

**COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO, APERFEIÇOAMENTO E
EXTENSÃO DA PUC - SP (COGEAE)**

ESTHER YUMI CHO

RA 00105360

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA: CABIMENTO DO RECURSO QUANDO OS
ACÓRDÃOS EM CONFRONTO FORAM PROFERIDOS PELA MESMA TURMA
JULGADORA**

SÃO PAULO

2014

ESTHER YUMI CHO

RA 00105360

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA: CABIMENTO DO RECURSO QUANDO OS
ACÓRDÃOS EM CONFRONTO FORAM PROFERIDOS PELA MESMA TURMA
JULGADORA**

Monografia apresentada à Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão da PUC - SP (COGEAE), como exigência parcial para aprovação no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* - Especialização em Direito Processual Civil.

Orientadora: Profa. Dra. Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz

SÃO PAULO

2014

ESTHER YUMI CHO

RA 00105360

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA: CABIMENTO DO RECURSO QUANDO OS
ACÓRDÃOS EM CONFRONTO FORAM PROFERIDOS PELA MESMA TURMA
JULGADORA**

Monografia apresentada à Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão da PUC - SP (COGEAE), como exigência parcial para aprovação no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* - Especialização em Direito Processual Civil.

BANCA EXAMINADORA:

Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz

SÃO PAULO

2014

Aos meus pais, Roberto e Suzana, por todo amor e compreensão.

À minha irmã, Priscilla, por toda paciência e incentivo.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus por ter me dado a vida, me proteger e me guiar em todos os momentos.

Agradeço aos meus pais, Roberto e Suzana, meus grandes heróis, por toda a compreensão e por terem me ensinado que nunca devo desistir de alcançar os meus objetivos.

Agradeço a minha irmã mais nova, Priscilla, que me apoiou em todas as situações difíceis e em tantos momentos se mostrou tão madura.

Agradeço a Professora Doutora Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz por todos os ensinamentos compartilhados durante o curso de especialização e por todas as orientações necessárias para que o presente trabalho fosse concretizado.

Por fim, agradeço a todos que contribuíram ao meu amadurecimento.

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de analisar os embargos de divergência, recurso que visa a eliminação de controvérsias e uniformização da jurisprudência interna do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Serão estudados vários aspectos desta modalidade recursal, sendo que muitos não apresentam orientações uníssonas na doutrina e na jurisprudência. Dentre todos os temas com entendimentos dissonantes, o presente ensaio visa, precipuamente, discorrer quanto a possibilidade do cabimento dos embargos de divergência quando os acórdãos recorrido e paradigma foram proferidos pela mesma turma julgadora, cuja composição foi alterada substancialmente de um julgamento para outro.

ABSTRACT

This research goals to analyze appeal against devious decision, a kind of recourse that aims at eliminate controversies and unify the internal brazilian jurisprudence of Supreme Federal Court and Superior Court of Justice. Various aspects of this appeal form will be studied, and many of them do not have peaceful understanding in doctrine and jurisprudence areas. Among all disagreements aspects, this essay is aimed primarily discuss the appropriateness of appeal against devious decision when the paradigm and appeal judgments were delivered by the same judging Panel, which composition was substantially changed from a judgment to another.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 O INSTITUTO EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA	10
1.1 Origem e evolução histórica dos embargos de divergência	11
1.2 Finalidade dos embargos de divergência.....	14
1.3 A diferença dos embargos de divergência com outros instrumentos processuais	16
2 OS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PERANTE OS TRIBUNAIS SUPERIORES	19
2.1 O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça	19
2.2 Hipóteses de cabimento.....	21
2.3 Competência para julgamento	27
2.4 Comprovação da divergência (confronto analítico)	29
2.5 Procedimento	30
2.6 Efeitos	33
3 HIPÓTESES DE CABIMENTO: A ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL NA COMPOSIÇÃO MAJORITÁRIA DA TURMA.....	36
3.1 O posicionamento do Supremo Tribunal Federal.....	37
3.2 O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça.....	41
4 OS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	45
CONCLUSÃO.....	49
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	53

INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva examinar os embargos de divergência, instituto que tem papel fundamental no ordenamento jurídico pátrio. Expressamente previsto como recurso no artigo 496 do Código de Processo Civil vigente, os embargos são interponíveis somente no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), e auxiliam o Judiciário na uniformização da jurisprudência interna destes tribunais.

Diversos temas serão estudados, sendo que há muitos entendimentos dissonantes para vários aspectos desta modalidade recursal. Muitas questões dos embargos de divergência não são pacíficas na doutrina e na jurisprudência.

O objetivo principal do presente ensaio será estudar uma dessas discussões, qual seja: a questão do cabimento dos embargos quando os acórdãos em confronto foram proferidos pela mesma turma do tribunal superior, cuja composição foi alterada substancialmente em momentos sucessivos.

O cabimento dos embargos de divergência, quando inserida na hipótese supramencionada, é um dos temas que envolve grande problemática. Entre os próprios tribunais de superposição não há consenso quanto a sua possibilidade. O entendimento do STF difere-se da orientação defendida, predominantemente, pelo STJ.

O presente trabalho foi realizado por intermédio de pesquisas doutrinária e jurisprudencial e divide-se em quatro capítulos.

Inicialmente, abordaremos a origem e evolução história dos embargos de divergência no ordenamento jurídico pátrio, passando a analisar sua finalidade, bem

como as diferenças entre o referido recurso e outros instrumentos previstos no Código de Processo Civil vigente.

O segundo capítulo visa estudar os embargos perante os tribunais superiores. Analisaremos as hipóteses de cabimento dos embargos de divergência, a competência para julgamento, procedimento e efeitos da interposição deste recurso. Também examinaremos melhor a estrutura interna do STF e do STJ e a questão da necessidade do confronto analítico entre os acórdãos cotejados.

Já o terceiro capítulo dispõe sobre o tema principal do presente trabalho. A partir da análise de decisões do STF e do STJ, aprofundaremos o estudo acerca do cabimento dos embargos quando as decisões confrontadas foram proferidas pela mesma turma julgadora, cuja composição foi alterada substancialmente.

Por fim, o último capítulo foi reservado para observar a disposição do recurso dos embargos de divergência no projeto do novo Código de Processo Civil que ainda está em trâmite perante o Congresso Nacional.

1 O INSTITUTO EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA

Na Antiguidade grega, Aristóteles, em sua obra *Política*, esboçou pela primeira vez a “tripartição de Poderes”, ao prever a existência de três funções estatais distintas que deveriam ser exercidas pelo poder soberano.

Em razão do momento histórico vivido pelo ilustre pensador, as funções descritas em sua teoria deveriam ser concentradas na figura de uma única pessoa “que detinha um poder ‘incontrastável de mando’, uma vez que era ele quem editava o ato geral, aplicava-o ao caso concreto e, unilateralmente, também resolvia os litígios eventualmente decorrentes da aplicação da lei”¹.

Tempos depois, a teoria elaborada por Aristóteles foi aperfeiçoada por Montesquieu, em sua obra *O espírito das leis*. A fim de resguardar a liberdade dos indivíduos, bem como conceber um governo moderado, o filósofo francês ensinou que as funções de legislação, administração e jurisdição não seriam exercidas por uma única pessoa, mas sim por três órgãos distintos que atuariam de forma independente, autônoma e absoluta.

A teoria construída por Montesquieu ficou associada à ideia de Estado Democrático e foi adotada de forma mitigada por Constituições de vários países, inclusive pela Constituição Federal de 1988, no artigo 2º.

A Constituição Federal consagrou em seu art. 2º a tradicional tripartição de Poderes, ao afirmar que são Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Com base nessa proclamação solene, o próprio legislador constituinte atribuiu diversas funções a todos os Poderes, sem, contudo, caracterizá-la com *exclusividade absoluta*. Assim, cada um dos Poderes possui uma função *predominante*,

¹ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 513.

que o caracteriza como detentor de parcela da soberania estatal, além de outras funções previstas no texto constitucional. São as chamadas funções típicas e atípicas.²

Dessa forma, ao órgão Judiciário, além das funções atípicas de natureza executiva e legislativa, coube a função típica jurisdicional. De modo geral, pode-se dizer que na jurisdição o Estado tem a função de substituir a vontade das partes para que, de maneira imparcial, aplique o direito ao caso concreto e resolva o conflito que as envolve.

Uma vez que compete ao Estado a solução dos conflitos de interesses, o Judiciário deve ter credibilidade. Não é possível que casos com o mesmo suporte fático tenham pronunciamentos judiciais distintos, motivando incerteza jurisprudencial.

É necessário sempre buscar a uniformidade na aplicação do direito, pois "interessa à ordem jurídica hígida e justa, mais do que alhures, a erradicação da incerteza quanto ao direito aplicável às lides"³.

Neste sentido é que se observa a relevância dos embargos de divergência. Este recurso visa a unidade do direito no ordenamento jurídico pátrio e, conforme nos ensina Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart⁴, dentre todos os embargos viáveis perante os tribunais de superposição, efetivamente constitui alguma novidade.

1.1 Origem e evolução histórica dos embargos de divergência

O nascimento dos embargos de divergência está atrelado ao recurso de revista que era previsto no artigo 853, *caput*, do Código de Processo Civil de 1939. Este último pretendia a uniformização da jurisprudência interna do tribunal quanto à interpretação das teses jurídicas.

² MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 379.

³ ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 843.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil, V. 2: Processo de Conhecimento*. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 590.

Apesar de previsto no Código de Processo Civil de 1939, houve resistência do Supremo Tribunal Federal (STF) em aceitar que das decisões divergentes de seus órgãos fracionários fossem interpostos recursos de revista. O STF posicionou-se neste sentido, sob o fundamento de que o referido recurso deveria ser aplicado apenas para a uniformização dos julgados das "Câmaras Cíveis Reunidas", ou seja, dos tribunais de apelação.

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 órgão. [...].⁵

A solução dada pelo legislador para este impasse foi a edição da Lei nº 623, de 19 de janeiro de 1949. Esta lei acrescentou ao artigo 833 do Código de Processo Civil de 1939 um parágrafo único prevendo: "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".

Surgiram, assim, os embargos de divergência, cuja função "é idêntica à da revista, e bem diferente dos embargos de declaração e dos embargos infringentes, porque propicia a uniformidade da interpretação do direito em tese"⁶.

O Código de Processo Civil de 1973 deixou de contemplar acerca do recurso de embargos de divergência no rol dos recursos cíveis, "aduzindo-se apenas que o recurso extraordinário teria seu processamento na forma preconizada pelo Regimento Interno do STF (art. 546 do CPC)"⁷.

Apesar da omissão no referido estatuto processual, o STF editou seu Regimento Interno para que seu artigo 330 disciplinasse os embargos de divergência. Posteriormente, foi acrescentado um parágrafo único ao artigo 546 do

⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, volume V: arts. 476 a 565*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p. 632 e 633.

⁶ ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 846.

⁷ PIZZOL, Patricia Miranda; MIRANDA, Gilson Delgado. *Recursos no Processo Civil*. 5. São Paulo: Atlas Jurídico, 2008. p. 162.

Código de Processo Civil de 1973 que previa: "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".

Ocorre que, com o advento da Constituição Federal de 1988, houve a criação do Superior Tribunal de Justiça (STJ). A nova ordem constitucional transferiu a função de uniformizar o direito federal, que antes era do STF, ao STJ.

Nova lei foi editada (Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990) para dispor sobre os embargos no âmbito deste novo Tribunal Superior, revogando, entre outros, todo o artigo 546 do Código de Processo Civil. Assim, deixou de existir fundamento legal para o cabimento dos embargos de divergência perante o STF.

Entretanto, na prática, os embargos de divergência continuaram a ser admitidos no STF. A Corte Suprema continuou possibilitando a oposição dos embargos com base em seu regimento interno (artigo 330 do Regimento Interno do STF).

Tal fato pouco auspicioso não importou o desaparecimento dos embargos de divergência no STF. E isso porque, no alvitre do próprio tribunal, as normas regimentais porventura existentes na ocasião da promulgação da CF/1988 continuavam exibindo a força de lei formal que lhes outorgara o art. 115, parágrafo único, da CF/1967, no tocante à competência do plenário (letra *a*) e das turmas (letra *b*) e, principalmente, ao processo e julgamento "dos feitos de sua competência originária ou de recurso" (letra *c*). Este é o fundamento para superar a ausência de lei de iniciativa da União (art. 22, I, da CF/1988). O STF considerou subsistentes os embargos de divergência com suporte nas normas regimentais.⁸

Toda dúvida envolvendo a Corte Suprema foi superada com a Lei nº 8.950, de 13 de dezembro de 1994. Esta lei acrescentou o inciso VIII ao rol do artigo 496 do Código de Processo Civil de 1973, esclarecendo que os embargos de divergência são recurso autônomo.

