



OS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA

Christopher Rezende Guerra Aguiar*

Resumo: O artigo se propõe a tratar da evolução histórica do instituto dos embargos de divergência na legislação civil brasileiro e da conveniência de sua manutenção no ordenamento jurídico pátrio, além de analisar a doutrina e a jurisprudência sobre o assunto. A importância da reconstrução histórica de tal instituto processual no Brasil permite a discussão atual sobre a necessidade de sua reforma ou extinção do ordenamento jurídico. Com isso, o artigo servirá como subsídio e contribuição para a anunciada reforma do Código de Processo Civil que aguarda votação no Congresso Nacional, o qual pretende a extinção de tal recurso processual com fundamento na necessidade de agilidade processual.

Palavras-chave: embargos de divergência; sistema recursal; pressupostos.

1 Origem

No Brasil, os embargos de divergência assentam sua origem com o advento da Lei n. 623, de 1949, que acrescentou o parágrafo único ao artigo 833 do Código de Processo Civil (CPC) de 1939¹. Porém, no direito comparado, é possível a localização desse recurso no direito português. Os embargos de divergência no direito processual civil português estão previstos no artigo 763 do Código de Processo Civil de Portugal².

* Doutor e mestre em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (Fadisp) e especialista em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor titular da Universidade Padre Anchieta, advogado, consultor jurídico e procurador municipal, membro efetivo da Comissão de Estudos Eleitorais e Valorização do Voto da Ordem dos Advogados do Brasil, membro fundador do Instituto de Pesquisa Jurídica e membro do Instituto de Direito Público e Eleitoral.

¹ A redação é a seguinte: "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" (BRASIL, 1949).

² "Artigo 763. (Fundamento do Recurso). 1. Se, no domínio da mesma legislação, o Supremo Tribunal de Justiça preferir 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

Na verdade, eles surgiram em razão da resistência criada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em aceitar o recurso de revista previsto no artigo 853 do CPC de 1939³.

Entretanto, o seu surgimento por meio da Lei n. 623/49, com o propósito de inserir o parágrafo único ao artigo 833, acabou acarretando grandes debates no seio forense, pois, de modo geral, os juristas da época o esperavam, como melhor redação, junto ao artigo 853, que dispunha acerca do recurso de revista. A propósito, merece destaque o pronunciamento de Alcides de Mendonça Lima (1977), 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 a redação 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.

Contudo, quando se trata da origem dos embargos de divergência, especialmente em nosso sistema processual, não há como deixar de citar um estudo realizado por Márcio Carvalho Faria (2004), exposto nos seguintes termos:

A origem destes embargos remonta ao CPC de 1939, embora àquela época o Supremo Tribunal Federal relutasse em admitir que as decisões de suas turmas comportassem impugnação mediante revista. Argumentava o STF que o art. 833 daquele instituto tinha âmbito de incidência restrito aos tribunais estaduais, na medida em que somente naqueles existiam as Câmara Cíveis Reunidas, termo referido pela lei então vigente.

Com efeito, o legislador acabou corrigindo a lacuna existente, ao estampar a sua figura jurídica por meio da Lei n. 623/49, definindo os embargos de divergência, no STF, sempre que as decisões das turmas ou de decisão tomada pelo Tribunal Pleno divergirem entre si. Cumpre ressaltar que nem o anteprojeto Buzaid nem o projeto definitivo contemplavam o citado recurso – apenas o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (Ristf) então vigente (capítulo XII-A, de 28 de agosto de 1963) trazia tal previsão –, tendo sido necessária a apresentação de emenda ao projeto já no Senado Federal (CPC, artigo 546, parágrafo único).

Aliás, o STF, ao dar suporte à regra estampada no artigo 546, acabou modificando o regimento interno em 1º de dezembro de 1980 ao fixar o artigo 330 com 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 não 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. 4. Como fundamento do recurso só pode invocar-se acórdão anterior com trânsito julgado; mas presume-se o trânsito, salvo se o recorrido alegar que o acórdão não transitou" (PORTUGAL, 1961).

³ "Art. 853 – 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" (BRASIL, 1939).

seguinte teor: “cabem 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”.

Contudo, após a repartição de competência do STF, com o surgimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), com a função de uniformizar o direito federal, nova lei precisou ser editada para disciplinar o processamento dos chamados “recursos excepcionais”. Assim, em 28 de maio de 1990, o artigo 44 da Lei n. 8.038 (BRASIL, 1990) acabou por revogar o artigo 546 do CPC vigente, considerando, em seu artigo 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”.

A partir de então, firmaram-se o entendimento e a possibilidade de interposição dos embargos de divergência já no âmbito do STJ, com uma observação de grande relevância, qual seja: a necessidade de verificar o procedimento estabelecido no regimento interno.

Faz-se a referida observação, uma vez que não nos parece legítima a iniciativa, haja vista que não é dado o condão de criar espécies recursais por meio de regimento interno, s.m.j., mas isso prevaleceu até o surgimento da Lei n. 8.950, de 13 de dezembro de 1994, estendendo, em termos expressos (CPC, artigos 496, inciso VIII, e 546), o cabimento dos embargos de divergência aos acórdãos da Corte Suprema, o que nos conduz à conclusão de que o recurso tem como escopo a uniformização da jurisprudência interna no STF e no STJ⁴, e como todo recurso, eles têm caráter corretivo, à medida que possibilitam a ulterior eliminação do dissenso existente entre acórdão de Turma e precedente de outro órgão colegiado do mesmo Tribunal Superior.

2 Cabimento

É pacífico, na doutrina brasileira, que os embargos de divergência são um meio peculiar de impugnar decisão proferida por uma das Turmas do STJ ou do STF. Essa peculiaridade ganha relevo pela função de pacificação jurisprudencial que exercem os embargos de divergência. Esse objetivo dos embargos foi bem registrado por José Saraiva (2002, p. 384), ao acentuar o seguinte:

A função principal do Superior Tribunal de Justiça 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.

⁴ No Tribunal Superior do Trabalho, também há a figura dos embargos de divergência. Recurso trabalhista que pode ser interposto no prazo de apenas oito dias, conforme artigo 3º, inciso III, “b”, primeira parte, da Lei n. 7.701, combinado com o artigo 894, “b”, *in fine*, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). O Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho, especificamente no artigo 239, reforça e legitima a possibilidade de sua interposição, vejamos: “Cabem embargos das decisões de Turmas do Tribunal, no prazo de 8 (oito) dias contados de sua publicação, na forma da lei”.

O ministro Humberto Gomes de Barros, ao relatar os embargos de divergência no Recurso Especial n. 222.524-MA, anotou:

Os embargos de divergência foram concebidos no escopo de preservar – mais que o interesse tópico de cada um dos litigantes – a necessidade de que o Tribunal mantenha coerência entre seus julgados.

Os embargos de divergência são uma modalidade de recurso a ser oposto contra decisão proferida por uma das turmas do STJ ou do STF, com o escopo de buscar mais que o interesse tópico de cada um dos litigantes – a necessidade de que o Tribunal mantenha coerência entre os seus julgados, e, portanto, visam buscar a uniformidade e pacificação no repertório jurisprudencial, com o objetivo de afastar a divergência. Eles somente serão cabíveis no âmbito do STF e do STJ, e, embora estejam muito próximos dos chamados embargos infringentes, com estes não podem ser confundidos, dadas as diferenças técnicas existentes e próprias de cada um, que serão adiante demonstradas.

Devemos registrar, contudo, que há dois pontos importantes a serem observados:

- Os embargos de divergência terão cabimento quando houver como precedente o conhecimento de recurso extraordinário ou especial.
- Essa embargos somente serão admitidos quando suscitarem divergência existente dentro do mesmo tribunal em que merecem oposição, sendo inadmissível o apontamento de julgado divergente de tribunal de apelação ou de outro tribunal.

