

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

RENATA TANDLER PAES CORDEIRO

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM CASOS DE ALTERAÇÃO
SUBSTANCIAL NA COMPOSIÇÃO MAJORITÁRIA DA TURMA**

SÃO PAULO

2015

RENATA TANDLER PAES CORDEIRO

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM CASOS DE ALTERAÇÃO
SUBSTANCIAL NA COMPOSIÇÃO MAJORITÁRIA DA TURMA**

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.

ORIENTADOR: PROF. DR. SIDNEY PALHARINI JÚNIOR

SÃO PAULO

2015

RENATA TANDLER PAES CORDEIRO

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM CASOS DE ALTERAÇÃO
SUBSTANCIAL NA COMPOSIÇÃO MAJORITÁRIA DA TURMA**

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:

ORIENTADOR: PROF. DR. SIDNEY PALHARINI JÚNIOR

SÃO PAULO

2015

*Aos meus pais e irmão, sem os quais
jamais teria alcançado meus objetivos e cujos
ensinamentos formaram o meu caráter e me
tornaram o que sou hoje.*

*Ao meu namorado, por toda paciência
e incentivo.*

AGRADECIMENTOS

À Deus, pois em Ele nada disso seria possível.

Aos meus pais, irmão e familiares, por me darem todo o amor, carinho e suporte em minha vida.

Ao meu namorado, amigos e amigas, por compreenderem minha ausência.

Agradeço ao Professor Doutor Sidney Palharini Júnior, por todos os ensinamentos compartilhados durante o curso de especialização e pelo árduo trabalho de ensinar o Direito.

A todos que, de alguma forma, contribuíram comigo nesta longa jornada.

RESUMO

O presente trabalho visa discorrer sobre o recurso dos embargos de divergência, disciplinado nos artigos nº 496, VIII e nº 546, ambos do Código de Processo Civil. Procurou-se examinar sua origem e evolução histórica, bem com, seu conceito e finalidade. Tal modalidade recursal busca uniformizar a jurisprudência interna do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, eliminando possíveis controvérsias existentes dentro desses tribunais superiores. Foram analisados vários aspectos e peculiaridades do mencionado instituto processual tal como, suas hipóteses de cabimento, sendo que algumas são pacíficas na doutrina e jurisprudência, enquanto outras nem tanto, como por exemplo, a interposição de tal recurso em casos de acórdãos divergentes proferidos pela mesma turma julgadora, cuja composição foi alterada substancialmente de um julgamento para outro, hipótese esta, que posteriormente será mais aprofundada.

Palavras-chave: Direito Processual Civil, embargos de divergência, efeitos.

ABSTRACT

The present work aims to discuss the use of embargoes of divergence disciplined in articles 496, VIII and 546, of the Code of Civil Procedure. We sought to examine its origin and historical evolution, as well as its concept and purpose. Such a modality appeal quest to standardize the internal jurisprudence of the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice, eliminating possible controversies exist within these higher courts. Will be analyzed various aspects and peculiarities of the mentioned institute as procedural, in hypothesis of adequacy, being that some are peaceful in doctrine and jurisprudence, while other or both, as for example, the interposition of this resource in cases of divergent judgments handed down by the same group of judges, whose composition has been substantially amended in a trial to another, this hypothesis, which later will be further developed.

Keywords: Civil Litigation, divergence of embargoes effects.

LISTA DE SIGLAS

CPC = Código de Processo Civil

EDcl = Embargos de Declaração

RISTF = Regimentos Internos do Supremo Tribunal Federal

RISTJ = Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça

TRFs = Tribunais Regionais Federais

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	11
1.1 Conceito.....	13
1.2 Os embargos de divergência e a sua finalidade.....	14
1.3 Distinções entre embargos de divergência e outros institutos processuais.....	16
2 OS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PERANTE OS TRIBUNAIS SUPERIORES.....	22
2.1 O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.....	23
2.2 Os Embargos de Divergência e o seu cabimento.....	25
2.2.1 Alteração substancial na composição majoritária da turma.....	30
2.2.2 O posicionamento do Supremo Tribunal Federal.....	31
2.2.3 O posicionamento do Supremo Tribunal de Justiça.....	33
2.3 Competência para julgamento.....	34
2.4 Confronto Analítico.....	36
2.5 Procedimento.....	38
2.6 Os embargos de divergência e seus efeitos.....	41
3 OS EMBARGOS DE DIVERGENCIA E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	43
CONCLUSÃO.....	47
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	50

INTRODUÇÃO

O objeto de estudo do presente trabalho são os embargos de divergência. Trata-se de um instituto processual, consagrado nos artigos nº 496, VIII, nº 508 e nº 546, todos do Código de Processo Civil de 1973, figura esta inserta no ordenamento jurídico pátrio pela Lei 8.950, de 13 de dezembro 1994. Também possui previsão nos Regimentos Internos do Supremo Tribunal Federal (RISTF) e Superior Tribunal de Justiça (RISTJ).

Os embargos de divergência constituem modalidade recursal, opostos perante o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, buscando a uniformização jurisprudencial interna destes tribunais superiores, eliminando possíveis controvérsias existentes sobre determinadas teses jurídicas.

O trabalho em tela foi realizado com base em doutrinas e jurisprudências. Buscou abordar os aspectos mais relevantes sobre o tema, enfatizando alguns pontos doutrinários e jurisprudenciais controvertidos. O estudo foi dividido em três capítulos.

O primeiro capítulo, inicialmente, fez uma breve abordagem sobre a origem e evolução histórica dos embargos de divergência, passando pelo seu conceito, mencionando a sua finalidade e importância para o Judiciário, bem como, apontando suas distinções com outros institutos processuais.

O segundo capítulo abarcou o instrumento processual perante o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, analisou os tribunais superiores individualmente, e elencou as hipóteses de cabimento do recurso. Dentre as hipóteses de cabimento, foi estudado o tema mais importante desse trabalho, qual seja, os embargos de divergência em face de acórdãos divergentes proferidos pela mesma turma julgadora, cuja composição majoritária foi alterada.

Ainda no segundo capítulo foi verificada a competência para julgamento dos embargos de divergência, o confronto analítico dos acórdãos, o procedimento para tal recurso, bem como, os seus efeitos.

Por fim, o terceiro capítulo discorreu sobre os embargos de divergência e o Novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que encontrava-se em seu período de “*vacatio legis*” e entrará em vigor no dia 17 de março de 2016.

Importante ressaltar que, o trabalho em questão não objetivou esgotar o assunto ora analisado, mas sim clarear alguns conceitos e aspectos a fim de facilitar a compreensão do tema ora estudado.

1 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Este capítulo se prestou a tratar brevemente da origem e evolução do Instituto Embargos de Divergência em nosso sistema jurídico, até o seu presente momento.

A origem dos embargos, em geral, segundo Moacyr Lobo da Costa, é lusitana. Sua existência advém desde os tempos da Monarquia, referindo-se a “um meio de impugnação obstativo que guarda íntima semelhança com os embargos, mas sem nome”.¹

A origem do recurso de embargos parece provir da praxe portuguesa, anterior às Ordenações Afonsinas, de se pedir ao juiz reconsideração da sentença por ele proferida. Certo é que aquelas Ordenações já delineavam os primeiros traços dos embargos modificativos.²

Posteriormente, surgiram os embargos declaratórios e ofensivos, os quais derivaram respectivamente, das ordenações Manuelinas e Filipinas. Os embargos declaratórios, ofensivos e modificativos se mantiveram no processo brasileiro durante todo o Império, sob as Ordenações Filipinas.

Entretanto, contra as sentenças de primeiro grau só se admitiam os embargos declaratórios e de restituição. Os códigos estaduais disciplinaram os mesmos embargos de declaração, infringentes ou de nulidade, enquanto que no juízo de segundo grau, somente eram admitidos os embargos infringentes ou de nulidade.

Dos códigos estaduais, os embargos foram transferidos para o Código de Processo Civil de 1939, sem nenhum cuidado com a sua sistematização. Ao invés de reuni-los em um único capítulo, como ocorreram com os demais recursos, os embargos ficaram disciplinados em diferentes partes, faltando-lhes assim linhas homogêneas.

Os embargos de divergência têm o seu surgimento ligado ao recurso de revista, previsto no artigo nº 853, “*caput*” do Código de Processo Civil de 1939. O recurso de revista,

¹ GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro, Volume 2: (Atos Processuais a Recursos e Processos no Tribunais). 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 357

² AMARAL SANTOS, Moacyr. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. 3º Volume. 17ª ed. Editora Saraiva, 1998. p. 139.

no sistema do Código de Processo Civil revogado, tinha a função de uniformizar a jurisprudência dos tribunais locais.

O recurso de revista era admissível sempre que, em suas decisões finais, duas ou mais câmaras, turmas ou grupos de câmaras divergissem entre si, quanto ao modo de interpretar o direito em tese, conforme artigo nº 853 do Código de Processo Civil de 1939.

O Supremo Tribunal Federal, porém, admitia o recurso de revista somente para a uniformização nos julgados dos tribunais de apelação, não admitindo a interposição do recurso de revista em virtude de decisões divergentes dos seus órgãos fracionários.

Para resolver essa questão, a Lei nº 623/1949 acrescentou ao artigo nº 833 do Código de Processo Civil de 1939 um parágrafo único, estabelecendo que fossem embargáveis no Supremo Tribunal Federal, as decisões das turmas quando divergissem entre si, ou de decisão tomada pelo Tribunal Pleno, além de outros casos admitidos em lei.

Diante dessas circunstâncias, os embargos de divergência nasceu como um recurso, que “visa como outros mecanismos processuais, a uniformizar a jurisprudência, eliminando a controvérsia existente sobre determinadas teses jurídicas, com todos os inconvenientes daí derivados”.³

O recurso de revista foi eliminado no Código de Processo Civil de 1973, contudo, o mesmo Código na época não previu os embargos de divergência em seu conteúdo. Com essa ausência de previsão, o Supremo Tribunal Federal editou o seu Regimento Interno, que previu os embargos de divergência no seu artigo nº 330.