Houve, ainda, alteração no texto do artigo 546 do mesmo *Codex* processual. Os embargos tornaram-se cabíveis tanto das decisões proferidas em sede de recurso especial, quanto das decisões proferidas em sede de recurso extraordinário.

⁸ ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 847.

Por tudo, é possível extrair duas conclusões preliminares. A primeira consiste em que, atualmente, os embargos de divergência têm previsão expressa no Código de Processo Civil e, portanto, *integram a lista dos recursos existentes no ordenamento jurídico vigente*. A segunda conclusão refere-se à possibilidade jurídica de oposição dos embargos de divergência na esfera do *Superior Tribunal de Justiça*, bem como no *Supremo Tribunal Federal*, tendo em mira acórdão de turma proferidos em recurso especial e extraordinário, respectivamente.⁹

Cumprido ressaltar que a nova redação do artigo 546 do Código de Processo Civil vigente nada menciona acerca do cabimento dos embargos contra decisão em agravo de instrumento. Diferentemente do conteúdo do artigo 330 do Regimento Interno do STF, a alteração do artigo 546 tornou inviável o cabimento dos embargos de divergência contra decisão proferida em sede de agravo de instrumento.

Este descompasso, conforme nos ensina Araken de Assis¹⁰, deve ser resolvido com o prevalecimento da norma posterior, ou seja, da Lei nº 8.950, de 13 de dezembro de 1994.

1.2 Finalidade dos embargos de divergência

O STF e o STJ são compostos por ministros, homens e mulheres, cuja educação e formação foram transmitidas de forma distinta de um para outro. Eles têm suas próprias convicções e valores. Assim, é mais do que comum que não haja consenso entre os próprios julgadores.

Ocorre que, uma vez que foi atribuída ao Estado a função jurisdicional, não é possível que para casos com idênticas condições fáticas, sejam proferidas decisões discrepantes.

É necessário que o Judiciário tenha credibilidade, devendo-se buscar a unidade de interpretação do direito a ser aplicado nos casos concretos.

No direito brasileiro, a jurisprudência, que é a reiteração de julgados interpretando o direito em certo sentido, mesmo quando consagrada em súmula, não tem força normativa. Seu grau de influência decorre da

⁹ TORREÃO, Marcelo Pires. *Dos Embargos de Divergência: Teoria e Prática no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004. p. 24.

¹⁰ ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 847.

autoridade e do espírito dos tribunais de que emana. Pretende alcançar o ideal de justiça igual para todos os casos que igualmente se subsumem à mesma norma legal. À ordem jurídica repugna o fenômeno de casos iguais serem decididos de maneira diferente [...].¹¹

Neste sentido é que surgiram os embargos de divergência. Este recurso, previsto no Código de Processo Civil vigente, nos artigos 496, inciso VIII e 546, tem a finalidade de eliminar as controvérsias existentes e uniformizar a jurisprudência interna do STF e do STJ¹².

¹¹ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro, Volume 2: (Atos Processuais a Recursos e Processos no Tribunais)*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 391 e 392.

¹² EMENTA: EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA – PRESSUPOSTOS FORMAIS DE SUA UTILIZAÇÃO – JURISPRUDÊNCIA DE AMBAS AS TURMAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE SE CONSOLIDOU, POSTERIORMENTE, EM SENTIDO OPOSTO AO DO ACÓRDÃO EMBARGADO – DIVERGÊNCIA DE TESES CONFIGURADA – LITISCONSÓRCIO ATIVO FACULTATIVO – AUTORES COM DOMICÍLIO EM DIVERSAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO – POSSIBILIDADE DE INSTAURAÇÃO DA CAUSA, CONTRA A UNIÃO FEDERAL, EM QUALQUER DAS SEÇÕES JUDICIÁRIAS ONDE DOMICILIADOS OS LITISCONSORTES ATIVOS – ESCOLHA QUE SE SUBMETE, UNICAMENTE, AO CRITÉRIO EXCLUSIVO DOS DEMANDANTES (CF, ART. 109, § 2º) – ADMISSIBILIDADE DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. FUNÇÃO JURÍDICO-PROCESSUAL DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. - Os embargos de divergência – instituídos pela Lei nº 623, de 19/02/49, preservados pelo RISTF (arts. 330/332) e hoje disciplinados pelo Código de Processo Civil (art. 546, na redação dada pela Lei nº 8.950/94) – destinam-se, em sua específica função jurídico-processual, a promover a uniformização de jurisprudência no âmbito do Supremo Tribunal Federal (RTJ 162/1082, v.g.), suprimindo, desse modo, em obséquio ao princípio da certeza e da segurança jurídicas, os dissídios interpretativos que se registrem entre as Turmas ou que antagonizem uma das Turmas ao próprio Plenário desta Corte. LEGITIMIDADE DA PRETENSÃO UNIFORMIZADORA DA PARTE EMBARGANTE QUE OBJETIVA FAZER PREVALECER A POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL PREDOMINANTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. - Acórdão embargado que não reflete a jurisprudência predominante no âmbito do Supremo Tribunal Federal: hipótese que justifica a admissibilidade dos embargos de divergência. ORIENTAÇÃO HOJE CONSOLIDADA NA JURISPRUDÊNCIA DO STF. - Nas causas intentadas contra a União Federal, os litisconsortes ativos, quando domiciliados em unidades diversas da Federação, poderão, sempre a seu exclusivo critério, ajuizar a concernede ação no foro do domicílio de qualquer deles, sem prejuízo de sua opção por qualquer dos outros critérios definidores da competência da Justiça Federal comum estabelecidos no art. 109, § 2º, da Constituição da República. Precedentes de ambas as Turmas do STF. (STF - RE 451907 EDv-AgR - Tribunal Pleno. Ministro Relator: Celso de Mello; Julgado em: 20/03/2013; Publicado em: 15/04/2013.)

e

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. FINALIDADE DE UNIFORMIZAÇÃO JURISPRUDENCIAL. ALTERAÇÃO DA PREMISSE ADOTADA NO ACÓRDÃO EMBARGADO. DESCABIMENTO. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. "Os Embargos de Divergência possuem a finalidade de uniformizar a jurisprudência do Tribunal mediante o inarredável pressuposto de que, diante da mesma premissa fática, os órgãos julgadores tenham adotado soluções jurídicas conflitantes. Tal recurso não pode ser utilizado como meio de revisão de possível premissa equivocada do acórdão embargado, o que poderia, em tese, modificar a conclusão nele assentada. (AgRg nos EREsp 1.311.156/SE, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Corte Especial, DJe 10/5/13). 2. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg nos EREsp 1248022/PR - Corte Especial. Ministro Relator: Arnaldo Esteves Lima; Julgado em: 20/11/2013; Publicado em: 09/12/2013.)

A intenção do recurso é a de resolver o problema, interno do Tribunal, de dissenso pretoriano. Da mesma forma que há recursos (hoje, o recurso especial) que objetivam levar a um Tribunal hierarquicamente superior uma questão a ser pacificada (com relação à qual existe divergência de interpretação nas Cortes inferiores), os embargos de divergência servem para que o Tribunal, internamente, uniformize a sua interpretação.¹³

Por se tratar de modalidade recursal, os embargos têm o caráter corretivo que é inerente a todas as espécies de recurso. Ao uniformizar o entendimento sobre a matéria versada, simultaneamente, há um novo entendimento do tribunal superior ao caso concreto que ensejou a interposição do recurso.¹⁴

Ademais, não pretendem buscar a melhor ou a mais adequada justiça para o caso a ser solucionado, tampouco objetivam uniformizar a interpretação de normas jurídicas distintas ou meras teses doutrinárias¹⁵. Os embargos destinam trazer unidade na interpretação do direito aplicável aos casos que tenham similitude fática.

Sendo o objetivo principal dos embargos de divergência harmonizar o entendimento do próprio Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal, pode-se asseverar, em linha de princípio, que não se aprecia, quanto à sua admissibilidade, o acerto ou desacerto da decisão proferida no âmbito do recurso especial ou extraordinário.¹⁶

1.3 A diferença dos embargos de divergência com outros instrumentos processuais

Conforme estudado no item anterior, os embargos de divergência tem por fim uniformizar a jurisprudência dos tribunais de superposição, eliminando uma divergência *intra muros*¹⁷. Por se tratar de recurso cuja interposição se dá nas mais

¹³ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Recursos para os Tribunais Superiores: Recurso Extraordinário, Recurso Especial, Embargos de Divergência e Agravos*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012. p. 174.

¹⁴ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 990.

¹⁵ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. Vol. 5. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 308 e 309.

¹⁶ SHIMURA *apud* TORREÃO, Marcelo Pires. *Dos Embargos de Divergência: Teoria e Prática no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004. p. 32.

¹⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José da. *Curso de Direito Processual Civil - 3 Vol.* 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 355.

altas cortes do país, é necessário distingui-los de outros institutos processuais que existem em nosso ordenamento, os quais guardam características próprias.

Uma vez que se tratam de institutos parcialmente homônimos, inicialmente, é necessário distingui-los dos embargos infringentes (artigo 530 do Código de Processo Civil) e dos embargos de declaração (artigo 535 do Código de Processo Civil). Assim, não pode haver confusão entre os embargos infringentes, embargos de declaração e embargos de divergência.

Os embargos infringentes visam o prevalecimento do voto vencido quando proferido acórdão não unânime em sede de apelação ou ação rescisória. Pretendendo pacificar a divergência existente entre os membros do mesmo órgão, a fim de que prevaleça o voto vencido, os embargos infringentes podem ser interpostos em qualquer tribunal.

Já nos embargos de divergência "a divergência que o enseja não é a que se verifica na turma julgadora quando há votos vencidos, mas a que se constata entre a decisão de um órgão fracionário e outro, ou entre órgão fracionário e o plenário"¹⁸. Os embargos de divergência objetivam sanar a divergência existente entre órgãos do mesmo tribunal superior, podendo ser apreciados tanto o mérito, quanto a admissibilidade do recurso especial ou recurso extraordinário.

Quanto aos embargos de declaração, estas servem para sanar a obscuridade, contradição ou omissão existente na decisão, não objetivando, precipuamente, a correção de uma decisão que foi proferida erroneamente pelo Judiciário. Diferentemente deste, o recurso embargos de divergência "exibe efeito substitutivo mais intenso do que os embargos declaratórios, cuja função de integrar o pronunciamento impugnado mascara a substituição da parte defeituosa impugnada"¹⁹.

Os embargos de divergência não se confundem, também, com o recurso especial fundamentado na alínea c do artigo 105, inciso III da Constituição Federal. Apesar de servir para uniformizar o entendimento de lei federal, o recurso especial

¹⁸ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil, Volume 2: Processo de Conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 172.

¹⁹ ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 848.

realiza o cotejo de acórdãos quando há divergência de interpretação nos tribunais inferiores, ou seja, pretende uniformizar jurisprudência externa.

Todavia, nos embargos de divergência, os acórdãos comparados foram proferidos dentro do próprio tribunal superior.

A modalidade recursal estudada no presente trabalho diverge-se do instituto previsto no artigo 555, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil, também denominado de "incidente de assunção de competência". Este incidente tem lugar no curso de qualquer procedimento recursal perante um tribunal para prevenir ou solucionar divergência entre câmaras ou entre turmas, quando há "relevante questão de direito"²⁰.

Por fim, apesar de terem o mesmo objetivo (a uniformização da interpretação de teses jurídicas), os embargos de divergência diferem-se do instituto de uniformização de jurisprudência, previsto nos artigos 476 a 479 do Código de Processo Civil.

Os embargos de divergência cumprem tarefa similar à da *uniformização de jurisprudência* (arts. 476 a 479), mas com esta não se confundem. É que este último remédio se apresenta como simples incidente que precede ao julgamento de recurso pendente enquanto os embargos de divergência são admissíveis depois de já ultimado o julgamento e, por isso, assumem a natureza de novo recurso.²¹

Conforme disposto no artigo 476 do Código de Processo Civil, o incidente de uniformização de jurisprudência pode ser suscitado de ofício pelo juiz, com caráter preventivo que não se presta à correção de decisões. Este instituto não tem natureza recursal, pois apenas objetiva "predeterminar o conteúdo de uma decisão que ainda não foi proferida"²².

²⁰ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil Interpretado: Artigo por Artigo, Parágrafo por Parágrafo*. 10ª ed. São Paulo: 2011. p. 819.

²¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual - Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. 47ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 730.

²² WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento, Volume 1*. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 739.

