

Embargos de Divergência

SUMÁRIO

1. - Histórico. **2.** - A decisão embargável. **2.1** - Decisão de turma. **2.2** - Decisão em extraordinário ou especial. **2.3** - Embargos declaratórios. **2.4** - Julgamento monocrático de relator. **2.5** - Decisões em agravo regimental (ou interno). **2.6** - Decisão monocrática. Jurisprudência consolidada. Súmulas 247 - STF e 168 - STJ. **2.7** - Condicionamento dos embargos a suposto arbítrio do relator. **2.8** - Agravo regimental: exame do mérito do especial. **3.** - O paradigma. **3.1** - Alteração na composição da turma. **3.2** - Decisão monocrática – Perda de competência da turma. **3.3** - Decisão em RE ou REsp. **4** - Duplicidade de fundamentos: do acórdão e dos recursos.

1. - O Decreto-lei nº 6, de 16.11.37, que extinguiu a Justiça Federal, determinou fossem julgados por turmas os feitos de competência do Supremo Tribunal Federal. Certamente em razão mesmo dessa divisão, criou aquele diploma o recurso de embargos das decisões dos órgãos fracionários, arrolando diversas hipóteses em que seriam cabíveis, entre elas a divergência entre as turmas e o plenário. Tratando-se de recurso extraordinário, estabeleceu-se, de forma mais ampla, que admissível quando entrasse o Tribunal “no conhecimento da questão federal, que deu lugar à interposição do recurso” (art. 6, III).

O Código de Processo Civil de 39 não cuidou, inicialmente, desse recurso. Previu o de revista para os casos de divergência entre os órgãos colegiados dos tribunais em geral. O Supremo Tribunal Federal, no entanto, vencidos os Ministros Filadelfo Azevedo e Castro Nunes, entendeu que esse recurso não se viabilizava em relação a seus julgados. Note-se que os embargos, não obstante o silêncio do código, foram mantidos no Regimento Interno do Supremo.

A Lei 623, de 19.1.49, introduziu parágrafo único no artigo 833 daquele código, dispositivo esse que previa os embargos infringentes em apelação, ação rescisória e mandado de segurança. Dispôs-se que seriam embargáveis, no



Ministro Eduardo Andrade Ribeiro de Oliveira

Supremo, além de outros casos previstos em lei, as decisões das turmas, quando divergissem entre si, ou de decisão tomada pelo Tribunal Pleno.

Norma semelhante constou do artigo 546, parágrafo único do Código de 73 que, entretanto, inseriu restrição, já constante, aliás, do Regimento Interno do STF. Explicitou que o recurso em exame diria respeito a decisões em recurso extraordinário e agravo de instrumento.

Observe-se que a Lei Orgânica da Magistratura, ao dispor sobre a Justiça dos Estados, referiu-se a embargos de divergência (art. 101, § 1º e § 3º, “a”). Pacificou-se o entendimento, porém, na linha de que aquelas normas, pertinentes a competência e composição de órgãos julgadores, não incluam esse recurso no sistema processual, o que dependeria de lei que o instituísse.

Criado o Superior Tribunal de Justiça pela Constituição de 1988, necessário se regulasse em lei o procedimento relativo aos feitos de sua competência. Editou-se, então, a Lei 8.038/90 que, em seu artigo 29, estatuiu ser embargável a decisão de turma que, em recurso especial, divergisse do julgamento de outra turma, da seção ou do órgão especial. Interessante notar que essa mesma lei modificou a redação do artigo 496 do Código de Processo Civil para inserir, no rol ali constante, o recurso ordinário e o especial. Curiosamente, não se referiu aos embargos de divergência que só vieram a ser incluídos naquele elenco pela Lei 8.954/94. Maior o relevo, porém, de um outro fato.

A citada lei revogou, expressamente, os artigos 541 a 546 do CPC. Desse modo, excluiu-se do código a disposição que previa embargos, fundados na divergência, de decisões em recurso extraordinário e agravo de instrumento. E nenhuma menção fez a tais embargos, em relação ao Supremo Tribunal. Isso não obstante, essa Corte, à semelhança, aliás, do que se verificara quando da entrada em vigor do Código de 39, entendeu que subsistia o recurso. A questão ficou superada com a Lei 8.950/94, que reintroduziu o artigo 546, dispondo, já agora, sobre os embargos em recurso especial e extraordinário.

2. - Primeiro aspecto a merecer atenção, ao se estudar esse recurso, haverá de ser a decisão que a ele se expõe. O tema não ensejava dúvida até recentemente, mas hoje é dos que oferecem grande margem a controvérsia, como se verá em seguida.

