

OS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Stella Rangel Lourenço

Mestranda em Processo Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo. Especialista em Direito da Economia e da Empresa pela Fundação Getúlio Vargas. Advogada.

Resumo: O projeto de Lei 166 de 2010 propõe introduzir um novo Código de Processo Civil em nosso sistema jurídico. A uniformização no entendimento dos Tribunais Superiores foi conferida com destaque pelos autores do referido projeto. O presente estudo tem o objetivo de pesquisar os embargos de divergência ante a evolução histórica até o sistema atual, sua importância para a uniformização e também estudar as ampliações propostas para o instituto no referido projeto.

Abstract: The Bill nº. 166 from 2010 intends to create a new Code of Civil Procedure in our law system. The reunion of precedents from the Superior Courts was especially conferred by the authors of the project. The present study aims the research of the appeals for resolution of conflict in previous case Law compared to the historical evolution until the current system, its importance to the uniformity and also to study the proposed extensions to the institute in the project.

Palavras-chave: divergência jurisprudencial – embargos de divergência – novo Código de Processo Civil.

Keywords: Jurisprudential divergence – appeals for resolution of conflict in previous case Law – new Code of Civil Procedure.

Sumário: 1. *Anotações iniciais* – 2. *A Divergência Jurisprudencial: o papel uniformizador dos Tribunais Superiores* – 3. *Surgimento dos embargos de divergência* – 4. *Embargos de divergência e sua finalidade* – 4.1 *Da decisão impugnável por Embargos de Divergência* – 5. *Alterações no projeto de Lei 166 de 2010 referentes aos embargos de divergência* – 6. *Conclusão* – 7. *Bibliografia*

1. ANOTAÇÕES INICIAIS

Encontra-se em tramitação no Congresso Nacional o projeto de Lei 166 de 2010, o qual propõe introduzir um novo Código de Processo Civil em nosso ordenamento

jurídico. Em que pese as mais variadas críticas ao texto¹, diante da eminente alteração legislativa, se torna instintivo tratar sobre as determinações propostas.

Não poderia ser diferente com o sistema recursal, sem dúvida um dos maiores alvos das reformas tidas nos últimos anos, considerado o responsável pela morosidade da prestação da tutela jurisdicional.

De fato, o projeto ecoa em um só tom a importância da uniformização do entendimento nos Tribunais Superiores. É interesse público a coerência das decisões nos tribunais, pois assim se conferirá a tão perseguida segurança jurídica, a efetiva aplicação do direito para os litigantes e uma resposta igualitária para os casos análogos.

Os embargos de divergência são importante instrumento para essa uniformização. Sua existência culminou-se ante a divisão do STF em turmas, o que inevitavelmente permitia a existência de dois posicionamentos para uma mesma questão, ficando a parte vinculada ao entendimento da turma em que seu recurso caísse e não ao entendimento daquela Suprema Corte.

Diante disso, o presente estudo, ciente de suas limitações, tem por objetivo analisar o recurso dos embargos de divergência, sua evolução na história e comportamento no atual ordenamento jurídico, para então compreender sua importância no projeto.

2. A DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL: O PAPEL UNIFORMIZADOR DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Mediante o aumento na demanda jurisdicional, na medida em que mais pessoas passaram a buscar o Poder Judiciário para solução de seus conflitos, o ordenamento jurídico passou por diversas mudanças ao longo dos anos, como meio de atender aos anseios do jurisdicionado de maneira mais célere.

¹ Louváveis autores discutem a real necessidade de um novo código de processo civil. Aos que o defendem, entendem que o CPC atual tornou-se uma colcha de retalhos e se faz necessária sua renovação. Ministro Luiz Fux, um dos membros da comissão elaboradora do projeto de Lei, declarou que o novo CPC reduzirá em até 70% o tempo de duração dos processos em contenciosos de massa, “já os processos tradicionais, pela eliminação das formalidades, nós podemos assegurar que a duração será reduzida em 50%”. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 10 de jan de 2011. Citamos o entendimento de Ada Pellegrini Grinover, proferido em palestra no dia 24 de jun de 2010, nas VIII Jornadas Brasileiras de Direito Processual Civil, organizado pelo Ibep, na cidade de Vitória/ES. A doutrinadora afirma não se tratar de um novo código. Para ela, o conteúdo projeto do novo CPC não passa de reformas pontuais ou questões que a Constituição Federal já tratava, “até porque não se faz um código novo em 180 dias”.

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

A nossa estrutura judiciária conta com Tribunais Superiores ou de Cúpula que visam uniformizar o entendimento sobre o Direito nas diversas esferas, dando a resposta final para cada divergência apontada nas demais instâncias.