O CPC vigente prevê os embargos de divergência no artigo 496⁵, com a seguinte redação:

Art. 496. São cabíveis os seguintes recursos:

I – apelação;

II – agravo;

III – embargos infringentes;

IV – embargos de declaração;

V – recurso ordinário;

VI – recurso especial;

VII – recurso extraordinário;

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

O artigo 546 do mesmo diploma processual estabelece o seguinte:

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.

⁵ O inciso VIII do artigo 496 do CPC foi acrescido pela Lei n. 8.950, de 13 de dezembro de 1994 (BRASIL, 1994a).

Parágrafo único. Observar-se-á, no recurso de embargos, o procedimento estabelecido no regimento interno.

José Carlos Barbosa Moreira (2000, p. 601)⁶ destaca, com absoluta precisão, a importante missão dos embargos de divergência no trato de apaziguar os conflitos de entendimento sobre a aplicação das normas positivas aos casos concretos nos tribunais em que têm cabimento. Com efeito, uma importante função do STJ, que deflui da interpretação do texto constitucional, é a de unificar o direito federal. Se o próprio STJ, por meio dos seus órgãos fracionários, tiver interpretações distintas a respeito de questões de direito federal, essa função não estará sendo cumprida. O mesmo se diga do STF, ao julgar a matéria constitucional. Para resolver eventuais divergências, dentro do âmbito do tribunal, a respeito de questões de direito federal, no caso do STJ, ou constitucionais, no caso do STF, são cabíveis os embargos de divergência (SILVA, 2003).

O objetivo principal dos embargos de divergência é provocar a extinção da divergência intestina que eventualmente grassar no STF e no STJ (ASSIS, 2008, p. 833), consolidando a segurança jurídica que devem ter os julgamentos desses tribunais, uniformizando a interpretação e a explicação do direito, não perdendo os embargos de divergência o caráter de correção que está ínsito em todos os recursos, e não sendo possível opô-los no recurso especial, apontando julgamento divergente de tribunal de apelação, do Tribunal Federal de Recursos ou mesmo do STF, assim como não cabe suscitar divergência no recurso extraordinário com julgamento divergente do STJ ou de qualquer outro tribunal.

De acordo com o professor Arruda Alvim (2006, p. 53):

[...] uma das formas apropriadas para estudar-se um tema é procurar identificar os seus princípios regentes, porque à luz de determinados referenciais constantes e que permeiam toda uma disciplina nos seus pontos nodais, pode-se ter uma visão geral do assunto e, sucessivamente, no estudo de cada espécie, verificar-se-ão as diferenças. No caso dos recursos, constituindo-se estes um instituto, pode-se dizer que cada uma das espécies é, em relação aos recursos um sub-instituto, tendo em vista comungarem as diversas espécies, em grande escala, dos mesmos princípios elementares, que informam a teoria dos recursos.

Com essa motivação, não podemos deixar de observar o projeto do novo CPC, no que diz respeito, por óbvio, aos embargos de divergência⁷. No referido projeto do novo diploma processual brasileiro, segundo dispõe o artigo 959, é embargável a decisão de turma que, em recurso especial, divergir do julgamento de outra turma, da seção ou do órgão especial, sendo as decisões, embargadas e paradigmas, de

⁶ "O recurso previsto no atual art. 546 (e no respectivo parágrafo único do primeiro texto do Código) nada tem que ver, na substância, com os embargos infringentes (Capítulo IV) nem com os embargos de declaração (Capítulo V). 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" (BARBOSA MOREIRA, 2000, p. 604).

⁷ Os embargos de divergência, no projeto do novo CPC, encontram-se na seção III, artigos de 959 a 960, e seus incisos.

mérito⁸; em recurso especial, divergir do julgamento de outra turma, da seção ou do órgão especial, sendo as decisões, embargadas e paradigmas, relativas ao juízo de admissibilidade⁹; em recurso especial, divergir do julgamento de outra turma, da seção ou do órgão especial, sendo uma decisão de mérito e outra que não tenha conhecido do recurso, embora tenha apreciado a controvérsia¹⁰; e, nas causas de competência originária, divergir do julgamento de outra turma, seção ou do órgão especial¹¹.

O parágrafo 1º do mencionado artigo 959 assenta o entendimento de que poderão ser confrontadas teses jurídicas contidas em julgamentos de recursos e de ações de competência originária, e o parágrafo 2º estabelece que se aplica, no que couber, ao recurso extraordinário e aos processos de competência do STF o disposto nesse artigo.

É interessante notar que a teor do artigo 960, no recurso de embargos de divergência, será observado o procedimento estabelecido no regimento interno, e, na pendência de embargos de divergência de decisão proferida em recurso especial, não corre prazo para interposição de eventual recurso extraordinário¹².

À luz do CPC em vigor, há uma delimitação em seu campo de atuação, merecendo destaque para seu regramento em apenas um único artigo¹³. Do que não se pode esquecer é que os embargos de divergência visam afastar interpretação divergente do sentido das normas positivas, em tese, nos órgãos do STF e do STJ, o que sem sombra de dúvidas é a razão maior de sua existência em nosso sistema processual, cuja tendência jurídica deve ser mantida no novo CPC.

Não podemos deixar de mencionar, ainda, a redação do artigo 266, *caput*, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (RISTJ), em que há a previsão expressa dos embargos de divergência 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 [...].

Cumprе ressaltar que, além dos requisitos gerais de admissibilidade inerentes a todo recurso, tais como legitimidade, interesse, tempestividade, regularidade

⁸ “Art. 959, Inciso I – em recurso especial, divergir do julgamento de outra turma, da seção ou do órgão especial, sendo as decisões, embargadas e paradigmas, de mérito [...]”.

⁹ “Art. 959, Inciso II – em recurso especial, divergir do julgamento de outra turma, da seção ou do órgão especial, sendo as decisões, embargadas e paradigmas, relativas ao juízo de admissibilidade [...]”.

¹⁰ “Art. 959, Inciso III – em recurso especial, divergir do julgamento de outra turma, da seção ou do órgão especial, sendo uma decisão de mérito e outra que não tenha conhecido do recurso, embora tenha apreciado a controvérsia [...]”.

¹¹ “Art. 959, Inciso IV – nas causas de competência originária, divergir do julgamento de outra turma, seção ou do órgão especial”.

¹² Parágrafo único do artigo 960 citado.

¹³ “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”.

formal etc., os embargos de divergência estão submetidos a requisitos específicos de admissibilidade¹⁴.

Um dos requisitos específicos de admissibilidade dos embargos, aliás, é a necessidade de a decisão recorrida ser colegiada, ou seja, proveniente de turma. Os embargos não são admissíveis contra decisão monocrática de relator, ainda que se tenha analisado o mérito do recurso especial nas hipóteses previstas nos artigos 544, § 3º, e 557, § 1º-A, do CPC (BRASIL, 2005e).

Quando o relator, monocraticamente, decidir o recurso especial, necessária será a interposição de agravo regimental a fim de submeter o feito ao respectivo órgão colegiado, para que se cumpra a exigência legal e regimental de uma “decisão de turma”, vale dizer, colegiada (BRASIL, 2005d).

Ademais, a decisão colegiada deve ser oriunda de julgamento de recurso especial, não se admitindo, em regra, contra decisão em agravo de instrumento contra decisão denegatória de recurso especial. Não obstante a expressa previsão legal e regimental de que somente é embargável a decisão de turma que, em recurso especial, divergir do julgamento de outra turma, da seção ou do órgão especial, muitos são os casos em que, contra decisão que nega provimento a agravo de instrumento, se interpõem embargos de divergência.

A fim de sanar eventuais dúvidas acerca do cabimento dos embargos de divergência contra decisão em agravo de instrumento, quando o mérito do recurso especial não é apreciado, a Corte Especial do STJ aprovou, em 5 de outubro de 2005, a Súmula n. 315/STJ, que assim se expressa: “Não cabem embargos de divergência no âmbito do agravo de instrumento que não admite recurso especial” (BRASIL, 2005a)¹⁵.