O atual Código de Processo Civil de 1973, com a finalidade de sanar a ausência de previsão de tal recurso, acrescentou o artigo nº 546, o qual admitia os embargos de divergência perante o Supremo Tribunal Federal. Em 1988, porém, a Constituição Federal estabeleceu ao Superior Tribunal de Justiça a função de uniformizar o direito, não sendo mais competência do Supremo Tribunal Federal.

³ BUENO, Cássio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Vol. 5. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 348

Como forma de solução desse impasse, criou-se a Lei nº 8038 de 1990, que revogou o artigo nº 546 do Código de Processo Civil de 1973 e contemplou os embargos de divergência perante o Superior Tribunal de Justiça.

Assim, não existia mais a previsão legal dos embargos de divergência perante o Supremo Tribunal Federal. Todavia, o Supremo Tribunal Federal continuou admitindo os embargos de divergência, nos termos do artigo nº 330 do seu Regimento Interno.

Os embargos de divergência foram introduzidos no Código de Processo Civil de 1973 pela Lei nº 8.950, de 13 de dezembro de 1994. Os artigos nº 496, VIII e nº 546, estabelecem, respectivamente, os embargos de divergência como recurso autônomo, bem como, previa sua possibilidade tanto para as decisões proferidas em recurso especial, quanto em recurso extraordinário, daí o seu cabimento perante o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

Os embargos de divergência são regulados pelo art.546, na redação que lhe deu a Lei 8.950/1994, superado, para o âmbito do direito processual civil, o disposto no artigo 29 da Lei 8038/1990. Interessante destacar que aquele dispositivo de lei silenciava acerca do cabimento do recurso para o Supremo Tribunal Federal, limitando-se a disciplinar a sua aplicabilidade para o Superior tribunal de Justiça.⁴

1.1 Conceito

No direito processual, o termo “embargos” foi usado equivocadamente, pois foi utilizado para entidades de naturezas diversas. Podendo ser, por exemplo, ação (no caso de embargos de terceiro), defesa do devedor na execução (no caso de embargos do devedor), recursos, etc.

Na esfera recursal, há vários tipos de embargos, entre eles, embargos infringentes, embargos de declaração e embargos de divergência. Procurando abranger toda essa variedade, pode-se estabelecer que embargos no campo recursal, de um modo geral, é um recurso interposto perante o mesmo juízo em que se proferiu a decisão recorrida, visando a sua declaração ou reforma.

⁴ BUENO, Cássio Scarpinella. *Op. Cit.* p. 350.

Para Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, “dentre os embargos viáveis perante as cortes superiores, os únicos que efetivamente constituem alguma novidade são os embargos de divergência. Estes somente são admissíveis perante o Supremo tribunal federal e Superior Tribunal de Justiça, não existindo nas instancias inferiores”.⁵

Os embargos de divergência estão previstos no artigo nº 496, VIII, do Código de Processo Civil, havendo apenas um único dispositivo processual que trata desse recurso, o artigo nº 546 do Código de Processo Civil.

O art. 546 do CPC prevê em seus incisos as hipóteses de cabimento dos embargos de divergência, enquanto em seu parágrafo único encontra-se a previsão de que seu procedimento será regulado por normas de regimento interno do tribunal competente para julgá-lo. As poucas informações dadas pelo solitário dispositivo que trata dos embargos de divergência são suficientes para a doutrina perceber que o objetivo desse recurso é a uniformização da jurisprudência interna do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.⁶

Dessa forma, embargos de divergência é recurso, de caráter corretivo, voltado à uniformização da jurisprudência interna do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Os embargos de divergência são recurso previsto no artigo nº 546 do Código de Processo Civil, cabíveis de decisões proferidas em recurso especial ou extraordinário, cujo teor seja divergente de decisões de outras turmas, da seção, do plenário ou de órgão especial.⁷

Tal recurso prestou a superar divergência interna nos tribunais superiores. Foram admissíveis, na atual sistemática do direito processual, da decisão de recurso especial que divergir do entendimento de outra turma, seção ou órgão especial, bem como, da decisão de recurso extraordinário que divergir do entendimento de outra turma ou plenário.

1.2 Os embargos de divergência e a sua finalidade

O recurso é um instrumento processual de correção, em sentido amplo, que objetiva dentro do mesmo processo, a reforma, a impugnação, a integração ou o esclarecimento da

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil, V. 2: Processo de Conhecimento*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 580

⁶ ASSUMPCÃO NEVES, Daniel Amorim, *Manual de Direito Processual Civil, Volume único*, 2ª ed. São Paulo: Editora Método, 2010, p.719.

⁷ MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recursos e Ações Autônomas de Impugnação - Vol. 2*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 469.

decisão judicial que se impugna. Trata-se de um instrumento voluntário, no qual o meio utilizado deve ser idôneo para alcançar o resultado pretendido.

[...] recurso em direito processual tem uma acepção técnica e restrita, podendo ser definido como o meio ou remédio impugnativo apto para provocar, dentro da relação processual ainda em curso, o reexame de decisão judicial, pela mesma autoridade judiciária, ou por outra hierarquicamente superior, visando a obter-lhe a reforma, invalidação, esclarecimento ou integração.⁸

No direito brasileiro, conforme entendimento de Vicente Grecco Filho, “a jurisprudência é a reiteração de julgados interpretando o direito em certo sentido e, mesmo quando consagrada em súmula, não possuirá força normativa. Seu grau de influência decorre da autoridade e do espírito dos tribunais de qual emana”.⁹

A uniformização da jurisprudência buscou alcançar o ideal de justiça igual para todos os casos que igualmente se submetiam à mesma norma legal. A ordem judicial repugnou o fenômeno de casos iguais serem decididos de maneiras diversas.

Dessa forma, foi necessário que o Poder Judiciário buscasse a unidade de interpretação do direito a ser aplicado nos casos concretos. Assim, surgiram os embargos de divergência, o qual possuía grande importância, pois objetivava a unidade do direito no ordenamento jurídico.

O recurso aqui examinado tem como finalidade primeira a “uniformização do direito”, e não, propriamente, a busca de uma melhor ou mais adequada justiça para o caso concreto. É recurso que se destina à uniformização da jurisprudência interna do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça [...].¹⁰

Tal recurso está previsto no Código de Processo Civil vigente, nos artigos nº 496, VIII e nº 546, cuja finalidade foi a uniformização da jurisprudência interna do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, bem como, eliminar possíveis polêmicas existentes.

⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil - Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. 49ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 565.

⁹ GRECO FILHO, Vicente. *Op. Cit.*, p. 389.

¹⁰ BUENO, Cássio Scarpinella. *Op. Cit.*, p. 349

Os embargos de divergência constituem um recurso (CPC, art. nº 496, VIII), com a finalidade de uniformizar a jurisprudência interna do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça. Seu objetivo é, em última análise, eliminar uma divergência *intra muros*, ou seja, afastar um conflito de entendimento na jurisprudência *interna* do tribunal superior.¹¹

1.3 Distinções entre embargos de divergência e outros institutos processuais

Os embargos de divergência, como já estudado anteriormente, têm por objetivo, uniformizar a jurisprudência dos tribunais superiores, *interna corporis*¹². Nesse sentido, importante destacar suas diferenças com outros institutos processuais.

Importante ressaltar a diferença dos embargos de divergência com a uniformização de jurisprudência. Embora os dois institutos possuíssem finalidades parecidas (uniformização da interpretação de teses jurídicas), possuíam também grandes diferenças.

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.¹³

Conforme analisado, os embargos de divergência possuíam natureza recursal, visando a uniformização jurisprudencial interna do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, extinguindo desta forma, alguma divergência existente nos julgamentos desses tribunais de superposição.

Já a uniformização de jurisprudência foi um expediente que buscou uniformizar a jurisprudência interna dos tribunais, evitando dessa maneira, a desarmonia da interpretação das teses jurídicas. Tal instituto teve previsão nos artigos nº 476 à nº 479 do Código de Processo Civil, com sentido corretivo para os casos em andamento e sentido preventivo para os casos futuros, além do resultado prático de facilitar os futuros julgamentos em que a tese jurídica foi a mesma.

¹¹ DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José da. *Curso de Direito Processual Civil - 3 Vol.* 12ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 379

¹² WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento, Vol. 1.* 15ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 837.

¹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. Cit.*, p. 674.

Pontes de Miranda, lembrando a figura do prejulgado, considera a uniformização da jurisprudência como recurso, porque aprecia matéria de recurso. Todavia, o entendimento dominante, e que nos parece correto, é o de que a uniformização de jurisprudência é apenas um incidente no julgamento de recurso ou processo de competência originária dos tribunais.¹⁴

Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini adotaram também a doutrina majoritária, entendendo que a uniformização de jurisprudência não foi um recurso. “É um incidente processual (e não uma ação incidental) de caráter preventivo, por meio do qual se quer predeterminar o conteúdo de uma decisão que ainda não foi proferida”.¹⁵

Mesmo entendimento, é seguido por Nelson Nery Junior:

O incidente de uniformização da jurisprudência é destinado a fazer com que seja mantida a unidade da jurisprudência interna de determinado tribunal. Havendo, na mesma corte, julgamentos conflitantes a respeito de uma mesma tese jurídica, é cabível o incidente a fim de que primeiramente, o pleno do tribunal se manifeste sobre a tese, para, tão somente depois, ser aplicado o entendimento resultante do incidente ao caso concreto levado a julgamento pelo órgão do tribunal.[...].¹⁶

“A uniformização de jurisprudência pode ser suscitada no julgamento de qualquer recurso ordinário (apelação, agravo, embargos infringentes), em causas de competência originária do tribunal e em remessa *ex officio*”¹⁷, nos termos do artigo nº 476 do Código de Processo Civil.

Vale distinguir também os embargos de divergência das demais espécies de embargos previstas no Código de Processo Civil, tais como: embargos de declaração (artigo nº 535 do Código de Processo Civil) e embargos infringentes (artigo nº 530 do Código de Processo Civil). Assim, não se pode haver confusão entre embargos de divergência, embargos de declaração e embargos infringentes.

