparo no inciso II do artigo 1.043 do CPC/2015. Contudo, tal dispositivo legal foi revogado expressamente pela Lei n.º 13.256 de 04.04.2016. 8. A redação da parte final do inciso III do mencionado artigo 1.043 contém previsão autorizativa sobre o cabimento dos embargos de divergência em situação peculiar, quando num dos acórdãos confrontados foi afirmado não ter sido conhecido o recurso especial, mas, em verdade, ocorreu o julgamento da controvérsia defendida no apelo nobre. Nessa hipótese específica, deve ser mitigada a incidência da Súmula n.º 315/STJ. Precedentes. 9. Não socorre ao ora agravante a revogação da Súmula n.º 599 do STF e tampouco a diretriz estabelecida no artigo 926 do CPC/2015, porque a inadmissão dos embargos de divergência, na hipótese em análise, em verdade prestigia a referida norma programática ao aplicar ao presente caso a mesma solução adotada pela Corte Especial em situações semelhantes, restando observado o princípio da isonomia. 10. Agravo interno improvido.” (AgInt nos EAREsp 1138978/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Corte Especial, julgado em 13.11.2018, DJe 21.11.2018). (grifos nossos).

⁴⁹ “É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação” (posteriormente revogada).

⁵⁰ Eis a ementa do recurso em questão: “PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RATIFICAÇÃO. “É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação” (STJ, Súmula n.º 418). Embargos de divergência acolhidos.” (EREsp 837.411/MG, Rel. Ministro Ari Pargendler, Corte Especial, DJe 04.04.2013).

de julgamento do recurso especial e a sua efetiva aplicação⁵¹, o qual também foi aplicado em julgados da Primeira⁵² e Terceira Seção⁵³ do STJ. O entendimento do STJ relacionado à revisão dos valores dos honorários advocatícios é amplamente conhecida pela comunidade jurídica, no sentido de somente permitir a majoração ou diminuição do valor nas hipóteses de exorbitância ou irrisoriedade. Todavia, a regra geral dos julgamentos esbarra no óbice de admissibilidade

⁵¹ “PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. REGRA TÉCNICA DE JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL. DISTINÇÃO ENTRE REGRA TÉCNICA E SUA APLICAÇÃO. O conhecimento embargos de divergência supõe a distinção entre regra técnica de julgamento do recurso especial e sua aplicação. A técnica de julgamento do recurso especial tem suas regras, e a respeito delas pode haver divergência, v.g., se um acórdão decide que questão de ordem pública precisa ser prequestionada pelo tribunal a quo, e outro acórdão entende que o prequestionamento neste caso não é um requisito para o conhecimento do recurso especial (AgRg no EREsp n.º 99.342, SP, relator o Ministro Castro Meira); se afastado o primeiro fundamento da pretensão do recorrido, o segundo fundamento deve ser reexaminado quando deixou de ser ativado nas contrarrazões do recurso especial (EResp n.º 20.642, SC, e minha relatoria); se o conhecimento parcial do recurso especial devolve toda a causa ao Superior Tribunal de Justiça (EResp n.º 276.231, ES, de minha relatoria); se a decisão que no tribunal a quo admitiu o recurso especial apenas em parte precisa ser atacada por agravo de instrumento na parte em que o recurso especial foi desenganado (EResp n.º 401.213, SP, de minha relatoria). Outra é a questão de saber se a regra técnica foi bem ou mal aplicada, por exemplo, se a Turma errou ao aplicar a Súmula n.º 7 do Superior Tribunal de Justiça. A discrepância acerca de qual a regra técnica de julgamento do recurso especial pode ser objeto de embargos de divergência; a discussão a respeito da aplicação da regra técnica – se boa ou má – se esgota no âmbito da Turma (AgRg no EREsp n.º 1.116.540, RJ). Embargos de declaração rejeitados.” (EDcl nos EREsp 837.411/MG, Rel. Ministro Ari Pargendler, Corte Especial, DJe 06.02.2014).

⁵² “(...) II. Os Embargos de Divergência somente serão admissíveis quando os acórdãos cotejados forem proferidos no mesmo grau de cognição, ou seja, ambos no juízo de admissibilidade ou no juízo de mérito. III. A Corte Especial do STJ, ao julgar os EDcl nos EREsp 837.411/MG (Rel. Ministro Ari Pargendler, DJe de 06.02.2014), proclamou que o conhecimento dos Embargos de Divergência pressupõe a distinção entre regra técnica de julgamento do Recurso Especial e sua aplicação. A técnica de julgamento do Recurso Especial tem suas regras, e a respeito delas pode haver divergência. Outra é a questão de saber se a regra técnica foi bem ou mal aplicada, por exemplo, se a Turma errou ao aplicar a Súmula n.º 7 do STJ. A discrepância acerca da interpretação de regra técnica de julgamento do Recurso Especial pode ser objeto de Embargos de Divergência; a discussão a respeito da aplicação da regra técnica – se boa ou má – se esgota no âmbito da Turma. IV. No presente caso, os Embargos de Divergência são inadmissíveis, pois a questão consiste tão somente em definir se foi bem ou mal aplicada uma regra relativa à técnica de julgamento do Recurso Especial. Em outras palavras, o embargante sustenta que a 1.ª Turma do STJ, no acórdão embargado, teria errado, ao deixar de aplicar a Súmula n.º 7 do STJ, na espécie. Na realidade, ao manter a decisão que havia conhecido do Agravo em Recurso Especial e provido o Recurso Especial, a 1.ª Turma do STJ nada dispôs, no voto condutor do acórdão embargado, sobre a Súmula n.º 7 do STJ. Por sua vez, a 1.ª Seção do STJ, ao proferir o acórdão paradigma, manteve a aplicação da referida Súmula, naquele caso específico. Tendo o embargante apontado, como paradigma, e juntado cópia tão somente do acórdão proferido nos EREsp 1.079.004/SC, são inadmissíveis os presentes Embargos de Divergência, assim como restou decidido, pela 1.ª Seção, no AgRg nos EREsp 1.389.660/RS (Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe de 10.12.2014), em que, igualmente, fora apontado, como paradigma, o acórdão dos EREsp 1.079.004/SC. V. Levando-se em consideração a declaração de inadmissibilidade dos Embargos de Divergência, torna-se incompatível com esta decisão o pretendido pronunciamento da 1.ª Seção do STJ sobre o respectivo mérito recursal. (...)” (Excertos da ementa do AgRg nos EREsp 1419904/RS, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Primeira Seção, DJe 03.09.2015).

⁵³ Confira-se: “(...) 1. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar os EDcl nos EREsp 837.411/MG (Rel. Ministro Ari Pargendler, DJe de 06.02.2014), proclamou que o conhecimento dos Embargos de Divergência pressupõe a distinção entre discussão sobre a regra técnica de julgamento do Recurso Especial em si e discussão sobre a boa ou má aplicação da regra técnica no caso concreto. A discrepância acerca da correta interpretação e/ou alcance de regra técnica de julgamento do Recurso Especial pode ser objeto de Embargos de Divergência. Por outro lado, a discussão a respeito da correta aplicação da regra técnica no caso concreto se esgota no âmbito da Turma. 2. A tempestividade do recurso não pode ser equiparada ao conceito de “regras técnicas de conhecimento do recurso especial”, uma vez que constitui pressuposto processual de conhecimento de qualquer recurso, e não exclusivamente do recurso especial. Tanto é assim que recentemente a Corte Especial deste Tribunal Superior,

previsto na Súmula n.º 7/STJ⁵⁴.

A Corte Especial do Tribunal da Cidadania também tem posicionamento reiterado que arestos que aplicam o referido óbice sumular não podem ser o objeto do recurso uniformizador⁵⁵, pois estaria sendo debatida aplicação da regra técnica de admissibilidade.

Não obstante, o mesmo órgão julgador ressaltou a própria orientação no âmbito do recurso uniformizador, “*diante da excepcionalidade verificada de plano, é de se reconhecer a viabilidade dos embargos de divergência para, mesmo em meio à aplicação de regra de conhecimento, corrigir a decisão da Turma e permitir nova apreciação*”⁵⁶. O julgado ponderou que diante de específicas particularidades da hipótese em análise, a incidência da Súmula n.º 7/STJ deveria ser afastada a fim de permitir novo julgamento do recurso especial no tocante ao mérito dos valores da verba honorária, a qual teria sido fixada em valores exorbitantes.

Por fim, merece ser citado recente julgado⁵⁷ em embargos de divergência que abran-

no julgamento do AgRg nos EAREsp 300.967/SP (Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado em 16.09.2015, DJe 20.11.2015), admitiu o processamento de embargos de divergência, ao fundamento de que a discussão a respeito da correta interpretação a ser dada ao verbete 418 da Súmula desta Corte não deve ser vista como questionamento sobre regra técnica de conhecimento de recurso especial, mas, sim, como debate a respeito da correta interpretação a ser conferida ao art. 508 do CPC. 3. Assim sendo, não se aplica ao caso concreto o entendimento da Corte Especial deste Tribunal segundo o qual “Não se admitem embargos de divergência com o objetivo de discutir o acerto ou desacerto na aplicação da regra técnica de conhecimento de recurso especial.” (AgRg nos EREsp 948.003/PR, Rel. Ministro Og Fernandes, Corte Especial, julgado em 06.05.2015, DJe 28.05.2015). (...)” (Excertos da ementa do AgRg nos EREsp 964.419/MG, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, DJe 15.12.2015).

⁵⁴ “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

⁵⁵ AgRg nos EDcl nos EAREsp 353.115/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Corte Especial, DJe 04.08.2015 e AgRg nos EREsp 1457375/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Corte Especial, DJe 12.06.2015.

⁵⁶ “EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. VERBA HONORÁRIA. VALOR DE ARBITRAMENTO. APLICAÇÃO DO ART. 20, §§ 4.º e 3.º, DO CPC. ENTE PÚBLICO. CRITÉRIO DA RAZOABILIDADE. POSSIBILIDADE DE ENFRENTAMENTO DA QUESTÃO. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 7 DO STJ. EXCEPCIONALIDADE DO CASO. Segundo orientação reiterada desta Corte, o exame da fixação da verba honorária, quando o seu quantum se mostra desde logo de monta astronômica, não suscita a aplicação da Súmula n.º 7 desta Corte, porquanto envolve mero Juízo de razoabilidade no tocante a conferir se há ou não exorbitância no arbitramento. No caso, diante da excepcionalidade verificada de plano, é de se reconhecer a viabilidade dos embargos de divergência para, mesmo em meio à aplicação de regra de conhecimento, corrigir a decisão da Turma e permitir nova apreciação. Recurso conhecido em parte e provido.” (EResp 966.746/PR, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Corte Especial, DJe 25.03.2013).

⁵⁷ “PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DE TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO RECORRIDA. ART. 544, § 4.º, I, DO CPC/1973. ENTENDIMENTO RENOVADO PELO NOVO CPC, ART. 932. 1. No tocante à admissibilidade recursal, é possível ao recorrente a eleição dos fundamentos objeto de sua insurgência, nos termos do art. 514, II, c/c o art. 505 do CPC/1973. Tal premissa, contudo, deve ser afastada quando houver expressa e específica disposição legal em sentido contrário, tal como ocorria quanto ao agravo contra decisão denegatória de admissibilidade do recurso especial, tendo em vista o mandamento insculpido no art. 544, § 4.º, I, do CPC, no sentido de que pode o relator “não conhecer do agravo manifestamente inadmissível ou que não tenha atacado especificamente os fundamentos da decisão agravada” – o que foi reiterado pelo novel CPC, em seu art. 932. 2. A decisão que não admite o recurso especial tem como escopo exclusivo a apreciação dos pressupostos de admissibilidade recursal. Seu dispositivo é único, ainda quando a fundamentação permita concluir pela presença de uma ou de várias causas impeditivas do julgamento do mérito recursal, uma vez que registra, de forma unívoca, apenas a inadmissão do recurso. Não há, pois, capítulos autônomos nesta decisão. 3. A decomposição do provimento judicial em unidades autônomas tem como parâmetro inafastável a sua parte dispositiva, e não a fundamentação como um elemento autônomo em si mesmo, ressoando inequívoco, portanto, que a decisão agravada é incindível e, assim, deve ser impugnada

dou posicionamento restritivo da jurisprudência do STJ. A tese debatida na Corte especial era relacionada à necessidade de impugnação específica, em sede de agravo em recurso especial (art. 1.042 do CPC/2015), aos fundamentos da decisão do tribunal de origem no exame prévio da admissibilidade do recurso especial. O debate foi travado em embargos de divergência em agravo em recurso especial, o qual está diretamente relacionado ao juízo de admissibilidade recursal. No referido julgado, consta expressamente no voto-vista apresentado pelo Ministro Mauro Campbell Marques⁵⁸ fundamentação relacionada à necessidade de excepcionar, diante do caso concreto, a orientação jurisprudencial que veda embargos de divergência para analisar aspectos de admissibilidade recursal.

Em resumo, apesar da majoritária jurisprudência do STJ não admitir os embargos de divergência para confrontar julgados no âmbito do juízo de admissibilidade, é incontestável que a mesma Corte Superior, nos julgados apontados, excepcionou a regra e utilizou o recurso uniformizador para analisar interpretação de aplicação de regra de admissibilidade recursal.

Eduardo Arruda Alvim, Daniel William Granado e Eduardo Aranha Ferreira afirmam que é “certo que, como regra, o que se exige é que os dois acórdãos (recorrido e paradigma) tenham exercido o “mesmo grau de cognição” e, logo adiante conclui que “não se pode deixar de reconhecer, por exemplo, que a discrepância intestina ao Superior Tribunal de Justiça acerca de requisitos de admissibilidade dos recursos, especial e extraordinário, é algo de extrema importância e expressa divergência interna ao Tribunal”.⁵⁹

De fato, confrontar no âmbito do recurso uniformizador teses relacionadas à admissibilidade recursal é plenamente possível pois confronta entendimento divergentes no âmbito

em sua integralidade, nos exatos termos das disposições legais e regimentais. 4. Outrossim, conquanto não seja questão debatida nos autos, cumpre registrar que o posicionamento ora perfilhado encontra exceção na hipótese prevista no art. 1.042, *caput*, do CPC/2015, que veda o cabimento do agravo contra decisão do Tribunal a quo que inadmitir o recurso especial, com base na aplicação do entendimento consagrado no julgamento de recurso repetitivo, quando então será cabível apenas o agravo interno na Corte de origem, nos termos do art. 1.030, § 2.º, do CPC. 5. Embargos de divergência não providos.” (EAREsp 701.404/SC, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, rel. p/ Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, DJe 30.11.2018).

⁵⁸ “A importância da referida questão processual no âmbito desta Corte Superior é inquestionável, pois além do significativo número de processos que exigem a aplicação da tese em todas as Turmas do STJ, inclusive do Núcleo de Admissibilidade e de Recursos Repetitivos – NARER, constantemente é objeto de interpretações divergentes na jurisprudência do STJ. Entretanto, em preliminar, deve ser analisada a possibilidade de conhecimento dos embargos de divergência. Efetivamente, é pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que não se configura divergência entre julgados que confrontam aspectos da regra técnica de admissibilidade, hipótese dos autos. (...) Ademais, a presente hipótese também atrairia a incidência da Súmula n.º 315/STJ: “Não cabem embargos de divergência no âmbito do agravo de instrumento que não admite recurso especial.” Exatamente em razão do referido enunciado sumular, em recentes julgados, a Corte Especial deste Tribunal Superior não analisou idêntica controvérsia analisada no presente recurso uniformizador. (...) Todavia, não obstante a recente orientação jurisprudencial, em razão da relevância e repercussão do tema, bem como pelo fato da discussão somente ser possível em sede de agravo em recurso especial e da constante divergência de interpretação no âmbito desta Corte Superior, em caráter excepcional, o referido enunciado sumular deve ser afastado a fim de permitir o conhecimento dos embargos de divergência para a efetiva análise do apontado dissídio interno da jurisprudência do STJ. Aliás, como bem ponderado pelo ilustre Relator Ministro João Otávio de Noronha, é necessário ‘assegurar a uniformidade e coerência da atuação do STJ e igualdade dos jurisdicionados no tocante às decisões por ele proferidas’.”

⁵⁹ *Direito processual civil*. 6.ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 1.057.

da aplicação do direito processual. Por outro lado, certamente pode configurar importante instrumento de pacificação da jurisprudência interna do STF e do STJ.

2.4 A divergência estabelecida entre o acórdão de mérito e o paradigma que, embora não tenha conhecido do recurso, tenha apreciado a controvérsia

O CPC/2015 apresentou uma inovação no rol de hipóteses de cabimento dos embargos de divergência em recursos extraordinário e especial, ao permitir o confronto de entre acórdão que tenha julgado o mérito e outro que não tenha conhecido do recurso, embora tenha apreciado a controvérsia (art. 1.043, III, do CPC/2015).

Na vigência do CPC/1973, o STJ⁶⁰ consolidou o entendimento no sentido da impossibilidade de confrontar em embargos de divergência julgado que tenha analisado o mérito e outro que não tenha ultrapassado o juízo de admissibilidade.

A nova hipótese de cabimento do recurso uniformizador soluciona problemática conhecida no meio forense, caracterizado pelo reiterado equívoco em julgamentos proferidos nas Cortes Superiores sobre os limites do juízo da admissibilidade e do juízo de mérito e, consequentemente, na parte dispositiva das decisões judiciais. Por outro lado, incorpora a ideia, com a devida adequação, do contido na Súmula n.º 249/STF⁶¹, ao reconhecer a competência do Tribunal Constitucional para julgar ação rescisória na hipótese do recurso extraordinário, ainda que não tenha conhecido ou negado provimento ao recurso, tenha apreciado a questão controvertida.

Como se afirma na doutrina: “O inciso III procura contornar o mau uso da expressão “não conhecer do recurso”, em situações nas quais, na realidade, o recurso foi conhecido, tanto que apreciada a controvérsia, isto é, o seu mérito. Logo, tem-se aqui também divergência entre acórdãos verdadeiramente de mérito, embora num dos casos seja preciso interpretar o texto do julgado para se chegar a essa conclusão. Esse auxílio prestado pelo inciso III vale tanto para o acórdão embargado quanto para o acórdão paradigma, ou seja, tanto faz em qual deles se identifica o mau uso da expressão “não conhecer do recurso”.”⁶²

A nova previsão legal, já reconhecida no âmbito da Corte Constitucional⁶³, possui in-

⁶⁰ É pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que não se configura divergência entre julgados quando um deles adentra o mérito do recurso, apreciando a questão controvertida, enquanto o outro não conhece do recurso especial, sem enfrentar a tese, em razão de óbice relacionado à admissibilidade recursal. (excerto da ementa do AgRg nos EREsp 987.598/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 04.09.2014).

⁶¹ “É competente o Supremo Tribunal Federal para a ação rescisória, quando, embora não tendo conhecido do recurso extraordinário, ou havendo negado provimento ao agravo, tiver apreciado a questão federal controvertida.”

⁶² BONDOLI, Luis Guilherme Aidar. *Comentários ao Código de Processo Civil*. In: GOUVÊA, José Roberto F.; BONDOLI, Luis Guilherme A.; FONSECA, João Francisco N. da (Coords.). Vol. XX. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 283-284.

⁶³ “Os embargos de divergência consistem, sabidamente, em recurso voltado à uniformização da jurisprudência interna do Tribunal, sendo oponíveis quando verificada divergência interna entre acórdãos de mérito (art. 1.043, inciso I, Lei n.º 13.105/2015) ou entre acórdão de mérito e outro em que não se tenha conhecido do recurso, embora se tenha apreciado a controvérsia (art. 1.043, inciso III, Lei n.º 13.105/2015).” (Excerto da ementa do

cidência específica⁶⁴ e exige o enfrentamento de questão de extrema importância na seara dos embargos de divergência.

Com efeito, *em regra*, a análise do dissídio exige que os julgados confrontados estejam ambos no âmbito do juízo de admissibilidade ou do juízo de mérito, bem como analisem a controvérsia de direito processual ou de direito material. Assim, é necessário para configurar hipótese de cabimento de embargos de divergência que os arestos confrontados estejam no mesmo grau de cognição⁶⁵.

O STJ, reiteradamente, não conhece dos embargos de divergência por entender que os

ARE 986333 AgR-ED-EDv-AgR, Relator Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe-156, public. 03.08.2018).

⁶⁴ “AGRAVO INTERNO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ACÓRDÃO IMPUGNADO PROFERIDO EM SEDE DE AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MÉRITO DO APELO NOBRE NÃO EXAMINADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA n.º 315/STJ, POR ANALOGIA. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 1.043, INCISOS I E III, E § 2.º, DO CPC/2015. REGRA GERAL DO CABIMENTO DO RECURSO UNIFORMIZADOR: QUESTÃO DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL ANALISADA NO ACÓRDÃO EMBARGADO. VEDAÇÃO DE NOVO EXAME DA ADMISSIBILIDADE DO RESP, OCORRIDO NO ÓRGÃO FRACIONÁRIO ANTERIOR. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Segundo a jurisprudência remansosa deste Superior Tribunal de Justiça, os embargos de divergência têm por finalidade precípua dirimir dissídio decorrente da interpretação da legislação federal existente entre julgados proferidos nesta Corte Superior, não servindo para nova discussão acerca da utilização ou não de regra técnica de admissibilidade ou conhecimento do apelo nobre ocorrida no caso concreto e devidamente chancelada pelo respectivo órgão fracionário. 2. A Súmula n.º 315/STJ, utilizada por analogia na espécie, veda a admissão deste recurso uniformizador contra acórdão proferido em agravo em recurso especial no qual não se examinou o mérito do apelo nobre. Na hipótese dos autos foi aplicada a Súmula n.º 7/STJ em relação à tese defendida pela parte agravante. 3. Não merece prosperar, também, o argumento de que o advento do CPC/2015 acarretou modificações no processamento dos embargos de divergência para permitir a análise do dissídio entre julgados provenientes de diferentes graus de cognição, autorizando, por consequência, o reexame da admissibilidade do apelo nobre nesse recurso uniformizador. 4. O artigo 1.043 do CPC/2015, ao disciplinar as hipóteses de cabimento dos embargos de divergência, parte da premissa de que tanto o acórdão embargado quanto os arestos apontados como paradigmas tiveram o mérito do recurso especial analisado, conforme se depreende da redação do inciso I do mencionado dispositivo legal. 5. O mérito dos embargos de divergência, segundo o § 2.º do citado artigo 1.043, decorre da aplicação do direito material ou do direito processual contido na tese do recurso especial, não se podendo extrair dessa previsão normativa interpretação autorizativa para se utilizar o recurso uniformizador objetivando novo exame quanto ao conhecimento do RESP. 6. A análise dos requisitos de admissibilidade do apelo nobre no caso concreto é realizada de forma soberana pelo respectivo órgão fracionário deste Sodalício e, via de regra, não pode ser revista através dos embargos de divergência, sob pena de se criar, no Superior Tribunal de Justiça, segunda instância revisora nesse aspecto. 7. A pretensão da parte agravante encontraria amparo no inciso II do artigo 1.043 do CPC/2015. Contudo, tal dispositivo legal foi revogado expressamente pela Lei n.º 13.256 de 04.02.2016. 8. A redação da parte final do inciso III do mencionado artigo 1.043 contém previsão autorizativa sobre o cabimento dos embargos de divergência em situação peculiar, quando num dos acórdãos confrontados foi afirmado não ter sido conhecido o recurso especial, mas, em verdade, ocorreu o julgamento da controvérsia defendida no apelo nobre. Somente nessa hipótese específica não ocorrida no presente caso, deve ser mitigada a incidência da Súmula n.º 315/STJ. Precedentes. 9. Agravo interno improvido.” (AgInt nos EAREsp 778.197/RJ, Rel. Ministro Jorge Mussi, Corte Especial, DJe 19.06.2018).

⁶⁵ Araken de Assis professa: “No entanto, os acórdãos cotejados devem exibir idêntico grau de cognição. Por exemplo, o acórdão embargado não conheceu do recurso especial, porque versava questão constitucional, enquanto o acórdão paradigma conheceu do recurso e enfrentou o mérito. Se, ao contrário, o acórdão embargado não conheceu do recurso, entendendo ausente certa condição de admissibilidade, enquanto o acórdão paradigma conheceu do recurso, estimando preenchida aquela condição, cabem embargos de divergência. (ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8.ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 995).

julgados confrontados não estão no mesmo grau de cognição⁶⁶⁻⁶⁷.

A nova hipótese de cabimento dos embargos de divergência mitiga o rigor de tal premissa, pois admite o confronto de julgados que não estejam, no mesmo nível de cognição. Nesta direção, Teresa Arruda Alvim, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro assinalam:

A novidade está justamente no inc. III em que a nova lei admite expressamente o confronto de acórdãos – recorrido e divergente – não necessariamente no mesmo nível de cognição. Pode se tratar de acórdão de mérito posto lado a lado com acórdão de não conhecimento do recurso desde, é claro, que este último, de não conhecimento, se baseie em matéria de mérito. Isto porque o objetivo é uniformizar: as duas decisões devem ser uma o “avesso” da outra. A existência de ambas deve revelar falta de uniformidade do entendimento do Tribunal sobre certa tese jurídica. Este dispositivo, como afirmamos acima, tem o claro propósito de pôr fim à jurisprudência que teimosamente não admite embargos de divergência se ambos os acórdãos não forem ou de mérito ou de admissibilidade. Essa exigência é absolutamente injustificável, pois o que

⁶⁶ “(..) 2. Não há como reconhecer similitude fática entre os julgados confrontados, uma vez que não guardam idêntico grau de cognição. 3. Na espécie, enquanto o acórdão embargado conclui, no particular, pela ocorrência de óbice processual (enunciado n.º 7/STF), o paradigma examina o mérito da controvérsia, mesmo quando nega provimento a agravo regimental. (Excertos da ementa do AgInt nos EREsp 1445348/CE, Rel. Ministro Og Fernandes, Corte Especial, DJe 24.11.2016).

⁶⁷ “AGRAVO INTERNO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. TESE DO ERESP NÃO EXAMINADA NO APELO NOBRE PELA INCIDÊNCIA DA SÚMULA n.º 7/STJ. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 1.043, INCISOS I E III, E § 2.º, DO CPC/2015. REGRA GERAL QUANTO AO CABIMENTO DO RECURSO UNIFORMIZADOR: QUESTÃO DE DIREITO MATERIAL OU DE DIREITO PROCESSUAL DEFENDIDA NO RESP E ANALISADA NO ACÓRDÃO EMBARGADO PELO ÓRGÃO FRACIONÁRIO RESPECTIVO, EXCEPCIONADA A PRÓPRIA ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL. MULTA DO ARTIGO 1.021, § 4.º, DO CPC/2015. INAPLICABILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Segundo a jurisprudência remansosa deste Superior Tribunal de Justiça, os embargos de divergência têm por finalidade precípua dirimir dissídio decorrente da interpretação da legislação federal existente entre julgados proferidos nesta Corte Superior, não servindo para nova discussão acerca da utilização ou não de regra técnica de admissibilidade ou conhecimento do apelo nobre ocorrida no caso concreto e devidamente chancelada pelo respectivo órgão fracionário. 2. Na hipótese dos autos, o acórdão embargado, oriundo da Terceira Turma, aplicou a Súmula n.º 7/STJ em relação à tese defendida pela parte ora agravante, quanto ao alegado cerceamento de defesa ocorrido na instância ordinária. 3. Não merece prosperar, também, o argumento de que o advento do CPC/2015 acarretou modificações no processamento dos embargos de divergência para permitir a análise do dissídio entre julgados provenientes de diferentes graus de cognição, autorizando, por consequência, o reexame da admissibilidade do apelo nobre nesse recurso uniformizador. 4. O artigo 1.043 do CPC/2015, ao disciplinar as hipóteses de cabimento dos embargos de divergência, parte da premissa de que tanto o acórdão embargado quanto os arestos apontados como paradigmas tiveram o mérito do recurso especial analisado, conforme se depreende da redação do inciso I do mencionado dispositivo legal. 5. O mérito dos embargos de divergência, segundo o § 2.º do citado artigo 1.043, decorre da aplicação do direito material ou do direito processual contido na tese do recurso especial, não se podendo extrair dessa previsão normativa interpretação autorizativa para se utilizar o recurso uniformizador como instrumento viabilizador de novo exame quanto ao conhecimento do RESP. 6. A análise dos requisitos de admissibilidade do apelo nobre no caso concreto é realizada de forma soberana pelo respectivo órgão fracionário deste Sodalício e, via de regra, não pode ser alterada através dos embargos de divergência, sob pena de se criar, no Superior Tribunal de Justiça, segunda instância revisora nesse aspecto. 7. A redação da parte final do inciso III do mencionado artigo 1.043 contém previsão autorizativa sobre o cabimento dos embargos de divergência em situação peculiar não configurada no caso em exame quando num dos acórdãos confrontados foi afirmado não ter sido conhecido o recurso especial mas, em verdade, teria ocorrido o julgamento da controvérsia defendida no apelo nobre. Precedentes. 8. Inaplicabilidade da multa do § 4.º do artigo 1.021 do CPC/2015, porque descabe a incidência automática da penalidade mencionada quando exercitado o regular direito de recorrer e não verificada a hipótese de manifesta inadmissibilidade do agravo interno ou de litigância temerária. Julgados da Corte Especial. 9. Agravo interno improvido.” (AgInt nos EREsp 1637880/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Corte Especial, DJe 03.08.2018).

*importa é que as decisões expressem desarmonia no pensamento do Tribunal como um todo.*⁶⁸

Assim, é possível analisar eventual divergência entre acórdão que julga o mérito e outro que não conhece do recurso, mas enfrenta a questão em *obiter dictum*, por exemplo. Outra possibilidade também está relacionada à aplicação da Súmula n.º 83⁶⁹/STJ, que remete ao não conhecimento do recurso quando o acórdão recorrido estiver em consonância com a jurisprudência. A incidência dos referidos enunciados sumulares está compreendida no juízo de mérito do recurso, pois reafirma o entendimento da Corte Superior sobre o tema, o que autoriza que eventual dissídio com outro acórdão do STJ possa ser objeto⁷⁰ de embargos de divergência.

Portanto, embora a regra de cabimento dos embargos de divergência seja no sentido de que os julgados estejam no mesmo grau de cognição, a hipótese prevista no inciso III do art. 1.043 permite o temperamento de tal exigência.

2.5 A utilização do recurso uniformizador para confrontar teses divergentes em processos de competência originária dos Tribunais Superiores

A redação original do art. 1.043, IV do CPC/2015 previa o cabimento de embargos de divergência para confrontar acórdãos (embargado e paradigma) nos processos de competência originária dos Tribunais Superiores.

Todavia, não obstante a importância da nova previsão de cabimento, houve a revogação do inciso IV do art. 1.043 pela Lei 13.256/2016, não obstante o entendimento da doutrina⁷¹ especializada no sentido de que mesmo com a referida revogação, caberia embargos de divergência para analisar dissídio em face de ações e recursos originários.

A utilização do recurso uniformizador no âmbito das Cortes Superiores, em regra, sempre esteve relacionada ao confronto de teses em sede de recursos especial e extraordinário. Nesse contexto, na vigência do CPC/1973, a orientação se firmou no sentido do não cabimento dos em-

⁶⁸ ALVIM, Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. In: ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). 2.ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.696.

⁶⁹ Súmula n.º 83/STJ: Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.

⁷⁰ No julgamento dos EAREsp 211.449/PB (Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 1.ª Seção, DJe 7.8.2013) o STJ não reconheceu hipótese de divergência pois a Primeira Turma afastava a incidência da Súmula n.º 7/STJ e julgava o mérito e a Segunda Turma aplicava o referido óbice sumular, apesar da questão de fundo – indenização por rompimento de barragem – ser idêntica nos julgados confrontados.

⁷¹ Assim, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero anotam que “Como o que interessa é o conteúdo desses julgamentos, poderão ser confrontadas teses jurídicas em julgamentos de recursos e ações de competência originária (daí a razão pela qual a revogação do inciso IV e do § 1.º do art. 1.043 do CPC pela Lei 13.256/2016 não significa vedação dessa hipótese recursal: significa apenas que inexistia previsão expressa de cabimento). Como é possível haver divergência tanto a respeito da interpretação do direito material como do direito processual, é cabível embargos de divergência para solucioná-la em ambos os casos (art. 1.043, § 2.º, do CPC).” (*Recurso extraordinário e recurso especial: do Jus Litigatoris ao Jus Constitutionis*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 310).

bargos de divergência para analisar dissídio estabelecido em processos de competência originária (STF⁷²/STJ⁷³), o que foi mantido⁷⁴ na vigência do CPC/2015.

Entretanto, não é raro na jurisprudência das Cortes Superiores a formação de entendimentos dissonantes em ações originárias, proferidos em ações rescisórias, mandados de segurança, reclamação, entre outras, bem como em recursos originários, como por exemplo o recurso ordinário em mandado de segurança julgado pelo STJ (art. 105, II, *b*, da CF).

Com efeito, ainda que possa ser afirmado que os Tribunais Superiores no julgamento de ações e recursos de competência originárias não estejam desempenhando primordialmente a função uniformizadora das normas constitucionais e infraconstitucionais, tal consideração não afasta a importância de um instrumento de pacificação de jurisprudência interna no âmbito de tais ações originárias que tramitam no âmbito do STF e do STJ.

Com efeito, é injustificável a limitação do cabimento dos embargos divergência apenas aos casos de dissídio verificado em recursos extraordinário e especial, pois o objetivo é uniformizar e pacificar o dissídio interno da Corte Superior, não importando o meio processual (ações ou recursos) que apresentou a desarmonia entre os órgãos julgadores.

2.6 A indicação de confrontação de teses jurídicas contidas em julgamentos de recursos e de ações de competência originária

Apesar da revogação do referido inciso IV do art. 1.043 do CPC, tratado no item anterior do presente trabalho, foi mantida outra novidade introduzida no § 1.º do art. 1.043 do CPC/2015. A inovação processual permite a confrontação de teses jurídicas contidas em julgamento de recursos especial e extraordinário e recursos e ações de competência originária das Corte Superiores.

⁷² Conforme: “AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. NÃO CABIMENTO DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA CONTRA JULGAMENTO DE RECLAMAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Não são cabíveis embargos de divergência em face de acórdão proferido em sede de reclamação, ante a falta de previsão normativa. Precedentes. 2. Inadmissíveis os embargos de divergência, quando baseados em paradigma de classe processual distinta. 3. Cabe ao embargante, nos termos do art. 331 do RISTF, demonstrar o cotejo analítico entre o acórdão embargado e o paradigma invocado, para fins de uniformização da jurisprudência. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.” (Rcl 24145 AgR-ED-EDv-AgR, Relator(a): Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe-226 publ. 24.10.2018).

⁷³ “(...) não são cabíveis os embargos de divergência interpretativa de norma federal quando esta se der em ação rescisória de competência originária do STJ, pois esses embargos são restritos aos julgamentos realizados no âmbito do recurso especial ou do recurso extraordinário, conforme o artigo 546 do CPC e, ademais, já sendo excessivo o número dos recursos previstos no ordenamento jurídico, não há utilidade em ampliá-los jurisprudencialmente” (Outras informações do EDv na AR 3.032/PB, Corte Especial, Rel. p/ acórdão Min. Ari Pargendler, DJe de 20.5.14).

⁷⁴ “A teor dos arts. 1.043, *caput*, do CPC e 330 do RISTF, tem lugar, o manejo de embargos de divergência, em face de acórdãos de Turmas do Supremo Tribunal Federal que, ao julgamento de recurso extraordinário ou agravo de instrumento, divergirem do julgamento da outra Turma ou do Plenário. À minguia de previsão legal, são manifestamente incabíveis os embargos de divergência interpostos contra acórdão exarado ao julgamento de reclamação”. (Excerto da ementa da Rcl 22375 AgR-ED-EDv-AgR, Relator Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe 289, publ. 15.12.2017).

Na vigência do CPC/1973, o STJ consolidou entendimento no sentido de não admitir a indicação como paradigma em embargos de divergência arestos proferidos em outros recursos e ações de competência originária, tais como o conflito de competência⁷⁵, mandado de segurança⁷⁶, ação rescisória⁷⁷, ação penal originária⁷⁸ e *habeas corpus*⁷⁹.

Especialmente em relação ao recurso ordinário em mandado de segurança, ainda na vigência do CPC/1973, doutrina⁸⁰ referencial defendia a possibilidade de indicação como paradigma e o confronto com recurso especial em embargos de divergência.

Entretanto, o próprio STJ “pacificou o entendimento de que não se admitem embargos de divergência quando o v. acórdão paradigma é oriundo de recurso ordinário em mandado de segurança, já que no recurso especial é exigido o prequestionamento da matéria e defeso, por exemplo, o reexame de provas e a análise de violação de dispositivos constitucionais e da legislação local, limites estes inexistentes no exame do recurso ordinário”⁸¹.

Os Tribunais Superiores (STF⁸²/STJ⁸³) tem interpretado, já sob a égide do CPC/2015, restritivamente a utilização de julgados proferidos em ações e recursos originários como julgados paradigmas no confronto com arestos proferidos em sede de recursos extraordinário e especial, excluindo ações que teriam natureza jurídica de garantia constitucional.

Deveras, é notório que os recursos, especial e extraordinário, são essencialmente técnicos

⁷⁵ AgRg nos EREsp 860.080/RJ, Rel. Ministro Raul Araújo, Segunda Seção, DJe 3.3.2011.

⁷⁶ AgRg nos EAREsp 74.447/MG, Rel. Ministro Felix Fischer, Terceira Seção, DJe 8.8.2012.

⁷⁷ AgRg nos EREsp 793.405/RJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, DJe 9.5.2011.

⁷⁸ EREsp 1.094.785/DF, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Corte Especial, DJe de 13.8.2013.

⁷⁹ AgRg nos EAREsp 189.578/RJ, Rel. Ministro Gilson Dipp, Corte Especial, DJe de 5.8.2014.

⁸⁰ Athos Gusmão Carneiro leciona: “Quer-se parecer, todavia, que os embargos devem ser admitidos se o acórdão paradigma, embora proferido em nível de conflito de competência ou de recurso ordinário em mandado de segurança, adota, em determinada questão que possa ser ‘comum’ (= cujo conhecimento não seja exclusivo de recursos especiais), entendimento diferente do perfilhado pela Turma no julgamento proferido em recurso especial.” (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 144).

⁸¹ Excerto da ementa do AgRg nos EREsp 1194369/RJ, Rel. Ministro Felix Fischer, Corte Especial, DJe 04.04.2013.

⁸² Por não haver previsão legal ou regimental, é pacífica a jurisprudência desta CORTE no sentido de que são incabíveis os embargos de divergência quando opostos contra acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal em sede de habeas corpus ou de recurso ordinário em habeas corpus. (Excerto da ementa do HC 142621 AgR-EDv-AgR, Relator Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, DJe-292 publ. 19.12.2017).

⁸³ Não se admitem embargos de divergência quando o alegado dissenso se dá entre acórdãos proferidos em habeas corpus ou em recurso ordinário em habeas corpus. Tal restrição imposta pelo Regimento Interno do STJ tinha por fundamento, durante a vigência do CPC/73, uma interpretação sistemática do conteúdo da lei (art. 546, I, CPC/73) que revelava ser inviável comparar um recurso especial com um remédio constitucional de abrangência muito mais ampla e voltado eminentemente para a proteção da liberdade de locomoção. Tal interpretação veio a ser corroborada pelo art. 1.043, § 1.º, do CPC/2015, que restringiu, expressamente, os julgados que podem ser objeto de comparação, em sede de embargos de divergência, a recursos e ações de competência originária, não podendo, portanto, funcionar como paradigma acórdãos proferidos em ações que têm natureza jurídica de garantia constitucional, como os habeas corpus, mandado de segurança, habeas data e mandado de injunção. O mesmo raciocínio vale para enunciados de súmula de tribunais. A modificação trazida pelo novo CPC em seu art. 1.043, inciso III, não ampliou a margem de cabimento do manejo dos embargos de divergência a ponto de dispensar a manifestação expressa dos acórdãos comparados sobre o mérito da controvérsia, seja ele relacionado à aplicação de direito material ou de direito processual.” (Excerto da ementa do AgRg nos EAREsp 1243022/DF, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, DJe 22.10.2018).

e repletos de requisitos de admissibilidade específicos que delimitam o julgamento pelas Cortes Superiores. O prequestionamento da matéria infraconstitucional e constitucional, a impossibilidade de reexame de matéria fática e probatória, a limitação de análise de matérias de ordem pública, são apenas algumas das restrições dos referidos recursos.

Por outro lado, tais limitações não estão presentes em ações e recursos originários, o que permite que determinado tema possa ser julgado com maior amplitude cognitiva em relação aos recursos excepcionais. Assim, é possível que determinada tese firmada em uma ação originária, fixada com base em premissa exclusivamente constitucional, por exemplo, não possa simplesmente ser aplicada em um julgamento de recurso especial.

Tais considerações, ainda que não inviabilizem por completo o confronto em embargos de divergência, certamente exigem o reconhecimento da dificuldade jurídica em admitir o dissídio entre as teses jurídicas estabelecidas em limites de cognição diversos.

Assim, a possibilidade de indicação de arestos paradigmas formados em ações e recursos de competência originária dos Tribunais Superiores, faz sentido nas hipóteses em que o julgamento ocorreu por meio de interpretação e aplicação de normas constitucionais, para efeito de confrontação com o julgado proferido em recurso extraordinário, e de normas infraconstitucionais para o cotejo analítico com o recurso especial, o que permitiria efetiva possibilidade de uniformização em embargos de divergência.

2.7 A indicação de acórdão paradigma da mesma turma que proferiu o acórdão embargado, desde que a composição tenha sofrido alteração de mais da metade dos seus membros

O CPC/2015 apresentou outra inovação no cabimento dos embargos de divergência, ao permitir a indicação de acórdão paradigma da mesma Turma que proferiu o acórdão embargado, desde que a composição tenha sofrido alteração de mais da metade dos seus membros, nos termos art. 1.043, § 3.º, do CPC/2015). A esse respeito, anota Araken de Assis:

Por outro lado, os incisos I e II do art. 1043 exigem manifestação de “outro” órgão fracionário. Em princípio, acórdãos do mesmo órgão fracionário, no STF e no STJ, como já assinalado, tampouco se prestam à demonstração do dissídio. É o que reza a Súmula do STF, n.º 353: “São incabíveis os embargos da Lei 623, de 19.02.1949, com fundamento em divergência entre decisões da mesma Turma do Supremo Tribunal Federal”. O enunciado explicita o chamado requisito de diversidade orgânica. Porém, o STF entende que, ocorrendo alteração da maioria dos membros do colégio, admitem-se os embargos de divergência. Ao invés, no STJ a substancial alteração na composição do órgão fracionário é irrelevante, porque os embargos de divergência não visam a harmonizar o entendimento dos antigos e dos novos integrantes do colégio. O art. 1043, § 3.º, do CPC 2015 pré-exclui essa orientação, havendo “alteração em mais da metade” dos membros do órgão fracionário, ou seja, a três integrantes, regra incorporada ao art. 266, § 3.º, do RISTJ, na redação do ER 22/2016, com expressa menção ao “mesmo órgão fracionário”. Alterações do vulto

*reclamado são mais comuns no STJ do que no STF.*⁸⁴

Novamente, é possível reconhecer uma quebra de paradigma e total desconstrução da jurisprudência dos Tribunais Superiores estabelecida sobre o cabimento do recurso uniformizador.

Ainda, no sistema revogado, o STJ⁸⁵ consolidou entendimento no sentido da impossibilidade de indicação de paradigma do mesmo órgão julgador em embargos de divergência, mesmo que tenha ocorrido alteração dos membros do órgão julgador⁸⁶.

Por sua vez, o STF⁸⁷ também não tem admitia a utilização de aresto do mesmo órgão julgador como paradigma em sede de embargos de divergência, entendimento inclusive consolidado na Súmula n.º 353/STF: “incabíveis os embargos da L. 623, de 19.2.49, com fundamento em divergência entre decisões da mesma Turma do Supremo Tribunal Federal”.

Todavia, existe entendimento da Corte Constitucional⁸⁸ mitigando o rigor nas hipóteses de alteração substancial da alteração da composição do órgão julgador⁸⁹.

A construção do referido entendimento foi estabelecida a partir da premissa de que os embargos de divergência visam harmonizar a interpretação divergente de órgãos julgadores diferentes.

O natural dissídio entre julgados no âmbito do mesmo órgão julgador, em regra, não é dirimido no âmbito do recurso uniformizador, mas solucionada pelo próprio colegiado, por meio

⁸⁴ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8.ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 993.

⁸⁵ “AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. PENAL. PROCESSO PENAL. DISSÍDIO NÃO COMPROVADO. MERA TRANSCRIÇÃO DE EMENTAS. FALTA DE COTEJO ANALÍTICO. PARADIGMA ORIUNDO DO MESMO ÓRGÃO QUE PROFERIU ACÓRDÃO EMBARGADO. 1. Não há como abrigar agravo regimental que não logra desconstituir os fundamentos da decisão atacada. 2. O agravante se limitou à mera citação dos acórdãos paradigmas, sem, contudo, proceder ao necessário e indispensável confronto analítico entre os trechos, tanto da decisão impugnada quanto do acórdão paradigma, os quais considerou divergentes, em desatenção ao disposto no art. 266, § 4.º, do RISTJ. 3. O entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que acórdão prolatado pelo mesmo órgão julgador, que proferiu o provimento embargado, não serve à configuração do dissídio jurisprudencial, quando inalterada a composição de seus membros. 4. Agravo regimental improvido.” (AgRg nos EREsp 1397291/AM, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, DJe 19.06.2018).

⁸⁶ AgRg nos EREsp 1212860/RS, Rel. Ministro Gilson Dipp, Corte Especial, DJe 01.08.2013.

⁸⁷ “De acordo com o CPC/1973, não cabem embargos de divergência para sanar suposta contrariedade entre decisões tomadas por uma mesma Turma deste Tribunal. Art. 546 do CPC/1973, art. 330 do RI/STF e Súmula n.º 353 desta Corte.” (Excerto da ementa do AI 317428 AgR-ED-EDv-AgR, Relator Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe-233 public. 05.11.2018).

⁸⁸ A teor do artigo 330 do Regimento Interno do Supremo, pronunciamento formalizado pela mesma Turma que prolatou decisão embargada não serve como paradigma para a comprovação da alegada divergência, quando ausente substancial alteração da composição do Colegiado.” (STF, ARE 881783 AgR-EDv-AgR, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 06.12.2018, DJe-019 public. 01.02.2019).

⁸⁹ Fredie Didier Jr e Leonardo Carneiro Cunha sustentam: “O enunciado 353 da súmula do STF assim está redigido: “São incabíveis os embargos da Lei n.º 623, de 19 de fevereiro de 1949, com fundamento em divergência entre decisões da mesma turma do Supremo Tribunal Federal”. Sucede que o mesmo STF alterou o seu entendimento, e passou a admitir os embargos com base em divergência com base em divergência com julgado da mesma turma, “caso haja variado a respectiva composição, e notadamente a da maioria vitoriosa de um para outro julgamento”.” (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 15.ª ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2018. v. 3, p. 460).

dos apontamentos e debates dos seus componentes realizados durante as sessões de julgamento.

A inovação proposta pode trazer mais prejuízos do que benefícios a já instável jurisprudência dos Tribunais Superiores. A primeira ponderação é no sentido de que a pacificação da jurisprudência de um órgão julgador é atividade de responsabilidade e coerência dos próprios integrantes do colegiado. A segunda confronta com a própria exigência do dissídio atual de entendimentos dissonantes para o próprio cabimento do recurso uniformizador. A utilização de julgado do órgão julgador, com composição alterada em mais da metade em relação à atual, pode significar a necessidade de indicação de julgado proferido há muitos anos, que não corresponde ao entendimento atual sobre o tema. É absolutamente natural que determinados temas passem por uma espécie de maturação e evolução em sua interpretação no âmbito dos Tribunais Superiores, o que pode ser desfeito pela nova hipótese de cabimento, bem como pode contribuir para a sensação de ausência de segurança jurídica, principal vetor do recurso uniformizador.

Com efeito, a mudança dos integrantes de um órgão julgador não deve ser capaz de desconstituir a orientação do órgão julgador sobre determinado tema.

Por fim, é importante ressaltar que em recente julgado, a Corte Especial do STJ⁹⁰ entendeu que a comprovação da alteração da composição do órgão julgador nos embargos de divergência, fundada no § 3.º do art. 1.043 do CPC/2015, configura ônus do embargante e que deverá ser demonstrado nas razões recursais.

⁹⁰ “O § 3.º do art. 1.043 do CPC/2015 apresentou hipótese inovadora de cabimento do recurso uniformizador, inclusive afastando jurisprudência consolidada desta Corte Superior sobre o tema, ao dispor que cabem “embargos de divergência quando o acórdão paradigma for da mesma turma que proferiu a decisão embargada, desde que sua composição tenha sofrido alteração em mais da metade de seus membros”. Entretanto, é manifesto que, nas hipóteses de embargos de divergência que confrontar julgados do mesmo órgão julgador nos termos referida norma processual, cabe ao embargante, nas razões recursais do recurso uniformizador, alegar e comprovar que a composição da Turma sofreu alteração em mais da metade dos seus membros, responsabilidade que não pode ser transferida ao julgador do recurso.” (Excertos da ementa do AgRg nos EAREsp 593.919/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Corte Especial, DJe 23.11.2018).

3 ASPECTOS PROCEDIMENTAIS E EFEITOS DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA

3.1 Procedimento dos embargos estabelecido no regimento interno dos Tribunais Superiores (art. 1.044 do CPC/2015)

O novo ordenamento processual delegou expressamente o procedimento dos embargos de divergência aos regimentos internos dos respectivos Tribunais Superiores, ou seja, STJ e STF, conforme se infere do texto do art. 1.044¹ do CPC/2015.

Nesse contexto, os regimentos internos do Supremo Tribunal Federal (RISTF) e do Superior Tribunal de Justiça (RISTJ) regulam integralmente o procedimento a ser observado no julgamento dos embargos de divergência.

No Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), a matéria é tratada no “Capítulo VI – Dos Embargos”, “Seção I – Dos Embargos de Divergência e dos Embargos Infringentes” (arts. 330 ao 336). No Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (RISTJ), por sua vez, a disciplina do procedimento vem prevista no “Capítulo III – Dos Recursos de decisões proferidas no Tribunal”, na “Seção IV – Dos Embargos de Divergência” (arts. 266/267).