Isso é assim porque, quando se nega provimento a agravo de instrumento, mesmo que a decisão seja colegiada, não há julgamento do recurso especial, mas, sim, uma confirmação da decisão do tribunal de segundo grau que inadmitiu o recurso especial. Assim, no julgamento do agravo de instrumento, o STJ inadmite, por via indireta, recurso especial.

Embora a utilidade da Súmula n. 315 seja inquestionável, sua redação não merece elogio. Quando se fala em “agravo que não admite recurso especial”, tal expressão pode se referir tanto ao recurso de agravo contra decisão que não admite recurso especial na origem (o agravo do artigo 544 do CPC) e, qualquer que seja a decisão do STJ no julgamento desse recurso, inadmissíveis seriam os embargos de divergência, quanto à decisão do STJ que, negando provimento ao agravo, inadmite, por via indireta, o recurso especial, havendo uma verdadeira confirmação da decisão denegatória prolatada pela instância *a quo*.

Importa ressaltar também que, em complementação à Súmula n. 315/STJ, editou-se, na mesma data, a Súmula n. 316/STJ, assim dispendo: “Cabem embargos

¹⁴ Um dos requisitos específicos de admissibilidade dos embargos é a comprovação da divergência nos moldes regimentais (artigo 255, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do STJ).

¹⁵ Os principais precedentes dessa súmula são: STJ, 3ª Seção, PET n. 2.169/PI, relatora: ministra Laurita Vaz, DJU de 22.3.2004; STJ, 3ª Seção, PET n. 2.151/DF, relator: ministro Hamilton Carvalho, DJU de 22.4.2003.

de divergência contra acórdão que, em agravo regimental, decide o recurso especial” (BRASIL, 2005b)¹⁶.

Embora de certa forma redundante, quando se nega provimento a agravo de instrumento, não há julgamento do recurso especial, pois essa decisão do STJ apenas confirma a já prolatada pela instância de origem, isto é, a decisão que inadmitiu o recurso especial. Porém, há hipótese em que, no julgamento do agravo de instrumento, o mérito do recurso especial pode ser analisado. Essa hipótese está prevista no artigo 544, § 3º, do CPC. Assim, admite-se que o relator, monocraticamente, conheça do agravo de instrumento para dar provimento ao recurso especial¹⁷.

Tem-se, com isso, a satisfação de um dos requisitos específicos dos embargos de divergência, que é o julgamento de recurso especial. No entanto, não se tem ainda a decisão colegiada, que é outro requisito específico dos embargos de divergência.

Deve, assim, a parte sucumbente interpor agravo regimental, a fim de submeter o feito ao órgão colegiado respectivo. Com isso, teríamos, mesmo em sede de agravo de instrumento, um recurso especial decidido de forma colegiada, possibilitando, assim, a interposição dos embargos de divergência. Essa seria a primeira hipótese de incidência da Súmula n. 316/STJ. A outra hipótese em que incidirá a Súmula n. 316/STJ é aquela em que o relator, no julgamento do recurso especial, aprecia o seu mérito (artigo 557, § 1º-A), dando provimento ao recurso, e, contra essa decisão, é interposto agravo regimental para o órgão colegiado.

Com isso, mais uma vez os dois pressupostos gerais para a interposição dos embargos estariam satisfeitos, quais sejam, decisão colegiada em recurso especial. Na primeira hipótese (artigo 544, § 3º, do CPC), o relator aprecia o mérito do recurso especial quando da análise do agravo de instrumento e, na segunda (artigo 557, § 1º-A, do CPC), aprecia, no julgamento do recurso especial, o seu mérito. Em ambos os casos, serão cabíveis embargos de divergência se, contra essas decisões monocráticas, forem interpostos agravos regimentais, a fim de que os feitos possam ser submetidos ao órgão colegiado. O acórdão do agravo regimental é que será atacado pelos embargos e não a decisão monocrática.

Pode-se dizer que foram editadas duas súmulas para solucionar dois problemas: cabimento de embargos de divergência em sede de agravo de instrumento e cabimento de embargos de divergência contra decisão monocrática.

Contudo, a solução dada ao primeiro problema foi a seguinte: somente são cabíveis embargos de divergência em agravo de instrumento quando, em decisão colegiada, o mérito do recurso especial for apreciado. Em resposta ao segundo problema, chegou-se à seguinte conclusão: são cabíveis embargos de divergência

¹⁶ Os principais precedentes dessa súmula são: STJ, 1ª Seção, EREsp n. 295.842/DF, relator: ministro Castro Meira, DJU de 9.8.2004; STJ, 3ª Seção, PET n. 1.590/MG, relator: ministro Helio Quaglia Barbosa, DJU de 21.3.2005.

¹⁷ O agravo de instrumento contra decisão denegatória de recurso especial pode ser provido para: 1. determinar a subida do recurso especial; 2. determinar a conversão do agravo de instrumento em recurso especial, quando o agravo contiver todas as peças essenciais ao julgamento do recurso especial; 3. mesmo sem determinar a subida ou a conversão do agravo em recurso especial, dar provimento ao próprio recurso especial, quando a decisão recorrida (acórdão atacado pelo recurso especial) for contrária à súmula ou à jurisprudência dominante do tribunal.

nas hipóteses em que o relator, monocraticamente, aprecia o mérito do recurso especial (em agravo ou no próprio recurso especial), desde que, contra essa decisão, seja interposto agravo regimental a fim de obter o pronunciamento do respectivo órgão colegiado.

Importa lembrar que é irrelevante, para o cabimento dos embargos de divergência, se o acórdão foi proferido por maioria de votos ou não, pois, ao contrário do que estabelece o artigo 530¹⁸ do CPC, que trata dos embargos infringentes, que só admite oposição contra acórdão não unânime, o artigo 546 não faz distinção entre a existência ou não de dissídio dentro do órgão fracionário, razão pela qual, em ambas as situações, isto é, sendo o acórdão unânime ou por maioria, cabem os embargos de divergência, desde que existente o dissenso jurisprudencial dentro do próprio tribunal, ou seja, entre diferentes colegiados da mesma Corte Superior, por óbvio.

É irrelevante, ainda, para o cabimento dos embargos de divergência, se o acórdão impugnado concluiu pelo não conhecimento ou pelo conhecimento do recurso ou ainda pelo provimento ou pelo desprovimento dele, pois o que importa é se os arestos confrontados deram soluções jurídicas diferentes a casos idênticos ou, no mínimo, similares. Realmente, para efeito de cabimento dos embargos de divergência, importa registrar ainda que tanto as questões preliminares quanto as relativas ao mérito, processual ou de direito material, dos recursos extraordinário e especial podem ser tratadas em sua petição¹⁹.

A respeito da possibilidade dos embargos de divergência que versam sobre questão preliminar, basta imaginar o dissenso acerca da exigência, do significado ou do alcance do prequestionamento. Tanto que o STJ editou os enunciados 98 e 211, assim como o STF elaborou os verbetes 282 e 356, todos acerca do prequestionamento.

Aliás, foi a divergência acerca da interpretação do vocábulo constitucional “causa” que deu ensejo à edição do verbe n. 86 da súmula do STJ. Ainda sobre a admissibilidade dos embargos de divergência que versam sobre divergência com domicílio no juízo de admissibilidade, é possível imaginar o dissenso acerca da necessidade da indicação completa e precisa do permissivo constitucional no recurso extraordinário. Como é perceptível, em todos os casos diz respeito à admissibilidade do recurso anterior, seja especial, seja extraordinário.

Outro ponto importante a registrar é a inadmissibilidade dos embargos de divergência opostos contra acórdão prolatado em embargos de declaração, embora não seja unânime esse entendimento, quando os declaratórios tiverem como alvo arestos proferidos em extraordinário e em especial, e quando houver dissenso surgido na oportunidade do julgamento dos embargos declaratórios.

¹⁸ “Art. 530 – Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência”.

¹⁹ “Os embargos de divergência têm cabimento para dirimir dissídio a respeito de qualquer matéria, tanto preliminar como de mérito, processual ou de direito material, mostrando-se irrelevante, igualmente, o conhecimento ou não do apelo especial” (BRASIL, 2001).