2 OS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PERANTE OS TRIBUNAIS SUPERIORES

Conforme estudado no capítulo anterior do presente trabalho, a Constituição Federal de 1988 adotou de forma branda, em seu artigo 2º, a teoria da "tripartição de poderes". O Judiciário tem a função típica jurisdicional, devendo solucionar os conflitos a ele levados para que haja a aplicação do direito.

Considerando que o Judiciário é composto por muitos órgãos (artigo 92, incisos, da Constituição Federal), e que estes são compostos por homens e mulher, cuja formação, valores e convicções são individuais, é comum que haja dissenso entre os julgadores.

Ocorre que, cabendo ao Estado a solução dos litígios, não é possível que para casos com identidade fática sejam proferidas decisões judiciais diferentes. É necessário preservar a segurança jurídica.

O Código de Processo Civil de 1973 prevê institutos para a viabilidade da uniformização de jurisprudência. Dentre estes, há o recurso de embargos de divergência que só pode ser utilizado perante os tribunais de superposição, ou seja, o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ), dois dos órgãos que integram o Judiciário, conforme previsão do artigo 92, incisos I e III, da Constituição Federal.

2.1 O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça

Também denominado de Corte Suprema, o STF, é o órgão de cúpula do Judiciário no Brasil e tem por função precípua a guarda da Constituição Federal.

Já o STJ, criado pela Constituição Federal de 1988, tem a função primordial de guardar a lei federal, pois é o "órgão destinado a julgar, em última instância, a matéria relativa ao direito federal infraconstitucional"²³.

Os dois tribunais superiores são compostos por ministros, escolhidos e nomeados pelo Presidente da República, após serem sabatinados pelo Senado Federal e aprovados pelo voto da maioria absoluta, consoante disposto nos artigos 101 e 104 da Constituição Federal.

Os ministros devem, ainda, ter mais de 35 (trinta e cinco) e menos de 65 (sessenta e cinco) anos de idade, bem como notável saber jurídico e reputação ilibada. No STF é requisito para o cargo que os ministros sejam brasileiros natos, enquanto que o STJ pode ser ocupado por brasileiros natos ou naturalizados.

Uma vez que compete a estes tribunais o pronunciamento final de matérias tão relevantes, resta claro que suas decisões norteiam todos os órgãos fracionários inferiores.

Nesse sentido, é indispensável que haja unidade jurisprudencial dentro do STF e do STJ. Caso haja divergência interna, há que se fazer o confronto das decisões por intermédio dos embargos de divergência.

De fato, a segurança e a previsibilidade quanto à interpretação das normas constitucionais são os efeitos desejados pela coletividade no concernente aos pronunciamentos divulgados pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal. Por exemplo, sabe-se que os juízes e os tribunais de segunda grau buscam paradigma jurisprudencial nas decisões proferidas pelas cortes superiores. De igual modo, as partes e seus procuradores observam os entendimentos adotados por esses tribunais, na tentativa de encontrar o resultado seguro em relação ao direito pleiteado.

Entretanto, o objetivo de uniformizar a jurisprudência dos tribunais locais e regionais não pode ser atingido se ocorrer a divergência jurisprudencial nos próprios tribunais superiores. Mister ressaltar que a divergência interna dos tribunais de superposição constitui o mais grave tipo de incerteza jurisprudencial, pois atinge diretamente a confiabilidade esperada por toda a sociedade, especialmente a jurídica.²⁴

²³ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento, Volume 1*. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 109.

²⁴ TORREÃO, Marcelo Pires. *Dos Embargos de Divergência: Teoria e Prática no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004. p. 30 e 31.

2.2 Hipóteses de cabimento

Conforme observa Araken de Assis em sua obra, o cabimento dos embargos de divergência é tema de alta complexidade, pois há falta de clareza no trato do assunto²⁵. Considerando as ponderações do nobre doutrinador, no presente item, trataremos dos principais pontos acerca do cabimento da modalidade recursal, ora em estudo.

Inicialmente, vale mencionar que os embargos de divergência estão previstos no Código de Processo Civil vigente, nos artigos 496, inciso VIII, 508 e 546.

Já seu procedimento encontra-se disposto no Regimento Interno do STF (RISTF), nos artigos 330 a 332 e 334 a 336, bem como no Regimento Interno do STJ (RISTJ), nos artigos 266 a 267.

De acordo com o artigo 546 do Código de Processo Civil, os embargos de divergência são cabíveis apenas de decisão proferida em sede de recurso especial ou recurso extraordinário.

Uma vez que este recurso tem por fim uniformizar a jurisprudência interna do tribunal superior, seu cabimento se dá contra decisão cujo teor seja divergente de decisão proferida por outra turma ou outro órgão do tribunal. Assim, pode ser eleito "como paradigma, acórdão de outra turma, de seção, do órgão especial e do Pleno, sempre do mesmo tribunal"²⁶.

O acórdão embargável deve ter sido proferido por turma. Não se admite sua interposição de decisão proferida pela seção ou pelo Órgão Especial (no caso do STJ) ou pelo Plenário (no caso do STF).

Importante ressaltar que, uma vez que os embargos de divergência tem por fim uniformizar a jurisprudência interna dos tribunais superiores, não é possível que o acórdão paradigma tenha sido proferido por outro tribunal senão aquele que proferiu a decisão embargável. "Em outros termos, o fato de uma turma do STJ ter

²⁵ ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 850.

²⁶ MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recursos e Ações Autônomas de Impugnação - Vol. 2*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 248.

dado ao direito objetivo interpretação diversa da que lhe deu o STF (e vice-versa) não torna cabíveis os embargos de divergência"²⁷.

Não há obrigatoriedade quanto a unanimidade no julgamento do recurso especial ou do recurso extraordinário. A decisão pode ter sido proferida por maioria e, ainda que tenha sido unânime, poderão ser interpostos, desde que haja divergência de decisão proferido por outro órgão do tribunal. "Exige-se apenas que a decisão tenha resultado da deliberação da turma em julgamento de recurso especial ou extraordinário, conforme o caso"²⁸.

Frise-se que os ilustres Fredie Didier Júnior e Leonardo José da Cunha²⁹ ensinam que a decisão paradigma pode ter sido proferida de julgamento de qualquer recurso, até mesmo de ação de competência originária do tribunal. Todavia, esta decisão não poderá ser monocrática, pois apenas acórdão serve como decisão paradigma.

Cássio Scarpinella Bueno³⁰ entende em sentido contrário ao expor em sua obra que o acórdão utilizado para comprovar o dissídio jurisprudencial não pode ter sido tomado em outros recursos ou "ações originárias" julgadas pelo mesmo tribunal superior.

Sobre o tema, Araken de Assis ensina:

Os incisos do art. 546 nada referem no tocante à natureza do recurso julgado no acórdão trazido pelo embargante como paradigma. O STF exige, porém, que o paradigma resulte do julgamento de recurso extraordinário ou de embargos de divergência - por exemplo, acórdão proferido em agravo regimental não serve ao confronto. O STJ tem entendimento parcialmente diverso. A Corte Especial do STJ decidiu o seguinte: "A orientação firmada pelo STJ é no sentido de, em regra, apenas serem cabíveis embargos de divergência entre decisões proferidas no âmbito de recurso especial, inadmissível o confronto com agravo de instrumento, em face do preceituado nos arts. 546, I, do CPC e 266 do Regimento Interno, salvo se, nos autos do agravo, for decidido o mérito do recurso especial...". Aliás, a posição doutrinária prevalecente sublinha no julgamento de recurso especial.

²⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil - Volume II*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 129.

²⁸ ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito Processual Civil*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 959.

²⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José da. *Curso de Direito Processual Civil - 3 Vol.* 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 356.

³⁰ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Vol. 5*. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 310.

No entanto, não caracterizam divergência os julgados proferidos em recurso ordinária e nos conflitos de competência.³¹

Mencione-se, ainda, que não é possível interpor esta modalidade recursal contra decisão isolada de relator.

Em resumo, para que caibam os embargos de divergência, é preciso que: a) tenha havido decisão colegiada, ou seja, um acórdão, não sendo possível interpor embargos de divergência contra decisão isolada de relator; b) o acórdão tenha sido proferido por Turma; c) esse acórdão tenha decidido um recurso especial (no STJ) ou um recurso extraordinário (no STF).³²

Vale destacar que para que caibam os embargos de divergência, é necessário que os acórdãos cotejados tenham idênticas premissas fáticas, vez que "sem o preenchimento desse requisito, se buscará a uniformização de situações fático-jurídicas distintas"³³.

Ademais, não importa se a divergência trata de questões processuais ou de mérito. É irrelevante que os embargos tenham sido opostos para invocar dissenso jurisprudencial que trata de questões referentes ao mérito ou admissibilidade do recurso especial ou extraordinário.

Porém, quando houver o cotejo das decisões em razão de questões processuais, importa salientar que não há obrigatoriedade quanto identidade dos pressupostos de fato dos processos.

[...] A decisão, na realidade, não afasta o entendimento consagrado pela exigência da similitude fática nos embargos de divergência, mas lembra com propriedade que, nas questões processuais, essa similitude é dispensável. Naturalmente, deve-se tratar da mesma questão processual, que deverá ser aplicada de forma distinta, independentemente de diferenças fáticas existentes entre as demandas decididas pelo acórdão recorrido e o paradigma. Por exemplo, se numa hipótese é admitida uma complementação de preparo em apelação e noutra não, é irrelevante que o

³¹ ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 855.

³² DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José da. *Curso de Direito Processual Civil - 3 Vol.* 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 356.

³³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p. 778.

primeiro processo tenha como objeto uma rescisão contratual e o segundo, um divórcio.³⁴

Saliente-se que as questões tratadas nos embargos de divergência devem ter sido devidamente prequestionadas³⁵. Este pressuposto é inerente ao julgamento do próprio recurso especial e recurso extraordinário, vez que o STF e o STJ não julgam matéria que não foi objeto de discussão anterior. Logo, transfere-se a necessidade do prequestionamento ao recurso em estudo.

Outrossim, os acórdãos divergentes devem ter sido apreciados em idêntico grau de cognição. "Se o acórdão paradigma versou sobre o juízo de admissibilidade e o acórdão recorrido tratou do mérito da questão, não há identidade entre os casos, não sendo cabíveis os embargos de divergência"³⁶.

No entendimento do STJ, em razão do princípio da unicidade, não é possível que a parte apresente, simultaneamente, embargos de divergência e recurso extraordinário em face do mesmo acórdão proferido em sede de recurso especial³⁷.

Porém, imperioso observar a súmula 126 do STJ, aplicável por analogia aos embargos de divergência. Neste caso, será necessária a interposição concomitante dos embargos e do recurso extraordinário quando proferido acórdão em recurso especial que viola dispositivo constitucional e, ao mesmo tempo, diverge de decisão de outra turma, seção ou Órgão Especial³⁸.

³⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p. 778.

³⁵ EMENTA: PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. DISSÍDIO NÃO CONFIGURADO. DESSEMELHANÇA DOS CASOS CONFRONTADOS. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. AGRAVOS DESPROVIDOS. I – Não se configura divergência entre acórdãos quando no julgado embargado há peculiaridades específicas, não encontradas nos julgados paradigmas. II – Nos embargos de divergência também se faz necessário o prequestionamento da tese de direito. (STJ - AgRg nos EREsp 200808/RJ - Segunda Seção. Ministro Relator: Sálvio de Figueiredo Teixeira; Julgamento em: 24/10/2001; Publicado em: 04/02/2002.)

³⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José da. *Curso de Direito Processual Civil - 3 Vol.* 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 357.

³⁷ ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 853.

³⁸ TORREÃO, Marcelo Pires. *Dos Embargos de Divergência: Teoria e Prática no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004. p. 67.

Observe-se que, em regra, não são cabíveis embargos de divergência contra acórdão proferido em sede de agravo de instrumento, agravo regimental ou agravo interno.

Todavia é possível a interposição deste recurso quando se tratar das situações previstas no artigo 544, parágrafo 4º ou no artigo 557, parágrafo 1º-A, ambos do Código de Processo Civil, pois são casos em que houve a apreciação do mérito do recurso especial ou recurso extraordinário.

Na primeira hipótese, no STF ou no STJ, o relator poderá conhecer do agravo para dar provimento ao próprio recurso extraordinário ou ao próprio recurso especial, se o acórdão recorrido estiver em conflito com súmula ou jurisprudência dominante do tribunal superior. Já na segunda situação, da mesma forma, pode o relator dar provimento ao recurso extraordinário ou recurso especial se visualizar que a decisão recorrida está contrariando súmula ou jurisprudência dominante do tribunal superior.