Todavia, o problema surge quando a divergência ocorre dentro desses Tribunais de Cúpula, de maneira que situações idênticas possam sofrer soluções diversas, fadando a prestação jurisdicional ao insucesso.

Conforme afirma Eduardo Cambi, não podemos comungar com a existência de uma jurisprudência lotérica.

Parte-se da seguinte premissa: se a Constituição contempla o princípio da isonomia, sendo todas as pessoas iguais (art. 5º, caput), para a mesma situação jurídica, a lei deve ser aplicada do mesmo modo. A situação inversa, contida no fenômeno da jurisprudência lotérica, proporciona a falta de certeza do direito, sendo causa de crise, pois é a certeza quanto à aplicação do direito que dá segurança à sociedade e aos indivíduos que a compõem, na medida em que sub incerto *enim iure nemo bonorum aut animae securus vivit* (sob um direito incerto, ninguém vive seguro dos bens ou da vida). Dessa maneira, a efetivação do valor segurança jurídica – pela clara previsão dos direitos, deveres e obrigações, bem como dos modos pelos quais devem ser exercidos ou cumpridos – é um valor imprescindível ao convívio social².

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

De fato, o que é lesivo é o excesso e falta de controle que tal divergência proporciona, “tornando a ação judicial um exercício de futurologia, fonte de prolongada angústia para as partes, seja quanto ao seu término, seja quanto ao resultado, seja, enfim, quanto à sua final exequibilidade³”, o que sem dúvida contribui para o desprestígio da função jurisdicional.

² CAMBI, Eduardo. *Jurisprudência lotérica*. RT n. 786, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 112. CONFIRMAR – MANCUSO P. 169-170.

³ MACUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 260.

O atual sistema processual nos apresenta duas formas de tratar a divergência jurisprudencial: uma forma é a prevenção; a outra é a superação ou correção. O que nos importa aqui diz respeito à segunda forma de tratamento, pois os embargos de divergência são modalidade recursal que se encaixa como técnica de superação de divergência.

3. SURGIMENTO DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA

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

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

Barbosa Moreira entende que a finalidade dos embargos de divergência é equiparada ao do recurso de revista vigente no código de processo civil de 1939, qual seja de uniformizar a jurisprudência interna do STJ ou STF na interpretação do direito em tese.

Prende-se a origem desses embargos à 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 órgão⁴.

O autor critica veementemente a solução encontrada pelo legislador, a qual acrescentou parágrafo único ao referido artigo 833, introduzido pela Lei 623 de 1949, criando uma nova figura de embargos, que em realidade possuía a mesma função do recurso de revista.

⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Vol. 5: arts. 476 a 565.* 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 641.

No mesmo sentido encontrou-se Alcides de Mendonça Lima, ao entender que essa nova modalidade de embargos configurou-se por certo uma nova roupagem para o recurso de revista, agora permitido no Supremo, gerando exceções à regra geral para os dois recursos.

Ambos os recursos, ora confundidos, passaram a ter exceção inexplicável e incompreensível. O Recurso de Embargos – porquanto cabe quando houver divergência das turmas do Supremo Tribunal Federal, o que não acontece quando a contradição fôr [sic] entre parcelas dos demais tribunais; o Recurso de Revista, por ser sempre cabível quando houver choque entre frações dos tribunais, menos quando ocorrer no Supremo Tribunal Federal. Exceções inúteis à regra geral e, sobretudo, sem sentido técnico⁵.

E conclui que os “esdrúxulos” embargos não possuíam eficácia fora dos lindes da causa, “não valendo com a fôrça [sic] dos antigos assentos, nem mesmo dentro do próprio órgão, para suas duas turmas, aquêle [sic] remédio é uma inutilidade, servindo, apenas, como mais um meio de protelação e de sobrecarga para a efetiva prestação jurisdicional⁶”.

Cabe destacar que o anteprojeto e o projeto de Buzaid para o Código de 1973 não trataram dessa modalidade de embargos, sendo incluídos por emenda apresentada ao Senado Federal, a qual incluiu parágrafo único ao artigo 546 ao texto⁷.

A Lei 8.038 de 1990 se fez necessária, tendo em vista a edição da nova Constituição Federal de 1988. O art. 44 da referida Lei ousou por bem revogar todo o art. 546 do CPC vigente e definiu no art. 29 medida de igual suporte apenas na esfera do recém-criado STJ.