Todavia, não cabem embargos de divergência contra acórdão prolatado por seção, pela Corte Especial ou pelo plenário, ainda que o julgado esteja em dissidência em relação ao acórdão de outra seção ou do órgão colegiado jurisdicional máximo do Tribunal Superior, pois, o *caput* do artigo 546 afirma textualmente que “É embargável a decisão de Turma”, de modo que, afastando os acórdãos prolatados pelas turmas, os demais julgados pelos outros órgãos não ensejam embargos de divergência, assim como não cabem contra acórdão proferido em processo de competência originária das cortes superiores, trata-se de ato vinculado (BRASIL, 1973).

Do mesmo modo, acórdão prolatado em grau de recurso ordinário²⁰ não está sujeito a ataque por meio de embargos de divergência, ainda que a turma julgadora tenha adotado tese diversa do precedente de outro colegiado do próprio tribunal, pois tanto o inciso VIII do artigo 496 quanto os incisos I e II do artigo 546 revelam que os embargos de divergência são cabíveis apenas contra acórdãos proferidos em recursos especial e extraordinário.

Ressaltamos, por fim, que o cabimento dos embargos de divergência está condicionado ao prequestionamento da questão jurídica no acórdão embargado, já que o cabimento dele depende da solução no aresto embargado da *quaestio iuris* resolvida no acórdão paradigma, de modo que só existirá dissídio jurisprudencial se houver pronunciamento sobre o mesmo tema de direito de forma diferente, nos julgados confrontados, pois, do contrário, faltará elemento processual de suma importância para o seu cabimento.

3 Embargos de divergência e infringentes

Como dito alhures, os embargos de divergência, embora estejam muito próximos dos chamados embargos infringentes, com estes não podem ser confundidos, dadas as diferenças técnicas existentes e próprias de cada um, pois, enquanto os divergentes são cabíveis contra acórdãos unânimes ou proferidos por maioria em julgamento de recursos extraordinário e especial, os infringentes são cabíveis apenas contra acórdãos não unânimes proferidos em julgamentos de apelação e de ação rescisória, não tendo como alvo arestos prolatados em julgamentos de recursos extraordinário e especial.

Assim, já registramos a primeira das diferenças existentes entre ambos os recursos, mas é preciso anotar que os infringentes não estão restritos às cortes superiores, sendo destinados com maior frequência aos tribunais regionais, que têm competência para julgamento de apelação e de ação rescisória, enquanto, nas cortes superiores, os infringentes ficam restritos ao julgamento prolatado por

²⁰ Segundo a jurisprudência: RMS n. 22.016/DF – EI – AgRg, Pleno do STF, DJU de 12.12.1997, p. 65569; PET n. 1.790 – AgRg., 2ª Seção do STJ, DJU de 9.10.2002, p. 144. Em sentido semelhante, na doutrina, ver Pires Torreão (2004, p. 103) e Bermudes (2000, p. 194): “Só se pode cogitar da oposição dos embargos de divergência a julgados proferidos em recurso especial ou em recurso extraordinário, não noutros recursos”.

maioria de votos. Os embargos de divergência são próprios das cortes superiores²¹, enquanto os embargos infringentes são cabíveis tanto nas cortes superiores como nos tribunais regionais.

Outra diferença marcante se apresenta em relação ao fato de ser irrelevante, para o cabimento dos embargos de divergência, a existência, ou não, de voto vencido no acórdão prolatado no julgamento do recurso extraordinário ou especial, pois o objetivo principal dos embargos de divergência é provocar a extinção da divergência intestina que eventualmente grassar no STF e no STJ, consolidando a segurança jurídica que devem ter os julgamentos desses tribunais, uniformizando a interpretação e a explicação do direito, enquanto, nos embargos infringentes, está condicionada a existência de voto vencido no acórdão prolatado em apelação ou em ação rescisória.

Os embargos de divergência são cabíveis apenas contra acórdão de turma (artigo 546 do CPC), e os infringentes podem ter como alvo acórdão de qualquer órgão colegiado, de acordo com a competência estabelecida no regimento interno do respectivo tribunal, e, embora estejam muito próximos, não podem ser confundidos, como já afirmado, haja vista as diferenças técnicas existentes e próprias de cada um.

4 Do julgado paradigma

Nos recursos especiais fundados em dissídio jurisprudencial, há a figura de dois acórdãos: recorrido e paradigma. Recorrido é o acórdão que ensejará a interposição do recurso especial, ou seja, a decisão prolatada por Tribunal de Justiça ou por Tribunal Regional Federal que, desfavorável à parte recorrente, será atacada por recurso especial.

Acórdão paradigma é aquele que, sendo preexistente ao acórdão recorrido, com ele divergir²². Para que o recurso especial com fundamento em divergência jurisprudencial seja admitido/conhecido²³, o acórdão recorrido deve divergir do acórdão apresentado tido como paradigma. Este, inclusive, pode ser do próprio STJ²⁴.

²¹ Há embasada doutrina defendendo o cabimento dos embargos de divergência perante os tribunais de segundo grau, conforme Baptista e Baptista (ano, p. 83), Terra (ano, p. 271) e Silva (1998, p. 474). No entanto, há, na jurisprudência e na doutrina, entendimento contrário ao cabimento do recurso em Corte de Apelação, senão vejamos: embargos de divergência registrados sob o n. 1983.088.21794, 4º Grupo de Câmaras Cíveis do TJRJ, Ementário 18/1983, número 15, publicado em 30 de junho de 1983, de relatoria do eminente desembargador Barbosa Moreira. Ainda no mesmo sentido: Agrac n. 1998.01.00.005870-5/MG, 1ª Turma do TRF da 1ª Região, DJU de 16.11.1999, p. 52; e Ediad n. 96.01.43270-1/RO, 3ª Turma do TRF da 1ª Região, DJU de 14.3.1997, p. 14598: "Processo Civil. Embargos de Divergência. Os embargos de divergência só são admissíveis em recursos especial e extraordinário (CPC, art. 546)".

²² O Ato 88, de 14 de junho de 2002, criou a Revista Eletrônica de Jurisprudência, que entrou em vigor a partir de 1º de setembro de 2002. Todos os acórdãos do STJ, publicados a partir do dia 1º de setembro de 2002, constam nessa revista. Para fins de comprovação da divergência no recurso especial fundado na alínea "c" do permissivo constitucional (divergência), a citada revista é repositório oficial de jurisprudência. Assim, em relação à citação do repositório oficial em que constam os acórdãos do STJ não há problema, pois todos que foram publicados a partir de setembro de 2002 constam da revista. É possível consultar a relação completa dos repositórios autorizados e credenciados de jurisprudência no endereço eletrônico do STJ (www.stj.gov.br).

²³ Utiliza-se a expressão "admitido/conhecido" devido ao fato de o juízo positivo de admissibilidade poder gerar tanto a admissão do recurso, caso a decisão seja proferida pela instância *a quo*, quanto o seu conhecimento, caso proferida pelo STJ, quando do exercício definitivo do juízo de admissibilidade.

²⁴ "A expressão 'outro tribunal' prevista no artigo 105, III, 'c', da Constituição Federal compreende o próprio Superior Tribunal de Justiça" (BRASIL, 2005d).

Devemos ressaltar, nesta oportunidade, a importância da escolha correta do acórdão paradigma, devendo ser fática e juridicamente semelhante ao julgado recorrido, bem como haverá necessidade de fazer uma comparação entre o fato analisado e a solução jurídica conflitante. Tal comparação também deve ser clara, já que o STJ já utilizou, por analogia, o entendimento da Súmula n. 284²⁵ do STF em casos deficientes na fundamentação.