Nas duas hipóteses acima, inicialmente, houve a apreciação do mérito do recurso especial ou do recurso extraordinário de maneira monocrática. Assim, a parte poderá interpor agravo interno, com fundamento nos artigos 545 e 557, parágrafo 1º do Código de Processo Civil.

O agravo interno interposto será julgado pela turma que poderá proferir acórdão mantendo a decisão do relator. Deste acórdão poderão ser interpostos embargos de divergência, pois o agravo interno foi interposto de decisão monocrática que apreciou o recurso especial ou recurso extraordinário. Entende-se que "a partir do julgamento do agravo interno, ter-se-a, então, o pronunciamento da própria turma, abrindo caminho para a interposição dos embargos de divergência"³⁹.

Os embargos de divergência só são admissíveis no âmbito do RE e do REsp. No recurso ordinário constitucional, ainda, que da competência do STF e do STJ (CF 102 II e 105 II), os embargos de divergência são incabíveis. Somente a decisão colegiada do STF ou STJ é que enseja a interposição de embargos de divergência. A decisão monocrática, proferida com base no CPC 557, não pode ser impugnada pelos referidos embargos. Caso isso ocorra, a parte deve interpor o agravo interno (CPC 557 §1.º),

³⁹ ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito Processual Civil*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 961.

provocando o julgamento colegiado para que, desse acórdão, possa recorrer por meio dos embargos de divergência.⁴⁰

Este entendimento é adotado pelo STJ, em razão do disposto em suas súmulas 315 ("não cabem embargos de divergência no âmbito do agravo de instrumento que não admite recurso especial") e 316 ("cabem embargos de divergência contra acórdão que, em agravo regimental, decide recurso especial").

O STF também passou a adotar esta orientação ao cancelar a súmula 599 de sua jurisprudência, que estabelecia não ser cabível embargos de divergência de decisão de turma em agravo regimental.

Observe-se que o dissenso jurisprudencial deve ser atual. Os embargos servem para uniformizar jurisprudência recente do STF ou STJ, não sendo possível a sua interposição se a divergência já está superada⁴¹.

Neste sentido é que estão dispostas as súmulas 168 do STJ ("não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do tribunal se firmou no mesmo

⁴⁰ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 990.

⁴¹ EMENTA: EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE DA UNIÃO PARA COBRANÇA DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS A ELA DEVIDOS. DESSEMELHANÇA DAS HIPÓTESES CONFRONTADAS. JURISPRUDÊNCIA DA CORTE FIRMADA NO MESMO SENTIDO DO ACÓRDÃO EMBARGADO. SÚMULA 168/STJ. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS REJEITADOS. 1. O acolhimento de Embargos de Declaração depende da presença de pelo menos um destes requisitos: (a) obscuridade, (b) contradição ou (c) omissão, sem o que a decisão embargada é de ser mantida por todos os seus fundamentos. 2. Não se presta este recurso sui generis à finalidade de sustentar eventual incorreção do decisum hostilizado ou propiciar novo exame da própria questão de direito material, de modo a viabilizar, em sede processual inadequada, a desconstituição de ato judicial regularmente proferido. 3. Ao contrário do que afirma a embargante, foi externada fundamentação suficiente à solução da controvérsia, sendo desnecessário o esmiuçamento de cada um e de todos os argumentos apresentados pelas partes pelo Julgador, mormente quando já superados pela jurisprudência desta Corte. 4. São inadmissíveis Embargos de Divergência quando o paradigma colacionado apresenta orientação superada no âmbito deste STJ, que agora afirma a legitimidade concorrente da parte e do Advogado para a execução dos honorários de sucumbência, bem como que a União possui legitimidade para a execução de honorários advocatícios a ela devidos (Súmula 168/STJ). 5. Embargos Declaratórios rejeitados. (STJ - EDcl no AgRg nos EAREsp 31141/RS - Corte Especial. Ministro Relator: Napoleão Nunes Maia Filho; Julgamento em: 19/06/2013; Publicado em: 07/08/2013.)

e

EMENTA: Agravo regimental nos embargos de divergência no agravo regimental no recurso extraordinário. Taxa de Fiscalização e Funcionamento. Escritório de advocacia. Cabimento da exação. Precedentes. 1. Inadmissível se mostra o recurso de embargos de divergência se fundamentado em posição jurisprudencial de há muito já superada pela jurisprudência da Suprema Corte. 2. Inteligência da norma do art. 332 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. 3. Agravo regimental não provido. (STF - RE 260348 AgR-EDv-AgR-segundo/SP - Tribunal Pleno. Ministro Relator: Dias Toffoli; Julgamento em: 19/12/2012; Publicado em: 06/06/2013.)

sentido do acórdão embargado") e 247 do STF ("o relator não admitirá os embargos da Lei 623, de 19/2/1949, nem deles conhecerá o Supremo Tribunal Federal, quando houver jurisprudência firme do Plenário no mesmo sentido da decisão embargada").

Importante ressaltar, ainda, a súmula 158 do STJ ("não se presta justificar embargos de divergência o dissídio com acórdão de turma ou seção que não mais tenha competência para a matéria neles versada"). Não são cabíveis embargos se o acórdão paradigma é originário do extinto Tribunal Federal de Recursos ou do STF, quando este tribunal tinha, antes da Constituição Federal de 1988, a competência para o julgamento de direito federal infraconstitucional.

Por fim, cumpre destacar que, em regra, não cabem embargos quando os acórdãos cotejados são da mesma turma. Deve ser observado o requisito da diversidade orgânica.

Entretanto, a citada regra deve ser observada com certas ponderações, vez que na jurisprudência é possível encontrar julgados possibilitando o cotejo quando há alteração considerável na composição da turma julgadora, conforme veremos nos próximos capítulos do presente trabalho.

2.3 Competência para julgamento

Para que se possa entender a competência para o julgamento dos embargos de divergência, é necessário observar, inicialmente, a organização interna do STF e do STJ.

A Corte Suprema é composta por onze ministros e formada por duas turmas, que estão no mesmo plano hierárquico, cada qual com cinco membros, bem como pelo Plenário em que há a atuação de todos os ministros, incluindo a do Presidente do Tribunal.

Já o STJ é formado por turmas, seções e Corte Especial (também chamado de Órgão Especial). São seis turmas no total, cada qual composto de cinco ministros, sendo que: a primeira e a segunda turmas integram a Primeira Seção, a terceira e a quarta turmas compõem a Segunda Seção e, finalmente, a quinta e a sexta turmas constituem a Terceira Seção. Além destes, o STJ também é formado pela Corte

Especial, seu órgão máximo, que é dirigida pelo Presidente do Tribunal e congrega os quinze ministros mais antigos deste tribunal.

Esta divisão interna se dá para que estes tribunais possam desempenhar da melhor forma as funções que lhe foram atribuídas.

Em razão da estrutura mais simples do STF, que é composta apenas por duas turmas e pelo Plenário, compete a este último órgão julgar os embargos de divergência quando há divergência entre turmas ou entre turma e Plenário (artigo 6º, inciso IV do RISTF).

Já no âmbito do STJ, se houver dissídio jurisprudencial entre turmas que integram a mesma seção ou se a decisão estiver divergindo do entendimento da própria seção, cabe a esta julgar os embargos. Na hipótese da divergência ser referente a decisão proferida por outra turma, ou por outra seção ou pela Corte Especial, caberá ao Órgão Especial o julgamento dos embargos (artigos 11, inciso XIII e 12, parágrafo único, inciso I, combinado com o artigo 266, todos do RISTJ).

Cássio Scarpinella Bueno traz em sua obra uma situação interessante quanto à competência para o julgamento do embargos de divergência interpostos perante o STJ, quando levados dois ou mais acórdãos como paradigma:

Na hipótese de os embargos de divergência serem, concomitantemente, fundamentados em divergência entre três Turmas, sendo duas de uma mesma Seção, impõe-se que, primeiramente, a divergência seja dirimida no âmbito da Seção. Caso ela persista em confronto com o acórdão paradigmático da outra Turma, impõe-se a manifestação da Corte Especial.⁴²

Todavia, Araken de Assis tem opinião diversa. O ilustre doutrinador entende que nestas situações a decisão já deve ser realizada pela Corte Especial, a fim de assegurar o princípio da economia processual, pois, de qualquer modo, o julgamento final seria feito pelo Órgão Especial.

Pode acontecer de o recorrente apontar como divergentes acórdãos proferidos por Turma integrante da mesma Seção da que julgou o acórdão

⁴² BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Vol. 5.* São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 317.

embargado e por Turma integrante de Seção diversa. Em tal hipótese, aplicar-se-á o art. 266, *caput*, segunda parte, recaiando a competência na esfera da Corte Especial do STJ. Não se mostra concebível, na falta de previsão legal ou regimental específica, dividir o julgamento, ajustando-se o entendimento, em primeiro lugar, no seio da própria Turma e, em seguida, levar o resultado ao conhecimento da Corte Especial. É função precípua desse último órgão fixar a tese jurídica aplicável pelos demais órgãos fracionários do tribunal. Além disso, o julgamento por etapas provocaria desnecessário desperdício de tempo e de atividade processual, porque a última palavra caberia de qualquer modo, à Corte Especial.⁴³

2.4 Comprovação da divergência (confronto analítico)

Conforme disposto nos artigos 331 do RISTF e artigo 266 do STJ, ao se interpor os embargos de divergência, deve-se comprovar todas as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos em confronto. À esta atividade de comparação denominamos de cotejo ou confronto analítico.

O dissídio jurisprudencial deve ser invocado quando demonstrado de forma clara, objetiva e analítica. Os embargos de divergência somente serão admitidos se houver expressa menção da identidade das questões de fato e de direito do acórdãos confrontados, bem como das orientações jurídicas proferidas de forma distinta.

É necessário realizar a comparação pontual entre os acórdãos confrontados, bem como fazer o pedido em favor do entendimento esboçado no acórdão paradigma.

Caso fosse dispensável comprovar o dissídio entre o acórdão embargado e o paradigma, a finalidade dos embargos de divergência não seria alcançada. Seria impossível analisar dois acórdãos que tenham premissas fáticas distintas, pois é preciso que as decisões tenham correlação entre si.

Neste sentido, vale mencionar a súmula 290 do STF que dispõe, *in verbis*:

Súmula 290 do STF: Nos embargos da Lei 623, de 19/2/1949, a prova de divergência far-se-á por certidão, ou mediante indicação do *Diário da Justiça* ou de repertório de jurisprudência autorizado, que a tenha publicado, com a transcrição do trecho que configure a divergência, mencionadas as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

⁴³ ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 864 e 865.

Vale mencionar que esta comparação não se dá com a mera transcrição de ementas⁴⁴, a não ser que ela, sozinha, contenha todos os detalhes do caso.

Ora, se a ementa é bem esclarecedora quanto aos detalhes do caso, ela, sozinha, será suficiente para fundamentar os embargos de divergência, desde que seja feito o confronto ou cotejo analítico entre o acórdão recorrido e a ementa do acórdão paradigma. Enfim, deve-se aplicar aos embargos de divergência a mesma orientação que finca o recurso especial por divergência jurisprudencial, não havendo razão para, no particular, haver tratamento díspar.⁴⁵

Registre-se que, em se tratando de dissídio notório, a exigência da comparação pontual pode ser relativizada⁴⁶.

2.5 Procedimento

Conforme já estudado anteriormente no presente trabalho, o parágrafo único do artigo 546 do Código de Processo Civil autoriza que o procedimento dos

⁴⁴ EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. INEXISTÊNCIA DA DIVERGÊNCIA APONTADA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. Os acórdãos indicados como paradigmas, via transcrição apenas das respectivas ementas, não se mostram hábeis a demonstrar o conflito de teses a que adstrito o conhecimento dos embargos de divergência, recurso sabidamente de fundamentação vinculada. Ao contrário, pertinem aos temas de fundo do recurso extraordinário, cujo trânsito o agravo de instrumento – a que negado seguimento – perseguiu, e não a seus pressupostos de admissibilidade, objeto da decisão embargada. Precedentes. Agravo regimental a que se nega seguimento. Mantida a decisão agravada. (STF - AI 793320 AgR-EDv-AgR - Tribunal Pleno. Ministra Relatora: Rosa Weber; Julgamento em: 13/06/2012; Publicado em: 28/06/2012.)

e

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. CESSÃO DE CRÉDITO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. ACÓRDÃO EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DA PRIMEIRA SEÇÃO. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO DE N. 1.146.148-SC. APLICAÇÃO DA SÚMULA 168/STJ. 1. Não realizado o cotejo analítico entre os acórdãos em comparação, com a demonstração dos trechos que eventualmente os identificassem, limitando-se a embargante à mera transcrição de ementas, não há falar em à comprovação do dissídio jurisprudencial invocado. 2. O acórdão embargado observou a orientação jurisprudencial desta Corte, firmada sob o regime do artigo 543-C do CPC, no sentido de que é possível a cessão de créditos decorrentes do empréstimo compulsório sobre energia elétrica, em razão da inexistência de vedação legal. 3. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg nos EREsp 1146148/SC - Primeira Seção. Ministro Relator: Benedito Gonçalves; Julgamento em: 22/08/2012; Publicado em: 28/08/2012.)