2.1 - Requisito indispensável para a admissibilidade dos embargos será o de que se trate de decisão de turma, seja no Supremo Tribunal, seja no Superior Tribunal de Justiça. O *caput* do artigo 546 é explícito quanto ao ponto e desconhecemos se haja suscitado alguma discussão a propósito. A finalidade óbvia dos embargos reside em propiciar a uniformização da jurisprudência daqueles tribunais. Tratando-se de decisões do Pleno do STF, ou do órgão

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e STJ

especial do STJ, a orientação nelas refletida é que há de prevalecer. Não se justificariam os embargos. O mesmo não sucede, porém, quanto aos acórdãos proferidos pelas três seções em que se divide o STJ. Embora haja repartição de competência, que faz menos freqüente a possibilidade de dissídio entre elas, existem temas comuns. Em matéria processual, por exemplo, perfeitamente possível que decisão de uma seção dissinta da que haja sido tomada em outra. Significativa, ainda, a possibilidade de dissenso com julgado do órgão especial, em razão de sua competência originária para determinadas causas, não se excluindo que os temas nelas versados constituam também objeto de recurso especial. A limitação aos julgados das turmas representou, simplesmente, uma opção de conveniência do legislador, abstendo-se de alargar o cabimento dos embargos.

2.2 - Outro ponto é o de o provimento jurisdicional de que se pretenda recorrer dizer respeito a recurso especial ou extraordinário

Apresenta-se, aí, uma dificuldade, decorrente dos julgamentos monocráticos, de que em seguida cuidaremos. Induvidoso, porém, que a decisão há de vincular-se a recurso especial ou extraordinário. Desse modo, não há lugar para embargos, tratando-se de recurso ordinário, seja em mandado de segurança, seja em habeas corpus. Igualmente inadmissíveis em agravo de instrumento, apelação cível, habeas corpus, habeas data e processos cautelares, embora julgados pelas turmas.

2.3 - Vale uma breve consideração a propósito de decisões relativas a embargos de declaração.

Afirmou o Supremo o não cabimento de embargos de divergência, tratando-se de julgamento proferido em declaratórios, como se verifica da ementa elaborada para os Embargos no RE 106.771 (AgRg)¹. Essa assertiva foi feita, também, ainda que de passagem, no julgamento dos Embargos no RE 110.347.²

Não me parece, *data venia*, que a questão possa ser decidida de modo assim singelo, com conclusão tão peremptória. Não será aqui o lugar adequado para aprofundar indagações a respeito da natureza dos embargos declaratórios, certo, embora, que não se lhe nega, hoje, a natureza de recurso. Um recurso, entretanto, bastante peculiar, recomendando-se sejam feitas distinções, dada sua finalidade, que é a de complementar o aresto embargado.

Acolhido o pedido de declaração, a decisão nele proferida integra-se ao julgado declarado, ou mesmo o substitui, em certas circunstâncias. Se caso de omissão, a decisão do extraordinário, ou do especial, será a anteriormente

(1) Relator Ministro Célio Borja – RTJ 122/317.

(2) A afirmação encontra-se no voto do Ministro Moreira Alves – RTJ 145/888.



Ministro Eduardo Andrade Ribeiro de Oliveira

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

Se assim é, não se justifica a conclusão pela inadmissibilidade dos embargos de divergência. A ser de modo diverso, aliás, em estranha situação ficaria a parte. Não pode interpô-los em relação ao julgado primitivo, pois não subsiste naqueles termos. E também não lhe seria dado fazê-lo, segundo esse entendimento, quanto ao novo acórdão. Consideramos que a solução correta é ter os embargos de divergência como cabíveis, pois a decisão dos declaratórios incorpora-se à que foi declarada.

Outra hipótese é a de se rejeitar o pedido de declaração. Isso poderá suceder em virtude de não se ter como presentes seus pressupostos, por não se reconhecer tenha ocorrido omissão, obscuridade ou contradição. Tal decisão não é capaz de dissentir de outra, pois ligada às particularidades do caso concreto, e o problema não se coloca.

A rejeição, entretanto, decorrerá, eventualmente, de causa diversa, como sucede quando não examinado o mérito do pedido de declaração por faltar-lhe requisito a isso necessário como, por exemplo, a tempestividade. O pedido de declaração não será conhecido, embora isso nem sempre seja explicitado, e nenhuma alteração sofrerá o julgado anterior. À parte será dado, se o caso, desse recorrer e não da decisão que repeliu os declaratórios.

2.4 - A possibilidade de julgamento monocrático de recurso extraordinário, como lembra DINAMARCO³, iniciou-se em 1963, sendo contemplada no Regimento do Supremo Tribunal Federal, quando instituída a Súmula de sua jurisprudência. Estabeleceu-se que, contrariando o pedido do recorrente jurisprudência sumulada, facultava-se ao relator mandar arquivar o extraordinário ou o agravo.

A Lei 8.038/90, em seu artigo 38, previu que ao relator, no STF ou no STJ, seria dado decidir pedido ou recurso que houvesse perdido o objeto, assim como negar seguimento ao que se apresentasse como manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente, ou contrariasse súmula do respectivo tribunal.

(3) Cândido Rangel Dinamarco – “O Relator, a Jurisprudência e os Recursos” – *In Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de Acordo com a Lei 9.756/98* – Coletânea organizada por Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr. – RT – 1999 – p. 129.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e STJ

Sobreveio, em 1995, a Lei 9.139, modificando o *caput* do artigo 557 do CPC. Sua importância, considerável para os tribunais estaduais e regionais federais, foi de nenhuma significação para o STJ e o Supremo. Com efeito, cotejado o dispositivo com o citado artigo 38 da Lei 8.038/90, verifica-se que a diferença relevante constituiu, apenas, em acrescentar-se a possibilidade de o relator negar seguimento a recurso, quando contrário a súmula de tribunal superior.