Com a revogação do art. 546 do CPC, excluiu-se a autorização legislativa de cabimento dos embargos de divergência no STF, criando apenas em sede de acórdão proferido em julgamento de recurso especial⁸. Em que pese a ausência de determinação

⁵ LIMA, Alcides de Mendonça. *Sistema de normas gerais dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, p. 144.

⁶ “Não se trata, na verdade, de unificar jurisprudência, porque a decisão fica circunscrita à espécie *sub judice*, sem qualquer reflexo oficial e legal em outro feito, mesmo igual, sujeito a julgamento de qualquer das turmas do Supremo, que ficam livres de decidir com plena autonomia, sem se submeterem ao acórdão do tribunal pleno”. Op. cit. p. 145.

⁷ Art. 546. O processo e o julgamento do recurso extraordinário, no STF, obedecerão ao que dispuser o respectivo regimento interno. Parágrafo único. Além dos casos admitidos em lei, é embargável, no Supremo Tribunal Federal, a decisão da turma que, em recurso extraordinário, ou agravo de instrumento, divergir do julgamento de outra turma ou do plenário”.

⁸ Nesse sentido: MOREIRA, op. cit. p. 642; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 145; JORGE, Flávio Cheim. *Embargos de divergência: alguns aspectos estruturais*. In RePro 190. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 14.

legal, a Suprema Corte os considerou existentes com fundamento em seu regimento interno, o qual disciplinava tal modalidade recursal em seu artigo 330⁹.

Apenas com o advento da Lei 8.950 de 1994 o instituto foi adequado, estendendo-o para os casos de acórdãos do STF em recurso extraordinário, ao incluir a modalidade recursal embargos de divergência ao artigo 496 do CPC, que trata dos recursos previstos em nosso ordenamento pátrio, como também ao reformular o art. 546 do CPC¹⁰.

O autor Oreste N. Laspro, ao tratar sobre o referido recurso objeto da análise, conclui que “é mencionado pela Lei Orgânica da Magistratura [Lei Complementar 35/79], previsto e regulamentado pelo Código de Processo Civil e tem seu procedimento estabelecido pelos Regimentos Internos do STJ (arts. 266 e 267) e STF (arts. 330 a 336) 11,,”.

O fato do texto do art. 546, II, não reproduzir o teor do art. 330 do RISTF, levou parte da doutrina¹² a considerar o não cabimento dos embargos de divergência em sede de agravo de instrumento pelo STF. Tal consideração será enfrentada mais adiante.

4. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA E SUA FINALIDADE

Como até aqui exposto, o papel dos Tribunais Superiores é primar por uma devida aplicação da tutela jurisdicional ao caso concreto, de maneira coerente e uniforme para toda nação. Não podemos permitir que o princípio da isonomia seja afrontado, com tratamento diferenciado para situações análogas, o que também nem de longe significa engessar nossos Eméritos Julgadores.

⁹ “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”.

¹⁰ “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 de outra turma ou do plenário. Parágrafo único. Observar-se-á, no recurso de embargos, o procedimento estabelecido no regimento interno”.

¹¹ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *O objeto dos embargos de divergência*. In RePro 186. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 15.

¹² Assim entendeu Araken de Assis: “Nesta última regra [constante no art. 330 do RISTF], cabem embargos de divergência contra julgamento proferido em agravo de instrumento; consoante o art. 546, II, que lhe é posterior, só em recurso extraordinário. O conflito se resolve mediante a preponderância da norma posterior”. ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 833.

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

Para Athos Gusmão Carneiro, o aqui estudado recurso visa à uniformização da jurisprudência das Cortes Superiores, com fundamentação na necessidade de as partes alcançarem uma definição correta e clara das normas constitucionais e infraconstitucionais por parte desses Tribunais de Cúpula. “A ‘última palavra’ só pode ser uma, não admite discrepância”¹³.

Flávio Cheim Jorge ao tratar sobre o tema vai além, ao compreender que a uniformização é apenas uma consequência do julgamento dos embargos de divergência e não sua razão principal.

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 julgamento¹⁴.

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

Tanto o é que os referidos embargos não possuem efeito suspensivo e conseqüentemente não causam prejuízo ao andamento do processo, pois não impedem a execução provisória do acórdão objeto de análise.

4.1 Da decisão impugnável por Embargos de Divergência

Uma das grandes alterações no que tange aos embargos de divergência constantes no projeto 166/2010 gira em torno da decisão impugnável por tais embargos. Para uma melhor compreensão disso, necessário se faz compreender o comportamento desses embargos por conta das já sofridas reformas processuais.

¹³ Op. cit. p. 146.

¹⁴ Op. cit. p. 16.