⁴⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José da. *Curso de Direito Processual Civil* - 3 Vol. 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 361.

⁴⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p. 779.

embargos de divergência seja estabelecido pelos regimentos internos dos tribunais de superposição. Esta permissão é legítima no "modelo constitucional do direito processual civil", desde que os regimentos internos observem os ditames constitucionais e legais sobre o assunto⁴⁷.

Portanto, o procedimento dos embargos está regulado no Regimento Interno do STF, nos artigos 330 a 332 e 334 a 336, bem como no Regimento Interno do STJ, nos artigos 266 a 267.

Tanto no âmbito do STF, quanto no âmbito do STJ, os embargos de divergência devem ser interpostos no prazo de 15 (quinze) dias da publicação da decisão embargada, consoante o artigo 508 do Código de Processo Civil. Serão juntados aos autos independentemente de despacho, conforme previsto no artigo 334 do RISTF e artigo 266, parágrafo 2º do RISTJ.

Uma vez interpostos os embargos de divergência, será sorteado o relator dos embargos. Este poderá ser qualquer ministro que integra o órgão competente para apreciação do recurso, desde que não tenha participado do julgamento do acórdão embargado, conforme artigo 76, primeira parte, do RISTF e artigo 78, primeira parte, do RISTJ.

Ao relator competirá efetuar o juízo de admissibilidade dos embargos de divergência. Poderá indeferi-los, liminarmente, quando intempestivos, contrariarem súmula do Tribunal ou não restar comprovada a divergência jurisprudencial. Desta decisão cabe agravo regimental no prazo de 5 (cinco) dias, conforme previstos no artigos 317 do RISTF e 258 do RISTJ.

Se admitidos os embargos de divergência, será proferido despacho fundamentado, bem como será a parte contrária intimada para apresentar suas contrarrazões em 15 (quinze) dias (artigo 508 do Código de Processo Civil). Uma vez admitidos, não cabe revisão. O relator não poderá reformar seu despacho a fim de inadmitir o recurso.

Caso seja necessário, o Ministério Público terá vista dos autos por 20 (vinte) dias (artigo 266, parágrafo 4º do RISTJ).

⁴⁷ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. Vol. 5. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 314.

Impugnados ou não os embargos, os autos irão à conclusão para que o relator inclua o feito na pauta de julgamentos. Observe-se que, quando do julgamento dos embargos de divergência, em primeiro lugar, será analisada a admissibilidade do recurso. Caso o juízo de admissibilidade seja negativo, o recurso não será conhecido. Se positivo, passar-se-á ao julgamento do mérito.

Ressalte-se que não é possível interpor embargos de divergência sob a forma adesiva, em razão da ausência de previsão no inciso II do artigo 500 do Código de Processo Civil⁴⁸.

Não é necessária a presença de revisor e, conforme o artigo 159 do RISTJ, admite-se sustentação oral nos embargos de divergência. No âmbito do STF, apesar do regimento interno ser silente quanto ao assunto, há que se admitir o cabimento da sustentação oral em razão da previsão de seu artigo 336, *caput*.

Acerca do preparo, importante mencionar que no âmbito do STF, em razão da revogação do artigo 335, parágrafo 3º do RISTF pelo artigo 511 do Código de Processo Civil, é necessário comprovar o preparo no ato da interposição do recurso⁴⁹.

⁴⁸ EMENTA: PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA - RECURSO ADESIVO - DESCABIMENTO - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL - FALTA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS ACÓRDÃOS CONFRONTADOS - EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NÃO CONHECIDOS. 1. É descabida a interposição de recurso adesivo em sede de embargos de divergência, ante a falta de previsão legal para tanto. 2. Nos termos do enunciado nº 598 da Súmula/STF, "nos embargos de divergência não servem como padrão de discordância os mesmos paradigmas invocados para demonstrá-la, mas repelidos como não dissidentes no julgamento do recurso extraordinário". Precedentes desta Corte Superior. 3. Em relação a um dos arestos paradigmas, os embargantes não comprovaram a divergência nos termos exigidos, já que deixaram de juntar cópia do acórdão ou de indicar o repositório oficial, autorizado ou credenciado em que este se acha publicado. 4. É inviável o conhecimento de dissídio jurisprudencial entre arestos de uma mesma Turma julgadora. 5. A mera transcrição de ementas é insuficiente para a exata compreensão do dissídio apontado. 6. Nos embargos de divergência é indispensável haver identidade ou similitude fática entre os acórdãos paradigma e embargado, bem como teses jurídicas contrastantes, de modo a demonstrar a alegada interpretação divergente. Na espécie, os acórdãos paradigmas foram proferidos em ações de desapropriação, em que se discutia a integralidade da indenização devida pelo ente expropriante. O julgado embargado, por sua vez, não versa sobre situação fática semelhante, já que tratou de hipótese em que já houve a imissão na posse e o ressarcimento pela servidão administrativa, discutindo-se tão-somente a possibilidade do pagamento de nova indenização em virtude do aumento da faixa *non aedificandi*, prevista posteriormente pela Lei nº 6.766, de 19/07/79. 7. Embargos de divergência não conhecidos. (STJ - EREsp 261587 / SP - Primeira Seção. Ministra Relatora: Denise Arruda; Julgamento em: 13/12/2004; Publicado em: 01/02/2005.)

⁴⁹ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. Vol. 5. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 316.

Já no âmbito do STJ, as opiniões doutrinárias se dividem quanto a sua exigência.

Há entendimentos tanto no sentido de exigir o preparo nos embargos de divergência opostos perante este tribunal em razão da Lei 11.636/2007, precisamente o seu artigo 5º⁵⁰, bem como no sentido contrário, ou seja, de que não é necessário o preparo quando interpostos embargos de divergência contra acórdão fruto do julgamento de recurso especial⁵¹.

Do acórdão proferido em sede de embargos de divergência caberá embargos de declaração (artigo 535 do Código de Processo Civil) e quando se tratar de decisão proferida pelo STJ, há que se admitir o cabimento de recurso extraordinário, se presentes os pressupostos específicos.

2.6 Efeitos

A interposição de recursos no processo traz consequências jurídicas, denominados de efeitos. Constituem matéria de ordem pública e devem ser atribuídos de ofício pelo juiz⁵².

Nos embargos de divergência operam-se o efeitos devolutivo. Inerente a todos os recursos, com o efeito devolutivo há devolução da matéria objeto de divergência para reexaminação do Judiciário.

Nesse passo, em razão do efeito translativo, há que se observar se os tribunais superiores estão limitados a apreciar apenas aquilo que é objeto dos embargos de divergência. Este assunto não é pacífico na doutrina.

Eduardo Arruda Alvim⁵³ posiciona-se no sentido de afastar o efeito translativo em relação aos embargos de divergência. Para o doutrinador, uma vez que este efeito é estranho para os recursos dito extraordinários, e os embargos de

⁵⁰ ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito Processual Civil*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 968.

⁵¹ DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José da. *Curso de Direito Processual Civil - 3 Vol.* 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 362.

⁵² GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil, Volume 2: Processo de Conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 89.

⁵³ ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito Processual Civil*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 969.

divergência são desdobramento do recurso especial e recurso extraordinário, não há que se falar em efeito translativo.

Em sentido contrário é o entendimento de Fredie Didier Júnior e Leonardo José da Cunha⁵⁴. Eles disciplinam em sua obra que, se conhecidos os embargos de divergência, compete ao tribunal julgar a causa, indicando a interpretação correta e aplicando o direito à espécie (artigo 336 RISTF). Assim, é possível admitir o efeito translativo nos embargos, razão pela qual ao tribunal é permitido examinar questões de ordem pública

Haverá efeito substitutivo se a decisão dar provimento ao recurso com a substituição do acórdão embargado por outro proferido do julgamento dos embargos de divergência. O efeito substitutivo ainda operará se negado provimento aos embargos, "seja por defeito na forma ou no fundo do aresto embargado"⁵⁵.

Por fim, cumpre mencionar acerca da incidência do recurso suspensivo nos embargos de divergência, vez que este assunto também não é uníssono na doutrina.

Prevalece o entendimento de que em razão da ausência de efeito suspensivo nos recursos especial e extraordinário e por expressa indicação do artigo 266, parágrafo 2º do RISTJ, os embargos de divergência não possuem efeito suspensivo.

Entretanto, há doutrinadores que defendem que as disposições regimentais não podem disciplinar acerca dos efeitos da interposição do recurso, mas apenas sobre o procedimento recursal. Caso discipline quanto aos efeitos, há violação da competência legislativa da União em matéria processual (artigo 22, inciso I da Constituição Federal). Logo, por ser a lei omissa, há efeito suspensivo nos embargos de divergência⁵⁶.

Não sendo questão pacífica, se no caso concreto não houver incidência de efeito suspensivo aos embargos de divergência, é possível a propositura de medida cautelar incidental inominada para atribuição do referido efeito ao recurso.

⁵⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José da. *Curso de Direito Processual Civil - 3 Vol.* 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 362.

⁵⁵ TORREÃO, Marcelo Pires. *Dos Embargos de Divergência: Teoria e Prática no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004. p. 49.

⁵⁶ ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos.* 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 862 e 863.

Sem prejuízo de os embargos de divergência não serem dotados de efeito suspensivo, é possível, via medida cautelar incidental inominada, atribuir-lhes mencionado efeito, tal como sucede com o próprio recurso especial. Ao relator, *ad referendum* do órgão fracionário encarregado de julgar embargos de divergência, caberá apreciar o pedido de atribuição liminar de efeito suspensivo ao recurso.⁵⁷

⁵⁷ ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito Processual Civil*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 969.

3 HIPÓTESES DE CABIMENTO: A ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL NA COMPOSIÇÃO MAJORITÁRIA DA TURMA

Conforme já tratamos no presente trabalho, o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) compõe-se de ministros. Eles são escolhidos e nomeados pelo Presidente da República, após serem sabatinados pelo Senado Federal e aprovados pelo voto da maioria absoluta, consoante disposto nos artigos 101 e 104 da Constituição Federal. Devem ter mais de 35 (trinta e cinco) e menos de 65 (sessenta e cinco) anos de idade, bem como notável saber jurídico e reputação ilibada.

Estudamos, ainda, que os dois tribunais superiores são divididos internamente para que possam desempenhar da melhor forma as funções que lhe são inerentes. O STF é dividido em duas turmas e, ainda, é composto pelo Plenário em que há a atuação de todos os ministros. Já o STJ é composto por seis turmas, três seções e pela Corte Especial, também conhecido como Órgão Especial.

Tendo em vista que os tribunais são formados por pessoas que têm notório saber jurídico, formação distinta, bem como convicções e valores próprios, é comum que para casos com a mesma premissa fática sejam proferidas decisões judiciais diferentes.

Neste sentido é que nasceram os embargos de divergência. A fim de trazer unidade jurisprudencial dentro dos tribunais superiores, este recurso é cabível apenas perante o STF e o STJ, quando as decisões proferidas por suas turmas diferem do teor de julgamento de outro órgão fracionário dos respectivos tribunais, ou seja, no âmbito do STJ, de outra turma, seção ou Corte Especial, e, no âmbito do STF, de outra turma ou Plenário.

Ocorre que há constante rotatividade na composição das turmas nos tribunais de superposição. A composição das turmas altera com o passar do tempo e é comum que, num curto espaço de tempo, alguns ministros aposentem e novos sejam nomeados para que ocupem o cargo.

E, uma vez que compete ao Estado a resolução dos conflitos a ele levados, a alteração na composição das turmas no STF e no STJ torna mais comum o proferimento de decisões judiciais divergentes quando tratados casos com similitude fática.

Em regra, não é possível opor embargos de divergência quando confrontados acórdãos da mesma turma. Todavia, esta regra merece temperamentos quando incidir a hipótese excepcional.

Há precedentes no sentido do cabimento dos embargos ainda quando o dissídio se verifique entre acórdãos da *mesma* turma, caso haja variado a respectiva composição, e notadamente a da maioria vitoriosa, de um para outro julgamento. É indiferente que o acórdão da turma haja deixado de conhecer do recurso ou que, dele conhecendo, lhe tenha dado ou negado provimento. Os textos (legal e regimental) não distinguem e em qualquer desses casos é possível a configuração do dissídio jurisprudencial.⁵⁸

Portanto, há julgados tanto possibilitando a interposição dos embargos de divergência nestas situações, quanto rejeitando a possibilidade, podendo se afirmar que o STF entende em um sentido e o STJ defende um posicionamento diametralmente oposto.