Alteração de relevo veio a dar-se com a Lei 9.756/98. A decisão singular passou a ser possível também quando contrariada a jurisprudência predominante, ainda que não sumulada, e, corrigindo lacuna, incluiu-se referência ao Supremo Tribunal. O que importou realmente, no entanto, foi a admissão de o relator prover o recurso, se a decisão contrariar súmula do Supremo ou de Tribunal Superior. Criou, mais, a faculdade de julgar-se monocraticamente o recurso especial, quando se apreciasse agravo contra decisão que lhe negasse seguimento e o acórdão recorrido contrariasse a jurisprudência dominante do STJ.

A partir dessa última lei, começou a ser suscitada a questão pertinente ao cabimento de embargos de divergência, seja da decisão de relator, seja do agravo interposto dessa última. Interessante salientar, entretanto, que não foi com sua edição que o relator ficou autorizado a decidir o mérito do recurso. Embora com a qualificação de “negar seguimento”, a verdade é que a decisão singular de mérito já era possível, desde a Lei 8.038/90, nos casos de manifesta improcedência⁴ ou de dissenso com súmula.⁵ A modificação foi apenas para permitir que também se pudesse dar provimento.

De notar-se que as hipóteses de “negar seguimento” são mais amplas que aquelas em que possível o provimento mediante decisão do relator. A negativa de seguimento pode dar-se por manifesta improcedência e não há previsão de provimento em virtude de manifesta procedência. Restringe-se essa possibilidade ao caso de contrariedade a entendimento jurisprudencialmente consagrado.

Feitas essas observações, cumpre examinar se seriam cabíveis os embargos de divergência de decisão singular, nas circunstâncias apontadas.

A resposta afirmativa foi sustentada pelo eminente Ministro Milton Luiz Pereira, ao relatar os Embargos de Divergência no Resp 158.917,

(4) Embora tecnicamente não se fale em improcedência de recurso, é indubitoso que a expressão o alcançava. É o que consta, aliás, do texto atual do artigo 557.

(5) Parece-nos, mesmo, que a possibilidade de exame de mérito já existia no Regimento do STF, ao permitir arquivar recurso que se opusesse a enunciado de súmula.



Ministro Eduardo Andrade Ribeiro de Oliveira

entendimento desenvolvido também em sede doutrinária ⁶. A tese não mereceu acolhimento no STJ, ficando isolada sua opinião. ⁷ A objeção principal, exposta nos diversos votos vencedores, funda-se em que a lei prevê agravo para impugnar a decisão do relator. Não apresentados esses, ocorrerá a preclusão. Admitir-se, ademais, pudesse um ou outro ser indiferentemente interposto iria de encontro ao princípio da unirrecorribilidade que, apesar de exceções, informa nosso sistema recursal.

A esses óbices responde aquele douto magistrado, salientando que o relator profere julgamento, como órgão da turma, julgamento esse que, não tendo a forma de acórdão, apresenta o mesmo conteúdo e eficácia. Conclui não ser cabível o agravo, o que afastaria os empecilhos apontados.

Não obstante o inegável brilho com que exposta e defendida aquela proposição, torna-se difícil aceitá-la, em vista da norma expressa no § 1º do artigo 557 do CPC. Ali se prevê o cabimento do agravo como o recurso próprio para as decisões que neguem seguimento ao recurso (*caput*), como para as que lhe dêem provimento (§ 1º-A). A apontada eficácia de acórdão condiciona-se a que não seja o provimento singular atacado pelo meio processual previsto em lei. Se o for, será substituído pelo que emanar do colegiado.

Em suma, embora se trate de decisão relativa a recurso especial ou extraordinário, o certo é que existe, em nosso sistema, recurso especificamente indicado para impugná-la.

Observe-se, por fim, que, no Supremo Tribunal, a questão não chegou sequer a ser levantada.

2.5 - Outra posição, essa encontrando amparo na jurisprudência do STJ, é a de ter-se como admissíveis os embargos de divergência, em certos casos, das decisões proferidas no agravo de que cogitam os artigos 545 e 557, § 1º do CPC.

Até que fossem introduzidas as modificações a que acima nos referimos, ampliando a possibilidade do julgamento singular, isso não era de nenhum modo aceito. O Supremo Tribunal chegou a consubstanciar em súmula o entendimento de que “incabíveis os embargos de divergência de decisão de turma, em agravo regimental”.⁸ Fundou-se a Corte em que autônomo esse

(6) Embargos de Divergência contra Decisão Lavrada por Relator – Revista de Processo – nº 101 – p. 81.

(7) No sentido da inadmissibilidade, a opinião de Sergio Shimura – Embargos de Divergência *in* Aspectos Polêmicos e Atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário – Coletânea coordenada por Teresa Arruda Alvim Wambier – RT – 1998 – p. 417.

(8) Súmula 599.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e STJ

último recurso, não se confundindo com o extraordinário ou com o agravo de instrumento, para os quais eram então previstos os embargos de divergência.