Convém lembrar que os acórdãos do STF, que tratem de matéria constitucional, não se prestam à função de acórdão paradigma, para fins de comprovação de dissídio pretoriano, pois a finalidade precípua do recurso especial, pela alínea “c”, é uniformizar a interpretação em torno de legislação federal infraconstitucional²⁶. No que diz respeito aos Tribunais de Alçada, é importante salientar que estes foram extintos pela Emenda Constitucional n. 45/2004. Porém, seus acórdãos permanecem válidos, razão pela qual podem vir a ser utilizados como paradigmas, e, portanto, essa é uma questão absolutamente técnica e sustentável pragmaticamente.

Outra questão importante de ser anotada é o fato de que, a teor de pacífica jurisprudência do STJ, o *Diário da Justiça*, embora seja o veículo utilizado para comunicação dos atos processuais, não constitui repositório oficial de jurisprudência (BRASIL, 2003b), pois, segundo entendimento, o *Diário da Justiça*, conquanto órgão oficial de intimação das partes, não consubstancia repositório oficial ou credenciado de jurisprudência, para fins de comprovação de divergência, porque nele não se encontram publicados na íntegra os acórdãos que venham a ser indicados como paradigmas²⁷.

Para o professor Eduardo Arruda Alvim (2010, p. 964), acórdãos proferidos em qualquer modalidade recursal podem servir de paradigma a demonstrar o dissenso interno, desde que apreciada por turma dos tribunais superiores ou, ainda, oriundos de ação de competência originária do tribunal.

Entretanto, como bem destacou o eminente professor, o STJ tem decidido que somente acórdãos proferidos em julgamento de recurso especial são aptos a servir como paradigma para a oposição de embargos de divergência²⁸.

O julgado padrão é o precedente jurisprudencial a ser utilizado pelo recorrente para demonstrar a existência de divergência na interpretação do direito em relação

²⁵ “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia” (BRASIL, 1963).

²⁶ “Não se conhece de recurso especial fundado na alínea ‘c’ do permissivo constitucional quando o acórdão confrontado seja oriundo do Supremo Tribunal Federal e assentado em matéria constitucional, visto que a missão do STJ limita-se à uniformização da interpretação do direito federal infraconstitucional” (BRASIL, 2005e).

²⁷ No mesmo sentido, ver agravo regimental nos embargos do recurso especial do STJ, relatado pelo ministro César Asfor Rocha e publicado no DJU de 27.4.1998. Outros precedentes: AgRgAg n. 476.917/SP, relator: ministro Paulo Gallotti, DJU de 9.2.2004; e REsp n. 323.880/RS, relator: ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 4.2.2002. “É assente que o Diário de Justiça, que não publica o inteiro teor do acórdão, não satisfaz a exigência” (AgRg no Ag n. 637.054/RS, relator: ministro Luiz Fux, DJU de 26.9.2005).

²⁸ “Processo Civil – Agravo Regimental – Embargos de Divergência – Ausência de pressupostos de admissibilidade. 1. Segundo entendimento desta Corte, somente acórdãos proferidos em sede de recurso especial se mostram aptos à função de paradigma para os embargos de divergência. 2. Os embargos de divergência têm como pressuposto de admissibilidade a existência de similitude fática entre os arestos confrontados. 3. Não se configura o dissídio entre acórdãos que partem de premissas fáticas distintas para a análise da aplicação ou não da tese questionada. 4. Agravo regimental não provido” (BRASIL, 2007b).

à decisão causadora da irresignação. Assim, o paradigma é o julgado prolatado anteriormente capaz de revelar a ocorrência de dissídio jurisprudencial na solução da questão jurídica posta, e da mesma forma que o julgado que mereceu a oposição dos embargos de divergência, o paradigma também deve ser acórdão, isto é, julgamento proferido por órgão colegiado, conforme se infere do artigo 546 do CPC.

Não importa se o acórdão paradigma foi proferido com unanimidade de votos ou não, pois, para que os embargos de divergência sejam cabíveis, basta que os arestos confrontados tenham adotado soluções diversas para hipóteses semelhantes ou idênticas, mas convém lembrar que decisão monocrática não serve para justificar a divergência para efeito de oposição de embargos, pois é exatamente o que o artigo 546 exige, isto é, que tenha sido proferido por outra turma, por seção, pelo órgão especial ou pelo plenário.

O enunciado n. 353 da súmula do STF não dá lugar para embargos “com fundamento em divergência entre decisões da mesma Turma do Supremo Tribunal Federal”, todavia, na atualidade, tem prevalecido o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que são admissíveis apoiados em precedentes da mesma turma julgadora do acórdão embargado, desde que tenha havido modificação substancial na composição do colegiado²⁹.

5 Prazo

Segundo Dinamarco (2001), os embargos de divergência incluem-se entre os remédios destinados a minorar os males e riscos inerentes à divergência de interpretações jurídicas. Entretanto, não se trata de comparar acórdãos de dois ou mais tribunais, como no recuso especial. Os embargos de divergência se distinguem porque buscam eliminar divergências no seio do mesmo tribunal, conforme o significado e a legitimidade do disposto no artigo 546 do CPC, cujos incisos definem, de forma precisa, as hipóteses de cabimento no STJ e STF.

Cumprir observar que o parágrafo único do artigo 546 remete o procedimento dos embargos de divergência aos regimentos internos dos tribunais, nada dizendo sobre o prazo de oposição. Assim, a regra é que os embargos de divergência figuram no rol dos recursos cujo prazo de interposição e resposta é de 15 dias (artigo 508).

Eduardo Arruda Alvim (2010, p. 967) afirma com propriedade que o prazo, de fato, é de 15 dias e destaca a letra do inciso II do artigo 500 do CPC, que afasta a possibilidade de interposição de embargos de divergência sob a forma adesiva e registra em nota de rodapé que os artigos 266 do RISTJ e 334 do RISTF explicitam que o prazo de interposição dos embargos de divergência será de 15 dias, afastando qualquer dúvida acerca da tempestividade e do prazo de sua apresentação.

²⁹ No RE n. 107.337/RJ – Ediv, Pleno, DJU de 8.6.2001: “Divergência. Acórdãos da mesma Turma. Súmula n. 353. Dissenso Demonstrado. Transporte intermunicipal de passageiros. Não incide, no caso, o óbice do verbete mencionado, porque a composição da Turma, ao tempo dos paradigmas, era majoritariamente diversa da que tinha quando do julgamento do acórdão embargado. Demonstrado o dissenso, apreciam-se os embargos”. No mesmo sentido: “1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal permite acolher acórdão paradigma da mesma Turma em embargos de divergência quando alterada a maioria da sua composição” (BRASIL, 1994b).

O mencionado prazo é contado na forma do artigo 506, III, do CPC, isto é, da publicação da súmula do acórdão no órgão oficial, salvo manifesto conhecimento da parte da decisão embargada, como quando há retirada dos autos do cartório antes da mencionada publicação. A respeito do prazo para interposição dos embargos de divergência, encontramos, na jurisprudência, os posicionamentos que a seguir são anotados: “Embargos de divergência. Prazo. Considera-se a data em que a petição de recurso deu entrada no Tribunal e não aquela em que foi postada” (BRASIL, 1998, p. 1).

Não sendo interpostos os embargos de divergência no prazo de 15 dias, ocorre a denominada preclusão temporal. Esse prazo não se submete a qualquer fenômeno de suspensão ou interrupção, salvo as exceções, previstas em lei³⁰.

6 Regularidade formal

Os embargos de divergência não são remédios destinados exclusivamente a fazer justiça na acepção jurídica do termo, pois seu escopo é buscar a uniformização dos entendimentos divergentes entre os órgãos julgadores do STJ quando estes divergirem, entre si, no julgamento de recurso especial.

Exercem, portanto, a exemplo do recurso especial, função política, na medida em que unificarão teses divergentes acerca de uma mesma matéria. Diante dessa função, não basta apenas a sucumbência para que o pressuposto “interesse em recorrer” esteja satisfeito; deve o recorrente demonstrar a ocorrência de efetiva divergência entre órgãos julgadores do STJ. Portanto, mesmo que a decisão unificadora seja desfavorável ao recorrente, o recurso terá alcançado seu objetivo imediato.