3.1 O posicionamento do Supremo Tribunal Federal

Da leitura do artigo 546 do Código de Processo Civil é possível extrair que são cabíveis embargos de divergência quando os dissídios jurisprudenciais emanarem de órgãos fracionários distintos do mesmo tribunal superior.

É o que reza a súmula 353 do STF, que explicita acerca do requisito da diversidade orgânica, ao dispor, *in verbis*: "são incabíveis os embargos da Lei 623,

⁵⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, volume V: arts. 476 a 565*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p. 634 e 635.

de 19/2/1949, com fundamento em divergência entre decisões da mesma Turma do Supremo Tribunal Federal".

Ocorre que o próprio STF alterou seu entendimento.

A Corte Suprema passou a admitir embargos de divergência com paradigma emanado pela turma do acórdão recorrido em hipótese excepcional: quando houver alteração da maioria dos componentes da turma de um julgamento para outro. Havendo modificação substancial da composição da turma não há a identidade total dos julgadores e, assim, no entendimento do STF, sua súmula 353 deve ser interpretada de forma mitigada para que seja possível a interposição do recurso.

Entretanto, há uma exceção no Supremo Tribunal Federal, em que se admitem embargos de divergência com paradigma prolatado pela mesma turma do acórdão embargado: quando houver alteração da maioria dos membros que integram o colegiado julgado. Assim, se mais da metade dos membros que proferiram voto no acórdão embargado forem diversos daqueles que participaram da votação no aresto paradigma, configura-se a mudança substancial na composição da turma, cabendo o recurso de embargos de divergência. Do contrário, se inexistir essa considerável alteração, não cabem os referidos embargos.⁵⁹

Os embargos de divergência devem preencher, dentre os vários pressupostos que lhe condicionam a sua oposição, a observância do requisito da diversidade orgânica. Caso os acórdãos confrontados tenham origem na mesma turma, o STF possibilita a interposição do recurso, desde que haja mudança na sua composição, notadamente da maioria vitoriosa.

Neste sentido é que julgou o STF na Questão de Ordem suscitada pelo Ministro Celso de Mello nos RE-EDv-QO 318469/DF⁶⁰. Ressaltando a importância

⁵⁹ TORREÃO, Marcelo Pires. *Dos Embargos de Divergência: Teoria e Prática no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004. p. 150 e 151.

⁶⁰ EMENTA: EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA - PRESSUPOSTOS FORMAIS DE SUA UTILIZAÇÃO - CRITÉRIO DA DIVERSIDADE ORGÂNICA (SÚMULA 353/STF) - PADRÃO DE DIVERGÊNCIA QUE EMANOU DA MESMA TURMA QUE PROFERIU A DECISÃO EMBARGADA - COMPOSIÇÃO SUBSTANCIALMENTE IDÊNTICA DESSE ÓRGÃO FRACIONÁRIO - EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NÃO ADMITIDOS. - Os embargos de divergência estão sujeitos, dentre os vários pressupostos que lhe condicionam a interposição, à observância do requisito da diversidade orgânica. Esse requisito impõe que o padrão de divergência - para ser validamente invocado como expressão do dissídio interpretativo - resulte de acórdão emanado, ou do Plenário ou de outra Turma do Supremo Tribunal Federal, pois não se reveste de idoneidade processual, para efeito de demonstração do conflito pretoriano, a indicação de acórdão proferido pela própria Turma de que proveio a decisão contra a qual foram opostos os embargos de divergência (Súmula 353/STF), ressalvada a hipótese excepcional de a Turma haver sofrido substancial modificação em sua

dos embargos de divergência, que corrobora com os princípios da certeza e da segurança jurídica, o Plenário entendeu que não se admitem embargos de divergência quando as decisões cotejadas foram proferidas por mesma turma, cuja composição majoritária permaneceu inalterada de um para outro julgamento.

A Corte Suprema seguiu a mesma orientação nos autos do RE 433592 AgR-ED-EDv-AgR/PI ⁶¹. O Plenário do STF entendeu que, para ser passível de confrontação, os acórdãos cotejados nos embargos de divergência devem observar o requisito da diversidade orgânica. A decisão paradigma deve ter sido emanada pelo Plenário ou por turma diversa da que proferiu o acórdão embargado. Em regra, a indicação de acórdão proferido pela mesma turma de que proveio a decisão contra

composição. Precedentes. - Inocorrência, na espécie, dessa hipótese excepcional, pois os acórdãos em confronto emanaram da mesma Turma cuja composição majoritária - quatro (4) Ministros, no caso - manteve-se substancialmente inalterada. (STF - RE-EDv-QO 318469/DF – Tribunal Pleno. Ministro Relator: Celso de Mello; Julgado em: 02/10/2002; Publicado em: 11/10/2002.)

⁶¹ EMENTA: EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA – PRESSUPOSTOS FORMAIS DE SUA UTILIZAÇÃO – CRITÉRIO DA DIVERSIDADE ORGÂNICA – DESCUMPRIMENTO, PELA PARTE EMBARGANTE, DO DEVER PROCESSUAL DE PROCEDER AO CONFRONTO ANALÍTICO DETERMINADO NO ART. 331 DO RISTF – NECESSÁRIA RELAÇÃO DE PERTINÊNCIA ENTRE OS ACÓRDÃOS CONFRONTADOS – INOCORRÊNCIA – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – COMPETÊNCIA NORMATIVA PRIMÁRIA (CF/69, ART. 119, § 3º, “c”) – POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL, SOB A ÉGIDE DA CARTA FEDERAL DE 1969, DE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DISPOR, EM SEDE REGIMENTAL, SOBRE NORMAS DE DIREITO PROCESSUAL – RECEPÇÃO, PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988, DE TAIS PRECEITOS REGIMENTAIS COM FORÇA E EFICÁCIA DE LEI (RTJ 147/1010 – RTJ 151/278) – PLENA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO ART. 331 DO RISTF – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - A inobservância do critério da diversidade orgânica consagrado na Súmula 353 do STF inviabiliza, em regra, o próprio conhecimento do recurso de embargos de divergência. Não são cabíveis embargos de divergência quando o acórdão- -padrão, utilizado para demonstrar o dissídio jurisprudencial, haja emanado da própria Turma que, com composição substancialmente idêntica, tenha proferido a decisão objeto do recurso. Hipótese em que os acórdãos em confronto emanaram de Turma cuja composição majoritária manteve-se inalterada. - A parte embargante, sob pena de recusa liminar de processamento dos embargos de divergência – ou de não conhecimento destes, quando já admitidos – deve demonstrar, de maneira objetiva, mediante análise comparativa entre o acórdão paradigma e a decisão embargada, a existência do alegado dissídio jurisprudencial, impondo-se-lhe reproduzir, na petição recursal, para efeito de caracterização do conflito interpretativo, os trechos que configurariam a divergência indicada, mencionando, ainda, as circunstâncias que identificariam ou que tornariam assemelhados os casos em confronto. Precedentes. - Não se mostram suscetíveis de conhecimento os embargos de divergência nos casos em que aquele que deles se utiliza descumpra a determinação contida no art. 331 do RISTF, que, mais do que o confronto analítico, exige que haja, entre os acórdãos confrontados, o necessário vínculo de pertinência temática, em ordem a permitir a constatação de efetiva existência de dissídio interpretativo no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. - O Supremo Tribunal Federal, sob a égide da Carta Política de 1969 (art. 119, § 3º, “c”), dispunha de competência normativa primária para, em sede meramente regimental, formular normas de direito processual concernentes ao processo e ao julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal. Com a superveniência da Constituição de 1988, operou-se a recepção de tais preceitos regimentais, que passaram a ostentar força e eficácia de norma legal (RTJ 147/1010 – RTJ 151/278), revestindo-se, por isso mesmo, de plena legitimidade constitucional a exigência de pertinente confronto analítico entre os acórdãos postos em cotejo (RISTF, art. 331). (STF - RE 433592 AgR-ED-EDv-AgR/PI - Tribunal Pleno. Ministro Relator: Celso de Mello; Julgamento em: 24/04/2013; Publicado em: 09/05/2013.)

a qual foram opostos embargos de divergência, como paradigma, não se reveste de idoneidade processual, exceto na hipótese da turma ter sofrido alteração substancial em sua composição. Assim, quando os acórdãos em confronto são oriundos de turma cuja composição é substancialmente idêntica, não há que se admitir o recurso.

Em acórdão mais recente, o STF julgou no mesmo sentido. Nos autos do ARE 674644 AgR-ED-Edv-AgR⁶², o Tribunal Pleno fundamentou sua decisão no sentido de que os embargos de divergência opostos não se revestem de idoneidade processual quando não preenchido o requisito da diversidade orgânica. O acórdão recorrido, bem como o paradigma se são da mesma turma do tribunal, devem configurar a hipótese excepcional, ou seja, mudança na composição majoritária do órgão fracionário em momentos sucessivos, caso contrário, incide a restrição fundada na súmula 353.

Dessa maneira, conclui-se que, quando opostos embargos de divergência, o STF preza pela observância do requisito da diversidade orgânica, disposto na súmula 353. Se os acórdãos cotejados foram proferidos pela mesma turma, esta regra pode ser flexibilizada em apenas uma hipótese excepcional: a substancial

⁶² EMENTA: EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA – PRESSUPOSTOS FORMAIS DE SUA UTILIZAÇÃO – CRITÉRIO DA DIVERSIDADE ORGÂNICA – DESCUMPRIMENTO, PELA PARTE EMBARGANTE, DO DEVER PROCESSUAL DE PROCEDER AO CONFRONTO ANALÍTICO DETERMINADO NO ART. 331 DO RISTF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – COMPETÊNCIA NORMATIVA PRIMÁRIA (CF/69, ART. 119, § 3º, “c”) – POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL, SOB A ÉGIDE DA CARTA FEDERAL DE 1969, DE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DISPOR, EM SEDE REGIMENTAL, SOBRE NORMAS DE DIREITO PROCESSUAL – RECEPÇÃO, PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988, DE TAIS PRECEITOS REGIMENTAIS COM FORÇA E EFICÁCIA DE LEI (RTJ 147/1010 – RTJ 151/278) – PLENA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO ART. 331 DO RISTF – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - A inobservância do critério da diversidade orgânica consagrado na Súmula 353 do STF inviabiliza, em regra, o recurso de embargos de divergência. Não são cabíveis embargos de divergência quando o acórdão- padrão, utilizado para demonstrar o dissídio jurisprudencial, haja emanado da própria Turma que, com composição substancialmente idêntica, tenha proferido a decisão objeto do recurso. Hipótese em que os acórdãos em confronto emanaram de Turma cuja composição majoritária manteve-se inalterada. - A parte embargante, sob pena de recusa liminar de processamento dos embargos de divergência – ou de não conhecimento destes, quando já admitidos – deve demonstrar, de maneira objetiva, mediante análise comparativa entre o acórdão paradigma e a decisão embargada, a existência do alegado dissídio jurisprudencial, impondo-se-lhe reproduzir, na petição recursal, para efeito de caracterização do conflito interpretativo, os trechos que configurariam a divergência indicada, mencionando, ainda, as circunstâncias que identificariam ou que tornariam assemelhados os casos em confronto. Precedentes. - O Supremo Tribunal Federal, sob a égide da Carta Política de 1969 (art. 119, § 3º, “c”), dispunha de competência normativa primária para, em sede meramente regimental, formular normas de direito processual concernentes ao processo e ao julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal. Com a superveniência da Constituição de 1988, operou-se a recepção de tais preceitos regimentais, que passaram a ostentar força e eficácia de norma legal (RTJ 147/1010 – RTJ 151/278), revestindo-se, por isso mesmo, de plena legitimidade constitucional a exigência de pertinente confronto analítico entre os acórdãos postos em cotejo (RISTF, art. 331). (STF - ARE 674644 AgR-ED-EDv-AgR/SP - Tribunal Pleno. Ministro Relator: Celso de Mello; Julgamento em: 18/12/2013; Publicado em: 19/02/2014.)

modificação dos membros componentes do órgão fracionário em momentos sucessivos, vez que não há identidade total dos julgadores.

3.2 O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça

Conforme vimos no item anterior, o STF admite o temperamento de sua súmula 353 ao prever o cabimento dos embargos de divergência de acórdãos embargado e paradigma que sejam da mesma turma, quando alterada a composição majoritária do órgão fracionário.