A jurisprudência daquele Tribunal não contemplava exceções, havendo explicitamente rejeitado pretensão de que os embargos haveriam de ter-se como viáveis quando houvesse julgamento de mérito no agravo regimental.⁹

O Superior Tribunal de Justiça perfilhou durante bastante tempo a mesma orientação, não fazendo distinções. A circunstância de a decisão haver sido tomada em agravo regimental era considerada suficiente para fazer inadmissíveis os embargos de divergência.¹⁰

Após a edição da Lei 9.756/98, surgiram os primeiros pronunciamentos, no STJ, no sentido de, em certas hipóteses, admitir embargos de divergência impugnando decisões em agravo regimental (ou interno). O Supremo Tribunal não alterou seu entendimento. Decisões unânimes do plenário reiteraram a orientação consagrada na Súmula 599.¹¹

A razão apontada, no STJ, para o abandono da linha até então seguida foi a de que, após as Leis 9.139/95 e 9.756/98, tornou-se possível o julgamento monocrático, pelo relator, do próprio mérito do recurso especial. A primeira dessas, como já se mostrou, não ampliou as possibilidades de decisão singular, já previstas no artigo 38 da Lei 8.038/90. O alargamento ocorreu com a segunda.

Ocorre que, em verdade, como salientado no item anterior deste trabalho, a faculdade de o relator decidir o mérito do recurso não foi introduzida pela Lei 9.756/98. Isso já ocorria, em relação ao extraordinário, desde que, instituídas as súmulas, o Regimento do STF fez possível arquivar-se o extraordinário que se opusesse a seus enunciados. O arquivamento significava realmente que o recurso poderia ser desde logo decidido, por contrariar a jurisprudência assente, não se justificando a submissão ao colegiado.

Mais clara, ainda, essa possibilidade na previsão do citado artigo 38. Acima de qualquer dúvida que, ao negar-se seguimento a recurso extraordinário ou especial, **em virtude de sua manifesta improcedência**, está-se apreciando o mérito. A nova lei não fez mais que inserir um outro caso de julgamento de

(9) Agravo Regimental nos Embargos em Agravo de Instrumento 128.331 (RTJ 131/1.374).

(10) Da Primeira Seção, todas decisões unânimes: ERESP 138.896 (DJ 16.11.99), AGP 1.233 (DJ 15.5.00), AERESP 120.227 (DJ 27.3.00) e ERESP 151.683 (DJ 30.8.99). Da Corte Especial: 145.057 (DJ 8.11.99 e RSTJ 132/40) e AGP 1.149 (DJ 22.11.99). No primeiro houve dois votos vencidos e no segundo unanimidade.

(11) EAGAEA 265.079 (DJ 31.10.01), EREAA 199.096 (DJ 1.6.01) e EAGCAA 309.490 (DJ 5.10.01).

Ministro Eduardo Andrade Ribeiro de Oliveira

mérito, tornando-o possível, não apenas para negar seguimento, mas para prover o recurso.

Apresenta-se, a nosso ver, como indubitoso não ser o fato de a lei valer-se da expressão “negar seguimento”, que modificará a verdadeira natureza do provimento jurisdicional. Se o relator avalia o recurso, verifica o que nele se postula, sopesa seus fundamentos e conclui pela manifesta improcedência da pretensão, claro está que lhe examinou o mérito.

Verifica-se, pois, que se a razão para se reputar admissíveis os embargos de divergência, no caso em exame, decorre do fato de o relator poder decidir o mérito, forçoso reconhecer que ela já se encontrava presente muito antes de editada a Lei 9.756/98. As possibilidades eram menos amplas, mas já existiam.

Um ponto merece, ainda, ser destacado. A ter-se como decisivo o que foi estabelecido pela Lei 9.756/98, a considerar-se que a alteração por ela trazida seria determinante da mudança na orientação jurisprudencial, só haveria lugar para os embargos de divergência quando provido o recurso, pois a faculdade de julgamento monocrático negando seguimento era bem anterior a essa lei. Tal conclusão implicaria, evidentemente, um contra-senso. Provido o recurso, por contrariar a jurisprudência predominante do tribunal, os embargos de divergência seriam cabíveis. Se a ele negado seguimento, pela mesma razão, ou por ser manifestamente improcedente, os embargos não se viabilizariam. Parece claro não se poder acolher a solução como correta.

Afigura-se-nos que a nova direção seguida pelo STJ deveu-se a questão de política judiciária. O Tribunal mostrou-se sensível ao tema em razão de, após a Lei 9.756/98, ter-se ampliado significativamente o número de recursos decididos pelos relatores.¹² A questão tornou-se mais relevante e daí a solicitação para que a matéria fosse repensada. Não resta dúvida de que tal motivo é muito ponderável e aquela Corte superior mostra-se atenta a suas elevadas funções ao tê-lo em conta. Consideramos, entretanto, que se está, *data venia*, olvidando circunstância que merece ser realçada, apta a conduzir a solução adequada, sem qualquer arranhão ao sistema da lei.