Os embargos de declaração possuem natureza jurídica recursal, conforme nos ensina Moacyr Amaral Santos:

¹⁴ GRECO FILHO, Vicente. *Op. Cit.*, p. 392.

¹⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 895.

¹⁶ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 09ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 665.

¹⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 895.

Porque tais embargos não visam à reforma do julgado, pois este, ainda que provido, se manterá intangível na sua substancia, uma parte da doutrina [...] não lhes reconhece a natureza de recurso. Entretanto, como recursos são havidos e disciplinados pelo Código de Processo Civil, como o eram pelo direito tradicional, e, ao que nos parece, com acerto [...]. Da decisão recorre o prejudicado com o gravame que lhe causa a obscuridade, a contradição ou a omissão de que a mesma se ressente. Essa circunstância, o fato de visarem os embargos de declaração à reparação do prejuízo que os defeitos do julgado trazem ao embargante, os caracteriza como recurso.¹⁸

Sujeitaram-se, portanto, aos requisitos de admissibilidade e à teoria geral dos recursos, podendo ser interpostos contra decisão interlocutória, sentença ou acórdão. Embora se refira apenas à sentença e acórdão, os vícios apontados na norma comentada não podem subsistir na decisão interlocutória, que deve ser corrigida por meio de EDcl.[...].¹⁹

Cabiam embargos de declaração quando a decisão for obscura, contraditória ou omissa, no ponto sobre o qual ela deveria pronunciar-se. Humberto Theodoro Junior defende que “qualquer decisão judicial comporta embargos declaratórios, porque, como destaca Barbosa Moreira, é inconcebível que fique sem remédio a obscuridade, a contradição ou a omissão existente no pronunciamento jurisdicional”.²⁰

Ocorreria a obscuridade sempre que houvesse falta de clareza na redação da decisão, tornando difícil a compreensão do texto ou a sua exata interpretação. A dúvida foi o estado de incerteza que resultou da obscuridade, sendo que uma decisão claramente redigida não podia gerar dúvida.

A contradição foi verificada quando a decisão apresentasse proposições entre si inconciliáveis. Sendo a afirmação conflitante.

Verificou-se a omissão quando o texto não se pronunciava sobre ponto ou questão suscitado pelas partes, ou que o juiz devesse pronunciar-se de ofício. Nesse caso, a decisão foi complementada, passando a resolver questão não resolvida, ganhando substância. Os EDcl têm finalidade de completar a decisão omissa ou, ainda, de aclará-la, dissipando obscuridades

¹⁸ AMARAL SANTOS, Moacyr. *Op. Cit.*, p. 146.

¹⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. Cit.*, p. 785 e 786.

²⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. Cit.*, p. 633

ou contradições. Não tem caráter substitutivo da decisão embargada, mas sim integrativo ou aclaratório.²¹

Quanto aos embargos infringentes, estes eram o recurso cabível contra acórdão não unânime, proferido em apelação ou ação rescisória, dirigido ao próprio tribunal que pronunciou a decisão impugnada, conforme artigo nº 530 do Código de Processo Civil. Eram cabíveis apenas dos acórdãos não unânimes que reformassem, total ou parcialmente, a sentença ou que julgassem procedente o pedido em ação rescisória.

O objetivo dos embargos infringentes foi fazer com que prevalecesse o voto vencido, quando proferido acórdão não unânime em sede de apelação ou ação rescisória. Visando pacificar a divergência existente entre os membros do mesmo órgão, a fim de que prevalecesse o voto vencido, os embargos infringentes podiam ser interpostos em qualquer tribunal.

Esse recurso tem por fim provocar o reexame de acórdãos proferidos em apelação e ação rescisória, no que houver divergência entre os juízes, possibilitando não só a retratação dos que anteriormente votaram, mas também a modificação da decisão pelo ingresso, quando for o caso, de outros juízes no órgão julgador.²²

Os embargos infringentes não se confundiam com os embargos de divergência, pois nestes, “a divergência que o enseja não foi a que se verificaram na turma julgadora, quando haviam votos vencidos, mas a que se constatava entre um órgão fracionário e outro, ou entre órgão fracionário e o plenário”.²³ A divergência existente podia ser quanto ao mérito, como à admissibilidade do recurso especial ou extraordinário, pois os embargos de divergência buscavam uniformizar a jurisprudência interna dos tribunais de superposição, eliminando qualquer possível divergência existente no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça.

Os embargos de divergência também divergiam do recurso especial, previsto no artigo nº 105, III, “c” da Constituição Federal. O recurso especial buscou uniformizar o entendimento de lei federal, quando a divergência de interpretação ocorresse nos tribunais

²¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. Cit.*, p. 786.

²² GRECO FILHO, Vicente. *Op. Cit.*, p. 358.

²³ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil, Volume 2: Processo de Conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 202.

inferiores, uniformizando assim a jurisprudência externa, enquanto que o foco dos embargos de divergência foi uniformizar a jurisprudência interna dos tribunais superiores.

Tem por objetivo garantir a efetividade e a uniformidade de interpretação do direito objetivo em âmbito nacional, ou seja, por meio destes recursos se pretende que o direito federal (inclusive a própria Constituição Federal) seja efetivamente aplicado e que se deem às regras constitucionais e federais interpretações uniformes.²⁴

Como todo recurso, o Recurso Especial também precisou preencher os requisitos de admissibilidade recursal. Por tratar-se da sua especialidade, a Constituição Federal condicionou a sua admissibilidade também a outros pressupostos específicos, previstos no artigo nº 105, III, da Carta Magna.

O artigo nº 105, III, “*caput*” da Constituição Federal indicou os pressupostos cumulativos, os quais deviam ser preenchidos em todos os recursos especiais, enquanto que o artigo nº 105, III, “a”, “b”, “c” da Constituição Federal previu os pressupostos alternativos, bastando que apenas um deles fosse preenchido no caso concreto com os pressupostos cumulativos, para que o recurso passasse pelo juízo de admissibilidade e fosse julgado no mérito.

O Recurso Especial curou a vigência e eficácia da legislação federal infraconstitucional e buscou harmonizar a respectiva jurisprudência dos tribunais inferiores, enquanto que, nos embargos de divergência, os acórdãos comparados foram proferidos dentro dos tribunais superiores, quais fossem o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, os embargos de divergência não se confundiam com o Incidente de Assunção de Competência, previsto no artigo nº 555 do Código de Processo Civil. Este incidente teve lugar no curso de qualquer procedimento recursal perante um tribunal para prevenir ou solucionar divergência entre câmaras ou entre turmas, quando houvesse relevante questão de direito.

²⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 826.

Quando se tratar de questão de grande relevância e com o objetivo de prevenir ou de compor divergência entre os órgãos do tribunal, pode o relator propor que o recurso seja julgado, não pelo órgão fracionário (v.g. turma ou câmara), mas pelo órgão colegiado que o regimento do tribunal indicar (v.g. seção, órgão especial, pleno).²⁵

²⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. Cit.*, p. 813.

2 OS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PERANTE OS TRIBUNAIS SUPERIORES

A Constituição Federal de 1988, com o intuito de evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, estabeleceu a existência dos poderes do Estado, os quais eram independentes e harmônicos.

O texto constitucional previu em seu artigo nº 2 os três poderes do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário), bem como, definiu posteriormente suas composições, funções e prerrogativas.

O Poder Judiciário além das funções atípicas de natureza legislativa e executiva, também possuía a função típica jurisdicional, ou seja, julgava aplicando a lei a um caso concreto, que lhe foi posto, resultante de um conflito de interesses. “Portanto, a função jurisdicional consistiu na imposição da validade do ordenamento jurídico, de forma coativa, toda vez que houvesse necessidade”.²⁶

De modo geral, jurisdição foi uma das funções do Estado, na qual o Estado substituíria a vontade das partes, buscando imparcialmente dirimir o conflito existente. Assim, cabendo ao Estado à solução dos litígios, o Judiciário deveria ter credibilidade, ou seja, não permitia que em casos semelhantes houvesse decisões judiciais distintas.

Diante da necessidade de preservar a segurança jurídica, o Código de Processo Civil de 1973 estabeleceu alguns institutos com a finalidade de uniformizar a jurisprudência, dentre eles, os embargos de divergência.

Os embargos de divergência foi recurso que visa à uniformização jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ), tribunais superiores estes que compunham o Poder Judiciário, conforme estabelece o artigo nº 92 da Constituição Federal de 1988.

²⁶ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e Legislação Constitucional*. 08ª ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 1254.

O objetivo dos embargos de divergência é obter uma uniformização de jurisprudência *interna*, no âmbito do STJ ou STF. Obtida a uniformização, atende-se ao segundo objetivo dos embargos de divergência: reformar / anular o acórdão embargado. Assim, providos os embargos de divergência, ao tempo em que se obtém a alteração do acórdão embargado, alcança-se o seu objetivo maior, que é a uniformização da jurisprudência interna do tribunal superior.²⁷

2.1 O Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça

Conforme observou Gilmar Ferreira Mendes em sua obra, “criado em 1828, como Supremo Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal foi o órgão judicial brasileiro mais antigo”.²⁸ Foi o órgão de cúpula do Judiciário e sua principal função foi guardar e defender a Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal mantém a função precípua de guardião da Constituição Federal. Compete-lhe a guarda da Constituição, preservando e interpretando as normas constitucionais. Nessa função de preservar e interpretar as normas da Constituição Federal deve-se considerar inserida a função de uniformizar a jurisprudência nacional quanto à interpretação das normas constitucionais.²⁹

A sua composição foi feita por duas Turmas, cada qual constituída por cinco Ministros, e pelo Plenário, em que atuavam os seus onze Ministros, escolhidos e nomeados pelo presidente da república, após serem sabatinados pelo Senado Federal e aprovados por maioria absoluta de seus membros, nos termos do artigo nº 101 da Constituição Federal.

Os ministros escolhidos para compor o Supremo Tribunal Federal deveriam ter idade mínima de 35 (trinta e cinco) anos e máxima de 65 (sessenta e cinco) anos de idade. Deveriam ser brasileiros natos, gozar de direitos políticos e possuir reputação ilibada e notável saber jurídico.