Para Eduardo Arruda Alvim (2010, p. 49),

[...] a petição de interposição dos embargos de divergência deverá conter as razões em função das quais o recorrente pretende o prevalecimento do entendimento constante do acórdão invocado como paradigma, demonstrando a efetiva divergência e pugnano pelo prevalecimento do entendimento havido como correto, com base no entendimento do acórdão apontado como paradigma, contrariamente ao que decidiu o acórdão recorrido (ver, a propósito, o que consta dos arts. 331 e 332 do RISTF e do art. 266 c/c art. 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ).

Com efeito, a petição deve ser endereçada ao presidente do próprio tribunal, pois a distribuição do recurso é da competência do presidente, conforme se infere dos artigos 21, inciso XII, 69, 74, 78, todos do Regimento Interno do STJ, bem como os artigos 13, inciso IV, 66, *caput*, 76 e 335, *caput*, primeira parte, do Regimento Interno do STF.

³⁰ “Art. 179. A superveniência de férias suspenderá o curso do prazo; o que lhe sobejar recomençará a correr do primeiro dia útil seguinte ao termo de férias. Art. 180. Suspende-se também o curso do prazo por obstáculo criado pela parte ou ocorrendo qualquer das hipóteses do art. 265, ns. I e III; casos em que o prazo será restituído por tempo igual ao que faltava para a sua complementação. [...] Art. 507. Se, durante o prazo para a interposição do recurso, sobrevier o falecimento da parte ou de seu advogado, ou ocorrer motivo de força maior, que suspenda o curso do processo, será tal prazo restituído em proveito da parte, do herdeiro ou do sucessor, contra quem começará a correr novamente depois da intimação”.

A petição deve vir acompanhada das razões recursais e do pedido de novo julgamento, de modo que demonstre o dissenso acerca da interpretação do direito por meio da transcrição dos trechos dos acórdãos confrontados que revelam a existência de dissídio, isto é, deve-se fazer o cotejo analítico que atesta a semelhança no tocante ao quadro fático e às diferentes soluções jurídicas dos arestos embargado e paradigma, sob pena de o dissídio não ser conhecido.

A respeito da demonstração de dissídio, aliás, vale conferir o didático enunciado n. 296 da súmula do Tribunal Superior do Trabalho, assim registrado:

A divergência jurisprudencial ensejadora da admissibilidade, do prosseguimento e do conhecimento do recurso há de ser específica, revelando a existência de teses diversas na interpretação de um mesmo dispositivo legal, embora idênticos os fatos que as ensejaram.

Além da demonstração da divergência com o cotejo analítico dos acórdãos confrontados, também é imprescindível a comprovação do dissenso jurisprudencial. A comprovação do dissídio deve ser efetuada mediante a apresentação, com a petição recursal, de certidão de inteiro teor, de fotocópia autenticada do acórdão paradigma ou da reprodução do julgado disponível em arquivo eletrônico.

Na verdade, a demonstração e a comprovação do dissídio jurisprudencial devem ser feitas com a observância do enunciado n. 337 da súmula do Tribunal Superior do Trabalho, verbete aplicável por analogia aos embargos de divergência:

[...] para comprovação da divergência justificadora do Recurso, é necessário que o recorrente: I – Junte certidão ou cópia autenticada do acórdão paradigma ou cite a fonte oficial ou repositório autorizado em que foi publicado; II – Transcreva, nas razões recursais, as ementas e/ou trechos dos acórdãos trazidos à configuração do dissídio, mencionando as teses que identifiquem os casos confrontados, ainda que os acórdãos já se encontrem nos autos ou venham a ser juntados com o recurso (BRASIL, 2005c).

Por fim, não podemos deixar de registrar a importância de a petição vir subscrita por advogado com instrumento de mandato já nos autos ou apresentado com a própria peça recursal, haja vista que a figura do advogado é indispensável à administração da justiça (artigo 133 do Constituição Federal).

7 Preparo

Salvo os casos excepcionais do artigo 511, parágrafo 1º, do CPC, e dos artigos 3º e 9º da Lei n. 1.060, que dispensa o embargante do pagamento do preparo dos embargos de divergência, a regra depende de preparo, sob pena de deserção.

Aliás, os artigos 511, *caput*, e 546, parágrafo único, ambos do CPC, o artigo 41-B da Lei n. 8.038, o artigo 2º da Lei n. 11.636/2007 e a Resolução n. 1 de 2008 preveem expressamente a obrigatoriedade de recolhimento do preparo recursal para os embargos de divergência, seja no especial, seja no extraordinário, cuja inobservância acarretará os efeitos práticos da deserção (BRASIL, 2000, p. 18).

8 Efeitos

Os embargos de divergência produzem efeito devolutivo, já que há transferência da matéria impugnada ao conhecimento de órgão *ad quem*. O efeito devolutivo, contudo, está limitado ao tema decidido no acórdão embargado em desconformidade com o precedente de outro órgão colegiado do mesmo tribunal superior. Assim, tanto a matéria que não foi impugnada pelo embargante como a que não foi objeto de divergência não são alcançadas pelo efeito devolutivo dos embargos.

Além do mais, os embargos de divergência impedem a formação da coisa julgada, conforme se verifica dos artigos 301, parágrafo 3º, segunda parte, e 467, ambos do CPC. E o parágrafo único do artigo 336 do Regimento Interno do STF conduz à conclusão de que o pleno indica a interpretação correta, aplicando o direito à espécie, senão vejamos: “Recebidos os embargos de divergência, o Plenário julgará a matéria restante” (BRASIL, 2000).

Desse modo, tudo indica que as questões de ordem pública devem ser apreciadas após o conhecimento dos embargos, e, conhecido o recurso, o colegiado passa ao exame do mérito, e, ao aplicar o direito à espécie, o órgão julgador deve levar em consideração as questões sujeitas à apreciação oficial, de modo que se pode reconhecer a ocorrência de efeito translativo, em casos específicos.

Contudo, os embargos de divergência não produzem efeito suspensivo, pois é o que estabelece o parágrafo 2º do artigo 266 do Regimento Interno do STJ, com redação dada pela Emenda Regimental n. 2, de 1992: “Os embargos serão juntados aos autos independentemente de despacho e não terão efeito suspensivo” (BRASIL, 1989). Aliás, não poderia ser diferente, pois os embargos de divergência têm como alvo acórdãos prolatados em extraordinário e especial, recursos que não produzem efeito suspensivo, conforme reza o parágrafo 2º do artigo 542 do CPC.

A propósito, nesse sentido caminha a doutrina (cf. BARBOSA MOREIRA, 1998, p. 586; RIBEIRO; FERREIRA, 1998, p. 216; BERMUDEZ, 2000, p. 195), oportunidade em que merece o seguinte registro: “Tal como o recurso extraordinário e o recurso especial de que constituem desdobramento, os embargos de divergência não produzem efeito suspensivo. A execução do acórdão embargado será provisória”. Com efeito, a despeito da ausência de efeito suspensivo, é possível a respectiva concessão em sede de ação cautelar proposta após a oposição dos embargos de divergência³¹.

9 Procedimento dos embargos de divergência

Pelo que se extrai do artigo 546 do CPC, o procedimento dos embargos de divergência está estabelecido no regimento interno do tribunal a ser oposto. Com efeito, após o protocolo, a petição de embargos de divergência deve ser juntada aos

³¹ É o que se infere do parágrafo único do artigo 800 do CPC, com a redação conferida pela Lei n. 8.952/94: “Interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao Tribunal”.

autos tão logo recebida pela Secretaria do Tribunal, independentemente de despacho, conforme reza o artigo 334, segunda parte, do Regimento Interno do STF e o parágrafo 2º do artigo 266 do Regimento Interno do STJ.