2.6 - A viabilidade dos embargos de divergência tem como pressuposto básico se aponte paradigma acolhendo entendimento diverso do placitado pelo acórdão que se pretende embargar. Não apenas isso. Necessário, também, que a jurisprudência do tribunal não se tenha firmado no mesmo sentido do acórdão

(12) O Ministro Peçanha Martins que, em trabalho merecedor de reflexão, critica a instituição do julgamento singular, refere-se a “uma verdadeira enxurrada de decisões individuais de relator em todas as instâncias”.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e STJ

embargado. Esse requisito é objeto da Súmula 247 do Supremo, referindo-se, ainda, à Lei 623/49, mas perfeitamente aplicável ao texto atual. Foi igualmente consagrado no artigo 332 de seu Regimento Interno. No STJ, a matéria é pacífica, como se verifica da Súmula 168.

Ora, o julgamento monocrático, provendo o especial ou o extraordinário, requer que o acórdão recorrido tenha contrariado a jurisprudência dominante. Desse modo, a ela se ajustará, necessariamente, a decisão singular. O provimento, pelo relator, faz-se, exatamente, para que prevaleça o entendimento já pacificado no tribunal. Se assim é, não haverá espaço para os embargos, que se chocariam com o empecilho das Súmulas 247 (STF) e 168 (STJ). A conclusão inevitável é a de que nunca seriam admissíveis embargos de divergência que impugnassem decisão do relator provendo o especial ou o extraordinário.

Dir-se-á que nem sempre os relatores se atêm às limitações que dimanam dos artigos 557, § 1º-A e 544, § 3º. Seria possível apontar casos em que os especiais são providos, não obstante a jurisprudência ainda não se encontre pacificada. Não haveria, assim, o obstáculo apontado. Isso ocorrendo, o remédio não será admitir os embargos, mas bem outra, ao que se nos afigura, a solução que decorre da lei, ao menos para a quase totalidade dos casos.

O julgamento monocrático, quando a jurisprudência não se tenha tranqüilizado, importará violência aos citados dispositivos da lei processual, que dispõem sobre os casos em que poderá ele verificar-se. O caminho correto será a interposição de agravo regimental (ou interno), pedindo seja cassada a decisão, precisamente porque a hipótese não ensejava fosse ela proferida singularmente. Isso sendo reconhecido pelo colegiado, a ele se submeterá o especial, ou o extraordinário, e o acórdão ficará exposto a eventuais embargos. Demonstrado, entretanto, que a jurisprudência era realmente dominante, não haverá mais o que prover. Espaço para embargos não existiria mesmo, ainda que julgado o recurso pela turma.

O julgamento que implicasse o não provimento do agravo, formulado nos termos acima, só poderia fundar-se em uma de duas razões. A primeira delas, evidentemente, a de que a irresignação do agravante não procederia, pois inexata a assertiva de que não atendido o determinado em lei como condição de julgamento pelo relator. Essa matéria diz com as peculiaridades do caso e jamais propiciaria campo para os embargos. A segunda, aquela que, teratologicamente, afirmasse, em manifesta agressão à lei, ser possível o provimento do recurso, pelo relator, ainda quando sobre o assunto não existisse jurisprudência firmada. Como o caso seria patológico, poder-se-ia aceitar, até mesmo, o remédio excepcional do mandado de segurança, tido, em regra, como inviável para impugnar decisões de natureza jurisdicional dos tribunais. Em verdade, está-se cogitando de hipótese que, é de supor-se, não deve efetivamente ocorrer.



Ministro Eduardo Andrade Ribeiro de Oliveira

Parece-nos, pois, que essa a via que processualmente se recomenda, sem acarretar perda ao disposto no artigo 546 do CPC, pois o certo é que decisão em recurso especial ou extraordinário, como previsto em lei, não é o mesmo que decisão em agravo.

Merece ser ainda mencionada uma circunstância. Para a admissão dos embargos afirma-se que, no agravo, o que está sendo julgado é o recurso especial.¹³ Se assim é, cumpriria observar-se o que a esse respeito determina a lei, tratando-se de tal recurso: indispensável a publicação de pauta, facultando-se sustentação oral. O artigo 557, § 1º, entretanto, estatui que o relator apresentará o processo em mesa. Isso é explicável, aceitando-se que o agravo se restringirá ao tema da possibilidade da decisão monocrática. Note-se que a observação é pertinente não apenas para o especial, mas também para os julgamentos dos tribunais de apelação.

Assinale-se, por fim, que a dificuldade realmente se apresentaria não por força da inovação da Lei 9.756/98, mas pelo que já constava da Lei 8.038/90, ao ensejar decisão isolada, quando manifesta a improcedência do recurso. Para que tal ocorra, não é necessário que, sobre o ponto, se tenha firmado a jurisprudência. Pode-se concluir pela gritante falta de razão, ainda que sobre a matéria ainda não exista precedente algum. E assim sendo, não haveria os óbices sumulares apontados. Mais razoável, pois, aceitar-se a interposição de embargos nesse caso, o que, ao que sabemos, não se vinha considerando possível.

2.7 – Um pretense motivo a mais para reputar admissíveis os embargos, tanto diretamente da decisão monocrática, como da proferida no agravo, estaria em que seu cabimento dependeria simplesmente da postura assumida pelo relator. Levasse o recurso ao colegiado, os embargos seriam viáveis; deixam de sê-lo, por haver optado pela apreciação singular.