A previsão, em nível regimental, de disposições concernentes ao procedimento dos Embargos de Divergência, poderia suscitar dúvidas acerca de sua hipotética inconstitucionalidade.

Não se trata, porém, de problema inteiramente novo. Sob a égide da Constituição anterior (1/69, art. 119, § 3.º, c) o STF detinha competência normativa primária para formular normas de direito processual tanto relativas ao processo e quanto ao julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal. Com a Constituição de 1988, a questão assume outro desenho: *“com a superveniência da Constituição de 1988, operou-se a recepção de tais preceitos regimentais, que passaram a ostentar força e eficácia de norma legal (RTJ 147/1010 – RTJ 151/278), revestindo-se, por isso mesmo, de plena legitimidade constitucional a exigência de pertinente confronto analítico entre os acórdãos postos em cotejo (RISTF, art. 331).”*²

No campo do processo civil, a discussão acima veio à tona por ocasião do instituto da repercussão geral e da atribuição dada para a regulamentação do assunto pelo Regimento do STF. E tanto lá, como aqui para os Embargos de Divergência, a conclusão é a mesma: não há problema aqui que circunde eventual inconstitucionalidade. A doutrina, desde a época, já consolidara

¹ “Art. 1.044. No recurso de embargos de divergência, será observado o procedimento estabelecido no regimento interno do respectivo tribunal superior.”

² AI 727.503 AgR-ED-EDv-AgR-ED, relator Ministro Celso de Mello, DJe 6.12.2011. Mais recentemente, o STF reiterou que “Os regimentos internos dos Tribunais, editados com base no art. 96, I, a, da Constituição Federal, consubstanciam normas primárias de idêntica categoria às leis, solucionando-se eventual antinomia não por critérios hierárquicos mas, sim, pela substância regulada, sendo que, no que tange ao funcionamento e organização dos afazeres do Estado-Juiz, prepondera o dispositivo regimental.” (HC 143.333, Relator Min. Edson Fachin, DJE 21.03.2019).

o entendimento, que acompanhamos irrestritamente. Assim, Nelson Nery Jr e Rosa Maria de Andrade Nery pontuam:

O STF, por meio de seu Regimento Interno, estabelece as regras procedimentais necessárias à execução das regras processuais estabelecidas pelo CF 103, § 3.º e CPC 1035, conforme determinado pela Lei 11.418/06 3.º. O RSTF funciona como se fora o regulamento da lei que disciplina os conteúdos, limites e contornos do instituto da repercussão geral. A regulamentação do instituto da repercussão geral no âmbito interno do STF está prevista no RISTF 322 a 329, conforme redação dada aos dispositivos regimentais pela ER 21, de 30.4.2007.³

Para o recurso uniformizador, a conclusão é a mesma. Caso fosse atribuído ao regimento “legislar” acerca de hipóteses de cabimento dos Embargos de Divergência, sem dúvida aí se vislumbrariam problemas de ordem grave, em colidência com o art. 96, I, da Constituição. Restando ao Regimento dispor sobre procedimento, em complemento e execução ao disposto na lei processual, nada há a se alegar.

Neste contexto, as disposições contidas nos regimentos internos dos Tribunais Superiores relacionados aos embargos de divergência serão analisadas detalhadamente nos itens abaixo.

3.2 Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF)⁴

A competência para o julgamento dos embargos de divergência no Supremo Tribunal Federal é do Plenário (art. 6.º, IV, do RISTF).

No âmbito da Corte Constitucional, os embargos de divergência são cabíveis em face de acórdão que julgue o recurso extraordinário ou agravo em recurso extraordinário, proferido por Turma, e que divergir de outra Turma ou Plenário na interpretação do “direito constitucional”⁵ (art. 330 do RISTF).

³ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 17.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 2.451, item 11.

⁴ “REGIMENTO INTERNO STF: Capítulo VI DOS EMBARGOS. Seção I DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA E DOS EMBARGOS INFRINGENTES. 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. 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. Parágrafo único. (Revogado.) (Atualizado com a introdução da Emenda Regimental 26/2008). Art. 332. Não cabem embargos, se a jurisprudência do Plenário ou de ambas as Turmas estiver firmada no sentido da decisão embargada, salvo o disposto no art. 103. RISTF: art. 103 (revisão de jurisprudência). Art. 333. Cabem embargos infringentes à decisão não unânime do Plenário ou da Turma. 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. Art. 335. Interpostos os embargos, o Relator abrirá vista ao recorrido, por quinze dias, para contrarrazões. § 1.º Transcorrido o prazo do caput, o Relator do acórdão embargado apreciará a admissibilidade do recurso. § 2.º Da decisão que não admitir os embargos, caberá agravo, em cinco dias, para o órgão competente para o julgamento do recurso. § 3.º Admitidos os embargos, proceder-se-á à distribuição nos termos do art. 76. (Atualizado com a introdução da Emenda Regimental 47/2012). Art. 336. Na sessão de julgamento, aplicar-se-ão, supletivamente, as normas do processo originário, observado o disposto no art. 146. RISTF. Parágrafo único. Recebidos os embargos de divergência, o Plenário julgará a matéria restante, salvo nos casos do art. 313, I e II, quando determinará a subida do recurso principal.”

⁵ Faz-se necessária a leitura já diante da competência atribuída ao STF e ao STJ pela CF/88, pois ainda consta na norma regimental a expressão “direito federal”.

A divergência jurisprudencial 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” (art. 331 do RISTF). Os termos da norma regimental são próximos aos estabelecidos no § 4.º do art. 1.043 do CPC/2015.

O art. 332 do RISTF também estabelece que “não cabem” embargos de divergência se a orientação jurisprudencial do Plenário ou em ambas as Turmas da Corte Constitucional estiverem firmadas no mesmo sentido do aresto embargado. A regra prevista no referido dispositivo regimental remete a importância da atualidade do entendimento, no sentido de fazer prevalecer a segurança jurídica e a estabilidade das teses firmadas.

O recurso uniformizador será interposto no prazo de quinze dias e juntado aos autos independentemente de despacho (art. 334 do RISTF). O Relator determinará intimação da parte recorrida, por igual prazo, para apresentação de contrarrazões (art. 335 do RISTF).

Após o transcurso do prazo, o Relator do aresto embargado analisará a admissibilidade dos embargos de divergência (§ 1.º do art. 335 do RISTF). A decisão que não admitir o recurso uniformizador poderá ser impugnada por agravo no prazo de cinco dias para o órgão competente para o julgamento do recurso (§ 2.º do art. 335 do RISTF). Nesse contexto, o dispositivo regimental deve ser considerado superado⁶ diante do art. 1.070⁷ do CPC/2015, cabendo agravo interno (art. 1.021 do CPC/2015) no prazo de quinze dias.

Na hipótese de admissão do recurso, o recurso será distribuído nos termos do art. 76 do RISTF, ou seja, se o aresto embargado for proferido por uma Turma, os seus componentes serão excluídos da distribuição, e os embargos de divergência serão distribuídos entre os membros da outra Turma do STF e, se proferido pelo Plenário, serão excluídos o Relator e eventual Revisor⁸.

⁶ Luis Guilherme Aidar Bondioli assevera: “O juízo de admissibilidade negativo pelo relator do acórdão embargado expõe-se a agravo interno (art. 1.021 do CPC), que o § 2.º do art. 335 do RISTF chama simplesmente de agravo. Note-se que o prazo para a interposição do agravo no caso é de 15 dias, e não mais de cinco dias, conforme expresso no superado texto do § 2.º do art. 335 do RISTF (art. 1.070 do CPC). Esse agravo será julgado pelo Plenário, órgão competente para o julgamento do recurso (art. 335, § 2.º, do RISTF), isto é, órgão competente para o julgamento dos embargos de divergência. Por sua vez, sendo positivo o juízo de admissibilidade feito pelo relator do acórdão, embargado ou cassada a decisão de inadmissão no julgamento do agravo, ‘proceder-se-á à distribuição nos termos do art. 76’ (art. 335, § 3.º).” (BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Comentários ao Código de Processo Civil: Dos Recursos* – volume XX. In: GOUVÊA, José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar; FONSECA, João Francisco Naves da (Coords.). São Paulo: Saraiva, 2016. p. 288-289.

⁷ “Art. 1.070. É de 15 (quinze) dias o prazo para a interposição de qualquer agravo, previsto em lei ou em regimento interno de tribunal, contra decisão de relator ou outra decisão unipessoal proferida em tribunal.”

⁸ “Art. 76. Se a decisão embargada for de uma Turma, far-se-á a distribuição dos embargos dentre os Ministros da outra; se do Plenário, serão excluídos da distribuição o Relator e o Revisor.” Vale anotar, contudo, que o julgamento do recurso extraordinário não conta com a figura do revisor.

3.3 Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (RISTJ)⁹

O RISTJ foi profundamente alterado pela Emenda Regimental n.º 22/2016, essencialmente, para “adequar-se” ao CPC/2015, inclusive na parte que regula o procedimento dos embargos de divergência.

O regimento interno do Tribunal da Cidadania prevê o cabimento de embargos de divergência de acórdão proferido por órgão fracionário, no julgamento do recurso especial que divirja do entendimento de qualquer outro órgão jurisdicional do STJ (art. 266 do RISTJ), sendo os arestos embargado e paradigma de mérito (inciso I do art. 266) ou um de mérito e outro que não tenha conhecido do recurso, apesar de ter julgado a controvérsia (inciso II do art. 266).

O recurso uniformizador poderá confrontar teses jurídicas contidas em julgamentos de recursos e de ações originárias (§ 1.º do art. 266). O dispositivo regimental, na parte que admite embargos de divergência em ações originárias, deve ser interpretado com base na atual redação do CPC/2015, pois a emenda regimental que alterou o RISTJ precede as significativas alterações impostas pela Lei n.º 13.256/2016, a qual revogou expressamente a referida hipótese de cabimento.

O dissídio jurisprudencial que autoriza os embargos de divergência pode ser estabelecido

⁹ “Capítulo III – Dos Recursos de decisões proferidas no Tribunal Seção IV - Dos Embargos de Divergência Art. 266. Cabem embargos de divergência contra acórdão de Órgão Fracionário que, em recurso especial, divergir do julgamento atual de qualquer outro Órgão Jurisdicional deste Tribunal, sendo: (Redação dada pela Emenda Regimental n.º 22, de 2016) I – os acórdãos, embargado e paradigma, de mérito; (Incluído pela Emenda Regimental n.º 22, de 2016) II – um acórdão de mérito e outro que não tenha conhecido do recurso, embora tenha apreciado a controvérsia. (Incluído pela Emenda Regimental n.º 22, de 2016) § 1.º Poderão ser confrontadas teses jurídicas contidas em julgamentos de recursos e de ações de competência originária. (Redação dada pela Emenda Regimental n.º 22, de 2016) § 2.º A divergência que autoriza a interposição de embargos de divergência pode verificar-se na aplicação do direito material ou do direito processual. (Redação dada pela Emenda Regimental n.º 22, de 2016) § 3.º Cabem embargos de divergência quando o acórdão paradigma for do mesmo Órgão Fracionário que proferiu a decisão embargada, desde que sua composição tenha sofrido alteração em mais da metade de seus membros. (Redação dada pela Emenda Regimental n.º 22, de 2016) § 4.º O recorrente provará a divergência com certidão, cópia ou citação de repositório oficial ou credenciado de jurisprudência, inclusive em mídia eletrônica, em que foi publicado o acórdão divergente, ou com a reprodução de julgado disponível na internet, indicando a respectiva fonte, e mencionará as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados. (Redação dada pela Emenda Regimental n.º 22, de 2016) Art. 266-A. Os embargos de divergência serão juntados aos autos independentemente de despacho, e sua oposição interrompe o prazo para interposição de recurso extraordinário por qualquer das partes. (Incluído pela Emenda Regimental n.º 22, de 2016) Art. 266-B. Se os embargos de divergência não forem providos ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior, o recurso extraordinário interposto pela outra parte antes da publicação do julgamento dos embargos de divergência será processado e julgado independentemente de ratificação. (Incluído pela Emenda Regimental n.º 22, de 2016) Art. 266-C. Sorteado o relator, ele poderá indeferir os embargos de divergência liminarmente se intempestivos ou se não comprovada ou não configurada a divergência jurisprudencial atual, ou negar-lhes provimento caso a tese deduzida no recurso seja contrária a fixada em julgamento de recurso repetitivo ou de repercussão geral, a entendimento firmado em incidente de assunção de competência, a súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou, ainda, a jurisprudência dominante acerca do tema. (Incluído pela Emenda Regimental n.º 22, de 2016) Art. 266-D. O Ministério Público, quando necessário seu pronunciamento sobre os embargos de divergência, terá vista dos autos por vinte dias. (Incluído pela Emenda Regimental n.º 22, de 2016) Art. 267. Admitidos os embargos de divergência em decisão fundamentada, promover-se-á a publicação, no Diário da Justiça eletrônico, do termo de vista ao embargado, para apresentar impugnação nos quinze dias subsequentes. (Redação dada pela Emenda Regimental n.º 22, de 2016) Parágrafo único. Impugnados ou não os embargos, serão os autos conclusos ao relator, que pedirá a inclusão do feito na pauta de julgamento.”

na aplicação do direito material ou do direito processual (§ 2.º do art. 266), reiterando disposição expressa do CPC/2015.

Igualmente repete a hipótese de cabimento dos embargos de divergência prevista no CPC/2015, ao permitir a indicação de aresto paradigma do mesmo órgão julgador do acórdão embargado, com a condição de alteração de composição em mais da metade dos membros (§ 3.º do art. 266).

Por sua vez, estabelece-se que o recorrente deverá comprovar a divergência no recurso uniformizador “com certidão, cópia ou citação de repositório oficial ou credenciado de jurisprudência, inclusive em mídia eletrônica, em que foi publicado o acórdão divergente, ou com a reprodução de julgado disponível na internet, indicando a respectiva fonte, e mencionará as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados” (§ 4.º do art. 266), em idêntica disposição ao CPC/2015. Especificamente em relação ao procedimento dos embargos de divergência no âmbito do STJ, a norma regimental estabelece que o recurso uniformizador será juntado independentemente de despacho, e que a oposição interrompe o prazo do recurso extraordinário (art. 266-A do RISTJ).

Na hipótese de os embargos de divergência não alterarem a conclusão do julgamento anterior, como nos casos de não conhecimento ou não provimento do recurso, o eventual recurso extraordinário interposto pela parte adversa antes da publicação do julgamento do recurso uniformizador será processado e julgado independentemente de ratificação (art. 266-B do RISTJ).

O relator do recurso (que deverá integrar órgão julgador diverso do que proferiu o acórdão embargado), após o sorteio, pode monocraticamente indeferir liminarmente o recurso negar provimento aos embargos de divergência (art. 266-C do RISTJ).

Assim, o dispositivo regimental também permite ao Ministro Relator dos embargos de divergência, inclusive sem a intimação da parte embargada, indeferir liminarmente o recurso intempestivo ou que não comprove ou demonstre a configuração de divergência jurisprudencial atual entre os julgados confrontados. Ressalte-se a exigência da atualidade do dissídio como hipótese de indeferimento liminar do recurso, ou seja, se o acórdão embargado estiver em consonância com a jurisprudência atual sobre o tema, o Relator pode liminarmente indeferir o recurso.

Por outro lado, pode negar provimento aos casos em que a tese apontada como divergente contrarie julgamento de recurso repetitivo ou repercussão geral, incidente de assunção de competência, súmulas do STF e do STJ, bem como à jurisprudência dominante sobre o tema.

Referido dispositivo autoriza o julgamento dos embargos de divergência em face de precedentes qualificados previstos no art. 927 do CPC/2015, mas também permite o julgamento monocrático com base no conceito de “jurisprudência dominante”, em manifesto confronto com as premissas estabelecidas pelo novo ordenamento processual que não autoriza decisão singular

em tais hipóteses. Interessante questão apontada pela doutrina¹⁰ está relacionada a possibilidade de o Ministro da Corte Superior dar provimento aos embargos de divergência em decisão singular, reformando monocraticamente o acórdão embargado, ou se tal opção somente seria possível ao órgão colegiado competente, a fim de proporcionar maiores condições de pacificação da tese jurídica¹¹.

Realmente, em um primeiro momento, pode causar certo estranhamento que o julgamento monocrático do Relator possa dar provimento aos embargos de divergência substituindo o aresto embargado proferido pelo órgão julgador, o que poderia desvirtuar a finalidade do recurso uniformizador formatar determinada tese jurídica por órgão de cúpula do Tribunal Superior.

A premissa é correta, entretanto, não abarca significativo volume de embargos de divergência que se enquadram na hipótese legal do art. 932, V, e incisos do CPC/2015, que permite ao Relator dar provimento ao recurso se o acórdão recorrido for contrária à Súmula do STF ou STJ, julgamento de recursos repetitivos e incidente de assunção de competência. Assim, a necessidade de provimento colegiado dos embargos de divergência deve ser observada com temperamento, sendo recomendada nas hipóteses diversas das previstas no CPC/2015.

Outrossim, verificada pelo Relator a necessidade de intervenção do Ministério Público Federal, na função de fiscal da lei, nos embargos de divergência, será determinada a abertura de vista pelo prazo de vinte dias (art. 266-D do RISTJ). O referido prazo não está com consonância¹² com o artigo 178 do CPC/2015, que prevê prazo de trinta dias para a manifestação do *Parquet* na função de *custus legis*.

Na hipótese de o Relator entender presente aparente divergência entre os julgados, por

¹⁰ Assim, afirma Luis Guilherme Aidar Bondioli: “Consigne-se que o relator dos embargos de divergência não fica limitado ao tema de admissibilidade dos embargos. Ele também pode investigar se está presente hipótese de negativa monocrática de provimento, listado no inciso IV do art. 932 do CPC. Uma vez detectada sua presença, o relator do acórdão dos embargos de divergência pode rejeitá-los monocraticamente, inclusive, com amparo no art. 332 do RISTF (“não cabem embargos, se a jurisprudência do Plenário ou de ambas as Turmas estiver firmada no sentido da decisão embargada, salvo o disposto no art. 103”). Porém, ainda que presente hipótese prevista no inc. V do art. 932 do CPC, o relator não pode isoladamente acolher os embargos, reformando pronunciamento colegiado por meio de decisão monocrática, com uma única voz prevalecendo sobre várias outras, no contexto de um recurso talhado para a uniformização da jurisprudência no seio do tribunal. Isso atrita com a ratio dos embargos de divergência, que, assim, somente podem ser acolhidos pelo Plenário.” (BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Comentários ao Código de Processo Civil: Dos Recursos*. Volume XX. In: GOUVÊA, José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar; FONSECA, João Francisco Naves da (Coords.). São Paulo: Saraiva, 2016, p. 289.

¹¹ Nesse sentido, Eduardo Arruda Alvim, Daniel Willian Granado e Eduardo Aranha Ferreira, ao afirmarem que “é conveniente que o julgamento dos embargos de divergência seja feito pelo órgão colegiado para que não restasse qualquer dúvida a respeito da uniformização de entendimento do tribunal sobre determinada matéria.” (ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito processual civil*. In: ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel William; FERREIRA, Eduardo Aranha (Coords.). 6.ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 1062).

¹² Fredie Didier Jr e Leonardo Carneiro da Cunha assinalam: “Admitido os embargos de divergência, será intimado o embargado para apresentar contrarrazões em quinze dias. Se for o caso, o Ministério Público terá vista dos autos. Enquanto o regimento do STF é silente a esse respeito, o STJ prevê um prazo de vinte dias para manifestação do Ministério Público. Tal prazo foi revogado pelo art. 178 do CPC, que passou a prever o prazo de trinta dias para as manifestações do Ministério Público. Impugnados ou não os embargos, serão os autos conclusos ao relator, que pedirá a inclusão do feito na pauta de julgamento.” (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 15.ª ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2018. v. 3, p. 464-465).

meio da demonstração e comprovação do dissídio jurisprudencial, ainda que em juízo provisório¹³ e passível de revisão, o recurso uniformizador será admitido em decisão fundamentada.

A decisão que admite e processa os embargos de divergência realiza um juízo de cognição sumária sobre o cumprimento dos requisitos de admissibilidade dos embargos de divergência, verificando também a existência de aparente divergência entre os julgados.

O eventual juízo positivo de admissibilidade dos embargos de divergência realizado pode ser revisto pelo Ministro após a impugnação da parte contrária ou do parecer do Ministério Público Federal. O STJ¹⁴ já afirmou que a decisão que admite e processa os embargos de divergência não precluem, podendo ser revista pelo Relator. Com efeito, o juízo de admissibilidade recursal, por envolver matéria cognoscível¹⁵ de ofício, pode ser analisado sempre que for verificado pelo Relator.

Por sua vez, a parte embargada será intimada para apresentar impugnação no prazo de quinze dias (art. 267 do RISTJ). Outrossim, independentemente de resposta ao recurso, os autos serão conclusos ao Relator que irá pedir a inclusão do feito em pauta de julgamento (parágrafo único do art. 267 do RISTJ).

Por ocasião do julgamento dos embargos de divergência, inicialmente será verificada a presença dos requisitos de admissibilidade, em caso negativo deve ser analisada a possibilidade de sanabilidade do vício formal e, em caso positivo, julgar o mérito da pretensão recursal.¹⁶

¹³ Araken de Assis acrescenta que “o processamento dos embargos de divergência permite o indeferimento liminar do recurso nos casos de intempestividade, manifesta contrariedade ao entendimento sumulado do Tribunal ou, ainda, nos casos de não comprovação da divergência jurisprudencial (art. 266, § 3.º, do RISTJ). Contudo, é comum admitir o recurso, ainda que em análise sumária, para proporcionar a impugnação do embargado no prazo de quinze dias (art. 267 do RISTJ), para então permitir o efetivo julgamento, o que pode proporcionar indesejável retardo da prestação jurisdicional.” (ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8.ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.009).

¹⁴ “Suscitada divergência com paradigmas de Turmas da mesma Seção e de Seção diversa daquela de que provém o aresto embargado, ocorre a cisão do julgamento com primazia da Corte Especial, com posterior remessa à Seção competente em relação aos demais paradigmas. A admissibilidade do processamento dos embargos de divergência não obsta a que, em juízo definitivo, conclua-se pelo seu não cabimento, inexistindo preclusão *pro judicato*.” (Excerto da ementa dos EREsp 1367923/RJ, Rel. Ministro João Otávio De Noronha, Corte Especial, DJe 15.03.2017). (grifos nossos).

¹⁵ Araken de Assis expressa a mesma ideia, anotando que “Revela o exemplo que o juízo positivo inicial pode e deve ser revisto sempre que apurada causa hábil para a inadmissibilidade do recurso.” (ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8.ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.007).

¹⁶ Eduardo Arruda Alvim, Daniel Willian Granado e Eduardo Aranha Ferreira apontam: “Quando do julgamento dos embargos de divergência, num primeiro momento deve ser verificado se estão presentes os requisitos de admissibilidade: estando presentes passar-se-á ao julgamento de mérito, na forma prevista no art. 938 do CPC/2015.” (ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito processual civil*. In: ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel William; FERREIRA, Eduardo Aranha (Coords.). 6.ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 1062).

Os Tribunais Superiores (STF¹⁷⁻¹⁸ e STJ¹⁹⁻²⁰), no julgamento dos embargos de divergência, também têm admitido a fixação de honorários advocatícios recursais, especificamente previstos no § 11 do art. 85 do CPC/2015.

O julgamento dos embargos de divergência em sessão realizada pelo órgão julgador competente nas Cortes Superiores, admite a realização de sustentação oral²¹ pelas partes interessadas, nos termos do art. 937, V, do CPC/2015.

Ademais, é necessário consignar que em relação ao acórdão que julga os embargos de divergência no STJ, podem ser opostos embargos de declaração para o órgão julgador e, eventualmente, recurso extraordinário. No âmbito da Corte Constitucional, o aresto que julga o recurso uniformizador admite apenas o recurso integrativo, na linha do que já afirmava Athos Gusmão Carneiro:

No STF, como anotou Barbosa Moreira, da decisão do plenário não caberá recurso algum, salvo embargos de declaração; no STJ, além de tais embargos,

¹⁷ “II – Majorada a verba honorária fixada anteriormente, nos termos do art. 85, § 11, do CPC, observados os limites legais do art. 85, § 2.º e § 3.º, do CPC.” (Excerto da ementa do ARE 669013 AgR-ED-EDv-AgR, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe-229 public 06.10.2017).

¹⁸ Conforme: “AGRAVO – EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA – PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE – NÃO ATENDIMENTO. Descabem os embargos de divergência contra pronunciamento em que não se tenha examinado a matéria de mérito. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – FIXAÇÃO. Havendo interposição de recurso sob a regência do Código de Processo Civil de 2015, cabível é a fixação de honorários de sucumbência recursal previstos no artigo 85, § 11, do diploma legal.” (RE 850405 AgR-EDv-AgR, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe-114, public. 31.05.2017).

¹⁹ “Honorários advocatícios majorados em razão do trabalho adicional realizado em grau recursal (art. 85, § 11, do CPC).” (Excerto da ementa do AgInt nos EAREsp 1171344/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Corte Especial, DJe 27.06.2018).

²⁰ Assim: “(...) 5. É devida a majoração da verba honorária sucumbencial, na forma do art. 85, § 11, do CPC/2015, quando estiverem presentes os seguintes requisitos, simultaneamente: a) decisão recorrida publicada a partir de 18.3.2016, quando entrou em vigor o novo Código de Processo Civil; b) recurso não conhecido integralmente ou desprovido, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente; e c) condenação em honorários advocatícios desde a origem no feito em que interposto o recurso. 6. Não haverá honorários recursais no julgamento de agravo interno e de embargos de declaração apresentados pela parte que, na decisão que não conheceu integralmente de seu recurso ou negou-lhe provimento, teve imposta contra si a majoração prevista no § 11 do art. 85 do CPC/2015. 7. Com a interposição de embargos de divergência em recurso especial tem início novo grau recursal, sujeitando-se o embargante, ao questionar decisão publicada na vigência do CPC/2015, à majoração dos honorários sucumbenciais, na forma do § 11 do art. 85, quando indeferidos liminarmente pelo relator ou se o colegiado deles não conhecer ou negar-lhes provimento. 8. Quando devida a verba honorária recursal, mas, por omissão, o Relator deixar de aplicá-la em decisão monocrática, poderá o colegiado, ao não conhecer ou desprover o respectivo agravo interno, arbitrará-la ex officio, por se tratar de matéria de ordem pública, que independe de provocação da parte, não se verificando reformatio in pejus. 9. Da majoração dos honorários sucumbenciais promovida com base no § 11 do art. 85 do CPC/2015 não poderá resultar extrapolção dos limites previstos nos §§ 2.º e 3.º do referido artigo. 10. É dispensada a configuração do trabalho adicional do advogado para a majoração dos honorários na instância recursal, que será considerado, no entanto, para quantificação de tal verba. 11. Agravo interno a que se nega provimento. Honorários recursais arbitrados ex officio, sanada omissão na decisão ora agravada.” (Excertos da ementa do AgInt nos EREsp 1539725/DF, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Segunda Seção, DJe 19.10.2017).

²¹ É o que sustenta a doutrina: “Por fim, consigne-se que tanto no Supremo Tribunal Federal quanto no Superior Tribunal de Justiça o julgamento dos embargos de divergência pelo órgão colegiado deve ser precedido por espaço para sustentação oral das razões (art. 937, V, do CPC). Ainda, nesse julgamento pelo órgão colegiado em qualquer dos referidos tribunais há brecha para novas investigações em torno da admissibilidade dos embargos.” (BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Comentários ao Código de Processo Civil: Dos Recursos*. Volume XX. In: GOUVÊA, José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar; FONSECA, João Francisco Naves da (Coords.). São Paulo: Saraiva, 2016, p. 290).

*pode ser eventualmente interposto recurso extraordinário, se implementados os respectivos pressupostos constitucionais.*²²

A competência interna do Superior Tribunal de Justiça para o julgamento dos embargos de divergência, nos termos do RISTJ, será da Seção²³ (órgão julgador que reúne as Turmas por especialização de matéria), quando envolver conflito de entendimento entre as Turmas formadoras do referido órgão julgador, ou da Corte Especial²⁴ quando envolver Turmas integrantes de diferentes Seções, ou entre Seções diversas, bem como em face de paradigma da própria Corte Especial.

Em razão do disposto no *caput* do art. 1.043 do CPC/2015, que permite embargos de divergência de *órgão julgador*²⁵ (e não mais apenas de Turma), o que corresponde no âmbito do STJ à Turma e Seção, conforme abordado no Cap. 2 do presente trabalho, eventual cabimento de embargos de divergência em face de julgado da Seção, ou em face de julgados paradigmas proferidos por outras Seções ou da Corte Especial, deverá ser julgado pela Corte Especial do STJ.

Outra questão extremamente específica e que somente pode ocorrer nos embargos de divergência interpostos no STJ, é a hipótese de cisão²⁶ do julgamento do recurso uniformizador.

Tal hipótese, cotidiana no Tribunal da Cidadania, depende dos julgados confrontados no recurso uniformizador e os respectivos órgãos julgadores relacionados. Com efeito, é possível na orientação do STJ que no mesmo recurso de embargos de divergência o recorrente indique paradigmas que possam atrair a competência da Corte Especial e outros julgados que fixem a competência da Seção especializada do Tribunal da Cidadania para processar e julgar o mesmo recurso.

²² CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 155.

²³ “Da Competência das Seções: Art. 12. Compete às Seções processar e julgar: (...) Parágrafo único. Compete, ainda, às Seções: I – julgar embargos de divergência, quando as Turmas divergirem entre si ou de decisão da Seção que integram;”

²⁴ “Da Competência da Corte Especial: Art. 11. Compete à Corte Especial processar e julgar: (...) XIII - os embargos de divergência, se a divergência for entre Turmas de Seções diversas, entre Seções, entre Turma e Seção que não integre ou entre Turma e Seção com a própria Corte Especial.” (Redação dada pela Emenda Regimental n.º 24, de 2016).

²⁵ Nelson Nery Jr e Rosa Maria de Andrade Nery afirmam “O objetivo dos embargos de divergência é uniformizar o entendimento do tribunal (STF, STJ) acerca da matéria posta em causa, quando existir divergência entre os seus órgãos fracionários. Por essa razão é que as turmas não podem julgá-los, sendo competentes para tanto os órgãos superiores do STF e do STJ: I – STF: Plenário (RISTF 336; II – STJ: a) Corte Especial (RISTJ 11 XIII), quando a divergência for entre Turmas de Seções diversas, ou entre Turma e outra Seção ou com a Corte Especial (RISTJ 266); Seção (RISTJ 12 par. ún. I), quando as Turmas divergirem entre si ou de decisão da mesma Seção (RISTJ 266). Por serem recurso, têm finalidade corretiva, isto é, objetivam uniformizar o entendimento do tribunal sobre a matéria e, ao mesmo tempo, aplicar esse novo entendimento ao caso concreto que ensejou a sua interposição. Tendo em vista que o CPC 1043, em vista de sua redação com sentido amplo, permitir a interposição de EmbDiv contra acórdão proferido por seção, o RISTJ deverá dispor acerca da competência para o julgamento do recurso em uma tal situação.” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 2.395).

²⁶ “(...) os embargos de divergência se embasarem em paradigma de Turma integrante da mesma Seção que originou o acórdão embargado, será necessária a cisão do julgamento. Compete, pois, à Seção respectiva julgar os embargos de divergência em relação aos dissensos jurisprudenciais entre suas Turmas, enquanto à Corte Especial compete apreciar os demais.” (Excerto da ementa do AgInt nos EAREsp 707.691/ES, Rel. Ministro Humberto Martins, Corte Especial, DJe 23.03.2018).

Em regra, nos casos em que os embargos de divergência confrontam arestos que exijam a referida cisão do recurso, em face da configuração da superposição²⁷ de competência, o julgamento deve inicialmente ser distribuído e julgado no âmbito Corte Especial, a qual, após encerrar a prestação jurisdicional (que pode ocorrer por decisão monocrática ou acórdão), determina a remessa do processo para a Seção competente para analisar a parte remanescente do recurso uniformizador.

A dinâmica de cisão de competência para o julgamento de um mesmo recurso, embora em consonância com as normas regimentais do STJ, não é usual no sistema recursal brasileiro e, certamente, não contribui para a necessária celeridade da prestação jurisdicional²⁸.

No referido contexto, é de extrema importância analisar algumas premissas que podem atenuar os efeitos da cisão e permitir racionalidade no julgamento dos embargos de divergência.

Inicialmente, é possível reconhecer duas hipóteses que afastariam, de plano, a necessidade de cisão do julgamento.

A primeira está relacionada à hipótese em que os embargos de divergência não ultrapassarem o juízo de admissibilidade, em razão do não cabimento do recurso ou descumprimento dos requisitos formais de admissibilidade recursal. É plenamente compatível com a racionalidade do sistema recursal e com o princípio da razoável duração do processo, que a Corte Especial exerça competência plena e exauriente do juízo de admissibilidade²⁹, sem a desnecessária remessa³⁰⁻³¹

²⁷ “Configurada superposição de competência para a análise dos embargos de divergência quanto ao aresto da Segunda Turma, motivo pelo qual deve haver a cisão do julgamento, de forma a preservar a competência dos órgãos, na forma do art. 266 do RISTJ.” (Excerto da ementa do AgRg nos EREsp 1505630/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, DJe 17.11.2015).

²⁸ “A Corte Especial tem competência para analisar, no âmbito dos embargos de divergência, aspectos de admissibilidade do recurso uniformizador, ainda que envolva julgados que pertençam a mesma Seção. A obrigatoriedade de cisão do julgamento e remessa dos autos à Seção especializada deste Tribunal Superior, somente tem sentido caso o mérito da divergência tenha que ser analisado, sob pena de absoluto desrespeito aos princípios da razoável duração do processo e celeridade processual.” (Excerto da ementa do AgRg nos EAREsp 593.919/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Corte Especial, DJe 23.11.2018).

²⁹ “(...) II – Verificada a ausência de similitude fática entre todos os julgados paradigmas com o julgado embargado, foi negado seguimento aos embargos de divergência como um todo e não apenas em relação aos precedentes que atraem a competência para o julgamento do feito perante a Corte Especial. III - Análise mais ampla que restou proferida nos exatos termos do requerimento da parte embargante que pugnava pelo processamento dos embargos perante a Corte Especial ou, alternativamente, perante a Segunda Seção. IV – Consoante entendimento desta Corte, em se tratando de paradigmas que versem sobre a mesma questão, e ainda alguns sejam provenientes de turma da mesma seção do acórdão embargado, a competência para o julgamento poderá ser do colegiado mais amplo.” (Excertos da ementa do AgRg nos EREsp 1355828/SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, Corte Especial, DJe 01.12.2014).

³⁰ “Se as divergências suscitadas na insurgência envolverem acórdãos de Turmas que compõem Seções diferentes e de Turmas que integram a mesma Seção, compete à Corte Especial decidir sobre o cabimento dos embargos de divergência, sendo desnecessária a remessa dos autos à seção competente caso verificado óbice ao processamento. Precedente.” (EAg 1333085/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Corte Especial, DJe 14.04.2014).

³¹ “Ordinariamente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça determina que deve ocorrer a cisão do julgamento dos embargos de divergência se a Parte Embargante invoca paradigmas proferidos por duas Turmas da mesma Seção (competência da respectiva Seção) e de órgãos fracionários vinculados a Seções distintas (competência da Corte Especial). Contudo, não deve ser seccionado o julgamento para que uma Seção profira outra decisão em embargos de divergência em que a Corte Especial - órgão de hierarquia jurisdicional mais elevada deste Superior Tribunal -, ou um de seus ministros com competência monocrática, conclui que o mérito

dos autos à Seção especializada do STJ.

Nesse sentido, a orientação do STJ ao julgar a Questão de Ordem no EAREsp 214.880/SP, Relator Ministro Ari Pargendler (julgada em 25.4.2013), “*no sentido de que a Corte Especial, ou o relator por decisão monocrática, decida definitivamente sobre o cabimento dos embargos de divergência sem necessidade de que a Segunda Seção renove esse juízo*”.³²

Todavia, apesar da referida questão de ordem, são inúmeros³³ os julgados da Corte Especial em sentido contrário, que julgam e determinam a cisão do julgamento, independentemente do objeto da divergência e do teor das decisões proferidas (admissibilidade ou mérito).

A segunda hipótese que afastaria a determinação de cisão do julgamento do recurso estaria presente nos casos em que o mérito da divergência tiver a mesma identidade de tema, sendo desnecessário, após o julgamento pela Corte Especial, de remessa do processo para analisar a mesma questão de fundo.

Também deve ser considerado que, sendo a Corte Especial órgão de cúpula jurisdicional do STJ, seu entendimento prevalece sobre a Seção por se tratar de órgão julgador mais amplo³⁴⁻³⁵, inexistindo usurpação³⁶ de competência em tal opção. Ademais, não parece ser adequado ao

do pedido recursal não pode ser analisado por ser inadmissível o recurso.” (Excerto da ementa do AgRg nos EAREsp 155.081/SC, Rel. Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, DJe 06.05.2016).

³² “(...) 3. No julgamento da Questão de Ordem nos EAREsp 214.880/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, no dia 25.4.2013, a Corte Especial do STJ decidiu, em hipótese análoga à dos autos, que compete a este órgão analisar definitivamente o cabimento dos Embargos de Divergência, sem necessidade de que a Seção renove esse julgamento. 4. De acordo com a orientação proposta pelo Min. Ari Pargendler, acolhida à unanimidade, o juízo de admissibilidade dos Embargos de Divergência se processa em dois momentos: a) num primeiro plano, em que se reconhece, ou não, o cabimento do recurso; b) em seguida, quando se identifica a discrepância entre o acórdão embargado e aquele(s) indicado(s) como paradigma (admissibilidade propriamente tal). 5. Nessa linha, em havendo indicação, como paradigma, de acórdãos proferidos por outra Turma da mesma Seção, cumulativamente com acórdãos prolatados por Turmas de diferentes Seções, compete a Corte Especial, em relação a todos, decidir sobre o cabimento dos Embargos de Divergência. 6. No acórdão embargado, a Corte Especial se ateu ao cabimento dos Embargos de Divergência. Portanto, esse juízo é definitivo, o que inviabiliza o prosseguimento do presente recurso.” (Excertos EDcl no AgRg nos EAREsp 53.877/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Corte Especial, DJe 27.09.2013).

³³ AgInt nos EREsp 1590479/RJ, rel. Ministro Francisco Falcão, Corte Especial, DJe 13.09.2018 e EREsp 1367923/RJ, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, DJe 15.03.2017.

³⁴ “Quando suscitada a divergência entre paradigmas de turmas da mesma seção e de seção diversa daquela de que provém o aresto embargado, ocorre a cisão do julgamento com primazia da Corte Especial (art. 266, segunda parte, do RISTJ). Todavia, tratando-se de paradigmas que versam sobre a mesma questão, ainda que algum seja de turma da mesma seção de que procede o acórdão embargado, além daqueles oriundos de turmas de seções diversas, a competência para o julgamento será do colegiado mais amplo.” (Excerto da ementa do AgRg nos EREsp 1136447/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, DJe 21.11.2012).

³⁵ “A Corte Especial firmou entendimento no sentido de que, “tratando-se de paradigmas que versam sobre a mesma questão, ainda que algum seja de turma da mesma seção, além daqueles originários de turmas de seções diversas, a competência para o julgamento será do colegiado mais amplo, no caso, a Corte Especial” (AgRg nos EAREsp 510.682/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Corte Especial, DJe 23/3/2015).” (Excerto da ementa do AgInt nos EDv nos EAREsp 1007497/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Corte Especial, DJe 07.08.2017).

³⁶ Em sentido contrário: Athos Gusmão Carneiro: “Em nossa opinião, os embargos, pelo seu propósito de dirimir concretas divergências entre órgãos de um mesmo tribunal, limitam-se à matéria em que a divergência realmente tenha ocorrido, onde a uniformização se faz necessária. Assim, caso providos os embargos – e, pois, afastada a preliminar de não admissão do recurso –, o ‘mérito’ deverá ser julgado pela Turma, e não pelo colegiado maior (se o colegiado maior for a Corte Especial, a devolução à Turma propiciará, outrossim, as vantagens decorrentes da especialização por matéria.” (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. Rio

sistema de racionalidade de precedentes firmados em um Tribunal Superior, que a Seção possa decidir de maneira diversa o mérito da demanda em contrariedade ao entendimento da Corte Especial³⁷.

Assim, a cisão do julgamento dos embargos de divergência somente seria obrigatória nas hipóteses que, ultrapassado juízo de admissibilidade, o mérito da divergência estiver relacionado a competência especializada de uma das Seções do STJ.

A especialização das Turmas e Seções do STJ em razão da matéria, prevista no artigo 9.º, §§ 1.º, 2.º e 3.º e incisos do RISTJ³⁸, objetiva aprimorar a uniformidade da interpretação e a racionalidade do julgamento dos processos similares. Por outro lado, se a matéria objeto da divergência não estiver compreendida na referida especialização, temas de interesse comum dos órgãos julgadores, os embargos de divergência devem ser julgados pela Corte Especial.

de Janeiro: Forense, 2005, p. 155).

³⁷ Araken de Assis: “Pode acontecer de o recorrente apontar como divergentes acórdãos proferidos por Turma integrante da mesma Seção da que julgou o acórdão embargado e por Turma integrante da Seção diversa. Em tal hipótese, recairá a competência na esfera da Corte Especial do STJ. Não se mostra concebível, na forma de previsão legal ou regimental específica, dividir o julgamento, ajustando-se o entendimento, em primeiro lugar no seio da própria Seção, e, em seguida, levar o resultado ao conhecimento da Corte Especial. É função precípua desse último órgão fixar a tese jurídica aplicável pelos demais órgãos fracionários do tribunal. O julgamento por etapas provocaria desnecessário desperdício de tempo e de atividade processual, porque a última palavra caberia, de qualquer modo, à Corte Especial.” (ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8.ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.004-1.005).

³⁸ “Art. 9.º A competência das Seções e das respectivas Turmas é fixada em função da natureza da relação jurídica litigiosa. § 1.º À Primeira Seção cabe processar e julgar os feitos relativos a: I – licitações e contratos administrativos; II – nulidade ou anulabilidade de atos administrativos; III – ensino superior; IV – inscrição e exercício profissionais; V – direito sindical; VI – nacionalidade; VII – desapropriação, inclusive a indireta; VIII – responsabilidade civil do Estado; IX – tributos de modo geral, impostos, taxas, contribuições e empréstimos compulsórios; X – preços públicos e multas de qualquer natureza; XI – servidores públicos civis e militares; XII – *habeas corpus* referentes às matérias de sua competência; XIII – benefícios previdenciários, inclusive os decorrentes de acidentes do trabalho; (Redação dada pela Emenda Regimental n.º 14, de 2011) XIV – direito público em geral. (Incluído pela Emenda Regimental n.º 14, de 2011). § 2.º À Segunda Seção cabe processar e julgar os feitos relativos a: I – domínio, posse e direitos reais sobre coisa alheia, salvo quando se tratar de desapropriação; II – obrigações em geral de direito privado, mesmo quando o Estado participar do contrato; III – responsabilidade civil, salvo quando se tratar de responsabilidade civil do Estado; IV – direito de família e sucessões; V – direito do trabalho; VI – propriedade industrial, mesmo quando envolverem arguição de nulidade do registro; VII – constituição, dissolução e liquidação de sociedade; VIII – comércio em geral, inclusive o marítimo e o aéreo, bolsas de valores, instituições financeiras e mercado de capitais; IX – falências e concordatas; X – títulos de crédito; XI – registros públicos, mesmo quando o Estado participar da demanda; XII – locação predial urbana; (Redação dada pela Emenda Regimental n. 11, de 2010) XIII – *habeas corpus* referentes às matérias de sua competência; (Incluído pela Emenda Regimental n. 11, de 2010) XIV – direito privado em geral. (Incluído pela Emenda Regimental n.º 11, de 2010). § 3.º À Terceira Seção cabe processar e julgar os feitos relativos à matéria penal em geral, salvo os casos de competência originária da Corte Especial e os *habeas corpus* de competência das Turmas que compõem a Primeira e a Segunda Seção. (Redação dada pela Emenda Regimental n.º 14, de 2011).

3.4 A dinâmica dos embargos de divergência interpostos no STJ e o recurso extraordinário

A interposição dos embargos de divergência interrompe o prazo para a interposição de recurso extraordinário por qualquer uma das partes (§ 1.^o³⁹ do art. 1.044 do CPC/2015). A norma embora seja óbvia, regula o procedimento a ser observado e a dinâmica entre os embargos de divergência e a interposição do recurso extraordinário a ser interposto contra o acórdão embargado proferido pelo STJ.

Por outro lado, nas hipóteses em que os embargos de divergência forem julgados desprovidos ou não alterem o resultado do julgamento do recurso especial (agravo em recurso especial), o recurso extraordinário interposto pela parte contrária antes da publicação do julgamento do recurso uniformizador será processado e julgado independentemente de ratificação⁴⁰ (§ 2.^o do art. 1.044 do CPC/2015⁴¹).

A regra disposta no mencionado dispositivo legal é similar à prevista no § 5.^o do art. 1.024 do CPC/2015, e objetiva afastar a possibilidade da desnecessária ratificação do recurso extraordinário nas hipóteses em que inexistir alteração do acórdão embargado. A esse respeito, Cássio Scarpinella Bueno afirma:

O § 1.^o traz novidade consistente na interrupção de prazo para o recurso extraordinário por qualquer das partes quando houver interposição de embargos de divergência no Superior Tribunal de Justiça.

O § 2.^o, também sem similar no CPC de 1973, determina a aplicação aos embargos de divergência da regra que o CPC de 2015 traz, em seu art. 1.024, § 5.^o, para os embargos de declaração: na hipótese de os embargos de divergência serem desprovidos ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior, eventual recurso extraordinário interposto pela outra parte antes da publicação do julgamento dos embargos de divergência (e a despeito da regra do § 1.^o do art. 1.044) terá processamento e deverá ser julgado independentemente de ratificação.⁴²

³⁹ “§ 1.^o A interposição de embargos de divergência no Superior Tribunal de Justiça interrompe o prazo para interposição de recurso extraordinário por qualquer das partes.”

⁴⁰ Teresa Arruda Alvim, Maria Lúcia, Leonardo Ferres da Silva Conceição e Rogério Licastro Mello: “O § 1.^o deixa claro ponto sobre o qual hoje poderia haver dúvidas: interrompe-se o prazo para o recurso extraordinário quando os embargos de divergência são interpostos no STJ? Claro que sim. Nem poderia ser ao contrário. Entretanto, se uma das partes já tiver interposto o recurso extraordinário do acórdão que julgou o recurso especial, e o julgamento dos embargos de divergência não alterar o acórdão do STJ, não sendo providos, o recurso extraordinário já interposto será processado e julgado como se não tivesse havido embargos de divergência, e, evidentemente, sem que haja necessidade de ratificação. Se, no entanto, foram providos, às partes será devolvido inteiramente o prazo para interpor o extraordinário, ou para que este, no mesmo prazo, seja retificado.” (ALVIM, Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. In: ALVIM, Teresa Arruda et al (Coords.). 2.^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.698-1.699).

⁴¹ “§ 2.^o Se os embargos de divergência forem desprovidos ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior, o recurso extraordinário interposto pela outra parte antes da publicação do julgamento dos embargos de divergência será processado e julgado independentemente de ratificação.”

⁴² BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. 3.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1.002.

3.5 Efeitos dos embargos de divergência

Como todo e qualquer recurso, os embargos de divergência são dotados de determinados efeitos no âmbito dos Tribunais Superiores. Em regra, no ordenamento processual vigente, o julgamento proferido nos embargos de divergência gera efeitos jurídicos apenas entre as partes. Com efeito, é inegável que também funciona como paradigma jurisprudencial sobre os temas nele enfrentados e ainda pendentes de julgamento nos Tribunais Superiores e Cortes de origem⁴³, ou até mesmo são capazes de formar precedentes, conforme abordado no Capítulo 1 (item 1.5.) do presente trabalho.

Para o exame dos efeitos que a interposição dos embargos de divergência proteja na relação jurídico processual, parte-se das premissas estabelecidas pela doutrina no âmbito da teoria geral dos recursos.

O primeiro efeito que a oposição dos embargos de divergência gera é o interruptivo, efeito inerente a todo e qualquer recurso. Como registra Luis Guilherme Aidar Bondioli “O efeito interruptivo dos embargos de divergência opostos no STJ propicia com a sua oposição e perdura até a intimação da decisão que os julgar ou até a desistência e sua respectiva comunicação, a exemplo do efeito interruptivo produzido pelos embargos de declaração. Ainda a exemplo do que foi dito em matéria de embargos de declaração, o efeito interruptivo dos embargos de divergência opostos no Superior Tribunal de Justiça é objetiva e subjetivamente ampla, alcançando todo o acórdão embargado, inclusive os capítulos decisórios não impugnados pelo embargante, e beneficiando todos os legitimados à interposição do recurso extraordinário.”⁴⁴ Como consequência, o efeito interruptivo impõe a restituição inteira do prazo para eventual interposição de recurso, independentemente do resultado do julgamento do recurso. Araken de Assis acrescenta:

Os embargos de divergência interrompem o prazo para interposição do recurso extraordinário por qualquer das partes (art. 1044, § 1.º). Tal significa que, interpostos os embargos de divergência no último dia do prazo de quinze dias (art. 1.003, § 5.º), a publicação do acórdão, seja qual for o resultado (inadmissibilidade, provimento e desprovimento), restitui por inteiro o prazo de quinze dias para interposição do recurso extraordinário. E, ademais, desprovidos os embargos de divergência ou inexistindo alteração no acórdão embargado, eventual recurso extraordinário, nesse ínterim interposto, ad cautelam, há de ser processado e julgado independentemente de reiteração (art. 1.044, § 2.º).

⁴³ Nelson Nery Jr e Rosa de Andrade Nery afirmam que as decisões dos Tribunais Superiores proferidas em embargos de divergência têm “duas eficácias subjetivas: a) quanto ao objeto litigioso (Streitgegenstand), a lide fixada pelo recorrente, as decisões vinculam e obrigam somente as partes entre as quais foi proferida, não beneficiando nem prejudicando terceiros (CPC 472); b) quanto à tese jurídica nelas fixada, as decisões fixam paradigmas para o futuro, que não vinculam nem obrigam terceiros, mas servem de parâmetro para juízes e tribunais decidirem, com implicação inclusive no juízo de admissibilidade de recurso (v.g., CPC 518 § 1.º e 557 caput) ou de remessa necessária (CPC 475 § 3.º), e até no juízo de mérito de recurso (v.g., CPC 557 § 1.º-A)”. (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 2.397).