O Superior Tribunal de Justiça foi uma criação da Constituição Federal de 1988. A sua composição seria feita de no mínimo trinta e três ministros, escolhidos da seguinte forma: 1/3 de juízes do TRFs (Tribunais Regionais Federais); 1/3 de desembargadores dos Tribunais de Justiça Estaduais; 1/3 divididos da seguinte maneira: 1/6 de advogados e 1/6 de membros do Ministério Público Federal, Estaduais e Distrital.

²⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José da. *Op. Cit.*, p. 379.

²⁸ FERREIRA MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional – 2ª ed.* São Paulo: Saraiva, 2008. p. 937.

²⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José da. *Op. Cit.*, p. 349.

O Superior Tribunal de Justiça foi dividido em seis Turmas, cada uma composta por cinco Ministros. A primeira e a segunda Turmas compunham a 1ª Seção; a terceira e a quarta Turmas compunham a 2ª Seção e a quinta e sexta Turmas compunham a 3ª Seção. Além das Turmas e das Seções, o Superior Tribunal de Justiça possuía a Corte Especial, que faz as vezes do Tribunal Pleno, conforme artigo nº 93, IX da Constituição Federal.

Os ministros escolhidos para ocuparem o Superior Tribunal de Justiça também deveriam ter idade entre 35 (trinta e cinco) e 65 (sessenta e cinco) anos, possuir reputação ilibada e notável saber jurídico, bem como ser brasileiros natos ou naturalizados.

Os ministros do Superior Tribunal de Justiça foram escolhidos e nomeados pelo Presidente da República, após serem aprovados por maioria absoluta dos membros do Senado Federal.

As competências do Superior Tribunal de Justiça estavam previstas no artigo nº 105 da Constituição Federal, estabelecendo como função primordial, guardar o ordenamento jurídico federal.

Nesse *mister* de interpretar e preservar a legislação infraconstitucional, insere-se uma outra função do STJ: uniformizar a jurisprudência nacional. Trata-se de função importantíssima, intimamente relacionada com o princípio da segurança jurídica. Ora, se ao STJ compete interpretar e preservar a legislação infraconstitucional, o julgamento que venha a ser proferido, conferindo interpretação a determinada norma federal, serve, a um só tempo, como corretivo da decisão impugnada e elemento de uniformização da jurisprudência quanto à interpretação da referida norma.³⁰

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça formavam os tribunais superiores, e suas decisões possuíam grande relevância para a manutenção da segurança jurídica.

Como órgão jurisdicional que é, sua função se exerce dentro do processo, no exame das causas que lhe são submetidas, mas suas decisões têm forte repercussão política no plano institucional do equilíbrio dos Poderes do Estado, porque é o mais elevado grau na estrutura jurisdicional do País.³¹

³⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José da. *Op. Cit.*, p. 325 e 326.

³¹ GRECO FILHO, Vicente. *Op. Cit.*, p. 367.

Dessa forma, foi primordial que houvesse uniformização da jurisprudência nestes tribunais, e em não havendo, os embargos de divergência deveriam ser utilizados como forma de solução para este conflito.

O objetivo dos embargos de divergência é uniformizar o entendimento do tribunal (STF e STJ) acerca da matéria posta em causa, quando existir divergência entre seus órgãos fracionários. Por essa razão é que as turmas não podem julgá-los, sendo competentes para tanto os órgãos superiores do STF e do STJ.³²

2.2 Os embargos de divergência e o seu cabimento

Os embargos de divergência encontravam-se previstos nos artigos nº 496, VIII, nº 508 e nº 546 do Código de Processo Civil de 1973. O seu procedimento foi destacado no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), bem como, no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (RISTJ), conforme estabelece o parágrafo único do artigo nº 546 do Código de Processo Civil.

Conforme o artigo nº 546 do Código de Processo Civil, os embargos de divergência só teriam cabimento em decisões proferidas em sede de recurso especial e recurso extraordinário. Então, se tratando de julgamento de outro recurso que não fosse especial ou extraordinário, não caberiam embargos de divergência.

[...] Cabendo esse recurso contra a decisão da turma que, em recurso especial, divergir do julgamento de outra turma, da seção ou do órgão especial, e, em recurso extraordinário, contra a decisão que divergir do julgamento de outra turma ou plenário.³³

Os embargos de divergência buscaram uniformizar a jurisprudência interna do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, portanto, seu cabimento se daria contra decisão, cujo teor era divergente de decisão dada por outra turma ou outro órgão do mesmo tribunal superior.

Dada a finalidade dos embargos de divergência, toda vez que uma das turmas divergir do entendimento tomado por outra, ou de outro órgão do mesmo Tribunal acerca da mesma “questão jurídica”, o recurso aqui examinado tem cabimento para, superando a divergência, uniformizar o entendimento no âmbito interno do Tribunal.³⁴

³² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. Cit.*, p. 807.

³³ GRECO FILHO, Vicente. *Op. Cit.*, p. 363.

³⁴ BUENO, Cássio Scarpinella. *Op. Cit.*, p. 350 e 351.

Desse modo, foi importante destacar que o acórdão eleito paradigma, ou seja, o acórdão utilizado para demonstrar a divergência do entendimento jurisprudencial, podia ser acórdão de outra Turma, Seção, Órgão Especial ou do Plenário, contanto que fosse sempre do mesmo Tribunal do acórdão embargado.

Já o acórdão embargado, isto é, aquele contra o qual são apresentados os embargos de divergência, devia ter sido proferido por Turma. Se tivesse sido proferido por Seção ou Corte Especial (no caso do Superior Tribunal de Justiça) ou Plenário (no caso do Supremo Tribunal Federal), não eram cabíveis os embargos de divergência.

Para que caibam os embargos de divergência, é preciso que o julgamento tenha sido proferido por Turma, em recurso especial (no caso do STJ) ou em recurso extraordinário (no caso do STF). Daí a nomenclatura utilizada no inciso VIII do artigo nº 496 do CPC: embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário.³⁵

Os embargos de divergência objetivaram a uniformização jurisprudencial interna dos tribunais superiores, não admitindo que o acórdão paradigma fosse proveniente de tribunal diferente daquele que proferiu o acórdão embargado. Assim, se uma Turma do Superior Tribunal de Justiça tivesse interpretação diversa do Supremo Tribunal Federal acerca de um direito objetivo, por exemplo, não seria cabível o recurso mencionado.

Também não cabiam embargos de divergência, com fundamento em acórdão paradigma proferido por outro tribunal que tinha, no passado, competência para a matéria atualmente analisada pelo tribunal competente para julgar o recurso.

Os embargos de divergência destinavam-se à uniformização da jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. A divergência jurisprudencial devia se mostrar atual, no entanto, mostrando-se superada, o recurso era descartado.

A atualidade na divergência jurisprudencial implicava em não admitir como fundamentação para os referidos embargos, os acórdãos do extinto Tribunal Federal de Recursos, bem como, os acórdãos do Supremo Tribunal Federal, quando este antes da Constituição Federal de 1988, era competente para julgar direito federal infraconstitucional.

³⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José da. *Op. Cit.*, p. 381.

No mesmo sentido, cumprem-se destacar também, o disposto na Súmula nº 158 do Superior Tribunal de Justiça: “não se presta a justificar embargos de divergência o dissídio com acórdão de Turma ou Seção que não mais tenha competência para a matéria neles versada”.

O julgamento proferido no REsp por uma turma do STJ que não tinha competência em razão da matéria para julgá-lo, bem como que tenha perdido a competência posteriormente ao julgamento do REsp, não pode servir de parâmetro para a interposição dos EDiv. Considera-se, no caso, que não há divergência a ser superada pela uniformização do entendimento do tribunal, devendo prevalecer o entendimento do órgão que tinha competência para decidir a matéria.³⁶

Não havia impedimento para o acórdão paradigma que tivesse sido proferido por unanimidade de votos. A decisão poderia ter sido proferida por maioria e, ainda que tivesse sido unânime, caberia o recurso, desde que houvesse divergência de decisão já proferida por outro órgão do mesmo Tribunal.

Tem cabimento, portanto, quando a Turma decide a mesma questão anteriormente enfrentada por outra Turma, Seção ou Órgão Especial, dando-lhe solução diferente. Para estes embargos, é irrelevante a existência ou não de unanimidade nas decisões confrontadas.³⁷

Tampouco havia obstáculo para o cabimento do recurso quando o acórdão embargado tivesse, como objeto, questões preliminares ou de mérito. Pouco importava se o recurso foi interposto para questionar a divergência jurisprudencial referente ao mérito ou questão processual. O importante foi que o objeto dos embargos fosse a uniformização da questão federal constitucional ou infraconstitucional.

A jurisprudência não admite interposição de embargos de divergência se o recurso especial ou extraordinário não for conhecido. Sucede que, uma vez julgado o recurso excepcional, é possível a interposição dos embargos de divergência, em razão de dissídio jurisprudencial *interna corporis* relacionado a uma questão atinente ao juízo de admissibilidade do recurso especial e extraordinário. Por isso é que se disse ser possível que a divergência diga respeito ao juízo de mérito ou ao juízo de admissibilidade do recurso excepcional.³⁸

Contudo, foi necessário que houvesse semelhança fática entre os acórdãos confrontados para o cabimento dos embargos de divergência. Exigiu-se que os acórdãos tivessem resultados do mesmo grau de cognição horizontal.

³⁶ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. Cit.*, p. 808.

³⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. Cit.*, p.673.

³⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José da. *Op. Cit.*, p. 382.

Assim, se um acórdão versasse sobre questões de admissibilidade e o outro sobre questões relacionadas ao mérito, não caberia o recurso analisado. Por exemplo, quando o acórdão embargado tratou do mérito e o paradigma, da admissibilidade do recurso especial, não seria cabível os embargos de divergência, pois não havia identidade entre os casos.

Os EDiv pressupõem identidade de fato e solução normativa diferente. Buscam uniformizar a jurisprudência. Em não havendo contradição, porque diferentes os supostos fáticos, não há divergência jurídica.³⁹

Segundo Fredie Didier Junior e Leonardo José da Cunha⁴⁰, o acórdão paradigma podia ter sido prolatado de julgamento de qualquer recurso, bem como de ação de competência originária do tribunal.