A alegação se justificaria caso se tratasse de matéria sujeita ao arbítrio do relator. Ocorre que, cuidando-se do provimento de recurso, a discricionariedade a ele reconhecida - não arbítrio - limita-se a poder levar a matéria à turma, ainda que a decisão recorrida contrarie a jurisprudência predominante. O contrário não ocorre. O julgamento isolado, insista-se uma vez mais, condiciona-se ao determinado em lei.

De qualquer sorte, o cabimento dos embargos está mesmo sujeito a uma certa área, dizendo com o juízo de admissibilidade, proferido na origem, em relação ao especial ou ao extraordinário.

(13) Abstemo-nos, aqui, de referência ao extraordinário, uma vez que o STF, como já salientado, manteve inalterada sua jurisprudência.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e STJ

Com efeito, admitidos o especial ou o extraordinário, pode abrir-se possibilidade para os embargos, ainda que venham a ser considerados inadmissíveis na Corte *ad quem*. Se, entretanto, a eles negar-se seguimento, no tribunal em que proferida a decisão recorrida, o agravo de instrumento será necessariamente objeto de julgado singular (art. 544, § 2º) e não haverá ensejo para embargos de divergência. Vê-se que, última análise, serão esses cabíveis, ou não, consoante o critério mais ou menos rigoroso do primeiro juízo de admissibilidade.

2.8 - A solução que, a nosso sentir, deflui do sistema é a que viemos de expor. Aceitando-se, entretanto, que admissíveis embargos de divergência em agravo regimental, pelo menos há que restringi-los a quando apreciado o mérito do recurso. Essa solução intermédia parece-nos a sugerida pelo precedente da egrégia Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, quando afirmou admissíveis os embargos, apesar de a decisão embargada haver sido proferida em agravo regimental.¹⁴

Distinguiu o douto Relator as seguintes hipóteses em que seriam cabíveis os embargos, tratando-se de decisão em agravo regimental:

“**a**) contra acórdão que julga agravo interno manifestado contra decisão monocrática que examina recurso especial (seja para dar provimento ou negar), proferida nos termos do atual art. 557, CPC (com a redação dada pela referida Lei 9.756/98);

b) contra acórdão que julga agravo interno manifestado contra decisão monocrática que conhece do agravo do art. 544, CPC, para dar provimento ao próprio recurso especial (art. 544, § 3º, CPC, com a redação dada pela Lei 9.756/98).”

No voto foi salientado que a mudança de orientação prendia-se ao disposto na Lei 9.756/98, uma vez que facultada a decisão singular do próprio mérito.

A citada lei, como já mencionado, autorizou que se desse provimento; não cuidou da negativa. Essa hipótese já se achava contemplada no *caput* do artigo 557, desde a Lei 9.139/95 e, em relação ao especial, a partir de sua regulamentação pela Lei 8.038/90, ainda que com o uso da expressão “negar seguimento”. Não haveria, entretanto, como reputar cabíveis os embargos em

(14) EResp 258.616 – Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo – DJ 21.11.01.



Ministro Eduardo Andrade Ribeiro de Oliveira

caso de provimento, possibilidade introduzida pela nova lei, e o mesmo não se verificar quando se tratasse de não provimento.

Parece-nos que do precedente se há de tirar a conclusão de que possíveis os embargos quando a decisão, em agravo regimental, tenha examinado o mérito do especial. Aí se incluirão os casos de não conhecimento, com exame da questão de direito federal, como pode suceder quando fundado o apelo na letra “a”. Não serão viáveis quando, ressalvada essa hipótese, o especial for simplesmente tido como inadmissível.

A solução é a que se nos afigura coerente com a assertiva de que o ajustamento da orientação jurisprudencial, até então adotada pacificamente, decorreu do disposto na Lei 9.756/98. Essa permitiu o julgamento do mérito do especial, para provê-lo. Por impositiva simetria, igualmente se haverá de ensejar os embargos, quando o julgamento do mérito do recurso importar negativa de provimento. Nenhuma razão, entretanto, para a pretendida consequência de, com base na nova lei, ampliar-se o cabimento do recurso também para os casos em que, sem julgamento do mérito, se lhe negar seguimento por não ser admissível.

Note-se, ainda, que, como já lembrado, se o recurso não se apresentava como capaz de ter o mérito examinado, seu trânsito haveria de ter sido obstado na origem e o julgamento do agravo de instrumento jamais propiciaria embargos de divergência.

Concluindo o tópico relativo à decisão que dá lugar a embargos de divergência, insistimos em que não nos parece deva o recurso, em regra, ser admitido quando se trate de decisão monocrática ou em agravo regimental, talvez se podendo abrir exceção para a hipótese de negar-se seguimento a recurso por manifesta improcedência. De qualquer sorte, a ter-se como possível, há de limitar-se às decisões que apreciem o mérito do especial.

3. - Explanado nosso entendimento no que diz com a decisão suscetível de ser afrontada por embargos de divergência, passa-se a cuidar daquela que se presta a servir de paradigma.

De acordo com o artigo 546 do CPC, será embargável a decisão que, em extraordinário, dissentir da proferida por outra turma ou pelo plenário. No STJ, o dissenso poderá ser com outra turma, com a seção ou com o órgão especial (Corte Especial, consoante o Regimento Interno desse Tribunal). Embora o texto pareça bastante claro, tem dado causa a várias questões.