Em seguida, ocorre o sorteio do relator dos embargos de divergência, pelo que se verifica dos artigos 76 e 335 do Regimento Interno do STF, e dos artigos 74 e 266 e do parágrafo 3º do Regimento Interno do STJ. Cumpre destacar que os integrantes da turma prolatora do acórdão embargado não participam da distribuição desse recurso, conforme dispõem o artigo 76, primeira parte, do Regimento Interno do STF e o artigo 78 do Regimento Interno do STJ³².

Após a distribuição, os autos sobem à conclusão do relator dos embargos de divergência, competindo a este fazer o primeiro juízo de admissibilidade, conforme dispõem o artigo 335, *caput*, do Regimento Interno do STF e o artigo 266, parágrafo 3º, do Regimento Interno do STJ, e em seguida caberá a ele admiti-los ou não. Admitindo, o embargado é intimado a apresentar impugnação aos embargos, conforme *caput* do artigo 267 do Regimento Interno do STJ. Apresentada a impugnação ou transcorrido prazo sem manifestação, os autos sobem à conclusão para prolação da decisão a respeito.

Cumpre ressaltar que parcela da doutrina e da própria jurisprudência³³ entende que o artigo 557 do CPC alcança o recurso de embargos de divergência, e, portanto, admitir-se-á a prolação de decisão monocrática se o recurso for manifestamente inadmissível, improcedente ou procedente, mesmo porque, em qualquer das hipóteses, a decisão poderá ser impugnada por meio de recurso de agravo regimental.

10 Do julgamento dos embargos de divergência

No STF, os embargos de divergência são julgados pelo plenário, conforme determina o artigo 6º, inciso IV, do Regimento Interno, e, no STJ, vai depender da extensão do dissídio jurisprudencial. Assim, o dissenso entre turmas de uma mesma seção, bem como entre a turma e a própria seção, conduz à fixação da competência da seção especializada, conforme dispõem os artigos 12, parágrafo único, inciso I, e 266, primeira parte, ambos do regimento interno. Ademais, a competência é da Corte Especial, conforme estabelecem os artigos 11, inciso XIII, e 266, segunda parte, ambos do regimento interno.

É curioso anotar que, no julgamento dos embargos de divergência, há a possibilidade de sustentação oral, conforme preceituam o artigo 131, *caput* e parágrafo 2º, do Regimento Interno do STF e o artigo 159, *caput* e parágrafo 1º, do Regimento Interno do STJ, facultando ao Ministério Público o direito de utilizar a palavra na sessão

³² "Art. 76. Se a decisão embargada for de uma Turma, far-se-á a distribuição dos embargos dentre os Ministros da outra".

³³ "Pode o relator, aplicando o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, ao examinar o recurso, após a impugnação e o parecer do Ministério Público, negar seguimento a embargos de divergência, mesmo que anteriormente admitidos mediante análise superficial" (BRASIL, 2001b, p. 57).

de julgamento, na forma do artigo 132, parágrafo 1º, do RISTF e do parágrafo 2º do artigo 159 do RISTJ.

De acordo com o comando do artigo 560 do CPC³⁴, o colegiado competente deve primeiro proferir juízo de admissibilidade dos embargos de divergência, de modo que, sendo negativo, eles não serão conhecidos, e positivo, eles serão conhecidos com o posterior e imediato ingresso no juízo de mérito³⁵.

Encerrado o julgamento e lavrado o acórdão, há a publicação da ementa e do dispositivo no órgão oficial de imprensa, na forma dos artigos 506³⁶, inciso III, 563³⁷ e 564³⁸, todos do CPC.

11 Comprovação da divergência

A comprovação da divergência é uma questão jurídica de suma importância, pois muitos recursos especiais deixam de ser conhecidos ou até mesmo admitidos na origem devido à ausência de comprovação da divergência nos moldes legais e regimentais, e isso também não pode ocorrer no caso dos embargos de divergência.

Desse modo, é perfeitamente possível dizer que a comprovação da divergência, como mandam a lei e o Regimento Interno do STJ, é requisito específico de admissibilidade do recurso especial fundado na alínea “c”.

Com efeito, o parágrafo único do artigo 541 do CPC³⁹ e os parágrafos 1º, 2º e 3º do artigo 255 do RISTJ⁴⁰ traçam o modo pelo qual se comprova a divergência jurisprudencial. Primeiramente, devem ser juntadas as certidões ou as cópias autenticadas dos acórdãos divergentes. As cópias dos acordados divergentes devem ser juntadas na íntegra, ou seja, em seu inteiro teor, sob pena de não conhecimento do recurso. Nesse caso específico, é permitida a declaração de autenticidade dos acórdãos pelo próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal. Tal permissão

³⁴ “Art. 560 – Qualquer questão preliminar suscitada no julgamento será decidida antes do mérito, deste não se conhecendo se incompatível com a decisão daquela”.

³⁵ A respeito do tema, merece a transcrição do parágrafo único do artigo 336 do Regimento Interno do STF: “Recebidos os embargos de divergência, o Plenário julgará a matéria restante”.

³⁶ “Art. 506 – O prazo para a interposição do recurso, aplicável em todos os casos o disposto no art. 184 e seus parágrafos, contar-se-á da data: [...] Inciso III – da publicação do dispositivo do acórdão no órgão oficial”.

³⁷ “Art. 563 – Todo acórdão conterà ementa”.

³⁸ “Art. 564 – Lavrado o acórdão, serão as suas conclusões publicadas no órgão oficial dentro de 10 (dez) dias”.

³⁹ “Art. 541 [...]. Parágrafo único. Quando o recurso fundar-se em dissídio jurisprudencial, o recorrente fará a prova da divergência mediante certidão, cópia autenticada ou pela citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, em que tiver sido publicada a decisão divergente, mencionando as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados”.

⁴⁰ “Art. 255 (*omissis*). § 1º. A comprovação da divergência, nos casos de recursos fundados na alínea c do inciso III do art. 105 da Constituição, será feita: a) por certidões ou cópias autenticadas dos acórdãos apontados divergentes, permitida a declaração de autenticidade do próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal; b) pela citação de repositório oficial, autorizado ou credenciado, em que os mesmos se achem publicados. § 2º. Em qualquer caso, o recorrente deverá transcrever os trechos dos acórdãos que configurem o dissídio, mencionando as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados. § 3º. São repositórios oficiais de jurisprudência, para o fim do § 1º, b, deste artigo, a *Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, a *Revista do Superior Tribunal de Justiça* e a *Revista do Tribunal Federal de Recursos* e, autorizados ou credenciados, os habilitados na forma do art. 134 e seu parágrafo único deste Regimento” (BRASIL, 1973).

facilita bastante, tendo em vista a desnecessidade de se dirigir ao tribunal respectivo a fim de autenticar os acórdãos divergentes (recorrido e paradigma).

É possível, inclusive, imprimir o inteiro teor do acórdão no *site* do respectivo tribunal e, logo em seguida, autenticá-lo pelos próprios punhos. No caso do STJ, os acórdãos que constarem na *Revista Eletrônica de Jurisprudência* dispensam a autenticação, pois já são digitalmente certificados. Porém, aqueles publicados em data anterior à instituição da revista eletrônica necessitam de autenticação, o que pode ser feito pelo próprio advogado.

Pode ser feita a comprovação ainda pela citação do repositório de jurisprudência em que os acórdãos se achem publicados. O próprio RISTJ já elenca quais são os repositórios oficiais: *Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, *Revista do Superior Tribunal de Justiça* e *Revista do Tribunal Federal de Recursos*. Se o acórdão paradigma for do STJ, dispensar-se-á a citação do repositório em que foi publicado. São repositórios autorizados ou credenciados os habilitados na forma do artigo 134 e de seu parágrafo único do RISTJ.

Por derradeiro, é importante lembrar que o *Diário da Justiça da União* (DJU) não é repositório de jurisprudência oficial, autorizado ou credenciado, conforme reiteradamente se tem decidido, salvo se houver publicado o inteiro teor do acórdão. Deve o recorrente, em qualquer caso, transcrever trechos dos acórdãos que configurem o dissídio, mencionando as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, não bastando a simples transcrição das ementas, mas cotejar, de forma analítica, os acórdãos divergentes, a fim de que seja demonstrada a similitude fática dos casos confrontados. Caso não seja comprovada essa semelhança, o recurso não será conhecido, já que isso constitui requisito de admissibilidade.