De fato, o art. 546, CPC, diz que serão cabíveis embargos de divergência contra decisão proferida em recurso especial ou extraordinário oriundo de *turma* (ou seção ou órgão especial para o STJ; ou plenário para o STF).

No entanto, o art. 557, CPC, com redação dada pela Lei 9.756 de 1998, ampliou sobremaneira os poderes do relator, o qual passou a julgar monocraticamente os recursos, inclusive o especial e extraordinário. Essa alteração foi suficiente para suscitar a dúvida se os embargos de divergência seriam cabíveis contra essa decisão monocrática.

Fredie Didier Jr e Leonardo José Carneiro da Cunha expõem dois requisitos, que entendem objetivos, para admissão dos embargos de divergência. Para eles, o julgamento tem que ser proferido por turma e em recurso especial ou extraordinário, não sendo admissível sua utilização contra decisão isolada de relator¹⁵.

Em contrário, encontra-se a notável análise do então Ministro do STJ Milton Luiz Pereira, logo após a alteração do art. 557 e § 1º-A, CPC, ocasião em que externou entendimento pela possibilidade de cabimento dos referidos embargos para decisão monocrática.

Para o autor, foi opção do legislador permitir ao relator julgar em substituição ao órgão colegiado, fazendo as vias deste e, com isso, tal decisão valeria como acórdão proferido por turma¹⁶.

Em que pese tal entendimento, este não é o que prevalece no STJ ou STF. Ainda que inegável a equivalência entre as decisões do relator e da turma, “não se pode esquecer que, sendo os embargos de divergência um recurso de estrito direito

¹⁵ “Então, se se tratar de julgamento de outro recurso que não seja extraordinário nem especial, não serão cabíveis os embargos de divergência. De igual modo, em se tratando de julgamento proferido por outro órgão que não seja a Turma, também não serão cabíveis os embargos de divergência”. CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil. *Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. Vol. 3. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 351.

¹⁶ “Das considerações preestabelecidas, decifra-se que o CPC não parou no tempo. Demais, comemora-se que, se anteriormente o relator podia prover o Agravo de Instrumento e convertê-lo em recurso autônomo (art. 28, parágrafos 3º e 4º, Lei nº 8.038/90), mostrando-se contemporâneo às realidades, a nova lei processual, além de manter as mesmas regras, ungiu-o de competência exclusiva para julgar monocraticamente (arts. 120, parágrafo único, 544, parágrafos 3º e 4º e 557, parágrafo 1º, A). Na afluência dessas anotações, mesmo assegurada a intervenção do colegiado (art. 545 e parágrafo 1º, art. 557, CPC), pela viseira do sistema e valorizados os precedentes, quanto ao Recurso Especial, está inequívoco que o relator julga. E, julgando, constitui pronunciamento com a mesma força cognitiva e dispositiva de julgado concretizado pelo colegiado. De tal sorte, no âmbito recursal, pelo alargamento da influência dos precedentes, a decisão do relator tem a equivalência do aresto edificado pelo órgão fracionário competente”. PEREIRA, Milton Luiz. *Embargos de divergência contra decisão lavrada por relator*. In Revista da Ajuris. Campinas: Red Livros, 2000, pp. 167-173.

(excepcional), é imprescindível, para seu cabimento, que sejam esgotados todos os recursos existentes à disposição das partes¹⁷”.

O próprio art. 557, CPC, prevê agravo interno para as decisões do relator, o que nos informa que a parte deva primeiramente agravar para então, após o julgamento do referido agravo interno mediante decisão colegiada, interpor os embargos de divergência.

Aqui cabem tecer algumas ponderações. Muito se questionou sobre a possibilidade da interposição de embargos de divergência em julgamento de agravo interno proveniente de decisão de mérito do relator de recurso extraordinário ou especial.

O STF nesse ínterim editou a súmula 599, atualmente cancelada, pois considerava que em sede de julgamento de agravo interno não se resolvia o mérito do recurso extraordinário, a considerar que à época da edição da referida súmula isso de fato não era possível. O STJ seguia os mesmos passos no que tange à sua própria competência.

O tido agravo interno somente era cabível contra decisão monocrática proferida em sede de agravo de instrumento interposto contra decisão de não admissibilidade de recurso extraordinário. “A matéria, portanto, objeto de discussão no agravo regimental era, apenas, o acerto ou desacerto da decisão do relator que negou provimento ao agravo de instrumento, mantendo, assim, a inadmissibilidade do recurso extraordinário¹⁸”.

Todavia, com a ampliação dos poderes do relator em poder julgar monocraticamente o mérito dos recursos, inclusive o recurso extraordinário, tal súmula começou por perder sentido, pois exigia uma interpretação literal do art. 546, CPC, divorciada da sistemática do próprio Código de Processo Civil.