⁴⁴ BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Comentários ao Código de Processo Civil: Dos Recursos*. Volume X. In: GOUVÊA, José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar; FONSECA, João Francisco Naves da (Coords.). São Paulo: Saraiva, 2016, p. 293.

Ao contrário, havendo alteração (v.g. quanto à fundamentação), há de ser assegurado prazo para o recorrente complementar suas razões (retro, 12).⁴⁵

Na mesma linha, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero anotam, após a observação da interposição do recurso uniformizador interromper o prazo para interposição de recurso extraordinário: “Se os embargos de divergência forem desprovidos ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior, o recurso extraordinário interposto pela outra parte antes da publicação do julgamento dos embargos de divergência será processado e julgado independentemente de ratificação.”⁴⁶ O julgamento de mérito dos embargos de divergência gera o efeito substitutivo, previsto no art. 1.008⁴⁷ do CPC/2015, tal como já foi reconhecido pelo STJ⁴⁸, ainda na vigência do CPC/1973. Neste sentido, a decisão de mérito dos embargos de divergência substitui o acórdão embargado, mesmo que mantida⁴⁹ a tese firmada. Na hipótese de o recurso uniformizador não ultrapassar o juízo de admissibilidade, não incide o efeito substitutivo.

Os embargos de divergência, em regra, assim como os recursos extraordinário e especial, não são dotados de efeito suspensivo. Isso, porém, não afasta a possibilidade do referido efeito ser pleiteado nos termos do 995, parágrafo único⁵⁰, do CPC/2015, mediante a presença de risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, bem como a probabilidade do provimento do recurso uniformizador.

Nelson Nery Jr abre uma exceção, especificamente quando se dedica a analisar os embargos de divergência, ao dizer: “Os embargos de divergência (CPC 546), como são cabíveis no RE e REsp, que são recebidos apenas no efeito devolutivo (CPC 542, §2º), têm também esse único efeito, sendo desprovida de suspensividade.”⁵¹ E continua: “Entretanto, se o acórdão embargado

⁴⁵ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8.^a ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1.003.

⁴⁶ *Código de Processo Civil Comentado*. 5.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 1.193.

⁴⁷ “Art. 1.008. O julgamento proferido pelo tribunal substituirá a decisão impugnada no que tiver sido objeto de recurso.”

⁴⁸ Assim: “Acolhidos os embargos de divergência, nos moldes do disposto no art. 512 do CPC/1973 (vigente à época da prolação do aresto), deve prevalecer a decisão proferida pelo órgão superior, em face do efeito substitutivo do recurso.” (Excerto da ementa do AgInt no AREsp 1254080/RJ, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 07.02.2019).

⁴⁹ Nelson Luiz Pinto afirma que “De qualquer forma, uma vez julgado o mérito dos embargos de divergência, ainda que mantenha o que restou decidido no recurso extraordinário ou especial, por força do disposto no art. 1.008 do CPC/2015, o julgamento proferido pelo tribunal substituirá a decisão impugnada no que tiver sido objeto do recurso. Trata-se do efeito substitutivo dos recursos, sempre que venha a ocorrer julgamento de mérito do mesmo. (...) Assim, julgado o mérito dos embargos de divergência, ainda que mantida a tese firmada no julgamento do recurso extraordinário ou especial, será o acórdão dos embargos que transitará em julgado e que servirá como título executivo judicial ou que deverá, eventualmente, ser objeto de ação rescisória, valendo como marco inicial do prazo decadencial para essa ação o trânsito em julgado do acórdão dos embargos de divergência. (*Comentários ao Código de Processo Civil – volume 4*. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2017, p. 617).

⁵⁰ “Art. 995. Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso. Parágrafo único. A eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso.”

⁵¹ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 7.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 432.

tiver dado provimento ao RE ou REsp, os embargos de divergência serão recebidos nos efeitos devolutivo e suspensivo.”⁵²

O pedido de atribuição de efeito suspensivo (ou, ainda melhor, a tutela provisória recursal) pode ser formulado incidentalmente na petição recursal ou de maneira autônoma⁵³, tanto nas hipóteses de tutela de urgência quanto de evidência⁵⁴.

Antes de examinarmos o efeito devolutivo – e seus vetores⁵⁵ – e a eventual incidência do efeito translativo nos embargos de divergência, é necessário analisar, ainda que brevemente, a interpretação relacionada à incidência da Súmula n.º 456/STF aos recursos excepcionais, bem como sobre o artigo 1.034⁵⁶, parágrafo único, do CPC/2015 e o art. 255, § 5.º, do RISTJ⁵⁷ (antigo art. 257 do RISTJ).

Os Tribunais Superiores, essencialmente, não atuam no julgamento dos recursos extraordinário e especial como Cortes de Cassação, mas efetivamente como Cortes de Revisão, pois admitindo o recurso deverá julgar a causa⁵⁸.

Em sede doutrinária⁵⁹ referencial, Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas reconhecem que existem correntes teóricas distintas sobre a atividade de re julgamento da causa, em síntese: a) a

⁵² NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 7.ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 432.

⁵³ Luis Guilherme Aider Bondioli aduz “Apesar do silêncio específico do legislador, não são vedados pleitos suspensivos ou antecipatórios no contexto dos embargos de divergência. Demonstrando o embargante a probabilidade do sucesso dos seus embargos (*fumus boni iuris*) e a sua exposição a um dano grave (*periculum in mora*), admite-se pedido para a agregação de eficácia suspensiva aos embargos ou para a precipitação de efeitos do seu acolhimento (art. 995, parágrafo único, do CPC). Pedido nesse sentido pode ser formulado já na petição de embargos de divergência ou em peça avulsa e será apreciado pelo relator.” (BONDIOLI, Luis Guilherme Aider. *Comentários ao Código de Processo Civil: Dos Recursos*. Volume XX. In: GOUVÊA, José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luis Guilherme Aider; FONSECA, João Francisco Naves da (Coords.). São Paulo: Saraiva, 2016, p. 287).

⁵⁴ “Os embargos de divergência não possuem efeito suspensivo automático; contudo, é possível que o relator dos embargos o atribua mediante requerimento do Embargante e desde que seja demonstrada a probabilidade do direito ou, sendo relevante a fundamentação, haja risco de dano irreparável ou de difícil reparação. Ou seja, tanto para situações de evidência quanto de urgência é possível a outorga de efeito suspensivo aos embargos de divergência. (ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 18.ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 1.489-1.490).

⁵⁵ Ou seja, suas dimensões: a) horizontal (que equivale àquilo que tenha sido efetivamente impugnado na decisão recorrida) e vertical (o que é devolvido automaticamente). Essa clássica divisão, porém, foi revista por Nelson Nery Jr, para quem a devolução automática não se dá por obra do efeito devolutivo. Para ele, a devolução depende sempre de impugnação e, portanto, de atividade do recorrente. Para Nery esse mecanismo explica-se pelo efeito translativo dos recursos. (*Teoria geral dos recursos*. 7.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 460-ss).

⁵⁶ “Art. 1.034. Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça julgará o processo, aplicando o direito. Parágrafo único. Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial por um fundamento, devolve-se ao tribunal o conhecimento dos demais fundamentos para a solução do capítulo impugnado.”

⁵⁷ “Art. 255, § 5.º, do RISTJ (antigo art. 257 do RISTJ) – No julgamento do recurso especial, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma não conhecerá do recurso; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie, com observância da regra prevista no art. 10 do Código de Processo Civil.” (Incluído pela Emenda Regimental n.º 24, de 2016).

⁵⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 15.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. V, págs. 604-605.

⁵⁹ ALVIM, Teresa Arruda; Dantas, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. 3.ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 392-393.

primeira corrente entende que conhecido o recurso, não seria necessário exigir o prequestionamento, inclusive de matéria de ordem pública, bem como seria possível o reexame de provas e fatos, a qual seria capitaneada pela doutrina de Nelson Nery Junior; b) A segunda corrente defende que conhecido o recurso, o rejuízo somente poderia considerar elementos constantes do acórdão recorrido, entendimento majoritário nos Tribunais Superiores e defendida por Barbosa Moreira; c) a terceira corrente, tida como intermediária, entende pela impossibilidade de conhecimento de matéria fática e provas, mas apenas dos demais fundamentos necessários à resolução da demanda ou da defesa não examinados no acórdão impugnado⁶⁰, bem como entende ser possível a análise de matéria de ordem pública.

Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas afirmam que o CPC/2015 adotou a posição apontada como intermediária na interpretação da Súmula n.º 456/STF, pois o “rejuizar a causa pode, a nosso ver, à luz do NCPC, (a) ensejar o conhecimento de matéria de ordem pública, mesmo que não alegada pelas partes, (b) levar à cognição das demais causas de pedir ou dos demais fundamentos da defesa.”⁶¹

Realmente, o Novo Código repetiu a regra de permitir a análise de matéria de ordem pública, a qualquer tempo e grau de jurisdição (art. 485, § 3.º). A novidade ficou por conta do parágrafo único do mencionado art. 1.034: “Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça julgará o processo, aplicando o direito. Parágrafo único. Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial por um fundamento, devolve-se ao tribunal o conhecimento dos demais fundamentos para a solução do capítulo impugnado.”

Com isso, a doutrina, fazendo menção ao texto do referido dispositivo legal, admite que no rejuízo da causa ocorra a análise dos demais fundamentos indispensáveis à completa prestação jurisdicional do capítulo impugnado. Em tal sentido, também é o entendimento do STF⁶² ao interpretar a Súmula n.º 456/STF. Por outro lado, também merecem destaque

⁶⁰ Posição defendida pelo Ministro Eduardo Ribeiro desde o início das atividades do STJ (REsp 5.178/SP, 3.ª Turma, Rel. p/ acórdão Min. Eduardo Ribeiro, DJ 25.11.1991, p. 17.069).

⁶¹ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. 3.ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 393.

⁶² Ver importante julgado do STF sobre o tema: RE 298694, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgamento em 6.8.2003, DJe de 23.4.2004. A mesma orientação foi reafirmada após a vigência do CPC/2015: “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. NATUREZA REVISIONAL. TÉCNICA DE JULGAMENTO. DEMANDA COM MAIS DE UM FUNDAMENTO. ACOHIMENTO DO RECURSO PARA AFASTAR UM DELES. INDISPENSABILIDADE DE APRECIÇÃO DOS DEMAIS. Súmula n.º 456/STF. 1. Em nosso sistema processual, o recurso extraordinário tem natureza revisional, e não de cassação, a significar que “o Supremo Tribunal Federal, conhecendo o recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie” (Súmula n.º 456). Conhecer, na linguagem da Súmula, significa não apenas superar positivamente os requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, mas também afirmar a existência de violação, pelo acórdão recorrido, da norma constitucional invocada pelo recorrente. 2. Sendo assim, o julgamento do recurso do extraordinário comporta, a rigor, três etapas sucessivas, cada uma delas subordinada à superação positiva da que lhe antecede: (a) a do juízo de admissibilidade, semelhante à dos recursos ordinários; (b) a do juízo sobre a alegação de ofensa a direito constitucional (que na terminologia da Súmula n.º 456/STF também compõe o juízo de conhecimento); e, finalmente, se for o caso, (c) a do julgamento da causa, “aplicando o direito à

julgados do STJ atenuando o rigor da vedação ao exame de matéria fática⁶³ e da exigência do prequestionamento⁶⁴ do tema, ao aplicarem a Súmula n.º 456/STF em sede de julgamento de recurso especial.

Nelson Nery Jr, antes mesmo da vigência do Novo Código, admitia expressamente essa possibilidade. Em obra publicada muito antes da edição do Código de 2015, sustentava:

Não há o efeito translativo na primeira fase de julgamento dos recursos excepcionais (extraordinário, especial e embargos de divergência) – juízo de cassação –, porque seus regimes jurídicos estão no texto constitucional que diz serem cabíveis das causas decididas pelos tribunais inferiores (CF 102 III e 105 III). Caso o tribunal não tenha se manifestado sobre questão de ordem pública, o acórdão somente poderá ser impugnado por ação autônoma (ação

espécie”. 3. Esse “julgamento da causa” consiste na apreciação de outros fundamentos que, invocados nas instâncias ordinárias, não compuseram o objeto do recurso extraordinário, mas que, “conhecido” o recurso (vale dizer, acolhido o fundamento constitucional nele invocado pelo recorrente), passam a constituir matéria de apreciação inafastável, sob pena de não ficar completa a prestação jurisdicional. Nada impede que, em casos assim, o STF, ao invés de ele próprio desde logo “julgar a causa, aplicando o direito à espécie”, opte por remeter esse julgamento ao juízo recorrido, como frequentemente o faz. 4. No caso, a parte demandada invocou, em contestação, dois fundamentos aptos, cada um deles, a levar a um juízo de improcedência: (a) a inexistência do direito afirmado na inicial e (b) a prescrição da ação. Nas instâncias ordinárias, a improcedência foi reconhecida pelo primeiro fundamento, tornando desnecessário o exame do segundo. Todavia, em recurso extraordinário, o Tribunal afastou o fundamento adotado pelo acórdão recorrido, razão pela qual se impunha que, nos termos da Súmula n.º 456, enfrentasse a questão prescricional, ou, pelo menos, que remetesse o respectivo exame ao tribunal recorrido. A falta dessa providência, que deixou inconclusa a prestação jurisdicional, importou omissão, sanável por embargos declaratórios. 5. Embargos de declaração acolhidos.” (RE 346736 AgR-ED, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 04/06/2013, DJe-115, public 18.06.2013).

⁶³ Neste sentido: “Sendo incontroverso o quadro fático, aplica-se o direito à espécie, mesmo diante de omissão da origem, por economia e celeridade processuais, nos termos do art. 257 do RISTJ e da Súmula n.º 456 do STF, por analogia” (Excerto da ementa do REsp 1546424/RJ, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, DJe 02.10.2017) e “Nos termos do art. 257 do Regimento Interno do STJ, no julgamento do Recurso Especial verificar-se-á, preliminarmente, se o Recurso é cabível. Decidida a preliminar pelo cabimento, será julgada a causa, com aplicação do direito à espécie. Contudo, em vista da Súmula n.º 456 do STF, que contém enunciado semelhante ao do art. 257 do Regimento Interno do STJ, a Segunda Turma do STF, ao julgar os EDcl no AgRg no RE 346.736/DF (Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, DJe-115, de 18/06/2013), proclamou que nada impede que o STF – ao invés de ele próprio, desde logo, “julgar a causa, aplicando o direito à espécie” – opte por remeter esse julgamento ao Juízo recorrido, como frequentemente o faz. IV. Com efeito, quando a aplicação do direito à espécie pressupõe o exame de matéria de fato, faz-se necessário o retorno dos autos ao Tribunal de origem, para ulitimação do procedimento de subsunção das circunstâncias fáticas da causa às normas jurídicas incidentes, na espécie. Nesse sentido: STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 938.704/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 14/10/2013.” (Excertos da ementa dos EDcl no REsp 1308581/PR, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 29.03.2016).

⁶⁴ Com efeito: “O requisito do prequestionamento diz respeito apenas à fase de conhecimento do recurso especial. A orientação da Súmula n.º 456 do STF (“O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o Direito à espécie”) foi incorporada como texto legal expresso pelo art. 1034 do novo CPC, segundo o qual “Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça julgará o processo, aplicando o direito.” (Excerto da ementa dos EDcl no REsp 1280825/RJ, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 01.08.2017); “O Superior Tribunal de Justiça, primando pela celeridade e economia processuais, vem mitigando o rigorismo do prequestionamento em situações excepcionais para, superado o juízo de admissibilidade, ampliar a extensão do efeito devolutivo, de forma a aplicar o direito à espécie, nos termos do art. 257 do RISTJ e da Súmula n.º 456 do STF. Precedente: REsp 1.412.997/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 26/10/2015. Contudo, no caso em análise, a exigência de prequestionamento não se trata de mero rigorismo formal, que pode ser afastado pelo julgador a qualquer pretexto. Ele consubstancia a necessidade de obediência aos limites impostos ao julgamento das questões submetidas a esta Corte Superior, cuja competência foi outorgada pela Constituição Federal em seu art. 105.” (Excerto da ementa do AgRg no AREsp 786.210/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, DJe 15/12/2016).

rescisória), já que incidem na hipótese os STF 282 e 356, que exigem o prequestionamento da questão constitucional ou federal suscitada, para que seja conhecido o recurso constitucional excepcional.

(...)

Entretanto, conhecido e provido o recurso excepcional (RE, REsp e EmbDiv), isto é, cassada a decisão recorrida, os tribunais superiores passam a ser competência plena para julgar a causa aplicando o direito à espécie, conforme corretamente determinam a STF 456, o RISTF 336 e o RISTJ 257.⁶⁵

Entretanto, ainda que as questões de ordem pública possam ser analisadas a qualquer tempo, é difícil transpor a necessidade de condicionar o julgamento de tais questões ao prequestionamento do tema nos recursos excepcionais. Tal exigência decorre da exigência prevista na Constituição Federal que estabelece que somente causas decididas⁶⁶ podem ser objeto de julgamento nos recursos extraordinário e especial, e, consequentemente nos embargos de divergência. Tal entendimento também tem sido adotado pela atual jurisprudência do STF⁶⁷ e da Corte Especial do STJ⁶⁸⁻⁶⁹.

⁶⁵ *Teoria geral dos recursos*. 7.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 465.

⁶⁶ “Para que se configure o prequestionamento, não basta que o recorrente devolva a questão controvertida para o Tribunal, em suas razões recursais. É necessário que a causa tenha sido decidida à luz da legislação federal indicada, bem como seja exercido juízo de valor sobre os dispositivos legais indicados e a tese recursal a eles vinculada, interpretando-se a sua aplicação ou não, ao caso concreto”. “[...] ‘a exigência do prequestionamento, impende salientar, não é mero rigorismo formal, que pode ser afastado pelo julgador a que pretexto for. Ele consubstancia a necessidade de obediência aos limites impostos ao julgamento das questões submetidas ao E. Superior Tribunal de Justiça, cuja competência fora outorgada pela Constituição Federal, em seu art. 105. (...) A competência para a apreciação originária de pleitos no C. STJ está exaustivamente arrolada no mencionado dispositivo constitucional, não podendo sofrer ampliação’ [...]”. “[...] na forma da jurisprudência do STJ, ‘as questões de ordem pública, embora passíveis de conhecimento de ofício nas instâncias ordinárias, não prescindem, no estreito âmbito do recurso especial, do requisito do prequestionamento’ [...]”. (Informações adicionais do AgInt no AREsp 920.033/DF, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 17.08.2017, DJe 24.08.2017).

⁶⁷ Assim: “Tema do apelo extremo, relacionado à “incompetência da Justiça do Trabalho”, não foi objeto de análise prévia e conclusiva pelo Tribunal de origem. Incidência das Súmulas 282 e 356/STF. A jurisprudência do Supremo Tribunal é firme em exigir o regular prequestionamento das questões constitucionais suscitadas no recurso extraordinário, ainda que se trate de matéria de ordem pública. Precedentes.” (Excerto da ementa do ARE 912986 AgR, Relator Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe-173 public 07.08.2017); “A matéria de ordem pública, conquanto cognoscível de ofício pelo juiz ou Tribunal em qualquer tempo e grau de jurisdição (art. 267, § 3.º, do CPC), não prescinde do requisito do prequestionamento em sede de Recurso Extraordinário. Precedentes: AI 539.558-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 30/11/2011, e AI 733.846-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 19/6/2009. (...)” (Excerto da ementa do AI 858531 AgR-ED, Relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma, public. 13-11-2015).

⁶⁸ “Esta Corte Superior possui entendimento de que, na instância especial, é necessário o cumprimento do requisito do prequestionamento das matérias de ordem pública.(...)” (Excerto da ementa do AgRg nos EREsp 1131231/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, DJe 02.06.2015); “1. Para a apreciação de matéria pelo STJ no julgamento de recurso especial, é necessário ter havido o efetivo debate da legislação infraconstitucional no Tribunal de origem. 2. Não cabe a apreciação de direito superveniente invocado pela parte somente em recurso especial e no STJ, em face do não cumprimento do requisito constitucional do prequestionamento. 3. A exigência do prequestionamento prevalece também quanto às matérias de ordem pública.” (Excerto da ementa dos EREsp 805.804/ES, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, DJe 01.07.2015).

⁶⁹ Recentemente, essa mesma posição foi reafirmada: “AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. DISCUSSÃO SOBRE REGRA TÉCNICA DE CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. ACÓRDÃO EMBARGADO DE ACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA. SÚMULA N.º 168/STJ. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que os embargos de divergência não se prestam a discutir o erro ou o acerto do decisor quanto à incidência ou não de regra técnica de conhecimento de recurso especial. 2. Acórdão embargado conforme jurisprudência desta

Assim, o novo ordenamento processual ampliou a campo de incidência do efeito devolutivo dos recursos excepcionais ao permitir maior efetividade nas soluções das controvérsias em um mesmo processo, podendo analisar, caso o recurso seja conhecido, matéria de ordem pública, desde que prequestionadas, e demais pontos da defesa não examinados pelo Tribunal de origem, respeitando o princípio da não surpresa quando for necessário, nos termos dos art. 10 e 933 do CPC/2015.

Estabelecidas as referidas premissas, pode ser analisado especificamente o efeito devolutivo dos embargos de divergência.

A devolutividade do recurso uniformizador está restrita aos limites da divergência, o que inviabilizaria a possibilidade de apreciar de ofício questões não indicadas no recurso uniformizador, assim como de temas não compreendidos na divergência apontada ou que poderiam ter sido apreciados nos recursos especial e extraordinário. Essa, inclusive, a visão da doutrina, em sua posição majoritária.⁷⁰ Sobre o tema, Nelson Nery Jr pontificou que “Matéria não decidida no acórdão embargado não pode constituir objeto de embargos de divergência.”⁷¹

Outrossim, ao julgar os embargos de divergência o Tribunal Superior não está limitado a acolher, necessariamente, a tese contida no acórdão embargado ou na tese do aresto paradigma. O órgão julgador pode, caso admitido o recurso, optar por uma terceira⁷² tese, que pode significar uma modificação de entendimento jurisprudencial, ou a aplicação de tese firmada em precedente qualificado, observada a intimação das partes em observância ao princípio da não surpresa⁷³.

Corte no tocante à exigência do prequestionamento de matéria de ordem pública. Incidência do enunciado n.º 168/STJ. 3. Agravo interno a que se nega provimento.” (AgInt nos EREsp 1472611/CE, Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Corte Especial, DJe 14/12/2018).

⁷⁰ Nelson Luiz Pinto, a esse respeito, leciona “Deve-se também observar que o efeito devolutivo dos embargos de divergência estará limitado ao objeto de divergência entre os julgados confrontados, ou seja, a devolutividade restringe-se à tese jurídica que se pretende uniformizar com os embargos de divergência. Não se trata, pois, de uma devolutividade ampla, não podendo o órgão julgador desse novo recurso enfrentar novamente todas as questões que foram ou poderiam ter sido apreciadas no julgamento do recurso extraordinário ou especial. Não se aplica, assim, no julgamento dos embargos de divergência, a regra contida no art. 1034 do CPC/2015, segundo a qual, uma vez admitido o recurso extraordinário ou especial, a causa será julgada por inteiro, independentemente do fundamento que levou à admissão do RE ou REsp. (*Comentários ao Código de Processo Civil*. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2017. v. 4, p. 617).

⁷¹ *Teoria geral dos recursos*. 7.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 426.

⁷² Luis Guilherme Aidar Bondioli: “Quando superada a barreira da admissibilidade, o resultado dos embargos de divergência depende de um confronto entre as teses jurídicas do acórdão embargado e do acórdão paradigma. Se esse confronto termina com a tese jurídica em que se funda o acórdão embargado, os embargos são rejeitados. Por sua vez, se tal confronto se encerra com a predominância da tese jurídica que lastreia o acórdão paradigma ou até de uma terceira tese acerca do tema objeto dos embargos, estes são acolhidos.” (BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Comentários ao Código de Processo Civil: Dos Recursos – volume XX*. In: GOUVÊA, José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar; FONSECA, João Francisco Naves da (Coords.). São Paulo: Saraiva, 2016. p. 291).

⁷³ É o que sustentam Teresa Arruda Alvim, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva e Rogério Licastro Torres Mello: “Ao julgar os embargos de divergência pode o Tribunal, promovendo-os, optar por uma terceira via: ou seja, pode “corrigir” o acórdão recorrido, mas não optar pela tese adotada no paradigma. Em vez disso, aplicando o direito à espécie (art. 1.034), pode optar por um terceiro caminho. Não, todavia, sem antes proporcionar às partes possibilidade de se manifestar (art. 10). (ALVIM, Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. ALVIM, Teresa Arruda et al. 2.ª ed. rev., atual. e ampl. São

Assim, como anunciado, o Tribunal da Cidadania⁷⁴ tem admitido a possibilidade de aplicar “terceira tese” no julgamento dos embargos de divergência.

Por fim, deve ser analisada a existência do efeito translativo nos recursos excepcionais, especificamente nos embargos de divergência. O tema é objeto de significativa controvérsia no âmbito doutrinário, com respeitáveis opiniões no sentido da não incidência do efeito translativo em embargos de divergência⁷⁵, no sentido da incidência do referido efeito⁷⁶⁻⁷⁷, inclusive com a necessidade de intimação da parte contrária⁷⁸ para se manifestar sobre questão nova e evitar decisão surpresa. Há, ainda, corrente que sustenta que o efeito translativo somente incidiria após a segunda fase de julgamentos dos recursos excepcionais⁷⁹.

No âmbito jurisprudencial também não é possível reconhecer entendimento firmado sobre o tema, em especial no STJ que, em julgados contemporâneos, nega⁸⁰ a possibilidade de efeito translativo em recurso excepcional, admite⁸¹ em outro julgado, inclusive equiparando o

Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1.698).

⁷⁴ “Conhecidos os embargos de divergência, incumbe ao órgão julgador aplicar o direito à espécie, mesmo que, para isso, seja necessária a adoção de uma terceira tese, diversa das que foram acolhidas nos arestos embargado e paradigma. Precedentes da Corte Especial e de todas as Seções do STJ.” (Excerto da ementa dos EREsp 811.712/SP, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, rel. p/ acórdão Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe 06.03.2013).

⁷⁵ Gilson Miranda e Patricia Pizzol afirmam que “O efeito translativo não se aplica a esse recurso. A cognição como visto é limitada à divergência, com aplicação dos outros requisitos próprios dos recursos especial e extraordinário.” (*Recursos no Processo Civil*. 6.ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 195).

⁷⁶ Para Luis Guilherme Aidar Bondioli, “(...) ainda dentro do possível julgamento da causa no contexto dos embargos de divergência, constata-se a presença de efeito translativo. Assim, uma vez conhecido o recurso, podem ser investigados os requisitos de admissibilidade do julgamento do *meritum causae* relativos à pretensão ainda pendente de definição no processo.” (BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Comentários ao Código de Processo Civil: Dos Recursos*. Volume XX. In: GOUVÊA, José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar; FONSECA, João Francisco Naves da (Coords.). São Paulo: Saraiva, 2016, p. 292).

⁷⁷ Também assim para Fredie Didier Jr e Leonardo Carneiro da Cunha: “À semelhança do que ocorre com o julgamento dos recursos excepcionais, uma vez conhecidos os embargos de divergência o tribunal deverá julgar a causa, aplicando à espécie (Art. 336 do RISTF). É possível, então, falar de efeito translativo (ou dimensão vertical ou profundidade do efeito devolutivo) também para esse recurso, o que permite ao tribunal examinar as questões que podem ser conhecidas de ofício.” (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 15.ª ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2018. v. 3, p. 465).

⁷⁸ Para Nelson Luiz Pinto: “Por outro lado, parece-nos perfeitamente aplicável aos embargos de divergência o efeito translativo, pelo qual são possíveis o conhecimento e a apreciação de questões de ordem pública após o necessário contraditório, na forma prevista no art. 933 do CPC/2015. Assim, caso o relator dos embargos de divergência constate, de ofício, ter havido alguma nulidade no julgamento do recurso extraordinário ou especial, deverá intimar as partes para sobre ela se manifestarem e, então, considerá-la no julgamento dos embargos, podendo, inclusive, vir a ser decretada a nulidade do acórdão que julgou o recurso extraordinário ou especial. (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Volume 4. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2017, p. 617).

⁷⁹ Como visto, Nelson Nery Jr já admitia essa possibilidade (*Teoria geral dos recursos*. 7.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 465). Em trabalho escrito à luz do Novo Código, essa opinião é reafirmada: NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil comentado*. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 2.396).

⁸⁰ No sentido da inexistência: “Aplicação do efeito translativo ao recurso especial. Necessário esclarecer que tal efeito é próprio dos recursos ordinários (apelação, agravo, embargos infringentes, embargos de declaração e recurso ordinário constitucional), e não aos recursos excepcionais, como é o caso do recurso especial.” (Excerto da ementa do AgInt no AREsp 1021641/MG, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe 19.05.2017).

⁸¹ No sentido da existência: “É possível o exame de matérias de ordem pública quando o recurso especial ultrapassa

efeito translativo ao suspensivo em profundidade⁸². Araken de Assis⁸³, ao tratar do tema, entende que:

A interposição dos embargos de divergência remete ao conhecimento da matéria impugnada (= embargada) ao conhecimento do órgão ad quem.

Limita-se a devolução à tese jurídica objeto da divergência. E, de acordo com a opinião prevalecente, no julgamento dos embargos de divergência ao órgão ad quem é vedado examinar, ex officio, as questões de ordem pública não decididas no acórdão embargado, alheias ao objeto da divergência (art. 485, § 3.º). Duas razões amparam o entendimento: em primeiro lugar, a ‘matéria restante’ aludida no art. 336, parágrafo único, do RISTF respeita à divergência; ademais, só as questões “decididas” se ostentam passíveis de julgamento nos recursos extraordinário e especial, e nada mais, repercutindo a restrição nos embargos de divergência opostos aos respectivos acórdãos.

A referida, com o máximo respeito aos entendimentos contrários, deve ser adotada, pois diante das limitações constitucionais dos recursos excepcionais, no sentido de somente admitir o julgamento as “causas decididas” pelas Cortes de origem, bem como o fato da devolutividade do recurso uniformizador estar limitada à divergência apontada, não há falar em efeito translativo em embargos de divergência. No mesmo sentido, a orientação de Eduardo Arruda Alvim, Daniel Willian Granado e Eduardo Aranha Ferreira ao abordarem o tema:

A interposição dos embargos de divergência conduz à devolução da matéria objeto de divergência ao órgão ad quem. O efeito devolutivo, em tais casos, é restrito a matéria em que se verifique a divergência entre o acórdão recorrido e aquele indicado como paradigma.

Cabe, nesse passo, indagar acerca do efeito translativo. Não nos parece que, em relação aos embargos de divergência, se possa falar em efeito translativo. Como regra geral, entende-se que o efeito translativo é estranho aos recursos ditos extraordinários. E os embargos de divergência constituem desdobramento do recurso especial (ou do extraordinário, conforme o caso), modalidade que pode ser encartada nesse gênero maior, a que, neste trabalho, denominados recursos extraordinários. Desse modo, não há falar, segundo se pensa, em efeito translativo, exceto quando tratarem de matérias impugnadas pelo art. 1.043, § 1.º, do CPC/2015.⁸⁴

o juízo de admissibilidade, ainda que por outros fundamentos, à luz do efeito translativo dos recursos. Não há como invocar o efeito translativo na espécie se não houve a abertura da instância especial, já que o recurso especial nem mesmo chegou a ultrapassar a barreira do conhecimento, de modo que não há como apreciar, de ofício, a questão relativa à prescrição.” (Excerto da ementa dos EDcl no AgInt no AREsp 973.872/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 23/03/2017).

⁸² Equiparando efeito devolutivo em profundidade e translativo, ver: “Diante desse contexto, ainda que à luz do novo CPC – o que não é o caso –, não ultrapassado o juízo de admissibilidade do apelo nobre, não há falar em efeito translativo ou efeito devolutivo em profundidade (art. 1.034, parágrafo único, do CPC/2015) do Recurso Especial.” (AgInt no AREsp 583.239/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 16.06.2016).

⁸³ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8.ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.001.

⁸⁴ ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito processual civil*. In: ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel William; FERREIRA, Eduardo Aranha (Coords.). 6.ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 1.060.

4 REQUISITOS ESPECÍFICOS DE ADMISSIBILIDADE DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

4.1 Requisitos gerais de admissibilidade dos Embargos de Divergência

No presente capítulo, serão analisados os requisitos específicos de admissibilidade dos embargos de divergência. O eventual cabimento de sanabilidade dos vícios formais de admissibilidade dos referidos requisitos será analisada no próximo capítulo (Capítulo 5).

4.1.1 Tempestividade

O artigo 1.003, § 5.^o¹, do CPC/2015 unificou² o prazo para a interposição dos recursos em 15 dias, salvo embargos de declaração. Por outro lado, o artigo 219 do CPC/2015 estabelece que a contagem de prazo em dias, previsto em lei ou pelo magistrado, será contado somente em dias úteis. A nova regra prevista no ordenamento processual modificou sensivelmente a forma de contagem dos prazos ao estabelecer que aqueles fixados em dias serão contados em dias úteis.

Assim, o prazo para a interposição dos embargos de divergência é de quinze (15) dias úteis, nos termos da interpretação dos referidos dispositivos. O prazo é contado da intimação do último recurso julgado pelo órgão fracionário do Tribunal Superior. O prazo para apresentação de resposta ao recurso uniformizador também é de quinze (15) dias úteis, nos termos dos referidos dispositivos legais.

O Ministério Público, a Fazenda Pública e a Defensoria Pública gozam de prazo em dobro³ para interpor o recurso uniformizador, nos termos do arts. 180, 183 e 183 do CPC/2015. Por outro lado, a na visão do STJ⁴, nas hipóteses de litisconsórcio, não incide prazo em dobro para a interposição dos embargos de divergência quando apenas um dos litisconsortes recorre.

¹ “Art. 1.003. O prazo para interposição de recurso conta-se da data em que os advogados, a sociedade de advogados, a Advocacia Pública, a Defensoria Pública ou o Ministério Público são intimados da decisão. (...) § 5.^o Excetuados os embargos de declaração, o prazo para interpor os recursos e para responder-lhes é de 15 (quinze) dias.”

² “O art. 1.003, § 5.^o do Código Fux prevê que, excetuados os embargos de declaração, o prazo para interpor os recursos e para responder-lhes é de 15 dias. Por sua vez, o art. 1.023, caput do diploma ritual estabelece que os embargos serão opostos no prazo de 5 dias, em petição dirigida ao juiz, com indicação do erro, obscuridade, contradição ou omissão. Assinale-se não haver qualquer notícia de que a parte embargante tenha direito a contagem em dobro do prazo, razão pela qual os embargos, porquanto intempestivos, não podem ser conhecidos.” (Excertos da ementa dos EDcl nos EREsp 1249118/ES, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Corte Especial, DJe 13.09.2017).

³ EREsp 986.470/RN, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 26/05/2010, DJe 11/06/2010.

⁴ Assim: “Não se aplica a regra do prazo recursal em dobro prevista no art. 191 do Código de Processo Civil à hipótese em exame uma vez que apenas o ora agravante, um dos litisconsortes, apresentou os embargos de divergência.” (Cf. excerto extraído da ementa do AgRg nos EREsp 1241460/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Corte Especial, DJe 28.05.2014).

O novo ordenamento processual também regulou a tempestividade do recurso prematuro (art. 218, § 4.^o), desconstruindo restritiva interpretação jurisprudencial dos Tribunais Superiores⁶ que entendia como intempestivo o recurso interposto antes do início da fluência do prazo recursal.

4.1.2 Preparo

Os embargos de divergência estão sujeitos ao preparo (art. 1.007⁷ do CPC/2015) nos Tribunais Superiores, comprovado no momento da interposição, sob pena de deserção.

O preparo, no recurso uniformizador, compreende as custas judiciais e eventuais valores de porte de remessa e retorno, o qual é desnecessário nas hipóteses de processo eletrônico (§ 3.^o do art. 1.007 do CPC/2015).

O preparo dos embargos de divergência deve ser apresentado no momento da sua interposição, mas poderá ser dispensado nas hipóteses legais (ex: Fazenda Pública, Ministério Público), e nos casos de processos que envolvam beneficiários da justiça gratuita⁹.

Na Corte Constitucional, a previsão do preparo está contida nos arts. 57¹⁰ e art. 59, II¹¹, do RISTF. No Tribunal da Cidadania está previsto na Lei n.º 11.636/2007¹², que dispõe sobre as custas judiciais das ações e recursos que tramitam no STJ. A mencionada norma federal, expressamente dispensa a necessidade de pagamento de custas nos processos criminais, salvo

⁵ “Art. 218. Os atos processuais serão realizados nos prazos prescritos em lei. (...) § 4.º Será considerado tempestivo o ato praticado antes do termo inicial do prazo.”

⁶ Segundo a uníssona jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal revela-se intempestivo, por prematuro, o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão que julgou o recurso de apelação, ainda que não interpostos embargos declaratórios contra o aludido acórdão. Precedentes. “A intempestividade dos recursos tanto pode derivar de impugnações prematuras (que se antecipam à publicação dos acórdãos) quanto decorrer de oposições tardias (que se registram após o decurso dos prazos recursais). (...) a simples notícia do julgamento, além de não dar início à fluência do prazo recursal, também não legitima a prematura interposição de recurso, por absoluta falta de objeto. Precedentes.” (AI 375124 AgR-ED, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 28.06.2002). (Excertos da ementa do AgRg no AREsp 558.116/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 07.10.2014).

⁷ “Art. 1.007. No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção.”

⁸ “Art. 1.007, § 3.º: É dispensado o recolhimento do porte de remessa e de retorno no processo em autos eletrônicos.”

⁹ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 9.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 1000.

¹⁰ “Art. 57. Salvo os casos de isenção, compete às partes antecipar o pagamento do respectivo preparo. Parágrafo único. O preparo compreende o recolhimento de custas e das despesas de todos os atos do processo, inclusive o porte de remessa e retorno, quando for o caso.”

¹¹ *In verbis*: “Art. 59. O recolhimento do preparo: (...) II – quando se tratar de feitos de competência originária, será comprovado no ato de seu protocolo.”

¹² “AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PROCESSO CIVIL. FALTA DE RECOLHIMENTO DA CUSTAS. DESERÇÃO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA INADMITIDOS. AGRAVO REGIMENTAL DO PARTICULAR A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A partir da análise conjunta do art. 511 do CPC, dos arts. 9.º e 10 da Lei 11.636/07 e da Resolução STJ 4/2010 (vigente à época), o Superior Tribunal de Justiça consolidou orientação no sentido de ser necessária a comprovação do preparo simultaneamente à interposição dos Embargos de Divergência recurso, sob pena de serem julgados desertos. Precedentes. 2. Agravo Regimental do particular a que se nega provimento. (AgRg nos EAg 1297519/ES, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, DJe 18.12.2017).”

a ação penal privada (art. 7.^o¹³), o que também afasta o preparo dos embargos de divergência interpostos no âmbito do STJ¹⁴ que versem sobre direito penal.

Neste sentido, é a lição de Araken de Assis:

O art. 1.º da Lei 11.636/2007 instituiu o pagamento de custas nos processos de competência originária e recursal do STJ. Assim, há preparo nos embargos de divergência interpostos perante o STJ. O preparo deve ser comprado no ato de interposição. Alternativamente, ao embargante, afigura-se possível requerer o benefício da gratuidade, submetendo-se, mutatis mutandis, ao regime do art. 101, §§ 1 e 2: dispensado de realizar o preparo, o relator concederá ou não a gratuidade e, julgado eventual agravo interno contra decisão denegatória, o embargante realizará o preparo no prazo de cinco dias. O RISTF obrigava o recorrente a preparar os embargos de divergência em recurso extraordinário. Necessário que seja o preparo, nesses termos, o recorrente há de cumprir o art. 1.007, caput, ou seja, comprová-lo no ato de interposição. Não era compatível com essa disposição superveniente a antiga sistemática do RISTF. Não existia qualquer prazo posterior para preparar o recurso. Porém, a falta de preparo é vício sanável, nos termos do art. 1.007, §4, recolhendo em dobro o valor originário.¹⁵

4.1.3 Regularidade formal

A regularidade formal do recurso exige o cumprimento das determinações previstas na legislação processual.

Nelson Nery Junior adverte que se “o recorrente não deduzir o recurso em consonância formal com o que a lei processual determina, terá desatendido o requisito da regularidade formal, e, conseqüentemente, o recurso não será conhecido”.¹⁶

¹³ “Art. 7.º da Lei 11.636/2007. Não são devidas custas nos processos de habeas data, habeas corpus e recursos em habeas corpus, e nos demais processos criminais, salvo a ação penal privada.”

¹⁴ “AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. RECOLHIMENTO DE PREPARO DE RECURSO INTERPOSTO EM AÇÃO PENAL PÚBLICA: DESCABIMENTO. INTELIGÊNCIA DO ART. 806 DO CPP. ART. 7.º DA LEI 11.636/07. INEXISTÊNCIA DE HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS RECURSAIS. 1. Interpretando o art. 804 do Código de Processo Penal, esta Corte já decidiu que, em se tratando de ação penal pública, somente se admite a exigência do pagamento de custas processuais após a condenação definitiva, não havendo falar em deserção do recurso por falta de preparo (HC 290.168/PB, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe de 27.11.2014). Precedentes. 2. Reforça tal interpretação o fato de que o artigo 7.º da Lei Federal n.º 11.636/07, que dispõe sobre as custas judiciais devidas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, deixa claro que “não são devidas custas nos processos de habeas data, habeas corpus e recursos em habeas corpus, e nos demais processos criminais, salvo a ação penal privada.” 3. Se não cabe a fixação de honorários de sucumbência em ações penais públicas – exceção feita ao caso dos defensores dativos nomeados pelo Juízo (REsp. 1.377.798/ES, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 02.09.2014) –, por consequência, também não encontra respaldo em lei a majoração de honorários recursais. 4. Agravo regimental provido, para, afastada a deserção, autorizar o prosseguimento dos embargos de divergência, se outro óbice processual não existir que justifique o seu indeferimento liminar.” (AgRg nos EREsp 1346605/ES, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, DJe 11.12.2018).

¹⁵ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*, 9.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 1000.

¹⁶ NERY JUNIOR, Nery. *Teoria geral dos recursos*. 7.ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 376.

Essencialmente, a regularidade formal é formada genericamente pela necessidade de petição escrita, identificação das partes, fundamentação recursal e pedido de reforma da decisão impugnada no recurso.

A petição recursal do recurso uniformizador deve ser escrita e assinada pelo advogado (inclusive por meio eletrônico¹⁷), regularmente constituído pela parte embargante por meio de instrumento procuratório, bem como apresentação do eventual substabelecimento de poderes, se for o caso.

O recurso uniformizador somente pode ser interposto pela parte sucumbente no acórdão embargado, não sendo admitido a utilização do recurso por quem não for parte no processo¹⁸.

Os embargos de divergência devem ser interpostos pela via do recurso principal¹⁹, sendo inadmissível o recurso adesivo²⁰, nos termos do art. 997, II, do CPC/2015, mesmo que haja sucumbência recíproca²¹ entre as partes.

A fundamentação do recurso uniformizador deve demonstrar de maneira clara o objeto do dissídio e apontar os julgados paradigmas a serem confrontados com o acórdão embargado, com o respectivo cotejo analítico e demonstração de similitude fática e jurídica.

O julgamento dos embargos de divergência se limita ao dissídio demonstrado nas razões recursais (conforme abordado no Capítulo 3). É importante consignar que o STJ²² entende que

¹⁷ “É indispensável, por fim, a assinatura do advogado do recorrente na petição de interposição e nas razões anexas, juntando procuração, sob pena de inadmissibilidade (Súmula do STJ, n.º 115), não sendo sanado o vício, nos termos do art. 932, § único. É admitida a assinatura eletrônica (art. 2.º, da Lei 11.419/2006).” (ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*, 9.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 1000).

¹⁸ “RE 606376 ED-EDv, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 19/11/2014, Acórdão Eletrônico DJe-250 divulg 18-12-2014 public 19-12-2014.”

¹⁹ Nesta mesma linha, preconiza Araken de Assis: “Não cabem embargos de divergência adesivos, a teor do art. 997, §2, II, conquanto concebível, em tese, a caracterização de dissídio intestino nos capítulos em que cada parte sucumbiu. Nesta contingência, os embargos de divergência devem ser interpostos pela via principal” (ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*, 9.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 997).

²⁰ “(...) III – É incabível a interposição de recurso adesivo em sede de embargos de divergência, ante a falta de previsão legal ou regimental para tanto, levando-se em consideração o rol taxativo elencado no artigo 500, II do Código de Processo Civil. IV – Destaque-se, ainda, que o recurso adesivo é cabível quando há sucumbência recíproca, sendo certo que sua interposição cabe à parte que não interpôs o recurso principal. Desta forma, a interposição de embargos de divergência e de recurso adesivo por autores que litigam em conjunto em desfavor do INSS, com o mesmo procurador assinando todas as petições, comprova ser descabida a interposição de novo recurso pelas partes que demandam no mesmo pólo, em virtude da preclusão e da unirrecorribilidade recursal. Com efeito, tais fatos indicam que, na verdade, caberia a interposição de um único recurso de embargos de divergência, com todos os autores litigando de forma conjugada. V – Por fim, mesmo que fosse possível a interposição de recurso adesivo aos embargos de divergência, deve-se levar em conta que, nos termos do artigo 500, III do estatuto processual civil, caso seja declarado inadmissível o recurso principal, o adesivo não será conhecido, como ocorre in casu. (...)” (Excertos da amenta do AgRg nos EREsp 611.395/MG, Rel. Ministro Gilson Dipp, Corte Especial, DJ 01.08.2006, p. 333).

²¹ A esse respeito, é a opinião de Nelson Luiz Pinto: “Finalmente, por parte de disposição expressa e por não estar enquadrado nas hipóteses previstas no art. 997, II, não será cabível sua interpretação adesiva, ainda que haja, no julgamento do recurso especial ou do recurso extraordinário, sucumbência recíproca. Nesse caso, presente a hipótese de cabimento, ambas as partes poderão interpor embargos de divergência, no prazo comum de 15 dias. (*Comentários ao Código de Processo Civil – volume 4 (arts. 926 a 1.072)*). In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2017 p. 615).

²² Veja-se: “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO

nos casos em que o acórdão embargado estiver fundado em mais de um fundamento autônomo, por si só, para manter o capítulo do julgado, não é admitido a impugnação parcial de apenas um deles, pois haveria o trânsito em julgado do outro fundamento autônomo, atraindo a incidência da Súmula 283/STF.

Nesse sentido, a lição de Athos Gusmão Carneiro:

Anotemos que igualmente não caberão embargos de divergência se o acórdão impugnado estiver apoiado em mais de um fundamento suficiente, e apresentar-se apenas parcial a possibilidade de confronto com o paradigma colacionado: “Não se conhece dos embargos de divergência se o paradigma colacionado diverge de apenas um dos fundamentos do aresto embargado, sendo o outro, não objeto do dissídio, suficiente, por si, para mantê-lo. (Ag. Reg. No EREsp. n.º 208.866, Corte Especial, rel. Min. Pádua Ribeiro, DJU de 13.08.2001, p. 36).²³

Por sua vez, o cumprimento dos requisitos da divergência jurisprudencial no recurso uniformizador também está compreendido no âmbito da regularidade formal, mas em razão da sua importância e particularidades, serão analisados detalhadamente.

4.2 Requisitos do dissídio jurisprudencial nos Embargos de Divergência

Os embargos de divergência, conforme já consignado em diversas oportunidades do presente trabalho, tem como função precípua pacificar o dissídio interno das Cortes Superiores. Tal premissa afasta, peremptoriamente, a possibilidade de indicar no recurso uniformizador julgado de outro Tribunal ou até mesmo de Tribunal Superior diverso daquele ao que proferiu o acórdão embargado.

EMBARGADO ASSENTADO EM DUPLA FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE DE SE CONFRONTAR TODOS OS FUNDAMENTOS SUFICIENTES À MANUTENÇÃO DA DECISÃO EMBARGADA. INOCORRÊNCIA, NO CASO. SÚMULA 283/STF. APLICAÇÃO POR ANALOGIA. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NÃO CONHECIDOS. 1. “São inadmissíveis os embargos de divergência que não enfrentarem todos os fundamentos do acórdão recorrido suficientes à manutenção do julgado, ante a aplicação analógica da Súmula n.º 283 do STF (AgRg nos EREsp 1.121.199/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, DJe 15.6.2015).”. 2. No caso em exame, o fundamento suficiente para a resolução da lide não se ateve, tão somente, na consideração de que a decadência se operaria, por força do art. 54 da Lei n.º 9.784/99, mesmo em se tratando de ato complexo, que exige a manifestação da Corte de Contas. Em verdade, o aresto recorrido externou um outro fundamento suficiente – e autônomo –, quando invocou a limitação decorrente dos princípios da segurança jurídica e da razoabilidade, reputando, assim, inviável a revisão do ato pretendida pelo ora embargante. 3. Entretanto, no bojo da peça recursal alusiva a estes embargos de divergência, toda a argumentação deduzida se fez no tocante ao fato de a aposentadoria ser ato complexo e não se poder falar em decadência, antes da manifestação da Corte de Contas. Em nenhum momento, contudo, o embargante sequer rebateu o outro fundamento, autônomo e suficiente, por si só, para resolver a lide, e nem apresentou qualquer aresto que servisse como paradigma nesse particular. 4. Assim, apresentando o aresto embargado mais de um fundamento suficiente, os embargos de divergência deverão confrontar todos eles, sob pena de remanescer motivo autônomo para a manutenção do acórdão impugnado. Precedentes: AgRg nos EREsp 789.589/SC, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Segunda Seção, DJ 9/11/2006, p. 250 e EDcl nos EREsp 203.724/RN, Rel. Ministro Gilson Dipp, Terceira Seção, DJ 4/10/2004, p. 210. 5. Embargos de divergência não conhecidos. (EResp 1076126/DF, Rel. Ministro Og Fernandes, Corte Especial, DJe 09.05.2017). (grifos nossos).

²³ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno. Exposição didática: área do processo civil, com inovação à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 143.