3.1 - O dissídio, resulta da lei, há de ser com órgão diverso daquele que prolatou o acórdão que se pretende embargar. A matéria é objeto da Súmula 353 do STF.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e STJ

A jurisprudência do Supremo tem feito uma ressalva. Considera capaz de ensejar os embargos o acórdão emanado da mesma turma, se a respectiva composição houver-se alterado em sua maioria.¹⁵

No STJ, delinea-se a mesma orientação, como se verifica dos julgamentos relativos aos EResp 45.227 (rel. Min. Costa Lima – DJ 13.2.95) e ao Agravo Regimental nos EResp 29.521 (rel. Min. Gomes de Barros – DJ 22.4.96).

Esse entendimento liberal parece ser o melhor, pois mais consentâneo com a finalidade do recurso em exame.¹⁶ Seu objetivo é propiciar a uniformização da jurisprudência. Em princípio, tratando-se da mesma turma, a divergência há de ser por ela mesma harmonizada. Se, entretanto, ocorreu mudança em sua composição, só formalmente é a mesma e a uniformização dependerá do pronunciamento do órgão próprio.

3.2 - Não serve como padrão o decidido monocraticamente. Embora o relator seja um órgão da turma, o certo é que, com base apenas em provimento singular, não se pode afirmar qual seja o entendimento dessa. Não se evidencia divergência que justifique a utilização de mecanismo tendente a obter a uniformidade nas decisões da Corte. A jurisprudência do STF é nesse sentido. Cite-se, como exemplo, o decidido nos EREsp 113.067 (rel. Min. Marco Aurélio – RTJ 142/297).

Igualmente não abre ensejo aos embargos, no STJ, o dissídio com acórdão emanado de turma que já tenha perdido a competência para a matéria (Súmula 158). No Supremo a questão não se coloca, uma vez que as turmas têm a mesma competência.

3.3 - Matéria que se expõe a controvérsias é a que se refere à necessidade, ou não, de o paradigma consistir em acórdão relativo a recurso extraordinário ou especial. A lei não faz distinções. Explicita que a decisão passível de embargos há de ter sido tomada naqueles recursos. No que diz com o paradigma, faz menção genérica a julgamento de outro órgão, sem qualquer alusão à natureza do recurso ou ao processo em que proferida. A propósito do tema, a jurisprudência do STJ não se alinha com a do Supremo.

Nesse último Tribunal, a questão foi levantada, pela primeira vez, quando apreciados os Embargos de Divergência no RE 110.347.¹⁷ Até então era

(15) Entre outros: EResp 72.556, rel. Min. Antônio Neder (RTJ 75/751) e EResp 79.752, rel. Min. Moreira Alves (RTJ 88/166).

(16) Teresa Arruda Alvim Wambier considera também acertado esse entendimento (Controle das Decisões Judiciais por meio de Recursos de Estrito Direito e de Ação Rescisória – RT – 2002 – p. 253).

(17) Relator para o acórdão Min. Moreira Alves – RTJ 145/884.

Ministro Eduardo Andrade Ribeiro de Oliveira

admitido, para evidenciar a existência de dissídio, acórdão relativo a agravo regimental, como mostrou o Ministro Oscar Corrêa, ao votar naquele julgamento. Com cinco votos vencidos, veio a prevalecer a orientação cujos fundamentos são os resumidos na seguinte ementa:

“Se o acórdão da Turma, em agravo regimental, não dá margem a que contra ele se interponham embargos de divergência (Súmula 599), não pode ele, também, ser invocado como padrão de confronto para demonstrar a divergência em embargos dessa natureza.”

Sucederam-se decisões, no mesmo sentido, sem que se aduzissem outras razões que não o fato mesmo de existir precedente do plenário. O tema voltou a ser debatido no julgamento dos Embargos de Divergência no RE 112.146¹⁸. Ficaram vencidos os Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence, ambos sustentando ser adequado para servir de base aos embargos o dissenso com julgamento proferido em agravo regimental.

No Superior Tribunal de Justiça, pode-se apontar um acórdão em que se teve como inservível o paradigma, por tratar-se de decisão em conflito de competência. Deve-se assinalar, entretanto, que havia outra razão para não se conhecer dos embargos, o que foi ressaltado no julgamento, não se podendo afirmar que a tese tenha sido a acolhida pela maioria.¹⁹ Razoável aceitar-se que não, uma vez que a Corte Especial, em dois outros pronunciamentos, consagrou, por unanimidade, o entendimento contrário.²⁰

Parece-nos melhor essa última orientação. A razão apresentada para sustentar a tese restritiva prende-se a que apenas se admitindo embargos quanto a julgados em recursos extraordinário ou especial, seria ilógico e iria de encontro à coerência pudesse o paradigma vincular-se a outra hipótese.