Daniel Amorim Assumpção Neves⁴¹ adotou o mesmo posicionamento em sua obra, defendendo a possibilidade do mesmo julgamento de uma ação de competência originária ou de recurso ordinário servisse como acórdão paradigma, desde que continha entendimento contrário ao existente no acórdão recorrido.

No entanto, em sentido contrário, Cassio Scarpinella Bueno⁴², defendeu que o acórdão paradigma para comprovar o dissenso jurisprudencial não podia ser de outros recursos ou ações originárias julgadas pelo mesmo Tribunal.

Vale lembrar, que não se admitiam a oposição dos embargos de divergência contra a decisão isolada do relator.

[...] A decisão do relator proferida nos termos do CPC 557 §1º, que desde logo dá provimento ao recurso especial, é passível de agravo, nos termos do segundo parágrafo do mesmo artigo, e somente depois de apreciado esse recurso pela Turma é que haverá julgamento ao qual se podem opor embargos de divergência (CPC 546), pelo que não são conhecidos os embargos de divergência oferecidos diretamente contra a decisão do relator.⁴³

³⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. Cit.*, p. 808.

⁴⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José da. *Op. Cit.*, p. 382.

⁴¹ ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. *Op. Cit.*, p.721.

⁴² BUENO, Cássio Scarpinella. *Op. Cit.*, p. 351.

⁴³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. Cit.* p. 808.

Os embargos de divergência eram cabíveis contra acórdão em sede de recurso especial e recurso extraordinário. Em regra, não admitia esse recurso contra acórdão proferido em agravo de instrumento, agravo regimental ou agravo interno.

As situações previstas no artigo nº 544, § 4º e no artigo nº 557, § 1º- A, ambos do Código de Processo Civil, entretanto, mereciam ressalva, vez que o relator apreciou o mérito do recurso especial e do recurso extraordinário. Nesses casos, do acórdão do julgamento do agravo interno interposto poderia ser opostos embargos.

Portanto, admitia o recurso nos casos específicos, como o do artigo nº 544, §4º e nº 557, §1º- A. O plenário do STF, em julgamento unânime realizado em 26 de abril de 2007, cancelou a Sumula 599, que entendia descabidos os embargos de divergência em agravo regimental ou interno. A mesma orientação já existia na jurisprudência do STJ, em sua Súmula 316: “Cabem embargos de divergência contra acórdão que, em agravo regimental, decide recurso especial”.

Assim, restava superado o entendimento de que o acórdão proferido em agravo regimental ou agravo interno, utilizado para os fins do artigo nº 557, § 1º- A, não cabendo como acórdão paradigma.

Em suma, para que coubessem os embargos de divergência, foi preciso que se tivesse primeiramente uma decisão colegiada, ou seja, um acórdão, não sendo admitida a oposição do recurso contra decisão monocrática do relator. Em segundo lugar, foi necessário que o acórdão tivesse sido proferido por Turma, e por ultimo, exigisse que o acórdão tenha sido decidido em recurso especial no Superior Tribunal de Justiça ou recurso extraordinário no Supremo Tribunal Federal.

Importante lembrar que os embargos de divergência não eram admitidos em regra, quando os acórdãos confrontados fossem da mesma turma. No entanto, havia julgados, admitindo essa situação quando houvesse alteração considerável na composição da turma julgadora, conforme analisado a seguir.

2.2.1 Alteração substancial na composição majoritária da turma

Eram tribunais de superposição, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, como já estudado anteriormente, e compostos por ministros. Estes eram nomeados e escolhidos pelo Presidente da República, após serem sabatinados e aprovados por maioria absoluta do Senado Federal. Deverão ter entre 35 (trinta e cinco) anos e 65 (sessenta e cinco) anos de idade, bem como, notório saber jurídico e reputação ilibada.

Os tribunais superiores eram divididos internamente, sendo que o Supremo Tribunal Federal era composto por duas turmas, cada uma, ocupada por cinco ministros e o Plenário, o qual era ocupado pelos onze ministros. Já o Superior Tribunal de Justiça era dividido em seis turmas, três Seções e o Órgão Especial.

Devido ao grande número de ministros, cada qual com suas opiniões, foi mais do que comum que não houvesse consenso entre os próprios julgadores, sendo possível decisões judiciais distintas para casos semelhantes.

Desse modo, para preservar a segurança jurídica, surgiram os embargos de divergência, recurso cujo escopo foi uniformizar a jurisprudência interna do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, afastando qualquer divergência que pudesse existir nas decisões internas destes tribunais superiores.

O cargo para ministro do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça era rotativo, pois, conforme alguns ministros se aposentavam, novos ministros eram nomeados para ocuparem o cargo.

Assim, ocorrendo alteração dos ministros nos tribunais de superposição, era comum que, dentro de uma mesma Turma do Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, fossem proferidas decisões diferentes para casos semelhantes.

Os embargos de divergência, portanto, em regra, não eram admitidos quando os acórdãos divergentes fossem da mesma turma. Contudo, havia julgados que admitiam excepcionalmente essa situação, quando se tratava de alteração substancial da composição da turma.

Não se tinha considerado absoluta a regra de que o acórdão divergente devesse ser de outra turma, quando, ainda que da mesma turma, o acórdão foi proferido à época em que se tinha outra composição.

Há interessante questionamento a respeito do cabimento dos embargos infringentes na hipótese de divergência entre julgados da mesma turma. A literalidade do dispositivo legal já seria o suficiente para afastar tal cabimento, inclusive encontrando-se esse entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça. Ocorre, entretanto, que parcela da doutrina entende que essa súmula não pode ser aplicada quando constada uma **modificação substancial da composição da turma**, entendimento admitido no Superior Tribunal de Justiça e rejeitado no Supremo Tribunal Federal.⁴⁴

2.2.2 O posicionamento do Supremo Tribunal Federal

Como já analisado, os embargos de divergência, nos termos do artigo nº 546 do Código de Processo Civil, terá cabimento quando houver divergência jurisprudencial entre os órgãos fracionários do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

O Supremo Tribunal Federal, em sua Súmula 353 estabelece que, “são incabíveis os embargos da Lei nº 623, de 19.02.1949, com fundamento em divergência entre decisões da mesma Turma do Supremo Tribunal Federal”.

A Súmula 353 do Supremo Tribunal Federal dispõe acerca do requisito da diversidade orgânica, ou seja, o acórdão paradigma confrontado no qual baseou os embargos de divergência devia ser de turma ou órgão fracionário diferente do acórdão embargado. Desse modo, o Supremo Tribunal Federal em regra, não admitia embargos de divergência, quando os acórdãos confrontantes fossem da mesma turma do tribunal.

Entretanto, o próprio Supremo Tribunal Federal mitigou essa hipótese, admitindo que o acórdão paradigma e o acórdão recorrido sejam proferidos pela mesma turma do tribunal em uma única hipótese excepcional: quando ocorrer alteração substancial na composição majoritária da turma.

⁴⁴ ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. *Op. Cit.*, p.722.

O enunciado n. 353 da súmula da jurisprudência predominante do STF assim está redigido: “São incabíveis os embargos da Lei n.º 623, de 19 de fevereiro de 1949, com fundamento em divergência entre decisões da mesma turma do Supremo Tribunal Federal.” Sucede que o mesmo STF alterou o seu entendimento, e passou a admitir os embargos com base na divergência com julgado da mesma turma, “caso haja variado a respectiva composição, e notadamente a da maioria vitoriosa, de um para outro julgamento.”⁴⁵

O Supremo Tribunal Federal entendeu que, ocorrendo à alteração substancial na composição da turma, não haveria a identidade total dos julgadores, e com isso, a regra da Súmula 353 do STF devia ser flexibilizada e os embargos de divergência, admitidos excepcionalmente.⁴⁶

Em regra, o acórdão paradigma devia ter sido proferido pelo Plenário ou turma diferente da qual proferiu o acórdão embargado. Se os acórdãos paradigma e embargado foram proferidos pela mesma turma, não haveria idoneidade processual, salvo, se a composição da turma fosse alterada substancialmente de um julgamento para o outro.

Devido à função de segurança jurídica dos embargos de divergência, se os acórdãos foram proferidos por uma mesma turma, cuja composição foi substancialmente idêntica, o Supremo Tribunal Federal entendeu não caber o recurso, pois a composição majoritária permaneceu inalterada de um julgamento para outro.

Desse modo, os embargos de divergência como já estudado, deviam preencher vários requisitos para a sua admissão, entre eles, a diversidade orgânica. Porém, o Supremo Tribunal Federal mitigou esse entendimento, admitindo a oposição do recurso, excepcionalmente, no

⁴⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José da. *Op. Cit.*, p. 383.

⁴⁶ E M E N T A: EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA - PRESSUPOSTOS FORMAIS DE SUA UTILIZAÇÃO - CRITÉRIO DA DIVERSIDADE ORGÂNICA (SÚMULA 353/STF) - PADRÃO DE DIVERGÊNCIA QUE EMANOU DA MESMA TURMA QUE PROFERIU A DECISÃO EMBARGADA - COMPOSIÇÃO SUBSTANCIALMENTE IDÊNTICA DESSE ÓRGÃO FRACIONÁRIO - EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NÃO ADMITIDOS. - Os embargos de divergência estão sujeitos, dentre os vários pressupostos que lhe condicionam a interposição, à observância do requisito da diversidade orgânica. Esse requisito impõe que o padrão de divergência - para ser validamente invocado como expressão do dissídio interpretativo - resulte de acórdão emanado, ou do Plenário ou de outra Turma do Supremo Tribunal Federal, pois não se reveste de idoneidade processual, para efeito de demonstração do conflito pretoriano, a indicação de acórdão proferido pela própria Turma de que proveio a decisão contra a qual foram opostos os embargos de divergência (Súmula 353/STF), ressalvada a hipótese excepcional de a Turma haver sofrido substancial modificação em sua composição. Precedentes. - Inocorrência, na espécie, dessa hipótese excepcional, pois os acórdãos em confronto emanaram da mesma Turma cuja composição majoritária - quatro (4) Ministros, no caso - manteve-se substancialmente inalterada. (STF - RE-EDv-QO 318469/DF - Tribunal Pleno. Ministro Relator: Celso de Mello; Julgado em: 02/10/2002; Publicado em: 11/10/2002).

caso dos acórdãos paradigma e embargado serem proferidos por uma mesma turma, na qual houvesse mudança na sua composição, da maioria vitoriosa.⁴⁷

2.2.3 O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça não compactuou do mesmo entendimento do Supremo Tribunal Federal. O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça foi no sentido de que não se admitia embargos de divergência em casos de acórdãos paradigma e recorridos proferidos pela mesma turma, mesmo que houvesse alteração substancial da composição da turma no julgamento de um acórdão para o outro.⁴⁸

O Superior Tribunal de Justiça defendeu a atualidade da divergência jurisprudencial, conforme dispunha a súmula 168: “Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado”.