12 Recorribilidade

É importante registrar, inicialmente, o cabimento dos embargos declaratórios contra acórdão proferido em embargos de divergência, o que é pacífico. Mas o que nos provoca é a decisão monocrática de inadmissão dos embargos de divergência, o que merece interposição de agravo interno. Entretanto, a jurisprudência⁴¹ tem reconhecido a possibilidade de oposição de embargos declaratórios excepcionalmente, pois o inciso II do artigo 535 do CPC não restringe o cabimento deles, e, ademais, não só a sentença e o acórdão podem estar revestidos de omissão, obscuridade e contradição, de modo que devemos prestigiar e garantir o acesso ao Judiciário e a necessidade de se ter fundamentação plausível em todas as decisões⁴².

⁴¹ "Esclareça-se, sob o ângulo da adequação, que os embargos declaratórios estão dirigidos contra uma decisão, e o fato desta não haver sido prolatada por Colegiado não os torna incabíveis" (BRASIL, 1999c).

⁴² "Processual – Embargos Declaratórios – Decisão Unipessoal de Relator – Cabimento. As decisões exaradas pelo relator expõem-se a embargos declaratórios, opostos no escopo de obviar omissões e contradições ou obscuridades – tudo em homenagem ao princípio da motivação" (BRASIL, 1999c).

Outra hipótese é o cabimento do recurso extraordinário, quando o acórdão for proferido pelo STJ, obviamente. Todavia, é imprescindível que a questão constitucional tenha surgido no próprio STJ, já que não é admissível ressuscitar controvérsia constitucional já decidida em Corte de segundo grau de jurisdição. Contudo, em se tratando de questão constitucional nova, é cabível o recurso extraordinário contra acórdão prolatado pelo STJ em sede de embargos de divergência, no qual a matéria constitucional foi decidida.

Já no STF, o acórdão proferido em embargos de divergência só poderá desafiá-los os embargos declaratórios, uma vez que não cabe, por óbvio, interposição de recurso extraordinário contra acórdão da Corte Suprema⁴³.

THE DIVERGENCE EMBARGOES

Abstract: The article aims to address the evolving history of the institute embargoes divergence in Brazilian civil law and the desirability of maintaining the national laws and jurisprudence considering the doctrine on the subject. The importance of reconstruction procedural history of this institution in Brazil allows the current discussion about the need for its reform or abolition of the legal system. With this, the article will serve as support and contribution to the announced reform of the Code of Civil Procedure that awaits vote in National Congress, and want the extinction of such Appeal Procedure on the grounds of procedural need for agility.

Keywords: divergence embargoes; appeals system; assumptions.

Referências

- ARRUDAALVIM, E. *Manual de processo civil*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- _____. *Cabimento de embargos de divergência contra acórdão (de mérito) de Turma, proferido em AR*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 144.
- _____. *Direito processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- ASSIS, A. *Manual dos recursos*. 2. ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- BAPTISTA, J. de A.; BAPTISTA, S. M. H. de A. Os embargos de divergência nas instâncias ordinárias. *Revista de Processo*, v. 26.
- BARBOSA MOREIRA, J. C. *Comentários*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- _____. *Comentário ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 5.
- BERMUDES, S. *Comentários*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. t. VII.
- BRASIL. Decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939.
- _____. Lei Federal n. 623, de 19 de fevereiro de 1949.

⁴³ "Recurso Extraordinário – Decisão de única ou última instância. A previsão do inciso III do artigo 102 da Constituição Federal é adequada em se tratando de decisão de órgão do Judiciário. Impossível empolgá-la visando à impugnação de acórdão do próprio Supremo Tribunal Federal, ainda que formalizado por Turma" (BRASIL, 1999b).

- BRASIL. Lei Federal n. 1.060, de 5 de fevereiro de 1950.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 284, de 13 de dezembro de 1963.
- _____. Lei Federal n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973.
- _____. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, de 27 de outubro de 1980.
- _____. Lei Federal n. 7.701, de 21 de dezembro de 1988.
- _____. Regimento Interno do Supremo Tribunal de Justiça, de 22 de junho de 1989.
- _____. Lei Federal n. 8.038, de 28 de maio de 1990.
- _____. Lei Federal n. 8.950, de 13 de dezembro de 1994a.
- _____. Supremo Tribunal Federal. ERE n. 103.792/SP, Pleno do STF, DJU de 9.12.1994b.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. RMS n. 22.016/DF – EI - AgRg, Pleno do STF, DJU de 12.12.1997.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 67013-SP, julgado pela Corte Especial do STJ em 3.12.1997, relatado pelo ministro Eduardo Ribeiro, DJU de 25.2.1998.
- _____. Supremo Tribunal Federal. RE n. 216.561/SP – Edcl., relator: ministro Marco Aurélio, julgado em 4.5.1999a.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Ag. n. 231.188 – AgRg – 2ª Turma, publicado em 21 de setembro de 1999b.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n. 190.488/RS, 1ª Turma do STJ, DJU de 22.3.1999c.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. ERE n. 216.327/RS, DJU de 29.5.2000.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 244.525/SP. ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 1º.10.2001a.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. EREsp n. 38.820/SP – AgRg, Corte Especial, DJU de 5.11.2001b.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. PET n. 1.790 – AgRg., 2ª Seção do STJ, DJU de 9.10.2002.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Seção, PET n. 2151/DF, relator: ministro Hamiltom Carvalhido, DJU de 22.04.2003a.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos do Recurso Especial n. 324.113/MG, relatora: ministra Laurita Vaz, DJU de 4.8.2003b.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Seção, PET n. 2.169/PI, relatora: ministra Laurita Vaz, DJU de 22.3.2004a.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Seção, EREsp n. 295.842/DF, relator: ministro Castro Meira, DJU de 9.8.2004b.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 315, de 5 de outubro de 2005a.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 316, de 5 de outubro de 2005b.
- _____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 337, de 20 de abril de 2005c.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Seção, AgRg nos EREsp 579.808/GO, relator: ministro Franciulli Netto, DJU de 1º.8.2005d.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma, EREsp n. 534.866/RS, relator: ministro José Arnaldo da Fonseca, DJU de 21.9.2005e.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Seção, PET n. 1.590/MG, relator: ministro Helio Quaglia Barbosa, DJU de 21.3.2005f.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp n. 587.325, relator: ministro Franciulli Netto, DJU de 23.5.2005g.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 258.402/SP, relator: ministro João Otávio de Noronha, DJU de 26.9.2005h.
- _____. Lei Federal n. 11.636, de 28 de dezembro de 2007a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp 357.288/PR, 1ª S., julgado em 14.11.2007, relator: ministra Eliana Calmon, DJU de 3.12.2007b.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 222.524-MA.

DINAMARCO, C. R. *A reforma do Código de Processo Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

FARIA, M. C. Embargos de divergência em agravo interno: (in)aplicabilidade da Súmula n. 599 do STF. 2004. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>.

MENDONÇA LIMA, A. de. *Embargos de divergência*. Enciclopédia Saraiva do direito. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 30.

PIRES TORREÃO, M. *Dos embargos de divergência*. Porto Alegre: Fabris, 2004.

PORTUGAL. Decreto-lei, n. 44.129, de 28 de dezembro de 1961. *Diário do Governo*, n. 299.

RIBEIRO, P. B.; FERREIRA, P. R. *Curso*. 1998. v. V, t. I.

SARAIVA, J. *Recurso especial e o STJ*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, B. M. e. *Prequestionamento, recurso especial e recurso extraordinário – roteiro para a advocacia no STJ e no STF*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, O. B. da. *Curso*. 4. ed. Rio de Janeiro: RT, 1998.

TERRA, M. *Embargos de divergência no Tribunal de Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. v. 606.