As Cortes Superiores (STF²⁴/STJ²⁵ não admitem a indicação de paradigmas proferidos por outros tribunais locais, bem como do TFR²⁶, o qual foi “substituído” pelo Tribunal da Cidadania. Os julgados apontados como paradigmas devem ser originados do mesmo tribunal que julgou o aresto embargado, em razão da própria essência do recurso que é uniformizar internamente a jurisprudência dissidente.

Sobre o tema, a orientação de Araken de Assis:

*O paradigma há de provir, ademais, do próprio tribunal que emitiu o acórdão embargado. Se a finalidade básica dos embargos de divergência consiste em erradicar a divergência intestina no tribunal, o entendimento discrepante externado por outra corte é irrelevante para o escopo pretendido. O fato de uma turma do STJ dar interpretação diversa à questão de direito da que lhe deu turma ou plenário do STF (em matéria processual), não torna embargável o acórdão do STJ. Vale notar que o acórdão do STF pode ter julgado questão federal no antigo recurso extraordinário. Redobradas as razões pré-excluem paradigmas originários de tribunais regionais ou locais. Também não serve a esse propósito acórdão extinto do TFR.*²⁷

A Corte Constitucional²⁸, em recente julgamento, também não permitiu a indicação como paradigma de acórdão pendente de conclusão de julgamento, pois o enquanto ainda não concluído o julgamento seria possível o realinhamento de votos dos integrantes do colegiado.

Por sua vez, o Tribunal da Cidadania²⁹ não admitiu como paradigma aresto julgado pela Turma, mas ainda pendente de publicação.

Nesse contexto, os julgados que porventura sejam indicados no recurso especial fundado na divergência jurisprudencial, nas hipóteses em que forem apreciados pelo STJ no julgamento do recurso, inviabilizam a sua utilização em sede de embargos de divergência, nos termos da Súmula n.º 598³⁰/STF.

²⁴ Decisões oriundas de outros tribunais não autorizam o conhecimento dos embargos de divergência, a teor dos arts. 546, II, do CPC e 330 do RISTF, insuscetíveis de demonstrar a existência de divergência interna no Supremo Tribunal Federal. (Excerto da ementa do ARE 755228 AgR-ED-EDv-AgR, Relator(a): Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, Processo Eletrônico DJe-048 divulg. 14.03.2016 public. 15.03.2016).

²⁵ Neste norte, o STJ já fixou o entendimento de que “O dissídio, para viabilizar a oposição de embargos de divergência, a teor do art. 266, caput, do Regimento Interno, deve ocorrer entre Acórdãos desta Corte, não servindo para tal fim a indicação de julgados do Tribunal Superior do Trabalho” (AgRg nos EREsp 192.502/RS, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Segunda Seção, DJ de 16.08.1999). Precedente.” (Excerto da ementa do AgRg nos EREsp 1358931/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, DJe 25.02.2016).

²⁶ SOUZA, Bernardo Pimentel Souza. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 9.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 700.

²⁷ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*, 9.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pp. 992-993.

²⁸ “O art. 1.043, I, do Código de Processo Civil não autoriza a interposição de embargos de divergência utilizando-se de acórdão paradigma ainda não finalizado e, portanto, sem julgamento de mérito concluído. 3. Inocorrência de violação ao princípio da colegialidade. O art. 21, § 1.º, do RISTF, autoriza o relator a, de forma monocrática, negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível. 4. Agravo regimental desprovido.” (Excerto da ementa do RE 1028574 AgR-EDv-AgR, Relator(a): Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, Processo Eletrônico DJe-071 divulg. 12.04.2018 public. 13.04.2018).

²⁹ AgRg nos EREsp 1268332/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Corte Especial, julgado em 20/11/2013, DJe 28/11/2013.

³⁰ Súmula n.º 598 – 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.

Eduardo Arruda Alvim, Daniel Willian Granado e Eduardo Aranha Ferreira ensinam que quer o “referido verbete sumular significar que, se a divergência já foi apontada no próprio recurso (hoje, a divergência jurisprudencial autoriza a interposição de recurso especial, a teor do art. 105, III, c, da CF/88), não tendo sido aceita para esse fim, ela não se presta, então, para os embargos de divergência”.³¹

A Corte Especial do STJ³²⁻³³ também tem adotado³⁴ a orientação da Súmula n.º 598/STF no julgamento dos embargos de divergência.

O preenchimento dos requisitos para a demonstração da divergência jurisprudencial nos embargos de divergência observa o art. 1.043, § 4.^o³⁵ do CPC/2015, além dos termos dos dispositivos regimentais das Cortes Superiores, conforme o caso.

A parte embargante deverá apresentar junto com a petição do recurso uniformizador certidões ou cópias autenticadas dos arestos apontados como divergentes, sendo permitida a declaração de autenticidade pelo próprio signatário da petição ou a citação de repositório oficial de publicação dos mencionados julgados³⁶.

³¹ ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito processual civil*. In: ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel William; FERREIRA, Eduardo Aranha (Coords.). 6.^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 1.055.

³² “No caso em tela, o embargante visa ao reexame das questões suficientemente analisadas no acórdão, que, de forma escoreita, concluiu pela ausência de similitude fático-processual. Ademais, incide à espécie a Súmula n.º 598 do STF: “Nos embargos de divergência não servem como padrão de discordância os mesmos paradigmas invocados para demonstrá-la mas repelidos como não dissentes no julgamento do recurso extraordinário”. (Excertos da ementa dos EDcl nos EAREsp 251.574/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, DJe 14.12.2017).

³³ “AGRAVO INTERNO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. SÚMULA 598 DO STF. INCIDÊNCIA. ÚNICO PARADIGMA INDICADO NAS RAZÕES DO RECURSO ESPECIAL E DO DISSENSO PRETORIANO. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Extrai-se dos autos que o mesmo precedente foi indicado solitariamente nas razões do especial e dos embargos de divergência. 2. Aplicação por analogia, na hipótese, da Súmula n.º 598/STF, que preconiza: 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. Precedentes. 3. Agravo improvido.” (AgInt nos EREsp 1408845/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Corte Especial, DJe 25.11.2016).

³⁴ Athos Gusmão Carneiro analisa a incidência do referido enunciado sumular: “Além disso, vale anotar que o STF editou súmula negando a possibilidade de, em nível de embargos de divergência, reiterar alegação de divergência já rejeitada quando da apreciação de recurso extraordinário: (...) Assim, pondo o tema no âmbito do STJ, vamos supor que determinado aresto da 3 Turma desta Corte foi trazido pela parte sucumbente a fim de fundamentar seu recurso especial pela alínea c. A 4 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 3 Turma com o objetivo de embasar embargos de divergência. (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno. Exposição didática: área do processo civil, com inovação à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 143).

³⁵ Onde se lê: “§ 4.º O recorrente provará a divergência com certidão, cópia ou citação de repositório oficial ou credenciado de jurisprudência, inclusive em mídia eletrônica, onde foi publicado o acórdão divergente, ou com a reprodução de julgado disponível na rede mundial de computadores, indicando a respectiva fonte, e mencionará as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados.”

³⁶ São inadmissíveis os Embargos de Divergência, quando a parte embargante não indica o repositório oficial ou autorizado em que foram publicados os acórdãos apontados como paradigmas, sequer trazendo aos autos a cópia do inteiro teor dos referidos julgados, consoante exigem o art. 1.043, § 4.º, do CPC/2015 e o art. 266, § 4.º, do RISTJ, limitando-se apenas a transcrever, em seu recurso, a ementa e trecho do voto condutor dos invocados julgados paradigmas, o que não é suficiente para comprovar a divergência interna. A mera menção ao Diário da Justiça em que teriam sido publicados os acórdãos paradigmas trazidos à colação, sem a indicação da respectiva fonte, quando os julgados encontram-se disponíveis na rede mundial de computadores ou Internet,

Em regra, é necessário apresentar a cópia integral dos arestos paradigmas, citar o repositório oficial onde foi publicado, ou mídia eletrônica ou reprodução do julgado paradigma na internet, indicando a respectiva fonte³⁷, sob pena de não conhecimento do recurso.

Atualmente, a indicação dos julgados paradigmas nos embargos de divergência não tem utilizado, em regra, repositórios oficiais, mas extraídos diretamente dos sites na internet dos Tribunais Superiores, em razão da facilidade na indicação da fonte.

No mesmo sentido, tem sido a exigência da Corte Constitucional³⁸ na comprovação da divergência, inclusive nos termos do enunciado da Súmula n.º 290³⁹/STF.

A demonstração do dissídio jurisprudencial no recurso uniformizador exige o cotejo analítico, a fim de demonstrar a similitude fática e jurídica entre os julgados confrontados. O dissídio pode ser estabelecido entre um mesmo capítulo ou vários capítulos autônomos do acórdão embargado.

A parte embargante deve demonstrar objetivamente⁴⁰ no recurso uniformizador a simili-

não supre a exigência da citação do repositório oficial ou autorizado de jurisprudência, ou, ao menos, da juntada da certidão ou cópia autenticada do acórdão paradigma. Na forma da jurisprudência do STJ, “o Diário da Justiça não constitui repositório oficial de jurisprudência (art. 255, § 3.º, do RISTJ), é apenas órgão de divulgação (art. 128, I, do RISTJ). Nele é publicada somente a ementa do acórdão. Deixando-se de citar o repositório oficial ou autorizado de jurisprudência, impõe-se a juntada de certidão ou cópia autenticada do acórdão paradigma (art. 546, parágrafo único, do CPC, c/c os arts. 266, § 1.º, e 255, § 1.º, ‘a’ e ‘b’, do RISTJ)” (STJ, AgRg nos EREsp 932.334/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, DJe de 21.11.2012). Em igual sentido: STJ, EDcl no AgRg nos EREsp 1.230.609/PR, Rel. Ministro Jorge Mussi, Corte Especial, DJe de 29/06/2016. (Excertos da ementa do AgInt nos EAg 1315565/BA, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Primeira Seção, DJe 17.04.2018).

³⁷ Assim: “AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NECESSIDADE DA JUNTADA DO INTEIRO TEOR DO ACÓRDÃO PARADIGMA OU INDICAÇÃO DO REPOSITÓRIO OFICIAL DE JURISPRUDÊNCIA. DECLARAÇÃO DE AUTENTICIDADE DO ADVOGADO. APLICABILIDADE. NÃO COMPROVAÇÃO DO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. RECURSO IMPROVIDO. 1. O conhecimento dos embargos de divergência exige a comprovação do dissídio jurisprudencial, nos termos do artigo 266, § 1.º, c/c o artigo 255, § 1.º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. 2. Na espécie, deixou a agravante de juntar cópia integral dos acórdãos paradigmas e de citar o repositório oficial, autorizado ou credenciado, no qual estejam publicados. 3. A declaração de autenticidade do advogado, prevista na alínea “a” do § 1.º do artigo 255 do RI/STJ, somente se aplica, na forma do referido preceito regimental, às certidões ou cópias dos acórdãos paradigmas, documentos que não foram juntados com a petição dos embargos de divergência. Precedentes da Corte Especial. 4. Agravo regimental improvido.” (AgRg nos EAREsp 385.284/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Corte Especial, DJe 25.11.2016).

³⁸ “Embargos de divergência. Agravo regimental. Comprovação do dissídio. Art. 322 do RISTF e Súmula 290 STF; necessidade de demonstração de divergência. Jurisprudência firmada no sentido do aresto embargado – Súmula n.º 247. Não se torna suficiente, para demonstração do dissídio, a juntada das cópias dos acórdãos trazidos a confronto, mas sim que seja a divergência comprovada na forma exigida no art. 322 do RISTF e já indicada no enunciado 290 da Súmula. De qualquer sorte, os arestos vindos a exame não se identificam ou assemelham com o embargado, além do que a tese deste último veio a ser a consagrada na jurisprudência do STF. Aplicação, assim, do enunciado do verbete 247 da Súmula. Agravo regimental a que se nega provimento.” (RE 101347 EDv-AgR, Relator(a): Min. Aldir Passarinho, Tribunal Pleno, DJ 05.09.1986 PP-15840 ement. VOL-01431-02 PP-00397).

³⁹ Súmula n.º 290 – Nos embargos da L. 623, de 19.2.49, a prova de divergência far-se-á por certidão, ou mediante indicação do “Diário da Justiça” ou de repertório de jurisprudência autorizado, que a tenha publicado, com a transcrição do trecho que configure a divergência, mencionadas as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

⁴⁰ A parte embargante, sob pena de recusa liminar de processamento dos embargos de divergência – ou de não conhecimento destes, quando já admitidos – deve demonstrar, de maneira objetiva, mediante análise comparativa

tude fática e jurídica entre os julgados confrontados e divergência na interpretação jurídica no julgamento dos casos, mencionando as circunstâncias que identificam ou assemelham o acórdão embargado e o(s) aresto(s) paradigma(s).

Os referidos requisitos são cumpridos por meio do cotejo analítico entre os julgados confrontados, o qual não se resume a mera transcrição de ementas⁴¹ e trechos dos acórdãos, muitas vezes apresentados em um quadro comparativo.

O embargante deve indicar as circunstâncias que identificam ou que assemelham os aspectos fáticos dos arestos, bem como a divergência entre as teses jurídicas, cotejando nas razões recursais tais elementos⁴².

entre o acórdão paradigma e a decisão embargada, a existência do alegado dissídio jurisprudencial, impondo-se-lhe, para efeito de caracterização do conflito interpretativo, mencionar as circunstâncias que identificariam ou que tornariam assemelhados os casos em confronto. Precedentes. – Não se mostram suscetíveis de conhecimento os embargos de divergência nos casos em que aquele que deles se utiliza descumpra a determinação contida no art. 331 do RISTF, que, mais do que o confronto analítico, exige que haja, entre os acórdãos confrontados, o necessário vínculo de pertinência temática, em ordem a permitir a constatação de efetiva existência de dissídio interpretativo no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. – O Supremo Tribunal Federal, sob a égide da Carta Política de 1969 (art. 119, § 3.º, “c”), dispunha de competência normativa primária para, em sede meramente regimental, formular normas de direito processual concernentes ao processo e ao julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal. Com a superveniência da Constituição de 1988, operou-se a recepção de tais preceitos regimentais, que passaram a ostentar força e eficácia de norma legal (RTJ 147/1010 – RTJ 151/278), revestindo-se, por isso mesmo, de plena legitimidade constitucional a exigência de pertinente confronto analítico entre os acórdãos postos em cotejo (RISTF, art. 331). – A inadmissibilidade dos embargos de divergência evidencia-se quando o acórdão impugnado sequer aprecia o mérito da questão suscitada no recurso extraordinário.” (Excerto da ementa do ARE 1047578 ED-AgR-ED-EDv-AgR, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, Processo Eletrônico DJe-268 divulg. 13.12.2018 public. 14.12.2018).

⁴¹ Em sentido contrário, defendendo a possibilidade a consideração da ementa, é opinião de Fredie Didier Jr e Leonardo da Cunha Carneiro: “Não obstante a jurisprudência do STF e STJ tenha firmado a orientação no sentido de que a simples transcrição de ementas é insuficiente para demonstrar o dissídio jurisprudencial, cumpre, no particular, adotar o mesmo entendimento adotado para o recurso especial fundado na divergência pretoriana, ou seja, se a ementa contiver todos os detalhes do caso, será o bastante para, feito o cotejo analítico, ter como comprovada a divergência jurisprudencial. É preciso que o embargante demonstre a similitude dos casos, a fim de que o tribunal possa verificar se a divergência consiste ou não, na realidade, numa distinção feita pelo órgão fracionário, ao proferir o acórdão recorrido. Tal demonstração há de ser feita com o chamado confronto analítico a ser feito entre os relatórios e as fundamentações de cada acórdão. É possível, todavia, que a ementa seja detalhada e já contenha os elementos necessários para o confronto analítico. Ora, se a ementa é bem esclarecedora quanto aos detalhes do caso, ela, sozinha, será suficiente para fundamentar os embargos de divergência, desde que seja feito o confronto ou cotejo analítico entre o acórdão recorrido e a ementa do acórdão paradigma. Enfim, deve-se aplicar aos embargos de divergência a mesma orientação que finca o recurso especial por divergência jurisprudencial, não havendo razão para, no particular, haver tratamento díspar. (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coords.). 15.ª ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2018. v. 3, p. 462-463).

⁴² Conforme: “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE CITAÇÃO VÁLIDA NA PEÇA DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. QUESTÃO INOVADORA NA LIDE. DESCABIMENTO. SIMILITUDE FÁTICO-JURÍDICA ENTRE O ARESTO EMBARGADO E OS PARADIGMAS INVOCADOS. INEXISTÊNCIA. AGRAVO INTERNO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Segundo consolidada jurisprudência desta Corte Superior, para o conhecimento dos embargos de divergência, exige-se o devido cotejo analítico entre os julgados, bem como a similitude fático-jurídica entre o acórdão embargado e os arestos invocados como paradigmas, com a demonstração do dissenso na interpretação acerca do direito aplicável à espécie. 2. Demais disso, os embargos de divergência não se prestam para correção de suscitadas injustiças, tendo por função precípua a uniformização da jurisprudência entre os órgãos julgadores deste STJ. (...) 6. Como é sabido, o cotejo analítico refere-se ao

Eduardo Arruda Alvim, Daniel Willian Granado e Eduardo Aranha Ferreira orientam o cumprimento do referido requisito da demonstração da divergência:

Pode-se dizer que é mister a identidade fática entre as hipóteses subjacentes aos acórdãos (embargado e paradigma) e a solução jurídica diversa. Vale dizer, devem ser iguais os suportes fáticos, mas diversas as soluções jurídicas atribuídas. A esse respeito é farta a jurisprudência do STJ e, bem assim, do STF. (...) Imperioso, ademais, a demonstração do dissenso de forma analítica, evidenciando-se a semelhança das hipóteses e a necessidade, então, de se lhes aplicar a mesma solução jurídica, mas sempre em função de comprovação de uma questão jurídica idêntica, subjacente à hipótese recorrida e à(s) confrontada(s). Não se mostra suficiente a mera referência ao julgado que servirá de paradigma, sendo indispensável a análise e confrontação das teses que teriam sido adotadas no acórdão paradigma, em face do quanto foi decidido no acórdão recorrido.⁴³

A ausência de cotejo entre os elementos fáticos e jurídicos tem sido interpretada de maneira rigorosa⁴⁴ como efetivo fundamento para o não conhecimento dos embargos de divergência⁴⁵.

É importante que a tese jurídica contida no paradigma seja clara, pois inexistência de interpretação extensiva para o seu reconhecimento⁴⁶.

seguinte: a) examinar as circunstâncias fáticas em que proferidos o aresto recorrido e o acórdão paradigma, demonstrando a semelhança das situações retratadas; b) analisar a solução jurídica dada para ambos os casos, revelando a desigualdade de tratamento jurídico. Nada disso ocorreu, no caso em exame. (...)” (Excertos da ementa do AgInt nos EREsp 1108559/DF, Rel. Ministro Og Fernandes, Corte Especial, DJe 09.05.2017).

⁴³ ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito processual civil*. In: ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel William; FERREIRA, Eduardo Aranha (Coords.). 6.^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 1.056.

⁴⁴ (...) Deveria a parte agravante demonstrar, no caso concreto, que a decisão recorrida mereceria resultado diverso, por existir Acórdão de órgão fracionário do STJ com similitude fática e jurídica, cujo teor decisório se realizou de forma divergente daquela solução apresentada para o Agravado em Recurso Especial, realizando o cotejo analítico dos Acórdãos e exigindo a reapreciação da matéria pelo órgão colegiado. A confrontação das teses jurídicas recorrida e paradigma é elemento indispensável para o conhecimento dos Embargos de Divergência, sob pena da sua inadmissão. Precedente: AgInt nos EAREsp 717.710/ES, Rel. Ministro Francisco Falcão, Corte Especial, julgado em 18/10/2017, DJe 27/10/2017. A finalidade dos Embargos de Divergência é a uniformização da jurisprudência do tribunal, não se apresentando como um recurso a mais nem se prestando para a correção de eventual equívoco ou violação que possa ter ocorrido no julgamento do Recurso Especial. (Excerto da ementa do AgInt nos EAREsp 1068372/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Corte Especial, DJe 03.08.2018).

⁴⁵ “AGRAVOS INTERNOS NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INTERPOSIÇÃO SUCESSIVA CONTRA A MESMA DECISÃO.IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. FALTA DE COTEJO ANALÍTICO.INEXISTÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICO-JURÍDICA. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. SEGUNDO AGRAVO INTERNO NÃO CONHECIDO. (...) 2. Para a comprovação do dissídio jurisprudencial nos termos legais e regimentais, impõe-se seja efetuado o necessário cotejo analítico entre as teses supostamente divergentes de modo a evidenciar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados. 3. Não havendo similitude fática entre os casos confrontados, não há falar em dissenso pretoriano. (...)” (AgInt nos EAREsp 986.756/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Corte Especial, DJe 23.05.2017). (grifos nossos).

⁴⁶ “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. RETRATAÇÃO DO RELATOR DA DECISÃO QUE DEU PROSSEGUIMENTO INICIAL AOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICO-JURÍDICA ENTRE O ARESTO RECORRIDO E OS ACÓRDÃOS INVOCADOS COMO PARADIGMAS. AGRAVO INTERNO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. “A decisão que admite o recurso de embargos de divergência não é atingida pela preclusão, de modo que o relator poderá indeferir liminarmente ou negar provimento em decisão monocrática se constatar irregularidade no recurso que impeça seu processamento,

Outra importante questão está relacionada ao denominado dissídio notório, o qual, em razão do amplo reconhecimento da divergência jurídica pela comunidade jurídica e no âmbito do próprio Tribunal Superior, não exigiria, ou mitigaria, o cumprimento dos requisitos legais e regimentais dos embargos de divergência.

Efetivamente, é comum que determinadas teses jurídicas, em razão da importância ou repercussão, configurem divergência notória de entendimentos firmados por órgãos julgadores diversos dos Tribunais Superiores.

Entretanto, a alegação do dissídio notório não tem sido aceita como atenuante a necessidade de cotejo analítico entre os arestos confrontados⁴⁷, apesar de entendimento doutrinário contrário⁴⁸.

As questões de fato⁴⁹ devem ser extraídas⁵⁰ dos acórdãos confrontados, a fim de de-

inexistindo preclusão pro judicato (precedentes)” (AgInt nos EREsp 1.526.946/RN, Rel. Ministro Felix Fischer, Corte Especial, DJe 15.12.2016). 2. Os embargos de divergência devem indicar, com clareza e precisão, as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, nos termos do art. 1.043, § 4.º, do novo Código de Processo Civil e do art. 266, § 4.º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. 3. “Ressalta-se ainda que a finalidade dos Embargos de Divergência é a uniformização da jurisprudência do Tribunal, não se apresentando como um recurso a mais nem se prestando para a correção de eventual equívoco ou violação que possa ter ocorrido no julgamento do Agravo em Recurso Especial” (AgInt nos EAREsp 862.496/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Corte Especial, DJe 30.11.2016). 4. (...). 5. Assim, inexistente qualquer premissa firmada, seja no aresto paradigma, seja no acórdão embargado, que demonstre dissenso quanto a essa tese de direito. Esclareça-se que o dissenso apto a impulsionar o prosseguimento dos embargos de divergência deve ser objetivo, direto, claro, que não demande qualquer intermediação. Não pode a parte, para atingir essa finalidade, remeter-se à interpretação do que a decisão quis dizer. Para a configuração de tal dissenso, importa que o decisório tenha efetivamente dito de forma clara e direta e, nisso, haja divergência com outro julgado, sob a mesma base fática. 6. (...) Não se trata, aqui, de formalismo estéril, como pretende frisar a parte agravante, mas, sim, de aplicação do quanto dispõe o § 4.º do art. 1.043 do CPC/2015, no tocante às “circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados”. 7. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt nos EREsp 1436903/DF, Rel. Ministro Og Fernandes, Corte Especial, DJe 14.06.2017).

⁴⁷ “(...) A alegação de se tratar de dissídio notório a tese defendida nos embargos de divergência não socorre a ora agravante, pois mesmo nessa rara hipótese não configurada quando existentes, nos acórdãos confrontados, a similitude fática e a identidade jurídica imprescindíveis para a caracterização do dissenso pretoriano ocorre tão somente a mitigação da exigência do cotejo analítico, segundo a jurisprudência remansosa desta Corte Superior. E o reconhecimento da notoriedade do dissenso pretoriano depende da juntada de certidões ou cópias dos acórdãos apontados como divergentes ou a citação do repositório oficial, autorizado ou credenciado nos quais eles se achem publicados, inclusive em mídia eletrônica, conforme previsão do artigo 1.043, § 4.º, do CPC/2015 e do artigo 266, § 4.º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, alterado pela Emenda Regimental n.º 22/2016. Precedentes da Seções e da Corte Especial deste Sodalício. A parte agravante, nas razões dos embargos de divergência, limitou-se tão somente a transcrever as ementas dos paradigmas apontados, sem cumprir os requisitos acima referidos, não merecendo reforma o decisum impugnado.” (Excertos da ementa do AgInt nos EDcl nos EAREsp 923.383/MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, Corte Especial, DJe 09.11.2018).

⁴⁸ José Miguel Garcia Medina entende que “se tratando de dissídio notório, tem-se decidido que devem ser mitigadas as exigências referentes à admissibilidade dos embargos de divergência, orientação que nos parece acertada”. (MEDINA, José Miguel Garcia. “Prequestionamento, Repercussão Geral da Questão Constitucional, Relevância da Questão Federal: admissibilidade, processamento e julgamento dos recursos extraordinário e especial”. 7.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 361).

⁴⁹ “A divergência que autoriza o manejo de embargos de divergência é a que tem sede no título jurídico da questão, constituindo-se o fato, como julgado nas instâncias ordinárias, na sua identidade essencial e no elemento comum dos acórdãos em divergência.” (Excerto da ementa do AgInt nos EDv nos EAREsp 1007497/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Corte Especial, DJe 07.08.2017).

⁵⁰ Diz Araken de Assis: “Cumpra ao recorrente demonstrar, cabalmente, a identidade da questão de fato – de resto, tão só explicitada nos acórdãos, porque imune a reexame na instância especial – e da tese jurídica entre o acórdão

monstrar a identificação ou semelhança da questão fática, assim como o dissídio jurídico na interpretação na norma constitucional ou infraconstitucional, conforme o caso.

É de extrema importância que os contornos fáticos da causa constem dos acórdãos julgados pelas Cortes de origem, como consectário do dever de fundamentação das decisões judiciais.

O rigor da exigência da identidade fática idêntica tem sido exigida, sistematicamente, pelas Cortes Superiores, embora o dispositivo legal indique a possibilidade de situações que identifiquem ou assemelhem os casos a fim de confrontar teses jurídicas⁵¹ divergentes.

Com efeito, a exigência de similitude absoluta das situações fáticas limita, desnecessariamente a utilização dos embargos de divergência como instrumento de uniformização de jurisprudência, sendo necessário compreender quais seriam os limites para o reconhecimento de situações fáticas assemelhadas.

No âmbito dos julgamentos repetitivos, a aplicação das teses firmadas nos recursos repetitivos, em regra, exige identidade fática e jurídica idênticas⁵² para a sua aplicação. Nos embargos de divergência, conforme entendimento doutrinário referencial⁵³, não é necessária

embargado e o paradigma na petição de interposição. Fórmula expressiva sintetiza o requisito: similitude fática e dissidência jurídica.” (*Manual dos recursos*, 9.^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 998).

⁵¹ A esse respeito: “1. São cabíveis os Embargos de Divergência quando os arestos trazidos à colação firmaram posição antagônica sobre os mesmos fatos e questões jurídicas deduzidos no acórdão embargado. Ao contrário, devem ser indeferidos os embargos quando, considerando as peculiaridades de cada caso concreto, foram dadas soluções diferentes para as hipóteses confrontadas. 2. Não se encontram evidenciados na espécie os requisitos de admissibilidade dos Embargos de Divergência, porquanto as teses jurídicas manifestadas no acórdão embargado e nos paradigmas não são divergentes, sendo certo que a solução adotada por eles é diversa em virtude da dessemelhança entre os suportes fáticos de cada um. (Excertos da ementa do AgRg nos EREsp 1445694/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Corte Especial, DJe 26.11.2018).

⁵² Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas esclarecem o tema: “É que a comparação entre as decisões, para fim de se verificar se são ou não desarmônicas, só se faz, nos recursos de estrito direito, à luz do que consta da decisão de que se recorreu. Portanto, os fatos devem estar lá. E, se não estiverem, podem os embargos de declaração ser usados com essa finalidade. Assim, é claro, para que haja uniformização com base na identidade essencial dos casos cotejados, é necessário que haja, na decisão, a adequada descrição dos fatos. Assim, em recurso especial, com base na discrepância da jurisprudência ou embargos de divergência, pode-se chegar à tão almejada harmonia no sistema. A nova regra relativa a como deve ser a fundamentação das decisões judiciais leva a que se possa afirmar que das decisões judiciais sempre constará a adequada descrição dos fatos, já que o juiz deve descrever o quadro todo, que abrange fatos que foram o suporte da decisão, bem como os outros, que afastou.” (Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro: (de acordo com o CPC de 2015 e a Lei 13.256/2016)*. In: ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno (Coords.). 3.^a ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 573.

⁵³ No sentido do que aqui se preconiza, lecionam Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas “Há os institutos que promovem uniformização por identidade absoluta, mas também por identidade essencial, e há os que promovem essa uniformização apenas por identidade absoluta”. (obra, edição, local/editora, p. 572). O julgamento do recurso extraordinário e do recurso especial no regime de repetitivos, por exemplo, só pode haver se a identidade for absoluta. (obra, edição, local/editora, p. 572). A vinculação e consequente uniformização por identidade essencial, como se viu, demanda esforço interpretativo maior, e não se faz no “atacado”. Faz-se caso a caso, já que os fatos subjacentes à tese que deve ser aplicada podem não ser exatamente idênticos, e normalmente não o são. Para que seja possível o uso desses remédios para criar mais harmonia no sistema, às partes deve ser dado o direito de incluir na decisão de segunda instância todos os aspectos fáticos da decisão que entenderem relevantes, por meio de embargos de declaração. ALVIM, Teresa Arruda. (*Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro: (de acordo com o CPC de 2015 e a Lei 13.256/2016)*. In: ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno (Coords.). 3.^a ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista

identidade absoluta, mas identidade essencial para a efetividade da uniformização.

Teresa Arruda Alvim esclarece o raciocínio da tese:

Neste dispositivo fica claro o que uma das autoras destes comentários tem sustentado: esta ferramenta de uniformização de jurisprudência não se presta exclusivamente a corrigir discrepâncias de decisões sobre casos absolutamente idênticos. Há necessidade, isto sim, de que exista identidade jurídica estrutural, de essência, embora, às vezes, os fatos possam ser diferentes. É que nem sempre a desarmonia se revela quando são decididos de modos diferentes casos iguais: por exemplo, a incidência de um tributo sobre certa operação jurídica. Às vezes, os fatos não são idênticos, mas o fenômeno jurídico é o mesmo. Há outros expedientes que se prestam a uniformizar as decisões de casos iguais em que a identidade, em nosso entender, deve ser absoluta, como, por exemplo, o julgamento de recursos especiais ou extraordinários repetitivos ou o incidente de resolução de demandas repetitivas, previstos no NCPC. Mas os embargos de divergência são recurso que se presta a uniformizar a jurisprudência por meio de um método de analogia mais requintado, que não parte da identidade absolutamente integral das situações fáticas subjacentes aos acórdãos confrontados.⁵⁴

Por outro lado, a questão de direito confrontada exige identidade jurídica estrutural, que demonstrem a essência do dissídio da aplicação da tese jurídica, ainda que a base fática não seja idêntica.

Ademais, ao contrário do recurso especial fundado na divergência jurisprudencial, que exige a indicação do dispositivo da norma infraconstitucional sobre o qual houve a interpretação divergente, inclusive atraindo a incidência da Súmula n.º 284/STF em razão da deficiência recursal⁵⁵, os embargos de divergência não exigem nas razões recursais tal individualização.

Em tal contexto, é importante refletir sobre a possibilidade de admitir nos embargos de divergência entre julgados que, apesar da similitude fática, confrontam teses jurídicas estabelecidas

dos Tribunais, 2016, p. 572).

⁵⁴ ALVIM, Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastró Torres. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. In: ALVIM, Teresa Arruda et al (Coords.). 2.ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp. 1.697-1.698.

⁵⁵ De acordo: “PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. DIVERGÊNCIA NOTÓRIA. NÃO DEMONSTRAÇÃO. FUNDAMENTO SUFICIENTE PARA MANTER O ACÓRDÃO RECORRIDO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO. 1. Três foram os motivos para o não conhecimento do recurso especial interposto pela alínea “c” do permissivo constitucional: a) inexistência de dissídio notório em torno do quantum indenizatório fixado em razão dos danos morais; b) simples transcrição de ementas não serve para comprovar divergência; c) não indicação do dispositivo legal para configuração do dissídio jurisprudencial. 2. Para demonstração da existência de similitude das questões de direito examinadas nos acórdãos confrontados, é imprescindível a indicação do dispositivo de lei tido por violado quer recurso tenha sido interposto pela alínea “a” ou pela “c” do permissivo constitucional. “Sem a expressa indicação do dispositivo de lei federal nas razões do recurso especial, a admissão deste pela alínea “c” do permissivo constitucional importará na aplicação, nesta Instância Especial, sem a necessária mitigação, dos princípios *jura novit curia* e da *mihi factum dabo tibi ius*, impondo aos em. Ministros deste Eg. Tribunal o ônus de, em primeiro lugar, de ofício, identificarem na petição recursal o dispositivo de lei federal acerca do qual supostamente houve divergência jurisprudencial.” (AgRg no REsp 1.346.588/DF, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Corte Especial, DJe 17.03.2014.)” (AgRg nos EAREsp 75.689/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Corte Especial, DJe 04.08.2015).

a partir de normas federais diferentes, conforme doutrina especializada⁵⁶.

Em suma, os limites dos aspectos fáticos e jurídicos dos julgados confrontados analisados nos embargos de divergência são determinantes para a efetividade do recurso no cumprimento de sua finalidade nos Tribunais Superiores.

Outrossim, é relevante avaliar o posicionamento do STJ, ao não admitir em embargos de divergência confrontar julgados relacionados à preliminar de mérito relacionada à violação do 1.022 do CPC/2015 (art. 535 do CPC/1973), por entender inviável a comprovação do dissídio jurisprudencial⁵⁷. Em síntese, a orientação jurisprudencial afirma que “*o julgamento de embargos de declaração é casuístico, porque o órgão julgador leva em conta as particularidades de cada caso concreto*” de modo que, “*para o cabimento do recurso em torno do art. 535 do CPC, seria necessário que as questões tratadas nos acórdãos confrontados, as alegações recursais e os*

⁵⁶ Eduardo Arruda Alvim, Daniel Willian Granado e Eduardo Aranha Ferreira, a esse respeito, prelecionam: “A idéia é que situações que tenham identidade ou similitudes fáticas recebam igual tratamento jurídico. Isso significa que os embargos de divergência, no STJ, podem ter como objeto duas diferentes leis federais, aplicada uma no acórdão recorrido e outra no(s) acórdão(s) paradigma(s), coimando-se nesses embargos de divergência decidir qual delas efetivamente rege a espécie jurídica, ou seja, objetivam, em última análise, que situações fático-jurídicas assemelhadas recebam tratamento equivalente. (ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito processual civil*. In: ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel William; FERREIRA, Eduardo Aranha (Coords.). 6.^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 1.056).

⁵⁷ “PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO MONITORIA. PRETENSÃO DE RECEBIMENTO DA INDENIZAÇÃO DO SEGURO. SEGURO DE VEÍCULO. VULNERAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC/1973. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. DIVERGÊNCIA NÃO COMPROVADA. I – Ainda que o presente julgamento ocorra quando já em vigor o Código de Processo Civil de 2015, como a decisão sobre a qual foi interposto o recurso especial foi publicada sob a égide da legislação processual civil anterior, quanto ao cabimento, aos demais pressupostos de admissibilidade e ao processamento do recurso, aplicam-se as regras do Código de Processo Civil de 1973, diante do fenômeno da ultratividade e do enunciado administrativo n.º 2 deste Superior Tribunal de Justiça. II – Verifica-se que o cerne da controvérsia quanto a alegada violação do art. 535, II, do CPC/73, foi enfrentada pelo acórdão embargado. Ressalte-se que não houve decisão de mérito a respeito da matéria que se pretende debater no âmbito do presente recurso, por falha do recorrente em não fundamentar corretamente a pretensão, não sendo o caso de falar-se em confronto de teses na intenção de analisar arestos que efetivamente tenham enfrentado a questão com base na omissão verificada. III – A controvérsia esbarra na própria admissibilidade recursal, o que, de fato, não se faz possível, em sede de embargos de divergência. Precedentes: AgInt nos EAREsp 664.681/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 14/09/2016, DJe 21/09/2016 e AgInt nos EAREsp 673.336/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Corte Especial, julgado em 17/08/2016, DJe 30/08/2016. IV – Cabe ainda salientar que o CPC de 2015, em seu art. 1.043, II, previa a possibilidade de interposição de embargos de divergência em se tratando de arestos relativos a juízo de admissibilidade. Ocorre que tal dispositivo foi revogado quando da edição da Lei n.º 13.256/2016, ratificando o entendimento já prestigiado por esta Corte de Justiça, que recentemente já se manifestou a respeito do assunto. (AgInt nos EREsp 1473968/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, DJe 30.08.2016). V – Os embargos de divergência têm por finalidade uniformizar a jurisprudência do próprio Superior Tribunal de Justiça, quando se verificarem idênticas situações fáticas nos julgados, mas tenha se dado diferente interpretação na legislação aplicável ao caso, não se prestando para avaliar possível justiça ou injustiça do decisum ou corrigir regra técnica de conhecimento. VI – O STJ também entende não haver como atestar divergência entre julgado que afastou a apontada violação do art. 535 do CPC/73 com outro que a tenha acolhido, em razão das situações fático-processuais absolutamente diferenciadas, sendo casuístico o julgamento dos embargos de declaração. Nesse sentido: AgInt nos EREsp 1203149/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Corte Especial, julgado em 05/04/2017, DJe 19/04/2017, AgInt nos EAREsp 324.542/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Corte Especial, julgado em 01/06/2016, DJe 16/06/2016. VII – Agravo interno improvido. (AgInt nos EAREsp 721.867/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Corte Especial, DJe 23.05.2018). (grifos nossos).

votos condutores dos julgados fossem idênticos, de forma a conter as mesmas falhas” (EREsp 347.524/SP, Corte Especial, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 14.6.2004).

Entretanto, o mesmo órgão julgador ressaltou que é “cabível, excepcionalmente, em embargos de divergência, apreciar violação ao artigo 535 do CPC de 1973 quando o embargante comprovar, de modo inequívoco, a identidade das teses jurídicas supostamente contrariadas nas instâncias ordinárias aliada à divergência de entendimentos no âmbito do STJ, de acordo com jurisprudência desta Corte Superior”⁵⁸.

Com efeito, o surgimento do dissídio pode ocorrer no momento do julgamento dos embargos de declaração, os quais, em razão na sua natureza integrativa, compõe o aresto objeto do recurso uniformizador, o que permite, ao menos em tese, a análise do dissídio nos embargos de divergência.

Araken de Assis analisa com profundidade o tema:

Também é especial o caso de julgamento dos embargos de declaração pela turma. Recusa-se a embargabilidade aos acórdãos proferidos nesse recurso. O STF é particularmente infenso a admitir os embargos de divergência contra julgamentos proferidos em embargos de declaração. Contribui a rejeição o vexo de conhecer dos embargos como regimental. Por exemplo, o Pleno do STF proclamou o seguinte: “Não se admitem embargos de divergência contra decisão da Turma em embargos de declaração julgados em agravo regimental”. É contrário ao direito, todavia, entendimento tão inflexível. É que, como oportunamente se realçou (retro, 70), o julgado dos embargos de declaração adquire a mesma estatura e natureza do ato impugnado. O fim desse recurso consiste em esclarecer ou integrar o procedimento recorrido. Por conseguinte, fixando o julgamento dos embargos de declaração certa tese jurídica, ela se incorpora ao acórdão originário, não mais se distinguindo um e outro. Nesta linha de raciocínio, até a tese mais liberal – os embargos de divergência se mostrariam admissíveis se, a despeito da interposição ulterior dos embargos de declaração, já o eram contra o acórdão originário – parece imprópria. Conforme se assinalou com grande argúcia, a parte ficaria, consoante orientação aqui criticada, na mais estranha posição: os embargos de divergência se mostrariam inadmissíveis contra o acórdão primitivo, porque ele não mais subsiste nos termos originais; e não caberiam tais embargos contra o novo acórdão. O que basta, ao nosso ver, é que o acórdão objeto dos embargos de declaração haja julgado, de meritis, os recursos especial e extraordinário. E nada obstante, haja formalmente declarado não conhecer do recurso, mas para tal finalidade declarou não existir violação do direito federal ou do direito constitucional.”⁵⁹

Por fim, deve ser consignado que o CPC/2015, na redação original, apresentava no § 5.º do art. 1.043, uma importante inovação, ao estabelecer a vedação ao Tribunal Superior não admitir os embargos de divergência com base em fundamento genérico no sentido de que as circunstâncias fáticas seriam diversas, sem demonstrar a efetiva existência de distinção.

⁵⁸ Informações adicionais no AgInt nos EAREsp 860.694/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Corte Especial, DJe 05.12.2018.

⁵⁹ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8.ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 990.

A previsão legal visava combater prática comum nos julgados das Cortes Superiores, em manifesta jurisprudência defensiva que utiliza fundamentos genéricos para não admitir recursos.

Previsão similar também estava contida no § 2.º do art. 1.029 do CPC/2015, entretanto, **ambas foram revogadas pela Lei 13.256/2016.**

Cassio Scarpinella Bueno critica a revogação do referido dispositivo:

O que é de se lamentar – tanto quanto com relação ao § 2.º do art. 1.029 – é a expressa revogação promovida pela Lei n.º 13.256/2016 do § 5.º do art. 1.043. Tratava-se de dispositivo importante, que criava, correlatamente ao § 4.º, ônus argumentativo ao Tribunal de demonstrar a distinção entre os casos, para justificar a inadmissão do recurso, vedando a rejeição por fundamentação genérica, tão ao gosto da prática forense dos Tribunais superiores e de sua jurisprudência defensiva.⁶⁰

De fato, a revogação do dispositivo não afasta o dever de justificar a ausência de similitude fática entre os julgados confrontados, nos termos do inciso III⁶¹ do § 1.º do art. 489 do CPC/2015, em manifesta observância do dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais.

Nesse sentido, a orientação de Teresa Arruda Alvim, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro, Rogerio Licastro Torres Mello:

O § 5.º nada mais fez do que repetir a salutar regra do art. 489, III – considera-se não fundamentada a decisão que invoca motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão. Portanto, o fato de ter sido revogado pela Lei 13.256/2016 nada significa. Onde, aliás, já estava, mesmo antes de o art. 489, § 1.º, entrar em vigor, já que se trata de garantia constitucional. De fato, dizer que o recurso não cabe porque as circunstâncias fáticas não são iguais é fundamento que se presta a figurar em qualquer decisão de inadmissibilidade de embargos de divergência.⁶²

4.3 A necessidade de prequestionamento do objeto do dissídio e a impossibilidade de reexame de matéria fática e probatória no recurso uniformizador

Os embargos de divergência, assim como os demais recursos excepcionais, são dotados de características específicas, essencialmente relacionadas à admissibilidade recursal, em especial

⁶⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. 3.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1000.

⁶¹ “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: (...) § 1.º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;”

⁶² ALVIM, Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. In: ALVIM, Teresa Arruda et al (Coords.). 2.ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 100.

o prequestionamento e a impossibilidade de reexame de matéria fático-probatória nos recursos extraordinário e especial.

O prequestionamento é requisito constitucional específico dos recursos excepcionais, o qual requer, a partir do conceito de “causas decididas”, a emissão de juízo de valor pelo Tribunal de origem sobre a interpretação de dispositivo, constitucional ou de lei federal conforme o caso, para efeito de preenchimento do referido requisito.

Deveras, a configuração do prévio questionamento não significa a expressa menção do dispositivo infraconstitucional ou constitucional apontado como violado no acórdão proferido pelas Cortes de origem.

Com efeito, para o efetivo cumprimento do requisito de admissibilidade, é imprescindível que no aresto objeto do recurso especial e/ou recurso extraordinário a questão tenha sido discutida e decidida fundamentadamente pelo Tribunal a quo, ou seja, tenha sido emitido um juízo de valor sobre a questão, sob pena de não preenchimento do requisito do prequestionamento, indispensável para o conhecimento do recurso excepcional.

Em tal contexto, necessário consignar que o STF tem adotado entendimento similar ao STJ, ao não admitir a configuração de prequestionamento em razão da simples oposição de embargos de declaração⁶³⁻⁶⁴.

Em síntese, a clássica orientação doutrinária no sentido de que a Corte Constitucional admite prequestionamento ficto, o que teria inclusive fundado o art. 1.025⁶⁵ do CPC/2015, tem sido mitigada reiteradamente em julgados do STF⁶⁶⁻⁶⁷.

⁶³ “A tardia alegação de ofensa ao texto constitucional, apenas deduzida em embargos de declaração, não supre o prequestionamento. Incidência da Súmula n.º 282/STF. (...)” (Excerto da ementa do ARE 1141297 AgR, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, Processo Eletrônico DJe-187 divulg. 05.09.2018 public. 06.09.2018).

⁶⁴ “As questões constitucionais invocadas no recurso extraordinário não foram prequestionadas, em que pese a interposição de embargos de declaração. Óbice das Súmulas 282 e 356 do STF.” (Excerto da ementa do ARE 926722 AgR, Relator(a): Min. Edson Fachin, Segunda Turma, Processo Eletrônico DJe-093 divulg. 04.05.2017 public. 05.05.2017).

⁶⁵ “Art. 1.025. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.”

⁶⁶ “O requisito do prequestionamento obsta o conhecimento de questões constitucionais inéditas. Esta Corte não tem procedido à exegese a contrário sensu da Súmula STF 356 e, por consequência, somente considera prequestionada a questão constitucional quando tenha sido enfrentada, de modo expresse, pelo Tribunal a quo. A mera oposição de embargos declaratórios não basta para tanto. Logo, as modalidades ditas implícita e ficta de prequestionamento não ensejam o conhecimento do apelo extremo. Aplicação da Súmula STF 282: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”. (Excertos da ementa do ARE 707221 AgR, Relator(a): Min. Rosa Weber, Primeira Turma, Processo Eletrônico DJe-173 divulg. 03.09.2013 public. 04.09.2013).

⁶⁷ “O prequestionamento não resulta da circunstância de a matéria haver sido arguida pela parte recorrente. A configuração do instituto pressupõe debate e decisão prévios pelo Colegiado, ou seja, emissão de juízo sobre o tema. O procedimento tem como escopo o cotejo indispensável a que se diga do enquadramento do recurso extraordinário no permissivo constitucional. Se o Tribunal de origem não adotou tese explícita a respeito do fato jurígeno veiculado nas razões recursais, inviabilizado fica o entendimento sobre a violência ao preceito evocado pelo recorrente. (...)” (AI 495485 AgR, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, Acórdão Eletrônico DJe-150 divulg. 31.07.2012 public. 01.08.2012).

Assim, somente pode ser objeto dos embargos de divergência matéria prequestionada⁶⁸ e devidamente enfrentada no acórdão embargado julgado pelo órgão fracionário do Tribunal Superior, no recurso extraordinário ou recurso especial, conforme o caso. Ademais, ainda que a causa tenha sido decidida pelo Tribunal de origem, mas não apreciada pelo STF ou STJ no julgamento dos referidos recursos, não haverá tema julgado a ser confrontado no recurso uniformizador, o que inviabiliza o próprio conhecimento dos embargos de divergência⁶⁹.

Sobre o tema, o entendimento de Eduardo Arruda Alvim, Daniel Willian Granado e Eduardo Aranha Ferreira:

Para que haja interpretação divergente, apta a ensejar a ensejar o cabimento dos embargos de divergência nos termos do art. 1043 do CPC/2015, é preciso que haja prequestionamento. Com efeito, somente com o enfrentamento da questão pela turma julgadora é que se pode cogitar da interpretação de embargos de divergência, caso o órgão fracionário tenha decidido a questão jurídica de forma diversa de outro órgão.⁷⁰

Por outro lado, assim como nos demais recursos excepcionais, não é possível no julgamento dos embargos de divergência o reexame de matéria fática-probatória, materializada nas Súmulas 7/STJ e na 279/STJ.

Sobre a temática, aduz Luis Guilherme Aidar Bondioli que:

Nesse confronto entre teses jurídicas próprio dos embargos de divergência não se permite um reexame dos fatos firmados nos julgamentos precedentes, a exemplo do que se observa em sede de recurso extraordinário (Súmula n.º 279 do STF) ou especial (Súmula n.º 7 do STJ). Há mero cotejo entre distintas interpretações do direito material ou processual, à luz das premissas fáticas anteriormente firmadas, a fim de que se decida qual daquelas interpretações deve prevalecer.⁷¹

⁶⁸ Araken de Assis pontua que “É preciso, de toda sorte, que a questão julgada haja sido devidamente “prequestionada” (rectius: decidida) no acórdão embargado. É claro que, ante a função estrita do julgamento nos tribunais superiores, a questão há de ser de direito (federal ou constitucional). (ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 9.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 991).

⁶⁹ “AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. INADMISSIBILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DIVERGÊNCIA NÃO COMPROVADA. 1. Os embargos de divergência objetivam a resolução interna de dissenso pretoriano existente entre órgãos colegiados, a fim de que o Tribunal uniformize, internamente, a sua interpretação. 2. O novo Código de Processo Civil trata dos embargos de divergência nos arts. 1.043 e 1.044, os quais estabelecem que esses são cabíveis quando o acórdão de órgão fracionário, em recurso especial, divergir de qualquer outro órgão do Superior Tribunal de Justiça, sendo os acórdãos, embargado e paradigma, de mérito. 3. Não se admitem embargos de divergência quando o alegado dissenso se dá entre acórdãos proferidos em habeas corpus, em recurso ordinário em habeas corpus ou mesmo em súmula, o que exatamente ocorreu, in casu. 4. O tema referente à suposta ilegalidade nas interceptações telefônicas nem sequer foi examinado pelo acórdão da Quinta Turma, ora embargado, ao fazer incidir as Súmulas 211/STJ e 282/STF. (...)” (Excertos da ementa do AgRg nos EREsp 1575657/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, DJe 18.09.2018).