O STJ é indiferente quanto à alteração substancial da composição da turma, seja total ou parcial, pois entende tratar-se de uma evolução jurisprudencial, isto é, apenas uma mudança de posicionamento da turma julgadora.

⁴⁷ EMENTA: EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA: PEDIDO DE RECONHECIMENTO DO CRÉDITO INTEGRAL DO ICM NAS OPERAÇÕES ONDE HÁ REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal permite acolher acórdão paradigma da mesma Turma em embargos de divergência quando alterada a maioria da sua composição. 2. Não é hábil para demonstrar divergência entre as Turmas o acórdão já invocado para demonstrá-la, mas repellido como não dissidente no julgamento do recurso extraordinário, § único do art. 331 do Regimento Interno, que absorveu a Súmula 598; esta disposição regimental veda que os embargos de divergência se convertam em embargos infringentes. Precedentes. 3. Se apenas cabem embargos de divergência a decisão da Turma em recurso extraordinário ou em agravo de instrumento, art. 310 do Regimento Interno, segue-se que não cabem tais embargos a decisão em agravo regimental, Súmula 599; pela mesma razão não pode o acórdão em agravo regimental ser invocado como paradigma em embargos de divergência. Precedentes. 4. Embargos de divergência não conhecidos. (STF - RE 103792 EDv / SP – Tribunal Pleno. Ministro Relator: Paulo Brossard; Julgado em: 07/10/1994; Publicado em: 09/12/1994)

⁴⁸ Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE TERCEIRO EM SEQUESTRO. PARADIGMA ORIUNDO DO MESMO ÓRGÃO JULGADOR. NÃO CABIMENTO. INEXISTÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS JULGADOS CONFRONTADOS. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. "Não servem à comprovação do dissídio acórdãos provenientes da mesma Turma Julgadora, independentemente de ter havido, ou não, alteração substancial da composição do referido órgão julgador" (AgRg nos EAREsp 71511/SP, Relator o Ministro Rogério Schietti Cruz, DJe de 17/06/2014).

2. Para o conhecimento dos embargos de divergência, mister a similitude fática dos julgados confrontados, o que não se verifica na espécie com relação à interpretação conferida aos arts. 129 e 130 do Código de Processo Penal.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ – AgRg nos EREsp 1316694 / PR – Terceira Seção. Ministra Relatora: Maria Thereza De Assis Moura; Julgado em: 13/05/2015; Publicado em: 18/05/2015).

Os embargos de divergência se destinavam a uniformizar a jurisprudência interna do tribunal superior, e não, em harmonizar o entendimento dos antigos e dos novos integrantes do tribunal.

Este tribunal superior entendeu ser necessário que os acórdãos paradigma e embargado seriam obrigatoriamente oriundos de órgãos fracionários distintos. A orientação predominante do Superior Tribunal de Justiça estabeleceu não admitir embargos de divergência fundados em acórdãos proferidos de uma mesma turma, ainda que a sua composição majoritária tivesse sido alterada substancialmente, em razão da falta de previsão legal.⁴⁹

2.3 Competência para julgamento

A competência para julgar os embargos de divergência no Supremo Tribunal Federal estava prevista no artigo nº 6º, IV, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), o qual determinou o Plenário como o órgão competente.

Já o artigo nº 266 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (RISTJ), estabeleceu que para o julgamento dos embargos de divergência no Superior Tribunal de Justiça, o órgão competente foi fixado conforme os órgãos que apresentavam a divergência a ser dirimida.

Desse modo, se a divergência ocorreu entre as Turmas de uma mesma Seção ou entre essas turmas e a Seção, o órgão competente para o julgamento dos embargos de divergência seria a própria Seção, conforme artigo 12, § único, I, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (RISTJ).

⁴⁹ EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIVERGÊNCIA ENTRE JULGADOS DA MESMA TURMA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Para a configuração do dissídio jurisprudencial é necessário o confronto de julgados provenientes de órgãos julgadores diversos, ainda que haja alteração substancial em sua composição. Precedentes: AgRg nos EAREsp 71.511/SP, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Terceira Seção, DJe 17/06/2014; EREsp 798.264/SP, Rel. Ministro Luiz Felipe Salomão, Segunda Seção, DJe 14/02/2011; AgRg na Pet 6558/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe de 28.10.2008; AgRg nos EREsp 442.774/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, DJ 21/08/2006; AgRg nos EAg 514.302/BA, Rel. Ministro Gilson Dipp, Corte Especial, DJ 13/12/2004.

2. Na hipótese, o aresto paradigma é originário da mesma Turma que proferiu a decisão embargada, não se prestando, assim, à demonstração do dissídio pretoriano.

3. Agravo regimental não provido. (STJ – AgRg nos EAREsp 461538 / RJ – Primeira Seção. Ministro Relator: Benedito Gonçalves; Julgado em: 11/03/2015; Publicado em: 17/03/2015.

No entanto, se a divergência ocorreu entre turmas de Seções diferentes, ou entre Turma e outra Seção ou com a Corte Especial, o órgão que teria competência para o julgamento dos embargos seria a própria Corte Especial, nos termos do artigo 11, XIII, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

E o julgamento é feito pela Seção, se a divergência se deu em seu interior; ou pelo Órgão Especial, se a divergência for entre Turmas de Seções diversas, ou entre turma e outra Seção, ou com a Corte Especial.⁵⁰

Importante enfatizar que, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça só teve competência para julgar os embargos quando a divergência apresentada fosse entre Turmas de diferentes Seções, ou entre uma Turma e uma Seção da qual essa Turma não pertencesse, ou ainda, entre uma Turma e a própria Corte Especial. Caso contrário, o órgão competente para uniformizar a jurisprudência das suas respectivas turmas seria a Seção.

Hipoteticamente, se os embargos fossem fundamentados em divergência entre três Turmas, sendo duas Turmas de uma mesma Seção, primeiramente, a divergência deveria ser decidida no âmbito da Seção. Caso a divergência ainda persistisse com relação à outra Turma, a competência para julgar seria da Corte Especial.

Vale ressaltar que, como não havia revisão nos embargos de divergência, caberia ao relator pedir dia para julgá-lo, conforme artigo 21, X, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RSTF) e artigo nº267, § único do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (RISTJ).

Desta maneira, visando uma maior possibilidade dos embargos de divergência serem examinados pelos demais julgadores, o relator enviaria cópia do seu relatório para eles, nos termos do artigo nº 154 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (RISTJ).

Na sessão de julgamento, o presidente do Plenário proferiria voto. Uma vez conhecido os embargos de divergência, o Plenário apreciaria o mérito do recurso, de acordo com a disposição do artigo nº 336, “*caput*”, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF).

⁵⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. Cit.*, p. 674.

Por fim, permitiu-se dizer que, do acórdão proferido nos embargos de divergência, caberia embargos de declaração, e mais, nos casos de decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, admitiu-se recurso extraordinário, desde que presentes os pressupostos no respectivo acórdão.

2.4 Confronto Analítico

Embora o artigo nº 546 do Código de Processo Civil se mantivesse em silêncio quanto à comprovação da divergência, a sua exigência foi legítima nos termos do artigo nº 331, *caput*, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF) e artigo nº 266, §1º do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (RISTJ).

Conforme disposto nos artigos nº 331 do RISTF e artigo nº 266 do STJ, para a oposição dos embargos de divergência, foi necessária a comprovação de todas as circunstâncias que identificavam ou assemelhavam os casos em confronto. Essa comparação denominou-se confronto analítico.

Os embargos de divergência somente seriam admitidos se houvesse o confronto analítico do acórdão recorrido com o acórdão paradigma. O órgão jurisdicional deveria confrontar o caso que foi submetido à sua apreciação com as particularidades do qual houvesse a divergência.

A existência da divergência deveria ser provada por certidão, cópia autenticada, ou pela citação do repositório oficial, autorizado ou credenciado, em que tivesse sido publicado o acórdão paradigma, destacando as circunstâncias semelhantes ao caso confrontado.

Se o acórdão paradigma estivesse publicado na íntegra em repositório autorizado, não haveria necessidade de juntar sua cópia, bastando a menção do volume e da página do repositório. Caso contrário, a sua cópia deveria ser juntada.

A divulgação de julgados por mídia eletrônica e a reprodução de julgados disponível na internet também eram admitidos desde que, indicada a respectiva fonte.

Caberia à parte proceder ao confronto analítico entre o acórdão recorrido e o acórdão paradigma. O recorrente deveria transcrever trechos da decisão recorrida e da decisão paradigma, para evidenciar que os casos similares receberiam do tribunal superior soluções opostas.

Foi essencial que se fizesse o confronto entre os acórdãos para identificar a similitude entre eles. A função de uniformizar a jurisprudência interna dos tribunais superiores só se fazia presente quando se tratar de uma mesma situação fática.

Tem-se exigido que se trate de situações idênticas, às quais se tenha dado solução jurídica diversa. Obviamente, se se tratar de situações diferentes e o Judiciário lhes tiver dado a mesma solução, também se estará diante de divergência que deve (deveria) ser corrigida por embargos de divergência. Pode, também, ocorrer de os fatos não serem rigorosamente os mesmos, mas a essência jurídica de ambos os casos ser exatamente a mesma.⁵¹

O recorrente deveria demonstrar de forma objetiva a análise comparativa entre o acórdão paradigma e o acórdão recorrido. Foi necessário transcrever, copiar e comparar os trechos das situações fáticas e jurídicas dos respectivos acórdãos.