Arruda Alvim, ao tratar sobre o tema, defendeu uma releitura à referida súmula, de maneira a se conferir uma interpretação sistemática e com isso se admitir o cabimento dos embargos em análise contra decisões de mérito de uma das duas turmas do Supremo quando do julgamento de agravo regimental interposto contra decisão

¹⁷ JORGE, op. cit. p. 20.

¹⁸ JORGE, op. cit. p. 21.

monocrática de mérito de relator de recurso extraordinário, desde que presentes os requisitos de admissibilidade¹⁹.

O STJ foi o primeiro a compreender a necessidade de adequação da súmula 599 do STF após a alteração e, porque não, ampliação dos poderes do relator, no julgamento dos embargos de divergência contra acórdão proferido em agravo regimental, n. 133.451-SP, de relatoria da Ministra Eliana Calmon²⁰.

Dessa maneira, quando a decisão da turma em sede de agravo interno visa não apenas ratificar, mas substituir a decisão monocrática, aquela equipara-se a acórdão proferido em julgamento de recurso especial, sendo considerada decisão final.

“A negativa de provimento a agravo interno interposto contra decisão singular de relator, que haja decidido de mérito, importa e vale realmente como a decisão do STF ou do STJ no recurso extraordinário ou no recurso especial²¹”, razão pela qual devem ser admitidos os embargos de divergência em tais situações.

Nesse sentido, foi editada a Súmula 316²², do STJ, a qual corrobora o entendimento acima externado. Finalmente em 2007, o STF cancelou a já ultrapassada e amplamente discutida Súmula 599, passando a seguir o raciocínio adotado pelo STJ.

Se por um lado o STJ, a partir da súmula 316, evoluiu no sentido de entender cabíveis embargos de divergência contra agravo interno que diga respeito ao julgamento do recurso especial, podemos considerar que esta Corte Superior breou com o conteúdo da súmula 315, que possui a seguinte redação: “Súmula 315. Não cabem embargos de divergência no âmbito do agravo de instrumento que não admite recurso especial”.

¹⁹ ALVIM, Arruda. *Cabimento de embargos de divergência contra acórdão (de mérito) de Turma, proferido em agravo regimental, tirado de decisão de relator de recurso extraordinário: imprescindibilidade de uma releitura da Súmula 599/STF*. In RePro 144. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 22.

²⁰ Nesse sentido o informativo de jurisprudência n. 0054, com a seguinte redação: “EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL. SÚMULA N.º 599-STF. A Seção decidiu que devido às recentes reformas processuais - Leis n.º 9.139/96 e n.º 9.756/98 -, o Min. Relator no STJ passou a julgar monocraticamente o mérito do recurso especial, decisão impugnável por meio de agravo regimental, ocasião em que o órgão julgador poderá, também, rever o mérito do recurso especial. Assim, é cabível a interposição dos embargos de divergência contra acórdão proferido em agravo regimental, se julgado o mérito do recurso especial em agravo de instrumento ou interposto o mesmo contra decisão monocrática do Min. Relator em recurso especial, merecendo temperamento a aplicação da Súmula n.º 599 do STF. EREsp 133.451-SP, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 10/4/2000”. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 10 de jan de 2011.

²¹ CARNEIRO, op. cit. p. 157.

²² “Súmula 316. Cabem embargos de divergência contra acórdão que, em agravo regimental, decide recurso especial”. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 10 de jan de 2011.

Com propriedade, Flávio Cheim Jorge suscita a dúvida extraída dessa sistemática empregada: “Ora, se o acórdão que não admite o recurso especial pode ser impugnado pelos embargos, por que também não caberiam embargos de divergência contra a decisão que, em sede de agravo de instrumento, não admite o recurso especial²³”?

Trata-se da mesma situação ocorrida no agravo tido como regimental, pois em ambos o objetivo é atacar acórdão de turma do STJ referente a requisito de admissibilidade de recurso especial.

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

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 excepcional²⁴.

Cabe aqui destacar o cabimento de embargos de divergência contra acórdão derivado de embargos de declaração interpostos em sede de recurso extraordinário ou recurso especial. Os embargos aclaratórios são recurso interposto contra qualquer decisão, quando existir omissão, obscuridade ou contradição em seu conteúdo. De fato, o teor do julgamento dos embargos de declaração passa a integrar a decisão ora embargada.

Isso significa dizer que não se trata nesse caso de interpor embargos de divergência contra a decisão dos embargos de declaração, mas contra a decisão do recurso especial ou extraordinário que simplesmente veio a ser complementada pelo julgamento dos embargos de declaração²⁵.