⁷⁰ ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito processual civil*. In: ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel William; FERREIRA, Eduardo Aranha (Coords.). 6.ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 1058.

⁷¹ BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Comentários ao Código de Processo Civil: Dos Recursos – volume XX* (arts. 994-1044). In: GOUVÊA, José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar; FONSECA, João Francisco Naves da (Coords.). São Paulo: Saraiva, 2016, p. 291.

O cerne do recurso uniformizador é o confronto de interpretações de teses relacionadas ao direito material ou processual, a partir das premissas fáticas estabelecidas nos arestos confrontados, sendo vedado a análise de matéria fática ou probatória nos autos, mas apenas a requalificação jurídica ou reavaliação⁷² das questões fáticas postas.

Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas afirmam que mesmo na fase de rejuízo, não podem os Tribunais Superiores examinar matéria fática, pois “não é essa a função de Cortes Superiores, ainda que não sejam Cortes de Cassação”, (...) “até porque – e a lei tem que ser interpretada no contexto em que será aplicada – essa opção interpretativa inviabilizaria por completo o funcionamento dos Tribunais Superiores, frustrando inteiramente um dos objetivos do novo código, que é o de melhorar, para o bem da sociedade, a performance do Poder Judiciário.”⁷³

4.4 Súmulas do STJ no âmbito dos Embargos de Divergência

O Tribunal da Cidadania editou enunciados sumulares específicos relacionados aos embargos de divergência, que serão a seguir detalhados.

A Súmula n.º 158/STJ⁷⁴ dispõe não ser possível, em embargos de divergência no STJ, indicar como paradigma julgado de órgão julgador (turma ou seção) que não tenha mais competência interna para o julgamento do tema, pois não reflete o entendimento dos órgãos julgadores atualmente competentes para julgar determinada matéria.

O objetivo do referido enunciado sumular é evitar que arestos proferidos por órgãos julgadores que não detém mais competência⁷⁵, o que afastaria a atualidade do entendimento sobre determinado tema, mas apenas registro histórico⁷⁶ do julgado, possam proporcionar nova

⁷² A jurisprudência desta Corte admite que se promova a requalificação jurídica dos fatos ou a reavaliação da prova, desde que a existência e modo pelo qual ocorreram os fatos tenha sido expressamente referido no acórdão recorrido com base nas provas produzidas pelas partes. Precedentes. (Excerto da ementa do AgInt nos EDcl no AREsp 353.267/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 14.11.2018).

⁷³ ALVIM, Teresa Arruda. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro: (de acordo com o CPC de 2015 e a Lei 13.256/2016)*. In: ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno (Coords.). 3.ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 400.

⁷⁴ Súmula n.º 158/STJ: “Não se presta a justificar embargos de divergência o dissídio com acórdão de turma ou seção que não mais tenha competência para a matéria neles versada”.

⁷⁵ Fredie Didier Junior e Leonardo Carneiro da Cunha asseveram que: “Além de ser atual a divergência, sempre se considerou necessário que o acórdão paradigma tenha sido proferido por órgão que ainda mantenha competência ampara a matéria ali versada. Por exemplo: proferido um acórdão por uma turma do STJ, somente caberiam os embargos de divergência, se tal acórdão estivesse destoando de outro proferido por turma ou seção que ainda detenha a competência para aquela matéria. Se, contudo, a turma ou a seção que proferiu o acórdão dissidente não mais mantivesse competência sobre a matéria, não cabem embargos. Esse, aliás, é comando que se extraía do número 158 da súmula do STJ (...)” (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coords.). 15.ª ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 461).

⁷⁶ Athos Gusmão Carneiro: “Com efeito, se a Turma prolatora do aresto apontado como paradigma não mais é competente para apreciar aquela matéria sobre a qual versa o acórdão impugnado, então, o dissídio tornou-se de interesse apenas histórico, não mais reflete uma divergência atual entre os órgãos colegiados.” (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno. Exposição didática: área do processo civil, com inovação à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 142).

discussão sobre o tema.

A função do recurso uniformizador é dirimir conflito de entendimento entre órgãos julgadores com idêntica e atual competência para apreciar o tema⁷⁷.

Eduardo Arruda Alvim, Daniel Willian Granado e Eduardo Aranha Ferreira interpretam o referido entendimento sumular:

*Na vigência do CPC/73 se defendia a posição de que se o objetivo dos embargos de divergência é superar divergência **atual** no âmbito do Tribunal e se a mesma Turma (com composição diferente ou não) já julgou diferentemente, superando ela mesma um precedente entendimento diverso, não há mais divergência. (...)*

Vale dizer, a supressão da competência significa que aquela Turma não tem mais voz no Tribunal, em relação à matéria objeto de supressão de sua competência.⁷⁸

Entretanto, a disposição literal do art. 1.043 do CPC/2015 estabelece o cabimento dos embargos de divergência em face de acórdão proferido por qualquer outro órgão fracionário da Corte Superior, o que afastaria a incidência do enunciado sumular⁷⁹. Não obstante a previsão do novo ordenamento, em recente julgado o STJ⁸⁰ reafirmou a manutenção da Súmula n.º 158/STJ em face do CPC/2015.

Outrossim, existe questão específica a ser analisada sobre a incidência do referido enunciado sumular no âmbito do Tribunal da Cidadania.

Conforme já abordado no presente trabalho, o RISTJ divide o STJ em seções especializadas (arts. 9.º, §§ 1.º, 2.º e 3.º), em síntese: direito público (Primeira Seção), direito privado (Segunda Seção) e direito penal (Terceira Seção).

A questão surgiu após alterações da competência interna do STJ estabelecidas pelas Emendas Regimentais n.ºs 11/2010 e 14/2011, que determinaram que as matérias relacionadas

⁷⁷ Para Araken de Assis: “Razões substancialmente análogas desautorizam a comparação do acórdão embargado com julgado de órgão fracionário que, supervenientemente, perdeu competência para julgar a matéria. Diz a Súmula do STJ, n.º 158: “Não se presta a justificar embargos de divergência o dissídio com acórdão de Turma ou Seção que não mais tenha competência para a matéria neles versada”. Os embargos de divergência evitam o dissídio entre órgãos fracionários com idêntica e atual competência *ratione materiae*.” (ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 9.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 993).

⁷⁸ ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito processual civil*. In: ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel William; FERREIRA, Eduardo Aranha (Coords.). 6.ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 1054.

⁷⁹ FREIRE, Alexandre. “Dos embargos de divergência”. *Breves Comentários ao Código de Processo Civil*. ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 2.350.

⁸⁰ Confira-se: “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PARADIGMA DE ÓRGÃO JULGADOR QUE NÃO MAIS DETEM COMPETÊNCIA PARA A MATÉRIA. SÚMULA 158/STJ. 1. O entendimento da Corte Especial é o de que “mesmo após a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, incide o enunciado da Súmula n.º 158 desta Corte”, no seguinte sentido: “Não se presta a justificar embargos de divergência o dissídio com acórdão de Turma ou Seção que não mais tenha competência para a matéria neles versada”. A propósito: AgInt nos EREsp 1.533.766/MG, Rel. Ministro Og Fernandes, Corte Especial, DJe 9/10/2017; AgInt nos EREsp 1.587.740/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Corte Especial, DJe 5/4/2017; AgInt nos EAREsp 526.207/SC, Rel. Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, DJe 21/9/2016. 2. Agravo interno não provido.” (AgInt nos EREsp 1251447/PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Corte Especial, DJe 21.08.2018).

aos “servidores públicos civis e militares” e “benefícios previdenciários”, respectivamente, não mais seriam julgados pela Terceira Seção por ausência de identidade com a matéria principal do órgão, mas pela Primeira Seção do STJ, que trata de outras matérias de direito público.

Todavia, somente foi aprovada em relação aos processos distribuídos no âmbito do Tribunal Superior após a alteração regimental, permanecendo o acervo do tema já distribuído com os Ministros componentes da Terceira Seção. Assim, o acervo distribuído anteriormente às emendas regimentais permaneceu vinculado às turmas componentes da Terceira Seção, e os novos processos distribuídos às turmas que formam a Primeira Seção.

Em resumo, em relação aos temas “servidores públicos civis e militares” e “benefícios previdenciários” coexistem quatro turmas e duas seções do STJ, regularmente competentes, que julgam de maneira contemporânea os mesmos temas, situação que ainda perdura no Tribunal da Cidadania.

Com efeito, inúmeras teses foram revisitadas pelo atual órgão competente, com a consequente modificação do entendimento jurisprudencial, o que gera a peculiar situação de coexistência de entendimentos conflitantes dentro de um Tribunal Superior encarregado constitucionalmente de uniformizar a interpretação de lei federal.

Apesar da problemática situação enfrentada, o STJ⁸¹ firmou a orientação no sentido de que as teses divergentes firmadas nos julgados dos referidos órgãos nas matérias contidas nas emendas regimentais não podem ser objeto de confronto no âmbito do recurso uniformizador.

Por outro lado, a Súmula n.º 168/STJ⁸² dispõe que os embargos de divergência não são cabíveis nas hipóteses em que a jurisprudência do STJ estiver em consonância com o aresto embargado.

A essência do referido enunciado sumular é a atualidade do dissídio jurisprudencial, prevista expressamente do art. 266 do RISTJ.

O STF também possui entendimento consolidado no sentido de que não cabem embargos

⁸¹ Confira-se: “TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ACÓRDÃO EMBARGADO DA 2.ª TURMA. JULGADOS PARADIGMAS DA 6a. TURMA E DA 1a. SEÇÃO. DISSÍDIO ARGUÍDO COM PARADIGMA DA 6a. TURMA, ÓRGÃO JULGADOR QUE NÃO MAIS DETÉM COMPETÊNCIA PARA A MATÉRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 158/STJ. PRECEDENTES DA CORTE ESPECIAL. EMBARGOS LIMINARMENTE INDEFERIDOS. REDISTRIBUIÇÃO NO ÂMBITO DA 1a. SEÇÃO. DECISÃO MANTIDA EM SEUS PRÓPRIOS TERMOS. AGRAVO INTERNO DO CONTRIBUINTE DESPROVIDO. 1. A Agravante defende ser válido o paradigma da 6.ª Turma para fins de comprovação do dissenso jurisprudencial, aduzindo, em síntese, que a mudança na organização interna do Tribunal não pode prejudicar o jurisdicionado. 2. De acordo com a jurisprudência pacífica desta Corte, cristalizada no enunciado no. 158, não se presta a justificar Embargos de Divergência o dissídio com acórdão de Turma ou Seção que não mais tenha competência para a matéria neles versada. 3. Dessa forma, no que diz respeito ao paradigma proveniente da 6.ª Turma, os Embargos de Divergência não devem ser admitidos. 4. Agravo Interno do contribuinte desprovido, mantendo-se a determinação de distribuição do feito a um dos Ministros integrantes da 1.ª Seção, para o exame da divergência entre o acórdão impugnado e o REsp. 1.196.777/RS.” (STJ, AgInt nos EREsp 1241569/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Corte Especial, DJe 03.03.2017).

⁸² Súmula n.º 168/STJ: “Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado”.

de divergência, nos termos do artigo 332 do RISTF, nas hipóteses em que a jurisprudência do Plenário ou de ambas as Turmas estiver firmada no sentido do acórdão embargado⁸³⁻⁸⁴.

No mesmo sentido, a Súmula n.º 247/STF: “O Relator não admitirá os embargos da Lei 623, de 19.2.49, nem deles conhecerá o Supremo Tribunal Federal, quando houver jurisprudência firme do plenário no mesmo sentido da decisão embargada”.

Fredie Didier Jr e Leonardo Cunha Carneiro orientam:

A divergência, para que se possam interpor os embargos, há de ser atual. Se a divergência já restou ultrapassada, não cabem mais os embargos de divergência. A propósito, assim enuncia o n.º 168 da súmula do STJ: “Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado”. De igual teor, o enunciado 247 da súmula de jurisprudência predominante do STF (...).⁸⁵

Em síntese, o cabimento dos embargos de divergência exige que o dissídio seja atual, e que o aresto apontado como paradigma seja anterior ao embargado⁸⁶.

Importante consignar que a Súmula n.º 168/STJ, embora remeta ao não conhecimento do recurso uniformizador, é verbete sumular de aplicabilidade vinculado ao juízo de mérito, pois a inadmissão está fundada em entendimento jurisprudencial consolidado do tema. A aplicação do referido enunciado sumular pressupõe que o juízo de admissibilidade do recurso uniformizador foi ultrapassado.

⁸³ “DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO INTERNO EM EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DISSENSO JURISPRUDENCIAL. DECISÃO EMBARGADA DE ACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA FIRMADA POR ESTA CORTE. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que é dever da parte embargante a demonstração explícita do conflito entre a decisão embargada e o paradigma apontado como divergente (AI 388.823-AgR-ED-EDv-AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski). 2. O art. 332 do RISTF dispõe serem incabíveis os embargos divergentes se a jurisprudência do Plenário ou de ambas as turmas estiver firmada no sentido da decisão embargada. No caso de que se trata, a jurisprudência desta Corte está alinhada com o acórdão ora embargado. 3. Agravo interno a que se nega provimento, determinando-se o trânsito em julgado e a baixa imediata dos autos à origem, independentemente de publicação do acórdão.” (STF, RE 922472 AgR-ED-EDv-AgR, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, Processo Eletrônico DJe-163 divulg. 10.08.2018 public. 13.08.2018). (grifos nossos).

⁸⁴ À luz do art. 332 do RISTF, não são cabíveis os embargos divergentes quando o posicionamento do Plenário ou de ambas as Turmas se encontrar firmado na mesma direção da decisão embargada. (Excerto da ementa do RE 1004516 ED-AgR-ED-EDv-AgR, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, Processo Eletrônico DJe-154 divulg. 01.08.2018 public. 02.08.2018).

⁸⁵ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coords.). 15.ª ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2018. v. 3, p. 461.

⁸⁶ Segundo a lição de Araken de Assis, “Esse requisito da atualidade também se expressa na exigência de o acórdão paradigma retratar o entendimento recente de outro órgão fracionário. É o enunciado n.º 168 do STJ: “Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado”. Não é diferente o Enunciado n.º 247 do STF: “O relator não admitirá os embargos da Lei 623, de 19.02.1949, nem deles conhecerá o Supremo Tribunal Federal, quando houver jurisprudência firme do Plenário no sentido da decisão embargada”. Em outras palavras, é preciso que o acórdão paradigma seja anterior ao acórdão embargado. Os acórdãos posteriores ao embargado presumivelmente retratarão o entendimento atual.” (ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 9.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 993).

A técnica de julgamento dos embargos de divergência, nas hipóteses de aplicação da Súmula n.º 168/STJ, merece algumas ponderações.

Com efeito, a atualidade da divergência é elemento importante para a uniformização de entendimentos nas Cortes Superiores, pois ao admitir a indicação de julgados não contemporâneos, ainda que divergentes, é evidente que a segurança jurídica almejada pelo instrumento uniformizador é prejudicada.

Por outro lado, a reiteração da jurisprudência no julgamento dos embargos de divergência, ao julgar com base na Súmula n.º 168/STJ, formam julgado que pode ser usado como paradigma no recurso uniformizador, pois reitera o mérito da tese jurídica, ainda que o recurso “não tenha sido conhecido”.

Outrossim, a Súmula n.º 315/STJ⁸⁷ estabelece que o recurso uniformizador não é cabível no âmbito do agravo que não admite o recurso especial. A redação do enunciado sumular permite interpretação divergentes, mas prevalece no Tribunal da Cidadania que não cabem embargos de divergência em agravo que não ultrapassa o juízo de admissibilidade do recurso especial⁸⁸. Ou seja, é necessário o julgamento do mérito do recurso especial no agravo em recurso especial, por meio de julgamento colegiado.

O referido enunciado sumular tem aplicabilidade no âmbito do Tribunal da Cidadania⁸⁹

⁸⁷ Súmula n.º 315/STJ: “Não cabem embargos de divergência no âmbito do agravo de instrumento que não admite recurso especial”.

⁸⁸ “TRIBUTÁRIO. ICMS. COMPENSAÇÃO DE CRÉDITO. ACÓRDÃO RECORRIDO ASSENTADO EM FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. NÃO INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA n.º 126/STJ. INVIABILIDADE DA ANÁLISE DE DIREITO LOCAL. SÚMULA n.º 280/STF. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ENUNCIADO n.º 315 DA SÚMULA DO STJ. EMBARGOS LIMINARMENTE INDEFERIDOS. I – Não é cabível a oposição de embargos de divergência contra decisão que não analisa o mérito do recurso especial, ante a incidência do óbice do enunciado n.º 315 da Súmula do STJ. II – No acórdão embargado, não se conheceu do recurso especial sob os seguintes fundamentos: (i) acórdão regional fundamentado na interpretação de legislação local, incidindo, por analogia, o enunciado n.º 280 da Súmula do STF; e, (ii) ausência de interposição de recurso extraordinário a fim de impugnar fundamento constitucional do acórdão regional recorrido, com a incidência do enunciado n.º 126 da Súmula do STJ (fls. 426-434). III – Assim, foi citado trecho do acórdão regional recorrido apenas com o intuito de demonstrar o fundamento constitucional da decisão e a interpretação de ato normativo local e, consequentemente, a incidência dos óbices sumulares. Diante disso, apesar das alegações da parte agravante, é evidente que a análise se limitou ao juízo de admissibilidade, resultando no não conhecimento do recurso especial, o que torna inafastável a incidência do enunciado n.º 315 da Súmula do STJ. Nesse sentido: EAREsp 559.766/DF, Rel. Ministro Raul Araújo, Corte Especial, julgado em 24/10/2016, DJe 22/11/2016; AgInt nos EAREsp 784.979/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado em 5/10/2016, DJe 21/10/2016; AgInt nos EAREsp 635.170/DF, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Seção, julgado em 8/6/2016, DJe 30/6/2016. IV – Agravo interno improvido. (AgInt nos EAREsp 695.073/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Seção, DJe 28.05.2018).

⁸⁹ “AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NÃO IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO QUE INADMITIU O RECURSO ESPECIAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 182 DO STJ. AUSÊNCIA DE ANÁLISE DO MÉRITO DO RECURSO ESPECIAL. MANIFESTA INADMISSIBILIDADE DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 315 DO STJ. EMBARGOS LIMINARMENTE INDEFERIDOS. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. Reafirmada a Súmula n.º 315 do STJ: “não cabem embargos de divergência no âmbito do agravo de instrumento que não admite recurso especial”. Esse entendimento, aliás, está positivado no art. 1.043, inciso III, do CPC/2015. 2. Não conhecimento do pedido de “modulação de efeitos” do julgamento da Corte Especial do STJ, na sessão do dia 19 de setembro de 2018, que apreciou o EAREsp n.º 701.404/SC e o

nos casos de embargos de divergência interpostos em agravo em recurso especial, que aplicam óbices processuais e não ultrapassam o juízo de admissibilidade do próprio recurso especial.

Em tal contexto, não se admitem embargos de divergência para confrontar julgados relacionados ao juízo de admissibilidade, tema que foi abordado no cap. 2 do presente trabalho, inclusive com a indicação de julgado que excepciona a aplicação da Súmula n.º 315/STJ.

O Tribunal da Cidadania⁹⁰, em recente julgado, reafirmou a incidência do mencionado enunciado sumular em face do CPC/2015.

Por outro lado, a Súmula n.º 316/STJ⁹¹ admite o cabimento de embargos de divergência contra acórdão que em sede de agravo “regimental” (interno) julga o recurso especial. O contexto

EAREsp n.º 831.326/SP, cujos acórdãos ainda pendem de publicação. 3. Agravo interno desprovido.” (AgInt nos EAREsp 1196474/ES, Rel. Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, DJe 19.12.2018).

⁹⁰ “AGRAVO INTERNO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ACÓRDÃO IMPUGNADO PROFERIDO EM SEDE DE AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MÉRITO DO APELO NOBRE NÃO EXAMINADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA n.º 315/STJ, POR ANALOGIA. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 1.043, INCISOS I E III, E § 2.º, DO CPC/2015. REGRA GERAL DO CABIMENTO DO RECURSO UNIFORMIZADOR: QUESTÃO DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL ANALISADA NO ACÓRDÃO EMBARGADO. VEDAÇÃO DE NOVO EXAME DA ADMISSIBILIDADE DO RESP, OCORRIDO NO ÓRGÃO FRACIONÁRIO ANTERIOR. MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. DESCABIMENTO. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Segundo a jurisprudência remansosa deste Superior Tribunal de Justiça, os embargos de divergência têm por finalidade precípua dirimir dissídio decorrente da interpretação da legislação federal existente entre julgados proferidos nesta Corte Superior, não servindo para nova discussão acerca da utilização ou não de regra técnica de admissibilidade ou conhecimento do apelo nobre ocorrida no caso concreto e devidamente cancelada pelo respectivo órgão fracionário. 2. A Súmula n.º 315/STJ, utilizada por analogia na espécie, veda a admissão deste recurso uniformizador contra acórdão proferido em agravo em recurso especial no qual não se examinou o mérito do apelo nobre. 3. Na hipótese dos autos, o acórdão embargado refutou, com amparo na Súmula n.º 7/STJ, as teses defendidas pela ora agravante no apelo nobre, o qual visava alterar as premissas fáticas e probatórias estabelecidas soberanamente pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, com o objetivo de reformar sua condenação por danos moral e estético e pagamento de pensão vitalícia, decorrente de ação por atropelamento ocorrido em ferrovia. 4. O artigo 1.043 do CPC/2015, ao disciplinar as hipóteses de cabimento dos embargos de divergência, parte da premissa de que tanto o acórdão embargado quanto os arestos apontados como paradigmas tiveram o mérito do recurso especial analisado, conforme se depreende da redação do inciso I do mencionado dispositivo legal. 5. A análise dos requisitos de admissibilidade do apelo nobre no caso concreto é realizada de forma soberana pelo respectivo órgão fracionário deste Sodalício e, via de regra, não pode ser revista através dos embargos de divergência, sob pena de se criar, no Superior Tribunal de Justiça, segunda instância revisora nesse aspecto. 6. A redação da parte final do inciso III do mencionado artigo 1.043 contém previsão autorizativa sobre o cabimento dos embargos de divergência em situação peculiar, quando num dos acórdãos confrontados foi afirmado não ter sido conhecido o recurso especial, mas, em verdade, ocorreu o julgamento da controvérsia defendida no apelo nobre. Nessa hipótese específica, que não ocorreu neste feito, deve ser mitigada a incidência da Súmula n.º 315/STJ. Precedentes. 7. Não socorre à parte agravante o argumento quanto à revogação da Súmula n.º 599/STF ensejar o cabimento dos seus embargos de divergência, porque este Superior Tribunal de Justiça há muito tempo atrás alinhou-se à Suprema Corte, entendendo possível a configuração dissenso pretoriano no recurso uniformizador quando o acórdão embargado, oriundo dos órgãos fracionários, tenha sido proferido em agravo regimental ou agravo interno, desde que, conforme demonstrado na fundamentação acima, no exame da decisão singular pelo Colegiado respectivo as teses de mérito defendidas no apelo nobre tenham sido examinadas, vale dizer, tenham ultrapassado o juízo de admissibilidade neste Sodalício. 8. Inaplicabilidade de multa pela interposição deste agravo interno, porque a recorrente, ao insurgir-se contra a decisão singular que inadmitiu seus embargos de divergência, observou o princípio da dialeticidade e tão somente exerceu seu regular direito de recorrer, não configurando tal atitude qualquer das hipóteses ensejadoras das sanções processuais previstas no Código de Processo Civil de 2015. 9. Agravo interno improvido.” (AgInt nos EAREsp 1162391/RJ, Rel. Ministro Jorge Mussi, Corte Especial, DJe 21.11.2018).

⁹¹ Súmula n.º 316/STJ: “Cabem embargos de divergência contra acórdão que, em agravo regimental, decide recurso especial”.

do enunciado na visão do STJ exige que, no julgamento do agravo interno, o mérito do recurso especial tenha sido enfrentado, ou seja, ultrapasse o juízo de admissibilidade.

No mesmo sentido o entendimento do STF⁹², ao afirmar que “são incabíveis embargos de divergência contra acórdão proferido em julgamento de agravo regimental em agravo de instrumento cujo seguimento foi negado por ausência de requisitos processuais, sem ter havido exame do mérito da questão”⁹³. Em tal contexto, ainda que em raciocínio a contrario sensu, correto⁹⁴ cancelamento a Súmula n.º 599/STF: São incabíveis embargos de divergência de decisão de turma, em agravo regimental.

Araken de Assis, a esse propósito, enuncia:

É muito peculiar a situação dos pronunciamentos das turmas em agravo interno, dito regimental no direito anterior. Rezava a Súmula do STF, n.º 599, revogada em 2008: “São incabíveis embargos de divergência de decisão de Turma, em agravo regimental”. À época da elaboração do enunciado, os precedentes colacionados se referiam, exclusivamente, a agravos interpostos contra decisões de relator em agravo de instrumento. Não há dúvida que o acórdão da turma, reexaminando a decisão do relator por meio de agravo interno, é insuscetível a embargos. Acontece que também o recurso extraordinário comporta julgamento monocrático. Nada obstante, o STF continuou aplicando o verbete, apegando-se à interpretação literal do cabimento dos embargos no CPC 1973, orientação retratada em julgado do respectivo Pleno. Não importava, ainda, o exame de mérito do recurso extraordinário no agravo interno. É diferente, nesse particular, a orientação do STJ. São admissíveis embargos de divergência contra acórdão proferido por turma em agravo regimental em três hipóteses: (a) quando o relator nega seguimento ao recurso especial, por inadmissível; (b) quando o relator nega ou dá provimento ao recurso especial; (c) quando o relator julga o recurso especial no agravo. E, de fato, a rígida aplicação da súmula do STF n.º 599, hoje revogada, apegava-se ao recurso em si – agravo regimental, atualmente agravo interno. Ignorando o conteúdo – o julgamento colegiado do recurso extraordinário. Bem andou o STJ, explicitando o verbete n.º 599.

Em recente julgado, o STJ reconheceu a compatibilidade da Súmula n.º 316/STJ em face do CPC/2015⁹⁵.

⁹² “AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REQUISITO FORMAL AUSENTE. NÃO CABIMENTO. 1. São incabíveis embargos de divergência contra acórdão proferido em julgamento de agravo interno, o qual teve o seguimento negado por ausência de requisitos processuais, sem adentrar no mérito da questão jurídica. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 350120 AgR-EDv-AgR, Relator(a): Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, Acórdão Eletrônico DJe-214 divulg. 26.10.2015 public. 27.10.2015).

⁹³ Excerto da ementa AI 836.992 AgR-EDv-AgR/SC, Tribunal Pleno, Min. Rel. Ricardo Lewandowski, DJe 30.05.2012.

⁹⁴ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8.ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 989-990.

⁹⁵ “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO EMBARGADO. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. ACÓRDÃOS PARADIGMAS. JUÍZO DE MÉRITO. INADMISSIBILIDADE DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA INDEFERIDOS LIMINARMENTE. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. I. Agravo interno aviado contra decisão monocrática publicada em 29/11/2017, que, por sua vez, julgara recurso interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/2015. II. No caso, os acórdãos confrontados não foram

Em síntese, diante da dinâmica de julgamento dos Tribunais Superiores, que julgam majoritariamente os processos por meio de decisões singulares, é absolutamente adequado permitir que seja utilizado embargos de divergência em agravo interno que julga o mérito dos recursos extraordinário e especial.

O STJ⁹⁶ tem entendimento consolidado em sua jurisprudência que a revisão do valor arbitrado à título de danos morais em sede de recurso especial é vedado, por exigir o reexame de matéria fática e probatória, nos termos da Súmula n.º 7/STJ.

Todavia, o próprio Tribunal Superior excepciona a própria jurisprudência⁹⁷ ao afastar o referido enunciado sumular nas hipóteses em que o valor arbitrado for considerado irrisório ou exorbitante, o que geralmente adentra aos juízos subjetivos do julgador.

Com efeito, os parâmetros para a fixação do valor por danos morais é tema de grande importância para o direito brasileiro, construídos essencialmente pela jurisprudência. Em tal contexto, a importância do STJ como corte de uniformização nacional para a consolidação da questão.

Por outro lado, é extremamente frequente encontrar na jurisprudência do Tribunal Su-

proferidos no mesmo grau de cognição, eis que o acórdão embargado não emitiu juízo de valor sobre o prazo prescricional para o ajuizamento da execução, entendendo inadmissível o Recurso Especial, por incidência da Súmula n.º 7/STJ, enquanto os acórdãos paradigmas examinaram o mérito do Recurso Especial, no que respeita à prescrição. Incidência da Súmula n.º 315/STJ. III. Nos termos da jurisprudência desta Corte, “se o acórdão embargado decidiu com base na Súmula n.º 7 do Superior Tribunal de Justiça, falta aos embargos de divergência o pressuposto básico para a sua admissibilidade, é dizer, discrepância entre julgados a respeito da mesma questão jurídica. Se o acórdão embargado andou mal, qualificando como questão de fato uma questão de direito, o equívoco só poderia ser corrigido no âmbito de embargos de declaração pelo próprio órgão que julgou o recurso especial” (STJ, AgRg nos EREsp 1.439.639/RS, Rel. Ministro Olindo Menezes (Desembargador Federal Convocado do TRF/1.ª Região), Primeira Seção, DJe de 01.12.2015). Em igual sentido: STJ, AgRg nos EAREsp 556.927/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, DJe de 18.11.2015; AgRg nos EREsp 1.430.103/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe de 15.12.2015. IV. Por outro lado, “não é certo entender pelo cancelamento tácito das Súmulas 315 e 316 desta Colenda Corte, em razão da previsão do art. 1.043, III, do novo CPC. Não há incompatibilidade entre a prescrição legal e o entendimento sumular. Isso porque somente se deve conhecer da divergência entre acórdão que apreciou o mérito e outro que não conheceu do recurso, quando ambos, ao menos, tenham apreciado a questão objeto da divergência. No presente caso, aplicou-se o óbice da Súmula n.º 7 do STJ para toda a matéria objeto do recurso, não tendo sido apreciado, como afirma o embargante, o mérito da questão objeto da divergência” (STJ, AgInt nos EAREsp 641.762/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Corte Especial, DJe de 21.10.2016). V. Diante da impossibilidade de conhecimento dos Embargos de Divergência, não há que se invocar o julgamento do REsp 1.336.026/PE, submetido à sistemática prevista no art. 543-C do CPC/73, a recurso que não ultrapassou o juízo de admissibilidade. Nesse sentido: STJ, AgRg nos EAREsp 449.710/RS, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Primeira Seção, DJe de 17.03.2016. VI. Agravo interno improvido.” (AgInt nos EAREsp 738.593/RS, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Primeira Seção, DJe 27.06.2018). (grifos nossos).

⁹⁶ “O valor fixado a título de indenização por danos morais baseia-se nas peculiaridades da causa. Assim, afastando-se a incidência da Súmula n.º 7/STJ, somente comporta revisão pelo Superior Tribunal de Justiça quando irrisório ou exorbitante, o que não ocorreu no caso dos autos.” (Excerto da ementa do AgInt no AREsp 1361167/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 06.05.2019).

⁹⁷ “A jurisprudência desta Corte admite a revisão do quantum indenizatório fixado a títulos de danos morais em ações de responsabilidade civil quando irrisório ou exorbitante o valor arbitrado. III – Caso em que o tribunal de origem considerou ser razoável e proporcional o valor arbitrado a título de dano moral. O reexame de tal entendimento demandaria necessário revolvimento de matéria fática, o que é inviável em sede de recurso especial, à luz do óbice contido na Súmula n.º 07/STJ.” (Excertos da ementa do AgInt no REsp 1790025/CE, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 02.05.2019).

perior julgados que retratam contextos fáticos semelhantes e a fixação de danos morais em patamares absolutamente distintos⁹⁸⁻⁹⁹.

Nesse contexto, a Súmula n.º 420/STJ¹⁰⁰ afirma ser incabível embargos de divergência para debater o valor de indenização fixação por danos morais, essencialmente, porque a visão do Tribunal Superior não haveria dissídio de teses jurídicas, mas apenas diferenças decorrentes das particularidades do caso concreto¹⁰¹.

Araken de Assis apreciou especificamente o tema:

*É claro que, ingressando o tribunal superior no exame das questões de fato, o campo da divergência pode abandonar a área natural das teses jurídicas. Por esse motivo, vez que reexamina o valor dos danos morais, o STJ viu-se na contingência de pré-excluir os embargos de divergência neste assunto, o que ensejaria o cotejo de valores (Súmula do STJ, n.º 420).*¹⁰²

Realmente, é inegável que, regra geral, o julgamento e a análise do valor dos danos morais

⁹⁸ Entre inúmeros exemplos, pode ser citado os julgados que tratam de casos de mortes de detentos em presídio e o valor da condenação do Estado ao pagamento de dano moral. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MORTE DE DETENTO NAS DEPENDÊNCIAS DE PRESÍDIO. NEXO CAUSAL E REVISÃO DO QUANTUM FIXADO A TÍTULO DE DANOS MORAIS. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO PROBATÓRIO. SÚMULA 07/STJ. 1. A jurisprudência desta Corte reconhece a responsabilidade objetiva do Estado nos casos de morte de preso custodiado em unidade prisional. Assim, constatada pela instância de origem a ocorrência do nexo causal entre o dano e a conduta do agente público, a pretensão, quanto ao ponto, demanda a análise do conjunto fático-probatório carreado aos autos, interdita em sede de recurso especial por força da Súmula n.º 07/STJ. Precedentes: AgRg no AREsp 169.476/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 08/08/2012; EDcl no AgRg no REsp 1.305.259/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 22/08/2013; AgRg no AREsp 283.111/PE, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 16/04/2013; AgRg no REsp 1.305.259/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 09/04/2013. REsp 936.342/ES, Rel. Min. Francisco Falcão, Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 20/05/2009; AgRg no AREsp 21.934/GO, Rel. Min. Ari Pargendler, Primeira Turma, DJe 18/03/2013; AgRg no AREsp 346.952/PE, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 23/10/2013. 2. A redução do *quantum* indenizatório a título de danos morais apenas é possível, caso verificada a exorbitância do valor fixado pela Corte de origem, o que não ocorreu no caso. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 446.316/PE, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 01.07.2014).

⁹⁹ “ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MORTE DE DETENTO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. QUANTUM INDENIZATÓRIO. NECESSIDADE DE REVISÃO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de justiça firmou-se no sentido de que a responsabilidade estatal pela morte de detento no interior de presídio é objetiva. Súmula n.º 83/STJ. 2. Apenas em situações excepcionais, em que a parte demonstra de forma contundente que o valor fixado para o pagamento de indenização por danos morais é exorbitante ou irrisório, o que não ocorreu no caso, a jurisprudência deste Superior Tribunal permite o afastamento do óbice previsto na Súmula n.º 7/STJ para que seja possível a sua revisão. 3. Agravo regimental não provido.” (AgRg no AREsp 283.111/PE, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 16.04.2013).

¹⁰⁰ Súmula n.º 420/STJ: Incabível, em embargos de divergência, discutir o valor de indenização por danos morais.

¹⁰¹ Assim, “A discussão sobre o quantum estabelecido para indenização por danos morais não é cabível na via dos embargos de divergência, pois inexistente dissensão de teses jurídicas, mas apenas diferenças na fixação do valor indenizatório, uma vez que a aferição de sua razoabilidade está intrinsecamente atrelada à análise das particularidades de cada caso concreto, o que impede a comparação. Incidência do verbete sumular n.º 420 do Superior Tribunal de Justiça, é “incabível, em embargos de divergência, discutir o valor de indenização por danos morais.” (Excerto da ementa do AgRg nos EREsp 1408497/SC, Rel. Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, DJe 15.06.2015). (grifos nossos).

¹⁰² *Manual dos recursos*. 9.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 984).

exigiria no recurso especial o reexame de matéria fática e probatória, o que inviabilizaria os próprios embargos de divergência.

Por outro lado, em sentido contrário, o dissídio estabelecido entre os referidos julgados poderia ser analisado em sede de embargos de divergência como forma de uniformização¹⁰³ da jurisprudência e a fixação de parâmetros para as demais instâncias como corte de vértice. A via dos embargos de divergência para uniformizar valores de dano moral seria compatível com a função constitucional do Superior Tribunal de Justiça.

Com efeito, o mesmo princípio que autorizaria o STJ a excepcionar a incidência da Súmula n.º 7/STJ quanto ao tema, confronta com a regra estabelecida na Súmula n.º 420/STJ.

O mesmo raciocínio poderia ser utilizado para julgados que confrontam embargos de divergência para confrontar julgados dissidentes para confrontar valor de verba honorária. No mesmo sentido da interpretação da Súmula n.º 420/STJ, o Tribunal da Cidadania¹⁰⁴⁻¹⁰⁵ não tem admitido recurso uniformizador para debater irrisoriedade ou exorbitância de honorários advocatícios.

Apesar da tese jurídica ser extremamente interessante, os limites de cognição impostos ao

¹⁰³ Teresa Arruda Alvim, Bruno Dantas afirmam que: “É, a nosso ver, equivocado o entendimento no sentido de que não cabem embargos de divergência quando se trata de corrigir quantum fixado a título de dano moral. Dizem os acórdãos que, nesses casos, não há “diversidade de tratamento jurídico aplicado a situações inteiramente idênticas”, esquecendo-se que esta não é senão uma das formas de desarmonia, uma das hipóteses em que se manifesta a ruptura da coerência do sistema.” (ALVIM, Teresa Arruda. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro: (de acordo com o CPC de 2015 e a Lei 13.256/2016)*. In: ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno (Coords.). 3.ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 573).

¹⁰⁴ “AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DISCUSSÃO SOBRE IRRISORIEDADE OU EXORBITÂNCIA. NÃO CABIMENTO. SITUAÇÕES FÁTICAS DIVERSAS. GRAU DE COGNIÇÃO DIFERENTE. INEXISTÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS JULGADOS CONFRONTADOS. 1. O STJ tem firmado orientação no sentido de que, em regra, não cabem Embargos de Divergência para fins de discussão sobre a irrisoriedade ou exorbitância do valor fixado a título de honorários advocatícios. 2. Não há contradição no acórdão recorrido quando consignou mostrarem-se incabíveis os presentes Embargos, cujos paradigmas apontados versam sobre casos distintos do que ora se cuida, na medida em que naqueles o Superior Tribunal de Justiça acabou por superar o óbice de conhecimento, de forma a alterar, ante a excessividade ou irrisoriedade reconhecida, os valores estabelecidos a título de honorários advocatícios. 3. Segundo a jurisprudência sedimentada no Superior Tribunal de Justiça, não se admite a interposição de Embargos de Divergência para discutir a questão da irrisoriedade ou exorbitância do valor fixado a título de honorários advocatícios, cuja verificação decorre das particularidades de cada caso concreto. 4. Agravo Interno não provido.” (AgInt nos EREsp 1322257/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Corte Especial, DJe 19.04.2017).

¹⁰⁵ “PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NÃO VINCULAÇÃO DESTA CORTE SUPERIOR AO CRITÉRIO UTILIZADO PARA FIXAÇÃO PELA INSTÂNCIA DE ORIGEM. AUSÊNCIA DE DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. 1. A aplicação de critério de fixação dos honorários utilizado pela instância de origem não tem o condão de vincular este Tribunal Superior, que tem a faculdade de reanalisar a questão; sendo certa, ademais, a desnecessidade de pedido nesse sentido, uma vez que os honorários de sucumbência são consectário lógico da decisão. 2. Os embargos de divergência são recurso que busca uniformizar a jurisprudência em questões idênticas, valendo ressaltar que cada ação tem suas peculiaridades fáticas e o valor dos honorários as deve levar em consideração, na forma do art. 20, §§ 3.º e 4.º do Código de Processo Civil, razão pela qual não é autorizada, nesta via, a análise do tema. 3. Agravo regimental não provido.” (AgRg nos EREsp 703.384/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, DJe 28.11.2018).

recurso especial também se estendem aos embargos de divergência, o que inviabilizaria o recurso uniformizador para rever os valores de dano moral e os fixados à título de verba honorária.

5 O SISTEMA DE SANABILIDADE DE VÍCIOS FORMAIS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL PROPOSTO PELO CPC/2015 E OS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA

Como se procurou acentuar no Capítulo 1 deste trabalho, o Código de Processo Civil de 2015 exige, de seu intérprete e aplicador, uma nova forma de pensar e aplicar as regras processuais, o que se dá, essencialmente, por intermédio da interpretação¹ constitucional do processo (art. 1.^º²), com a respectiva quebra de paradigmas³ estabelecidos na vigência ordenamento revogado (tema abordado no Capítulo 1 do presente trabalho).

Tal premissa, inequivocamente, é de difícil concretização, pois exige o rompimento de uma cultura jurídica construída durante décadas, formada e estabelecida em todos os níveis da estrutura do Poder Judiciário e da comunidade jurídica em geral. O grande desafio do novo ordenamento processual é estabelecer o equilíbrio entre elevado número de processos em tramitação e a efetividade do direito processual para proporcionar o julgamento de mérito das demandas.

Em tal contexto, é possível afirmar que, ao lado da proposta do sistema de precedentes, a previsão sistêmica de sanabilidade de vícios de admissibilidade recursal representa o tema de maior potencialidade transformadora no processo civil, principalmente no âmbito dos Tribunais Superiores.

Conforme se fez constar na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil⁴:

(...) permite-se no novo CPC que os Tribunais Superiores apreciem o mérito de alguns recursos que veiculam questões relevantes, cuja solução é necessária para o aprimoramento do Direito, ainda que não estejam preenchidos requisitos de admissibilidade considerados menos importantes. Trata-se de regra afeição à processualística contemporânea, que privilegia o conteúdo em detrimento da forma, em consonância com o princípio da instrumentalidade.

O objetivo central da proposta, assim, é o de atenuar o rigor excessivo de aspectos formais

¹ Guilherme Pimenta da Veiga Neves adverte que “nada obstante possa parecer tratar-se de uma norma desnecessária, na obviedade de impor que o processo civil seja ordenado, disciplinado e interpretado consoante ditames constitucionais, a vocação desse primeiro artigo manifesta-se, antes de tudo, em benfazejo didatismo, que haverá de pautar, condicionando-os, intérpretes e operadores do Direito Processual. (ALVIM, Angélica Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda; ASSIS, Araken de; LEITE, George Salomão. “Comentários ao código de processo civil”. In: ALVIM, Angélica Arruda et al (Coords.). São Paulo: Saraiva, 2016, p. 54).

² “Art. 1.^º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.”

³ Arruda Alvim, ao analisar a nova legislação, afirma que é possível notar “uma significativa alteração de paradigma, de abordagem do direito processual civil, o que torna o novo código um instrumento com potencial transformador sensivelmente diferenciado em relação ao CPC/1973”. (ALVIM, Arruda. *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 23).

⁴ BRASIL. Senado Federal. *Código de processo civil e normas correlatas*. 7.^a ed. Brasília: Coordenação de Edições Técnicas, 2015, 313 p., p. 31.

dos recursos, permitindo a correção de óbices de admissibilidade sanáveis que impeçam a análise do mérito recursal, a fim de proporcionar o efetivo cumprimento da função⁵ dos Tribunais Superiores. A possibilidade de regularização dos vícios formais também ataca indiretamente a jurisprudência defensiva⁶, ao atenuar o rigor na exigência do cumprimento dos óbices processuais.

Com efeito, ultrapassar-se os problemas normalmente “verificados” no juízo de admissibilidade recursal, sobretudo diante dos correntes obstáculos colocados pela jurisprudência defensiva estabelecida pelas Cortes Superiores, é problema de absoluta relevância jurídica e interesse da comunidade jurídica.

Em realidade, porém, a compreensão de todos os óbices processuais de admissibilidade recursal utilizados pelos Tribunais Superiores para inadmitir recursos exige a compreensão, além das normas constitucionais e legais pertinentes, de normas regimentais e construções jurisprudenciais⁷.

O sistema de sanabilidade de vícios de admissibilidade recursal é essencialmente fundado nos princípios da instrumentalidade e da prizamia do julgamento do mérito.

⁵ Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero entendem que: “Como função do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça em recurso extraordinário e em recurso especial é de outorga de adequada interpretação ao direito e de formação de precedentes, o juízo de admissibilidade dos recursos tem de ser lido no influxo de sua nova função. Esse novo dimensionamento da função dessas Cortes Supremas levou à possibilidade de conhecimento de recurso extraordinário ou de recurso especial ainda que esses recursos padeçam de vício formal. “Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 976 ao 1.044” In: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (Coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 25.

⁶ Bruno Dantas afirma: “A possibilidade de sanar vício é um aspecto fundamental identificado em diversos dispositivos do CPC/2015, destacadamente naqueles relacionados com o processo nos tribunais, por meio de regras que indubitavelmente refletem a instrumentalidade do processo. De modo indireto, combate a denominada jurisprudência defensiva, na medida em que a reforma a idéia de que irregularidades formais só devem impedir a análise de mérito quando foram corrigíveis, ou quando conferida a oportunidade de corrigir a irregularidade, a parte não realize.” (*Comentários ao Código de Processo Civil – volume 4 (arts. 926 a 1.072)*). In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2017, p. 67).

⁷ Ainda segundo Bruno Dantas, ao tratar do juízo de admissibilidade, a identificação de vícios e as soluções apresentadas com o objetivo de “fazer o processo render”: “Obter o juízo de admissibilidade no processo exige cuidado minucioso aos requisitos impostos pela legislação, para que, superada essa etapa, o jurisdicionado alcance o juízo de mérito. Trata-se de uma atividade que requer não apenas a identificação de quais são esses requisitos, mas também o entendimento de como eles são aferidos por quem realiza o juízo de admissibilidade, destacadamente no âmbito dos tribunais. Portanto, há de se reconhecer a existência de diversos filtros, além dos requisitos expressamente dispostos no CPC/2015, como os decorrentes de normas regimentais, enunciados sumulares e construções jurisprudenciais. Todavia, por mais que as diligências necessárias para o atendimento de requisitos e superação de outros filtros sejam realizadas, ainda existe a possibilidade de identificação de algum vício. Ocorrendo isso, desde logo decidir pela extinção sem resolução do mérito, sem que se oportunize a quem foi diligente o saneamento do respectivo vício, não concretiza os atuais desígnios do processo jurisdicional. Tendo sob análise a atividade desenvolvida pelos tribunais e a missão constitucional a este imposta, assim como a função dos tribunais que é evidenciada pelo novo CPC, decidir sobre o mérito do processo deve ser o objetivo principal a ser realizado. Tal entendimento é apresentado pela doutrina, que critica o formalismo processual excessivo, assim como adotado pela Comissão de Juristas designados para a elaboração do anteprojeto de Novo CPC, a partir da idéia de um processo mais simples e que objetive concretamente em resolver conflitos. Contudo, é fundamental a reflexão e aderência dos tribunais à instrumentalidade do processo, assim desconstruindo aquilo que se acostumou apontar como jurisprudência defensiva ou óbices jurisprudenciais.” (*Comentários ao Código de Processo Civil – volume 4 (arts. 926 a 1.072)*). In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2017, p. 78).

Na doutrina⁸ de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, o novo ordenamento processual, por meio da interpretação do princípio da colaboração, prevê um dever geral dos juízes e Tribunais de oportunizar a sanabilidade de vício processuais.

Com efeito, diversos dispositivos contidos no CPC/2015 podem ser considerados como integrantes do referido sistema. No âmbito das normas fundamentais do processo civil, a razoável duração do processo para obtenção de decisão de mérito justa e efetiva (arts. 4.^o⁹), o princípio da colaboração entre os sujeitos do processo (art. 6.^o¹⁰), o atendimento aos fins sociais na aplicação do ordenamento jurídico (art. 8.^o¹¹) e a proibição de decisão judicial não-surpresa (art. 10.^o¹²).

Entre os poderes e deveres do juiz, expressamente consta a determinação de saneamento de vícios processuais (art. 139, IX¹³) e antes de eventual sentença de sem resolução do mérito, a oportunização à parte para corrigir vício, caso possível (art. 317¹⁴).

A parte que regula a ordem dos processos nos tribunais contempla regra geral de sanabilidade recursal, ao determinar ao Relator, antes de considerar inadmissível o recurso, a concessão de prazo para o recorrente sanar vício ou complementar exigência documental (art. 932, parágrafo único¹⁵).

Por outro modo, em exemplo de simplificação¹⁶ e instrumentalidade, verificada a ocor-

⁸ Luiz Guilherme Maronini e Daniel Mitidiero anotam: “Como amplamente sabido, o Código de 2015 prescreve um dever geral de prevenção oriundo do princípio da colaboração, o qual determina aos juízes e às Cortes de Justiça a viabilização de uma oportunidade de sanação de todo e qualquer vício processual regularizável antes da decretação de qualquer nulidade processual, do não conhecimento de determinado recurso ou da extinção do processo (arts. 6.º, 317, 932, parágrafo único, e 1.029, § 3.º, do CPC). Trata-se da regra da primazia da decisão de mérito, que visa a um só tempo concretizar o princípio da colaboração, a razoável duração do processo mediante a economia processual (art. 4.º do CPC) e a eficiência da Justiça Civil (art. 8.º do CPC).” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Recurso extraordinário e recurso especial: do Jus Litigatoris ao Jus Constitutionis*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 181-182).

⁹ “Art. 4.º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.”

¹⁰ “Art. 6.º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

¹¹ “Art. 8.º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.”

¹² “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”

¹³ “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) IX – determinar o suprimimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais;”

¹⁴ “Art. 317. Antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício.”

¹⁵ “Art. 932. Incumbe ao relator: Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível.”

¹⁶ Bruno Dantas esclarece: “Esse momento de saneamento poderá ser realizado no âmbito do tribunal, quando constatado vício sanável mesmo se o vício puder ser constatado de ofício, oportunidade na qual o relator determinará a realização ou renovação do ato processual defeituoso. O art. 938, § 1.º, do CPC/2015 assegura o princípio do contraditório ao determinar como indispensável a intimação das partes quanto à respectiva oportunidade de saneamento do vício. Na linha da simplificação procedimental e da atenção à razoável duração do processo, o CPC/2015 permite que, tanto as diligências relativas à resolução de vícios sanáveis como aquelas relacionadas com a nova produção de prova, possam ser determinadas pelo relator ou pelo colegiado competente

rência de vício sanável, inclusive conhecido de ofício, o Relator determinará a realização ou a renovação do ato processual, que pode ocorrer no próprio tribunal ou na instância ordinária, sendo necessário intimar as partes (art. 938¹⁷ e parágrafos).