Apesar do posicionamento da mais alta instância do Judiciário pátrio, o STJ não adota o mesmo entendimento.

Prevalece no STJ ser indiferente a alteração na composição das turmas, pois os dissídio jurisprudencial deve ser atual, consoante disposto na súmula 168 do STJ. Os embargos de divergência não buscam a harmonização do entendimento dos antigos e dos novos integrantes do tribunal⁶³. Esta "desarmonia" trata-se apenas evolução jurisprudencial, isto é, mudança de posicionamento da turma julgadora.

No julgamento do EREsp 511637/SP⁶⁴, é possível visualizar o STJ adotando este posicionamento. A Terceira Turma fundamentou sua decisão no sentido de que a função dos embargos de divergência é dirimir conflito atual, não visando solucionar a desarmonia entre entendimentos novos e pretéritos. Entendeu, ainda, que esse recurso não é cabível quando o aresto recorrido foi proferido pela mesma turma do aresto paradigma, independentemente de ter havido alteração substancial em sua composição. A mudança na composição da turma, seja total ou parcial, não dá

⁶³ ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 854.

⁶⁴ EMENTA: EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE FÁTICA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADO. ACÓRDÃO PARADIGMA PROLATADO PELO MESMO ÓRGÃO PROLATOR DO JULGADO EMBARGADO. INADMISSIBILIDADE. EMBARGOS NÃO CONHECIDOS. 1. Não se conhece dos embargos de divergência, quando não há similitude fática entre os acórdãos embargado e paradigma, porquanto não caracterizado o dissenso jurisprudencial. 2. Não enseja o cabimento de embargos de divergência acórdão paradigma prolatado pelo mesmo órgão que proferiu o aresto embargado, independentemente de ter havido, ou não, alteração substancial da composição do referido órgão julgador. É que a função dos embargos de divergência consiste em dirimir conflito atual no âmbito da Corte, não havendo dissídio quando um órgão simplesmente altera seu entendimento sobre determinada questão federal. Trata-se, em verdade, de evolução jurisprudencial. 3. Embargos de divergência não conhecidos. (STJ - EREsp 511637/SP - Terceira Turma. Ministro Relator: Hélio Quaglia Barbosa; Julgamento em 14/06/2006; Publicado em 30/10/2006.)

ensejo a eventual mitigação da regra do descabimento dos embargos de divergência quando os acórdãos em confronto foram emanados pelo menos órgão fracionário.

Essa foi a mesma orientação da Segunda Seção do STJ, no julgamento do EREsp 798264/SP⁶⁵. A referida seção entendeu não ser suficiente para o cabimento dos embargos a alegação de que os acórdãos confrontados foram emanados pela mesma turma, com alterada composição. É necessário que as decisões recorrida e paradigma sejam oriundas de órgãos fracionários distintos. Assim, as alterações porventura ocorridas em uma turma são irrelevantes, não bastando para afastar o referido regramento.

Em decisões mais recentes, a Corte Especial, nos AgRg nos EREsp 1227160/RS⁶⁶ e AgRg nos EREsp 1212860/RS⁶⁷, posicionou-se no mesmo sentido

⁶⁵ EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ALEGADA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL COM ACÓRDÃO PARADIGMA DA MESMA TURMA JULGADORA DO ACÓRDÃO EMBARGADO. IMPOSSIBILIDADE. ALTERAÇÃO DA COMPOSIÇÃO. IRRELEVÂNCIA. ACÓRDÃOS COLACIONADOS EM SEDE DE EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA QUE NÃO GUARDAM RELAÇÃO DE BASE FÁTICO-JURÍDICA COM O ACÓRDÃO EMBARGADO. AUSÊNCIA DE DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL A SER DIRIMIDO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NÃO CONHECIDOS. 1. A configuração da divergência pressupõe arestos provenientes de Turmas diversas, não sendo suficiente, como causa para modificar esse entendimento, a eventual alteração na composição do órgão julgador. Precedentes. 2. Não há falar em divergência quando não são idênticas as situações de fato tratadas, e, por esse motivo, diferenciam-se as soluções jurídicas. 3. "No cotejo analítico dos acórdãos, em se verificando que são hipóteses distintas, cujas situações processuais não se alinham, não têm cabimento os embargos de divergência, uma vez que não albergam reapreciação do recurso especial, pois se prestam a dirimir contradição entre arestos que deram soluções jurídicas diferentes a casos similares ou idênticos, uniformizando a jurisprudência interna nos Tribunais Superiores." (EResp 529.439/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, Corte Especial). 4. Embargos de divergência não conhecidos. (STJ - EREsp 798.264/SP - Segunda Seção. Ministro Relator: Luiz Felipe Salomão; Julgamento em 24/11/2010; Publicado em: 14/02/2011.)

⁶⁶ EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ACÓRDÃOS ORIUNDOS DO MESMO ÓRGÃO JULGADOR E DE TURMA INTEGRANTE DE UMA MESMA SEÇÃO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE ENTRE JULGADOS CONFRONTADOS. DIVERGÊNCIA NÃO DEMONSTRADA. REVISÃO DA VERBA HONORÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. I - Ante a falta de amparo legal, não é possível o exame de embargos de divergência fundados em acórdãos proferidos por uma mesma Turma, mesmo que a sua composição tenha sido alterada substancialmente. II - No que se refere aos julgados emanados da Terceira Turma desta Corte, verifica-se que eventual divergência está adstrita ao âmbito da Segunda Seção, não desafiando análise por esta Corte Especial. III - Hipótese na qual se verifica a disparidade de situações fáticas entre o acórdão embargado e o paradigma, acarretando, pois, na inobservância dos requisitos previstos no art. 266, § 1º do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. IV. Não cabem embargos de divergência com vistas a rediscutir os honorários advocatícios arbitrados, porquanto estes foram fixados com esteio nas circunstâncias fáticas do caso concreto, sendo tal via imprópria para a análise de eventual irrisoriedade ou exorbitância do valor fixado. V - Agravo interno desprovido. (STJ - AgRg nos EREsp 1227160/RS - Corte Especial. Ministro Relator: Gilson Dipp; Julgamento em 16/09/2013; Publicado em 25/09/2013.)

⁶⁷ EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. SOBRESTAMENTO. MATÉRIA AFETA AO RITO DO 543-C DO CPC. DESCABIMENTO. INEXISTÊNCIA DE DIVERGÊNCIA ART. 266 DO RISTJ. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. ACÓRDÃOS ORIGINÁRIOS DA MESMA TURMA JULGADORA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

ao fundamentá-las no sentido de que, ante a falta de amparo legal, não é possível a apreciação de embargos de divergência fundados em acórdãos proferidos de uma mesma turma, ainda que a sua composição tenha sido alterada substancialmente.

Importante mencionar que esta é a orientação predominante do STJ.

Logicamente, é possível encontrar posicionamento em sentido contrário nos votos dos ministros desta corte superior. Por exemplo, no EREsp 255378/SC⁶⁸, apesar de não ter conhecido dos embargos de divergência opostos a fim de garantir os princípios da hierarquia interna e da segurança jurídica, o Ministro Relator Paulo Gallotti entende que o posicionamento adotado pelo STJ é extremamente rigoroso. Já, em seu voto-vista, a Ministra Laurita Vaz defende a viabilidade da interposição de embargos de divergência, mesmo que os acórdãos cotejados sejam do mesma turma, desde que alterada substancialmente sua composição, vez que esta orientação se mostra mais adequada à manutenção da segurança jurídica pela qual devem zelar os órgãos jurisdicionais. No entendimento da ilustre ministra, nesses casos, deve-se afastar o rigor e formalismo exacerbado e prezar que para casos com iguais situações sejam entregues soluções idênticas. Apesar de todas as considerações tecidas pela nobre ministra no caso em comento, os embargos de divergência não foram conhecidos.

Assim, observa-se que prevalece no STJ que os acórdãos em confronto nos embargos de divergência devem ser, obrigatoriamente, de órgãos fracionários distintos, ainda que haja modificação na composição majoritária da turma. Este

I - Esta Corte já firmou posicionamento no sentido de que a suspensão prevista no art. 543-C do CPC é destinada aos recursos processados no Tribunal de origem e não afeta necessariamente os recursos especiais já encaminhados ao STJ. II - A mera transcrição ou juntada de ementas não é suficiente para a demonstração da alegada divergência jurisprudencial, sendo necessário o confronto dos acórdãos embargado e paradigma, para verificação dos pontos em que se assemelham ou diferenciam. III - A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça entendeu que ante a falta de amparo legal, não é possível o exame de embargos de divergência fundados em acórdãos proferidos por uma mesma Turma, mesmo que a sua composição tenha sido alterada substancialmente. IV - Agravo regimental desprovido, nos termos do voto do Relator. (STJ - AgRg nos EREsp 1212860/RS - Corte Especial. Ministro Relator: Gilson Dipp; Julgamento em 01/07/2013; Publicado em 01/08/2013.)

⁶⁸ EMENTA: PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. PENSÃO ESPECIAL. EX-COMBATENTE. ACÓRDÃOS CONFRONTADOS DA MESMA TURMA. MUDANÇA NA COMPOSIÇÃO INADMISSIBILIDADE. 1. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade de votos, assentou compreensão segundo a qual "por falta de amparo legal, não é possível o exame de embargos de divergência fundados em acórdãos proferidos por uma mesma Turma, mesmo que a sua composição tenha sido alterada substancialmente" (EResp nº 240.054/SC, relator o Ministro Edson Vidigal, DJU de 21/10/2002). 2. Embargos não conhecidos. (STJ - EREsp 255378/SC - Terceira Turma. Ministro Relator: Paulo Gallotti; Julgamento em 28/04/2004; Publicado em 13/09/2004.)

tribunal superior busca superar divergência atual, e não a harmonização de decisões novas e pretéritas.

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

Também denominado de Código *Buzaid*, o atual Código de Processo Civil brasileiro (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973) criou, em sua época, uma grande evolução no direito processual pátrio.

Dividido em cinco livros (do processo de conhecimento, do processo de execução, do processo cautelar, dos procedimentos especiais e das disposições gerais e transitórias), sua criação foi inspirada nos padrões mais atualizados do direito europeu e determinou a tríplice divisão do processo civil, "processo de conhecimento", "processo de execução" e "processo cautelar", referentes às três formas distintas com que o Estado dedica a tutela jurisdicional⁶⁹.

Ocorre que, nos últimos anos, o Código de Processo Civil vigente sofreu muitas alterações. Novos institutos foram inseridos, resultando uma nova estrutura para o processo civil.

Atualmente, o Código de Processo Civil vigente é criticado por muitos, sendo até denominado de "colcha de retalhos" por alguns, em razão de suas inúmeras reformas parciais.

Assim, surgiu a necessidade da substituição do Código vigente.

Ainda em trâmite no Congresso Nacional, o projeto do novo Código de Processo Civil pretende atender as exigências da atual realidade jurídica, principalmente, ao buscar agilizar a prestação jurisdicional e lhe conferir maior efetividade.

⁶⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual - Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. 47ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 18.

Quanto aos embargos de divergência, o projeto do novo Código de Processo Civil ampliou suas hipóteses de cabimento, comprovando a importância deste recurso perante os tribunais de superposição. Não é possível descartá-los do ordenamento jurídico pátrio, vez que as decisões proferidas pelas cortes superiores servem de paradigma para as instâncias inferiores.

Em sua Exposição de Motivos⁷⁰, o projeto do novo Código de Processo Civil objetiva garantir a segurança jurídica e a justa expectativa das pessoas, proporcionando, legislativamente, melhores condições para operacionalizar formas de uniformização jurisprudencial.

Assim, consoante o artigo 1.056 do projeto do novo Código de Processo Civil, os embargos podem ser opostos dos acórdãos proferidos em sede de recurso especial e recurso extraordinário, bem como das decisões resultantes do julgamento de ações originárias. *In verbis*:

Art. 1.056. É embargável o acórdão de turma que:

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

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

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

IV – nas causas de competência originária, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal.

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

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

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

§ 4º O recorrente provará a divergência com certidão, cópia ou citação de repositório oficial ou credenciado de jurisprudência, inclusive em mídia eletrônica, onde foi publicado o acórdão divergente, ou com a reprodução de julgado disponível na rede mundial de computadores, indicando a

⁷⁰ BRASIL. *Código de Processo Civil: Anteprojeto/Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2014.

respectiva fonte, e mencionará as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados.

§ 5º É vedado ao órgão jurisdicional inadmitir o recurso com base em fundamento genérico de que as circunstâncias fáticas são diferentes, sem demonstrar a existência da distinção.⁷¹

Muitas questões, não previstas no Código de Processo Civil vigente, estão dispostas no supramencionado artigo.