Importante tratar da atualidade da divergência. Os embargos de declaração apenas serão cabíveis quando ainda existente a divergência entre as turmas, até por uma razão óbvia, pois caso a matéria já tenha sido pacificada, não há conflito a ser sanado, não existindo fundamento para os ditos embargos, ou ainda quando o tribunal não mais tiver competência para a matéria.

²³ Op. cit. p. 24.

²⁴ JORGE, op. cit. p. 24.

²⁵ LASPRO, op. cit. p. 22.

É a inteligência das súmulas 158 e 168, ambas do STJ: “Súmula 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; Súmula 168. Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado²⁶”.

Uma dúvida ainda persiste. Seria possível o julgamento monocrático do recurso de embargos de divergência? O art. 557, do CPC, se aplica a essa modalidade recursal?

A doutrina²⁷, como já citado, informa que o art. 557, CPC, é aplicável a todos os recursos, o que incluiria a espécie em análise. Esse tem sido o entendimento das Cortes Superiores, ao julgarem os embargos de divergência monocraticamente independentemente da hipótese.

Enquanto ao juízo de admissibilidade, este não encontra problemas, estando devidamente de acordo com o referido artigo. O problema ocorre no juízo de mérito do recurso, o que seria permitir a possibilidade do relator modificar, isoladamente, uma decisão colegiada.

Para Flávio Cheim Jorge, deve se objetar a amplitude dos poderes do relator para julgar monocraticamente o mérito dos recursos, ou permitir o cabimento de agravo regimental para suscitar esse julgado no órgão colegiado.

“Ainda assim, ao nosso ver, mostra-se impensável que possa uma decisão monocrática substituir julgamento de um órgão colegiado. Mormente, nunca é demais repetir, quando essa decisão deva refletir o entendimento do Tribunal como um todo²⁸”.

5. ALTERAÇÕES NO PROJETO DE LEI 166 DE 2010 REFERENTES AOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA

Traçado o desenvolvimento dos embargos de divergência até o sistema atual, passamos agora a tratar sobre as alterações propostas pelo projeto de Lei 166 de 2010 para tal recurso.

²⁶ Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 10 de jan de 2011.

²⁷ LASPRO, op. cit. p. 15.

²⁸ JORGE, op. cit. p. 35.

Sem sombra de dúvidas, o intuito da reforma é uniformizar o entendimento das Cortes Superiores, de modo que estas possam conferir tutela igualitária para todos os jurisdicionados.

Diferente não foi com os embargos de divergência. Podemos dizer que esses tiveram sua atuação mais adequada ao sistema, passando a cumprir um importante papel no que diz respeito a solucionar o fracionamento dos tribunais superiores.

Sua atuação foi claramente ampliada, 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.

O próprio artigo 882, do Projeto de Lei 166/2010, que inaugura o Livro IV dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais, trata dessa função uniformizadora dos Tribunais.

Art. 882. Os tribunais, em princípio, velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, observando-se o seguinte:

I - sempre que possível, na forma e segundo as condições fixadas no regimento interno, deverão editar enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante;

II - os órgãos fracionários seguirão a orientação do plenário, do órgão especial ou dos órgãos fracionários superiores aos quais estiverem vinculados, nesta ordem;

III - a jurisprudência pacificada de qualquer tribunal deve orientar as decisões de todos os órgãos a ele vinculados;

IV - a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores deve nortear as decisões de todos os tribunais e juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia;

V - na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 1º A mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas.

§ 2º Os regimentos internos preverão formas de revisão da jurisprudência em procedimento autônomo, franqueando-se inclusive a realização de audiências públicas e a participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a elucidação da matéria.

Aqui devemos fazer uma ressalva. O texto sugerido pela comissão não continha a expressão *em princípio*, introduzida após alteração no relatório geral do Senador Valter Pereira.

Sem a pretensão de tecer maiores críticas, o texto anterior possuía melhor compreensão do que o alterado e conseqüentemente apresentado para votação, tendo em vista que o termo *em princípio* denota uma mera orientação não necessariamente

obrigatória, não se comportando como uma determinação legal a ser seguida pelos Tribunais de todo país.

Sem dúvida, se considerado como mero conselho, algo que não implique uma real imposição legal, a referida inovação estará fadada ao fracasso, não possuindo forças para sair das páginas de um novo, embora ineficaz, código de processo civil.