No âmbito dos recursos extraordinário e especial art. 1.029¹⁸, § 3.º do CPC/2015, permite ao STF ou ao STJ, conforme o caso, desconsiderar vício formal de recurso extraordinário ou recurso especial, desde que tempestivo, ou proporcionar sua correção, desde que o vício não seja reputado grave.

Além das hipóteses que estabelecem a correção geral dos vícios formais de admissibilidade, o CPC/2015 possui diversas outras previsões legais específicas de sanabilidade.

Os referidos dispositivos legais, somados à interpretação das normas fundamentais do Processo Civil, introduziram uma proposta inovadora capaz de desconstruir a jurisprudência defensiva estabelecida pelos Tribunais Superiores, especialmente em relação a possibilidade de sanar vícios relacionados à admissibilidade recursal.

O primeiro marco a ser estabelecido na presente pesquisa é reconhecer que a determinação de correção de vício formal de admissibilidade recursal é dever do magistrado ou do órgão julgador, e não uma mera faculdade discricionária.

Efetivamente, a nova ordem processual não faculta ao julgador o poder de dispor sobre a possibilidade de resolução do óbice processual. Inequivocamente, é um dever¹⁹ imposto ao juiz ou órgão julgador, o qual se aplica a qualquer recurso, bem como aos Tribunais, inclusive às Cortes Superiores²⁰.

para o julgamento do recurso (art. 938, § 4.º, do CPC/2015), com o objetivo de minimizar os efeitos negativos do lapso temporal no processo.” (*Comentários ao Código de Processo Civil – volume 4 (arts. 926 a 1.072)*). In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2017, p. 81).

¹⁷ “Art. 938. A questão preliminar suscitada no julgamento será decidida antes do mérito, deste não se conhecendo caso seja incompatível com a decisão. § 1.º Constatada a ocorrência de vício sanável, inclusive aquele que possa ser conhecido de ofício, o relator determinará a realização ou a renovação do ato processual, no próprio tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, intimadas as partes. § 2.º Cumprida a diligência de que trata o § 1.º, o relator, sempre que possível, prosseguirá no julgamento do recurso. § 3.º Reconhecida a necessidade de produção de prova, o relator converterá o julgamento em diligência, que se realizará no tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, decidindo-se o recurso após a conclusão da instrução. § 4.º Quando não determinadas pelo relator, as providências indicadas nos §§ 1.º e 3.º poderão ser determinadas pelo órgão competente para julgamento do recurso.”

¹⁸ “Art. 1.029. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão: (...) § 3.º O Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave.”

¹⁹ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil: Teoria Geral do Processo, Processo de Conhecimento, Recursos e Precedentes*. 18.ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 1275.

²⁰ É o que reconhecem Nelson Nery Jr e Rosa Maria Andrade Nery, “Quando houver irregularidade sanável no processo, o relator deverá intimar a parte para que providencie a regularização do feito. Processo pode ser regularizado, e os autos consertados, em qualquer instância ou tribunal, inclusive no STF ou STJ. A lei tem caráter geral e vinculada a todos. Não colhe o argumento de que a disposição normativa desse jaez não seria aplicável no âmbito do STF e STJ, como se a lei não alcançasse essas augustas cortes de justiça.” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. “Código de Processo Civil Comentado”. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Coords.). ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.994.

Arruda Alvim²¹ afirma categoricamente que:

Trata-se de dever imposto ao julgador, não apenas faculdade, haja vista ser norma legal que vai de encontro do princípio da primazia do julgamento de mérito. Prestigia-se, portanto, que a lide tenha uma solução que resolva seu mérito, ao invés de simplesmente encerrá-la por de irregularidades formais, decorrência imediata, também da eficiência processual, que evita o manejo de atos processuais desnecessários (como a interposição de agravo interno da decisão que inadmita imediatamente o recurso).

Em outro prisma, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero apresentam entendimento no qual diferenciam²² o dever geral de prevenção imposto aos juízes de primeiro grau e Cortes locais e aos Tribunais Superiores:

É preciso, no entanto, diferenciar o dever geral de prevenção em relação aos juízes de primeiro grau, às Cortes de justiça e às Cortes Supremas. Melhor: é preciso diferenciar o dever geral de prevenção no caso de tutela de direitos em particular – cuja concretização compete aos juízes de primeiro grau e às Cortes de Justiça (arts. 6.º, 317 e 932 do CPC) – e no caso dos direitos em geral – cuja concretização competente às Cortes Supremas (art. 926 do CPC).

A diferença basicamente é a seguinte. Enquanto o direito a uma decisão de mérito justa, efetiva e tempestiva (art. 6.º do CPC) constitui um consectário do direito de ação e do direito de defesa, tendo as partes o direito de obter a sanção de vícios sanáveis em todos os casos em que esses se verificarem (arts. 6.º, 317, 932, parágrafo único, do CPC), não há direito há sanção de todo e qualquer defeito sanável diante das Cortes Supremas. Diante das Cortes Supremas, só há dever de sanção se, a partir do caso concreto, for possível às Cortes Supremas desempenhar o seu papel de unidade ao direito (art. 926 do CPC).

Isso significa, em outros termos, que o direito à sanção dos vícios sanáveis em recurso extraordinário e em recurso especial depende igualmente da demonstração da possibilidade de a resolução do caso concreto pelas Cortes Supremas colaborar com a unidade do direito. Vale dizer: o art. 1.029, § 3.º, do CPC, deve ser lido à luz do 926 do CPC. Fora daí não há direito à sanção, sendo possível às Cortes Supremas desde logo não admitir eventual recurso extraordinário e recurso especial.

Não obstante a relevância doutrinária do raciocínio exposto, a sua aplicabilidade exigiria completa modificação na maneira como as Cortes Superiores julgam seus processos, pois eventual potencialidade da questão de mérito do recurso, ao menos no STJ, somente é analisada após o efetivo cumprimento dos requisitos de admissibilidade recursal.

Em síntese, é possível reconhecer diante da interpretação dos princípios fundamentais e dos dispositivos legais do CPC/2015 abordados, os quais serão analisados detalhadamente na sequência, a regra é a possibilidade de sanar os vícios processuais, por meio da realização ou renovação do ato processual, dever do relator ou órgão julgador responsável.

²¹ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil: Teoria Geral do Processo, Processo de Conhecimento, Recursos e Precedentes*. 18.ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 1.275.

²² MARINONI, Luiz Guilherme. “Recurso extraordinário e recurso especial: do *Jus Litigatoris* ao *Jus Constitutio-nis*”. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (Coords.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 181-182.

5.1 Os parâmetros da sanabilidade recursal estabelecidos no CPC/2015

A mais escorreita compreensão dos limites do sistema de sanabilidade recursal exige a análise de alguns dos elementos processuais formadores do instituto previstos no CPC/2015, essencialmente voltados para a aplicabilidade no âmbito dos Tribunais Superiores (STF/STJ).

A primeira ponderação a ser feita passa pela análise do alcance, profundidade e a eventual similitude dos arts. 932, parágrafo único e o 1.029, § 3.º, do CPC/2015, normas centrais do sistema de sanabilidade de vícios de admissibilidade recursal.

A primeira norma visa o máximo aproveitamento da atividade processual²³, ao dispor regra geral, aplicável a qualquer hipótese de vício formal sanável, nos recursos ordinários e excepcionais, no âmbito dos Tribunais locais e Cortes Superiores. Regula, em suma, que antes de afirmar a inadmissibilidade do recurso, o dever de o Relator conceder prazo (5 dias) para o recorrente sanar o vício ou complementar documentação necessária.

Assim, o alcance do referido dispositivo é amplo e irrestrito, verdadeira regra base, ao permitir a regularização de vício formal de admissibilidade recursal ou apresentação de requisito documental faltante em prazo determinado.

Por sua vez, a segunda norma permite que, o STF e o STJ, nos recursos extraordinário e especial, conforme o caso, desconsidere vício formal de recurso tempestivo ou determine a correção, desde que não o considere grave.

A decomposição dos termos presentes no dispositivo legal permite reconhecer que os Tribunais Superiores poderão *desconsiderar* ou determinar a *correção* de vício formal, desde que o recurso extraordinário ou o recurso especial, seja *tempestivo* e que o vício não seja considerado *grave*.

A exigência da efetiva tempestividade do recurso excepcional é pressuposto para a regularização do vício de admissibilidade recursal, pois não interposto o recurso no prazo fixado na legislação processual, não há falar em hipótese de sanabilidade, inclusive sob o prisma do art. 932, parágrafo único, do CPC/2015.

Importante consignar que a questão relacionada ao feriado local e comprovação documental posterior de tempestividade não está compreendida em tal premissa, o que será analisado na sequência do presente trabalho.

Por outro lado, além de permitir a sanabilidade do vício, o § 3.º do art. 1.029 do CPC/2015 permite ao Relator ou do Órgão Julgador, a mera desconsideração do vício formal de

²³ Especificamente sobre o tema, a lição de Teresa Arruda Alvim, Maria Lúcia Lins Conceição; Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogerio Licastro Torres Mello: “O parágrafo único contém regra que permeia todo o NCPC no sentido de que deve haver o amplo aproveitamento da atividade processual, com ampla sanabilidade de vícios. Segando essa regra, ao considerar a hipótese de inadmitido recurso (inciso III), deve o relator conceder ao recorrente prazo de cinco dias para que complemente documentação faltante ou promova a sanação do vício.” (*Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. In: ALVIM, Teresa Arruda et al (Coords.). 2.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.471-1.472).

admissibilidade recursal, desde que não seja reputado grave.

A previsão legal que autoriza a desconconsideração de vício formal no âmbito dos Tribunais Superiores constitui efetiva inovação no processo civil brasileiro. Ao julgador seria permitido não determinar a correção do vício, mas simplesmente ignorar a existência de vício sanável²⁴. Com efeito, nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero²⁵:

Dito de outro modo: o art. 1.029, § 3.º, do CPC constitui um instrumento de autogoverno das Cortes Supremas. É a partir da possibilidade de sanção de vícios formais do Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça podem decidir julgar casos que, a princípio, não poderiam conhecer.

A possibilidade de sanção de vícios irrelevantes em recursos extraordinário e em recurso especial pode ocorrer mediante a desconconsideração do vício ou mediante a determinação de sua correção (art. 1.029, § 3.º, do CPC). O resultado prático é o mesmo, qualquer que seja a técnica processual empregada: a sanção do vício e a possibilidade de conhecimento do recurso.

No cotidiano forense, é sabido que, em casos específicos, o rigor da admissibilidade recursal é mitigado pelas Cortes Superiores, principalmente no STF²⁶, em casos em que vislumbra a importância da tese a ser analisada no recurso extraordinário, com repercussão geral reconhecida pela Corte Constitucional.

Entretanto, há grande dificuldade de reconhecer ou delimitar as hipóteses de desconconsideração dos vícios formais de admissibilidade recursal, pois a autorização legal é absolutamente genérica, não exigindo qualquer requisito antecedente ou autorizador. Atribuir a desconconsideração do vício ao mero juízo subjetivo do julgador certamente não permite um parâmetro objetivo de aplicação, em manifesta ampliação da discricionariedade do Tribunal Superior sobre os temas que quer ou não julgar, em clara opção do legislador ordinário.

Fredie Didier Jr e Leonardo da Cunha Carneiro reconhecem que “trata-se de regra que permite aos tribunais superiores proceder a uma escolha de causas que pretende julgar, mesmo que o recurso que as veicule seja inadmissível. A regra confere um inegável espaço de discricionariedade ao tribunal superior, com o fim de conhecer do recurso extraordinário/e especial e decidir questão de direito objetivo do recurso.”²⁷

²⁴ Fredie Didier Jr e Leonardo Carneiro anotam: “(...) o § 3.º do art. 1.029 do CPC inova, em relação ao art.932, par. ún. ao permitir que o tribunal superior desconside o defeito: ou seja, não há sequer a necessidade de determinar a correção. Se o defeito pode ser corrigido, não há razão para que o STF ou STJ não determine a correção. Assim a utilidade prática da desconconsideração do defeito, referida na primeira parte do § 3.º do art. 1.029, CPC, parece estar exatamente na possibilidade de o tribunal superior ignorar defeitos insanáveis, desde que não repute graves. (...)” (DIDIER JR., Fredie; CARNEIRO, Leonardo da Cunha. *Curso de direito processual*. p. 380).

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. “Recurso extraordinário e recurso especial: do *Jus Litigatoris* ao *Jus Constitutio-nis*”. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (Coords.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 182.

²⁶ AI 375011 AgR, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 28.10.2004 PP-00043 ement. VOL-02170-02 PP-00362.

²⁷ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*. 15.ª ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2018. v. 3, p. 381.

Não obstante o caráter discricionário, a possibilidade de desconconsideração de vício formal de admissibilidade pode significar aos Tribunais Superiores efetiva alternativa para o julgamento de teses relevantes, ainda que presente algum óbice processual de menor importância.

5.1.1 A crítica relacionada à expressão “vício grave”

Outrossim, o § 3.º do art. 1.029 do CPC/2015 contém outro elemento diferente dos previstos na regra geral contida no art. 932, parágrafo único, especificamente a condição de que os Tribunais Superiores podem determinar a correção ou desconconsiderar vício formal de recurso *tempestivo* e desde que não o “**repute grave**”.

A oportunização da regularização de vício formal exige que o recurso seja efetivamente tempestivo, ou seja, a intempestividade recursal não é passível de sanabilidade. Eventual raciocínio contrário, por maior caráter instrumental dado ao processo, confronta com outros elementos processuais como a coisa julgada e a preclusão. Entretanto, deve ser ressalvada a possibilidade de comprovação documental da tempestividade na hipótese de feriado local, tema que será analisado na sequência do presente trabalho.

No âmbito doutrinário, é possível identificar exemplos e propostas sobre o que consistiria ou não vício formal grave passível de regularização.

Araken de Assis²⁸, ao comentar o parágrafo 3.º do art. 1.029 do CPC/2015, assevera que o dispositivo

autoriza o STF e o STJ a relevar vícios, exceto a intempestividade, não os considerados os graves. Seguramente, jamais assumirá gravidade dessa estatura (a) a incorreção do nome da parte da guia; (b) a troca de um algarismo no número do registro do processo (admitindo-se comportar a guia todos os algarismos); e (c) a troca pura e simples da guia de um processo por outro, mas envolvendo partes idênticas. Problemas menores, e passíveis de esclarecimento, perante os quais não é lícito aos relatores e órgãos fracionários dos tribunais extraírem as rígidas consequências tão comuns no direito anterior, cujo princípio era diferente e inconciliável com o espírito e a inteligência do art. 932, parágrafo único.

José Miguel Garcia Medina²⁹ afirma que incide, “quanto aos recursos extraordinários e especial, a regra geral prevista no parágrafo único do art. 932 do CPC/2015” e logo adiante esclarece que nos termos do art. 1.029, § 3.º, a regularização do vício será tomada caso não seja considerado grave, o qual “segundo pensamos, deve-se entender aquele que não seja passível de correção, (...) pois, corrigível o defeito formal, deverá ser dada à parte oportunidade de fazê-lo.

Por sua vez, Fredie Didier Júnior e Leonardo Carneiro da Cunha lecionam que, para fim de correção, “o defeito não se considera grave quando puder ser corrigido: defeitos relativos

²⁸ ASSIS, Araken de. Manual dos recursos. 8.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 259.

²⁹ MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 5.ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 1.574.

à representação processual, ausência de assinatura do advogado etc.”, e reconhecem que nem “todo defeito de um recurso pode ser corrigido; o que puder sê-lo autoriza o STF ou STJ, antes de inadmitir o recurso, determinar a correção do defeito.”³⁰

Arruda Alvim entende que “vício formal não grave, compreende os requisitos extrínsecos dos recursos, tais como: preparo, defeito de representação e regularidade formal”³¹.

Luis Guilherme Aidar Bondioli³² entende que “não deve comprometer a admissibilidade do recurso extraordinário ou especial deslize do recorrente na formal demonstração do seu cabimento na peça recursal (art. 1.029, II, do CPC), quando tal cabimento for extraível do “conjunto da postulação” (art. 322, § 2.º, do CPC) e de outros elementos constantes dos autos. Por exemplo, o prequestionamento pode ser constatado a partir da simples leitura do acórdão recorrido, ainda que não sejam reproduzidos nas razões recursais trechos desse acórdão.”

Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero³³ ao tratarem do tema, asseveram:

O vício processual passível de sanção é aquele que não se “repute grave”. Vício processual grave é aquele que é insuscetível de sanção, sendo o seu exemplo mais eloquente a intempestividade. Não por acaso, o legislador desde logo ressalvou a possibilidade de sanção da intempestividade recursal. São exemplos de vícios irrelevantes insuscetíveis de serem reputados graves: i) ausência de representação processual; ii) ausência de redação de determinado modo específico do recurso; iii) ausência de prequestionamento; e iv) a falta de preparo.

Não obstante a inexistência de consenso doutrinário, é possível reconhecer algumas premissas estabelecidas na delimitação do conceito de vício grave. As primeiras premissas são no sentido de são sanáveis os vícios que não são considerados como graves. Irregularidades relacionadas ao preparo, representação processual, assim como aqueles que dependem de simples apresentação de documentos são sanáveis.

Ademais, também é reconhecido que vícios sanáveis seriam aqueles relacionados aos requisitos extrínsecos dos recursos, o que pode ser considerado como correto desde que ressalvado vícios de fundamentação e de demonstração de cabimento do recurso, temas que serão abordados no presente capítulo.

³⁰ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coords.). 15.ª ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2018. v. 3, p. 379.

³¹ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil: Teoria Geral do Processo, Processo de Conhecimento, Recursos e Precedentes*. 18.ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 1.478.

³² BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Comentários ao Código de Processo Civil: Dos Recursos – volume XX (arts. 994-1044)*. In: GOUVÊA, José Roberto Ferreira, BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar; FONSECA, João Francisco Naves da (Coords.). São Paulo: Saraiva, 2016, p. 213.

³³ MARINONI, Luiz Guilherme. “Recurso extraordinário e recurso especial: do *Jus Litigatoris* ao *Jus Constitutio-nis*”. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (Coords.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 182-183.

Por fim, merece destaque a análise de eventual possibilidade de sanar vícios relacionadas ao prequestionamento dos recursos excepcionais. Realmente, o prequestionamento é aferido nas Cortes Superiores a partir da leitura do acórdão recorrido proferido pelo Tribunal de origem, sendo desnecessária a transcrição dos trechos do aresto nas razões recursais dos recursos extraordinário e especial. Todavia, é importante ressaltar que a inexistência de prequestionamento da matéria configura vício insanável e, em regra, tampouco passível de desconconsideração pelo Tribunal Superior, pois o cabimento dos referidos recursos exige por determinação constitucional expressa o cumprimento do conceito de *causas decididas*.

Por outro lado, deve ser ponderado que analisar o sistema de sanabilidade sob o enfoque principal da “gravidade” do vício, desvirtua a regra geral da proposta (art. 932, parágrafo único), que é permitir a regularização os vícios formar que efetivamente podem ser regularizados.

Teresa Arruda Alvim et al³⁴, ao analisar o conceito de vício sanável, estabelecem importantes parâmetros sobre o tema, a saber:

É importante que se perceba que a sanabilidade dos vícios no processo é característica desvinculada de sua gravidade. Já sustentamos que a sinonímia entre nulidade absoluta (= vício grave), nulidade de pleno direito e nulidade insanável é incompatível com o processo: só existe no direito privado. Portanto, vícios sanáveis são aqueles que, concretamente, podem ser sanados: são exemplos os defeitos quanto à representação da parte, à regularização da procuração dada ao advogado, à comprovação adequada de que houve pagamento das custas. Não são sanáveis, por exemplo, existência de coisa julgada, litispendência, intempestividade. Aliás, em todos os exemplos dados, os vícios podem ser conhecidos de ofício. Em boa hora, reconhece o texto do código, que vícios sanáveis são inclusive aqueles que podem ser conhecidos sem provocação das partes. Detectada a existência destes vícios, o relator determinará que seja praticado de novo o ato ou renovado, seja em 1.º grau, seja em 2.º grau, sendo as partes disso intimadas, e depois, se for possível, se deve prosseguir para julgar o mérito do recurso. Esta disposição é inteiramente harmoniosa com o intuito do legislador de “salvar” os processos, de “salvar” os recursos: o que interessa às partes e à sociedade é a decisão de mérito.

Com efeito, a “gravidade” do vício processual é elemento estranho ao sistema de sanabilidade de óbices de admissibilidade recursal previsto no CPC/2015.

A definição de um vício de admissibilidade que se repute grave é de difícil compreensão e objeto de fundadas críticas da doutrina, configurando desnecessário e subjetivo requisito, em total desconformidade com as premissas do novo ordenamento processual. Nesse sentido, inclusive sugerindo a desconconsideração do referido termo, a orientação de Cassio Scarpinella Bueno³⁵:

O § 3.º admite que o STF ou o STJ poderá desconconsiderar erro formal de recurso tempestivo ou determinar sua sanação, desde que o erro “não seja grave?”.

³⁴ ALVIM Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. In: ALVIM, Teresa Arruda et al (Coords.). 2.ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.479.

³⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. 3.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1000.

Trata-se da aplicação, com infeliz e restritiva ressalva (afinal, o que é esse erro “grave”?), da regra contida no parágrafo único do art. 932 para os recursos em geral. Não há razão nenhuma, a não ser o texto do dispositivo, que justifique o tratamento diferente. É o caso de propugnar como não escrita a referida ressalva, avessa ao sistema processual civil.

Realmente, não parece de todo razoável trabalhar com o critério da *gravidade* do vício, mas sim perquirir se o vício é sanável ou não.

É consenso no âmbito doutrinário o entendimento de que vícios relacionados à representação processual e ao preparo, inclusive por expressa previsão específica no CPC/2015, são sanáveis, assim como a maioria dos vícios documentais. Todavia, remanesce ainda estabelecer a possibilidade de regularizar vícios relacionados à fundamentação recursal, tema que será abordado no presente capítulo, como já dito.

Portanto, em linha de princípio, é possível afirmar que ambos dispositivos estão fundados na premissa comum que estabelece o dever geral de sanabilidade de vícios.

Araken de Assis³⁶ entende que os referidos artigos “tem o mesmo alcance e finalidade”³⁷, mas também reconhece que exigir o caráter “grave” do vício processual permite a equivocada interpretação no sentido de configurar exceção especial em relação à regra geral.

Os referidos dispositivos legais embora possam ser analisados e, eventualmente, aplicados de maneira isolada³⁸, podem ser interpretados de maneira conjunta em razão do fato de partirem de uma base comum e porque as particularidades dos referidos dispositivos legais podem ser consideradas como complementares.

³⁶ Araken de Assis afirma: “O art. 1.029, § 3.º, permite ao STF relevar defeito que não é grave, como no caso. Essa disposição não é muito feliz, pois sobrepõe-se ao art. 932, parágrafo único, e pode ser entendida como exceção à disposição mais geral. Impende notar, desde logo, que os vícios da petição de recurso extraordinário são sanáveis, senão por força do art. 932, parágrafo único, em decorrência de outras disposições – por exemplo, da insuficiência (art. 1.007, § 2.º) e a falta de preparo (art. 1.007, § 4.º). Na verdade, o art. 1.029, § 3.º, tem o mesmo alcance e finalidade do art. 932, parágrafo único, explicando-se sua disposição pela circunstância de não existir juízo de admissibilidade no tribunal de origem na versão originária do CPC de 2015, modificada nesse ponto pela Lei 13.256/2016. E apresenta uma importante consequência, acentuando que o único vício insanável é a intempestividade, no recurso extraordinário, e, a fortiori, no recurso especial, como em qualquer outro recurso “ordinário”. Seja como for, os primeiros debates em termo da regra se mostram promissores. Em determinado julgado do STF, considerou-se a regra do art. 932, parágrafo único, pouco razoável e, aparentemente, inconstitucional; na melhor das hipóteses, reclamaria interpretação restritiva. Ao nosso ver, essa visão reacionária contradiz as diretrizes do CPC de 2015, cujo objetivo principal consiste em arredar os vícios que ensejam a inadmissibilidade do recurso interposto.” ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8.ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 865-866.

³⁷ Em sentido contrário, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero ao afirmarem que não é possível concluir que o art. 1.029, § 3.º, CPC, tem “o mesmo alcance e finalidade” do art. 932, parágrafo único, CPC, como conclui, contudo Araken de Assis. (Manual dos recursos, 2017, p. 873-874) Luis Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. (Nota rodapé 261), p. 182-183.

³⁸ Arruda Alvim anota que “Outros erros formais não graves que não estejam abarcados expressamente por dispositivos do CPC/2015 podem ser enquadrados no âmbito de abrangência do art. 1.029, § 3.º, bem como do art. 932, parágrafo único, para fins de afastar a inadmissibilidade e possibilitar o julgamento do mérito.” (ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil: Teoria Geral do Processo, Processo de Conhecimento, Recursos e Precedentes*. 18.ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 1.478-1.479).

Luis Guilherme Aidar Bondioli³⁹, ao comentar o § 3.º do art. 1.029 do CPC/2015 afirma que:

Esse dispositivo deve ser lido em conjunto com o parágrafo único do art. 932 do CPC (...). Nesse contexto, uma vez identificado defeito superável no recurso extraordinário ou especial, devem ser removidos os obstáculos para a sua admissão, o que se alinha com o espírito do Código de Processo Civil de promover pronunciamentos de meritis (arts. 4.º e 282, § 2.º, do CPC). Porém, se o vício diagnosticado for insanável, tudo o que resta ao julgador é não conhecer do recurso.

A interpretação conjunta das referidas normas do CPC/2015 foi adotada pelo Tribunal da Cidadania, por ocasião dos Enunciados Administrativos 5 e 6/STJ, ao cumular os referidos dispositivos para efeito de sanabilidade de vícios de admissibilidade, em manifesto reconhecimento da modificação da jurisprudência construída sob a égide do CPC/1973.

Em suma, a interpretação dos referidos dispositivos e demais princípios do CPC/2015 autoriza a correção de vícios formais relacionados à admissibilidade de recurso tempestivos, no prazo de cinco dias, desde que passíveis de sanação ou comprovação documental, bem como desconsiderados quando irrelevantes pelo julgador ou órgão colegiado, com o objetivo maior de permitir ao julgador o enfrentamento do mérito. Regularmente intimado, caso o recorrente não providencie a efetiva sanação do vício de admissibilidade recursal, o recurso não será conhecido.

5.2 O STJ e o julgamento paradigmático sobre a sanabilidade da comprovação do feriado local

O Tribunal da Cidadania, em julgado paradigma, julgou a primeira controvérsia sob o enfoque do sistema de sanabilidade de vícios de admissibilidade recursal na vigência do CPC/2015: a comprovação de feriado local.

O principal vício relacionado à tempestividade está vinculado ao problema dos feriados locais. A representativa quantidade de feriados estaduais e municipais, os denominados *feriados locais*, tem exigido, frequentemente, o enfrentamento da polêmica questão relacionada ao momento da comprovação do feriado e à eventual possibilidade de comprovação posterior. Tribunais e doutrina têm debatido sobre o tema, sobretudo porque a questão teria sido “especificamente” tratada pelo CPC de 2015 –, o que, ainda uma vez, justifica análise do tema, na forma aqui proposta, nestas breves linhas.

Os feriados nacionais são aqueles definidos por *lei federal*, destarte, a Lei n.º 662 de 1949, alterada pela Lei n.º 10.607 de 2002, e a Lei n.º 6.802 de 1980 estabelecem o calendário oficial dos feriados nacionais, instituindo as seguintes datas, senão vejamos: 1.º de janeiro, 21

³⁹ BONDOLI, Luis Guilherme Aidar. *Comentários ao Código de Processo Civil: Dos Recursos – volume XX (arts. 994-1044)*. In: GOUVÊA, José Roberto Ferreira, BONDOLI, Luis Guilherme Aidar; FONSECA, João Francisco Naves da (Coords.). São Paulo: Saraiva, 2016, p. 212.

de abril, 1.º de maio, 07 de setembro, 12 de outubro, 02 de novembro, 15 de novembro e 25 de novembro.

Por outro lado, os feriados locais são aqueles *não definidos em lei federal*, que dependerão da disposição por via de lei estadual ou municipal. Em razão da Lei n.º 9.093 de 1995, restou definido que seriam feriados civis, a data magna do Estado *fixada em lei estadual*; os dias de início e do término do ano do centenário de fundação do município, *fixados em lei municipal*; além do previsto no parágrafo único, que afirma que serão feriados religiosos os dias de guarda, *declarados em lei municipal, de acordo com a tradição do local* e em número não superior a quatro, neste incluída a Sexta-Feira da Paixão.

Assim, os feriados locais são aqueles não previstos em legislação federal, mas previstos e regulamentados por leis de âmbito estadual e municipal, que, por determinação do art. 1.003, § 6.º, do CPC/2015, deverão ser comprovados, para fins de demonstrar a tempestividade do recurso, quando, por óbvio, sua contagem interferir no prazo recursal.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em julgado muito importante⁴⁰, ainda sob a égide do CPC/1973, modificou o entendimento da Corte Constitucional sobre a questão, a fim de permitir a comprovação posterior, em sede de agravo regimental, de “*causa local de prorrogação do prazo de interposição*” do recurso extraordinário.

A alteração do entendimento do STF proporcionou a modificação da orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento unânime da Corte Especial que passou a permitir a comprovação posterior do feriado local para fins da tempestividade recursal⁴¹.

O Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira afirmou no voto condutor que “*uma vez alterado o posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto à possibilidade de comprovação posterior da tempestividade recursal, não há como se manter nesta Corte entendimento conflitante, em homenagem ao ideal de uniformização da jurisprudência, que confere maior segurança jurídica ao jurisdicionado*”.

Portanto, a partir do julgamento do Supremo Tribunal Federal e do Agravo Interno em Recurso Especial n.º 137.141, em 19 de setembro de 2012, **ainda na vigência do Código**

⁴⁰ “RECURSO. Extraordinário. Prazo. Cômputo. Intercorrência de causa legal de prorrogação. Termo final diferido. Suspensão legal do expediente forense no juízo de origem. Interposição do recurso no termo prorrogado. Prova da causa de prorrogação só juntada em agravo regimental. Admissibilidade. Presunção de boa-fé do recorrente. Tempestividade reconhecida. Mudança de entendimento do Plenário da Corte. Agravo regimental provido. Voto vencido. Pode a parte fazer eficazmente, perante o Supremo, em agravo regimental, prova de causa local de prorrogação do prazo de interposição e da consequente tempestividade de recurso extraordinário.” (RE 626358 AgR, Relator Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJe-166 public 23.08.2012, RDDP n.º 115, 2012, p. 169-173).

⁴¹ “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TEMPESTIVIDADE. FERIADO LOCAL. COMPROVAÇÃO POSTERIOR. POSSIBILIDADE. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO. 1. A comprovação da tempestividade do recurso especial, em decorrência de feriado local ou de suspensão de expediente forense no Tribunal de origem que implique prorrogação do termo final para sua interposição, pode ocorrer posteriormente, em sede de agravo regimental. Precedentes do STF e do STJ. 2. Agravo regimental provido, para afastar a intempestividade do recurso especial.” (AgRg no AREsp 137.141/SE, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Corte Especial, DJe 15.10.2012).

de Processo Civil de 1973, a jurisprudência – outrora oscilante – passou a entender que a comprovação poderia ser feita em momento posterior a interposição do recurso, inclusive por meio de agravo interno interposto contra decisão monocrática que não conheceu o recurso com fundamento na intempestividade, desde que o vício decorresse da ausência de demonstração de feriado local capaz de acarretar a prorrogação do termo final do prazo de interposição do recurso.

Como visto, a possibilidade de comprovação posterior da existência de feriado local prevaleceu na jurisprudência dos Tribunais Superiores sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, que, como alguns sustentam, não tratava explicitamente sobre a problemática.

Atualmente, porém, como anteriormente comentado, o CPC/2015, ao tratar dos prazos recursais no art. 1.003, estabeleceu, em seu § 6.º, que competiria ao recorrente comprovar a ocorrência do feriado local *no ato* da interposição do recurso⁴².

No âmbito doutrinário⁴³, existem fundadas críticas ao referido dispositivo legal, o qual significaria verdadeiro retrocesso da jurisprudência dos Tribunais Superiores.

O STJ, ao interpretar o novo dispositivo processual, por meio da maioria de seus órgãos julgadores, proclamou o entendimento no sentido de que não mais seria possível a comprovação de feriado local *após* a interposição do recurso⁴⁴.

Apesar da formação de inequívoca orientação majoritária do Tribunal Superior, o tema foi objeto central de recente julgamento da Corte Especial do STJ, que concluiu que “*ou se comprova o feriado local no ato de interposição do respectivo recurso, ou se considera intempestivo o recurso, operando-se, em consequência, a coisa julgada*”⁴⁵.

⁴² “Art. 1.003. O prazo para interposição de recurso conta-se da data em que os advogados, a sociedade de advogados, a Advocacia Pública, a Defensoria Pública ou o Ministério Público são intimados da decisão. (...) § 6.º O recorrente comprovará a ocorrência de feriado local no ato de interposição do recurso.”

⁴³ Daniel Amorim Assumpção Neves leciona que “(...) o Supremo Tribunal Federal reviu seu posicionamento, passando a admitir a comprovação (e não mera alegação) do feriado local em momento posterior ao da interposição do recurso. Após esse posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça passou a seguir o mesmo entendimento, inclusive admitindo a produção da prova do feriado local em sede de agravo interno contra a decisão monocrática que não admitiu o recurso por intempestividade. Registre-se que não bastava a mera alegação em sede de agravo interno, sendo indispensável a produção de prova que ateste a suspensão do prazo recursal. De forma inexplicável, o § 6.º do art. 1.003 do Novo CPC prevê que o recorrente comprovará a ocorrência de feriado local no ato de interposição do recurso. O dispositivo, que contraria sadia jurisprudência dos tribunais superiores, está em dissonância com a tônica do Novo Código de Processo Civil no sentido de extirpar inúmeras hipóteses de jurisprudência defensiva. Com a “novidade” legislativa, volta a ser importante o entendimento de que a comprovação do feriado pode ser feita por meio de informação obtida no sítio eletrônico do tribunal de segundo grau, desde que devidamente identificada.” (*Manual de Direito Processual Civil*. 8.ª ed., Salvador: JusPodivm, 2016, p. 3.140-3.141).

⁴⁴ Conforme: AgInt no AREsp 1024805/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 28.09.2017; AgInt no AREsp 1090665/MG, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 11.09.2017; EDcl no AgInt no AREsp 1054569/GO, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe 26.10.2017.

⁴⁵ “AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FERIADO LOCAL. COMPROVAÇÃO. ATO DE INTERPOSIÇÃO DO RECURSO. 1. O propósito recursal é dizer, à luz do CPC/2015, sobre a possibilidade de a parte comprovar, em agravo interno, a ocorrência de feriado local, que ensejou a prorrogação do prazo processual para a interposição do agravo em recurso especial. 2. O art. 1.003, § 6.º, do CPC/15, diferentemente do CPC/73, é expresso no sentido de que “o recorrente comprovará a ocorrência de feriado local no ato de interposição do recurso”. 3. Conquanto se reconheça que o novo Código prioriza a decisão de mérito, autorizando, inclusive, o STF e o STJ a desconsiderarem vício formal, o § 3.º do seu art. 1.029 impõe,

O órgão jurisdicional de cúpula do STJ confrontou no referido julgamento duas teses absolutamente divergentes sobre a questão. O Relator Ministro Raul Araújo apresentou qualificado voto no qual sustentou que a comprovação do feriado local poderia ser apresentada em momento posterior à interposição do recurso. Por outro lado, em voto divergente, a Ministra Nancy Andrighi afirmou que o feriado local deve ser, necessariamente, comprovado por ocasião da interposição do recurso.

O cerne do debate tratou sobre a interpretação literal do art. 1.003, § 6.º e sobre a possibilidade de regularização do referido vício formal, sob a ótica dos arts. 932, parágrafo único, e 1.029, § 3.º, todos do CPC/2015.

O voto divergente foi seguido pela maioria dos Ministros presentes na sessão de julgamento, sendo possível afirmar que a Corte Especial do STJ firmou o entendimento no sentido de que a comprovação do feriado local é obrigatória no momento da interposição do recurso, e que não seria possível eventual regularização posterior pois o vício da tempestividade seria grave e insanável.

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal, por ambas as Turmas e já sob a ótica do CPC/2015, também se manifestou no sentido da impossibilidade de comprovação posterior de feriado local⁴⁶⁻⁴⁷.

O entendimento dos Tribunais Superiores, com o máximo respeito, não parece ser compatível com o modelo processual imposto pelo CPC/2015, ainda que seja possível admitir que a possibilidade da interpretação pragmática do art. 1.003, § 6.º.

Realmente, é possível afirmar que a existência de feriado local deve de fato, preferencialmente, ser comprovada por ocasião da interposição do recurso. Entretanto, parece ser

para tanto, que se trate de “recurso tempestivo”. 4. A intempestividade é tida pelo Código atual como vício grave e, portanto, insanável. Daí porque não se aplica à espécie o disposto no parágrafo único do art. 932 do CPC/2015, reservado às hipóteses de vícios sanáveis. 5. Seja em função de previsão expressa do atual Código de Processo Civil, seja em atenção à nova orientação do STF, a jurisprudência construída pelo STJ à luz do CPC/73 não subsiste ao CPC/2015: ou se comprova o feriado local no ato de interposição do respectivo recurso, ou se considera intempestivo o recurso, operando-se, em consequência, a coisa julgada. 6. Agravo interno desprovido.” (AgInt no AREsp 957.821/MS, Rel. Ministro Raul Araújo, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, DJe 19.12.2017).

⁴⁶ “Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Intempestividade. 1. O agravante não observou o prazo de 15 (quinze) dias úteis para a interposição do agravo manejado contra a decisão de inadmissão do recurso extraordinário, segundo dispõe o § 5.º do art. 1.003 do Código de Processo Civil. 2. O art. 1.003, § 6.º, do Novo CPC determina que “[o] recorrente comprovará a ocorrência de feriado local no ato de interposição do recurso”. 3. Agravo regimental não provido, com imposição de multa de 2% (art. 1.021, § 4.º, do CPC). 4. Não se aplica ao caso dos autos a majoração dos honorários prevista no art. 85, § 11, do novo Código de Processo Civil, uma vez que não houve o arbitramento de honorários sucumbenciais em favor do recorrido pela Corte de origem.” (ARE 1033168 AgR, Relator Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe-210 public. 18.09.2017).

⁴⁷ “DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. INTEMPESTIVIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTEMPESTIVO. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que “a tempestividade do recurso em virtude de feriado local ou de suspensão dos prazos processuais pelo Tribunal a quo que não sejam de conhecimento obrigatório da instância ad quem deve ser comprovada no momento de sua interposição” (AI 681.384-ED, Rel.ª Min.ª Ellen Gracie). 3. Agravo interno a que se nega provimento.” (ARE 1109500 AgR, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe-086 public. 04.05.2018).

absolutamente possível sanar o referido vício formal, sob a ótica do novo ordenamento processual. Importante consignar que não estamos tratando de recurso intempestivo, o que impediria a sanabilidade do vício, mas apenas de comprovação documental posterior do cumprimento do requisito formal de admissibilidade relacionado à tempestividade recursal.

Nesse sentido, a lição de José Miguel Garcia Medina⁴⁸ ao afirmar que a autorização do recorrente comprovar a ocorrência de feriado local, inclusive na vigência da nova ordem processual.

Evidentemente, a intempestividade manifesta do recurso é insanável, sendo inadequada a renovação do ato processual. Entretanto, o vício da comprovação do feriado local, e não regularização da tempestividade, não configura nova oportunidade para interposição do recurso, mas efetiva comprovação documental⁴⁹ da tempestividade.

Eduardo Talamini e Felipe Sripes Wladeck abordam com precisão o tema:

Como se trata de pressuposto de regularidade formal do recurso, a falta de comprovação do feriado no momento da interposição comporta correção subseqüente. Em tais hipóteses, incide o dever de prevenção recursal: o relator deve dar ao recorrente a oportunidade de conserto do defeito, antes de negar admissibilidade ao recurso (arts. 932, parágrafo único, e 1.029, § 3.º) (...). Havendo dúvida quanto à tempestividade deve dar-se ao recorrente a oportunidade de esclarecimento e comprovação do feriado. Se, tendo sido concedida pelo relator tal chance ao recorrente, ele não aproveita e advém decisão monocrática de inadmissibilidade, já não caberá a comprovação do feriado local no agravo interno.⁵⁰

Portanto, ao analisar a questão do feriado local para efeito de tempestividade recursal, embora a referência de comprovação no momento da interposição do recurso, é inequívoca a

⁴⁸ Assim: “Feriado local. Comprovação posterior da tempestividade. De acordo com o § 6.º do art. 1.003 do CPC/2015, “o recorrente comprovará a ocorrência de feriado local no ato de interposição do recurso”. Na vigência do CPC/2013, o STF, com acerto, admitiu a comprovação posterior da tempestividade de recurso extraordinário, antes considerado intempestivo, permitindo-se ao recorrente demonstrar a ocorrência de feriado local (STF, AgRg no RE 626.358/MG, j. 22.03.2012, rel. Min. Cezar Peluso). Tal orientação, segundo pensamos, deve ser observada também em relação a outros recursos. Nesse sentido, em relação ao recurso especial: STJ, AgRg no REsp 1.080.119/RJ, 6.ª T., j. 05.06.2012, rel. Min. Sebastião Reis Júnior; STJ, AgRg no AREsp 137.141, Corte Especial, j. 20.09.2012, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira. Deve-se observar, também nesse caso, o que prevê o parágrafo único do art. 932 do CPC/2015 (“Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível”).” (*Novo Código de Processo Civil Comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/73*. 3.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 901).

⁴⁹ Luis Guilherme Aidar Bondioli assevera: “O próprio § 3.º do art. 1.029 do CPC permite enxergar isso em alguma medida, quando diz ser possível “desconsiderar vício formal de recurso tempestivo”; logo, se o recurso for efetivamente intempestivo, não há como admiti-lo. Todavia, isso não impede prova ulterior da tempestividade do recurso, por exemplo, mediante comprovação posterior de feriado local influente na contagem do prazo recursal, não documentado no ato da sua interposição. Essa prova anterior pode ser feita por ocasião do quinquídio assinado pelo parágrafo único do art. 932 do CPC, ou mesmo no recurso cabível contra o decreto de intempestividade.” (BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Comentários ao Código de Processo Civil: Dos Recursos – volume XX (arts. 994-1044)*. In: GOUVÊA, José Roberto Ferreira, BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar; FONSECA, João Francisco Naves da (Coords.). São Paulo: Saraiva, 2016, p. 213).

⁵⁰ *Comentários ao Código de Processo Civil – volume 4 (arts. 926 a 1.072)*. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2017, p. 307.

possibilidade em admitir a comprovação posterior em sede de agravo interno ou intimar a parte recorrente para suprir o vício formal, inclusive mediante comprovação documental (arts. 932, parágrafo único e 1.029, § 3.º do CPC/2015) e, somente caso não atendida a regularização, não conhecer do recurso em razão da intempestividade.

5.3 A construção da jurisprudência defensiva na admissibilidade dos embargos de divergência pelos Tribunais Superiores estabelecida na vigência do CPC/1973

A jurisprudência defensiva⁵¹ construída pelos Tribunais Superiores em relação ao cumprimento dos requisitos de admissibilidade recursal é objeto de fundadas críticas doutrinárias e dos operadores do direito, principalmente pelo rigor desproporcional e, muitas vezes, sem embasamento jurídico.

A conhecida afirmação de que o imenso volume de processos dirigidos às cortes de uniformização justifica tal rigor confronta com outra premissa: a função⁵² constitucional das Cortes Superiores.

Essencialmente, é lógico e razoável que quanto maior for a *consolidação e estabilidade* dos entendimentos jurisprudenciais firmados pelas Cortes Superiores na interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais, menor será o número de processos dirigidos ao STF e ao STJ.

Com efeito, não se desconhece que os recursos dirigidos aos Tribunais Superiores são extremamente técnicos, dotados de requisitos específicos de admissibilidade, o que justifica, em determinada medida, a exigência de qualidade técnica na elaboração do recurso, o que não pode ser confundido com arbitrariedade na exigência de requisitos de admissibilidade recursal.

Entretanto, na vigência do CPC/1973, foi estabelecida pelas Cortes Superiores rigorosa jurisprudência defensiva no âmbito da admissibilidade dos recursos em geral e, especialmente, em relação aos embargos de divergência.

Inúmeros exemplos da restritiva jurisprudência dos Tribunais Superiores no recurso uniformizador podem ser citados. Vícios de admissibilidade relacionadas à representação pro-

⁵¹ Arruda Alvim afirma: “A postura rigorosa e estritamente formal dos Tribunais Superiores na aferição dos pressupostos de admissibilidade, cumpre mencionar, ficou conhecida como jurisprudência defensiva, pois tem como finalidade evitar a demasiada subida de recursos aos tribunais de cúpula. Já sob a vigência do CPC/1973, verifica-se uma tendência gradativa a se atenuarem tais exigências, o que foi reforçado, de maneira bastante incisiva pelo CPC/2015, especialmente com a consagração do princípio da primazia do julgamento de mérito (art. 4.º).” (ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil: Teoria Geral do Processo, Processo de Conhecimento, Recursos e Precedentes. 18.ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 1.478).

⁵² Conforme já foi abordado no Capítulo 1, *supra*, do presente trabalho.

cessual⁵³⁻⁵⁴⁻⁵⁵, ao preparo⁵⁶ do recurso, e regularidade formal⁵⁷, impedem, sistematicamente, a análise e o julgamento do mérito dos embargos de divergência, sem qualquer possibilidade de justificar ou sanar o referido vício formal.

O rigor da jurisprudência construída e aplicada pelos Tribunais Superiores, em especial nos embargos de divergência, permite afirmar que a imposição de óbices de admissibilidade, alguns contrários ao mínimo bom senso jurídico, diminuíram a importância do recurso uniformizador, o seu potencial e a sua principal finalidade, de uniformizar jurisprudência e proporcionar segurança jurídica.

Outrossim, o Tribunal da Cidadania editou, pouco antes do fim do prazo da *vacatio legis* do CPC/2015, enunciados administrativos⁵⁸ com regras de interpretação de direito intertemporal.

⁵³ “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO AO ADVOGADO QUE SUBSTABELECEU PODERES AO SUBSCRITOR DO RECURSO. SÚMULA 115 DO STJ. 1. – “Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos” – Súmula n.º 115/STJ. 2. – Na linha da jurisprudência desta Corte, a regularidade da representação processual deve ser comprovada no ato da interposição do recurso. 3. – Em casos como o presente, descabe a aplicação do artigo 13 do Código de Processo Civil e nem mesmo se admite que a juntada espontânea e posterior do documento faltante supra o vício originário. Precedentes. 4. – Agravo Regimental não conhecido.” (AgRg nos EAg 1383384/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Corte Especial, DJe 24.02.2014).

⁵⁴ “Sendo a certificação de que trata a Resolução n.º 14/STJ, de 28.6.2013, ato pessoal e intransferível, a assinatura digital constante da petição do recurso deve corresponder a advogado com procuração nos autos, sob pena de incidência do enunciado n.º 115 da Súmula do STJ. (AgRg no AREsp 287.865/MG, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 09.04.2014).” (Excerto da ementa do AgRg nos EAREsp 423.478/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, DJe 06.08/2014).

⁵⁵ “PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. SÚMULA 115 DO STJ. AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. A falta da cadeia completa de instrumentos de mandato enseja o não conhecimento do recurso, mesmo que o instrumento faltante nos autos dos embargos do devedor tenha sido juntado nos autos da respectiva execução. Precedentes. 2. Agravo interno não provido.” (AgInt nos EREsp 1509607/AL, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, DJe 21.10.2016).

⁵⁶ “O art. 511, caput, do CPC estabelece que, nos casos legalmente exigidos, a parte deverá efetuar o preparo no ato de interposição do recurso, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção. Assim, na situação em exame, não se verifica o atendimento da exigência contida no art. 511, caput, do CPC/1973, incidindo na espécie também o disposto na Súmula n.º 187 deste Tribunal, o que leva à deserção do recurso.” (Excertos da ementa do AgInt no RCD nos EAREsp 799.994/RJ, Rel. Ministro Og Fernandes, Corte Especial, DJe 15.12.2016).

⁵⁷ “O conhecimento dos embargos de divergência exige a comprovação do dissídio jurisprudencial, nos termos do artigo 266, § 1.º, c/c o artigo 255, § 1.º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Na espécie, deixou a agravante de juntar cópia integral dos acórdãos paradigmas e de citar o repositório oficial, autorizado ou credenciado, no qual estejam publicados. 3. A declaração de autenticidade do advogado, prevista na alínea “a” do § 1.º do artigo 255 do RI/STJ, somente se aplica, na forma do referido preceito regimental, às certidões ou cópias dos acórdãos paradigmas, documentos que não foram juntados com a petição dos embargos de divergência.” (Excertos da ementa do AgRg nos EAREsp 385.284/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Corte Especial, DJe 25.11.2016).

⁵⁸ “ENUNCIADOS ADMINISTRATIVOS STJ. Enunciado administrativo n.º 1/STJ: O Plenário do STJ, em sessão administrativa em que se interpretou o art. 1.045 do novo Código de Processo Civil, decidiu, por unanimidade, que o Código de Processo Civil aprovado pela Lei n.º 13.105/2015, entrará em vigor no dia 18 de março de 2016. / Enunciado Administrativo n.º 2/STJ: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. / Enunciado Administrativo n.º 3/STJ: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do Novo CPC. / Enunciado Administrativo n.º 4/STJ: Nos feitos de competência cível originária e recursal do STJ, os atos processuais que vierem a ser praticados por julgadores, partes, Ministério Público, procuradores, serventuários e auxiliares da Justiça, a partir de 18 de março de 2016, deverão observar os novos procedimentos trazidos pelo

Em síntese, o Enunciado Administrativo n.º 1/STJ dispôs que o CPC/2015 entraria em vigor no dia 18 de março de 2016.

O Enunciado Administrativo n.º 2/STJ estabeleceu que, nos recursos interpostos com base no CPC/1973, os requisitos de admissibilidade serão aqueles postos na vigência do ordenamento revogado e interpretações dadas pela jurisprudência do STJ.

Por outro lado, o Enunciado Administrativo n.º 3/STJ previu que nos recursos interpostos com base no CPC/2015, serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal previstos no novo ordenamento processual.