Porém, é necessário observar com mais atenção o conteúdo do parágrafo 3º do artigo 1.056, vez que trata acerca do principal tema do nosso trabalho.

Caso o projeto do novo Código de Processo Civil seja aprovado com esta redação ao artigo 1.056, não restará dúvida quanto a possibilidade de interposição dos embargos de divergência ainda que os acórdãos em confronto sejam da mesma turma julgadora, desde que sua composição tenha sido alterada substancialmente (em mais da metade de seus membros).

Conforme explanado no capítulo anterior, esta é a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal.

Ainda sobre o recurso de embargos de divergência no projeto do novo Código de Processo Civil, é necessário observar o artigo 1.057. Seu *caput* mantém a regra do artigo 546 do Código vigente, ao prever que o procedimento dos embargos de divergência será aquele previsto no regimento interno dos tribunais.

A novidade está nos parágrafos 1º e 2º do supramencionado artigo, que dispõe sobre os embargos de divergência contra decisão proferida em sede de recurso especial. Neste sentido:

Art. 1.057. No recurso de embargos de divergência, será observado o procedimento estabelecido no regimento interno do respectivo tribunal superior.

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

⁷¹ BRASIL. *Projeto de Lei nº 8.046, de 2010 - Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei nº 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros, que tratam do "Código de Processo Civil" (Revogam a Lei nº 5.869, de 1973) - Redação final: 25/03/2014.* Disponível em: <https://www.academia.edu/6562468/Novo_CPC_-_Redacao_Final_Camara_-_26.03.14_-_Enviado_ao_Senado>. Acesso em: 27 de março de 2014.

§ 2º Se os embargos de divergência forem desprovidos ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior, o recurso extraordinário interposto pela outra parte antes da publicação do julgamento dos embargos de divergência será processado e julgado independentemente de ratificação.⁷²

Portanto, é possível visualizar a importância da previsão dos embargos de divergência no rol de recursos, vez que este é um dos instrumentos que assegura que o projeto do novo Código de Processo Civil alcance seus objetivos.

⁷² BRASIL. *Projeto de Lei nº 8.046, de 2010 - Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei nº 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros, que tratam do "Código de Processo Civil" (Revogam a Lei nº 5.869, de 1973) - Redação final: 25/03/2014.* Disponível em: <https://www.academia.edu/6562468/Novo_CPC_-_Redacao_Final_Camara_-_26.03.14_-_Enviado_ao_Senado>. Acesso em: 27 de março de 2014.

CONCLUSÃO

Ante todo o exposto no presente trabalho, realizado por intermédio de pesquisas doutrinária e jurisprudencial, é possível concluir, que apesar de todas as dificuldades para a previsão dos embargos de divergência no rol de recursos cabíveis, atualmente, este instrumento é de fundamental importância para a garantia da segurança jurídica nas cortes superiores.

Todos os órgãos do Judiciários, inclusive o STF e o STJ, são compostos por julgadores cuja educação e formação foram transmitidos de forma única. Eles têm suas próprias "visões de mundo" e é mais do que comum que não haja consenso entre eles.

Todavia, sempre que possível, deve-se preservar a unidade jurisprudencial. Uma vez que foi atribuída ao Estado a função jurisdicional, não podem ser proferidas decisões judiciais discrepantes para casos com similitude fática.

Assim, os embargos de divergência são um dos institutos previstos pelo ordenamento jurídico pátrio na busca da uniformização jurisprudencial. Sua finalidade é eliminar a controvérsia que existe entre os órgãos fracionários do STF e do STJ e uniformizar a jurisprudência interna destas cortes superiores.

O artigo 596 do Código de Processo Civil vigente prevê que esta modalidade recursal é cabível somente de decisões proferidas por turmas, em sede de recurso extraordinário e recurso especial, que seja divergente do teor de decisão proferida por outra turma ou outro órgão fracionário que compõe o tribunal.

Há divergência na doutrina acerca da natureza do recurso que deu origem ao aresto paradigma, mas, no nosso entendimento, deve prevalecer que qualquer

decisão colegiada proferida pelo STF ou STJ pode ser utilizado para o cotejo com o aresto embargado, vez que não há limitação legal neste sentido.

Não há relevância se a divergência trata de questões processuais ou de mérito, observando-se, apenas que tenham sido apreciados no mesmo grau de cognição.

Em regra, não são cabíveis embargos de divergência contra acórdão proferido em sede de agravo de instrumento, agravo regimental ou agravo interno. Todavia, é necessário observar as situações previstas no artigo 544, parágrafo 4º e no artigo 557, parágrafo 1º-A, vez que o relator aprecia o mérito do recurso especial e recurso extraordinário. Nesses casos, do acórdão do julgamento do agravo interno interposto poderão ser opostos embargos.

Vimos, também, que há dissensão na doutrina acerca da competência para o julgamento dos embargos, no âmbito do STJ, quando há decisões divergentes de, pelo menos, três órgãos fracionários distintos. Nesse caso, adotamos o entendimento de que a competência para o julgamento é da Corte Especial para garantir a economia processual.

Além da similitude fática, o cotejo analítico é requisito imprescindível para as decisões confrontadas em razão da interposição deste recurso. Em regra, não se admite a mera transcrição de ementas, a não ser que ela, sozinha, contenha todos os detalhes do caso.

O procedimento dos embargos de divergência está previsto nos regimentos internos dos tribunais. Dentro deste tema, a questão do preparo no âmbito do STJ, tem controvérsia doutrinária. Adotamos o posicionamento de que é necessário o recolhimento do preparo quando opostos embargos contra acórdão proferido em sede de recurso especial, em razão do artigo 5º da Lei 11.636/2007.

Acerca dos efeitos da interposição deste recurso, necessário relembrar que a incidência dos efeitos translativo e suspensivo não são pacíficos na doutrina. No nosso humilde entendimento, deve prevalecer que não há translativo e suspensivo nos embargos de divergência por estes serem desdobramentos dos recursos especial e extraordinário, que não são dotados dos referidos efeitos.

De todas os entendimentos dissonantes acerca da modalidade recursal, ora em estudo, a que mais nos interessa é a questão referente ao cabimento dos

embargos de divergência quando os acórdão recorrido e paradigma foram proferidos pela mesma turma julgadora. Este interesse se dá em razão das orientações discrepantes dos próprios tribunais de superposição - STF e STJ.

A súmula 353 do STF dispõe acerca do requisito da diversidade orgânica. A decisão paradigma apresentada em razão da interposição dos embargos de divergência deve ser de turma ou órgão fracionário diferente do acórdão recorrido.

Todavia, o mesmo STF tempera a incidência desta regra, excepcionalmente, quando os acórdãos em cotejo tenham sido proferidos pela mesma turma, cuja composição foi alterada substancialmente de um julgamento para outro.

Enquanto o STF viabiliza a interposição do recurso nessas condições, o STJ, predominantemente, impossibilita-a. Uma vez que a súmula 168 do STJ estabelece que o dissídio jurisprudencial deve ser atual, os embargos de divergência, no entendimento desta corte superior, não devem buscar a harmonização dos entendimentos pretéritos e o dos novos integrantes do tribunal.

Em nosso entendimento, a orientação adotada pelo STF é a que mais se adequa a atual realidade jurídica. As injustiças devem ser evitadas, buscando-se uniformizar a jurisprudência quando para casos com mesmo suporte fático são proferidas decisões judiciais discrepantes. Os princípios da igualdade e da segurança jurídica devem prevalecer e serem prestigiados.

Neste sentido, necessário relembrar que o conteúdo do parágrafo 3º do artigo 1.056 do projeto do novo Código de Processo Civil prestigia o entendimento adotado pelo STF. Caso o projeto seja aprovado com esta redação ao referido parágrafo, nosso ordenamento jurídico autorizará a interposição de embargos de divergência quando o acórdão paradigma for da mesma turma do acórdão recorrido, desde que alterada substancialmente a sua composição.

Todavia, cabe as partes e aos advogados oporem este recurso, quando nestas condições, de forma razoável.

Embargos de divergência opostos com mero fim protelatório, invocando dissídios jurisprudenciais já superados, devem ser recusados liminarmente no trânsito processual. Há que se opor os embargos observando se há realmente um dissídio jurisprudencial a ser superado, não quando há evolução natural do pensamento jurídico.

Assim, resta clara a importância dos embargos de divergência perante os tribunais superiores. Não é possível retirá-lo do rol de recursos quando é comum, que com a pluralidade de órgãos judicantes, haja controvérsia entre os julgadores.

Para garantir a igualdade e a segurança jurídica, a preocupação em resguardar a unidade jurisprudencial para casos com similitude fática deve ser ainda maior no âmbito dos tribunais superiores, vez que suas decisões servem de exemplo e norteiam, principalmente, as instâncias inferiores.

O rol dos recursos dispensáveis decerto não inclui os embargos de divergência. Ao contrário, tal meio de impugnação desempenha função relevante e imprescindível. Há que existir remédio para debelar a divergência intestina dos tribunais superiores. A incerteza da jurisprudência proveniente dos órgãos encarregados de uniformizar a interpretação e aplicação das normas constitucionais e federais repercute, qual efeito dominó, em todas as esferas da Justiça.⁷³

Portanto, a ampliação das hipóteses de cabimento no projeto do novo Código de Processo Civil apenas reafirma a relevância do recurso, ora em estudo, no ordenamento jurídico pátrio. E, ao prever a possibilidade de interposição dos embargos ainda que os acórdãos em confronto tenham sido emanados da mesma turma julgadora, é notável sua preocupação em garantir a segurança jurídica e a justa expectativa das pessoas, proporcionando, legislativamente, melhores condições para operacionalizar formas de uniformização jurisprudencial.

⁷³ ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 849.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito Processual Civil*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BRASIL. *Código de Processo Civil: Anteprojeto/Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2014.

_____. *Projeto de Lei nº 8.046, de 2010 - Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei nº 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros, que tratam do "Código de Processo Civil" (Revogam a Lei nº 5.869, de 1973) - Redação final: 25/03/2014*. Disponível em: <https://www.academia.edu/6562468/Novo_CPC_-_Redacao_Final_Camara_-_26.03.14_-_Enviado_ao_Senado>. Acesso em: 27 de março de 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *(Para pesquisa de súmulas e jurisprudência)*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp>. Último acesso em: 18 de março de 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça: organizado pelo Gabinete do Ministro Diretor da Revista*. Brasília: STJ, 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaooseriada/index.php/regimento>>. Último acesso em: 20 de fevereiro de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). *(Para pesquisa de súmulas e jurisprudência)*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Último acesso em: 18 de março de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). *Regimento Interno: [atualizado até dezembro de 2013] - consolidado e atualizado até maio de 2002 por Eugênio Vitoria Ribas*. Brasília: STF, 2013. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Dezembro_2013-versao_eletronica.pdf>. Último acesso em: 17 de fevereiro de 2014.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. Vol. 5. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil - Volume II*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Recursos para os Tribunais Superiores: Recurso Extraordinário, Recurso Especial, Embargos de Divergência e Agravos*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012.

COSTA, Gustavo D' Assunção. *Questões atuais sobre os Embargos de Divergência*. In: JusNavegandi. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23699/questoes-atuais-sobre-os-embargos-de-divergencia>>. Acesso em: 17 de dezembro de 2013.

DALLARI, DALMO DE ABREU. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José da. *Curso de Direito Processual Civil - 3 Vol*. 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil, Volume 2: Processo de Conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro, Volume 1: (Teoria Geral do Processo e Auxiliares da Justiça)*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Direito Processual Civil Brasileiro, Volume 2: (Atos Processuais e Recursos e Processos no Tribunais)*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil Interpretado: Artigo por Artigo, Parágrafo por Parágrafo*. 10ª ed. São Paulo: 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil, V. 2: Processo de Conhecimento*. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recursos e Ações Autônomas de Impugnação - Vol. 2*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, volume V: arts. 476 a 565*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

PIZZOL, Patricia Miranda; MIRANDA, Gilson Delgado. *Recursos no Processo Civil*. 5. São Paulo: Atlas Jurídico, 2008.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. *Notas sobre os Embargos de Divergência no Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.derechoycambiosocial.com/revista016/embargos.htm>>. Acesso em: 13 de janeiro de 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual - Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. 47ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TORREÃO, Marcelo Pires. *Dos Embargos de Divergência: Teoria e Prática no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento, Volume 1*. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; et al. *Novo CPC dará maior racionalidade ao Sistema de Justiça*. In: Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jul-11/codigo-processo-civil-dara-maior-racionalidade-sistema-justica>>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2014.