Deveriam ser reproduzidos na petição inicial os trechos que configuravam a divergência indicada, mencionando as circunstâncias que tornavam semelhantes os casos em confronto, não bastando a mera transcrição da emenda do acórdão paradigma.

Importante destacar que o confronto não se dava apenas com a simples transcrição de ementas, salvo, se ela sozinha contivesse 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 dissipar.⁵²

Quanto a “divergência notória”, isto é, aquela na qual foi conhecida por dizer respeito a questões repetitivas ou “recursos múltiplos”, a comparação pontual entre os acórdãos, também poderia ser relativizada.

⁵¹ MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. Cit.*, p. 470.

⁵² DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José da. *Op. Cit.*, p. 388.

Em tais casos, a flexibilização admitida foi em relação à demonstração da divergência, e não com a sua comprovação no caso concreto, ou seja, o recorrente deveria demonstrar que a solução propugnada pela decisão paradigma deveria prevalecer sobre o acórdão recorrido.

2.5 Procedimento

Segundo autorização do artigo nº 546 do Código de Processo Civil, o procedimento dos embargos de divergência deveria ser estabelecido no regimento interno do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Cássio Scarpinella Bueno defendeu que essa autorização foi legítima, no “modelo constitucional do direito processual civil, desde que fossem observados, por aqueles atos infralegais, os ditames constitucionais e legais acerca do assunto”.⁵³

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF) previu os embargos de divergência nos artigos nº 330 a nº 332 e nº 334 a nº 336. Por sua vez, o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça (STJ) dispunha sobre o procedimento dos embargos de divergência em seus artigos nº 266 e nº 267.

Os embargos de divergência seriam apresentados no prazo de 15 (quinze) dias, contados da publicação da decisão embargada, conforme artigo nº 508 do Código de Processo Civil. Opostos os embargos perante a Secretaria do Tribunal Superior, o recurso seria juntado aos autos, independente de despacho, nos termos dos artigos nº 334 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF) e artigo nº 266, § 2º do Regimento Interno Superior Tribunal de Justiça (RISTJ).

As razões recursais deveriam ser apresentadas diretamente ao Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, inclusive por meios eletrônicos. A utilização dos “protocolos descentralizados”, para esse fim, deveria ser autorizada expressamente pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, em acordo com o artigo nº 547 do Código de Processo Civil.

⁵³ BUENO, Cássio Scarpinella. *Op. Cit.*, p. 355.

Após a distribuição, os autos seriam conclusos ao relator, que iria admitir ou rejeitar o recurso. O relator dos embargos poderia ser qualquer ministro que integra o órgão competente para o julgamento do recurso.

No Supremo Tribunal Federal, o artigo nº 76 do seu regimento interno (RISTF) exigiu que o recurso fosse distribuído a um ministro pertencente à Turma que não proferiu o acórdão embargado.

O mesmo dispositivo impôs que, se o acórdão embargado for do Plenário, não poderia ser escolhido o seu respectivo relator, tampouco, o seu revisor.

Quanto ao Superior Tribunal de Justiça, o seu regimento interno não impôs semelhante vedação, apenas previu no seu artigo nº 74 que os embargos de divergência deveriam ser distribuídos a um novo relator.

Interpostos os embargos de divergência, não se deveria desde logo intimar a parte contrária para apresentar as contrarrazões, antes, deveria ocorrer o sorteio para relator. Sorteado, o relator poderia indeferir o recurso, liminarmente, se estivesse intempestivo, se contrariasse Súmula do próprio Tribunal, ou se não comprovasse a divergência jurisprudencial.

O juízo de admissibilidade dos embargos de divergência deve se ater à verificação de sua tempestividade e à correta demonstração da divergência jurisprudencial que os fundamenta, levando em conta não só as diretrizes regimentais mas, superiormente, os pressupostos de admissibilidade do artigo nº 546. A atuação monocrática do relator também se justifica para indeferir liminarmente os embargos, com base no artigo nº 557, caput, quando contrariarem Súmula do Tribunal a que pertence.⁵⁴

Portanto, o primeiro juízo de admissibilidade foi feito pelo relator isoladamente. Do indeferimento, caberia o agravo interno no prazo de 05 (cinco) dias para o órgão colegiado competente para julgar os embargos de divergência, conforme artigos nº 317 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF) e nº 258 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (RISTJ).

⁵⁴ BUENO, Cássio Scarpinella. *Op. Cit.*, p. 357

O artigo nº 335, § 1º do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), estabeleceu que, admitidos os embargos de divergência, não poderia o relator reformar o seu despacho para inadmiti-los. O juízo de admissibilidade exercido pelo relator, contudo, não vinculou o órgão colegiado competente para julgar o recurso.

Admitidos os embargos de divergência, o embargado seria intimado para apresentar contrarrazões no prazo de quinze dias, nos termos do artigo nº 508 do Código de Processo Civil e não como dispõe o artigo nº 335, § 2º do RISTF, que fala em dez dias.

Se for o caso, o Ministério Público interviria na qualidade de fiscal da lei e teria vista aos autos por vinte dias. Sendo impugnados ou não, os embargos de divergência seriam conclusos ao relator, que pediria a sua inclusão na pauta de julgamento.

O Plenário, ao julgar os embargos de divergência, julgaria também toda a matéria que deveria ter sido decidida pelo acórdão embargado, mesmo que nele não teria sido apreciada por inteiro. Não ocorreria esse julgamento, quando se tratasse de agravo contra o não recebimento do recurso, caso em que se determinaria a subida do recurso principal.

Os embargos de divergência não admitiam a sua interposição adesiva, devido o artigo nº 500, II do Código de Processo Civil se silenciasse a respeito. No entanto, caberia sustentação oral e nesse caso não foi exigida a presença do revisor.

Quanto ao preparo, caberia ressaltar que no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o mesmo deveria ser comprovado no ato da interposição do recurso, conforme determinado no artigo nº 511 do Código de Processo Civil.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, haveria divergência quanto ao preparo. Uma corrente defendeu o recolhimento do preparo nos embargos de divergência, em razão do artigo nº 5 da Lei 11.636/2007. Corrente contrária, defendeu que não havia necessidade de recolher o preparo, quando forem interpostos embargos de divergência contra decisão que julgou recurso especial.

Importante destacar ainda que, caso fosse constatado algum equívoco no acórdão embargado, os embargos de divergência seriam rejeitados, pois não se prestavam a corrigi-lo,

fazendo às vezes de cabíveis os embargos de declaração não interpostos. Assim, caberiam embargos de declaração em face de acórdão proferido nos embargos de divergência.

2.6 Os embargos de divergência e seus efeitos

Os recursos teriam ou podiam ter inúmeros efeitos.⁵⁵ O efeito mais importante dos recursos foi evitar a preclusão ou impedir o trânsito em julgado da decisão.

Em relação à decisão recorrida, o recurso teria efeito devolutivo. Todo recurso possuía efeito devolutivo. Entendeu-se por efeito devolutivo, a transferência para o juízo *ad quem*, o conhecimento de matérias já decididas no juízo *a quo*.

Os embargos de divergência, portanto, abrangeu o efeito devolutivo quando transferiu a matéria divergente recorrida ao Poder Judiciário para um novo reexame e julgamento.

Além do efeito devolutivo, alguns recursos possuíam o efeito suspensivo. O efeito suspensivo impedia que a decisão recorrida produzisse sua eficácia própria. O efeito suspensivo não acrescentava nada à decisão, apenas impedia a produção dos atos decisórios.

Havia dissenso doutrinário com relação aos embargos de divergência e o efeito suspensivo. De um lado, havia quem defendia que os embargos de divergência não possuem efeito suspensivo, uma vez que os recursos especiais e extraordinários também não teriam, e por expressa previsão dos artigos nº 266 e nº 267 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (RISTJ), que dispunham que os embargos de divergência não possuíam efeito suspensivo. Esse foi o entendimento majoritário.

Por outro lado, foi defendido o cabimento do efeito suspensivo nos embargos de divergência, uma vez que os regimentos internos não teriam competência para tratar de tal questão, e por ausência de proibição legal.

⁵⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 731.

Outro efeito a ser analisado foi o translativo. Esse efeito autorizava o juízo *ad quem* julgar de ofício matérias de ordem pública, fora do que constavam das razões ou contrarrazões do recurso.

A incidência do efeito translativo nos embargos de divergência também não foi pacífica. Para uma corrente, não foi possível o efeito translativo em recursos extraordinários, uma vez que não havia pré-questionamento da matéria, o que impediria a apreciação pelos tribunais de superposição. Tal corrente defendeu que o recurso embargos de divergência por derivar de recurso especial ou extraordinário, também não foi atingido por tal efeito.

Corrente contrária defenderia que seria possível efeito translativo nos embargos de divergência, pois os tribunais superiores eram autorizados a apreciar de ofício matérias de ordem pública.

Por fim, o artigo nº 512 do Código de Processo Civil determinava que a decisão do julgamento do recurso substituísse a decisão recorrida. Tratava-se do efeito substitutivo. Caberia efeito substitutivo nos embargos de divergência quando o acórdão embargado for substituído pelo acórdão do julgamento do recurso.

3. O RECURSO EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A vida em sociedade necessitava de uma normatização, daí surgiria o Direito como conjunto de normas que buscava disciplinar a vida social. Por outro lado, foi impossível evitar os conflitos de interesses. Para manter a ordem jurídica e regular a composição dos litígios, o Estado criou normas jurídicas que formavam o direito processual.

O atual Código de Processo Civil era de 1973 (Lei 5869/1973) e composto por cinco livros, quais sejam: I – Do processo de conhecimento; II – Do processo de execução; III – Do processo cautelar; IV – Dos procedimentos especiais; V – das disposições gerais e transitórias.