No Enunciado Administrativo n.º 4/STJ, determinado que nos processos de competência cível originária e recursal do Tribunal da Cidadania, “os atos processuais que vierem a ser praticados por julgadores, partes, Ministério Público, procuradores, serventuários e auxiliares da Justiça, a partir de 18 de março de 2016, deverão observar os novos procedimentos trazidos pelo CPC/2015, sem prejuízo do disposto em legislação processual especial”.

O Enunciado Administrativo n.º 7/STJ permitiu que o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais (art. 85, § 11, do CPC/2015) somente seja imposto aos recursos interpostos na vigência do CPC/2015.

Por fim, os enunciados Enunciados Administrativos n.ºs 5 e 6/STJ estabelecem que nos recursos interpostos na vigência do CPC/1973, não caberá a abertura de prazo prevista no arts. 932, parágrafo único, c/c o art. 1.029, § 3.º, o que somente será possível nos recursos interpostos sob a égide do CPC/2015.

CPC/2015, sem prejuízo do disposto em legislação processual especial. / Enunciado Administrativo n.º 5/STJ: Nos recursos tempestivos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016), não caberá a abertura de prazo prevista no art. 932, parágrafo único, c/c o art. 1.029, § 3.º, do Novo CPC. / Enunciado Administrativo n.º 6/STJ: Nos recursos tempestivos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016), somente será concedido o prazo previsto no art. 932, parágrafo único, c/c o art. 1.029, § 35, do Novo CPC, para que a parte sane vício estritamente formal. / Enunciado Administrativo n.º 7/STJ: Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016 será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do CPC/2015.”

Os Tribunais Superiores (STF⁵⁹ e o STJ⁶⁰⁻⁶¹ não têm admitido a incidência das regras de sanabilidade de vícios formais de admissibilidade previstas no CPC/2015 em processos em que o recurso excepcional (extraordinário, especial e embargos de divergência) foi interposto na vigência do CPC/1973, o que está inteiramente correto.

5.4 Vícios de admissibilidade sanáveis em embargos de divergência

Essencialmente, parte significativa dos debates doutrinários e jurisprudenciais sobre a eventual possibilidade de sanabilidade de vícios formais de admissibilidade estão relacionados aos requisitos extrínsecos dos recursos.

Em específico a tempestividade, ao preparo e a regularidade formal, os quais foram analisados em seus elementos gerais no Capítulo 4 do presente trabalho, serão adiante avaliados na ordem proposta.

Conforma abordado no presente capítulo, a intempestividade recursal não configura vício sanável, sendo inadmissível a repetição do ato processual, situação diversa da eventual incidência de feriado local.

A controvérsia relacionada ao feriado local e a sua influência na tempestividade no recurso uniformizador é específica. A interposição dos embargos de divergência é realizada diretamente nos Tribunais Superiores e não na Corte de origem, como os demais recursos excepcionais.

Em tal contexto, eventual feriado local não interfere no prazo para a interposição dos em-

⁵⁹ Com efeito: “Inaplicável ao caso o disposto no art. 932, parágrafo único, do CPC/2015, uma vez que o recurso extraordinário foi interposto na vigência do CPC/1973, sendo firme o entendimento do Supremo Tribunal Federal, à luz da norma processual anterior, de que não é aplicável ao recurso extraordinário a norma inscrita no art. 13 do CPC/1973, que possibilitava a concessão de prazo para regularização da representação das partes. Precedentes.” (Excerto da ementa do RE 814215 AgR, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe-054 public. 20.03.2019); “A jurisprudência do STF se firmou no sentido de que é inexistente o recurso interposto por advogado sem procuração nos autos, devendo a regularidade da representação processual ser comprovada no momento da interposição do recurso. Inaplicabilidade do art. 13 do CPC/1973 em recurso extraordinário. Inaplicabilidade do Parágrafo Único do art. 932 do CPC/2015.” (Excerto da ementa do ARE 1033681 AgR, Relator Min. Edson Fachin, Segunda Turma, divulg. 22.06.2017 public. 23.06.2017).

⁶⁰ A previsão expressa de regularização de vícios processuais de menor gravidade, disposta no art. 1.029, § 3.º, do CPC/15, não se aplica aos recursos interpostos antes do início da vigência do NCPC, em observância ao princípio do *tempus regit actum* consagrado pelos Enunciados Administrativos n.º 2/STJ e 5/STJ. Precedentes. (Excerto da ementa do AgInt no AgRg no AREsp 698.914/MG, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 26.03.2018).

⁶¹ A decisão agravada aplicou o óbice da Súmula n.º 115/STJ, tendo em vista a ausência de instrumento de mandato relativo ao subscritor do recurso especial e do respectivo agravo. O agravante pugna pela aplicação do disposto no art. 76, § 2.º, do CPC/2015, a fim de que seja autorizada a correção do vício. A alegação não merece acolhida, tendo em vista que o recurso especial foi interposto com fundamento no CPC/73, razão pela qual devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade do CPC/73 (Enunciado Administrativo n.º 2 do STJ). Aplica-se, por analogia, o disposto no Enunciado Administrativo n.º 5/STJ, in verbis: “Nos recursos tempestivos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016), não caberá a abertura de prazo prevista no art. 932, parágrafo único, c/c o art. 1.029, § 3.º, do novo CPC”. (AgInt no AREsp 956.637/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 15.12.2016).

bargos de divergência. O Tribunal da Cidadania⁶²⁻⁶³ já se manifestou no mesmo sentido, inclusive reconhecendo que pelo fato do peticionamento perante o STJ somente ocorrer exclusivamente por meio eletrônico⁶⁴, eventual feriado local não influencia no prazo recursal de interposição do recurso uniformizador.

Os Tribunais Superiores consolidaram sob a égide do CPC/1973, conforme já consignado no presente trabalho, entendimento jurisprudencial restritivo quanto à possibilidade de regularização de vícios relacionados ao pagamento de custas processuais, porte de remessa e retorno e demais despesas necessárias à interposição dos recursos excepcionais.

O CPC/2015 introduziu nova metodologia de regularização de vícios relacionados ao preparo ao estabelecer que o mesmo deverá ser comprovado pelo recorrente no ato de interposição do recurso, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção (art. 1.007⁶⁵). Entretanto, na hipótese de insuficiência do valor do preparo, o recorrente será intimado para suprir o vício, no prazo de cinco dias (§ 2.^o⁶⁶ do art. 1.007).

Na hipótese de o recorrente não comprovar o preparo na interposição do recurso, será intimado na pessoa do seu advogado para realizar o pagamento em dobro, sob pena de ser declarado deserto (§ 4.^o⁶⁷ do art. 1.007). O eventual descumprimento após regular intimação gera o reconhecimento da deserção do recurso uniformizador, conforme recente julgado do STJ⁶⁸.

⁶² A jurisprudência desta Corte é no sentido de que feriados locais não suspendem os prazos para interposição de recursos dirigidos ao Superior Tribunal de Justiça. Precedentes. (AgInt nos EAREsp 536.042/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Corte Especial, DJe 14.06.2018).

⁶³ Com efeito, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que “feriados locais não suspendem os prazos para interposição de recursos dirigidos ao Superior Tribunal de Justiça” (STJ, AgInt nos EAREsp 536.042/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Corte Especial, DJe de 14.06.2016), porquanto “o feriado local, mesmo que enseje a suspensão do expediente no Judiciário da origem, não obsta a parte de peticionar em processos que tramitam no STJ” (STJ, AgInt nos EAREsp 819.278/SP, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Segunda Seção, DJe de 13.02.2017). (Excerto da ementa dos EDcl no AgInt nos EREsp 1191877/GO, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Primeira Seção, DJe 19.12.2018).

⁶⁴ O feriado local não suspende o prazo para recursos no âmbito do STJ. Precedentes. Nos termos do art. 10 da Resolução STJ/GP n.º 10 de 6 de outubro de 2015, que regulamenta o processo eletrônico no âmbito desta Corte Superior conforme o disposto no art. 18 da Lei n.º 11.419/2006, o peticionamento no âmbito STJ se dá por meio exclusivamente eletrônico. 3. Nesse contexto, o feriado local, mesmo que enseje a suspensão do expediente no Judiciário da origem, não obsta a parte de peticionar em processos que tramitam no STJ, o que, inclusive, ocorreu neste autos, pois os embargos de divergência foram interpostos eletronicamente (documento eletrônico e-Pet n.º 1843703 – e-STJ fls. 3/13 do expediente avulso). (Excerto da ementa do AgInt nos EAREsp 819.278/SP, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Segunda Seção, DJe 13.02.2017).

⁶⁵ Art. 1.007. No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção.

⁶⁶ A insuficiência no valor do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, implicará deserção se o recorrente, intimado na pessoa de seu advogado, não vier a supri-lo no prazo de 5 (cinco) dias.

⁶⁷ § 4.º O recorrente que não comprovar, no ato de interposição do recurso, o recolhimento do preparo, inclusive porte de remessa e retorno, será intimado, na pessoa de seu advogado, para realizar o recolhimento em dobro, sob pena de deserção.

⁶⁸ A jurisprudência desta Corte é no sentido de que se configura deserção se, após a intimação, nos termos do § 4.º do art. 1.007 do Código de Processo Civil de 2015, a parte recorrente não comprovar o pagamento ou não o efetuar em dobro. (Excerto da ementa do AgInt nos EAREsp 719.811/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Corte Especial, DJe 27.10.2017).

Eduardo Talamini e Felipe Sripes Wladeck⁶⁹ abordam o tema:

Conforme o § 2.º do art. 1.007, também a insuficiência do preparo, e não apenas a ausência de qualquer recolhimento, gera a deserção do recurso, se o recorrente, intimado na pessoa de seu advogado, não vier a supri-lo no prazo de cinco dias, ou seja, se o recolhimento realizado for insuficiente, deve-se necessariamente intimar o recorrente, na pessoa do seu advogado, para complementá-lo. Não poderá inadmitir o recurso de plano, por deserção. Essa regra consiste em especificação do dever de prevenção recursal (arts. 932, parágrafo único, e 1.029, § 3.º (...)).

Além da possibilidade de complemento do preparo insuficiente, o Código determina que, se o recorrente não comprovar, no ato de interposição do recurso, que efetuou o preparo, será intimado para realizar o recolhimento em dobro (art. 1.007, § 4.º) Eis mais uma especificação do dever de prevenção recursal (art. 932, parágrafo único, e art. 1.029, § 3.º (...)). Dá-se uma nova chance para o recorrente, mas se agrava o seu ônus.

O STJ⁷⁰⁻⁷¹ tem procedido a regularização do preparo, determinando a abertura de prazo para a regularização e, em caso de descumprimento, não conhecendo do recurso especial, aplicando o contido na Súmula n.º 187/STJ⁷².

Por sua vez, o § 7.⁷³ do art. 1.007 estabelece mecanismo para regularizar eventuais

⁶⁹ *Comentários ao Código de Processo Civil – volume 4 (arts. 926 a 1.072).* In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2017, p. 398-399.

⁷⁰ AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – AUTOS DE AGRAVO DE INSTRUMENTO NA ORIGEM – DECISÃO MONOCRÁTICA DA PRESIDÊNCIA DESTA CORTE QUE NÃO CONHECEU DO RECLAMO ANTE A DESERÇÃO. IR-RESIGNAÇÃO DO AGRAVANTE. 1. A jurisprudência do STJ possui entendimento segundo o qual deve ser reconhecida a deserção do recurso especial se, após a intimação, nos termos do art. 1.007, § 4.º, do CPC/15, a parte não comprovar o pagamento ou não o efetuar em dobro. 2. No presente caso, mesmo após a intimação da parte recorrente para que sanasse o vício apontado, não houve a comprovação da regularidade no recolhimento do preparo, o que impõe a incidência do óbice do enunciado n.º 187 da Súmula do STJ. Deserção do recurso especial reconhecida. Precedentes. 3. Agravo interno desprovido. (AgInt no AREsp 1198411/DF, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 01.10.2018).

⁷¹ PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. PREPARO. AUSÊNCIA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. PROVA. PRECLUSÃO. PAGAMENTO EM DOBRO NÃO DEMONSTRADO. DESERÇÃO. ART. 1.007, § 4.º, DO NCPC. SÚMULA N.º 187 DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. O presente agravo interno foi interposto contra decisão publicada na vigência do NCPC, razão pela qual devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista, nos termos do Enunciado Administrativo n.º 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC. 2. O STJ consolidou o entendimento de que os recursos interpostos devem estar acompanhados das guias de recolhimento devidamente preenchidas, além dos respectivos comprovantes de pagamento, ambos de forma visível e legível, sob pena de deserção. 3. A simples afirmação da parte de ser beneficiária da assistência judiciária gratuita não basta para afastar a pena de deserção imposta pela Súmula n.º 187 do STJ. Precedentes. 4. Se a parte, mesmo após regular intimação, não comprova o recolhimento do preparo na forma devida ou o deferimento da gratuidade da Justiça na origem, a preclusão é inafastável e o recurso especial deve ser considerado deserto, nos termos do artigo 1.007, § 4.º, do NCPC e da já citada Súmula n.º 187 desta Corte. 5. Agravo interno não provido. (AgInt no AREsp 1177962/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, DJe 06.09.2018).

⁷² “É deserto o recurso interposto para o Superior Tribunal de Justiça, quando o recorrente não recolhe, na origem, a importância das despesas de remessa e retorno dos autos”.

⁷³ § 7.º O equívoco no preenchimento da guia de custas não implicará a aplicação da pena de deserção, cabendo ao relator, na hipótese de dúvida quanto ao recolhimento, intimar o recorrente para sanar o vício no prazo de cinco dias.

equivocos no preenchimento das guias do preparo recursal. Igualmente, o referido Tribunal Superior também tem admitido a regularização de dados relacionados ao preenchimento das guias de recolhimento do preparo (GRU)⁷⁴, como espécie de vício formal sanável.

Cassio Scarpinella Bueno⁷⁵ ao comentar o referido parágrafo afirma:

O § 7.º, por fim quer evitar as armadilhas comuns do que elonquentemente é chamado de “jurisprudência defensiva recursal”. A especificidade da hipótese nele regulada (preenchimento inadequado de guia de custas), contudo, não terá o condão de evitar que aquela linha jurisprudencial desenvolva-se e, como quer o art. 927, seja a responsável por deserções em massa a um sem-número de recursos.

As regras acima citadas, relacionadas à regularização do preparo, estão fundadas no princípio geral de sanabilidade dos vícios formais de admissibilidade previsto no CPC/2015.

A impossibilidade de regularização de representação processual no âmbito do STJ, na vigência do CPC/1973, foi sedimentada no enunciado da Súmula n.º 115/STJ⁷⁶.

O referido enunciado sumular foi objeto de clara resposta legislativa contida no art. 76⁷⁷, § 2.º, I e II, do CPC/2015. Nesse contexto, posicionamento doutrinário referencial⁷⁸ defende a superação da Súmula n.º 115/STJ.

A previsão legal do novo ordenamento processual parece ser óbvia, mas necessária diante da interpretação defensiva estabelecida pelas Cortes Superiores.

O STJ não tem reconhecido a superação do mencionado enunciado sumular, mas tem admitido a regularização de representação processual, determinando a abertura de prazo e, caso

⁷⁴ (...) **Pacífico o entendimento desta Corte “no sentido de ser imprescindível o correto preenchimento da Guia de Recolhimento da União – GRU. Consequentemente, constatado erro em qualquer um dos dados a serem obrigatoriamente inseridos nos aludidos documentos, o recurso especial deve ser considerado deserto. Incidência da Súmula n.º 187/STJ”** (STJ, AgInt no REsp 1.700.705/GO, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 21.09.2018). Em igual sentido: STJ, AgInt nos EDcl no AREsp 1.100.520/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 11.09.2018. **III. No caso, deixando a parte recorrente de sanar o erro, no prazo fixado pelo STJ, ainda que intimada para tanto, é de se declarar deserto o Recurso em Mandado de Segurança.** IV. Aplica-se, ao caso, o entendimento consolidado na Súmula n.º 187 desta Corte, no sentido de que “é deserto o recurso interposto para o Superior Tribunal de Justiça, quando o recorrente não recolhe, na origem, a importância das despesas de remessa e retorno dos autos”. (...). (Excertos no RMS 57.012/GO, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 26.10.2018).

⁷⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. 3.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 926.

⁷⁶ “Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos”.

⁷⁷ Art. 76. Verificada a incapacidade processual ou a irregularidade da representação da parte, o juiz suspenderá o processo e designará prazo razoável para que seja sanado o vício. (...) § 2.º Descumprida a determinação em fase recursal perante tribunal de justiça, tribunal regional federal ou tribunal superior, o relator: I – não conhecerá do recurso, se a providência couber ao recorrente; II – determinará o desentranhamento das contrarrazões, se a providência couber ao recorrido.

⁷⁸ DANTAS, Bruno. *Comentários ao Código de Processo Civil – volume 4 (arts. 926 a 1.072)*. BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2017.

não suprido o vício, não conhecido do recurso com base no entendimento referido sumulado⁷⁹⁻⁸⁰.

A revisão da jurisprudência relacionada à restrição da regularização de instrumento procuratório ou da cadeia de substabelecimento no âmbito do Tribunal Superior é absolutamente adequada, pois não é razoável inadmitir recurso por mero vício documental, passível de absoluta sanabilidade mediante a oportunização da parte interessada em apresentar instrumento procuratório ou documento faltante.

Especificamente no âmbito dos embargos de divergência, o STJ tem proporcionado a regularização do vício de representação processual, mediante a intimação da parte para a regularização do vício⁸¹⁻⁸².

5.4.1 Vícios documentais em geral

Conforme abordado no Capítulo 4 do presente trabalho, os embargos de divergência exigem no ato da sua interposição a juntada do inteiro teor do julgado indicado como paradigma.

O sistema de sanabilidade de vícios formais do CPC/2015 expressamente ressalva a possibilidade de complementação documental (art. 932, parágrafo único) exigida para o preenchimento dos requisitos de admissibilidade recursal.

Assim, a ausência de juntada do inteiro teor ou a incompletude do julgado paradigma impõe a abertura de prazo para regularização do vício documental.

⁷⁹ Nos termos da Súmula n.º 115 do STJ, “na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos”.

No caso em tela, mesmo após intimação da parte, nos termos dos artigos 76 e 932, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 2015, não houve a regularização da representação processual, sendo escorreito o não conhecimento do agravo em recurso especial. (Excertos da ementa do AgRg no AREsp 1145425/RS, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 12.09.2018).

⁸⁰ A ausência de instrumento conferindo poderes ao subscritor do apelo extremo atrai a incidência do enunciado n.º 115 da Súmula desta Corte, segundo o qual, “na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos”. Nos termos do art. 76, § 2.º, I, do CPC/15, não se conhece do recurso quando a parte, após intimada para regularizar sua representação processual (art. 932, parágrafo único, do CPC/15), não promove o saneamento do vício no prazo concedido. (Excertos da ementa do AgInt no REsp 1695977/TO, Rel. Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, DJe 21.05.2018).

⁸¹ PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PETIÇÃO ELETRÔNICA. ASSINATURA DIGITAL. SÚMULA 115/STJ. PARADIGMA EM HABEAS CORPUS. NÃO CABIMENTO. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Se o advogado que assinou a petição eletrônica dos embargos de divergência não possui procuração ou substabelecimento nos autos e, embora intimado a regularizar a representação processual, quedou-se inerte, impõe-se a incidência da Súmula n.º 115 do STJ, segundo a qual, na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos. 2. É pacífica a orientação da Corte Especial no sentido de que o acórdão proferido em habeas corpus não é admitido como paradigma para fins de comprovação do dissídio jurisprudencial. 3. Agravo regimental improvido. (AgRg nos EREsp 1509492/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Terceira Seção, DJe 18.09.2018).

⁸² PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO. SÚMULA 115 DO STJ. INCIDÊNCIA. 1. É firme o entendimento desta Corte de que a ausência de procuração impossibilita o conhecimento do recurso. Aplicação analógica da Súmula n.º 115 do STJ. 2. Hipótese em que o embargante, a despeito de regularmente intimado, conforme estabelece a disciplina estatuída no Código de Processo Civil/2015, não regularizou a representação processual do subscritor do recurso. 3. Embargos de declaração não conhecidos. (EDcl no AgInt nos EAREsp 635.170/DF, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Seção, DJe 23.03.2017).

Em recente decisão, ainda que em decisão monocrática⁸³, foi autorizada a regularização de aspectos documentais relacionadas à comprovação de dissídio jurisprudencial em sede de embargos de divergência, ao ser determinado a abertura de prazo para a juntada do inteiro teor do aresto paradigma.

5.4.2 Vícios relacionados à fundamentação (*lato*) dos EDv

A doutrina⁸⁴ clássica e majoritária reconhece que os requisitos extrínsecos dos recursos são a tempestividade, o preparo e a regularidade formal.

No presente capítulo, sob o prisma do sistema de sanabilidade dos vícios previsto no CPC/2015, foi afirmada a impossibilidade de regularização do recurso intempestivo, ressalvada a comprovação posterior do feriado local, reconhecida a ampla regularização prevista no preparo e de aspectos relacionados à representação processual, bem como a regularização de vícios relacionados à documentação dos recursos.

Todavia, remanesce questão central a ser dirimida, os limites da sanação de vícios relacionados à regularidade formal dos recursos, especialmente em relação à fundamentação recursal.

Na lição de Araken de Assis⁸⁵, em relação à regularidade formal, “ressalva feita às particularidades respectivas, há quatro requisitos formais genéricos: (a) petição escrita; (b) identificação das partes; (c) motivação; (d) pedido de reforma, invalidação, esclarecimento ou integração do pronunciamento recorrido.

A interposição dos recursos excepcionais (recurso extraordinário, recurso especial e os embargos de divergência) deve observar o preenchimento dos requisitos constitucionais (v.g. esgotamento de instância, causas decididas) e infraconstitucionais gerais e específicos de admissibilidade (art. 1.029 e incisos⁸⁶, e 1.043, § 4.º, do CPC/2015).

⁸³ Decisão monocrática concedendo prazo para juntada do inteiro teor do aresto paradigma: EREsp 1.210.234/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 15.12.2017.

⁸⁴ Barbosa Moreira leciona que: “Os requisitos de admissibilidade dos recursos podem classificar-se em dois grupos: requisitos intrínsecos (concernentes à própria existência do poder de recorrer) e recursos extrínsecos (relativos ao modo de exercê-lo). Alinham-se no primeiro grupo: o cabimento, a legitimação para recorrer, o interesse em recorrer e a inexistência de fato impeditivo (...) ou extintivo (...) do poder de recorrer. O segundo grupo compreende: a tempestividade, a regularidade formal e o preparo. Esses requisitos são genéricos, embora possa a lei dispensar algum deles, em tal ou qual hipótese (...). Podem os requisitos genéricos, todavia, como é intuitivo, assumir aspectos específicos, variáveis de um para outro recurso, dos quais se tratará nos comentários aos dispositivos pertinentes”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei n.º 5.859, de 11 de janeiro de 1973, vol V: arts. 476 a 565*. 15.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 263.

⁸⁵ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8.ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 247.

⁸⁶ Art. 1.029. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão: I – a exposição do fato e do direito; II – a demonstração do cabimento do recurso interposto; III – as razões do pedido de reforma ou de invalidação da decisão recorrida. § 1.º Quando o recurso fundar-se em dissídio jurisprudencial, o recorrente fará a prova da divergência com a certidão, cópia ou citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que houver sido publicado o acórdão divergente, ou ainda com a reprodução de julgado disponível na rede mundial de computadores, com indicação

Especificamente a petição recursal dos recursos extraordinário e especial deve conter a exposição do fato e do direito, demonstrar o cabimento do recurso interposto e apresentar as razões do pedido de reforma ou de invalidação da decisão recorrida, e a dos embargos de divergência demonstrar o dissídio nos termos indicados.

Nelson Nery Junior⁸⁷ orienta que vigora o princípio da dialeticidade nos recursos, segundo o qual “recurso deverá ser dialético, isto é, discursivo”, e logo adiante conclui que as “razões do recurso são elemento indispensável a que o tribunal para o qual se dirige, possa julgar o mérito do recurso, ponderando-as em confronto com os motivos da decisão recorrida”, sendo a sua falta causa de não conhecimento do recurso.

Em tal contexto, a primeira questão a ser enfrentada é o possível enquadramento da fundamentação recursal no conceito de vício formal de admissibilidade e, conseqüentemente, a possibilidade de sua regularização sob a ótica do CPC/2015.

Eduardo Arruda Alvim⁸⁸ reforça a idéia no sentido de que a fundamentação também configura requisito de admissibilidade do recurso:

“Interessa notar, ademais, que a fundamentação do recurso também constitui requisito de admissibilidade. A não fundamentação do recurso deve conduzir a seu não conhecimento, pois é virtualmente impossível a formação do contraditório em sede recursal se o recorrente não expressa as razões do inconformismo com a decisão recorrida, até porque o tribunal jamais poderia “adivinhar” as razões pelas quais a parte impugnou a decisão, o que implicaria ferir o princípio da paridade de tratamento das partes. O recurso deve trazer razões e motivos com que se procura demonstrar o desacerto do que foi decidido, e não se constitui em protesto ou inconformismo, pura e simples.”

Todavia, em linha de princípio, a definição do parâmetro de *vício* (art. 932, parágrafo único) ou *vício formal* (art. 1.029, § 3.º) de admissibilidade, remete para aqueles relacionados ao cumprimento dos requisitos externos, diverso do conteúdo do recurso, o que afasta, salvo melhor juízo, a possibilidade de sanar os vícios relacionados à fundamentação recursal.

Obviamente a questão não permite afirmações absolutas, pois não admitir a complementação de razões recursais difere, em intensidade e forma, da possibilidade de sanar a mera indicação do dispositivo legal no qual está fundado o recurso ou do simples equívoco na nomenclatura do recurso, embora regular a fundamentação recursal.

Entretanto, os fundamentos do recurso, elemento central da irresignação, deve ser impreterivelmente apresentada no momento da interposição tempestiva do recurso, sob pena de manifesta preclusão consumativa do ato processual. Não é admitida a apresentação posterior, tampouco a substituição da fundamentação após a interposição do recurso.

da respectiva fonte, devendo-se, em qualquer caso, mencionar as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

⁸⁷ *Teoria geral dos recursos*. 7.ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 179.

⁸⁸ ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito processual civil*. In: ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel William; FERREIRA, Eduardo Aranha (Coords.). 6.ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 903-904.

Novamente, a lição de Nelson Nery Junior⁸⁹, ainda que em um contexto diverso, ao afirmar que a “interposição do recurso sem a fundamentação faz com que ocorra *preclusão consumativa*, não mais sendo possível ao recorrente exercer a aquela faculdade dentro do processo”, e logo adiante afirma que a “apresentação das razões posteriormente à interposição do recurso também é causa de não conhecimento, porque já se terá operado a *preclusão consumativa*”.

No mesmo sentido, a orientação de Araken de Assis⁹⁰:

“Não há a menor possibilidade de o recorrente “reservar-se” para apresentar suas razões posteriormente à interposição, através de petição escrita, conquanto respeitado o prazo recursal, ou na sustentação oral. O fundamento da diretriz assenta na preclusão consumativa. O conjunto das disposições, mencionadas há pouco, uniformemente exigem que as razões acompanhem o ato de interposição, pois o recurso contém, além da vontade de recorrer, um elemento suplementar – a descrição do inconformismo.”

Com efeito, não obstante a premissa no sentido de que aspectos relacionados à regularidade formal possam ser regularizados após a interposição do recurso, a apresentação, substituição ou até mesmo a complementação da fundamentação não está compreendida nas hipóteses de sanabilidade propostas no CPC/2015, ainda que sob a perspectiva do princípio da primazia do julgamento do mérito.

Por outro lado, admitir a regularização de vícios relacionados à fundamentação do recurso permitiria, por via indireta, aumentar prazo para a interposição do recurso, em manifesta burla as regras processuais vigentes.

Sobre o tema, o entendimento de Eduardo Arruda Alvim⁹¹:

“(...) é preciso destacar que diferentemente de outros casos, em que a regularidade formal do recurso pode ser sanada após a sua interposição, em prol do julgamento de mérito, a falta de fundamentação não nos parece ser sanável após a prática do ato.

A fundamentação é da essência do recurso, pois é nela que o recorrente trará as razões pelas quais entende que o órgão ad quem deverá reformar ou invalidar a decisão recorrida, dialogando com ela. Come efeito, se se admitisse que a falta de fundamentação constitui vício sanável, em verdade estar-se-ia a majorar o prazo recursal por via transversa, pois ao recorrente caberia apenas levar a juízo o “esqueleto” de seu recurso, no prazo de 15 dias, obtendo mais 5 dias para efetivamente apresentar as razões de seu inconformismo. Portanto, cremos não ser possível conceder prazo para correção de falhas na fundamentação do recurso.”

⁸⁹ Teoria geral dos recursos. 7.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 352.

⁹⁰ ASSIS, Araken de. Manual dos recursos. 8.^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 252.

⁹¹ ALVIM, Eduardo Arruda. Direito processual civil. In: ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel William; FERREIRA, Eduardo Aranha (Coords.). 6.^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 904.

Rodolfo de Camargo Mancuso, ao comentar o § 3.º do artigo 1.029 do CPC/2015, traz uma importante consideração para o sistema de sanabilidade, ao afastar a regularização de vícios praticados contra a boa-fé processual⁹².

Por sua vez, em sentido contrário, Nelson Nery Júnior⁹³ entende que a hipótese de ausência de impugnação específica aos fundamentos da decisão recorrida configura vício sanável:

“Existindo irregularidade no processo, capaz de ocasionar juízo negativo de admissibilidade do recurso, o recorrente tem o direito subjetivo de ser intimado pelo relator para sanar a irregularidade, se sanável for. Trata-se de providência salutar, em homenagem ao princípio da instrumentalidade das formas e à instrumentalidade do próprio processo. (...). O dispositivo comentado alcança, inclusive, a hipótese em que o recorrente não impugna especificamente os fundamentos da decisão recorrida (CPC 932 III in fine), porque não faz distinção sobre a causa ou o motivo da irregularidade que pode ser sanada. Além de todo o exposto, “este dispositivo, como se vê, visa impedir, de forma abrangente, que questões processuais não mais sejam usadas como justificativa para o não conhecimento de recursos, servindo como lembrete de que, em última análise, toda a estrutura do Judiciário existe para examinar o mérito das questões que lhe são submetidas” (Hugo de Brito Machado Segundo. Os recursos no novo CPC e a “jurisprudência defensiva” (Macêdo-Peixoto-Freire. Processo nos Tribunais, p. 388). Eventual “jurisprudência defensiva” que venha formar-se para apequenar o dispositivo ora comentado – v.g. só seria aplicável em casos de vício formal, distinguindo onde a lei não distingue – não deve ser prestigiada porque ofende o sistema legal brasileiro.”

Não obstante a relevância da orientação doutrinária, a ausência de impugnação específica aos fundamentos do acórdão recorrido não pode ser considerada um vício sanável. Primeiro em razão da configuração da preclusão consumativa decorrente da interposição do recurso, que encerra o ato processual, o que evitaria eventual manipulação de descumprimento dos prazos recursais. Segundo, porque vícios relacionados à fundamentação recursal não podem ser equiparados a meros vícios formais de admissibilidade, em razão da importância das razões recursais na delimitação da matéria impugnada, o que seria desvirtuado na hipótese de complementação, alteração ou substituição dos fundamentos utilizados no recurso.

Nesse sentido, o entendimento de Eduardo Arruda Alvim e Eduardo Aranha Ferreira⁹⁴:

É importante destacar, por fim, que a falta de adequada fundamentação do recurso especial importa em vício da peça, que não pode ser corrigido.

⁹² (...) guarda simetria com a diretriz da instrumentalidade do processo (a forma tomada como meio, não como finalidade), e com a política judiciária que sinaliza para o aproveitamento dos atos processuais quando, embora possam ter se distanciado do modelo legal previsto, atingiram – sem má-fé, erro grosseiro ou prejuízo à contraparte – a finalidade almejada (pas de nullité sans grief; utile per inutile non vitiatur), por modo a ficar a decretação de insubsistência reservada para os casos graves, insuscetíveis de correção ou de suprimento, inclusive os praticados contra a boa-fé processual. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Comentários ao Código de Processo Civil – volume 4* (arts. 926 a 1.072). In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2017, p. 499.

⁹³ NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado*. In: NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Coords.). rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.980-1.981.

⁹⁴ *Teses jurídicas dos tribunais superiores: direito processual I*. In: ASSIS, Araken de (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 1.237-1.238.

Conquanto prevejam os arts. 932, parágrafo único e 1.029, § 3.º, ambos do CPC/2015, que cabe ao relator oportunizar que a parte recorrente corrija vícios de seu recurso, tal correção, quer-nos parecer, diz respeito apenas aos vícios formais. (...)

A fundamentação é da essência do recurso e, por isso, seu defeito não pode ser considerado mero “vício formal”. Mais do que isso, vale lembrar que uma vez interposto o recurso, opera-se a preclusão consumativa.

Diante disso, uma vez praticado o ato processual – interposição do recurso – não será mais dado ao recorrente modificar as razões recursais. Só se admitem correções, como se disse, que não digam respeito à própria essência do recurso, como é o caso do recolhimento posterior de preparo, por exemplo (cf. art. 1.007, §§ 2.º e 4.º, do CPC/2015), uma vez que o recurso, em si, não será alterado.

Sem que o vício importar em modificação do conteúdo recursal, temos presente, ao menos em princípio, que não será possível a sua correção.

Por outro lado, em raciocínio absolutamente pragmático, admitir a sanabilidade de vícios de fundamentação no âmbito dos Tribunais Superiores iria inviabilizar o próprio funcionamento ou, na melhor das hipóteses contribuir para a conturbada realidade de dificuldade de julgamento dos processos existentes.

Certamente, não estamos falando de aplicação autoritária na aplicação de entendimento ou mera jurisprudência defensiva, mas da necessidade de efetivo reconhecimento do mínimo rigor técnico inerente aos recursos excepcionais dirigidos e interpostos perante as Cortes Superiores. A determinação do suprimimento de vícios de deficiência de fundamentação recursal significaria um ônus desproporcional à realidade de trabalho nos Tribunais Superiores, transformando em saneadores de fundamentação recursal os julgadores responsáveis pelo cumprimento das premissas estabelecidas no art. 926 do CPC/2015.

O próprio Nelson Nery Júnior⁹⁵, ao comentar o art. 1.029 do CPC/2015, faz uma importante ressalva sobre a questão:

O CPC, mais uma vez, apresenta norma que pretende ser mais flexível com erros formais dos recursos, de modo a não privar o acesso do cidadão à justiça (tal qual se viu no CPC 932 par. Ún. e no CPC 1017, § 3.º). Neste caso, o Código vai um pouco além e admite mesmo a desconsideração do defeito, se o tribunal julgar que tal defeito não acarreta qualquer empecilho ao julgamento. (...). A falta de requisitos essenciais do RE e do REsp, tais como os constantes dos incisos deste CPC 1029, não pode admitir o “perdão” do Tribunal. Admitir-se o contrário abriria portas largas a todo tipo de abuso que acabaria por travar a máquina judiciária, colocando por terra todos os esforços deste Código em favor da celeridade processual e da razoável duração do processo. (sem destaques no original).

O tema específico tem sido objeto de significativos debates no âmbito das Cortes Superiores. A Primeira Turma do STF⁹⁶ analisou a questão no julgamento do ARE 953.221, no

⁹⁵ NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado*. In: NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Coords.). rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 2.318.

⁹⁶ DEBATE: O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) – Eu aqui, Ministro Marco

qual conclui que apenas vícios formais seriam sanáveis, excluída a possibilidade de abrir prazo para apresentar impugnação aos fundamentos da decisão agravada, tese também adotada pelo Plenário⁹⁷ do STF e reiterada em recente⁹⁸ julgado.

O Tribunal Constitucional também não tem permitido a regularização de fundamentação apresentada de maneira incompleta ou insuficientes⁹⁹, bem como a complementação de razões recursais para incluir razões para o reconhecimento de repercussão geral¹⁰⁰.

Por sua vez, o Tribunal da Cidadania, no mesmo sentido do STF, afirmou que o “prazo conferido pelo parágrafo único do art. 932 do CPC/15 somente é aplicável aos casos em que seja possível sanar vícios formais, como ausência de procuração ou de assinatura, e **não** à

Aurélío, mesmo em caso de não conhecimento, que não é a hipótese do Ministro Fux, talvez ainda faria uma leitura um pouco mais restritiva, que é a seguinte – vejam o que diz o parágrafo único: (...)” Aqui, eu imaginaria “falta de procuração”, “deixou de assinar” – que era uma questão sempre controvertida. Eu não imaginaria que o juiz devesse mandar à parte suplementar a fundamentação. (...) O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) – É só aí. Não, não teria sentido o relator permitir que o recorrente fizesse um recurso melhor, dar uma outra oportunidade. O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) – Dar uma dica, não é? O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) – É, não pode. SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Por isso, entendo que não há razoabilidade, principalmente quando viabiliza o extravasamento do prazo recursal. Não há razoabilidade alguma, quanto a essa situação concreta em que não hajam sido impugnados todos os fundamentos da decisão, em abrir-se vista. O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) – Estou de acordo. Vulneraria a preclusão, inclusive, Ministro Marco Aurélio. (ARE 953221 AgR, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, Processo Eletrônico DJe-164 divulg. 04.08.2016 public. 05.08.2016).

⁹⁷ RE 598609 AgR-EDv-AgR, Relator(a): Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, Acórdão Eletrônico DJe-180 divulg. 16.08.2017 public. 17.08.2017.

⁹⁸ O Pleno deste Supremo Tribunal Federal decidiu que a deficiência na impugnação específica dos fundamentos da decisão anterior é situação que não se subsume ao alcance do art. 932, parágrafo único, do CPC/2015, de modo a ser inviável a abertura de prazo para regularização do defeito (RE n.º 598609 AgR-EDv-AgR/MG, Relator Ministro Edson Fachin, DJe de 17.8.2017). (Excerto da ementa do MS 28950 AgR-ED, Relator(a): Min. Rosa Weber, Primeira Turma, Processo Eletrônico DJe-069 divulg. 04.04.2019 public. 05.04.2019).

⁹⁹ AGRAVO – MINUTA – IMPUGNAÇÃO – DEFICIÊNCIA – ARTIGO 932, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. **O disposto no artigo 932, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 2015 não alcança situação jurídica em que a minuta ou as razões recursais surjam incompletas ou deficientes.** Ressalva do entendimento pessoal. Precedente: agravo regimental nos embargos de divergência no agravo regimental no recurso extraordinário n.º 598.609/MG, relator o ministro Edson Fachin, Pleno, 16 de dezembro de 2016, acórdão pendente de publicação. AGRAVO – OBJETO – DESCOMPASSO. Visando o recurso a reformar certa decisão, as razões devem estar direcionadas a infirmá-la. O descompasso entre o fundamento consignado no ato impugnado e a minuta do agravo interno conduz, por si só, à manutenção do que assentado. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – FIXAÇÃO. Havendo interposição de recurso sob a regência do Código de Processo Civil de 2015, cabível é a fixação de honorários de sucumbência recursal previstos no artigo 85, § 11, do diploma legal. AGRAVO – MULTA – ARTIGO 1.021, § 4.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. Se o agravo é manifestamente infundado, impõe-se a aplicação da multa prevista no § 4.º do artigo 1.021 do Código de Processo Civil de 2015, arcando a parte com o ônus decorrente da litigância de má-fé. (ARE 1005896 AgR, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, Processo Eletrônico DJe-084 divulg. 24.04.2017 public. 25.04.2017).

¹⁰⁰ A medida prevista no art. 932, § único, do Código de Processo Civil de 2015 não se aplica neste caso porque (a) o recurso extraordinário impugna decisão publicada antes de 18/3/2016 (data de vigência da nova lei processual), logo não se lhe aplicam suas inovações; (b) entre os vícios sanáveis de que trata a norma, não se inserem os que dizem respeito à fundamentação recursal. Na hipótese em apreço, não cabe conceder prazo para que o recorrente apresente a argumentação sobre a repercussão geral da matéria, omitida no recurso extraordinário. (Excerto da ementa do ARE 978184 AgR, Relator(a): Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, Processo Eletrônico DJe-042 divulg. 05.03.2018 public. 06.03.2018).

complementação da fundamentação ou de comprovação da tempestividade”.¹⁰¹

Em outra oportunidade, o Tribunal da Cidadania entendeu que o “vício sanável de que trata a norma processual em comento diz respeito às deficiências formais do recurso, o que não é o caso dos autos, já que o não conhecimento do apelo se deu por falha nas razões recursais, que não impugnaram os fundamentos da decisão agravada”¹⁰².

A Corte Especial do STJ¹⁰³, em recente julgado, também afastou a pretensão contida em agravo interno que objetivava a abertura de prazo para regularizar fundamentação recursal relacionada a ausência de impugnação específica aos fundamentos da decisão agravada.

Efetivamente, os referidos julgados apenas reforçam a premissa de que, em regra, vícios relacionados à fundamentação recursal não devem ser considerados vícios formais sanáveis, sob pena de desrespeito ao instituto da preclusão consumativa e total desvirtuamento da função constitucional dos Tribunais Superiores.

Araken de Assis¹⁰⁴ pontua que tal rigor da regularização de vícios de fundamentação certamente estão vinculados a intensidade do liberalismo do tribunal, entretanto o entendimento das Cortes Superiores parece esbarrar na própria realidade que o eventual liberalismo poderia causar.

Especificamente em relação aos embargos de divergência, vícios de fundamentação também não devem ser regularizados, em face das razões expostas.

Todavia, a afirmação comporta temperamentos, pois difere, em intensidade e forma, da possibilidade de sanar vícios da petição recursal de menor importância ou que não alterem substancialmente a essência do recurso.

A mera indicação equivocada do dispositivo legal sobre o qual está fundado o recurso ou do simples equívoco na nomenclatura do recurso, embora regular a fundamentação recursal, não

¹⁰¹ AgInt no AREsp 1277253/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 24/09/2018, DJe 27/09/2018.

¹⁰² EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp 505.890/RJ, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 17/10/2017, DJe 27/10/2017.

¹⁰³ “(...) 2. O Código de Processo Civil de 2015 expressamente autorizou o relator do recurso e ao Tribunal Superior o poder de suprir vícios formais que não sejam graves ou permitir a complementação de documentos exigíveis para a admissibilidade do recurso, nos termos dos arts. 932, parágrafo único e 1.029, § 3.º. 3. **No caso concreto, a embargante entende que a ausência de impugnação aos fundamentos da decisão que inadmitiu o agravo interno poderia ser suprida mediante intimação para complementação da fundamentação do recurso. 4. Efetivamente, vícios relacionados à fundamentação recursal não podem ser considerados vícios formais sanáveis, sob pena de total desvirtuamento da função constitucional do Superior Tribunal de Justiça.**” (Excerto da ementa dos EDcl no AgInt nos EAREsp 877.609/AM, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Corte Especial, DJe 7.11.2018).

¹⁰⁴ “O art. 932, parágrafo único, permite alterar esse panorama, porque autoriza o relator, sem distinguir a natureza do vício, a ordenar ao recorrente suprir faltas e sanear vícios. Dependerá do maior ou menor liberalismo do tribunal superar a falta ou a insuficiência recursal da fundamentação recursal. Uma pista se localiza no art. 1.029, § 3.º. O STF e o STJ podem desconsiderar o vício ou mandá-lo corrigir, não o reputando grave, mas a regra pressupõe a tempestividade dos recursos extraordinário e especial. Logo, a tempestividade é o único defeito realmente incorrigível no conjunto dos requisitos de admissibilidade.” (ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8.ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 252.

parecem configurar vícios insanáveis.

Nesse sentido, a opinião doutrinária de Araken de Assis¹⁰⁵:

Não se justificam, portanto, eventuais equívocos do recorrente, como a designação do recurso como “embargos infringentes”.

É verdade que, preenchido o pressuposto da regularidade formal (infra, 99.3), no fundo o erro consistirá da designação do recurso efetivamente interposto. Sempre pareceu excessivo tirar consequências tão drásticas da simples troca de nome. No entanto, a advocacia nos tribunais superiores exige certo apuro técnico, evidentemente maltratado em erros dessa natureza, talvez imputáveis ao desleixo. Por essa última razão, o rígido entendimento vigente nos tribunais superiores, rejeitando a aplicação do princípio da fungibilidade (retro, 8), dificilmente reverteria a posição mais liberal. Mas, impende considerar o art. 932, parágrafo único. Desse modo, a impropriedade na designação é vício sanável no prazo de cinco dias.

A ausência de indicação dos julgados apontados como paradigmas no recurso ou a respectiva fundamentação, inviabilizam a regularização. Os paradigmas, necessariamente, devem ser indicados na petição recursal, inexistindo a possibilidade de indicação posterior, em razão da preclusão consumativa¹⁰⁶ que se opera com a interposição do recurso.

Outrossim, a escolha ou a apresentação equivocada dos julgados paradigmas indicados nos embargos de divergência não podem ser substituídos posteriormente a interposição do recurso. O Tribunal da Cidadania entendeu que tal situação configuraria “vício de natureza grave, seja por implicar substancial alteração das razões recursais, que deverão demonstrar a similitude fática e a divergência de conclusões jurídicas entre os novos arestos confrontados; seja por acarretar, em alguns casos, modificação do órgão competente para julgamento dos embargos de divergência”¹⁰⁷.

A ausência de fundamentação nos embargos de divergência que comprove a realização do cotejo analítico, ou que vise demonstrar a similitude fática e jurídica entre julgados confrontados,

¹⁰⁵ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8.ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 996.

¹⁰⁶ “[...] não serve para a demonstração da divergência paradigma trazido por petição posterior à interposição dos embargos de divergência, incidindo, no caso, a preclusão consumativa” (AgRg nos EREsp n.º 674.326/AL, Corte Especial, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 14.08.2006). (Excerto da ementa do AgRg nos EDcl nos EREsp 1156159/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Corte Especial, DJe 14.12.2015).

¹⁰⁷ PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PARADIGMAS ORIGINÁRIOS DE SEÇÃO NÃO MAIS COMPETENTE PARA JULGAMENTO DA MATÉRIA. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 158/STJ. PRETENSÃO DE TROCA DOS PARADIGMAS. INVOCAÇÃO DO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 6/STJ. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROTOCOLADOS NA VIGÊNCIA DO CPC/1973. 1. O Enunciado Administrativo n.º 6/STJ autoriza conceder oportunidade à parte para sanar vício estritamente formal e não considerado grave constante apenas dos recursos interpostos já sob a égide do CPC/2015. 2. **A escolha equivocada dos acórdãos paradigma que amparam os embargos de divergência é vício de natureza grave, seja por implicar substancial alteração das razões recursais, que deverão demonstrar a similitude fática e a divergência de conclusões jurídicas entre os novos arestos confrontados; seja por acarretar, em alguns casos, modificação do órgão competente para julgamento dos embargos de divergência.** 3. Agravo interno desprovido. (AgInt nos EREsp 1336452/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, DJe 15.03.2017).

a fim de comprovar o dissídio jurisprudencial, não permite a sanabilidade ou regularização posterior à interposição do recurso, tampouco a complementação ou substituição das razões recursais¹⁰⁸.

Nesse sentido, a orientação do Tribunal da Cidadania¹⁰⁹, ao afirmar que “a ausência de demonstração da divergência alegada no recurso uniformizador nos moldes exigidos pelo artigo 1.043, § 4.º, do CPC/2015 e pelo artigo 266, § 4.º, do RISTJ indubitavelmente constitui vício substancial, resultante da inobservância do rigor técnico exigido na interposição do presente recurso, apresentando-se, pois, descabida a incidência do parágrafo único do artigo 932 da Lei 13.105/2015 para complementação de fundamentação”.

Em síntese, em face dos fundamentos expostos no presente trabalho, em sede de embargos de divergência, não deve ser admitida a possibilidade de sanar vícios de fundamentação sob o enfoque de correção de vício formal de admissibilidade recursal, nos termos dos arts. 932, parágrafo único e 1.029, § 3.º, do CPC/2015.

¹⁰⁸ **A ausência de demonstração da divergência alegada no recurso uniformizador constitui claramente vício substancial, resultante da não observância do rigor técnico exigido na interposição do presente recurso, apresentando-se, pois, descabida a incidência do parágrafo único do artigo 932 do CPC/2015 para complementação da fundamentação, possível apenas em relação à vício estritamente formal, nos termos do Enunciado Administrativo n.º 6/STJ.** 2. É entendimento pacífico no Superior Tribunal de Justiça, decorrente da interpretação do § 4.º do artigo 1.043 do CPC/2015 e do § 4.º do artigo 266 do Regimento Interno desta Corte Superior, ser imprescindível, para a comprovação do dissídio jurisprudencial, a demonstração tanto da similitude fática quanto da identidade jurídica entre o acórdão embargado e os paradigmas apontados. 3. Destaca-se que os contextos fáticos dos arestos confrontados não precisam ser necessariamente iguais, mas devem possuir um mínimo de semelhança ao decidirem a mesma questão federal, a fim de possibilitar o juízo de legalidade a ser exercido nos embargos de divergência, cujo objetivo é uniformizar a jurisprudência entre os órgãos julgadores deste Sodalício. (...) (Excertos da ementa do AgInt nos EAREsp 768.149/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Corte Especial, DJe 21.11.2018).

¹⁰⁹ (...) 6. Quanto à alegação da parte acerca da necessidade de ser conferido prazo para sanear os possíveis vícios processuais existentes, nos termos do artigo 932, parágrafo único, do CPC/2015, é necessário enfatizar que, embora o novo Diploma Processual Civil tenha conferido ao julgador o dever de oportunizar às partes a correção de certas irregularidades processuais, este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de aplicar-se a referida regra somente aos vícios meramente formais, conforme se pode verificar no Enunciado Administrativo n.º 6: Nos recursos tempestivos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016), somente será concedido o prazo previsto no art. 932, parágrafo único, c/c o art. 1.029, § 3.º, do novo CPC para que a parte sane vício estritamente formal. 7. No caso em exame, a ausência de demonstração da divergência alegada no recurso uniformizador nos moldes exigidos pelo artigo 1.043, § 4.º, do CPC/2015 e pelo artigo 266, § 4.º, do RISTJ indubitavelmente constitui vício substancial, resultante da inobservância do rigor técnico exigido na interposição do presente recurso, apresentando-se, pois, descabida a incidência do parágrafo único do artigo 932 da Lei 13.105/2015 para complementação de fundamentação. Precedente da Corte Especial. (Excertos da ementa do AgInt nos EAREsp 647.089/PE, Rel. Ministro Jorge Mussi, Corte Especial, DJe 03.10.2017).