Em que pese a infeliz expressão, o artigo 882 do projeto é inovador ao informa que os tribunais “velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência”, o que demonstra a iniciativa de trabalharem todos em nome de um esforço comum, qual seja, uma melhor prestação da tutela jurisdicional.

O que se denota é que todas as medidas irão convergir para um denominador comum, com o intuito de evitar a dispersão excessiva da jurisprudência e consequentemente alcançar o real entendimento em nossas Cortes.

O cuidado em normatizar, no inciso IV do supracitado art. 882, os princípios da legalidade e da isonomia apenas reforça tal entendimento. O nosso sistema processual encontra-se cada vez mais aproximado do *common law*, com a valorização dos precedentes em nossas Cortes, em que pese nossa origem derivar do *civil law*.

Um dado também importante, relacionado a essa nova sistemática proposta, a se destacar é sobre o incidente de uniformização, oriundo também de uma divergência jurisprudencial, assim como os embargos de divergência. Tal incidente não foi incluído no texto enviado para aprovação, como temos nos moldes do atual Código de Processo Civil.

Podemos dizer que o incidente de uniformização foi diluído e adequado ao novo sistema proposto, passando a não haver necessidade de um incidente específico para suscitar uma divergência jurisprudencial. Até mesmo porque é dever dos Tribunais velar pela uniformização de seus julgados, o que nos leva a crer que a forma que levantará a discussão já não mais importará para a solução da divergência.

É sem dúvida um grande passo para nosso sistema recursal, elevando em sobremaneira a importância do entendimento jurisprudencial, da divergência sobre o direito, não importando o meio a ser utilizado.

Todo o exposto nos leva a melhor compreender os embargos de divergência nos moldes em que se propõe no referido projeto, ao ser disciplinado pelo art. 997, que nos informa:

Art. 997. É embargável a decisão de turma que:

I - em recurso especial, divergir do julgamento de outra turma, da seção ou do órgão especial, sendo as decisões, embargada e paradigma, de mérito;

II - em recurso especial, divergir do julgamento de outra turma, da seção ou do órgão especial, sendo as decisões, embargada e paradigma, relativas ao juízo de admissibilidade;

III - em recurso especial, divergir do julgamento de outra turma, da seção ou do órgão especial, sendo uma decisão de mérito e outra que não tenha conhecido do recurso, embora tenha apreciado a controvérsia;

IV - nas causas de competência originária, divergir do julgamento de outra turma, seção ou do órgão especial.

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

§ 2º Aplica-se, no que couber, ao recurso extraordinário e aos processos de competência do Supremo Tribunal Federal o disposto nesse artigo.

Pela leitura do artigo acima fica clara a alteração dos requisitos de admissibilidade dos embargos de divergência, ampliando em muito os meios de suscitar o enfrentamento de acórdãos conflitantes.

Na mesma esteira da uniformização, não importa o veículo que levará a controvérsia. Esta poderá partir de recurso especial ou extraordinário ou ainda nas causas de competência originária dos Tribunais Superiores. O importante é que esses Tribunais enfrentem o dissídio e decidam de maneira igualitária para todos os jurisdicionados.

Passa a não importar também se a decisão enfrentou apenas o juízo de admissibilidade ou também o juízo de mérito ou ainda decisão que não tenha conhecido do recurso, embora tenha apreciado a controvérsia.

Tais inovações tratadas no texto do projeto encaminhado para aprovação servem para catapultar os retrocessos obtidos pela Súmula 315, do STJ que, como visto, diz não serem cabíveis os embargos de divergência no âmbito de agravo de instrumento que não admite recurso especial. Pela simples leitura do inciso III do art. 997, podemos ver que esse entendimento sumular foi corretamente ultrapassado no projeto de novo código de processo civil.

Pelo mesmo fundamento estão inseridas decisões em sede de agravo interno e de embargos de declaração, o primeiro por se tratar de decisão final e os segundos por tratar de decisão que integra a decisão impugnada, como acontece em nosso sistema atual, o que demonstra a coerência da reforma no que tange aos 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 superiores²⁹.

Importante destacar a desnecessidade de equivalência entre os veículos das teses confrontadas. Nesse ponto insta esclarecer que a falta de equivalência no veículo não significa que o conteúdo não deva ser equivalente.

Em outras palavras, apesar de ser possível confrontar uma tese contida em recurso especial e outra derivada de ação de competência originária, isso não isenta a parte em fazer prova de que em situação juridicamente idênticas, o preceito constitucional ou federal foi interpretado de forma divergente.

Outro ponto se refere à possibilidade de interposição de embargos de divergência contra decisões monocráticas, o que não ficou claro pelo projeto. Todavia, se não consta no texto a autorização, apesar de ampliados os poderes do relator, devemos ter uma visão restritiva a esse respeito, sob pena de desvirtuarmos a norma processual.