O Código de Processo Civil sofreu nos últimos anos grandes alterações, com o objetivo de dar maior celeridade e efetividade à tutela jurisdicional. O Código de Processo Civil passou por tantas revisões, que atualmente se transformou em uma “colcha de retalhos”, com grande perda sistemática.

Diante desse quadro, houve a necessidade da criação de um Novo Código de Processo Civil. O Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) entrará em vigor a partir do dia 17 de março de 2016, cumprindo atualmente seu período de “*vacatio legis*”.

O Novo Código de Processo Civil de 2015, do ponto de vista estrutural, inovará em relação ao atual Código de Processo Civil de 1973. O Novo CPC trará em sua estrutura uma “Parte Geral”, uma “Parte Especial” e um “Livro Complementar”.

A Parte Geral será dividida em seis livros, são eles: “Das normas processuais civis”; “Da função jurisdicional”; “Dos sujeitos do processo”; “Dos atos processuais”; “Da tutela provisória” e “Da formação, da suspensão e da extinção do processo”.

Depois da Parte Geral, aparecerá a Parte Especial dividida em três Livros: Livro I – “Do processo de conhecimento e cumprimento de sentença”; Livro II - “Do processo de execução” e Livro III - “Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais”.

Por fim, o Livro Complementar do Novo CPC trata das “disposições finais e transitórias”.

Os embargos de divergência estarão disciplinados na última Seção do Capítulo VI do Título II do Livro III da Parte Especial do Novo CPC, que cuidará dos “recursos para o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça”.

O Novo Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo nº 1043, ampliará as hipóteses de cabimento dos embargos de divergência disciplinadas no artigo nº 546 do Código de Processo Civil atual. O Novo CPC buscará, com isso, ampliar as discussões no âmbito do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, servindo assim “como verdadeiros indexadores da jurisprudência nacional”.⁵⁶ Assim:

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

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

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

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

IV – nos processos de competência originária, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal.

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

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

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

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

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

⁵⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil Anotado. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. p. 689

Enquanto os incisos do artigo nº 1043 do Novo CPC ampliarão as hipóteses de cabimento dos embargos de divergência, o § 1º permitirá o confronto de teses jurídicas contidas em recursos ou processos de competência originária dos tribunais superiores.

O § 2º preverá a possibilidade das questões do recurso serem de direito material ou processual.

Já o § 3º, admitirá os embargos de divergência com base em acórdão da mesma Turma que proferir a decisão embargada, quando a sua composição sofrer alteração em mais da metade de seus membros. Esse parágrafo trará uma previsão que o atual Código de Processo Civil não possuía e que enfrentará grande dissenso jurisprudencial entre os tribunais superiores.

O § 3º do Novo CPC consagrará a importância dos embargos de divergência em acórdãos proferidos pela mesma turma do tribunal, tema esse que foi o principal objeto de estudo do presente trabalho.

Os §4º e 5º estabelecerão que deva haver a divergência jurisprudencial e que esta deverá ser demonstrada na perspectiva jurídica e fática.

O Novo CPC trará também o artigo nº 1044 referente aos embargos de divergência:

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

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

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

O caput do artigo nº 1044 do Novo Código de Processo Civil disporá que a competência para disciplinar o procedimento desse recurso será Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF) e do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (RISTJ).

O § 1º inovará ao trazer a interrupção de prazo para interpor recurso extraordinário por qualquer das partes, quando houver oposição dos embargos de divergência no Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, o § 2º determinará que na hipótese dos embargos de divergência sejam desprovidos ou não alterarão o julgamento anterior, eventual recurso extraordinário interposto pela parte contrária antes da publicação do julgamento dos embargos de divergência, será processado e julgado independente de ratificação.

Dessa maneira, verificou-se a importância do recurso embargos de divergência, de tal modo que o Novo Código de Processo Civil o trouxe e disciplinou expressamente nos artigos nº 1043 e nº 1044.

CONCLUSÃO

O Poder Judiciário, enquanto instituição, deve sempre manter a sua credibilidade perante os cidadãos. Estes estarão submetidos a uma força superior, força esta que irá, ao mesmo tempo, garantir-lhes segurança jurídica, como um estado democrático em que os seus direitos serão assegurados e, ao mesmo tempo, impor normas de conduta e as respectivas sanções a eventuais violações destas normas.

Para que haja tal respeito e credibilidade, o Poder Judiciário deve ser eficiente, adequado, célere. Toda vez que o provimento jurisdicional, quer pela sua morosidade, quer pela ineficácia, se mostrar inútil, inadequado ou extemporâneo, a credibilidade do Poder Judiciário é abalada, e os cidadãos sentem a ausência do Estado, sentimento este causador de uma insegurança jurídica.

Nesse sentido, para contribuir com a manutenção da segurança jurídica e credibilidade do Judiciário, surge os embargos de divergência. Trata-se de um instituto processual no qual tem natureza recursal, cuja finalidade é uniformizar a jurisprudência dos órgãos fracionários do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, eliminando possíveis divergências nos tribunais superiores.

De forma alguma pode haver confusão entre os embargos de divergência e outros institutos processuais, tais como a uniformização de jurisprudência, os embargos de declaração, embargos infringentes, o recurso especial, tendo em vista que cada qual possui características e finalidades próprias.

Estudamos que os embargos de divergência estão previstos nos artigos nº 496, VIII e nº 546 do Código de Processo Civil, enquanto o seu procedimento esta inserido no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF) e no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (RISTJ).

Com relação aos efeitos, observamos que os embargos de divergência possuem efeito devolutivo. Há grande dissenso doutrinário e jurisprudencial quanto aos efeitos suspensivo e

translativo, no entanto, o entendimento majoritário é de que o recurso mencionado não possui tais efeitos, uma vez que os recursos especial e extraordinário também não os possuem.

A competência para julgar os embargos de divergência também está prevista nos Regimentos Internos do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Se os embargos forem fundamentados em divergência entre três Turmas, a competência para julgar será da Corte Especial.

Como demonstrado neste trabalho, para o cabimento de tal recurso é necessário que haja semelhança fática entre os acórdãos confrontados, bem como, a divergência deve ser atual e o confronto analítico indispensável para a oposição desses embargos, ou seja, é necessária a comprovação de todas as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos em confronto.

Verificamos também, que não importa se o recurso cabível questionar divergência jurisprudencial quanto ao mérito ou questão processual. O importante para os embargos de divergência é a uniformização da questão federal constitucional ou infraconstitucional.

Para o cabimento dos embargos de divergência em casos de acórdãos divergentes proferidos pela mesma turma julgadora, não há um entendimento pacífico na jurisprudência quanto a esse assunto. Em regra, o cabimento do referido recurso se dá contra decisão cujo teor seja divergente de decisão dada por outra turma, no entanto, esse entendimento pode ser mitigado.

Para o Supremo Tribunal Federal, é admitido que os acórdãos paradigma e recorrido sejam proferidos pela mesma turma, desde que ocorra alteração substancial na composição da turma de um julgamento para outro. O Supremo Tribunal Federal entende que nesse caso, não há a identidade total dos julgadores, e por isso a regra pode excepcionalmente ser flexibilizada.

Já o Superior Tribunal de Justiça, não admite que os acórdãos divergentes sejam proferidos pela mesma turma, mesmo quando ocorrer a alteração substancial da turma julgadora, pois entende ser situação de evolução jurisprudencial, ou seja, apenas uma mudança de posicionamento da Turma, não sendo caso de mitigar a regra.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal nos parece ser o mais adequado, pois o Judiciário deve evitar julgados diferentes para casos com semelhança fática, e caso isso ocorra, os embargos divergentes devem ser opostos, garantindo assim a uniformização jurisprudencial dos tribunais superiores.

Neste mesmo sentido, o Novo Código de Processo Civil, no § 3º do artigo nº 1043, autoriza os embargos de divergência com base em acórdão da mesma Turma que proferiu a decisão embargada, quando a sua composição sofrer alteração em mais da metade de seus membros. Esse parágrafo visa eliminar qualquer entendimento contrário entre Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

Assim, ante tudo o que já foi exposto, concluímos a importância dos embargos de divergência para o sistema jurisdicional. Diante dessa relevância, o Novo Código de Processo Civil preocupou-se em ampliar as hipóteses de cabimento, garantindo assim maiores possibilidades para uma uniformização jurisprudencial, bem como, credibilidade e segurança jurídica do Judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

_____. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *Para pesquisa de súmulas e jurisprudência*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Último acesso em: 13 de outubro de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça: edição revista, ampliada e atualizada até a Emenda regimental n. 18, de 17 de dezembro de 2014*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/regimento>>. Último acesso em: 13 de outubro de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). *Para pesquisa de súmulas e jurisprudência*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Último acesso em: 13 de outubro de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). *Regimento Interno: [atualizado até setembro de 2015] - consolidado e atualizado até maio de 2002 por Eugênia Vitória Ribas*. Brasília: STF, 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Setembro_2015_versao_eletronica.pdf>. Último acesso em: 13 de outubro de 2015.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Vol. 5*. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

_____. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo. Editora Saraiva, 2015.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Razões para um novo CPC. Confiteor. Fredie Didier. In: *JurisCiência*. Disponível em: <<http://www.jurisciencia.com/noticias/razoes-para-um-novo-cpc-confiteor-fredie-didier/1523/>>. Acesso em: 10 de outubro de 2015.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José da. *Curso de Direito Processual Civil - 3 Vol.* 12ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil, Volume 2: Processo de Conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro, Volume 1: Teoria Geral do Processo e Auxiliares da Justiça*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Direito Processual Civil Brasileiro, Volume 2: Atos Processuais e Recursos e Processos no Tribunais*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

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.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil, V. 2: Processo de Conhecimento*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recursos e Ações Autônomas de Impugnação – Processo Civil moderno - Vol. 2*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

NEGRÃO, Theotônio Negrão; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 39ª ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 2ª ed.; São Paulo: Editora Método, 2010.

_____. *Manual de Direito Processual Civil – Volume Único*. 7ª ed., São Paulo. Editora Método, 2015.

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

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. Vol 3º. 17ª ed. São Paulo. Editora Saraiva, 1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil - Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. Volume I. 49ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*, Volume 1. 15ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.