CONCLUSÕES FINAIS

A partir do que foi examinado no presente trabalho, é possível afirmar que o CPC/2015 concretizou normas fundamentais com absoluta influência na maneira como o processo civil deve ser interpretado, no sentido de relevar aspectos processuais de menor importância e priorizar o julgamento do mérito da demanda (art. 317, CPC/2015).

Neste sentido, as regras de sanabilidade de vícios formais de admissibilidade recursal (ou a descon sideração destes) instituídas pelo CPC/2015 permitem, ao menos em parte, a superação da jurisprudência defensiva estabelecida pelas Cortes Superiores.

Os Embargos de Divergência, recurso cabível apenas no âmbito dos Tribunais Superiores, tem como principal função dirimir divergência interna da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Pelo que se pôde examinar e concluir ao longo do estudo, a possibilidade de sanar vícios de admissibilidade recursal, especialmente no âmbito das Cortes Superiores, potencializa as virtudes que os embargos de divergência podem proporcionar para a uniformidade e diminuição da dispersão jurisprudencial.

Viu-se também que os embargos de divergência podem formar precedentes, quando julgados pelo Plenário do STF e pela Corte Especial do STJ, ainda que, em linha de princípio, reconhece-se apenas uma eficácia meramente persuasiva a tais mecanismos. Neste ambiente, a efetivação da regra regimental no art. 122, § 1.º, do RISTJ é potencialmente transformadora, pois ao transpor o julgamento de embargos de divergência, em tese formada por unanimidade, ou ao menos dois julgamentos no mesmo sentido, ainda que por maioria absoluta, para enunciado de Súmula do STJ, permitiria a introdução das teses firmadas no recurso uniformizador em matéria infraconstitucional, para o âmbito do rol dos precedentes tidos por qualificados (inciso IV do 927 do CPC/2015), com a consequente aplicação da teoria dos precedentes judiciais.

Por outro lado, também verificou-se que o CPC/2015 alterou as hipóteses de cabimento do recurso uniformizador. Neste sentido, a redação do *caput* do artigo 1.043 passou a reconhecer, de maneira expressa e textual, o acórdão proferido por *órgão fracionário* como decisão passível de comportar Embargos de Divergência. Tal alteração não produz efeito no âmbito do STF, pois os órgãos fracionários da Corte Suprema continuam sendo apenas as duas Turmas julgadoras. Entretanto, diante da estrutura dos órgãos julgadores do STJ a novidade é capaz de alterar a jurisprudência estabelecida na vigência do ordenamento processual revogado, pois além dos julgados das Turmas, também seria possível, ao menos em tese, admitir embargos de divergência dos arestos proferidos pelas Seções do Tribunal da Cidadania.

Ordinariamente, não cabem embargos de divergência em face de recurso repetitivo, pois o julgamento do recurso repetitivo se sobrepõe aos julgados existentes, ainda que em divergência

interna a outros julgados do Tribunal Superior, salvo se a divergência se estabelecer entre dois acórdãos proferidos sob o referido rito e por órgãos julgadores distintos.

A divergência a ser analisada no recurso uniformizador entre o julgado embargado e o paradigma deve necessariamente confrontar teses firmadas em acórdãos, o que exclui a possibilidade de interposição de embargos de divergência em face de decisão monocrática, tampouco indicar decisão singular como julgado paradigma.

Essencialmente, nos embargos de divergência confrontam julgados que tenham analisado o mérito recursal, o qual pode ser de natureza processual ou material, na interpretação da norma constitucional em recurso extraordinário ou infraconstitucional em recurso extraordinário ou especial, conforme o caso.

Como igualmente assentado, embora o inciso II do art. 1.043 tenha sido revogado, é cabível embargos de divergência para confrontar dissídio sobre a interpretação de aplicação de regra no âmbito do juízo de admissibilidade dos recursos, por se tratar de matéria proferida na aplicação do direito processual, servindo importante instrumento de pacificação da jurisprudência interna do STF e do STJ.

Ademais, conquanto a regra de cabimento dos embargos de divergência seja no sentido de que os julgados estejam no mesmo grau de cognição, a hipótese prevista no inciso III do art. 1.043 permite o temperamento de tal exigência.

A revogação do inciso IV do art. 1.043 que admitia o cabimento de embargos de divergência para confrontar dissídio em ações e recursos originários dos Tribunais Superiores representa efetivo retrocesso, pois o objetivo é uniformizar e pacificar o dissídio interno da Corte Superior, não importando o meio processual (ações ou recursos) que apresentou a desarmonia entre os órgãos julgadores.

A possibilidade de indicação de arestos paradigmas formados em ações e recursos de competência originária dos Tribunais Superiores, em razão dos seus limites de cognição, mais amplos e diversos dos recursos excepcionais, ainda que não inviabilizem por completo o confronto em embargos de divergência, certamente exigem o reconhecimento da dificuldade jurídica em admitir o dissídio entre as teses jurídicas estabelecidas em limites de cognição diversos.

Assim, tal hipótese de cabimento do recurso uniformizador faz sentido nas hipóteses em que o julgamento ocorreu por meio de interpretação e aplicação de normas constitucionais, para efeito de confrontação com o julgado proferido em recurso extraordinário, e de normas infraconstitucionais para o cotejo analítico com o recurso especial, o que permitiria efetiva possibilidade de uniformização em embargos de divergência.

Por outro lado, a hipótese de cabimento de embargos de divergência que permite a indicação de acórdão paradigma da mesma turma que proferiu o acórdão embargado, desde que a composição tenha sofrido alteração de mais da metade dos seus membros (§ 3.º do art. 1.043) pode trazer mais prejuízos do que benefícios a já instável jurisprudência dos Tribunais Superiores.

A primeira ponderação é no sentido de que a pacificação da jurisprudência de um órgão julgador é atividade de responsabilidade e coerência dos próprios integrantes do colegiado. A segunda confronta com a própria exigência do dissídio atual de entendimentos dissonantes para o próprio cabimento do recurso uniformizador. A mudança dos integrantes de um órgão julgador não deve ser capaz de desconstituir a orientação do órgão julgador sobre determinado tema.

Como asseverado no Capítulo 3, *supra*, o novo ordenamento processual delegou expressamente o procedimento dos embargos de divergência aos regimentos internos dos respectivos Tribunais Superiores, conforme se infere do texto do art. 1.044 do CPC/2015. Nesse contexto, os regimentos internos do Supremo Tribunal Federal (RISTF) e do Superior Tribunal de Justiça (RISTJ) regulam integralmente o procedimento a ser observado no julgamento dos embargos de divergência. Tal delegação deve ser considerada constitucional.

A cisão do julgamento dos embargos de divergência no STJ, pode ser mitigada em duas hipóteses que afastariam, de plano, a referida determinação. A primeira está relacionada à hipótese em que os embargos de divergência não ultrapassem o juízo de admissibilidade, em razão do não cabimento do recurso ou descumprimento dos requisitos formais de admissibilidade recursal. A segunda hipótese que afastaria a determinação de cisão do julgamento do recurso estaria presente nos casos em que o mérito da divergência tiver a mesma identidade de tema, sendo desnecessário, após o julgamento pela Corte Especial, de remessa do processo para analisar a mesma questão de fundo.

É plenamente compatível com a racionalidade do sistema recursal e com o princípio da razoável duração do processo que a Corte Especial exerça competência plena e exauriente do juízo de admissibilidade, sem a desnecessária remessa dos autos à Seção especializada do STJ. Também deve ser considerado que, sendo a Corte Especial órgão de cúpula jurisdicional do STJ, seu entendimento prevalece sobre a Seção por se tratar de órgão julgador mais amplo, inexistindo usurpação de competência em tal opção. Ademais, não parece ser adequado ao sistema de racionalidade de precedentes firmados em um Tribunal Superior, que a Seção possa decidir de maneira diversa o mérito da demanda em contrariedade ao entendimento da Corte Especial. Assim, a cisão do julgamento dos embargos de divergência somente seria obrigatória nas hipóteses que, ultrapassado juízo de admissibilidade, o mérito da divergência estiver relacionado a competência especializada de uma das Seções do STJ.

Ainda quanto ao procedimento, estabeleceu-se que o Relator (no respectivo Tribunal Superior) pode julgar monocraticamente o recurso a fim de dar provimento aos embargos de divergência substituindo o aresto embargado proferido pelo órgão julgador, na hipótese legal do art. 932, V, e incisos do CPC/2015, com a necessário. Assim, a necessidade de provimento colegiado dos embargos de divergência deve ser observada com temperamento, sendo recomendada nas hipóteses diversas das previstas no CPC/2015.

Ademais, eventual juízo positivo de admissibilidade dos embargos de divergência realizado pode ser revisto pelo Ministro após a impugnação da parte contrária ou do parecer do

Ministério Público Federal, por envolver matéria cognoscível de ofício, podendo ser reavaliado sempre que isso for verificado pelo Relator.

Ainda no Capítulo 3, examinaram-se os efeitos que a interposição dos Embargos de Divergência projeta na relação jurídico-processual: em primeiro lugar, o efeito interruptivo, que impõe a restituição inteira do prazo para eventual interposição de recurso, independentemente do resultado do julgamento do recurso.

Fixou-se igualmente que o julgamento de mérito dos embargos de divergência gera o efeito substitutivo, previsto no art. 1.008 do CPC/2015. Na hipótese de o recurso uniformizador não ultrapassar o juízo de admissibilidade, não incide o efeito substitutivo.

Os embargos de divergência, em regra, não são dotados de efeito suspensivo, o que não afasta a possibilidade do referido efeito ser pleiteado nos termos do 995, parágrafo único, do CPC/2015, mediante a presença de risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, bem como a probabilidade do provimento do recurso uniformizador.

A devolutividade do recurso uniformizador está restrita aos limites da divergência, o que inviabilizaria a possibilidade de apreciar de ofício questões não indicadas no recurso uniformizador, assim como de temas não compreendidos na divergência apontada ou que poderiam ter sido apreciados nos recursos especial e extraordinário. Em face das limitações constitucionais dos recursos excepcionais, no sentido de somente admitir o julgamento as “causas decididas” pelas Cortes de origem, bem como o fato da devolutividade do recurso uniformizador estar limitada à divergência apontada, não há falar em efeito translativo em embargos de divergência.

Quanto às regras específicas de admissibilidade do recurso em estudo, fixou-se que o prazo para a interposição, e resposta, é de quinze (15) dias úteis, nos termos dos arts. 219 e 1.003, § 5.º, do CPC/2015, contados da intimação do último recurso julgado pelo órgão fracionário do Tribunal Superior.

Os embargos de divergência estão sujeitos ao preparo (art. 1.007 do CPC/2015) nos Tribunais Superiores, comprovado no momento da interposição, sob pena de deserção.

A petição recursal do recurso uniformizador deve ser escrita e assinada pelo advogado (inclusive por meio eletrônico), regularmente constituído pela parte embargante por meio de instrumento procuratório, bem como apresentação do eventual substabelecimento de poderes, se for o caso.

Os embargos de divergência devem ser interpostos pela via do recurso principal, sendo inadmissível o recurso adesivo, nos termos do art. 997, II, do CPC/2015, mesmo que haja sucumbência recíproca entre as partes.

Nos embargos de divergência os julgados apontados como paradigmas devem ser originados do mesmo tribunal que julgou o aresto embargado, em razão da própria essência do recurso que é uniformizar internamente a jurisprudência dissidente.

Os julgados que porventura tenham sido indicados no recurso especial fundado na divergência jurisprudencial, nas hipóteses em que forem apreciados pelo STJ no julgamento do recurso, inviabilizam a sua utilização em sede de embargos de divergência, nos termos da Súmula 598 /STF.

O preenchimento dos requisitos para a demonstração da divergência jurisprudencial nos embargos de divergência observa o art. 1.043, § 4.º, do CPC/2015, além dos termos dos dispositivos regimentais das Cortes Superiores, conforme o caso.

A parte embargante deverá apresentar junto com a petição do recurso uniformizador certidões ou cópias autenticadas dos arestos apontados como divergentes, sendo permitida a declaração de autenticidade pelo próprio signatário da petição ou a citação de repositório oficial de publicação dos mencionados julgados (Súmula 290/STF).

Ainda quanto aos requisitos específicos de admissibilidade, assentou-se que o recorrente deve demonstrar objetivamente no recurso uniformizador a similitude fática e jurídica entre os julgados confrontados e divergência na interpretação jurídica no julgamento dos casos, mencionando as circunstâncias que identificam ou assemelham o acórdão embargado e o aresto paradigma. Referidos requisitos são cumpridos por meio do cotejo analítico entre os julgados confrontados, o qual não se resume a mera transcrição de ementas e trechos dos acórdãos, muitas vezes apresentados em um quadro comparativo. O embargante deve indicar as circunstâncias que identificam ou que assemelham os aspectos fáticos dos arestos, bem como a divergência entre as teses jurídicas, cotejando nas razões recursais tais elementos.

Nos embargos de divergência, conforme entendimento doutrinário referencial, não é necessária identidade absoluta, mas identidade essencial para a efetividade da uniformização.

Viu-se também que revogação do § 5.º do art. 1.043 do CPC/2015 pela Lei n.º 13.256/2016, que vedava ao Tribunal Superior não admitir os embargos de divergência com base em fundamento genérico no sentido de que as circunstâncias fáticas seriam diversas, sem demonstrar a efetiva existência de distinção, não afasta o dever de justificar a ausência de similitude fática entre os julgados confrontados, nos termos do inciso III do § 1.º do art. 489 do CPC/2015, em manifesta observância do dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais.

Os embargos de divergência, assim como os demais recursos excepcionais, são dotados de características específicas, essencialmente relacionadas à admissibilidade recursal. Os embargos de divergência exigem o prequestionamento da matéria objeto do dissídio, bem como não é possível no julgamento dos embargos de divergência o reexame de matéria fática-probatória, materializada nas Súmulas 7/STJ e na 279/STJ.

É inadequado indicar como paradigma, em embargos de divergência no STJ, julgado de órgão julgador (turma ou seção) que não tenha mais competência interna para o julgamento do tema, pois não reflete o entendimento dos órgãos julgadores atualmente competentes para julgar determinada matéria (Súmula 158/STJ).

Os embargos de divergência nos Tribunais Superiores exigem a atualidade do dissídio, sendo vedado o recurso uniformizador quando o acórdão embargado está em consonância com a jurisprudência dominante no STJ ou STF, conforme o caso.

A Súmula 168/STJ dispõe que os embargos de divergência não são cabíveis nas hipóteses em que a jurisprudência do STJ estiver em consonância com o aresto embargado. A essência do referido enunciado sumular é a atualidade do dissídio jurisprudencial (arts. 266 do RISTJ e 332 do RISTF; Súmulas 168/STJ e 247/STF).

A Súmula 315/STJ tem aplicabilidade no âmbito do Tribunal da Cidadania em casos de embargos de divergência interpostos em agravo em recurso especial, que aplicam óbices processuais e não ultrapassam o juízo de admissibilidade do próprio recurso especial.

Em relação ao enunciado da Súmula 316/STJ, diante da dinâmica de julgamento dos Tribunais Superiores, que julgam majoritariamente os processos por meio de decisões singulares, é absolutamente adequado permitir que seja utilizado embargos de divergência em agravo interno que julga o mérito dos recursos extraordinário e especial.

Os limites de cognição impostos ao recurso especial também se estendem aos embargos de divergência, o que inviabilizaria o recurso uniformizador para rever os valores de dano moral e os fixados à título de verba honorária, por exigir, essencialmente elementos relacionados às particularidades fáticas e probatórias do caso concreto (Súmula 420/STJ).

O Código de Processo Civil de 2015 exige uma nova forma de pensar e aplicar as regras processuais, por meio da interpretação constitucional do processo (art. 1.º), com a respectiva quebra de paradigmas estabelecidos na vigência ordenamento revogado.

Em tal contexto, é possível afirmar que, ao lado da proposta do sistema de precedentes, a previsão sistêmica de sanabilidade de vícios de admissibilidade recursal representa o tema de maior potencialidade transformadora no processo civil, principalmente no âmbito dos Tribunais Superiores.

O objetivo central da proposta é atenuar o rigor excessivo de aspectos formais dos recursos, permitindo a correção de óbices de admissibilidade sanáveis que impeçam a análise do mérito recursal, a fim de proporcionar o efetivo cumprimento da função dos Tribunais Superiores. A possibilidade de regularização dos vícios formais também ataca indiretamente a jurisprudência defensiva, ao atenuar o rigor na exigência do cumprimento dos óbices processuais.

A nova ordem processual não faculta ao julgador o poder de dispor sobre a possibilidade de resolução do óbice processual, pois, inequivocamente, é um dever imposto ao juiz ou órgão julgador, o qual se aplica a qualquer recurso, bem como aos Tribunais, inclusive às Cortes Superiores.

A exigência da efetiva tempestividade do recurso excepcional é pressuposto para a regularização do vício de admissibilidade recursal, pois não interposto o recurso no prazo fixado

na legislação processual, não há falar em hipótese de sanabilidade ou repetição do ato processual, inclusive sob o prisma do art. 932, parágrafo único, do CPC/2015.

A possibilidade de desconconsideração de vício formal de admissibilidade pode significar aos Tribunais Superiores efetiva alternativa para o julgamento de teses relevantes, ainda que presente algum óbice processual de menor importância.

A inexistência de prequestionamento da matéria configura vício insanável e, em regra, tampouco passível de desconconsideração pelo Tribunal Superior, pois o cabimento dos referidos recursos exige por determinação constitucional expressa o cumprimento do conceito de causas decididas.

A definição de um vício de admissibilidade que se repute grave é de difícil compreensão e objeto de fundadas críticas da doutrina, configurando desnecessário e subjetivo requisito, em total desconformidade com as premissas do novo ordenamento processual. É razoável trabalhar com a interpretação de inexistência do critério da gravidade ou não do vício, mas sim perquirir se o vício é sanável ou não.

Os referidos dispositivos legais embora possam ser analisados e, eventualmente, aplicados de maneira isolada, podem ser interpretados de maneira conjunta em razão do fato de partirem de uma base comum e porque as particularidades dos referidos dispositivos legais podem ser consideradas como complementares.

A interpretação dos referidos dispositivos e demais princípios do CPC/2015 autoriza a correção de vícios formais relacionados à admissibilidade de recurso tempestivos, no prazo de cinco dias, desde que passíveis de sanação ou comprovação documental, bem como desconside-
rados quando irrelevantes pelo julgador ou órgão colegiado, com o objetivo maior de permitir ao julgador o enfrentamento do mérito. Regularmente intimado, caso o recorrente não providencie a efetiva sanação do vício de admissibilidade recursal, o recurso não será conhecido.

Em relação à hipótese de feriado local para efeito de tempestividade recursal, embora a referência de comprovação no momento da interposição do recurso, é inequívoca a possibilidade em admitir a comprovação posterior em sede de agravo interno ou intimar a parte recorrente para suprir o vício formal, inclusive mediante comprovação documental (arts. 932, parágrafo único e 1.029, § 3.º do CPC/2015) e, somente caso não atendida a regularização, não conhecer do recurso em razão da intempestividade.

Na vigência do CPC/1973, foi estabelecida pelas Cortes Superiores rigorosa jurisprudência defensiva no âmbito da admissibilidade dos recursos em geral e, especialmente, em relação aos embargos de divergência.

Os Tribunais Superiores não admitem a incidência das regras de sanabilidade de vícios formais de admissibilidade previstas no CPC/2015 em processos em que o recurso excepcional (extraordinário, especial e embargos de divergência) foi interposto na vigência do CPC/1973.

Fixou-se, também, que nos embargos de divergência, eventual feriado local na origem não interfere no prazo recursal para a interposição dos embargos de divergência, pois o recurso é interposto diretamente na Corte Superior por meio de peticionamento eletrônico.

Por expressa previsão legal, os vícios processuais relacionados ao preparo e a representação processual, assim como aqueles que dependem de simples apresentação de documentos são sanáveis.

O sistema de sanabilidade de vícios formais do CPC/2015 expressamente ressalva a possibilidade de complementação documental (art. 932, parágrafo único) exigida para o preenchimento dos requisitos de admissibilidade recursal. Assim, a ausência de juntada do inteiro teor ou a incompletude do julgado paradigma nos embargos de divergência impõe a abertura de prazo para regularização do vício documental.

Em linha de princípio, a definição do parâmetro de *vício* (art. 932, parágrafo único) ou *vício formal* (art. 1.029, § 3.º) de admissibilidade, remete para aqueles relacionados ao cumprimento dos requisitos externos, diverso do conteúdo do recurso, o que afasta, salvo melhor juízo, a possibilidade de sanar os vícios relacionados à fundamentação recursal.

Os fundamentos do recurso, elemento central da irresignação, deve ser impreterivelmente apresentada no momento da interposição tempestiva do recurso, sob pena de manifesta preclusão consumativa do ato processual. Não é admitida a apresentação posterior, tampouco a substituição da fundamentação após a interposição do recurso.

Admitir a regularização de vícios relacionados à fundamentação do recurso permitiria, por via indireta, aumentar prazo para a interposição do recurso, em manifesta burla as regras processuais vigentes.

A ausência de impugnação específica aos fundamentos do acórdão recorrido não pode ser considerada um vício sanável, em razão da preclusão consumativa decorrente da interposição do recurso, bem como pelo fato de que vícios relacionados à fundamentação recursal não podem ser equiparados a meros vícios formais de admissibilidade, em razão da importância das razões recursais na delimitação da matéria impugnada, o que seria desvirtuado na hipótese de complementação, alteração ou substituição dos fundamentos utilizados no recurso.

A determinação do suprimento de vícios de deficiência de fundamentação recursal significaria um ônus desproporcional à realidade de trabalho nos Tribunais Superiores, transformando em saneadores de fundamentação recursal os julgadores responsáveis pelo cumprimento das premissas estabelecidas no art. 926 do CPC/2015.

Fixou-se, em suma, que a ausência de indicação dos julgados apontados como paradigmas no recurso ou a respectiva fundamentação, inviabilizam a regularização. Os paradigmas, necessariamente, devem ser indicados na petição recursal, inexistindo a possibilidade de indicação posterior, em razão da preclusão consumativa que se opera com a interposição do recurso.

Como se verificou, a escolha ou a apresentação equivocada dos julgados paradigmas indicados nos embargos de divergência não podem ser substituídos posteriormente a interposição do recurso.

Do mesmo modo, a ausência de fundamentação nos embargos de divergência que comprove a realização do cotejo analítico, ou que vise demonstrar a similitude fática e jurídica entre julgados confrontados, a fim de comprovar o dissídio jurisprudencial, não permite a sanabilidade ou regularização posterior à interposição do recurso, tampouco a complementação ou substituição das razões recursais.

Em síntese, em face dos fundamentos expostos no presente trabalho, assentou-se que, em sede de embargos de divergência, não deve ser admitida a possibilidade de sanar vícios de *fundamentação* a pretexto de tratar-se de correção de vício formal de admissibilidade recursal, com base nos arts. 932, parágrafo único e 1.029, § 3.º, do CPC/2015.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil: Teoria Geral do Processo, Processo de Conhecimento, Recursos e Precedentes*. 18.^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

_____. *Novo contencioso cível no CPC/2015: de acordo com o novo CPC – Lei 13.105/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. “Direito processual civil. Recurso especial. Ausência de prequestionamento. Ocorrência de coisa julgada incidente sobre os prejuízos já devidamente apurados, a impedir a realização de uma liquidação”. In: *Revista Autônoma de Processo*. n. 3. Curitiba: Juruá, 2007.

_____. “A alta função jurisdicional do STJ no âmbito do recurso especial e a relevância das questões”. In: *Direito processual civil: Coleção Estudos e Pareceres II*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 3.

_____. “Anotações sobre a teoria geral dos recursos”. In: NERY JUNIOR, Nelson; ALVIM, Teresa Arruda (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *A arguição de relevância no recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. “Notas a respeito dos aspectos gerais e fundamentais da existência dos recursos – direito brasileiro”. In: *Direito processual civil 3: Coleção Estudos e Pareceres*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. “Reexame do valor da prova”. In: *Direito Processual Civil 2: Coleção Estudos e Pareceres*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. “O antigo recurso extraordinário e o recurso especial”. In: *Direito processual civil 3: Coleção Estudos e Pareceres (na Constituição Federal de 1988)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. *A arguição de relevância no recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

ALVIM, Angélica Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda; ASSIS, Araken de; LEITE, George Salomão. *Comentários ao código de processo civil* In: ALVIM, Angélica Arruda et al. (Coords.). São Paulo: Saraiva, 2016.

ALVIM, Angélica Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda. “Recurso especial e prequestionamento”. In: ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito processual civil*. In: ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel William; FERREIRA, Eduardo Aranha. 6.^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

_____; ASSIS, Araken de; ARRUDA ALVIM, Angélica; LEITE, George Salomão. *Comentários ao Código de Processo Civil: Lei 13.105/2015*. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____; ABBoud, Georges; GRANADO, Daniel William; ALVIM, Angélica Arruda. *Novo Código de Processo Civil*. 1.^a ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2015.

ALVIM, Teresa Arruda. *CPC em foco temas essenciais e sua receptividade: dois anos de vigência do novo CPC* (Coord.). 2.^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

_____; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores*. 5.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

_____. *Nulidades do processo e da sentença*. 8.^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. “Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro: (de acordo com o CPC de 2015 e a Lei 13.256/2016)”. In: ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno (Coords.). 3.^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres. “Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo”. In: ALVIM, Teresa Arruda et al. (Coords.). 2.^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Embargos de declaração e omissão do juiz*. 2.^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 1.

_____; NERY JUNIOR, Nelson (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. “Questões de fato, conceito vago e a sua controlabilidade através de recurso especial”. In: ALVIM, Teresa Arruda (Coord.) *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. “Pré-questionamento.” *Revista Forense*. v. 328. p. 37-48. Rio de Janeiro, abr.-jun., 1994.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 2.

ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 31.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil coletivo*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; ODNA, Gustavo (Coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8.^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Processo civil brasileiro, volume I: Parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Processo civil brasileiro, volume II: Parte geral: institutos fundamentais: Tomo 1*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Processo civil brasileiro, volume II: Parte geral: institutos fundamentais: Tomo 2*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Processo civil brasileiro, volume III: Parte especial: procedimento comum: da demanda à coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. “Efeito suspensivo dos recursos”. In: ASSIS, Araken de et al (Coords.). *Direito civil e processo: Estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. “Prequestionamento e embargos de declaração”. In: *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*, n. 33, São Paulo, 2002.

_____. “Condições de admissibilidade dos recursos cíveis”. In: NERY JUNIOR, Nelson; ALVIM, Teresa Arruda (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____; ALVIM, Eduardo Arruda; NERY JUNIOR, Nelson; MAZZEI, Rodrigo; ALVIM, Teresa Arruda; ALVIM, Thereza. “Direito Civil e processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim”. In: ASSIS, Araken de et al. (Coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei n.º 5.859, de 11 de janeiro de 1973, vol V: arts. 476 a 565*. 15.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

- _____. *O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis*. Rio de Janeiro: [s.n.], 1968.
- _____. *O novo processo civil brasileiro*. 23.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- BARIONI, Rodrigo. *Ação rescisória e recursos para os tribunais superiores*. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BERMUDES, Sérgio. *CPC de 2015: inovações*. 1.^a ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018.
- BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Comentários ao Código de Processo Civil: Dos Recursos – volume XX (arts. 994-1044)*. In: GOUVÊA, José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar; FONSECA, João Francisco Naves da (Coords.). São Paulo: Saraiva, 2016.
- BRASIL. Senado Federal. *Código de processo civil e normas correlatas*. 7.^a ed. Brasília: Coordenação de Edições Técnicas, 2015, 313 p.
- BRUSCHI, Gilberto Gomes; COUTO, Mônica Bonetti Couto. *Recursos cíveis – Coleção Prática e Estratégia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. v. 8.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Projeto de novo Código de Processo comparados e anotados: Senado Federal (PLS n.º 166/2010) e Câmara dos Deputados (PL n.º 8.046/2010)*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- _____. *Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 1: teoria geral do direito processual civil: parte geral do código de processo civil*. 9.^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 926 a 1.072)*. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2017. v. 4.
- _____. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n.º 13.105, de 16.3.2015*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- _____. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. 3.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- _____. “De volta ao prequestionamento: duas reflexões sobre o Recurso Extraordinário n.º 298.695/SP”. In: ALVIM, Teresa Arruda (Org.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 8.
- _____. “Duas ‘novidades’ em torno dos recursos extraordinários em sentido lato”. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALVIM, Teresa Arruda (Orgs.). *Recursos e ação rescisória – Coleção doutrinas essenciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 2.
- _____. “(In)devido processo legislativo e o Novo Código de Processo Civil”. In: TUCCI, José Rogério; SICA, Heitor Vitor Mendonça (Coords.). *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, 2015. v. 126.

_____. “Prequestionamento – reflexões sobre a Súmula 211 do STJ”. In: ALVIM, Teresa Arruda (Org.). *Aspectos Polêmicos e Atuais sobre os Recursos Cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. “Quem tem medo do prequestionamento?” *Revista dialética de direito processual*, v. 1, São Paulo, Dialética, 2003. p. 23-53.

_____. “Súmulas 288, 282 e 356 do STF: uma visão crítica de sua (re)interpretação mais recente pelos tribunais superiores”. In: ALVIM, Teresa Arruda (Org.). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. Exposição didática: área do processo civil, com inovação à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. “Requisitos específicos de admissibilidade do recurso especial. In: ALVIM, Teresa Arruda; NERY JUNIOR, Nelson (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2.^a ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 7.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Recurso para os tribunais superiores: recurso extraordinário, recurso especial, embargos de divergência e agravos*. 4.^a ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

_____. *Recurso repetitivos, súmula vinculante e coisa julgada*. 1.^a ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018.

CUNHA, Sérgio Sérulo da. *Recurso extraordinário e recurso especial*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CUNHA, J. S. Fagundes. “O direito nos tribunais superiores: com ênfase no novo direito processual civil”. In: CUNHA, J. S. Fagundes (Coord.). QUEIROZ, Luiz Fernando de (Ed.). Curitiba: Bonijuris, 2015.

DANTAS, Bruno; BUENO, Cassio Scarpinella; CAHALI, Cláudia Elisabete Schwerz; NOLASCO, Rita Dias. “Questões relevantes sobre recursos, ações de impugnação e mecanismos de uniformização da jurisprudência”. In: CAHALI, Cláudia Elisabete Schwerz; BUENO, Cassio Scarpinella; DANTAS, Bruno; NOLASCO, Rita Dias (Coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 15.^a ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2018. v. 3.

DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

———. “O relator, a jurisprudência e os recursos”. In: NERY JUNIOR, Nelson; ALVIM, Teresa Arruda. (Coords.) *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (Coord.) *Meios de impugnação ao julgado civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

FAVRETO, Fabiana; GRILO, Renato Cesar Guedes (Coords.). *STJ e o CPC/2015: Recurso típicos e ações originárias*. São Paulo: Migalhas, 2018.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. “Prequestionamento implícito em recurso especial: posição divergente no STJ”. In: ALVIM, Teresa Arruda; NERY JUNIOR, Nelson (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GALLOTTI, Isabel et al. *O papel da jurisprudência do STJ*. 1.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *A arguição de relevância? A repercussão geral das questões constitucional e federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 18.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. “Um enfoque constitucional da teoria geral dos recursos”. In: *O processo em evolução*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

———. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: Bushatsky, 1975.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LIMA, Alcides de Mendonça. *Prequestionamento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 1993. v. 692. p. 197-198.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. “Panorama atual no novo CPC”. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Coords.). 1.^a ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos; FARIA, Juliana Cordeiro de; MARX NETO, Edgard Audomar; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato. “Processo civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Júnior”. In: MARX NETO, Edgard Audomar et al (Orgs.). Rio de Janeiro: Forense, 2018.

KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MACIEL, Adhemar Ferreira. “Restrição à admissibilidade de recursos na Suprema Corte dos Estados Unidos e no Supremo Tribunal Federal do Brasil”. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. (Coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. “Recurso extraordinário e recurso especial: do *Jus Litigatoris* ao *Jus Constitutionis*” In: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (Coords.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

_____. “Código de Processo Civil Comentado”. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coords.). 4.^a ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

_____. “Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 976 ao 1.044”. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz (Coords.). (Coleção comentários ao Código de Processo Civil). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 16.

_____. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. “Reexame da prova diante dos recursos especial e extraordinário”. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (Coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema brasileiro de precedentes: eficácia: operacionalidade*. 2.^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Recurso extraordinário e recurso especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 5.^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. *Prequestionamento, repercussão geral da questão constitucional, relevância da questão federal: admissibilidade, processamento e julgamento dos recursos extraordinário e especial*. 7.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CARNEIRO, Paulo Cezar; ALVIM, Teresa Arruda. *O novo processo civil brasileiro: Temas relevantes – Estudos em homenagem ao Professor, Jurista e Ministro Luiz Fux: Volume II*. 1.^a ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018.

MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patrícia Miranda. *Recursos no processo civil*. 6.^a ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. “Algumas considerações sobre os recursos especial e extraordinário – Requisitos de admissibilidade e recursos retidos”. In: ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda; NERY JUNIOR, Nelson; ALVIM, Teresa Arruda (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson; ALVIM, Teresa Arruda. “Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins”. In: NERY JUNIOR, Nelson; ALVIM, Teresa Arruda (Coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 13.

_____. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. *Teoria geral dos recursos*. 7.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. “Ainda sobre o prequestionamento – os embargos de declaração prequestionadores”. In: NERY JUNIOR, Nelson; ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 4.

_____. “A forma retida dos recursos especial e extraordinário – apontamentos sobre a lei 9.756/98”. In: NERY JUNIOR, Nelson; ALVIM, Teresa Arruda (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NEVES, Daniel Amorim Assunção. *Novo Código de Processo Civil*. 3.^a ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018.

NUNES, Dierle. “A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015”. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aloisio; JAYME, Fernando (Coords.). 1.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. “A semelhança no dissídio jurisprudencial para efeitos de recurso especial e embargos de divergência e a lógica”. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. (Coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Recurso especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. “Recurso excepcional adesivo cruzado”. In: ALVIM, Teresa Arruda; NERY JUNIOR, Nelson. (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 8.

_____. *Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015*. 3.^a ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

ORIONE NETO, Luiz. *Recursos cíveis*. São Paulo: Saraiva, 2002.

PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos recursos cíveis*. 3.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Recurso especial para o STJ*. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

RIBEIRO, Antônio de Pádua. “Do recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça”. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (Coord.). *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. “Função do recurso especial.” *Revista Forense*, Rio de Janeiro, [s.d.], v. 309.

RIBEIRO, Eduardo. *O prequestionamento e o novo CPC*. RePro n.º 256. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 177 ss.

RODRIGUES, Luiza Silva. “Embargos de divergência do CPC 2015”. In: ESPÍNOLA, Eduardo; DIDIER JR., Fredie (Coord.). Salvador: JusPodivm, 2018. 384 p.

SARAIVA, José. “Breves apontamentos sobre o recurso especial”. In: MAZZEI, Rodrigo Reis (Coord.). *Dos recursos*. Vitória: ICE, 2002. v. 2.

_____. “Os recursos extraordinário e especial – Alterações da Lei 9.756/98”. In: SICA, Heitor Vitor Mendonça; CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Preclusão processual civil*. (Coleção Atlas de Processo Civil). São Paulo: Atlas, 2006.

STRECK, Lenio Luiz, ALVIM, Eduardo Arruda, ASSIS, Araken de, LEITE, George Salomão. “Hermenêutica e jurisprudência no Código de Processo Civil: coerência e integridade”. In: STRECK, Lenio Luiz Streck; ALVIM, Eduardo Arruda; ASSIS, Araken de; LEITE, George Salomão (Coords.). 2.^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SHIMURA, Sérgio. “Embargos de divergência.” In: ALVIM, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos especial e extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

- SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.
- SOUZA, Bernardo Pimentel Souza. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 9.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SOUZA, Roberto Carvalhosa de Souza. *Recurso especial*. 2.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (Coord.). *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- TESHEINER, José Maria Rosa. THAMAY, Rennan Faria Krüger. *Teoria geral do processo*. 3.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de Processo Civil Anotado*. 21.^a ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- TORREÃO, Marcelo Pires. *Dos embargos de divergência: teoria e prática no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2004.
- TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. “Código de processo civil no STF e no STJ: estudos sobre os impactos e interpretações”. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; NÓBREGA, Guilherme Pupe da; BECKER, Rodrigo Frant; TRIGUEIRO, Victor Guedes (Coords.). Salvador: JusPodivm, 2018.
- YARSHELL, Flávio Luiz. “Ainda sobre a retenção dos recursos extraordinário e especial: meios de impugnação da decisão que a determina”. In: ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda; NERY JUNIOR, Nelson; ALVIM, Teresa Arruda (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgInt nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL
Nº 1433813 - SP (2019/0015260-2)**

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
AGRAVANTE : DILSO SPERAFICO
ADVOGADOS : FERNANDO GUSTAVO KNOERR - PR021242
ESTEVÃO RUCHINSKI - PR025069
VIVIANE COELHO DE SÉLLOS KNOERR - PR063587
AGRAVADO : FAZENDAS REUNIDAS BOI GORDO S/A - MASSA FALIDA
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE SAUER DE ARRUDA PINTO -
ADMINISTRADOR JUDICIAL - SP102907

EMENTA

AGRAVO INTERNO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. DEMONSTRAÇÃO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. COTEJO ANALÍTICO. ACÓRDÃOS CONFRONTADOS. DECISÃO MONOCRÁTICA. PARADIGMA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. Os embargos de divergência ostentam característica de recurso de fundamentação vinculada, de modo que o seu conhecimento pressupõe a demonstração efetiva do dissídio entre o aresto impugnado e o acórdão paradigma, através do denominado cotejo analítico. Por esta razão, incumbe ao recorrente explicitar as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, tendo eles, porém, tido pronunciamentos judiciais diametralmente opostos.

2. Segundo a pacífica jurisprudência deste Sodalício, não é suficiente, para a comprovação do dissídio, a mera transcrição da ementa e/ou trechos do voto do julgado paradigma, sem se observar as prescrições legais e regimentais aplicáveis à espécie.

3. No caso posto, do teor das razões deduzidas na petição inicial dos embargos de divergência, observa-se que o ora agravante tão-somente transcreveu trechos das ementas dos acórdãos tidos por paradigma, deixando de efetuar o devido cotejo analítico entre os arestos confrontados, requisito este indispensável para o conhecimento do recurso uniformizador, conforme previsto nos arts. 1.043, § 4º, do CPC c/c o art. 266, § 4º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

4. Decisão monocrática não pode ser adotada para fins de uniformização de jurisprudência na presente via. Precedentes.

5. Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas,

acordam os Ministros da CORTE ESPECIAL do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Francisco Falcão, Nancy Andrichi, Laurita Vaz, João Otávio de Noronha, Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Og Fernandes, Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Raul Araújo votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Humberto Martins.

Brasília, 01 de dezembro de 2020.

HUMBERTO MARTINS

Presidente

JORGE MUSSI

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgInt nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL
Nº 1433813 - SP (2019/0015260-2)**

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
AGRAVANTE : DILSO SPERAFICO
ADVOGADOS : FERNANDO GUSTAVO KNOERR - PR021242
ESTEVÃO RUCHINSKI - PR025069
VIVIANE COELHO DE SÉLLOS KNOERR - PR063587
AGRAVADO : FAZENDAS REUNIDAS BOI GORDO S/A - MASSA FALIDA
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE SAUER DE ARRUDA PINTO -
ADMINISTRADOR JUDICIAL - SP102907

EMENTA

AGRAVO INTERNO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. DEMONSTRAÇÃO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. COTEJO ANALÍTICO. ACÓRDÃOS CONFRONTADOS. DECISÃO MONOCRÁTICA. PARADIGMA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. Os embargos de divergência ostentam característica de recurso de fundamentação vinculada, de modo que o seu conhecimento pressupõe a demonstração efetiva do dissídio entre o aresto impugnado e o acórdão paradigma, através do denominado cotejo analítico. Por esta razão, incumbe ao recorrente explicitar as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, tendo eles, porém, tido pronunciamentos judiciais diametralmente opostos.

2. Segundo a pacífica jurisprudência deste Sodalício, não é suficiente, para a comprovação do dissídio, a mera transcrição da ementa e/ou trechos do voto do julgado paradigma, sem se observar as prescrições legais e regimentais aplicáveis à espécie.

3. No caso posto, do teor das razões deduzidas na petição inicial dos embargos de divergência, observa-se que o ora agravante tão-somente transcreveu trechos das ementas dos acórdãos tidos por paradigma, deixando de efetuar o devido cotejo analítico entre os arestos confrontados, requisito este indispensável para o conhecimento do recurso uniformizador, conforme previsto nos arts. 1.043, § 4º, do CPC c/c o art. 266, § 4º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

4. Decisão monocrática não pode ser adotada para fins de uniformização de jurisprudência na presente via. Precedentes.

5. Agravo interno desprovido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno interposto por DILSO SPERAFICO contra decisão singular desta relatoria (e-STJ fls. 3.914-3.918), que indeferiu liminarmente os embargos de divergência.

Em suas razões recursais, o agravante afirma ter realizado o cotejo analítico entre os acórdãos confrontados, aduzindo que *“todo o conjunto de razões demonstrado na peça de interposição dos embargos de divergência, acompanhado da cópia de todos os acórdãos cuja fundamentação foi extensamente cotejada, forma o substrato suficiente para que sejam admitidos e julgados os embargos de divergência”* (e-STJ fl. 3.924).

Requer, ao final, o provimento do agravo, para que o recurso uniformizador seja conhecido e provido em todos os seus termos.

Sobreveio petição do agravante, às e-STJ fls. 3.937-3.942.

Sem contrarrazões, conforme certificado à e-STJ fl. 3.943.

É o relatório.

VOTO

Em que pese o teor das razões deduzidas pela parte agravante, não há elementos suficientes a justificar a reforma da decisão agravada.

Os embargos de divergência ostentam característica de recurso de fundamentação vinculada, de modo que o seu conhecimento pressupõe a demonstração efetiva do dissídio entre o aresto impugnado e o acórdão paradigma, através do denominado cotejo analítico. Por esta razão, incumbe ao recorrente explicitar as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, tendo eles, porém, tido pronunciamentos judiciais diametralmente opostos.

Nesse contexto, segundo a pacífica jurisprudência deste Sodalício, não é suficiente, para a comprovação do dissídio, a mera transcrição da ementa e/ou trechos do voto do julgado paradigma, sem se observar as prescrições legais e regimentais aplicáveis à espécie.

A propósito:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. REGRA TÉCNICA DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL. SÚMULA 7 DO STJ. SEM DEMONSTRAÇÃO DO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL.

1. Os embargos de divergência não são cabíveis para análise de regras técnicas de admissibilidade do recurso especial, como sói ser a alegada violação à Súmula 7 do

STJ, haja vista que o escopo deste recurso é a uniformização de teses jurídicas divergentes em relação à matéria de mérito, quer de natureza processual quer de natureza material, sendo certa a impossibilidade de, nesta via, ser pleiteada a incidência da regra técnica e, por conseguinte, a inadmissibilidade do recurso especial.

2. É evidente a pretensão dos agravantes de aplicação da Súmula 7 do STJ ao caso concreto, o que, consoante farta jurisprudência desta Casa, não rende ensejo à interposição dos embargos de divergência, mormente tendo em vista que as peculiaridades do caso concreto ora podem ensejar a incidência do referido enunciado sumular ora não, cabendo ao órgão julgador do recurso especial avaliar as circunstâncias fático-processuais trazidas ao seu conhecimento e aplicar o direito à espécie, conforme a sua convicção.

3. **Não foi demonstrada a divergência na forma preconizada no art. 266, § 1º, c/c o art. 255, § 2º, do RISTJ, uma vez ausente o cotejo analítico, com a transcrição dos trechos dos acórdãos em que se funda a divergência, além da demonstração das circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, tendo-se limitado o embargante à mera transcrição da ementa do aresto paradigmático.**

4. Agravo interno não provido.

(AglInt nos EREsp 1556973/PE, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 12/11/2019, DJe 26/11/2019, grifos acrescidos.)

Seguindo a mesma linha de entendimento:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ.

REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO UNIFORMIZADOR. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO ENTRE OS ACÓRDÃOS CONFRONTADOS. SIMILITUDE FÁTICA E JURÍDICA NÃO DEMONSTRADA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA. PRECEDENTES DO STJ. INDEFERIMENTO LIMINAR DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Nos embargos de divergência é indispensável haver identidade ou similitude fática e jurídica entre o acórdão embargado e o aresto paradigma, cabendo ao embargante demonstrar que houve interpretação divergente acerca de situações semelhantes por meio de cotejo analítico entre os julgados confrontados, nos termos dos arts. 266, § 4º, do RISTJ.

2. **No caso examinado, o embargante não comprovou a divergência jurisprudencial nos termos regimentais, pois não realizou o cotejo analítico entre os arestos confrontados, a fim de comprovar a similitude fática e jurídica, mas tão somente transcreveu as ementas dos julgados apontados como paradigmas, o que veda o conhecimento dos embargos de divergência.**

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg nos EAREsp 1392288/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, CORTE ESPECIAL, julgado em 02/10/2019, DJe 08/10/2019, grifos acrescidos.)

No mesmo sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DISSÍDIO ENTRE OS ARESTOS CONFRONTADOS NOS MOLDES DO ART. 266, § 4º, DO RI/STJ. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS CAPAZES DE MODIFICAR O DECISUM IMPUGNADO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. O provimento do agravo regimental requer a apresentação de fundamentos capazes de modificar a decisão impugnada.

2. O conhecimento dos embargos de divergência exige a demonstração do dissídio jurisprudencial, nos termos do artigo 266, § 4º, do Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça.

3. A mera transcrição de ementa não configura o dissídio jurisprudencial, revelando-se indispensável, para o conhecimento dos embargos de divergência, a demonstração efetiva, através do cotejo analítico, dos pontos identificadores das semelhanças existentes entre as teses confrontadas de forma a atender os preceitos descritos no artigo 1.043, § 4º, do CPC/2015 c/c o artigo 266, § 4º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, situação inócurrenente no caso em exame.

4. Nos termos da jurisprudência deste Sodalício é inviável a concessão de habeas corpus como forma de burlar deficiência na admissibilidade do recurso apresentado, razão pela qual não há que se falar na análise de tal pretensão na via eleita.

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg nos EAREsp 1183408/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, CORTE ESPECIAL, julgado em 24/10/2018, DJe 09/11/2018, grifos acrescidos.)

No caso posto, do teor das razões deduzidas na petição inicial dos embargos de divergência, observa-se que o ora agravante tão-somente transcreveu trechos das ementas dos acórdãos tidos por paradigma (e-STJ fls. 3.815-3.821), deixando de efetuar o devido cotejo analítico entre os arestos confrontados, requisito este indispensável para o conhecimento do recurso uniformizador, conforme previsto nos arts. 1.043, § 4º, do CPC c/c o art. 266, § 4º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

De outro vértice, o paradigma representado pelo AREsp 866.797-RS não pode ser adotado para fins de uniformização de jurisprudência na presente via, porquanto se trata de decisão monocrática (e-STJ fls. 3.832-3.834).

Por oportuno, confira-se precedente em situação similar:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONCLUSÃO DO CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO A DISTÂNCIA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DO MEC. PROGRESSÃO FUNCIONAL NA CARREIRA. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS DE

DIVERGÊNCIA. NÃO COMPROVAÇÃO DO DISSÍDIO.

[...]

VIII - Em relação ao paradigma AgRg no AREsp n. 400.548/MG, dispõe o art. 266 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça que "cabem embargos de divergência contra acórdão de Órgão Fracionário que, em recurso especial, divergir do julgamento atual de qualquer outro Órgão Jurisdicional deste Tribunal".

IX - Os incisos I e II do art. 1.043 do Código de Processo Civil estabelecem que é embargável a decisão do órgão fracionário que, "em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal".

X - Os embargos de divergência têm como escopo a uniformização interna da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, sendo inadmissível, portanto, a colação de decisões monocráticas como paradigmas.

Nesse sentido: (AgRg nos EREsp n. 1.537.795/CE, Relator Ministro Jorge Mussi, Corte Especial, julgado em 15/6/2016, DJe de 29/6/2016 e AgRg nos EREsp n. 1.154.978/SP, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Corte Especial, julgado em 6/4/2016, DJe de 6/5/2016).

[...]

XVII - Agravo interno improvido.

(AglInt nos EDcl nos EDv nos EAREsp 1305695/MG, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 26/05/2020, DJe 01/06/2020, grifos acrescidos.)

Em decorrência lógica, a petição acostada às e-STJ fls. 3.937-3.942 não tem o condão de infirmar os fundamentos da decisão agravada, que, portanto, deve prevalecer por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, **nega-se provimento ao agravo interno.**

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO CORTE ESPECIAL

AgInt nos EAREsp 1.433.813 / SP

PROCESSO ELETRÔNICO

Número Registro: 2019/0015260-2

Número de Origem:

21202279220178260000 00329661720178260100 01711316920028260100

Sessão Virtual de 25/11/2020 a 01/12/2020

Relator do AgInt

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HUMBERTO MARTINS

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE : DILSO SPERAFICO

ADVOGADOS : FERNANDO GUSTAVO KNOERR - PR021242

ESTEVÃO RUCHINSKI - PR025069

VIVIANE COELHO DE SÉLLOS KNOERR - PR063587

EMBARGADO : FAZENDAS REUNIDAS BOI GORDO S/A - MASSA FALIDA

ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE SAUER DE ARRUDA PINTO - ADMINISTRADOR JUDICIAL -
SP102907

ASSUNTO : DIREITO CIVIL - EMPRESAS - RECUPERAÇÃO JUDICIAL E FALÊNCIA

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : DILSO SPERAFICO

ADVOGADOS : FERNANDO GUSTAVO KNOERR - PR021242

ESTEVÃO RUCHINSKI - PR025069

VIVIANE COELHO DE SÉLLOS KNOERR - PR063587

AGRAVADO : FAZENDAS REUNIDAS BOI GORDO S/A - MASSA FALIDA

ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE SAUER DE ARRUDA PINTO - ADMINISTRADOR JUDICIAL -
SP102907

TERMO

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Francisco Falcão, Nancy Andrighi, Laurita Vaz, João Otávio de Noronha, Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Og Fernandes,

Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Raul Araújo votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Humberto Martins.

Brasília, 01 de dezembro de 2020