Não cremos ser possível a interposição dos referidos embargos de decisões monocráticas, pois isso geraria o bombardeio de embargos a cada manifestação do relator, atravancando ainda mais um sistema que, convenhamos, já se encontra absurdamente assoberbado.

Tal atitude contrariaria a própria intenção da norma ao ampliar os poderes do relator, qual seja a de diminuir a carga de trabalho para as turmas, destinando-as ao enfrentamento de questões relevantes para o direito.

Ademais, o fato de se ampliar o veículo que leve a tese a ser analisada pelos Tribunais Superiores não se traduz numa autorização para cabimento contra decisões monocráticas. A interpretação deve ser realizada sistematicamente, de acordo com os recursos existentes e poderes conferidos.

Apesar de não regulamentada, a colegialidade visa refletir o posicionamento de uma Corte, e não somente de um julgador isoladamente, razão pela qual entendemos que o projeto não autoriza esse tratamento extensivo.

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 215.

A mesma preocupação é aplicada no caso de julgamento monocrático do mérito dos embargos de divergência, modalidade que desde o ordenamento atual já vem sendo defendida.

Pelo sistema atual, o entendimento alcançado é que o relator poderia enfrentar monocraticamente não apenas o juízo de admissibilidade, mas também o juízo de mérito dos embargos de divergência, a partir da leitura do art. 557, CPC.

Quanto ao juízo de admissibilidade, não há maiores problemas, como já estudado anteriormente. A questão surge quando o julgamento enfrenta o mérito dos referidos embargos de divergência.

Pode se tornar temerária a ampliação sem critérios objetivos do poder do relator, principalmente em sede de embargos de divergência, instituto de suma importância para alcançar o entendimento da Corte como um todo sobre determinado tema.

A intenção do recurso aqui estudado é refletir o entendimento da uma Corte de modo pleno, o que nos levaria a clamar pela necessidade de uma decisão colegiada, nos garantindo o pleno debate da questão suscitada para assim fulminar a divergência.

6. CONCLUSÃO

Conforme ficou demonstrado, o projeto de Lei 166 de 2010 altera sensivelmente o recurso dos embargos de divergência. Criticados quando de sua criação, seja pela falha de técnica do legislador seja pela falta de efetividade de seu resultado, atualmente vezes já defendem sua suma importância no sistema recursal.

Trata-se na verdade de um remédio para solucionar os problemas causados pelo fracionamento dos Tribunais Superiores, sem criar motivos para retardar o processo, pois não suspende a eficácia do acórdão embargado.

Sua função vai muito além da uniformização, esta apenas uma mera consequência do que é de fato o objetivo dos embargos de divergência de gerar uma decisão que transpareça o entendimento pleno do STF ou STJ.

Não visa transferir um entendimento de um Tribunal para outro, mas resolver suas divergências internas, alcançando uma interpretação que possa ser chamada de real entendimento daquela Corte, o que atende primordialmente ao princípio constitucional da isonomia, expresso no texto apresentado para aprovação.

Por certo, a intenção do projeto é estabelecer uma uniformização do entendimento das Cortes Superiores, de maneira que estas possam conferir tutela igualitária para todos os jurisdicionados. Nesse mesmo espírito também podem ser entendidas as alterações introduzidas para os embargos de divergência, que tiveram sua atuação ampliada ante ao atual sistema.

As hipóteses de cabimento dos embargos de divergência foram ampliadas, se baseando apenas na existência de teses contrapostas, independente do meio que as suscite no âmbito do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça. Com isso, serão passíveis de confronto teses contidas em recursos e ações, por decisões de mérito referentes ao juízo de admissibilidade.

Importante frisar que não se pode descartar a evolução até aqui atingida. O novo sistema deve absorver o que funciona no *velho* sistema, como a desnecessidade de equivalência entre as teses confrontadas.

Mais uma vez afirmamos que a falta de equivalência no meio que levará as teses aos Tribunais Superiores não autoriza que o conteúdo assim não o seja, isto é, cabe à parte fazer prova de que em se tratando de situações juridicamente idênticas, o preceito constitucional ou federal foi interpretado de forma divergente.

Como todo novo instituto, tudo dependerá da forma em que tais alterações serão absorvidas pelos Tribunais Superiores e a douda doutrina, de sorte que somente com o decorrer dos anos poderemos ver se a alteração proposta foi de fato bem sucedida.

7. BIBLIOGRAFIA

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

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

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

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

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

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

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

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

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

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

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