Com a devida vênia, o argumento não parece convincente. O legislador certamente pretendeu restringir os recursos, ao estabelecer aquela limitação. Nenhuma previu, porém, quanto ao paradigma. E, como salientado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, no voto minoritário citado, o entendimento em exame traz o risco do absurdo. Com efeito, a adotar-se a rigorosa simetria pretendida, não se poderia sequer confrontar a tese eleita como a correta, no julgamento de um extraordinário, com a que fosse acolhida em ação direta de

(18) Relator Min. Octávio Gallotti – DJ 29.9.00.

(19) Embargos de Divergência no Resp 50.458 – Relator Min. Demócrito Reinaldo – DJ 7.8.95.

(20) EResp 103.510 – Relator Min. Hélio Mosimann – DJ 2.3.98 e EResp 51.920 – Relator Min. Eduardo Ribeiro – DJ 6.3.95.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e STJ

inconstitucionalidade. O julgamento divergente do órgão fracionário prevaleceria, apesar de o contrário haver sido proclamado pelo Pleno.

Em relação ao STJ, considere-se a hipótese de rescisória, decidida por seção, a que se opusesse aresto de uma de suas turmas. Parece chocante que o dissídio, assim configurado, não possa ter remédio.

Ao Supremo Tribunal cabe a última palavra a respeito da hermenêutica constitucional. Ao Superior Tribunal de Justiça, uniformizar a aplicação do direito federal e garantir-lhe a autoridade. Muitíssimo inconveniente se cristalizem dissídios internos que desorientam os jurisdicionados e acarretam desprestígio para aquelas Cortes. Alguns não terão remédio, em virtude mesmo da restrição legal ao cabimento dos embargos. Nada recomendável que se ampliem as hipóteses, distinguindo, onde a lei não distingue, no que diz com o paradigma.

4. - Pode ocorrer e freqüentemente ocorre presente o acórdão mais de um fundamento, qualquer um deles capaz, por si, de sustentar o decidido. Em tal caso, segue-se a mesma regra aplicável ao especial e ao extraordinário. Os embargos haverão de atacar todos eles. Para isso, indispensável se comprove o dissídio quanto às diversas razões de decidir.

Outra hipótese é a de a parte considerar que o acórdão se expõe a impugnação, tanto por uma razão infraconstitucional, como por outra de índole constitucional. Isso poderá suceder, por exemplo, caso se entenda que, ao apreciar o especial, o STJ distanciou-se dos parâmetros estabelecidos pelo artigo 105 da Constituição, além de haver dissentido, na interpretação da lei federal, de julgado de outro órgão colegiado integrante de sua composição.

A diversidade de competências, estabelecida pela própria Constituição, leva a que exista, aí, uma exceção à regra da unirecorribilidade, análoga à que se verifica em relação ao cabimento de especial e extraordinário. A lei não contém normas procedimentais a esse propósito. Parece-nos que a solução mais recomendável é a de apresentarem-se, de logo, os embargos de divergência e o recurso extraordinário, ficando este último sobrestado até o julgamento dos primeiros. A fazer-se de modo diverso, haverá preclusão, impeditiva da interposição do recurso.

O tema foi brilhantemente versado no voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence, ao apreciar o AgRg no AG 275.637 (DJ 19.12.01), embora nos permitamos dele em parte discordar. Considerou S. Exa. que se havia de invocar a regra contida no artigo 808 § 2º do Código de 39, que cuidava da interposição do antigo recurso de revista e do extraordinário.²¹ O prazo era comum, sustando-se o julgamento do apelo dirigido ao Supremo.

(21) Na ementa do acórdão há menção, fruto de evidente equívoco, ao artigo 802.

Ministro Eduardo Andrade Ribeiro de Oliveira

Nossa divergência prende-se apenas à necessidade de reiteração do extraordinário, após o julgamento dos embargos, caso fossem esses conhecidos, o que foi mencionado de passagem, pois não correspondia à espécie em apreciação.

Três hipóteses podem verificar-se. Uma primeira, de não conhecimento dos embargos. Nesse caso, como se decidiu no citado julgamento, nada se alterou e não há motivo algum para cogitar-se de reiteração. Em uma segunda, serão os embargos conhecidos e recebidos. O extraordinário fica prejudicado. Terceira, aquela em que conhecidos e rejeitados os embargos. Considerou aquele douto Ministro que, nesse caso, dá-se a substituição do decidido no recurso especial pelo que o foi nos embargos. Em conseqüência, a primeira decisão deixaria de subsistir e o extraordinário haveria de dirigir-se contra a prolatada nos embargos.

Não nos parece que assim seja, *data venia*. A substituição do julgado recorrido há de ser vista com certas restrições, em virtude da admissibilidade de dois recursos para impugnar a mesma decisão. Por força dessa circunstância, a substituição, no caso, dá-se nos limites do que foi objeto dos embargos de divergência. E não tratam esses dos temas constitucionais, objeto do extraordinário.

A admitir-se a substituição, o extraordinário ficaria irremediavelmente prejudicado. Os vícios de inconstitucionalidade que, como seu fundamento, nele sejam apontados, terão ocorrido na decisão do especial e não, evidentemente, no julgamento dos embargos. Se por acaso se repetiram nessa oportunidade, mister um outro recurso, impugnando outra decisão. Na hipótese, pois, de conhecimento e rejeição dos embargos, dever-se-á processar o extraordinário, sem que se requeira providência alguma do recorrente.